

**'n Peiling van die middele kragtens die Suid-
Afrikaanse Grondwet, ter afdwinging van die basiese
regte van minderheidsgemeenskappe**

LLM Verhandeling
Universiteit van Pretoria
Ernst Roets
24062601

Promotor: Prof. Koos Malan
2016

Dankbetuiging

Dit is vir my 'n voorreg om 'n woord van dank teenoor my promotor, prof. Koos Malan, uit te spreek vir die wyse waarop hy my met die skryf van hierdie verhandeling gelei en geadviseer het. Die taak was enorm, maar prof. Malan se impak op my lewe strek veel wyer as slegs die inhoud van hierdie dokument.

Dit is ook 'n eer om by 'n organisasie te werk waar die navorsing wat ek in die afgelope drie jaar gedoen het in my daaglikse aktiwiteite toegepas kan word. Hierdie verhandeling is vir my meer as 'n akademiese kwalifikasie: dit is eerder 'n instrument wat ek kan aanwend om my werk meer doeltreffend te kan uitvoer. My dank gaan dus in besonder aan AfriForum wat nie net finansiële ondersteuning gebied het nie, maar ook toegelaat het dat my werksroetine deur hierdie verhandeling beïnvloed mag word.

Ek wil ook my dank uitspreek teenoor Shinelle Brewis en Monique Taute, die twee assistente wat my tydens die skryf van hierdie verhandeling gehelp het, vir hulle hulp met allerlei administratiewe take tydens die proses.

Maar in besonder wil ek my vrou, Lelanie, bedank vir haar geduld met die wyse waarop ons persoonlike lewens moes aanpas om hierdie studie te akkommodeer. Daarmee saam aan my drie seuns, Ernst, Xander en Christiaan, vir die motivering wat ek elke dag by hulle kry om meer uitnemend te wees in alles wat ek doen.

Ernst Roets

Centurion

Februarie 2016

Inhoudsopgawe

<i>Hoofstuk</i>	<i>Opskrif</i>	<i>Bladsy</i>
	Afkortings	i
1	Minderhede in 'n demokratiese bestel	1
	1.1 Inleiding	1
	1.2 Lof vir en kritiek op demokrasie as regeeringsvorm	3
	1.3 Historiese perspektief op demokrasie	8
	1.4 Die demokratiese resessie	13
	1.5 Demokrasie en minderhede	23
	1.6 Die beskerming van minderhede in Suid-Afrika	25
2	Teoretiese begroning vir die beskerming van minderheidsregte	28
	2.1 Inleiding	28
	2.2 Definiëring van minderheidsgemeenskappe	30
	2.3 Die toekenning van regte aan minderheidsgemeenskappe	43
	2.3.1 Die argument dat minderheidsregte oortollig is	46
	2.3.2 Kritiek op die oortolligheidsargument	47
	2.3.3 Die argument dat minderhede slegs beskerm kan word indien dit as regsobjek gedefinieer kan word	50
	2.3.4 Kritiek op die definisie-argument	52
	2.3.5 Die beskerming van minderhede in groepsverband	54
	2.4 Gevolgtrekking	54
3	Historiese perspektief op die Suid-Afrikaanse grondwet	58
	3.1 Inleiding	58
	3.2 Geskiedkundige agtergrond	64
	3.2.1 Aanloop tot die onderhandelings en faktore wat dit beïnvloed het	67

	3.2.2 Die onderhandelings met betrekking tot die beskerming van minderhede	70
	3.2.3 Kritiek na die aanvaarding van die 1993-grondwet	85
	3.2.4 Vroeë kritiek op die 1996-grondwet	86
	3.3 Gevolgtrekking	91
4	'n Evaluering van die grondwetlike bepalings wat ook op die posisie van minderhede betrekking mag hê	94
	4.1 Inleiding	94
	4.2 Vryheid van assosiasie vir minderhede	96
	4.3 Die behandeling van amptelike tale	104
	4.3.1 Inleiding: Grondwetlike raamwerk	104
	4.3.2 Ontleding van artikel 6 van die grondwet	104
	4.3.3 Behandeling van die Taalwet	113
	4.3.4 Die praktyk ten opsigte van taaldiversiteit in Suid-Afrika	117
	4.3.5 Gevolgtrekking	121
	4.4 Deelname van minderhede aan taal- en kultuurgemeenskappe	122
	4.4.1 Inleiding: Grondwetlike raamwerk	122
	4.4.2 Kommentaar op artikels 30 en 31 van die grondwet	124
	4.4.3 Gevolgtrekking	127
	4.5 Onderwys en die reg op moedertaalonderrig	128
	4.5.1 Inleiding: Grondwetlike raamwerk	128
	4.5.2 Die Skolewet	132
	4.5.3 Regspraak	135
	4.5.4 Gevolgtrekking	145
	4.6 Gelykheid	147
	4.6.1 Inleiding: Grondwetlike en wetgewende raamwerk	147
	4.6.2 Gelykheid word verteenwoordigendheid	156

	4.6.3	Gevolgtrekking: Die impak op minderhede	166
	4.7	Gevolgtrekking	168
5		Selfbeskikking vir minderheidsgemeenskappe	171
	5.1	Inleiding: 'n Omstrede konsep	171
	5.2	'n Definisie vir selfbeskikking in die internasionale reg	171
	5.3	Verskyningsvorme van selfbeskikking	173
	5.4	Historiese ontwikkeling van die reg op selfbeskikking in Suid-Afrika	174
	5.5	Selfbeskikking ingevolge die Grondwet	177
	5.6	Gevolgtrekking	188
6		Die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens- en Taalgemeenskappe	191
	6.1	Inleiding: Grondwetlike raamwerk	191
	6.2	Wet op die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens en Taalgemeenskappe	192
	6.3	Die instelling van Kultuurrade ingevolge artikel 185(1)(c)	195
	6.4	Gevolgtrekking	196
7		Samevatting en gevolgtrekking	198
	7.1	Samevatting	198
	7.2	Gevolgtrekking	203
		Bibliografie	206

Afkortings

ANC	African National Congress
AV	Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies
ECOSOC	Ekonomiese en Sosiale Raad (Economic and Social Council) van die Verenigde Nasies
EU	Europese Unie
HHa / SCA	Hoogste Hof van Appèl
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
IVBPR / ICCPR	Internasionale Verbond op Burgerlike en Politieke Regte (International Covenant on Civil and Political Rights)
IVP / IFP	Inkatha Vryheidsparty / Inkatha Freedom Party
KH / CC	Konstitusionele Hof
Kodesa / Codesa	Konvensie vir 'n Demokratiese Suid-Afrika / Convention for a Democratic South Africa
KP / CP	Konserwatiewe Party
KVSE / CSCE	Kommissie vir Veiligheid en Samewerking en Europa / Commission for Security and Co-operation in Europe
NDR	Nasionale demokratiese rewolusie
NP	Nasionale Party
NRO	Nie-regeringsorganisasie
OB	Openbare Beskermer
OVSE	Organisasie vir Veiligheid en Samewerking in Europa
OVSE / OSCE	Organisasie vir Veiligheid en Samewerking in Europa / Organisation for Security and Co-operation in Europe
PAC	Pan Africanist Congress
PFP	Progressiewe Federale Party
RDK	Regterlike Dienskommissie
RTLm	Radio-Télévision Libre des Mille Collines

SAKP / SACP	Suid-Afrikaanse Kommunistiese Party / South African Communist Party
SAW	Suid-Afrikaanse Weermag
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
USSR	Union of Soviet Socialist Republics
UVM	Universele Verklaring oor Menseregte
UVM / UDHR	Universele Verklaring oor Menseregte (Universal Declaration of Human Rights)
VN / UN	Verenigde Nasies
VNOP / UNDP	Verenigde Nasies Ontwikkelingsprogram / United Nations Development Programme
VSA	Verenigde State van Amerika

Let wel dat die Afrikaanse afkortings sover moontlik in hierdie verhandeling gebruik word. Afkortings word egter in ander tale gebruik waar dit genoodsaak is om verwarring te voorkom.

Hoofstuk 1

Minderhede in 'n demokratiese bestel

1.1 Inleiding

Hierdie verhandeling handel spesifiek oor die mate waarin die Suid-Afrikaanse grondwet beskerming aan die regte van minderheidsgemeenskappe bied. Vir hierdie doel moet daar nie net op die teks van die grondwet gefokus word nie, maar op die toepassing daarvan in die praktyk en die omstandighede wat daarop inspeel.

Die toekenning van regte aan minderheidsgemeenskappe word internasionaal hoog aangeprys.¹ Die Internasionale Verbond op Burgerlike en Politieke Regte (IVBPR)² word algemeen in die internasionale reg as vertrekpunt vir die beskerming van minderhede gebruik. Die verbond bepaal in artikel 27 soos volg:

“In those states in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language.”³

In Suid-Afrika is dit egter 'n omstrede konsep. Gedurende die politieke onderhandelings van die vroeë 1990's, wat uiteindelik tot die aanvaarding van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika (die 1996-grondwet) gelei het, is daar ernstig gedebatteer oor die wyse waarop daar vir die regte van minderheidsgemeenskappe voorsiening gemaak moet word.⁴ 'n Pertinente vraag wat in hierdie debat na vore getree het, was of die beskerming van individuele regte ook

¹ sien byvoorbeeld die inleidende paragrawe in Potier T (2001) *Regionally non-dominant titular peoples: the next phase in minority rights?* JEMIE Paper 6 (elektronies beskikbaar by <http://www.ecmi.de/fileadmin/downloads/publications/JEMIE/JEMIE06Potier11-07-01.pdf>, besigtig op 9 Januarie 2016).

² In Engels afgekort as ICCPR.

³ Hierdie artikel, en die relevansie daarvan vir Suid-Afrika, word meer breedvoerig in hoofstuk 4 behandel.

⁴ In sekere gevalle is daar selfs aangevoer dat die hele konsep van minderheidsregte in wese rassisties en diskriminerend is en dat dit nie tuishoort in 'n demokratiese Suid-Afrika nie, soos wat in hoofstuk 3 uitgewys word.

voldoende is om te waarborg dat daar nie op die kollektiewe behoeftes en aansprake van gemeenskappe inbreuk gemaak sal word nie.⁵

Soos wat later in hierdie verhandeling aangedui word, word die Suid-Afrikaanse grondwet dikwels as een van die beste en modernste grondwette in die wêreld beskryf. Hoofstuk 2 van die 1996-grondwet bevat 'n reeks bepalings wat die regte van individue beskerm.⁶ 'n Aantal van hierdie regte word ook voorgehou as bepalings wat ten doel het om die regte van gemeenskappe te beskerm.⁷

Ongeveer twintig jaar na die instelling van 'n meerderheidsregering in Suid-Afrika het die debat oor minderhede se regte weer in die openbare diskoers begin opvlam. Hierdie nuwe belangstelling in die konsep van minderheidsregte kan moontlik toegeskryf word aan die feit dat rasseverdraagsaamheid, versoening en nasiebou in Suid-Afrika nie gerealiseer het in die mate wat daar aanvanklik verwag is nie.⁸

Suid-Afrika word algemeen as 'n demokratiese staat bestempel. 'n Demokratiese samelewing is grootliks op die wil van die meerderheid geskoei, en 'n bespreking oor die regte van minderheidsgemeenskappe in Suid-Afrika sal onvolledig wees as die konsep van grondwetlike demokrasie nie eers ontleed word nie. Dit is nodig om demokrasie as regeringsvorm te verduidelik, aangesien demokrasie maklik deur 'n regerende party wat vyandig teenoor minderheidsgemeenskappe staan, gebruik kan word as verskoning om minderhede se regte en belange te onderdruk.

Gevolgtrek word die volgende in hierdie inleidende hoofstuk behandel:

Daar word afgeskop deur vir 'n oomblik stil te staan by die wêreldwye lofprysing wat daar vir demokrasie as regeringsvorm is. Bepaalde kritiek op demokrasie as regeringsvorm word ook kortliks ontleed. Die konsep van demokrasie word dan in historiese perspektief geplaas, waarna gefokus word op die mate waarin demokrasie

⁵ Sien die kommentare van die Suid-Afrikaanse Regskommissie en die Nasionale Party se hoofonderhandelaar, Roelf Meyer, in hoofstuk 3.

⁶ Daar word in die algemeen na hoofstuk 2 van die grondwet as die Handves van Regte verwys. Die term word ook in hierdie verhandeling gebruik om na hoofstuk 2 van die grondwet te verwys.

⁷ Artikels 30 en 31 kan veral in hierdie verband uitgelig word. Sien die bespreking in hoofstuk 4.

⁸ Sien byvoorbeeld IOL (7 April 2010) *Race relations deteriorating – most readers* (<http://beta.iol.co.za/news/politics/race-relations-deteriorating---most-readers-479806>), besigtig op 28 November 2015.

oor die wêreld heen as die norm word, asook die mate waarin demokrasie tans besig is om oor die wêreld heen legitimiteit te verloor. Vandaar word spesifiek gefokus op die beskerming van minderhede se regte in 'n demokratiese bestel. Gevolglik word bepaalde uniekhede aan die Suid-Afrikaanse konteks uitgelig, wat gevolge vir die funksionering van demokrasie kan inhou. Ten slotte word 'n kort uiteensetting van die verloop van die res van hierdie verhandeling gegee.

1.2 Lof vir en kritiek op demokrasie as regeringsvorm

Demokrasie word algemeen as die wêreld se gewildste vorm van regering beskou.⁹ Die konsep is egter verhef tot meer as 'n blote regeringsvorm en het 'n gonswoord geword, met niemand wat aan die verkeerde kant van die interpretasie daarvan wil staan nie. Malan sê:

“Demokrasie het in ons dag geen retoriese gelyke nie. Die oorredende krag van die begrip is bykans sonder weerga. Demokrasie se magnetisme is sterker as enige ander begrip in die openbare leksikon en die soektog na teenstanders en uitdagers van demokrasie is 'n vergeefse en futiele oefening.”¹⁰

Reeds in 1849 het Francois Guizot (1787–1874) opgemerk dat die demokrasiebegrip retories so oorweldigend is dat geen regering of party kan voortbestaan sonder om trou daaraan te betuig nie.¹¹ Sedertdien het die gewildheid van die konsep verder toegeneem en die Verenigde Nasies se Opvoedkundige, Wetenskaplike en Kulturele Organisasie (UNESCO) het verklaar dat daar geen amptelike afkeer meer van die demokrasie bestaan nie.¹²

'n Interessante ironie is dat groot dele van die wêreld dit eens is dat demokrasie die beste regeringsvorm is, maar dat die internasionale gemeenskap nog ver van 'n algemeen aanvaarde definisie van die konsep is. Giovanni Sartori skryf:

⁹ Sien byvoorbeeld Mandelbaum M (2007) *Democracy's Good Name: The Rise and Risks of the World's Most Popular Form of Government*.

¹⁰ Malan K (2011) *Politokrasie* 175.

¹¹ Aangehaal in De Benoist A *Democracy Revisited* (1993) 95 Telos 65; Malan K (2011) *Politokrasie* 175.

¹² Mayo HB (1960) *An Introduction to Democratic Theory* 21. Aangehaal in Malan K (2011) *Politokrasie* 175.

“In a somewhat paradoxical vein, democracy could be defined as a high flown name for something which does not exist.”¹³

Francis Fukayama deel Sartori se siening en voeg by dat daar omtrent soveel definisies vir die term demokrasie bestaan as wat daar regsgeleerdes is.¹⁴

Die term het sy oorsprong in die Griekse δημοκρατία (*dēmokratía*), wat verdeel kan word in die terme δῆμος (*dêmos*), oftewel “mense”, en κράτος (*kratos*), oftewel “regeer”. In sy mees basiese vorm beteken *demokrasie* volgens die Handwoordeboek vir die Afrikaanse Taal ’n “regering deur die mense”.¹⁵ Hierdie definisie sluit aan by die bekende beskrywing van demokrasie deur die Amerikaanse president, Abraham Lincoln (1809–1865), as ’n regering van die mense, deur die mense en vir die mense.¹⁶ Joseph Schumpeter (1883–1950) het demokrasie as vrye mededinging tussen aspirant-leiers vir die stem van die kiesers beskryf.¹⁷ George F Kennan (1904–2005) het demokrasie beskryf as ’n regeringsvorm wat in die agtiende en negentiende eeu in noordwes-Europa ontwikkel het, hoofsaaklik in lande wat aan die Engelse Kanaal en die Noordsee grens, en wat toe na ander wêrelddele uitgedra is, insluitende Noord-Amerika, waar mense uit daardie noordwestelike Europese gebied hulle verskyning as oorspronklike setlaars of kolonialiste gemaak het en die heersende patroon van burgerlike regering gevestig het.¹⁸

Fukayama beklemtoon egter dat dit belangrik is om tussen substantiewe demokrasie en formele demokrasie te onderskei.¹⁹ Daar is bepaalde formele vereistes waaraan ’n staat moet voldoen voordat dit as ’n demokrasie beskryf kan word. Fukuyama definieer formele demokrasie soos volg:

“A country is democratic if it grants its people the right to choose its own government through periodic, secret-ballot, multi-party elections, on the basis of universal and equal adult suffrage.”²⁰

¹³ Sartori G (1962) *Democratic Theory* 1. Sien ook Malan K (2011) *Politokrasie* 177.

¹⁴ Fukayama F (2011) *The Origins of the Political Order, Part Three* 245.

¹⁵ Odendal FF en Gouws RH (2005) *Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal*.

¹⁶ Lincoln A (19 November 1863) *Gettysburg Address*. Let daarop dat Lincoln in hierdie konteks nie die woord “demokrasie” as sodanig gebruik het nie.

¹⁷ Schumpeter J (1950) *Capitalism, Socialism, and Democracy* 284.

¹⁸ Huntington SP (1991) *Democracy's Third Wave* Journal of Democracy. Volume 2, Number 2. Spring 12 by 23. Ook aangehaal in Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 22.

¹⁹ Fukayama F (1992) *The End of History and the Last Man* 43.

²⁰ *Ibid.*

Hierdie definisie sluit aan by dié van Edmund Burke (1729–1797) wanneer hy aanvoer:

“Here the People transacted all publick Business, or the greater Part of it, in their own Persons: their Laws were made by themselves, and upon any Failure of Duty, their Offices were accountable to themselves, and to them only. In all appearance, they had secured by this Method the Advantages of Order and good Government, without paying their Liberty for the Purchase.”²¹

In die praktyk verwys die konsep dus na ’n regeringsvorm waar landsburgers uit eie geledere ’n regering verkies deur aan gereelde verkiesings deel te neem en waar hierdie regering aan die mense verantwoording moet doen in die besluite wat geneem word. Mense het egter uiteenlopende standpunte, wat meebring dat ’n demokratiese regering meestal op die *wil van die meerderheid* geskoei word. Dit word soms ten koste van die minderheid gedoen.

Hoewel demokrasie wêreldwyd geprys word, word die doeltreffendheid van hierdie regeringsvorm ook toenemend gekritiseer. ’n Bekende satiriese beskrywing van demokrasie is dat dit soortgelyk is aan twee wolwe en ’n skaap wat moet stem oor wat hulle vir middagete gaan eet.²² Winston Churchill (1874–1965) is maar een voorbeeld van ’n demokraties verkose leier wat sy kritiek oor demokrasie uitgespreek het:

“No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed, it has been said that democracy is the worst form of government except all those other forms that have been tried from time to time.”²³

Filosowe en skrywers soos Eric Arthur Blair (1903–1950), meer algemeen bekend onder sy skuilnaam, George Orwell, het ook onder demokrasie ingeklim:

“In the case of a word like *democracy*, not only is there no agreed definition, but the attempt to make one is resisted from all sides. It is almost universally felt that when we call a country democratic we are praising it: consequently the defenders of every kind of régime claim that it is a democracy, and fear that they might have to stop using the word if it were tied down to any one meaning. Words of this kind are often used in a

²¹ Burke E A Letter to Lord **** in *Philosophical Enquiry into the Sublime and Beautiful* 28.

²² Daar is nie konsensus oor die oorsprong van hierdie aanhaling nie. Dit word algemeen aan Benjamin Franklin (1706–1790) toegeskryf. Daar bestaan egter nie ’n gesaghebbende bron wat die aanhaling aan Franklin verbind nie.

²³ Toespraak in die *House of Commons* (November 11, 1947); aangehaal uit Robert Rhodes James (1974) ed., *Winston S. Churchill: His Complete Speeches, 1897–1963*, vol. 7, p. 7566.

consciously dishonest way. That is, the person who uses them has his own private definition, but allows his hearer to think he means something quite different.”²⁴

’n Bewering dat ’n bepaalde staat demokraties is, het op sigself min betekenis. In ’n ontleding oor demokrasie – veral wanneer die gehalte van regering of die beskerming van burgerregte gepeil moet word – is dit nodig om verby die definisie van formele demokrasie²⁵ te kyk en eerder op die politieke werklikhede in die betrokke staat te fokus.

Daar kan ook nie bloot aangevoer word dat formele demokrasie by implikasie tot ’n hoë-gehalte regering sal lei nie. Na ’n intensiewe ontleding van 125 state het die politieke ontleders Nicholas Charron en Victor Lapuente tot die gevolgtrekking gekom dat daar nie ’n regstreekse verband tussen die gehalte van regering en demokrasie gevind kan word nie. Inteendeel, hulle skryf:

“...qualitative literature has provided exhaustive case studies showing how corruption has increased – and QoG (quality of government) decreased – after moves towards democracy.”²⁶

Charron en Lapuente se gevolgtrekking is dat demokrasie in wese ’n regeringsvorm is wat op die basiese ekonomiese beginsel van vraag en aanbod geskoei is. Vir demokrasie om doeltreffend te wees, moet daar ’n vraag na doeltreffende regering vanaf die publiek wees en ’n gepaardgaande aanbod vir doeltreffende regering vanaf politieke instellings en leiers wat hulleself verkiesbaar stel.²⁷ Die probleem is egter dat daar in arm lande gewoonlik nie ’n vraag na doeltreffende regering is nie. Die rede hiervoor is dat doeltreffende regering grootliks op ekonomiese ontwikkeling geskoei is en dat ekonomiese ontwikkeling van weldeurdagte langtermynbeleggings in die ekonomie afhanklik is, terwyl die “vraag” vanuit arm gemeenskappe gewoonlik op korttermynverligting gerig is. Dienooreenkomstig sê Charron en Lapuente:

“We believe that it is plausible to expect that lower income societies (countries with high future discount rates) will demand, on average, different goods from government institutions than higher income societies. Because investments in improving bureaucratic capacity (quality of government) are costly and require patience to

²⁴ Orwell G (1946) *Politics and the English Language*; http://orwell.ru/library/essays/politics/english/e_polit (besigtig op 10 Oktober 2013).

²⁵ Hierbo in die teks aangehaal.

²⁶ Charron N en Lapuente V (2010) *Does democracy produce quality of government?* European Journal of Political Research 49; 443–470, 444.

²⁷ *Ibid* 445.

benefit from potential improvements, lower income societies are expected to over-value a state able to deliver goods for *immediate consumption* (such as patronage jobs, direct cash through clientelistic exchanges) and will under-value states that undertake medium- to long-term investments in administrative capacity (develop a meritocratic recruitment system, start the legal steps for enacting and implementing rule of law, fight favouritism and corruption).²⁸

Gevolgtlik word bevind dat die interaksie tussen demokrasie en ekonomiese ontwikkeling beduidend is, veral met betrekking tot doeltreffende regering, en dat die impak van demokrasie voorspel kan word indien die ekonomiese konteks waarbinne dit na vore tree in ag geneem word.²⁹ Na 'n analise van uiteenlopende regeringstelsels word daar in hierdie studie tot die gevolgtrekking gekom dat landsburgers in ekonomies onderontwikkelde lande beter af is onder outoritêre stelsels soos dié van Suid-Korea en die eertydse Spanje as onder demokratiese regerings. Die rede hiervoor is dat diktators in hierdie geval nie deur politieke druk verplig kan word om aan die vraag na korttermynverligting (ten koste van langtermyn ekonomiese belegging) gehoor te gee nie – of meer eenvoudig gestel: diktators steur hulle nie aan die openbare vraag na ondoeltreffende regering nie.³⁰

In 'n opspraakwekkende boek genaamd *Democracy, The God That Failed*, voer Hans-Hermann Hoppe aan dat demokrasie nie net 'n ondoeltreffende regeringsvorm is nie, maar dat dit verwyd moet word vir die agteruitgang van beskawing sedert die Eerste Wêreldoorlog. Die “duidelike mislukkings” van demokrasie wat Hoppe aanvoer, sluit stygende werkloosheidsyfers, groeiende openbare skuld en insolvente sosiale sekerheidstelsels in. Sommige van die redes wat deur Hoppe vir die “mislukking van demokrasie” aangevoer word, sluit drukgroepe in wat toenemend druk op die regering plaas om staatsuitgawes te verhoog, sowel as staatsregulering, belasting en die gebrek aan doeltreffende teenmaatreëls om die negatiewe uitwerking van hierdie verskynsels te kortwiek.³¹

²⁸ *Ibid* 451.

²⁹ *Ibid* 460, saamgelees met 463.

³⁰ *Ibid* 452–453. Hierdie verskynsel word die “paradoks van diktatorskap” genoem, aangesien diktators uit 'n ekonomiese perspektief “goed” kan wees in die vroeë stadium van ontwikkeling, terwyl hulle regerings gewoonlik “sleg” is in lande wat ekonomies wel ontwikkel is (sien p 464).

³¹ Hoppe HH (2001) *Democracy, The God That Failed*.

Hoewel demokrasie as regeringsvorm hoog aangeprys word, is uiteenlopende kritiek al teenoor hierdie regeringsvorm geopper.³² In hierdie studie sal daar spesifiek ondersoek ingestel word na die geldigheid van die bewering dat grondwetlike demokrasie in plurale state – wat uit uiteenlopende kultuurgemeenskappe met uiteenlopende aspirasies en politieke verwagtings bestaan – nie voldoende beskerming aan minderhede bied nie.

1.3 Historiese perspektief op demokrasie

Die term demokrasie het vir die eerste keer in die geskrifte van antieke Griekeland verskyn.³³ Die eerste demokratiese bestel het in 508–507 BC in Athene onder die leiding van Cleisthenes neerslag gevind.³⁴ Ingevolge hierdie regeringsvorm kon alle Atheense burgers in 'n openbare vergadering, ook bekend as 'n *ekklesia*, praat en stem. Burgerskap was egter nie vir almal beskore nie en vroue, slawe, buitelanders, persone wat nie grond besit het nie en mans onder die ouderdom van 20 jaar is uitgesluit.³⁵

Atheense demokrasie het op 'n ander wyse neerslag gevind as die demokrasie waaraan die wêreld vandag gewoond is. Alle burgers het die geleentheid tot gelyke politieke deelname gehad. Belangrike besluite is geneem deur 'n vergadering waar elke burger die reg gehad het om te praat. Dit was ook die verantwoordelikheid van gewone burgers om klagtes te hanteer en om regspleging te behartig.³⁶

Hierdie verskyningsvorm van demokrasie strook egter nie geheel en al met die moderne demokrasiebegrip nie. Waar die Atheense demokrasie regstreeks deelnemend was en op 'n klein, geslote burgery gebaseer was, word moderne demokrasie op groter skaal toegepas en by wyse van verteenwoordiging deur verkose ampsdraers uitgevoer.

³² Die webblad Wikipedia plaas die kritiek teen demokrasie in vyf kategorieë, naamlik: ekonomiese kritiek, sosiologiese kritiek, politieke kritiek, filosofiese kritiek en administratiewe kritiek.

³³ Finley MI (1985) *Democracy Ancient and Modern* 66; Malan K (2011) *Politokrasie* 178.

³⁴ Hunt L (et al) (2007) *The Making of the West, Peoples and Cultures, A Concise History, Volume I: To 1740* 44. Cleisthenes staan vandag nog bekend as die vader van Atheense demokrasie.

³⁵ Uit die 200 000 tot 400 000 inwoners van Athene was daar gevolglik slegs sowat 30 000 tot 60 000 burgers.

³⁶ Lane M, in haar voorwoord tot Plato (2007) *The Republic* xiii.

'n "Proto-moderne"³⁷ weergawe van demokrasie het egter vir die eerste maal in die middel van die sewentiende eeu met die *Levellers* in Engeland verskyn. Die *Levellers* was die eerste demokrate wat van deelnemende demokrasie afgewyk het en 'n meer verteenwoordigende vorm van demokrasie in 'n territoriale staat aangeneem het.³⁸ Die opkoms van absolutisme in die sestiende en sewentiende eeu het egter tot gevolg gehad dat demokrasie vir anderhalfeeu uitgedoof is, om aan die einde van die agtiende eeu met mening terug te keer.³⁹ In die agtiende eeu is die opkoms van demokrasie deur die Franse revolusie⁴⁰ en die demokratiese praktyke van die Verenigde State aangevuur.⁴¹ Hierdie keer was die fokus geheel en al op *verteenwoordigende* demokrasie. Malan skryf dat die konsep van verteenwoordiging sedertdien so volledig aan demokrasie toegedig is dat die nuwe demokrasie per definisie verteenwoordigende demokrasie word.⁴²

In die toonaangewende essay getiteld *Rights of Man*, wat Thomas Paine (1737–1809) in daardie tyd onder meer vir die Amerikaanse president, George Washington geskryf het, verduidelik Paine dat *verteenwoordigende* regering die "nuwe" regeringsvorm is. Dit is in teenstelling met *oorerflike* regering, wat deur Paine as die "ou" regeringsvorm beskryf is.⁴³ Die "verouderde" weergawe van demokrasie, wat deur die Atheners toegepas is, is deur Paine as *eenvoudige demokrasie* (oftewel direkte demokrasie) beskryf:

"Representation was a thing unknown to the ancient democracies. In those the mass of the people met and enacted laws (gramatically speaking) in the first person. Simple democracy was no other than the common-hall of the ancients."⁴⁴

Die probleem, skryf Paine, is nie dat 'n moderne republiek nie omvattend kan wees nie, maar eerder dat dit nie op 'n stelsel van direkte demokrasie gebaseer kan wees nie. Dit is omdat direkte demokrasie slegs in 'n beperkte geografiese en

³⁷ Malan gebruik die term "proto-modern". Sien Malan K (2011) *Politokrasie* 179.

³⁸ Wootton D *The Levellers* in Dunn J (red) (1993) *Democracy: The Unfinished Journey – 508 BC–AD 1993*; Malan K (2011) *Politokrasie* 179.

³⁹ Finley MI (1985) *Democracy Ancient and Modern* 9–10; Hanson RL *Democracy* in Ball T *et al* (reds) (1989) *Political Innovation and Conceptual Change* 72; Malan K (2011) *Politokrasie* 179.

⁴⁰ Finley MI (1985) *Democracy Ancient and Modern* 9–10. Ook aangehaal in Malan K (2011) *Politokrasie* 179.

⁴¹ Hanson RL *Democracy* in Ball T *et al* (reds) (1989) *Political Innovation and Conceptual Change* 72. Ook aangehaal in Malan K (2011) *Politokrasie* 179.

⁴² Malan K (2011) *Politokrasie* 179.

⁴³ Paine T (1985) *Rights of Man* 171.

⁴⁴ *Ibid* 177.

demografiese opset kan funksioneer, verduidelik Malan. Direkte demokrasie kon nie die vergroting van die politieke orde hanteer nie en sou in 'n monargie of aristokrasie verval.⁴⁵ Anders gestel, vra Paine:

“What is the best form of government for conducting the *res-publica*, or the *public business* of a nation, after it becomes too extensive and populous for the simple democratic form?⁴⁶

Die antwoord kan nie 'n monargie of oorerflike regering wees nie, aangesien daar in die moderne samelewing te veel besware teen hierdie stelsels bestaan. Hy voer aan dat verteenwoordigende demokrasie homself natuurlik as die oplossing voordo.

“Simple democracy was society governing itself without the aid of secondary means. By ingrafting representation upon democracy, we arrive at a system of government capable of embracing and confederating all the various interests and every extent of territory and population; and that also with advantages as much superior to hereditary government...”⁴⁷

Die kernverskil tussen die eertydse demokrasie van Athene en die moderne demokrasie van 'n land soos die Verenigde State van Amerika (VSA), vir wie Paine geskryf het, is dat die VSA 'n stelsel van verteenwoordigendheid bo-op die Atheense stelsel van direkte demokrasie ingegraveer het.⁴⁸

Paine het ook die konsep van grondwetlike demokrasie benadruk. Volgens Paine is 'n grondwet 'n fundamentele voorvereiste vir 'n doeltreffende demokrasie waar menseregte gerespekteer word:

“A constitution is a thing *antecedent* to a government, and a government is only the creature of a constitution. The constitution of a country is not the act of its government, but of the people constituting a government. It is the body of elements, to which you can refer, and quote article by article; and which contains the principles on which the government shall be established, the manner in which it shall be organized, the powers it shall have, the mode of elections, the duration of parliaments, or by what other name such bodies may be called; the powers which the executive part of the government shall have; and, in fine, everything that relates to the

⁴⁵ Malan K (2011) *Politokrasie* 179.

⁴⁶ Paine T (1985) *Rights of Man* 179.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.* Huntington sluit by Paine aan wanneer hy verduidelik dat moderne demokrasie met behulp van verteenwoordigende liggame toegepas word (Huntington S (1996) *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* 71.)

complete organization of a civil government, and the principles on which it shall act, and by which it shall be bound.”⁴⁹

Hy gaan voort:

“A constitution, therefore, is to a government, what the laws made afterwards by that government are to a court of judicature. The court of judicature does not make the laws, neither can it alter them; it only acts in conformity to the laws made: and the government is in like manner governed by the constitution.”⁵⁰

Paine se uiteensetting skiet egter tekort. Ten spyte van sy beredenering, versuim hy om aan die hantering van minderhede binne ’n plurale demokratiese bestel aandag te skenk.

’n Daaropvolgende toonaangewende denker oor demokrasie was John Stuart Mill (1806–1873). Mill het in 1861, in *Considerations on Representative Government*, vir die eerste keer demokrasie as ’n verteenwoordigende stelsel omvattend uitgewerk.⁵¹ Verteenwoordigende demokrasie, skryf Mill, is die ideale regeringsvorm. Dit is nie ’n regeringsvorm waar mense self regeer nie, maar eerder deur middel van hulle periodiek verkose verteenwoordigers wat oor die finale kontrolebevoegdheid beskik.⁵²

Volgens Mill is demokrasie nie werklik *demos-kratos*, met ander woorde regering deur die *volk* nie, skryf Malan, maar wel beheer deur die volk se verteenwoordigers oor die eintlike maghebbers in die uitvoerende gesag.⁵³

Wat in die tye van Paine en Mill as verteenwoordigende regering beskryf is,⁵⁴ het later ’n verdere gedaanteverwisseling ondergaan. Hierdie gedaanteverwisseling het gepaard gegaan met die opkoms van liberalisme as die wêreldnorm vir regeringsvorm. In die twintigste eeu, na die Tweede Wêreldoorlog, het liberale

⁴⁹ Paine T (1985) *Rights of Man* 71.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Malan K (2011) *Politokrasie* 180. Een van die grondverskuiwende argumente wat deur Mill aangevoer is, was dat dit nie die besigheid van staatsverteenvoerders is om wetgewing op te stel nie, maar dat dit eerder deur ’n demokraties verkose liggaam soos ’n parlement of ’n senaat gedoen moet word.

⁵² Mill JS (1972) *Considerations on Representative Government* 202.

⁵³ Malan K (2011) *Politokrasie* 181.

⁵⁴ Let wet dat Mill huiwerig is om die term demokrasie te gebruik en dat hy feitlik deurlopend volhou met die frase *verteenvoerders regering*, aldus Malan K (2011) *Politokrasie* 180.

Amerika en sy Westerse geesgenote gedurende die Koue Oorlog in konflik gestaan met sosialistiese Sowjet-Unie en sy geesgenote. Hoewel die Koue Oorlog nie op grootskaalse bloedvergieting uitgeloop het nie (vandaar die benaming “Koue Oorlog”), was dit in wese ’n stryd tussen twee ideologieë.⁵⁵ Nadat die Berlynse muur in 1990 geval het – ’n gebeurtenis wat algemeen as ’n teken vir die einde van die Koue Oorlog bestempel word – het politieke hervormings oor die wêreld heen begin plaasvind. In hierdie tyd het die konsep van *liberale demokrasie* – ’n konsep wat vroeër tot die VSA en Noordwes-Europa beperk was – baie wyer begin posvat.⁵⁶

Francis Fukayama se definisie vir *formele* demokrasie is reeds in hierdie hoofstuk uiteengesit. Fukayama definieer *liberale* demokrasie soos volg:

“Liberal democracy is more than majority voting in elections; it is a complex set of institutions that restrain and regularize the exercise of power through law and a system of checks and balances.”⁵⁷

Liberaal demokrasie vereis dus nie dat daar bloot op formele vlak aan die vereiste van gelyke verkiesings en die daarstel van ’n meerderheidsregering voldoen word nie, maar dat ’n stelsel van instellings, wat ten doel het om burgers teen regeringsmag te beskerm, ingestel word. Hierdie instellings kan in verskeie vorme neerslag vind. Dit sluit die howe in, wat ten doel het om basiese regte in stand te hou, sowel as gereelde verkiesings en staatsorgane wat geskep word met die doel om demokrasie en basiese regte te beskerm.⁵⁸ Hierdie instellings (wat vir hierdie doel ook, maar nie uitsluitlik nie, in die vorm van burgerregte neerslag kan vind) moet nie net leë doppe wees nie, maar moet in die praktyk daadwerklik deur burgers in ’n demokrasie aangewend kan word om hulle doeltreffend teen regeringsmag te beskerm.

Fukayama het die einde van die Koue Oorlog as “die einde van die geskiedenis” beskryf. Sy argument was dat hierdie gebeurtenis die oorwinning van liberale demokrasie as wêreldnorm gekenmerk het en dat alle ander regeringsvorms (meer bepaald kommunisme) die finale nekslag toegedien is.

⁵⁵ Sien Huntington S (1996) *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*.

⁵⁶ Sien Fukayama F (1992) *The End of History and the Last Man*.

⁵⁷ Fukayama F (2011) *The Origins of the Political Order, Part One 4*.

⁵⁸ In Suid-Afrika word sulke staatsinstellings ingevolge hoofstuk 9 van die Suid-Afrikaanse grondwet in die lewe geroep.

“We may be witnessing the end of history as such: that is, the end of mankind’s ideological evolution and the universalization of Western liberal democracy as the final form of human government.”⁵⁹

Fukayama skryf dat daar steeds aanhangers van Marxistiese-Leninisme sal wees, maar dat liberale demokrasie oor die algemeen reeds geseëvier het. Hy skryf verder dat toekomstige botsings nie oor idees of ideologieë gevoer sal word nie, maar eerder oor alledaagse ekonomiese en tegniese probleme. Fukayama kom dan tot die gevolgtrekking dat die wêreld na die Koue Oorlog taamlik vervelig gaan wees.⁶⁰

1.4 Die demokratiese resessie

In die veertigjaar-tydperk van 1970 tot 2010 was daar ’n enorme toename in die getal demokratiese state regoor die wêreld, soos tereg deur Fukayama uitgewys word. In 1973 is slegs 45 van die wêreld se 151 state deur die onafhanklike waghondorganisasie *Freedom House* as “vry” bestempel.⁶¹ Teen die laat 1990’s het ongeveer 120 state regoor die wêreld – meer as 60% van die wêreld se onafhanklike state – verkiesingsdemokrasieë geword.⁶² Hierdie verandering wat oor die wêreld heen begin posvat het, is deur Samuel Huntington (1927–2008) as die “derde golf van demokratisering” beskryf.⁶³

Huntington, ’n eertydse leermeester van Fukayama, verskil egter van Fukayama se teorie oor liberale demokrasie. Hy voer aan dat die oomblik van opwinding wat deur die beëindiging van die Koue Oorlog ontstaan het ’n illusie van harmonie

⁵⁹ Fukayama F (1989) *The End of History*, *The National Interest* 4, 18.

⁶⁰ *Ibid.* Ook aangehaal in Huntington S (1996) *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* 31 en Malan K (2011) *Politokrasie* 176–177. Fukayama se argument word meer breedvoerig uiteengesit in Fukayama F (1992) *The End of History and the Last Man*.

⁶¹ Freedom House is ’n nie-regeringsorganisasie wat kwantitatiewe maatstawwe vir politieke en burgerregte vir lande oor die wêreld heen daarstel (www.freedomhouse.org/about-us). Die webblad bepaal onder meer: “Today, as more than two billion people live under oppressive rule, Freedom House speaks out against the main threats to democracy and empowers citizens to exercise their fundamental rights. We analyze the challenges to freedom; advocate for greater political and civil liberties; and support frontline activists to defend human rights and promote democratic change. Founded in 1941, Freedom House was the first American organization to champion the advancement of freedom globally.” Sien Fukayama F (2011) *The Origins of the Political Order Part 1* 3.

⁶² Diamond L (2011) *The Democratic Recession: Before and After the Financial Crisis* in Birdsall N en Fukayama F (eds) *New Ideas in Development After the Financial Crisis*. Aangehaal uit Fukayama F (2011) *The Origins of the Political Order* 3. Die term “verkiesingsdemokrasieë” word gebruik om te verwys na state wat as demokraties beskou word bloot op grond van die feit dat daardie state demokratiese verkiesings hou om hul onderskeie regerings saam te stel.

⁶³ Sien Huntington S (1991) *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*.

bewerkstellig het en dat die tyd sal leer dat die hoopvolle verwagtings wat mense soos Fukayama gekoester het, niks anders as die gevolg van 'n tydelike vreugde was nie. Fukayama se argument is volgens Huntington gebrekkig en oorvereenvoudig. Hy skryf dat die wêreld wel in die vroeë 1990's drasties verander het, maar dat hierdie verandering nie die universele aanvaarding van demokrasie bewerkstellig het nie. Die belangrikste faktor wat mense in die tydperk na die Koue Oorlog van mekaar (sal) onderskei, skryf Huntington, is nie meer ideologie, politiek of die ekonomie nie, maar kultuur.

“People define themselves in terms of ancestry, religion, language, history, values, customs, and institutions. They identify with cultural groups: tribes, ethnic groups, religious communities, nations, and, at the broadest level, civilizations. People use politics not just to advance their interests but also to define their identity. We know who we are only when we know who we are not and often only when we know whom we are against.”⁶⁴

Liberalisme en demokrasie is egter Westerse konsepte en Huntington skryf in 1996 dat, hoewel daar 'n toename in liberaal demokratiese regerings was, hierdie verskynsel waarskynlik nie oor die wêreld heen sou posvat in die mate wat deur Fukayama voorspel is nie. Die rede hiervoor, het Huntington aangevoer, is dat wêreldmag toenemend vanaf oorwegend Westerse beskawings na oorwegend nie-Westerse beskawings verskuif.⁶⁵

Die feit dat demokrasie in die afgelope drie dekades oor die wêreld heen posgevat het, kan nie betwis word nie. Dit is egter ironies dat daar in dieselfde tyd waarin die Westerse konsep van demokrasie internasionale gewildheid verwerf het, ook onder nie-Westerse state oor die wêreld heen in toenemende mate 'n afkeer van Westerse waardes ontwikkel het.⁶⁶

Hierdie teenstrydigheid het aanleiding gegee tot 'n verskynsel wat as die “paradoks van demokrasie” (democratic paradox) beskryf word. Karl Popper (1902–1994) beskryf die paradoks van demokrasie as die moontlikheid dat die meerderheid besluit

⁶⁴ Huntington S (1996) *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* 21 en 66.

⁶⁵ *Ibid.* 29.

⁶⁶ Huntington het 'n hoofstuk, getiteld *The Fading of the West: Power, Culture, and Indigenization* hieraan gewy. Sien Huntington S (1996) *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* hoofstuk 4.

dat 'n tiran moet regeer.⁶⁷ Burke verklaar dat hierdie risiko reeds vir 'n geruime tyd met demokrasie gepaard gegaan het:

“But no sooner was this political Vessel launched from the Stocks, than it overset, even in the Life-time of the Builder. A Tyranny immediately supervened; not by a foreign Conquest, not by Accident, but by the very Nature and Constitution of a Democracy. An artful Man became popular, the People had Power in their Hands, and they devolved a considerable Share of their Power upon their Favourite; and the only Use he made of this Power, was to plunge those who gave it into Slavery.”⁶⁸

Ook in hierdie konteks verklaar Huntington die demokratiese paradoks as die verskynsel wanneer demokratiese instellings, soos 'n demokraties verkose huis van verteenwoordigers, hulle demokraties verworwe mag aanwend om daad te pleeg wat teen die basiese beginsels van demokrasie indruis. Dit kom meer bepaald voor wanneer die aanvaarding van demokrasie deur nie-Westerse state groter legitimiteit en mag aan politieke bewegings verleen, wat hierdie mag dan aanwend om sterker standpunt teen Westerse waardes in te neem.⁶⁹ Hy verduidelik verder:

“Politicians in non-Western societies do not win elections by demonstrating how Western they are. Electoral competition instead stimulates them to fashion what they believe will be the most popular appeals, and those are usually ethnic, nationalist, and religious in character.”⁷⁰

Huntington verwys spesifiek na Suid-Afrika om sy siening oor die paradoks van demokrasie te illustreer. Voor 1949 het Suid-Afrikaanse en Westerse elites Suid-Afrika as 'n Westerse staat beskou. Sedertdien het Westerse elites stelselmatig begin om Suid-Afrika uit die Westerse kamp te skryf, terwyl wit Suid-Afrikaners hulleself steeds as Westers beskou het. Ten einde hulle plek in die Westerse internasionale politieke orde te behou, is Westerse demokratiese instellings ingestel. Die instelling van 'n meerderheidsregering het tot gevolg gehad dat 'n verwesterste swart elite die politieke mag in Suid-Afrika oorgeneem het. Huntington het egter kort na die Suid-Afrikaanse politieke oorgang van 1994 aangevoer dat die tweede generasie swart regeerders in Suid-Afrika hulleself toenemend as Xhosa, Zoeloe en

⁶⁷ Popper se beskrywing van die paradoks van demokrasie word uiteengesit in Popper KR (1945) *The Open Society and its Enemies*, hoofstuk 7.

⁶⁸ Burke E (2004) *A Letter to Lord ***** in *Philosophical Enquiry into the Sublime and Beautiful* 28.

⁶⁹ Huntington S (1996) *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* 94.

⁷⁰ *Ibid.*

African sal beskou en dat Suid-Afrika nie meer 'n Westerse staat sal wees nie, maar in 'n Afrikastaat omskep sal word.⁷¹

Huntington se woorde was nog nie koud nie, toe die *African Renaissance* onder leiding van Suid-Afrika se tweede swart staatspresident, Thabo Mbeki, in Johannesburg posvat. Mbeki sou 'n groot deel van sy ampstermyn daaraan wy om die terugkeer na 'n Afrika-identiteit te probeer bewerkstellig.⁷² Sy opvolger, Jacob Zuma het 'n selfs sterker Afrika-tradisionalistiese inslag, dikwels tot moedeloosheid van die Westerse wêreld. “In a certain kind of way Zuma will be our first African president,” het Zuma se biograaf, Jeremy Gordin, kort voor sy verkiesing as staatspresident gesê. “Nelson Mandela transcended everything and was a world figure. Thabo Mbeki spent a lot of time in England wearing pinstripe suits and smoking a pipe. Zuma is a real African.”⁷³ As president het Zuma ook in die parlement standpunt ingeneem oor sy definisie van demokrasie en minderheidsregte:

“Sorry, we have more rights here because we are a majority. You have fewer rights because you are a minority. Absolutely, that's how democracy works. So, it is a question of accepting the rules within democracy and you must operate in them.”⁷⁴

Hoewel daar nie op die vroeë roepstemme om Suid-Afrika se regstelsel te “Afrikaniseer” ag geslaan is nie, skryf Bennet, was die instelling van die konsep van *Ubuntu* in die Suid-Afrikaanse reg noemenswaardig in die proses om 'n nuwe waardestelsel vir die land te smee.⁷⁵ *Ubuntu* wyk af van die liberaal-demokratiese konsep van gelykheid, wat 'n sterk fokus op die waardigheid van elke mens as individu plaas,⁷⁶ ten gunste van 'n waardigheidsbegrip ingevolge waarvan die mens as deel van 'n gemeenskap beskou word.⁷⁷ Die konstitusionele hof het hom hieroor uitgespreek in die toonaangewende uitspraak van *S v Makwanyane*:

⁷¹ *Ibid* 94–95.

⁷² Sien Gevisser M (2009) *Thabo Mbeki, A Dream Deferred*.

⁷³ Mail & Guardian (20 April 2009) *Jacob Zuma the chameleon brings South Africans joy and fear*.

⁷⁴ Hansard (unrevised), National Assembly, Thursday 13 September 2012, take 281, Extract: Question 15 Follow-Up. Sien ook Politicsweb (4 Maart 2013) *Jacob Zuma: 10 disturbing cultural quotes* vir hierdie, en ander omstrede uitlatings deur Zuma.

⁷⁵ Bennet TW *Ubuntu: An African Equity* PER 2011 (14) 4, 30, saamgelees met 47.

⁷⁶ Sien Heywood A (1992) *Political Ideologies, An Introduction* hoofstuk 2, vir 'n ontleding van liberalisme as politieke ideologie.

⁷⁷ Bennet TW *Ubuntu: An African Equity* PER 2011 (14) 4, 30, saamgelees met 48. Hoewel hierdie perspektief op gelykheid tot 'n mate van die meer individualistiese liberaal-demokratiese perspektief afwyk, is dit nie noodwendig vreemd aan die Westerse tradisie nie. Konserwatiewe Westerse denkers soos Edmund Burke beskou die mens ook as deel van 'n breër gemeenskap.

“Metaphorically, (ubuntu) expresses itself in *umuntu ngumuntu ngabantu*, describing the significance of group solidarity on survival issues so central to the survival of communities. While it envelops the key values of group solidarity, compassion, respect, human dignity, conformity to basic norms and collective unity, in its fundamental sense it denotes humanity and morality.”⁷⁸

Hoewel die konsep van Ubuntu nie in die 1996-grondwet opgeneem is nie, word daar in toenemende mate in Suid-Afrikaanse regspraak na die konsep verwys.⁷⁹

Hierdie paradoks het ook met verloop van tyd in ’n groter mate in die Suid-Afrikaanse regstelsel neerslag gevind. Met verwysing na ’n aantal, soms erg omstrede hofuitsprake, waaroor later in hierdie verhandeling uitgebrei word,⁸⁰ voer Malan aan dat twee onversoenbare denkbeelde oor die heerskappy van die reg in Suid-Afrika ontwikkel het: Die een is die klassieke konsep van oppergesag van die reg, wat op die beginsel van legaliteit gegrond is, en die ander, hier *desisionisme* genoem, is gegrond op ’n “norm” van die “beste” besluit in die omstandighede.⁸¹ Malan voer aan dat die heerskappy van die reg (oftewel die *rule of law*) in wese ’n Westerse konsep is,⁸² maar dat die toename in ’n “desisionistiese” benadering tot die Suid-Afrikaanse reg nie met hierdie beginsel versoenbaar is nie.⁸³ Hy verduidelik die verskil:

“Unlike the (classical) rule of law the focus here is not on the integrity of legal rules contained in the corpus, and on their strict and consistent application. The protection of the impersonal and abstract character of the rule of law is also of lesser importance in terms of this *alternative rule of law*. In terms of this approach legal rules are but the first guidelines, yet not the decisive factor in legal decision-making. They might be points of departure but not decisive binding law. Considerations of fairness, feasibility, policy, politics, strategy, ideology, et cetera may justify deviation from the law. The crucial concern of this approach is the *best* (individual) decision, not the integrity of the legal rule in question. The *good* decision is the decisive criterion (to the extent that *criterion* is the suitable term). That means that if strict application of the applicable legal rule could ensure a good decision, the rule should be applied. But if adherence to the rule would produce a *bad* decision, be harsh to the person/s in question or would lead to unacceptable (short term) political or other consequences, it should be departed from so that the best possible decision, viewed from the perspective of the parties in the case or considerations of strategy, tactics, politics, et cetera can be

⁷⁸ *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665, para 308.

⁷⁹ Sien Bennet TW *Ubuntu: An African Equity* PER 2011 (14).

⁸⁰ Sien hoofstukke 4 en 5.

⁸¹ Malan K (2012) *The rule of law versus decisionism in the South African constitutional discourse* De Jure 45 Volume 2, 272.

⁸² *Ibid* 303–304.

⁸³ *Ibid* 305.

reached. Since the individual decision stands at the centre of this approach, it is described as decisionism.”⁸⁴

Fukayama het later ’n meer genuanseerde standpunt oor die wêreldwye aanvaarding van liberale demokrasie ingeneem. In teenstelling met sy vroeëre voorspelling dat die hele wêreld liberaal demokraties gaan word, skryf Fukayama in 2011, in *The Origins of Political Order*, ook oor die demokratiese paradoks en die Weste se frustrasie met die feit dat nie-Westerse state nie binne die liberaal-demokratiese ideeraamwerk met die demokrasie omgaan nie.⁸⁵ Demokrasie word eerder deur nie-Westerse state as voertuig aangewend om legitieme (oftewel demokraties verkose) regerings in die wêreld se oë tot stand te bring, wat hulle dan vir die bevordering van hulle eie behoeftes beywer, dikwels in teenstelling met die waardes wat met liberalisme verband hou.

In die laat 1990’s het ’n sogenaamde “demokratiese resessie” oor die wêreld heen begin posvat. Ongeveer een uit elke vyf state wat deel van Huntington se derde golf van demokratisering⁸⁶ was, het óf teruggekeer na ’n outoritêre stelsel, óf het sy demokratiese instellings beduidend afgewater.⁸⁷ In baie lande, skryf Fukayama, is die amptelike aanvaarding van demokratiese legitiemiteit vergesel van die stelselmatige verwydering van beheer oor uitvoerende gesag en die verwerping van die *rule of law*.⁸⁸

Fukayama spreek ook sy kommer uit dat politieke stelsels nie net ondemokraties word nie, maar dat baie demokraties verkose regerings nie in staat is om doeltreffend te regeer nie. Hy voeg by dat demokraties verkose regerings se versuim om doeltreffend te regeer uiteindelik die legitiemiteit van demokrasie as regeringsvorm afbreek. Hy verklaar:

“The mere fact that a country has democratic institutions tells us very little about whether it is well or badly governed. This failure to deliver on the promise of

⁸⁴ *Ibid* 293.

⁸⁵ Sien Fukayama F (2011) *The Origins of the Political Order Part 1* hoofstuk 1.

⁸⁶ Die derde golf van demokratisering waarna Huntington verwys, het gestrek vanaf 1974 tot ongeveer 2011. Politieke wetenskaplikes is dit egter nie eens wanneer die derde golf tot ’n einde gekom het nie.

⁸⁷ Fukayama F (2011) *The Origins of the Political Order Part 1* 3.

⁸⁸ *Ibid* 4 (eie vertaling).

democracy poses what is perhaps the greatest challenge to the legitimacy of such political systems.”⁸⁹

Die sogenaamde Oranje Revolusie in die Oekraïne dien as voorbeeld van Fukayama se frustrasie. In 2004 het tienduisende mense op Kiev se Maidan Plein teen die manipulering van die land se presidensiële verkiesing geprotesteer. Hierdie betogings het aanleiding gegee tot ’n nuwe verkiesing waar die hervormer, Victor Yushchenko, tydens ’n demokratiese verkiesing tot president verkies is. Yushchenko se regering was egter onbekwaam en het sy ondersteuners erg teleurgestel. In 2010 is Viktor Yanukovich, die man teen wie se leierskap die Oranje Revolusie aanvanklik gemik was, weer tot president verkies.⁹⁰

Die Egiptiese revolusie van 2011 dien as ’n meer onlangse voorbeeld om Fukayama se frustrasie te illustreer. Tienduisende betogers, van wie die meeste aan die sogenaamde Moslem-broederskap verbonde was, het die omverwerping van president Hosni Mubarak se regering geëis. Die betogings het selfs gewelddadig geword⁹¹ en Kaïro, die hoofstad, is tot ’n oorlogsone verklaar.⁹² Die betogings is as ’n sukses bestempel toe Mubarak sy bedanking aankondig.⁹³ Sestien maande later is Mohammed Morsi van die Moslem-broederskap in ’n demokratiese verkiesing tot die nuwe president van Egipte verkies.⁹⁴ Morsi se regering was egter nie in staat om aan die publiek se verwagtinge te voldoen nie en Egiptenare het onder sy bewind toenemend gefrustreerd geraak as gevolg van die sukkelende ekonomie, swak dienslewering en magsmisbruik. Morsi het onder meer die regbank onderdruk en ’n nuwe grondwet laat instel ingevolge waarvan Moslems voorkeurbehandeling geniet het en minderhede geïgnoreer is. Een jaar nadat Morsi die demokraties verkose president van Egipte geword het, het sy regering tydens ’n militêre oornam tot ’n einde gekom. Die beëindiging van Morsi se regering het tot grootskaalse feesviering in Egipte gelei.⁹⁵

⁸⁹ Fukayama F (2011) *The Origins of the Political Order Part 1 5*.

⁹⁰ *Ibid*.

⁹¹ Ten minste 846 mense is oorlede en meer as 6 000 beseer (BBC (8 Julie 2011) *Egypt: Cairo's Tahrir Square fills with protesters*). Verder is meer as 90 polisiestasies aan die brand gestee (Egypt Independent (24 Januarie 2012) *Was the Egyptian revolution really non-violent?*).

⁹² The Guardian (20 Mei 2014) *Protests in Egypt and unrest in the Middle East – as it happened*.

⁹³ Aljazeera (22 Februarie 2011) *Hosni Mubarak resigns as president*.

⁹⁴ The Guardian (24 Junie 2012) *Muslim Brotherhood's Mohamed Morsi declared president of Egypt*.

⁹⁵ NBC News (4 Julie 2013) *Morsi ousted, under house arrest, as crowds celebrate in Cairo*.

'n Meer radikale voorbeeld van die demokratiese paradoks, veral met betrekking tot minderhede, kan in Rwanda gevind word. 'n Verwoestende, georganiseerde volksmoord teen die Tutsi-minderheid het op 7 April 1994 'n aanvang geneem. In ongeveer 100 dae is 'n geskatte 800 000 Tutsi's op brutale wyse vermoor.⁹⁶ Dit word vandag algemeen aanvaar dat voorbereiding vir die volksmoord deur die Hutu-regering reeds in 1990 aanvang geneem het.⁹⁷ By verskeie vergaderings is aangevoer dat die totale uitwissing van die Tutsi's (wat 'n numeriese minderheid, maar oor die algemeen meer welvarende as die Hutu's was) die enigste oplossing vir Rwanda se probleme sal bied.⁹⁸ In 1991 is 'n nuwe grondwet in Rwanda aanvaar wat veelpartydemokrasie moontlik gemaak het.⁹⁹ Na die aanvaarding van die 1991-grondwet is 'n proses van politieke hervorming van stapel gestuur en in April 1992 is 'n koalisieregering, wat al die groot opposisiepartye ingesluit het, saamgestel.¹⁰⁰ Beplanning vir die volksmoord en aanhitsing teen die Tutsi-minderheid het egter voortgeduur. Kort na die aanvaarding van die nuwe grondwet het 'n nuwe nasionale radiostasie, *Radio-Télévision Libre des Mille Collines* (RTLM) die lig gesien.¹⁰¹ RTLM is egter aangewend om haat teenoor die Tutsi-minderheid aan te hits. Gefabriseerde nuusberigte is uitgesaai, minderhede is voortdurend as kakkerlakke ("inyenzi") beskryf en volksmoord teen die minderheid is as die oplossing voorgelê. Diplomate het die Rwandese president, Juvénal Habyarimana hieroor gekonfronteer en versoek dat RTLM gesluit word. Habyarimana het geantwoord dat hy nie beheer oor die luggolwe het nie, aangesien Rwanda deur die Weste geforseer is om te demokratiseer. Habyarimana het gesê dat vryheid van spraak in 'n demokrasie

⁹⁶ Die syfer van 800 000 word mees algemeen gebruik. Verskeie deskundiges wat gedurende die volksmoord in Rwanda was, meen egter dat die werklike syfer meer as 'n miljoen is. 'n Ontleding van die onderskeie deskundiges se syfers met betrekking tot die Rwandese volksmoord word gedoen in Melvern L (2006) *Conspiracy to Murder* hoofstuk 11.

⁹⁷ Melvern L (2006) *Conspiracy to Murder* 20.

⁹⁸ In die berigte "Military One"-saak van die Verenigde Nasies Internasionale Strafbegtelike Tribunaal vir Rwanda, word verduidelik "The Indictments allege that all four Accused, from late 1990 until July 1994, 'conspired among themselves and others to work out a plan with the intent to exterminate the civilian population and eliminate members of the opposition, so that they could remain in power'. This plan consisted of recourse to hatred and ethnic violence, the training of and distribution of weapons to militiamen as well as the preparation of lists of people to be eliminated. In executing the plan, they organised, ordered and participated in the massacres perpetrated against the Tutsi population and of moderate Hutus." (The Prosecutor v Bagosora *et al* (18 December 2008) ICTR *at para* 194). Sien ook Melvern L (2006) *Conspiracy to Murder* 20

⁹⁹ Wellars G (Junie 2007) *The Constitution Making Process in Rwanda: Lessons to be Learned*.

¹⁰⁰ Melvern L (2006) *Conspiracy to Murder* 33 – 34.

¹⁰¹ In RTLM se oprigtingsdokumente is onder meer verklaar dat die radiostasie ten doel het om vreedsame ontwikkeling van die Rwandese gemeenskap te bevorder. Sien Melvern L (2006) *Conspiracy to Murder* 52 – 53.

beskerm moet word en dat hy gevolglik geen poging sal aanwend om RTLM te stuit nie.¹⁰² Demokrasie is dus in Rwanda as dekmantel gebruik om volkmoord teen die Tutsi-minderheid aan te hits.¹⁰³

In sy nuutste *Freedom in the World*-verslag spreek *Freedom House* sy kommer uit oor die feit dat daar in die afgelope nege jaar elke jaar aansienlik meer state was waarin demokratiese vryheid¹⁰⁴ afgeneem het as die aantal state waarin demokratiese vryheid toegeneem het.¹⁰⁵ Die verslag gaan voort deur te verklaar dat hierdie verskynsel gedurende 2014 aansienlik vererger het. Daar word onder meer verklaar:

“Over the past year, however, there were signs that authoritarian regimes were beginning to abandon the quasi-democratic camouflage that allowed them to survive and prosper in the post-Cold War world.”¹⁰⁶

Hierdie afname in demokratiese vryheid oor die afgelope dekade word waargeneem terwyl die aantal state waarin regerings by wyse van demokratiese verkiesings saamgestel word sedert die vroeë 1990's nie aansienlik verander het nie.¹⁰⁷

Die *Economist Intelligence Unit* (EIU) het in sy bekende *Democracy Index* van 2014 dieselfde kommer as *Freedom House* uitgespreek deur onder meer te verklaar dat daar wêreldwyd 'n stelselmatige ontnugtering met demokrasie as regeringsvorm ontstaan het:

“The pace of democratisation accelerated after the start of its so-called third wave in 1974 and especially after the fall of the Berlin Wall in 1989. According to The Economist Intelligence Unit's measure of democracy, one-half of the world's population now lives in a democracy of some sort. However, in recent years, there

¹⁰² Jones BD (2001) *Peacemaking in Rwanda* 117. Habyarimana se skuiling agter demokrasie as verskoning om RTLM op die lug te hou is ook verduidelik in Melvern L (2006) *Conspiracy to Murder* (2006) 56.

¹⁰³ Habyarimana het die VSA in Oktober 1993 besoek. Hoewel 'n beroep op die Amerikaanse regering gedoen is om die kwessie van minderheidsregte met Habyarimana te bespreek, het die Assistent-Staatsekretaris, George Moose, doelbewus versuim om die kwessie te opper, aangesien niemand die “positiewe atmosfeer” met betrekking tot die demokratisering van Rwanda wou bederf nie (Melvern L (2006) *Conspiracy to Murder* 64).

¹⁰⁴ 'n Term wat verwys na 'n vergelykende evaluering van politieke regte en burgerlike vryhede oor die wêreld heen.

¹⁰⁵ Freedom House (2015) *Freedom in the World* 4.

¹⁰⁶ *Ibid* 5.

¹⁰⁷ *Ibid* 6. Daar was egter 'n skerp styging in die aantal verkiesingsdemokrasieë in die tydperk tussen 1989 en 1994.

has been backsliding on previously attained progress and there has also been a burgeoning of popular disappointment with the fruits of democracy. This is the case not only in the new democracies of eastern Europe, but also in some of the oldest democracies in the world, in Western Europe.”¹⁰⁸

Hoewel bykans die helfte van die wêreld se state as demokrasieë bestempel word, verklaar die EIU dat daar slegs 24 state¹⁰⁹ in die wêreld as *volwaardige demokrasieë* beskryf kan word. ’n Verdere 52 state¹¹⁰ (waaronder Suid-Afrika) word as *gebrekkige demokrasieë* aangedui.¹¹¹ Die EIU spreek sy kommer oor demokrasie in Suid-Afrika soos volg uit:

“(I)n countries such as South Africa, the ruling party continues to dominate most levels of government. Opposition parties struggle to make an impact, and many crucial debates take place within the ruling group, rather than in the public arena, discouraging public participation.”¹¹²

In ’n kritiese ontleding oor die stand van demokrasie in Suid-Afrika skryf Marian Tupy van die *Cato Institute*¹¹³ dat die ANC se regeringstyl ernstige bedreigings vir demokrasie in Suid-Afrika inhou:

“The government has transformed the state-owned South African Broadcasting Corporation into an ANC propaganda machine that has banned some of the government’s most prominent critics from appearing on it. The culture of political correctness stifles public debate over the direction of South Africa’s economic and social policies. Those who dare to criticize the government are often labeled as racist. Moreover, the ANC is considering new laws that would undermine judicial independence.”¹¹⁴

Tupy gaan voort deur te verklaar dat burgerlike instellings en drukgroepe in Suid-Afrika ’n kardinale rol moet vervul deur die nodige druk op die regering te plaas ten einde demokrasie in Suid-Afrika te beskerm:

“It is increasingly apparent that the ANC wishes to dominate the social and institutional life of South Africa in the same way that it dominates the country’s

¹⁰⁸ Economist Intelligence Unit (2014) *Democracy Index 2*.

¹⁰⁹ Hierdie syfer het afgeneem vanaf 25 in 2012.

¹¹⁰ Hierdie syfer het afgeneem vanaf 53 in 2012.

¹¹¹ Economist Intelligence Unit (2014) *Democracy Index 3*.

¹¹² *Ibid* 33.

¹¹³ Die *Cato Institute* is ’n Amerikaanse openbarebeleid-navorsingsorganisasie wat toegewy is aan die beginsels van individuele vryheid, beperkte regering, die vrye mark en vrede. Die ontleders doen onafhanklike, nie-partydige navorsing oor ’n verskeidenheid beleidsonderwerpe (www.cato.org/about).

¹¹⁴ Tupy M (25 April 2007) *Troubling signs for South African democracy under the ANC* Cato Institute Development Briefing Paper no. 3, 1.

political life. Fortunately, the ANC continues to put great value on its international reputation and tends to be hypersensitive to international criticism. When the government does not act in accordance with the spirit of liberal democracy, members of international civil society groups, the diplomatic corps, and the business community should voice their concern. Constructive criticism could change the ANC's behavior and positively influence political developments in South Africa."¹¹⁵

1.5 Demokrasie en minderhede

Dit blyk duidelik dat demokrasie as regeringsvorm grootliks op die beginsel van die wil van die meerderheid geskoei is. Gevolglik hou dit altyd die risiko in dat minderhede in die proses deur die meerderheid onderdruk word – veral in state waar spanning tussen minderheidsgemeenskappe en die ondersteuners van die meerderheidsparty bestaan.

Na die Tweede Wêreldoorlog het liberalisme geseëvier, wat tot gevolg gehad het dat die wyse waarop daar oor die wêreld heen vir die beskerming van minderhede voorsiening gemaak is, grootliks deur liberaal-individualistiese waardes beïnvloed is.

Die Verenigde Nasies het op 9 Desember 1948 by wyse van die Algemene Vergadering se Resolusie 260 vir die eerste keer stappe gedoen om minderhede te beskerm. Hierdie resolusie het die Internasionale Konvensie oor die Voorkoming en Bestraffing van Misdaad van Volksmoord goedgekeur.¹¹⁶

'n Reeks internasionale verdrae en verklarings het hierop gevolg, waaronder die Internasionale Verbond op Burgerlike en Politieke Regte (IVBPR).¹¹⁷

Daar bestaan egter 'n aantal oënskynlike struikelblokke wanneer dit by die beskerming van minderhede in demokratiese state kom. Vyf van die grootste struikelblokke in hierdie verband word kortliks uitgelig:

¹¹⁵ *Ibid* 1.

¹¹⁶ Die verdrag het op 12 Januarie 1951 in werking getree. Hoewel die verdrag nie van enige verskyningsvorm van die term "minderheid" gebruik maak nie, is dit duidelik daarop gerig om kwesbare groepe teen volksmoord in al sy verskyningsvorme te beskerm.

¹¹⁷ Ander voorbeelde is die Verenigde Nasies se Verklaring oor die Regte van Mense wat aan Nasionale, Etniese, Godsdienstige en Taalkundige Minderhede behoort, die Raamwerkverdrag vir die Beskerming van Nasionale Minderhede, die Europese Handves vir Streeks- of Minderheidstale en die Kopenhagen Dokument van 1990.

1. Die regsdiskoers kon tot dusver nie op 'n algemeen aanvaarde definisie vir die konsep van minderhede oplewer nie.
2. Daar heers hewige debat oor die wyse waarop minderhede beskerm moet word. Die twee grootste strikvrae wat in hierdie verband opduik, is eerstens of individuele regte vir lede van minderheidsgroepe voldoende is (in teenstelling met die aanvaarding van kollektiewe regte in groepsverband), en tweedens of die erkenning van sogenaamde “spesiale” regte vir minderhede op 'n vorm van diskriminasie teenoor meerderhede sal neerkom.
3. Demokratiese meerderheidsregerings stel dit dikwels dat die minderheid moet aanvaar dat hulle 'n minderheid is en dat die handhawing van die minderheid se standpunt op 'n skending van die demokrasie sal neerkom. Dit gebeur ook dat meerderheidsregerings eenvoudig ontken dat daar so iets soos minderheidsgemeenskappe is.
4. In die internasionale samelewing word die belang minderheidsbeskerming beklemtoon, juis omdat demokratiese state wat uit plurale bevolkingsgroepe bestaan, dikwels die regte van minderhede onder die vaandel van demokrasie skend. Die gedagte is dat sulke minderhede hulle tot die internasionale reg moet of kan wend vir beskerming. Hierdie benadering is egter nie deeglik versoenbaar met die feit dat die internasionale reg dikwels nie op plaaslike vlak afdwingbaar is nie.¹¹⁸
5. Die staatlike karakter van die internasionale reg word dikwels onderbeklemtoon. State en interregeringsorganisasies vorm steeds die hoofrolspelers in die internasionale gemeenskap. Dit is gevolglik ook die enigste liggame wat werklik internasionale regspersoonlikheid het, en is ook die belangrikste skeppers van internasionale regsreëls.¹¹⁹ Minderhede se probleem is dikwels juis dat hulle nie aan die wil van die staat oorgelewer

¹¹⁸ Of minstens nie in dieselfde mate waarin plaaslike regstelsels deur state afgedwing word nie.

¹¹⁹ Dugard (2011) *International Law* 1; sien ook Detter De Lupis I (Julie 1988) *The Concept of International Law American Journal of International Law* Vol. 82, No. 3 pp. 631–635.

word nie en dat toegang tot internasionale liggame soos die Verenigde Nasies makliker gesê as gedaan is.

Sartori waarsku verder dat dit op 'n wanvoorstelling neerkom om bloot te verklaar dat 'n demokratiese bestel vanselfsprekend impliseer dat die mense oor hulleself regeer. Hy sê:

“Actually, despite all the talk to the contrary, we are moving toward *less* power of the people. To obvious reason for this is that a maximum of popular power is possible only in simple societies whose leadership-tasks are relatively elementary.”¹²⁰

Mayo sluit hierby aan wanneer hy sê:

“To talk as though the people actually govern in any modern democracy is to perpetuate a fiction even though we may call it a ‘noble lie.’”¹²¹

Hierdie fiksie, skryf Malan, “is natuurlik allermins meer edel wanneer dit in 'n diepverdeelde heterogene staat funksioneer waar mense, soos dit ook in 'n groot mate in Suid-Afrika die geval is, volgens hulle groepsidentiteit stem. In so 'n situasie sotasie funksioneer die stemreg en verkiesings as 'n verskoning vir meerderheidstirannie oor magtelose minderhede.” Malan gaan voort:

“In dergelike omstandighede bevestig verkiesings bloot die magteloosheid van die minderhede en die oormag van die meerderheid. Dit lewer die minderheid uit aan 'n soortgelyke situasie as wanneer 'n totale bevolking aan die despotisme van 'n outokraat uitgelewer is, maar boonop gaan dit nog verder: Weens die werking van die legitimitetsfiksie word die bedrieglike indruk van selfregering en vryheid gewek, waardeur die wantoestand van meerderheidsdespotisme en minderheidsmagteloosheid in die waan dat dit legitiem is, in stand gehou word.”¹²²

1.6 Die beskerming van minderhede in Suid-Afrika

Soos reeds uitgewys, handel hierdie verhandeling in besonder oor die mate waarin die Suid-Afrikaanse grondwet beskerming aan die regte van minderheidsgemeenskappe bied. Daar is egter etlike uniekhede aan die Suid-Afrikaanse opset, waaroor onder meer in hierdie verhandeling uitgebrei sal word.

¹²⁰ Sartori G (1962) *Democratic Theory* 405. Sien ook Malan K (2011) *Politokrasie* 191.

¹²¹ Mayo HB (1960) *An Introduction to Democratic Theory* 73-74. Aangehaal in Malan K (2011) *Politokrasie* 192.

¹²² Malan K (2011) *Politokrasie* 193.

Sonder om op hierdie stadium op die historiese konteks in te gaan,¹²³ kan die volgende uniekhede met betrekking tot minderhede in Suid-Afrika uitgelig word:

1. As territoriale staat¹²⁴ bestaan Suid-Afrika uit 'n verskeidenheid uiteenlopende taal- en kultuurgemeenskappe. Nie een van hierdie groepe se bevolkingsgetalle is voldoende om van hulle 'n meerderheid te maak nie. Slegs indien die onderskeie gemeenskappe hulleself op grond van ras organiseer, is daar 'n duidelike meerderheid.
2. Die konsep van minderheidsbeskerming word in Suid-Afrika as politieke omstrede beskou, in die mate waar diegene wat hulle op hulle minderheidsregte beroep, dikwels selfs van rassisme beskuldig word.
3. Daar word algemeen aanvaar dat die wit minderheid in Suid-Afrika finansiële beter af is as die meerderheid en dat hierdie minderheid gevolglik nie op beskerming geregtig is nie. Daar word trouens aangevoer dat spesiale maatreëls getref moet word om die meerderheid teen die minderheid te beskerm.¹²⁵

Die res van hierdie verhandeling word soos volg aangepak: Daar word begin met 'n ontleding van die konsep van minderheidsregte. Hier sal in besonder aandag gegee word aan die definiëring van minderheidsgemeenskappe en die regte wat aan hierdie gemeenskappe toegedig word. Die debat rondom die onderskeie metodes waarop vir die beskerming van die regte van minderheidsgemeenskappe voorsiening gemaak kan word, word ook ontleed. Hier word in besonder gefokus op die vraag of die beskerming van individuele regte voldoende is om ook in die breër behoeftes van gemeenskappe te voorsien.

¹²³ Meer oor die historiese ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse grondwetlike bestel, met verwysing na minderhede, in hoofstuk 3.

¹²⁴ 'n Territoriale staat is 'n staat wat politieke mag oor 'n vasgestelde grondgebied uitoefen.

¹²⁵ Regstellende aksie in Suid-Afrika word meestal deur die *Employment Equity Act* (55 van 1998) en die *Broad-Based Black Economic Empowerment Act* (53 van 2003) gedefinieer. In laasgenoemde wet word swart Suid-Afrikane bestempel as die aangewese groep wat voordeel uit regstellende aksie moet trek. "Swart" word in die wet gedefinieer as 'n generiese term wat Afrikane, Kleurlinge en Indiërs insluit. Regstellende aksie en die wette waarna hier verwys word, word meer breedvoerig in hoofstuk 4 behandel.

In hoofstuk 3 word 'n historiese perspektief op die Suid-Afrikaanse grondwet gegee. Dit word gedoen met pertinente fokus op die grondwetlike veranderinge van 1994 en die intense debatte wat met die opstel van die 1996-grondwet gevoer is, meer bepaald oor die wyse waarop vir die beskerming van minderheidsgemeenskappe se regte voorsien moet word.

Vandaar word in hoofstuk 4 breedvoerig uitgebrei oor die tersaaklike bepalings wat in die 1996-grondwet opgeneem is en wat deur minderheidsgemeenskappe aangewend kan word om hulle regte te beskerm. Die inhoud van hierdie bepalings word ontleed en die doeltreffendheid daarvan word met verwysing na die interpretasie van die betrokke artikels ontleed.

Daarna word in hoofstuk 5 spesifiek op selfbeskikking vir minderheidsgemeenskappe gefokus.

Soos wat die bespreking in hierdie studie aandui, word aan die hand gedoen dat bepalings in die Suid-Afrikaanse grondwet wat op minderhede betrekking mag hê uiteenlopend vertolk kan word. Die mate waarin minderhede ingevolge die Suid-Afrikaanse grondwet beskerm word, hang dus nie net van die bewoording van die betrokke bepalings af nie, maar in besonder ook van die wyse waarop die grondwet deur die houe vertolk en toegepas word.

Aangesien demokrasie in teorie op baie meer neerkom as blote meerderheidsoorheersing, maar die klem eerder op die beskerming van individue (of gemeenskappe) se regte geplaas word, kan daar nie sprake van demokrasie wees indien daar nie op volhoubare wyse vir die beskerming van minderhede se regte voorsiening gemaak word nie. Die beskerming van minderhede se regte kan as't ware beskou word as 'n toets vir die egtheid van demokrasie.

Hoofstuk 2

Teoretiese begroning vir die beskerming van minderheidsregte

2.1 Inleiding

Aangesien daar met demokrasie as regeeringsvorm pertinente klem op die beskerming van burgers se regte geplaas word en die beskerming van minderhede toenemend as 'n wesenlike element vir 'n egte demokratiese orde beskou word, kan daar nie sprake van gesonde demokrasie wees indien daar nie op een of ander wyse vir die doeltreffende beskerming van minderhede se regte voorsiening gemaak word nie. In hierdie hoofstuk word die teoretiese begroning vir die beskerming van minderheidsregte neergelê.

Die konsep van minderheidsregte is iets waarmee nie sommer ligtelik omgegaan kan word nie, aangesien dit 'n onderwerp is wat taamlik gelaai en in bepaalde dele van die wêreld selfs omstrede kan wees – veral wanneer besin moet word oor wat die doeltreffendste wyse is om vir die beskerming van minderhede se regte voorsiening te maak. Nodeloos om te sê het dit ook al hewige debat ontlok, nie net in die buiteland nie, maar in besonder ook in Suid-Afrika.¹²⁶ Daar bestaan 'n aantal redes waarom die konsep van minderheidsregte in sekere gevalle omstrede kan wees.

Die besware wat teen die beskerming van minderheidsregte geopper word, kan breedweg in twee kategorieë verdeel word. Daar bestaan politieke sowel as juridiese besware teen die beskerming van minderheidsregte. Hierdie besware word vervolgens kortliks uitgelig.

Polities gesproke is die konsep van minderheidsregte in sekere state, waarby Suid-Afrika inbegrepe is, omstrede. Die rede vir die omstredenheid is die feit dat die beskerming van minderheidsregte bepaalde politieke implikasies kan meebring. In demokratiese state wat oor 'n verskeidenheid kultuurgemeenskappe beskik, kan dit

¹²⁶ Die debat rondom die beskerming van minderheidsregte gedurende die skryf van die Suid-Afrikaanse grondwet van 1996 word in die volgende hoofstuk in meer besonderhede behandel.

maklik gebeur dat minderheidsgemeenskappe ervaar dat hulle in 'n ondergeskikte posisie verkeer en dat hulle belange misken word. Dit gebeur vanweë die feit dat minderheidsgemeenskappe kleiner in getal is en dus ook oor minder mense beskik wat gemobiliseer kan word om aan verkiesings deel te neem. Die gevolg hiervan is dat 'n wanbalans op nasionale regeringsvlak ontstaan, waar groter prioriteit verleen word aan die belange van die gemeenskap wat numeries dominant is, ten koste van die gemeenskap (of gemeenskappe) wat kleiner in getal is. Die kan selfs gebeur dat minderhede totaal misken word en dat hul belange vertrap word. Die noodwendige gevolg van hierdie wanbalans is dat gemeenskappe wat numeries in 'n nie-dominante posisie is, op hulle regte as minderhede aanspraak maak. Hierdie situasie kan politieke spanning tussen gemeenskappe skep. Dit gebeur aangesien die erkenning van minderheidsregte deur 'n meerderheidsregering impliseer dat die meerderheidsgemeenskap, wat die mag het om wette te maak en regeringsbeleid te beïnvloed, sy eie mag as't ware moet inperk om vir minderheidsbelange voorsiening te maak.

Die tweede beswaar teen minderheidsregte is juridies van aard. Soos wat later in hierdie hoofstuk meer volledig uitgewys word, bestaan daar nie 'n algemeen aanvaarde definisie van die konsep van 'n "minderheid" nie. 'n Tweede probleem wat hieruit voortspruit, is dat daar nog nie eenstemmigheid bestaan oor die wyse waarop die belange van minderheidsgemeenskappe juridies beskerm kan word nie. Die debat oor die doeltreffendste wyse waarop daar vir die beskerming van minderhede se regte voorsiening gemaak moet word, word ook in hierdie hoofstuk toegelig.

Daar bestaan breedweg drie uiteenlopende argumente oor wat die doeltreffendste wyse is waarop minderhede se regte beskerm moet word. Die eerste argument is dat die toekenning van individuele regte aan alle burgers voldoende is om ook die regte van minderheidsgemeenskappe as gemeenskap te beskerm. 'n Tweede argument is dat gelyke individuele regte nie voldoende is om individue wat deel van minderheidsgemeenskappe vorm na behore te beskerm nie en dat bepaalde regte op kollektiewe vlak ook aan groepe toegeken moet word. 'n Derde argument is dat selfbeskikking, hetsy korporatief of territoriaal, die beste manier is om minderhede se

regte te beskerm. Al drie hierdie argumente sal in hierdie verhandeling behandel word.¹²⁷

Hierdie hoofstuk verloop soos volg: In die eerste plek word daar lig gewerp op die debat rondom die definiëring van minderheidsgemeenskappe. Die uitdagings met betrekking tot die formulering van 'n definisie vir minderheidsgemeenskappe word uitgewys, verskillende voorgestelde definisies word behandel en 'n bepaalde definisie wat vir doeleindes van hierdie verhandeling gebruik word, word dan uiteengesit. Daar word dan gefokus op die debat rondom die doeltreffendste wyse om die belange van minderheidsgemeenskappe te beskerm. Twee argumente word in besonder in hierdie gedeelte uitgepluis. Die eerste is dat minderheidsregte nie in die afwesigheid van 'n algemeen aanvaarde definisie vir minderheidsgemeenskappe beskerm kan word nie. Die tweede argument is dat die beskerming van minderheidsregte in elk geval oortollig word indien lede van minderheidsgemeenskappe se individuele regte na behore beskerm word. Die vraag of die beskerming van individuele regte voldoende is om ook die belange van minderheidsgemeenskappe te beskerm, is dus hier van belang. Ten slotte word die benadering wat in die res van hierdie verhandeling gevolg word, uiteengesit.

2.2 Definiëring van minderheidsgemeenskappe

'n Raamwerk vir die beskerming van minderheidsgemeenskappe se belange het in 1920, met die totstandkoming van die Volkebond (*League of Nations*) vir die eerste keer op die internasionale front verskyn.¹²⁸ Byna 'n eeu na die skepping van die Volkebond, wat as die eerste bedeling vir minderheidsregte beskou word, bestaan daar steeds nie 'n algemeen aanvaarde definisie vir minderhede in die internasionale

¹²⁷ Die debat met betrekking tot individuele regte in teenstelling met groepsregte word later in hierdie hoofstuk behandel. Selfbeskikking (en die verskillende verskyningsvorme daarvan) word in hoofstuk 5 behandel. Die historiese verloop van die debat rondom die beskerming van minderheidsregte in die Suid-Afrikaanse konteks word in hoofstuk 3 behandel.

¹²⁸ Pejic J (1997) *Minority Rights in International Law* Human Rights Quarterly 19.3 666-685, 666; Office of the High Commissioner of Human Rights (2010) *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation* 1. Die Volkebond word wyd vir die erkenning en bestaan van minderheidsregte aangeprys, sowel as vir die legitimering van minderheidsbeskerming as 'n gebied van internasionale belang.

reg nie.¹²⁹ Die Handves van die Verenigde Nasies (1945),¹³⁰ sowel as die Universele Verklaring oor Menseregte (UVM) (1948),¹³¹ bevat verwysings na minderhede, maar bevat geen definisie daarvan nie. Die Algemene Vergadering (AV) van die Verenigde Nasies (VN) het by geleentheid verklaar dat die VN nie met 'n afsydige ingesteldheid teenoor die lot van minderhede kan voortgaan nie, maar bygevoeg dat eenstemmigheid in hierdie verband nie bereik kan word nie as gevolg van die probleme met die aanvaarding van “a uniform solution (to) this complex and delicate question, which has special aspects in each State in which it arises.”¹³² Gevolglik het die AV se Ekonomiese en Sosiale Raad (algemeen afgekort as ECOSOC) in 1985 versoek:

“...to ask the Commission on Human Rights and the Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities to make a thorough study of the problem of minorities, in order that the United Nations may be able to take effective measures for the protection of racial, national religious or linguistic minorities.”¹³³

Die mees gesaghebbende VN-instrument wat spesifiek na minderhede verwys, is die Internasionale Verbond op Burgerlike en Politieke Regte (IVBPR),¹³⁴ 'n multilaterale verdrag wat in 1966 deur die Verenigde Nasies se Algemene Vergadering aanvaar is.¹³⁵ Die meerderheid skrywers definieer die konsep van minderhede wel vanuit die raamwerk wat deur hierdie verbond gebied word. Artikel 27 van die IVBPR bepaal soos volg:

“In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other

¹²⁹ Pejic J (1997) *Minority Rights in International Law* Human Rights Quarterly 19.3 666-685, 667; Office of the High Commissioner of Human Rights (2010) *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation 2*.

¹³⁰ Geteken op 26 Junie 1945 (in werking gestel op 24 Oktober 1945).

¹³¹ Universele Verklaring oor Menseregte (in Engels: Universal Declaration on Human Rights), aanvaar op 10 Desember 1948. In Engels afgekort as UDHR.

¹³² Capotorti F *The Protection of Minorities under Multilateral Agreements on Human Rights*, in Chandra S (1985) *Minorities in National and International Laws*, 218, 227 (met verwysing na U.N. Doc. A/Res217(III) C). Ook aangehaal in Pejic J (1997) *Minority Rights in International Law* Human Rights Quarterly 19.3 666-685, 667.

¹³³ Capotorti F *The Protection of Minorities under Multilateral Agreements on Human Rights*, in Chandra S (1985) *Minorities in National and International Laws*, 218, 227 (met verwysing na U.N. Doc. A/Res217(III) C). Ook aangehaal in Pejic J (1997) *Minority Rights in International Law* Human Rights Quarterly 19.3 666-685, 667-668.

¹³⁴ In Engels: International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Ook aangehaal in Pejic J (1997) *Minority Rights in International Law* Human Rights Quarterly 19.3 666-685, 668.

¹³⁵ Die IVBPR het egter eers 'n dekade later, op 23 Maart 1976 in werking getree.

members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.”

Die bewoording van artikel 27 stel egter teleur. In die eerste plek is dit merkwaardig dat die artikel negatief geformuleer is. Die implikasie hiervan is dat daar nie ’n positiewe verpligting op state geplaas word om toe te sien dat minderhede se belange beskerm word nie. Die las wat ingevolge hierdie artikel op state geplaas word, is slegs om mense wat deel van minderheidsgemeenskappe vorm, toe te laat om, in gemeenskap met ander lede van daardie gemeenskap, hulle geloof en kultuur te beoefen. In die tweede plek bied artikel 27 geen beskerming aan gemeenskappe nie, maar slegs aan individue wat deel van die gemeenskap vorm.¹³⁶ Verder is dit opvallend dat die IVBPR ook versuim om minderhede te definieer. Die IVBPR is ’n duidelike weerspieëling van die liberalisme wat onmiddelik na die Tweede Wêreldoorlog gewild was.

Francesco Capotorti, ’n *Special Rapporteur* van die VN se Subkommissie oor die Voorkoming van Diskriminasie en die Beskerming van Minderhede, verduidelik die probleem met betrekking tot die definiëring van minderhede soos volg:

“The preparation of a definition capable of being universally accepted has always proved to be a task of such difficulty and complexity that neither the experts in this field, nor the organs of the international agencies have been able to accomplish it today.”¹³⁷

Die kantoor van die VN se Hoë Kommissaris vir Menseregte sluit by Capotorti aan en lig die probleem soos volg toe:

“The difficulty in arriving at a widely acceptable definition lies in the variety of situations in which minorities live. Some live together in well-defined areas, separated from the dominant part of the population. Others are scattered throughout the country. Some minorities have a strong sense of collective identity and recorded history; others retain only a fragmented notion of their common heritage.”¹³⁸

¹³⁶ Sien ook Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 420.

¹³⁷ Capotorti F (1979) *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious, and Linguistic Minorities* UN Docs. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, Sales No E78XIV1 5. Ook aangehaal in Dersso SA (2012) *Taking Ethno-Cultural Diversity Seriously* in Constitutional Design 6.

¹³⁸ Office of the High Commissioner of Human Rights (2010) *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation* 2.

Die Organisasie vir Veiligheid en Samewerking in Europa (OVSE) se Hoë Kommissaris vir Minderheidsregte, Max van der Stoel, verduidelik dat hy nie in staat is om 'n “nasionale minderheid” te beskryf nie, maar dat hy in staat is om een uit te wys as hy een sien.¹³⁹

Henrard voer aan dat daar twee belangrike redes bestaan waarom daar nie op 'n algemeen aanvaarde definisie ooreengekom kan word nie, naamlik die kompleksiteit en diversiteit van die minderheidsverskynsel en die vrees van state oor wat op die erkenning van minderhede (en meer spesifiek, minderheidsregte) kan volg. Die tipiese vrees onder state, verduidelik sy, is dat die erkenning van minderhede tot sesessie en die uiteindelijke verbrokkeling van state kan lei.¹⁴⁰

Verskeie pogings is al aangewend om minderhede te definieer. Capotorti het in 1977 'n definisie geformuleer wat vandag nog groot ondersteuning geniet. Hy definieer minderhede soos volg:

“A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members – being nationals of the State – possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language.”¹⁴¹

Jules Deschenes (1923–2000), 'n destydse Kanadese regter in die Hoë Hof van Quebec, het minderhede soos volg gedefinieer:

“A group of citizens of a State, constituting a numerical minority and in a non-dominant position in that state, endowed with ethnic, religious or linguistic characteristics which differ from those of the majority of the population, having a sense of solidarity with one another, motivated, if only implicitly, by a collective will to survive and whose aim is to achieve equality with the majority in fact and law.”¹⁴²

¹³⁹ Hy sê: “Even though I may not have a definition of what constitutes a minority, I would dare to say that I know a minority when I see one.” Toespraak deur Van der Stoel M (24 Mei 1993) *Keynote address of the High Commissioner on National Minorities Max van der Stoel at the OSCE Human Dimension Seminar*, Warsaw. Die teks vir die volledige toespraak is beskikbaar by <http://www.osce.org/hcnm/38038>.

¹⁴⁰ Henrard K (2000) *Devising an Adequate System for Minority Protection*, 18.

¹⁴¹ Capotorti F *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious, and Linguistic Minorities* (1979) UN Docs. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, Sales No E78XIV1 96.

¹⁴² Deschenes J *Proposal Concerning a Definition of the Term Minority* UN Doc E/CN.4/Sub.2/1985/31/Corr.1 (14 May 1985) 30.

Die Noorweër Absjørn Eide se voorgestelde definisie is soos volg:

“A minority is any group of persons resident within a sovereign State which constitutes less than half of the population of the national society and whose members share common characteristics of an ethnic, religious or linguistic nature that distinguish them from the rest of the population.”¹⁴³

Die VN *Special Rapporteur* oor die reg op ’n billike verhoor, Stanislav Chernichenko se voorgestelde definisie is meer omslagtig:

“‘Minority’ denotes a group of persons in principle permanently resident in the territory of a state, numerically fewer than the remaining population of that State, in other words constituting less than half of its population, endowed with national or ethnic, religious and linguistic and other related characteristics (culture, traditions and so forth) distinct from similar characteristics of the rest of the population, and displaying a will to preserve the existent identity of the group. This shall not be interpreted as authorising or encouraging any action aiming at depriving anyone of the status of citizen or permanent resident.”¹⁴⁴

Tim Potier voer aan dat hierdie definisies nie voldoende is nie en dat daar in die definiëring van minderhede onderskeid getref moet word tussen nasionale en plaaslike of streeksgebonde minderhede. Bepaalde gemeenskappe kan in vergelyking met die nasionale bevolking op ’n numeriese minderheid neerkom, maar dit kan ook gebeur dat daardie gemeenskappe binne-in ’n bepaalde streek ’n meerderheid vorm, verduidelik Potier. Die gemeenskap wat op nasionale vlak die meerderheid vorm, kan in daardie streek ’n minderheid wees.¹⁴⁵

Die Duitse gemeenskap van Suid-Tirol (in Italiaans bekend as Alto Adige), ’n outonome provinsie in Italië, is maar een uit baie voorbeelde wat uitgelig kan word om Potier se punt ten opsigte van die definiëring van minderhede te staaf. Ingevolge bovermelde definisies van ’n minderheid, is die Duitse gemeenskap van Suid-Tirol geregtig om op hulle regte as minderheidsgemeenskap aanspraak te maak. Hierdie gemeenskap maak ’n minderheid met verwysing na die totale bevolking van Italië uit, ongeag die feit dat hulle ’n meerderheid in die provinsie is. In teenstelling met die

¹⁴³ Eide A *Working Definition of Minorities, Possible Ways and Means of Facilitating the Peaceful and Constructive Solution of Problems Involving Minorities*, E/CN.4/Sub.2/1993/34, 10 August 1993, SCPDPM (45th Session), para 29.

¹⁴⁴ Chernichenko S *Definition of minorities*, E/CN.4/Sub.2/AC.5/1996/WP.1 and E/CN.4/Sub.2/ AC.5/1997/WP 1.

¹⁴⁵ Potier T (2001) *Regionally non-dominant titular peoples: the next phase in minority rights?* JEMIE Paper 6, 3.

Duitse gemeenskap van Suid-Tirool, wat 'n minderheid met betrekking tot die nasionale bevolking uitmaak en 'n meerderheid met betrekking tot die provinsiale bevolking, maak die Italiaanse gemeenskap van Bozen (die hoofstad van Suid-Tirool, in Italiaans bekend as Bolzano) 'n minderheid met betrekking tot die provinsie uit, maar 'n meerderheid met betrekking tot die stad. Hoewel die Italiaanse gemeenskap van Bozen (die stad) se nie-dominante posisie met betrekking tot Suid-Tirool (die provinsie) vergelykbaar is met die Duitse gemeenskap van Suid-Tirool se nie-dominante posisie met betrekking tot Italië (die staat), is hulle volgens Capotorti, Eide en Chernichenko se definisies nie op minderheidsbeskerming geregtig nie, aangesien hulle steeds met betrekking tot die nasionale demografie deel van die meerderheid is.¹⁴⁶

Potier voer aan dat plaaslike minderhede ook by die definisie van 'n minderheid ingesluit moet word. Hy verduidelik:

“Nobody hesitates when minorities are referred to (often in the national context) as being ‘non-dominant’ – not that they always are. So, there should equally be little hesitation in admitting that ‘non-minority’ (often titular)¹⁴⁷ groups are, to varying degrees, in some countries, in a ‘*regionally* (deliberate emphasis) non-dominant position’. While the broad condition of minorities, in most countries, *is* one of ‘non-dominance’, this does not address the (equally important) rights of those persons belonging to the titular group who, while constituting, often, the majority of the population in the country as a whole (though not necessarily), ‘regionally’, on account of their participation in local government/administration, on account of the ‘presence’ of their language or, more generally, on account of their involvement(/‘contribution’) to the wider local, but active, society, are rendered non-dominant.”¹⁴⁸

Die probleem met Potier se benadering is egter dat 'n bepaalde kultuurgemeenskap volgens hom tegelykertyd op 'n meerderheid en 'n minderheid kan neerkom. Vir doeleindes van hierdie verhandeling is dit nie nodig om 'n gedetailleerde ontleding van die implikasies van Potier se voorstel ten opsigte van plaaslike minderhede te

¹⁴⁶ Sien die Suid-Tiroolse sensus van 2011 vir 'n volledige uiteensetting van die bevolkingsverspreiding in Suid-Tirool en Bozen. Abteilung 8 – Landesinstitut für Statistik *Astat Info* 38 van 06/2012. Sien ook Landesinstitut für Statistik (2014) *Statistisches Jahrbuch für Südtirol*.

¹⁴⁷ Met “titular peoples” verwys Potier na mense wat hulleself beskou as lede van die etniese groep(e) met wie die betrokke land gewoonlik assosieer word.

¹⁴⁸ Potier T (2001) *Regionally non-dominant titular peoples: the next phase in minority rights?* JEMIE Paper 6, 6.

doen nie. Potier se voorgestelde definisie vir 'n sogenaamde *nasionale minderheid* is egter wel van waarde. Hy stel die volgende definisie voor:

“A category of persons (each individually) identifying themselves as a member of a specific ethnic group which constitutes a numerically lesser group in the state, taken as a whole, even though they may form a larger group in a region, territorially/constitutionally defined or not, populated substantially by members of that ethnic group.”¹⁴⁹

Hy gaan voort deur 'n “etniese groep” soos volg te definieer:

“Persons who share among them certain linguistic, cultural or religious attachments different from those of the rest of the population and whom by the expression of those attachments, in public or private, individually or collectively, with other members of the same group or in the presence of others belonging to different ethnic groups, demonstrate a willingness, consciously or not, to maintain their separate identity.”¹⁵⁰

Potier se definisie voeg waarde tot die debat, aangesien dit bepaal dat 'n gemeenskap wat op nasionale vlak numeries in die minderheid is, steeds op beskerming as minderheidsgemeenskap geregtig is, ongeag of daardie gemeenskap binne 'n bepaalde streek 'n numeriese meerderheid uitmaak.

Vir doeleindes van hierdie studie sal egter volstaan word by Capotorti se definisie, aangesien dit die definisie is wat die meeste gebruik word en ook algemeen as gesaghebbend aanvaar word. Capotorti se definisie is egter nie vry van kritiek nie. Dit moet gevolglik ook gekwalifiseer word. In die eerste plek is Capotorti se stelling dat 'n bepaalde gemeenskap burgers van die staat moet wees voordat dit op beskerming geregtig is, klaarblyklik verkeerd. Daar word aangevoer dat dit meer gepas sou wees om na langtermyninwoners van die staat te verwys, eerder as na burgers.¹⁵¹ Capotorti het in 1985 ook self afstand gedoen van hierdie element in sy voorgestelde definisie.¹⁵² Met betrekking tot hierdie studie is die vereiste van burgerskap egter van minder belang.

¹⁴⁹ Potier T (2001) *Regionally non-dominant titular peoples: the next phase in minority rights?* JEMIE Paper 6, 7.

¹⁵⁰ Potier T (2001) *Regionally non-dominant titular peoples: the next phase in minority rights?* JEMIE Paper 6, 7.

¹⁵¹ Jabareen YT (2011) *Redefining Minority Rights: Successes And Shortcomings Of The U.N. Declaration On The Rights Of Indigenous Peoples* 18 UCDJILP 123.

¹⁵² Capotorti F *Minorities* 8 Encyclopedia of Public International Law 385 (R Bernhardt red., 1985). Sien ook Jabareen YT (2011) *Redefining Minority Rights*:

Die elemente wat in Capotorti se definisie uiteengesit word, bestaan breedweg uit objektiewe en subjektiewe kriteria.

Die elemente van numeriese ondergeskiktheid en 'n nie-dominante posisie is objektiewe kriteria wat aan die hand van die omstandighede gemeet kan word. Pejic verduidelik die vereistes vir die nakoming van hierdie objektiewe kriteria van Capotorti se definisie. Hy verklaar:

“Pursuant to the express language of the definition, the numerical inferiority of a minority is to be established by comparison to the entire population of a state. Thus, a group would remain a minority even though it may constitute the majority in a specific region of the state. Nondominance has been understood not only as relating to political power, but also to economic, cultural, or social status.”¹⁵³

Capotorti se verwysing na 'n begrip van samehorigheid (*sense of solidarity*) impliseer 'n bewustheid onder mense wat aan die betrokke gemeenskap behoort van die etniese, godsdienstige of taalkundige eienskappe wat hulle anders maak as die meerderheid, sowel as 'n subjektiewe behoefte om hierdie eienskappe as deel van hulle gemeenskaplike identiteit te behou.¹⁵⁴ By implikasie word minderheidsgemeenskappe wat daarna streef om met die res van die bevolking te assimileer van die definisie uitgesluit en kan sodanige gemeenskap nie op hulle regte as minderheidsgemeenskap as sodanig aanspraak maak nie.¹⁵⁵

Verder is dit belangrik om daarop te let dat Capotorti se definisie minderheidsgemeenskappe wat nie burgers is nie ingevolge artikel 27 pertinent van beskerming uitsluit. Sedertdien het regsteoretiese sienswyses in hierdie verband in die teenoorgestelde rigting ontwikkel. Die VN se Menseregtekomitee¹⁵⁶ het onder

Successes And Shortcomings Of The U.N. Declaration On The Rights Of Indigenous Peoples 18 UCDJILP 123.

¹⁵³ Pejic J (1997) *Minority Rights in International Law* Human Rights Quarterly 19.3 666-685, 671.

¹⁵⁴ Pejic J (1997) *Minority Rights in International Law* Human Rights Quarterly 19.3 666-685, 671.

¹⁵⁵ Dit impliseer egter nie dat sodanige gemeenskappe nie op beskerming teen diskriminasie geregtig is nie.

¹⁵⁶ Die VN se Menseregtekomitee is 'n onafhanklike liggaam van deskundiges wat die nakoming en toepassing van die Internasionale Verbond op Burgerlike en Politieke Regte (IVBPR) monitor.

meer verklaar dat die regte wat in die IVBPR uiteengesit word op almal van toepassing is, ongeag die persoon se nasionaliteit of gebrek aan burgerskap.¹⁵⁷

Manfred Nowak voer aan dat Capotorti se definisie ook 'n geïmpliseerde tydselement bevat. Nowak argumenteer dat die inleiding tot artikel 27 impliseer dat etniese, godsdienstige en taalkundige groepe:

“Must have been established in a State over a longer period of time – i.e., evidence of a certain historical stability – in order to qualify as minorities under Art. 27. This does not, however, preclude immigrants, including migrant workers, from being able to claim the protection of this provision, after a certain (longer) period of residency in their new home country when they fulfil the remaining definitional criteria.”¹⁵⁸

Die Menseregtekomitee het op Nowak se argument voortgebou en beklemtoon dat minderhede nie permanente inwoners van die betrokke staat hoef te wees nie en trekwerkers en selfs besoekers aan 'n staat wat aan die ander elemente van die definisie voldoen, nie hulle regte as minderheidsgemeenskap ontnem mag word nie.¹⁵⁹

'n Belangrike punt wat in die betrokke verklaring van die Menseregtekomitee gemaak word, is dat die bestaan van 'n minderheid in 'n bepaalde staat nie afhanklik is van die erkenning van die bestaan van daardie minderheid deur die betrokke staat nie en dat die bestaan van daardie minderheid eerder aan die hand van objektiewe maatstawwe bepaal moet word.¹⁶⁰ Hierdie standpunt is ook deur die Permanente Internasionale Gereghof ingeneem toe verklaar is dat:

“The existence of communities (i.e. minorities) is a question of fact, and not ... of law.”¹⁶¹

Capotorti (en Deschenes) se vereiste dat 'n gemeenskap nie-dominant moet wees voordat dit op beskerming as minderheidsgemeenskap geregtig kan wees, verdien om verder toegelig te word. Daar moet daarop gelet word dat hierdie element

¹⁵⁷ General Comment No. 15, aangeneem op 22 Julie 1986, UN GAOR, Human Rights Committee, 696th mtg., UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1 (1989).

¹⁵⁸ Nowak M (1993) *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 490.

¹⁵⁹ General Comment No. 23, aangeneem op 6 April 1994, 50 UN GAOR, Human Rights Committee 1314th mtg., UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (1994).

¹⁶⁰ Pejic J (1997) *Minority Rights in International Law* Human Rights Quarterly 19.3 666-685, 672-673.

¹⁶¹ Advisory Opinion of 31 July 1930, 1930 PCIJ (ser.A/B). No. 17, by 22. Ook aangehaal in Pejic J (1997) *Minority Rights in International Law* Human Rights Quarterly 19.3 666-685, 671.

uitgesluit word van Eide en Chernichenko se voorgestelde definisies wat later geformuleer is. Hierdie element is in die Suid-Afrikaanse konteks veral belangrik, aangesien daar soms aangevoer word dat Afrikaners (en witmense oor die algemeen) ekonomies dominant is en gevolglik nie as minderhede kwalifiseer nie en dus nie op minderheidsbeskerming geregtig is nie.¹⁶² Dit laat die deur oop vir kwaadwillige politici om te argumenteer dat Afrikaners byvoorbeeld nie op beskerming as minderheidsgemeenskap geregtig kan wees nie, aangesien hulle oor die algemeen, finansiële gesproke, beter af is as die meerderheid en dus nie aan Capotorti se definisie voldoen nie. In die Suid-Afrikaanse konteks word byvoorbeeld aangevoer dat wit Suid-Afrikaners nie op beskerming as minderheidsgroep geregtig is nie, aangesien hulle ekonomies dominant is en 'n disproporsionele invloed op die ekonomie het.¹⁶³ Dit is met verwysing na Capotorti se voorgestelde definisie dat Sachs R in die Konstitusionele Hof aanvoer dat:

“(T)he central theme that runs through the development of international human rights law in relation to the protection of minorities, is that of preventing discrimination against disadvantaged and marginalized groups, guaranteeing them full and factual equality and providing for remedial action to deal with past discrimination... The weight of international law... should be in favour of the dominated and not the dominating minorities.”¹⁶⁴

Dit is egter nie so eenvoudig nie. Die term “dominant” verwys nie slegs na ekonomiese omstandighede nie, maar ook na sosiale, kulturele en politieke faktore.¹⁶⁵ “Dominansie” behels as't ware 'n kombinasie van hierdie faktore en die meeste skrywers plaas die fokus op die kombinasie van ekonomiese én politieke oorwegings.¹⁶⁶ Indien ekonomiese faktore in hierdie verband uitsluitlik van belang was, sou dit tot gevolg gehad het dat die meeste van die gemeenskappe oor die wêreld heen, wat gedurende die 20'ste eeu slagoffers van volksmoord en/of etniese

¹⁶² Sien byvoorbeeld Kidd M (2010) *Celebrating 100 Years of Teaching Law in Pietermaritzburg* 329; Dersso SA (2012) *Taking Ethno-Cultural Diversity Seriously* in Constitutional Design 7, waarin aangevoer word dat witmense ekonomies dominant is.

¹⁶³ Sien byvoorbeeld Times Live (18 April 2013) *Whites still dominate South Africa's top management positions, a report by the Employment Equity Commission revealed*; International Business Times (27 Junie 2012) *South Africa: Zuma Blames 'White Control' For Economic Woes, While Bidding For Second Term*.

¹⁶⁴ *In re Schools Education Bill of 1995 (Gauteng)* 1996 4 537 (CC) at para 87.

¹⁶⁵ Jabareen YT (2011) *Redefining Minority Rights: Successes And Shortcomings Of The U.N. Declaration On The Rights Of Indigenous Peoples* 18 UCDJILP 123.

¹⁶⁶ Dersso SA (2012) *Taking Ethno-Cultural Diversity Seriously* in Constitutional Design 7.

uitwissing was, nie op beskerming as minderhede geregtig sou wees nie, aangesien die meeste van hierdie groepe numeriese minderhede was wat in finansiële terme meer welgesteld as die meerderheid was. Dit sluit die Duitse Jode gedurende die Tweede Wêreldoorlog in, sowel as die Armeniërs en die Grieke van Anatolië, die Moslems in Serwië en dit Tutsi's in Rwanda in.¹⁶⁷ Dit is intendeel juis ekonomiese “dominansie” van 'n gemeenskap wat tot diskriminasie teen daardie gemeenskap deur die meerderheid aanleiding kan gee.

Strydom voer aan dat die argument dat “dominerende” minderhede nie beskerming nodig nie, gebrekkig is. Hy verduidelik:

“The republican idea of the modern state refers to a juridically qualified, communal bond between citizens and government that transcends all non-juridically qualified social relations. Thus, the numerical, political, economic or cultural dominance of one group or another is irrelevant for the protection of rights.”¹⁶⁸

Die VN se Werksgroep oor Minderhede het gevolglik self in 2002 in 'n werksdokument beklemtoon dat minderheidstatus nie van armoede afhanklik is nie:

“To be clear, minority status and poverty are not co-terminus; in fact, membership in a strong, cohesive minority community may even improve the economic prospects of minorities because of factors such as solidarity, communal ownership of goods and wealth, or the psychological benefits of taking pride in one's ethnic, religious, cultural or linguistic identity. It is also sometimes the case that minority communities are economically dominant (for example, because of specialization in certain fields of employment), while still being denied a range of human rights, in particular access to political power and protection from discrimination.”¹⁶⁹

In 'n ander VN-handleiding, opgestel deur die VN Ontwikkelingsprogram (VNOP),¹⁷⁰ word verduidelik dat die belangrikste faktore wat oorweeg moet word om te bepaal of 'n gemeenskap aan die definisie van 'n minderheid voldoen en gevolglik op beskerming ? is, toegang tot mag (*access to power*) moet hê en kwesbaar vir

¹⁶⁷ Sien Naimark NM (2001) *Fires of Hatred* vir 'n deeglike behandeling van die volksmoorde en/of etniese uitwissings wat onderskeidelik op die Duitse Jode, die Armeniërs en die Grieke van Anatolië en die Moslems in Serwië gepleeg is. Melvern L (2006) *Conspiracy to Murder* bied 'n omvattende uiteensetting van die volksmoord in Rwanda.

¹⁶⁸ Strydom H *Minority Rights in Post-Apartheid South Africa* Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review (1997) 873-914, 892.

¹⁶⁹ *Minority Rights and Development: Overcoming exclusion, discrimination and poverty* (29 Mei 2002) Paper submitted to the UN Working Group on Minorities (elektronies beskikbaar by <http://www.minorityrights.org/810/advocacy/minority-rights-and-development-overcoming-exclusion-discrimination-and-poverty.html>, besigtig op 24 Augustus 2015.)

¹⁷⁰ In Engels afgekort as UNDP (United Nations Development Programme).

uitsluiting (*vulnerability to exclusion*) is. Dit word verder in die handleiding soos volg verduidelik:

“For example, numerical minorities in a dominant position might quickly become non-dominant when a regime changes and they find themselves subject to discrimination. Economically-dominant minorities could be simultaneously politically or socially excluded. Therefore, access to power must be assessed in a disaggregated manner to identify non-dominance and vulnerability in different spheres.”¹⁷¹

Dit blyk dus dat Capotorti se verwysing na dominansie meegebring het dat gemeenskappe wat getalsgewys ’n minderheid vorm, maar wat ekonomies en polities dominant is, van die definisie uitgesluit word omdat daardie gemeenskappe in elk geval nie ’n behoefte aan beskerming as minderheidsgemeenskap het nie.¹⁷² Daar is dus geen gronde om aan te voer dat ’n gemeenskap wat aan al die elemente van die definisie van ’n “minderheid” voldoen, nie op beskerming as minderheidsgemeenskap geregtig is, bloot omdat daardie gemeenskap finansiëel beter as die meerderheid van die bevolking af is nie. Potier verduidelik dit so:

“Thus, a minority should be molded by the numerical factor: after all, this is what the word means in everyday use, and is it necessary(/imperative) for international lawyers to (always be) inven(ting) new ‘paradigms’?”

Dit beteken dat Afrikaners (’n numeriese minderheid van nagenoeg drie miljoen uit ’n totale bevolking van nagenoeg vyftig miljoen), volgens Capotorti se definisie voor 1994 moeilik op beskerming as minderheidsgemeenskap aanspraak kan maak, aangesien hierdie groep beide ekonomies *en* polities dominant was.¹⁷³ Sedert die oorgang na ’n meerderheidsregering in 1994 is Afrikaners oor die algemeen steeds ekonomies welgestel, maar polities in ’n nie-dominante posisie en word daar ook aan hierdie element van Capotorti se vereiste voldoen. Indien ’n minderheidsgroep, soos die Afrikaners in hierdie geval, met geloofwaardigheid kan aanvoer dat hulle nie beheer oor mag het nie en dat hulle kwesbaar vir uitsluiting is, behoort daar geen struikelblok te wees wat hulle verhoed om as minderheidsgemeenskap op beskerming aanspraak te maak nie.

¹⁷¹ United Nations Development Programme (2010) *Marginalised Minorities in Development Programming* 9.

¹⁷² United Nations Development Programme (2010) *Marginalised Minorities in Development Programming* 9. Sien ook Henrard (2000) *Devising an Adequate System for Minority Protection*, 42.

¹⁷³ Sien ook Dersso SA (2012) *Taking Ethno-Cultural Diversity Seriously* in Constitutional Design 7.

Wanneer Capotorti en ander na dominansie verwys as een van die elemente van die definisie vir 'n minderheid, word daar dus primêr na *politieke mag* verwys en nie na ekonomiese omstandighede nie.

Na evaluering van die onderskeie definisies vir minderhede kom Henrard tot die gevolgtrekking dat 'n patroon van herhalende eienskappe na vore tree (waarvan die meeste in Capotorti se definisie vervat word), asook dat daar regoor die wêreld 'n stelselmatige oorgang begin het na 'n neiging om die konsep meer pragmaties te definieer. Hierdie pragmatiese definisie kom volgens Henrard basies neer op 'n nie-dominante groep wat 'n numeriese minderheid binne 'n staat vorm.¹⁷⁴ Hierdie sienswyse oor die begrip "minderheid" sluit slegs die objektiewe aspek en nie-dominansie in, en nie die subjektiewe element wat betrekking het op die groep se gevoel van eensgesindheid en sy behoefte om sy identiteit te bewaar nie.

Die feit dat daar onder akademici nog nie ooreenstemming bereik is oor 'n definisie vir minderhede nie beteken egter nie dat die onderwerp in die praktyk afgeskeep word nie. Dit blyk dat daar wel breë ooreenstemming bestaan oor wat die belangrikste elemente van 'n minderheidsgemeenskap is, soos wat uit die duidelike ooreenkomste in die onderskeie definisies wat hierbo aangehaal word blyk. Die meningsverskille wat wel bestaan is nie wesenlik genoeg om te verhoed dat daar in die praktyk vir minderheidsbeskerming voorsiening gemaak word nie.

In sy hoedanigheid as voorsitter van die VN se Werksgroep oor Minderhede het Eide juis as gevolg van akademiese besware soos wat hier uiteengesit word, gevra vir 'n meer pragmatiese benadering om die risiko's wat met 'n té eng definisie gepaard gaan, te verhoed.¹⁷⁵ In weerwil van die teoretiese omstredenheid van die definisie het 'n praktyk van minderheidsbeskerming reeds ontstaan en word daar op verskeie toonaangewende internasionale forums aanvaar dat minderhede op beskerming geregtig is.

¹⁷⁴ Henrard (2000) *Devising an Adequate System for Minority Protection*, 30.

¹⁷⁵ UN Working Group on Minorities, *Report on its Third Session*, July 1997, UN Doc. E/CN.4/Sun.2/1997/18. 10 Julie 1997, 22

Die omstredenheid rondom die definiëring van minderhede is dus grootliks oorbodig gemaak deur die positiefregtelike erkenning van minderheidsregte in die praktyk. Verskeie internasionale instrumente handel oor die beskerming van minderheidsregte. Enkele voorbeelde hiervan wat nog nie vermeld is nie, is die 1960 *UNESCO Convention Against Discrimination in Education*, die 1948 *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, die 1978 *UNESCO Declaration on Race and Racial Prejudice* en die 1981 *UN Declaration on the Elimination of all Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion and Belief*.

2.3 Die toekenning van regte aan minderheidsgemeenskappe

Oor die vraag of minderhede in beginsel op beskerming geregtig is, is daar min omstredenheid. Die Verenigde Nasies se Verklaring oor die Regte van Persone wat behoort aan Nasionale of Etniese, Godsdienstige of Taalkundige Minderhede (1992) bepaal reeds in artikel 1 soos volg:

“States shall protect the existence and the national or ethnic, cultural, religious and linguistic identity of minorities within their respective territories and shall encourage conditions for the promotion of that identity.”

Regoor die wêreld is daar 'n toename in wekroep vir die beskerming van minderheidsgemeenskappe. In die *Oxford Handbook on the United Nations* word 'n hele hoofstuk aan die beskerming van minderhede gewy.¹⁷⁶ Die voormalige Sekretaris-Generaal van die Verenigde Nasies, Kofi Annan, het ook in sy *memoires* deurlopend na die onderwerp verwys.¹⁷⁷ Regoor die wêreld is daar ook tans 'n golf van publikasies, wetgewing en konvensies wat spesifiek oor die beskerming van minderhede handel. Die 1992 Verklaring oor die Regte van Persone wat behoort aan Nasionale of Etniese, Godsdienstige of Linguistiese Minderhede¹⁷⁸ is maar een so 'n voorbeeld. Dié verklaring dien tans as die hoeksteen van 'n verenigende bedeling vir minderheidsbeskerming in die Verenigde Nasies.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Weiss T & Daws S (2007) *Oxford Handbook on the United Nations* Hoofstuk 30.

¹⁷⁷ Annan K (2012) *Interventions*.

¹⁷⁸ Meer algemeen bekend as die “Minderheidsverklaring” oftewel die “Minority Declaration”.

¹⁷⁹ Weiss T & Daws S (2007) *Oxford Handbook on the United Nations* 528.

Indien daar aanvaar word dat minderhede op beskerming geregtig is, duik 'n aantal vrae op. Hierdie vrae sluit in watter regte aan minderhede verleen word, in watter mate minderhede beskerm moet word en, selfs belangriker, hóé daardie minderhede beskerm moet word.

Daar is vroeër in hierdie hoofstuk kortliks verwys na drie uiteenlopende benaderings met betrekking tot die beskerming van minderhede se regte. Die eerste hiervan is dat die beskerming van individuele menseregte voldoende is om ook die regte van minderheidsgemeenskappe te beskerm. Volgens hierdie liberaal-individualistiese beskouing oor minderhede is die beskerming van minderhede as groepe of gemeenskappe oorbodig.¹⁸⁰ Die argument lui dat die beskerming van individuele regte voldoende is, aangesien individue tot groepe behoort en die beskerming van individue terselfdertyd by implikasie ook beskerming verleen aan die groepe waartoe hierdie individue behoort.¹⁸¹ Malan verwys na die diep gewortelde vertroue in individuele regte:

“The rejection of the notion of the collective legal protection for communities is rooted in a deeply-held faith in individual rights. Traditional belief, propagated tirelessly by many, holds that the protection of individual rights also implies sufficient protection for the communities that individuals belong to and that specific legal protection for communities is therefore unnecessary and redundant.¹⁸²

Die benadering dat gemeenskappe of kultuurgroepe ten beste beskerm word deur 'n handves van regte wat die regte van individue beskerm, het na die Tweede Wêreldoorlog posgevat.¹⁸³ Hierdie benadering is ook tydens die opstel van die Suid-Afrikaanse grondwet pertinent deur verskeie meningsvormers voorgestaan as die

¹⁸⁰ Die beklemtoning van die regte van die individu kan grootliks toegeskryf word aan die feit dat liberalisme tans 'n heersende politieke denkrigting – ten minste in die Westerse wêreld – is, terwyl die ideologie van liberalisme hoofsaaklik op individualisme geskoei is (sien Heywood A (1992) *Political Ideologies* hoofstuk 2, vir 'n ontleding van liberalisme as politieke ideologie).

¹⁸¹ Sien ook Hartney M (1991) *Some Confusion Concerning Collective Rights* Canadian J La wand Jurisprudence Vol.4, No. 2, 293–314, 294; Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 417. Malan verwys ook na die ongepubliseerde toespraak deur regter Olivier PJJ, voormalige hoof van die SA Law Commission at Justice College, Pretoria op 15 Mei 1992 9–10.

¹⁸² Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection* 415–437, by 417.

¹⁸³ De Villiers B (2004) *Comparative Studies of Federalism: Opportunities and Limitations as Applied to the Protection of Cultural Groups* TSAR 2, 209–234. Sien ook Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection* 415–437, by 417.

aangewese benadering om te volg.¹⁸⁴ Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het byvoorbeeld toegegee dat die kollektiewe belange van groepe 'n werklikheid is, maar ten spyte daarvan verklaar dat alle regte eerder in individue moet vestig en deur individue afgedwing moet word. In 'n verslag genaamd *Group and Human Rights Working Paper*, het die kommissie selfs so ver gegaan as om te verklaar:

“It is an error of logic to suppose that the protection of these rights can only take place through a group; in fact, juridically it can only take place through an individual.”¹⁸⁵

Om die argument af te sluit dat die beskerming van individuele regte voldoende is om ook beskerming aan groepe te verleen, het die kommissie verklaar:

“Neither in legal theory, nor in legal practice is it correct or necessary to recognize these values as anything other than individual rights in a bill of rights. After all, every individual member of the group subscribing to these values can enforce them... The Commission therefore stands by the proposal that these values be given full recognition and protection in the proposed bill of rights as individual rights.”¹⁸⁶

As een van die prominente voorstanders van die uitsluitlike beskerming van individuele regte het Du Plessis aangevoer dat die regs wetenskap die moontlikheid van kollektiewe regte uitsluit. As voorbeeld het hy genoem dat taalregte “juridies gesproke” slegs as die regte van individue beskerm kan word.¹⁸⁷

Twee hoofargumente word vir die beskerming van uitsluitlik individuele regte as 'n middel vir die beskerming van gemeenskappe aangevoer. Malan verwys daarna as die oortolligheidsteorie (*Redundancy of Individually Reductionist Theory*) en die definisie-teorie (*Definition of Legal Subjectivity Theory*).¹⁸⁸ Hierdie twee argumente sal nou behandel word.

¹⁸⁴ Raadpleeg hoofstuk 3 vir 'n meer omvattende uiteensetting van die debat rondom minderheidsregte in die Suid-Afrikaanse konteks.

¹⁸⁵ South African Law Commission (11 Maart 1989) *Working Paper 25 on Group and Human Rights* 386 at para 13.11. Sien ook Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, by 417–418.

¹⁸⁶ South African Law Commission (11 Maart 1989) *Working Paper 25 on Group and Human Rights* 386 at para 1.112. Sien ook Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, by 418.

¹⁸⁷ Du Plessis L (1987) *'n Regsteoreties-regsfilosofiese peiling van die menseregtehandvesdebat in Suid-Afrika* TRW, 133. Sien ook Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, 418.

¹⁸⁸ Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, 417.

2.3.1 Die argument dat gemeenskapsregte oortollig is

Die sogenaamde “oortolligheidsargument” lui dat die gemeenskap as’t ware ’n fiksie is en dat dit in werklikheid slegs uit ’n aantal individue bestaan¹⁸⁹ en dat daardie fiktiewe gemeenskap dus beskerm sal word indien die individue wat die gemeenskap daarstel, se individuele regte beskerm word.¹⁹⁰ Hierdie argument is ’n regstreekse gevolg van die ideologie van liberalisme, wat die individu voorhou as die spil waarom die wêreld draai.¹⁹¹ Jeremy Bentham het die argument reeds in 1789 in *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* saamgevat:

“The community is a fictitious body, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its members. The interest of the community then – is what? The sum of the several interests of the members who composed it.”¹⁹²

Dit raak volgens hierdie argument dus oortollig om van gemeenskapsregte te praat wanneer individuele regte in plek is, aangesien die gemeenskap by implikasie beskerm word wanneer die individue wat daardie gemeenskap daarstel, beskerm word.¹⁹³ Pierre Olivier, die destydse voorsitter van die Suid-Afrikaanse Regskommissie, het bygevoeg dat prosedurele uitdagings met betrekking tot die toekenning van regte aan gemeenskappe die argument vir die uitsluitlike beskerming van individue versterk. Met verwysing na Afrikaners as minderheidsgemeenskap het hy aangevoer:

“Moet alle Afrikaners die volmag teken om ’n aksie in te stel, wie gaan die koste betaal en teen wie moet eksekusie gehef word as die aksie verloor word?”¹⁹⁴

Paul Sieghart het twee verdere besware teen die toekenning van regte aan gemeenskappe aangevoer. In die eerste plek is dit moeilik om vas te stel watter entiteite verantwoordelik gehou kan word om die verpligtinge teenoor gemeenskappe na te kom en gevolglik ook onmoontlik om vas te stel wanneer gemeenskappe se

¹⁸⁹ Sien Berent M (1991) *Collective rights and the ancient community* Canadian Journal of Law and Jurisprudence 387–399, 390.

¹⁹⁰ Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, 422.

¹⁹¹ Sien Heywood A (1992) *Political Ideologies* hoofstuk 2, vir ’n ontleding van liberalisme as politieke ideologie.

¹⁹² Bentham J (1967) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* 2.

¹⁹³ Hartney M (1991) *Some Confusion Concerning Collective Rights* Canadian J La wand Jurisprudence Vol.4, No. 2, 293–314, 294

¹⁹⁴ Ongepubliseerde toespraak deur Regter Oliver, voormalige hoof van die SA Law Commission by die Justisie Kollege, Pretoria op 15 Mei 1992 9–10.

regte geskend word.¹⁹⁵ In die tweede plek is Sieghart bekommerd dat die regte van gemeenskappe 'n gevaar vir die regte van individuele mense kan inhou, wat aan gemeenskapsregte ondergeskik kan word.¹⁹⁶

2.3.2 Kritiek op die oortolligheidsargument

Die besware teen die beskerming van gemeenskapsregte wat hierbo uiteengesit word, skryf Malan, is in 'n groot mate van relevansie gestroop as gevolg van praktiese regsontwikkelings op die internasionale front, sowel as in Suid-Afrika.¹⁹⁷ Daar word toenemend in die internasionale reg en die openbaar erken dat spesiale maatreëls wat aanvullend tot 'n handves van individuele regte is, oorweeg moet word om die besware van minderheidsgemeenskappe op volhoubare wyse te hanteer.¹⁹⁸

Die grootste leemte in die argument dat die beskerming van individuele regte tot gevolg het dat die toekenning van gemeenskapsregte oortollig raak, is dat gemeenskapsbelange – die belange wat by wyse van gemeenskapsregte beskerm word – in baie gevalle nie tot 'n bepaalde individu herleibaar is nie. Die implikasie is dat die beskerming van individue, hoe omvattend daardie beskerming ook al mag wees, sekere gemeenskapsbelange eenvoudig nie dek nie.

'n Ander probleem is dat die uitsluitlike beskerming van individuele regte nie voldoende regsmiddele aan gemeenskappe bied om bepaalde gemeenskapsbelange te beskerm nie. Baie regte wat as individueel van aard beskou word, is volgens Burgers bowendien kollektief van aard weens die afhanklikheid daarvan van die bestaan van 'n gemeenskap van mense wat die genieting van die bepaalde belang of reg deel. Hy gaan voort dat daar sekere regte is wat volgens hom slegs op kollektiewe wyse toegepas kan word.¹⁹⁹ Green sluit hierby aan wanneer hy aanvoer

¹⁹⁵ Sieghart P (1992) *The International Law of Human Rights*, 367. Sien ook Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, 419.

¹⁹⁶ Sieghart P (1992) *The International Law of Human Rights*, 368. Sien ook Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, 419.

¹⁹⁷ Sien ook Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, 419.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Burgers H *The Function of Human Rights as Individual and Collective Rights* in Berting J et al (eds) (1990) *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities* 72–73. Sien ook Malan K

dat individuele regte wat in 'n handves van regte opgeneem word, nie die hele spektrum van die beskerming van regte uitput nie, wat impliseer dat, selfs wanneer alle individuele regte erken word, daar steeds 'n wye veld van juridies beskermingswaardige belange bestaan wat nog verreken moet word.²⁰⁰ Hartney verwys in hierdie opsig na *supra* individuele belange, wat nie in 'n enkele individu tot uitsluiting van ander kan vestig nie en wat nooit binne die uitsluitlike beheer van enige individu kan val nie.²⁰¹

“...they are never only mine, but always ours. When one person benefits from these interests others simultaneously (and instantaneously) also benefit therefrom and when one person suffers as a result of the violation of these interests others instantaneously also suffer similar prejudice.”²⁰²

'n Aantal regte kan in hierdie verband uitgelig word:

- Dit is nie moontlik om die begrip “vryheid van assosiasie” te verstaan deur dit eksklusief uit 'n individualistiese bril te beskou nie. Die uitoefening van hierdie reg het altyd 'n voorveronderstelling van die betrokkenheid van ander mense en dus die bestaan van 'n gemeenskap.
- Hierdie werklikheid kan ook op die reg op vryheid van uitdrukking toegepas word. Indien daar geen ander persoon of persone bestaan met wie daar gekommunikeer kan word nie, word die reg op vryheid van uitdrukking oorbodig. Die reg impliseer dat daar 'n gehoor moet wees waarmee gekommunikeer kan word.
- Die reg om 'n geloof te bely en beoefen is beswaarlik denkbaar vanuit 'n uitsluitlik individuele perspektief. Die bestaan van sekere godsdienstige

(2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, 422.

²⁰⁰ Green L (1991) *Two Views on Collective Rights* Canadian J La wand Jurisprudence Vol. 4, No. 2, 315–327, 326. Sien ook Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, 422.

²⁰¹ Hartney M (1991) *Some Confusion Concerning Collective Rights* Canadian J La wand Jurisprudence Vol.4, No. 2, 293–314, 298. Ook aangehaal in Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, 423.

²⁰² Hartney M (1991) *Some Confusion Concerning Collective Rights* Canadian J La wand Jurisprudence Vol.4, No. 2, 293–314, 298. Ook aangehaal in Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, 423.

waardes – waarvan 'n geloof of godsbeskouing en 'n geloofsgemeenskap waarby 'n persoon kan aansluit maar net twee voorbeelde is – is inherent deel van die beoefening van 'n geloof. Wanneer die godsdienstige regte van 'n individu wat deel vorm van 'n geloofsgemeenskap geskend word, ly ander lede van dieselfde geloofsgemeenskap outomaties daaronder.

- Taal- en kulturele regte is ook onbestaanbaar indien die bestaan van 'n gemeenskap ontken word of die betrokke regte aan individuele reduksionisme onderwerp word. Hierdie regte kan slegs in groepsverband uitgeleef word, waarin 'n aantal individue van dieselfde taal met mekaar kan kommunikeer of waarin 'n aantal individue hulle gemeenskaplike kultuur in samehang met mekaar kan beoefen.
- Die bestaan van 'n gemeenskap is ook 'n voorvereiste vir die verskansing en uitoefening van politieke regte. Net soos wat die geval is by taalregte, is hierdie reg ook van interaktiewe kommunikasie en dus van 'n gemeenskap afhanklik.²⁰³

Hierdie lys, wat verder aangevul kan word, illustreer dat die beginsel dat individuele reduksionisme as 'n argument ter ondersteuning van die verskansing van eksklusief-individuele regte onrealisties is. Dit verreken eenvoudig nie die wyse waarop regte prakties uitgeoefen word nie. Die argument van individuele reduksionisme kan slegs begryp word indien dit beskou word in die lig van die ideologies-liberale verwysingsraamwerk van diegene wat hierdie argument voorhou as die aangewese roete om te volg, 'n politieke ideologie waarin die individu teen die gemeenskap afgespeel word.

Daar is dus geen logika in Oliver en Du Plessis se argument dat minderheidsgemeenskappe outomaties beskerm word indien die regte van individue beskerm word nie. Hierdie argument blyk die onnadenkende napraat van 'n liberale politieke ideologie te wees.

²⁰³ Die voorbeelde wat hier gelys word, is geneem uit Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, 423–425. Onderwys kan ook by die lys gevoeg word.

Ten slotte is dit belangrik om te vermeld dat supra-individuele, oftewel kollektiewe belange, alleen deur die verskaffing van instellings wat deur die gemeenskap as geheel benut word, beskerm kan word. Gemeenskappe benodig organisatoriese instellings om hulle belange op verskillende terreine te beskerm en bevorder. Hierdie instellings kan verskeie verskyningsvorme aanneem. Kulturele gemeenskappe benodig byvoorbeeld onderwysinstellings waarin taal- en onderwysregte beskerm en geniet word. Hierdie instellings moet oor die vermoë beskik om self oor kulturele aangeleenthede wat vir die voortbestaan en welvaard van die betrokke gemeenskap belangrik is, besluite te kan neem. Godsdienstige gemeenskappe moet oor godsdienstige instellings beskik ten einde daardie gemeenskap in staat te stel om al die regte wat met die genieting van geloof verband hou²⁰⁴ ten volle te beskerm. Taal- en kultuurgemeenskappe benodig instellings waarmee onder mekaar gekommunikeer kan word. Dit sluit media-instellings in.

Malan lig die argument verder toe:

“Communities provide the raw resources/goods/assets for the enjoyment of rights. Institutions and facilities refine and organise these communities and once that has happened and, as long as this is happening, meaningful enjoyment of rights becomes and remains a reality.”²⁰⁵

2.3.3 Die argument dat minderhede slegs beskerm kan word indien dit as regsobjek gedefinieer kan word

Die tweede argument ter ondersteuning van die eksklusiewe beskerming van individuele regte as wesenlik om gemeenskappe te beskerm, spruit voort uit die probleem met die definiëring van gemeenskappe as regsobjekte. Die “definisieargument” se vertrekpunt is dat ’n vaste definisie van die betrokke regsobjek ’n voorvereiste vir die vestiging van regte is.²⁰⁶

²⁰⁴ Dit sluit vryheid van godsdienstige oortuiging, vryheid van assosiasie en vryheid van uitdrukking in.

²⁰⁵ Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, 431.

²⁰⁶ Du Plessis L (1987) *’n Regsteoreties-regsfilosofiese peiling van die menseregtehandvesdebat in Suid-Afrika* TRW. Sien ook Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, 428.

Hierdie argument lui dat dit moeilik of selfs onmoontlik is om 'n gemeenskap as 'n regs subjek te definieer en dat regte gevolglik nie aan gemeenskappe toegeken kan word nie.²⁰⁷ Die vertrekpunt is dus dat die bestaan van 'n duidelik gedefinieerde regs subjek 'n voorvereiste vir die erkenning en toewysing van regte is en dat groepsregte nie veel meer as 'n fiksie kan wees nie, aangesien daar nie eenstemmigheid oor die presiese definisie van 'n "groep" of "gemeenskap" in hierdie konteks bestaan nie. Indien die poging tot 'n suiwer definisie dus misluk, verduidelik Malan, sal alle verdere vrae eenvoudig verval en die moontlike uitbreiding van die reg daarmee verdwyn.²⁰⁸

In teenstelling met die probleem rondom die definiëring van groepe of gemeenskappe, bestaan daar weinig omstredenheid rondom die definiëring van 'n individu. Daar word met hierdie argument aangevoer dat die individu as't ware klaar gedefinieer is en dus vanselfsprekend die aangewese entiteit is waarin regte kan vestig.

Die argument dat gemeenskapsregte nie beskerm kan word nie, aangesien gemeenskappe – weens die probleem met die definiëring daarvan – nie as regs subjekte omskryf kan word nie, gaan uit van die veronderstelling dat enige aanspraakmaker op regte vooraf met absolute duidelikheid gedefinieer moet word. 'n Presiese definisie van die regs subjek is dus 'n absolute voorvereiste vir die toekenning van regte en die toekenning van regte kan eers oorweeg word indien daar 'n presiese definisie vasgestel is.

Die argument is gebaseer op 'n subjektiewe privaatreghbeskouing ingevolge waarvan die individu as regs subjek as't ware die model vir die toeken en beskerming van regte is. Die individuele regs subjek skep die opvatting ingevolge waarvan kriteria vir juridiese subjektiwiteit geskep word. Anders gestel, wanneer die vraag van juridiese beskerming oorweeg word, is die eerste vraag of dit wat beoog om as 'n regs subjek erken te word op 'n soortgelyke wyse as 'n individuele persoon gedefinieer kan word.²⁰⁹ Malan verduidelik:

²⁰⁷ Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, 418.

²⁰⁸ *Ibid* 428.

²⁰⁹ *Ibid*.

“Proceeding from this subjectivist premise, the legal protection of a collectivity is summarily dismissed: the collectivity, unlike the individual, cannot be delineated with precision. Hence, it is unclear precisely who is claiming legal protection and how the rules of civil procedure would be dealing with it.”²¹⁰

2.3.4 Kritiek op die definisie-argument

Dit blyk dat daar inderdaad geen verdienste in die definisie-beswaar is nie. Wanneer teoretiese uitdagings met betrekking tot die hantering van praktiese probleme behandel word, is dit belangrik om nie uit die oog te verloor dat die reg as ’n stel instrumente is wat ten doel het om mense in staat te stel om hulle belange te beskerm nie.²¹¹ Hierdie instrumente sluit reëls, prosedures, beskermende maatreëls en instellings in wat ten doel het om as middel te dien waarmee mense se belange beskerm kan word.²¹²

Malan voer aan dat die beperkings wat bepaalde instrumente bied nooit kan verhoed dat regssubjekte se belange nie beskerm word nie:

“When the law is incapable of accommodating changing needs and phenomena, uncontrolled social disruption may follow. Once the law surrenders its social functionality through its inability to provide facilities, law as such is failing... While it is incumbent on law as a set of practical facilities effectively to accommodate changing social reality, the focus of legal science (among others) is to systematise and explain but also to analyse and critique positive law and to conceive explanatory conceptual frameworks including – very importantly – conceptual frameworks for the legal and just accommodation of changing needs within social reality.”²¹³

Ek stem met die antwoord wat Malan hierbo op die definisie-argument bied.

Wanneer dit blyk dat ’n bepaalde behoefte om een of ander tegniese rede nie binne die raamwerk van die bepaalde regsorde behandel kan word nie, behoort die regsorde gevolglik aangepas te word om die behoefte te dien en nie andersom nie. Indien daar van die publiek verwag word om vrede te maak met die feit dat hulle

²¹⁰ *Ibid* 429.

²¹¹ Hart H (1961) *The Concept of Law*, 27

²¹² Malan K (2008) THRHR, *The Deficiency of Individual Rights and the Need for Community Protection*, 415–437, 429.

²¹³ *Ibid* 430.

belange nie voldoende deur die bestaande regsorde beskerm kan word nie, beteken dit as't ware dat die publiek daar is om die reg te dien en nie andersom nie.

Malan verduidelik dat dit belangrik is om die reg as 'n stel dinamiese fasiliteite te beskou wat mense in staat stel om hulle belange en behoeftes te laat realiseer. Indien die fokus na hierdie fasiliteite verskuif, verduidelik Malan, word juridiese werklikheid benader vanaf die perspektief van regsobjekte, eerder as regssubjekte.²¹⁴ Hy gaan voort om te verduidelik dat gemeenskappe op die keper beskou nie aspirerende resubjekte is nie, maar juis regsobjekte. Hy sê verder:

“(C)ommunities, be they of a cultural, religious, language, national, gay, or whatever nature, are not (legal) subjects at all. To the contrary, being the goods, assets or resources in respect of which rights are exercised and without which individual identity is restricted and rights cannot be enjoyed, they are the exact opposite: they are in fact the objects of rights. If the collectivity – the community – is left without any institutions and in consequence is allowed to fade away, the very legal objects (resources and goods) upon which the rights to culture, language, expression, religion, individual identity and many other rights depend are allowed to vanish resulting in the large-scale violation of individual rights.”²¹⁵

Malan voer dus aan dat gemeenskappe nie regssubjekte hoef te wees om beskerming te geniet nie. Hy stel dit dat gemeenskappe *objekte* van regte, in plaas van *subjekte* van regte is. Hy verduidelik:

“Once it is understood that communities are the objects, not the subjects, of rights it becomes quite obvious that the insistence of the traditional subjective approach on a neat subject definition as precondition for the awarding of rights and for legal protection is neither right nor wrong. It is simply irrelevant since it proceeds from an erroneous premise as to the juridical nature of cultural (and other) communities.”²¹⁶

Malan gaan voort om die beswaar van subjekdefinisie as voorwaarde vir regsbeskerming van gemeenskappe van Du Plessis, Olivier en ander finaal te weerlê en verklaar:

“Precise subject definition required by the traditional approach is a precondition only if legal science is approached from a specifically restricted dogmatic perspective, namely one that feeds on traditional nineteenth century liberalism and which is entrapped in individual reductionism. The insistence on neat subject definition as a

²¹⁴ *Ibid* 429.

²¹⁵ *Ibid* 431.

²¹⁶ *Ibid* 431–432.

precondition for rights protection has nothing to do with legal science... It is rather the outgrowth of an ideologically-driven error.”²¹⁷

Indien daar aanvaar word dat 'n gemeenskap nie noodwendig 'n regsobjek hoef te wees nie, maar ook as regsobjek benader kan word, raak die aandrang op 'n algemeen aanvaarde definisie vir hierdie konsep bloot akademies van aard.

2.3.5 Die beskerming van minderhede in groepsverband

Taal-, kultuur- en ander groepsverante regte kan slegs in gemeenskap met ander individue ten volle geniet word. Denise Réaume voer aan dat die belangrikste waarde van 'n kultuurgemeenskap daarin geleë is dat individue in gemeenskap met ander wat dieselfde belange as hulle het, kan omgaan.²¹⁸ Rodolfo Stavenhagen, destydse *Special Rapporteur* oor die situasie met betrekking tot menseregte en fundamentele vryhede van inheemse mense, beklemtoon die noodsaak van 'n kollektiewe benadering wanneer dit by die beskerming van kultuurgemeenskappe kom. Hy sê:

“However, when we refer to cultural rights, as well as to many social and economic rights, a collective approach is often required, since some of them can only be enjoyed in community with others and that community must have the possibility to preserve, protect and develop what it has in common. Beneficiaries of these rights may be individuals but their content evaporates without the preservation and the collective rights of groups. The rights pertain to persons belonging to specific cultures and shaped by these cultures, who engage in collective action, who share common values, and who can only be the bearers of these common values by joining with other members of their group.”²¹⁹

2.4 Gevolgtrekking

Hoewel die konsep van minderheidsregte internasionaal gewild is, is dit 'n tema wat in Suid-Afrika taamlik omstrede is. Daar bestaan veral twee kategorieë van kritiek teen die idee dat minderhede by wyse van spesiale maatreëls teen oorheersing deur die meerderheid beskerm moet word. Aan die een kant is daar kritiek wat politieke van

²¹⁷ *Ibid* 432.

²¹⁸ Réaume DG (1988) *Individuals, Groups and Rights to Public Goods* The University of Toronto Law Journal Vol. 38, No. 1 (Winter, 1988) 1-27, 10.

²¹⁹ Stavenhagen R *Cultural Rights and Universal Human Rights* in Eide et al (eds) (1995) *Economic social and cultural rights: A textbook* 68.

aard is. In Suid-Afrika is daar byvoorbeeld al aangevoer dat minderheidsregte niks anders is nie as 'n verskuilde agenda om witmense se belange te bevorder.²²⁰ Aan die ander kant is daar kritiek wat juridies van aard is. In hierdie verband word aangevoer dat die gebrek aan konsensus oor 'n definisie vir minderhede impliseer dat minderhede nie beskerm kan word nie. Daar word ook aangevoer dat dit onnodig is om minderheidsregte in die vorm van kollektiewe regte aan gemeenskappe toe te ken wanneer individue se regte beskerm word.

Die wêreld het nog nie eenstemmigheid oor 'n definisie vir minderhede bereik nie en daar is geen aanduiding dat die wêreld vinnig op 'n definisie sal ooreenkom nie. Die rede hiervoor is dat die verskillende rolspelers hierdie saak vanuit hulle uiteenlopende vertrekpunte benader.

Dit blyk dat die definisie wat Capotorti in 1977 geformuleer het, die naaste aan 'n algemeen aanvaarde definisie is.²²¹ Vir doeleindes van hierdie verhandeling word by die definisie van Capotorti volstaan. Die definisie wat in 1977 deur Capotorti voorgestel is, moet egter in twee opsigte gekwalifiseer word. In die eerste plek word daar algemeen aanvaar dat burgerskap nie 'n vereiste vir minderheidstatus behoort te wees nie. Hoewel dit so in Capotorti se oorspronklike definisie gestel word, het Capotorti self van hierdie element afstand gedoen. Die element van *nie-dominansie*, wat in Capotorti se definisie genoem word, moet ook gekwalifiseer word. Hierdie element impliseer nie dat 'n gemeenskap (soos Afrikaners in Suid-Afrika) wat 'n numeriese minderheid vorm, maar wat breedweg finansieel meer welaf as die meerderheid van die samelewing is, nie aan die definisie voldoen nie.

Wanneer Capotorti sê dat 'n minderheid nie dominant is nie, word daar na 'n kombinasie van ekonomiese, politieke, sosiale en kulturele faktore verwys. Die belangrikste hiervan is egter politieke mag.

In die praktyk kom dit daarop neer dat 'n gemeenskap wat 'n numeriese minderheid vorm, nie oor politieke mag beskik nie, aan die ander elemente van die definisie voldoen en wat van mening is dat hulle regte geskend word outomaties aan die

²²⁰ Sien die bespreking in hoofstuk 3.

²²¹ Aangehaal onder 2.2. hierbo.

definisie voldoen. Die insluiting van “nie-dominansie” as element by die definisie vir ’n minderheid is dus ’n akademiese vraag wat nie noemenswaardige praktiese gevolge inhou nie. Indien die definisie aangepas word om bovermelde twee punte in ag te neem, kan dit soos volg gebruik word:

“A group numerically inferior to the rest of the population of a State, whose members possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language.”²²²

Die idee dat minderhede se belange ten beste beskerm word as individuele regte in die grondwet beskerm word, het veral in die vroeë 1990’s, na die val van die Berlynse Muur, in Suid-Afrika gewild geword. Dit, hoewel die val van die Berlynse muur oor die wêreld heen as’t ’n afname in liberaal-demokratiese waardes en ’n terugkeer na identiteitspolitiek bewerkstellig het.²²³ In die hoofstukke wat hierop volg, sal dit duidelik blyk dat die grondwet geen beskerming aan gemeenskappe in groepsverband verleen nie.²²⁴ Slegs individuele regte word in die grondwet beskerm. Tydens die opstel van die grondwet is daar in die finale fase van die onderhandelings ook pertinent deur die opstellers van die grondwet aangevoer dat die beskerming van individuele regte voldoende is om die regte van groepe te beskerm.²²⁵

Die kritiek wat egter geopper word teen die argument dat individuele regte voldoende is om die regte van gemeenskappe te vorm (die oortolligheidsargument), asook die argument dat minderheidsregte nie beskerm behoort te word nie, aangesien die wêreld nog nie konsensus bereik het ten opsigte van ’n definisie vir minderhede nie (die definisie-argument), is wesenlik.²²⁶

Daar is geen meriete in hierdie twee argumente nie. Hierdie argumente is nie veel meer nie as ’n onnadenkende afleiding van liberale individualisme nie. Die

²²² Capotorti F (1979) *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious, and Linguistic Minorities* UN Docs. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, Sales No E78XIV1 96.

²²³ Sien Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* vir ’n volledige vergelyking van die politieke gebeure wat op die val van die Berlynse Muur gevolg het, binne en buite Suid-Afrika. Huntington SP (1996) *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* kan ook in hierdie verband geraadpleeg word.

²²⁴ Sien hoofstuk 4.

²²⁵ Sien hoofstuk 3.

²²⁶ Sien die bespreking onder 2.3.

argumente is juridies van meriete gestroop. Daar behoort geen beletsel teen die beskerming van die regte van minderhede as kollektiewe entiteite te wees nie.

Inteendeel blyk dit duidelik dat die beskerming van minderhede in groepsverband, by wyse van kollektiewe regte, nie net moontlik is nie, maar ook die mees doeltreffende manier is waarop verseker kan word dat hierdie gemeenskappe se regte ten volle beskerm word. Daar bestaan te veel belange wat nie doeltreffend by wyse van individuele regte beskerm kan word nie, soos wat in hierdie hoofstuk uitgewys word. Hierdie belange kan slegs doeltreffend beskerm word indien die nodige instellings aan minderhede verleen word, wat ten doel het om dit te beskerm.

In hoofstuk 4 van hierdie verhandeling word die onderskeie bepalings van die Suid-Afrikaanse grondwet waarin gemeenskappe se belange in die vorm van individuele regte beskerm word, behandel. In hierdie bespreking word daar in besonder aandag geskenk aan die wyse waarop hierdie regte deur die howe vertolk en in die praktyk toegepas word. Uit die bespreking blyk dit duidelik dat die toekenning van individuele regte nie voldoende is om die regte van gemeenskappe te beskerm nie.

Gevollik word aan die hand gedoen dat minderheidsgemeenskappe se belange ten beste by wyse van die toekenning van kollektiewe regte aan gemeenskappe beskerm kan word.

Hoofstuk 3

Historiese perspektief op die Suid-Afrikaanse grondwet

3.1 Inleiding

Die Suid-Afrikaanse grondwet word in akademiese, politieke, joernalistieke en regskringe wyd geloof as een van die beste grondwette ter wêreld.²²⁷ Reeds 'n jaar voordat die grondwet deur die Suid-Afrikaanse parlement aanvaar is, is dit deur Cyril Ramaphosa en Roelf Meyer, onderskeidelik die hoofonderhandelaars van die African National Congress (ANC) en die Nasionale Party (NP), as 'n wonderwerk bestempel.²²⁸ Hierdie standpunt is nie net met die aanvaarding van die grondwet ingeneem nie, maar word vandag nog herhaal. In Mei 2015 het die Suid-Afrikaanse kabinet byvoorbeeld in 'n mediaverklaring verklaar:

“As 'n land wat trots is om die beste en liberaalste grondwet in die wêreld te hê, bekleë ons 'n prominente plek oor menseregte vraagstukke en kan ons as sodanig nie 'n inisiatief wat die menseregte van enige individue of groepe sal skend, goedkeur nie.”

Die dagblad *Beeld* het in 'n onlangse redaksionele artikel geskryf dat “vriend en vyand dit eens” is dat Suid-Afrika die beste grondwet in die wêreld het en dat die grondwet 'n kragdadige wapen in die hande van die burgerlike samelewing is.²²⁹ Adriaan Basson skryf dat daar baie dinge verkeerd is in Suid-Afrika, maar dat Suid-

²²⁷ Vir enkele voorbeelde, sien Die Burger (9 Februarie 2007) *'n Wonderwerk het grondwet help skryf* (<http://152.111.1.87/argief/berigte/dieburger/2007/02/09/SK/14/GWptheuns.html>), besigtig op 13 Junie 2015; Croucamp P (17 Mei 2012) *Gesprekke oor Afrikaans is altyd vervleg met Ideologie*, Litnet (<http://www.litnet.co.za/Article/gesprekke-oor-afrikaans-is-vervleg-met-ideologie>), besigtig op 29 Julie 2014; Botman R (6 Desember 2013) *Madiba: 'n Leier van Statuur*, Rektor se Blog (<http://blogs.sun.ac.za/rector/af/tag/grondwet/>), besigtig op 29 Julie 2014. De Vos P (13 Desember 2012) *Chaskalson, SACP and the Constitution: Don't touch me on my Liberalism*, The Daily Maverick (<http://www.dailymaverick.co.za/opinionista/2012-12-13-chaskalson-sacp-and-the-constitution-dont-touch-me-on-my-liberalism/#.U9d8dVblfwl>), besigtig op 29 Julie 2014. Die Burger (14 Julie 2014) *Ngoepe vra oor Grondwet, misdaad en OB* (<http://www.dieburger.com/nuus/2014-07-14-ngoepe-vra-vrae-oor-grondwet-misdaad-en-ob>), besigtig op 29 Julie 2014.

²²⁸ Die Burger (18 Julie 1995) *Grondwet 'moet gehoor gee aan SA mense se aspirasies'* (<http://m24arg02.naspers.com/argief/berigte/dieburger/1995/07/18/6/14.html>), besigtig op 13 Junie 2015. Sien ook *Beeld* (21 April 1994) *Grondwet 'n wonderwerk, sê Roelf* (<http://152.111.1.88/argief/berigte/beeld/1994/04/21/2/1.html>) besigtig op 13 Junie 2015.

²²⁹ *Netwerk24* (17 Julie 2014) *Grondwet meer as 'n dokument* (<https://www.netwerk24.com/stemme/2014-07-17-grondwet-meer-as-n-dokument>), besigtig op 13 Junie 2015.

Afrikaners steeds 'n glasier kan klink op die beskerming wat deur die grondwet aan hulle gebied word. “Watch this space – die Grondwet is aan ons kant,” skryf hy.²³⁰ Pieter du Toit eggo Basson se siening. Hy skryf dat die oppergesag van die grondwet soos 'n goue draad deur Suid-Afrika se landspolitiese en regering loop. “Ons behoud lê in Wet 106 van 1996,” skryf hy.²³¹

Leopold Scholtz het 'n effens meer genuanseerde standpunt. Hy verklaar:

“Die 1996-grondwet van Suid-Afrika is sekerlik nie volmaak nie; daar is aansienlike ruimte vir verbetering. Maar met die nodige politieke wil by die burgerlike samelewing kan dié wet 'n behoorlike beskerming bied... Die probleem is nie die grondwet nie. Dis die ANC. En die kieserskorps wat die ANC elke keer verkies!”²³²

Die grondwet bepaal dat die Republiek een soewereine, demokratiese staat is, gegrond op die waardes van menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbou van menseregte en vryhede, nie-rassigheid en nie-seksisme, die oppergesag van die grondwet en die heerskappy van die reg, algemene stemreg vir volwassenes, 'n nasionale gemeenskaplike kieserslys, gereelde verkiesings en 'n veelparty-stelsel van demokratiese regering, om verantwoordingspligtigheid, 'n responsiewe ingesteldheid, en openheid te verseker.²³³ Die grondwet gaan dan in hoofstuk 1 voort deur homself op die volgende wyse tot die hoogste reg in die Republiek van Suid-Afrika en verklaar:

“Hierdie Grondwet is die hoogste reg van die Republiek; enige regsvoorskrif of optrede daarmee onbestaanbaar, is ongeldig, en die verpligtinge daardeur opgelê, moet nagekom word.”²³⁴

Dat die grondwet ingrypende juridiese verandering en 'n skerp breuk met die verlede teweegbring het, ly geen twyfel nie. In die lig hiervan is Currie en De Waal waarskynlik korrek wanneer hulle na die aanvaarding van die grondwet as 'n konstitusionele revolusie verwys.²³⁵ Die betekenisvolste elemente van hierdie radikale verandering word volgens Currie en De Waal gestel as die instelling van

²³⁰ Beeld (4 Oktober 2014) *Die vars reuk van demokrasie*.

²³¹ Beeld (26 April 2014) *SA se behoud lê in Grondwet*.

²³² Maroela Media (12 Augustus 2015) *Dis jou verantwoordelik om die regbank met valkoog dop te hou*. (<http://maroelamedia.co.za/blog/debat/meningsvormers/dis-jou-verantwoordelikheid-om-regbank-met-valkoog-dop-te-hou/>), besigtig op 28 November 2015.

²³³ Artikel 1.

²³⁴ Artikel 2.

²³⁵ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 1.

politieke en burgerregte vir alle burgers, ongeag hulle ras; die vervanging van parlementêre soewereiniteit met 'n grondwetlike oppergesag; en die vervanging van 'n sterk sentrale regering met 'n stelsel ingevolge waarvan die wetgewende en uitvoerende gesag onder die nasionale, provinsiale en plaaslike regeringsfere geskei is.²³⁶

In studentehandboeke word oor die menseregtevergrype van die Suid-Afrikaanse verlede uitgebrei, waarna die grondwet as 'n byna euforiese oplossing voorgelê word.²³⁷ Dit is in hierdie gees wat Meintjes-Van der Walt *et al* verklaar dat die Suid-Afrikaanse grondwet die geboortesertifikaat van die nuwe Suid-Afrika is en dat Suid-Afrika se politieke stelsel in 1994 verander het om alle spore van onderdrukking en diskriminasie te verwyder.²³⁸ Meintjes-Van der Walt verklaar elders dat die skending van fundamentele regte²³⁹ waarskynlik nooit weer sal gebeur nie solank as wat die grondwet in stand gehou word.²⁴⁰ In die *Beginnersgids vir Regstudente*, 'n voorgeskrewe handboek vir eerstejaar-LLB-studente, beskryf Duard Kleyn en Frans Viljoen die grondwet as “post-liberaal”.²⁴¹

Etienne Mureinik verklaar dat die nuwe grondwet 'n kultuur van regverdiging skep, ingevolge waarvan staatsmag ingeperk word en die uitvoering daarvan altyd aan die hand van die grondwet regverdig moet word:

“If the new Constitution is a bridge away from a culture of authority, it is clear what it must be a bridge to. It must lead to a culture of justification – a culture in which every exercise of power is expected to be justified; in which the leadership given by government rests on the cogency of the case offered in defence of its decisions, not

²³⁶ *Ibid* 2.

²³⁷ Sien as voorbeelde Meintjes-Van der Walt L (2011) *Introduction to South African Law* hoofstuk 3; Kleyn D en Viljoen F (2010) *Beginnersgids vir Regstudente* hoofstukke 2 en 13; en Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* hoofstuk 1.

²³⁸ Meintjes-Van der Walt L (2011) *Introduction to South African Law* 45.

²³⁹ In die lig van die betrokke hoofstuk wil dit voorkom asof die betrokke verwysing na “fundamentele regte” nie net gemaak word in die lig van die onderskeie fundamentele regte wat in die handves van regte vervat is nie, maar van alle fundamentele regte wat onder die vaandel van die natuureg gedek word.

²⁴⁰ Meintjes-Van der Walt L (2011) *Introduction to South African Law* 6.

²⁴¹ Kleyn D en Viljoen F (2010) *Beginnersgids vir Regstudente* 251. Pierre de Vos ondersteun hierdie siening (De Vos P (21 Julie 2008) *Yes, we do have a transformative constitution*, Constitutionally Speaking (<http://constitutionallyspeaking.co.za/yes-we-do-have-a-transformative-constitution/>), besigtig op 29 Julie 2014).

the fear inspired by the force at its command. The new order must be a community built on persuasion, not coercion.”²⁴²

Lof vir die grondwet is legio. Voordat ons egter ’n gevolgtrekking kan maak of die grondwet al die lof wat daaraan toegedig word waardig is, moet ons eers die inhoud daarvan evalueer. So ’n evaluasie sal kunsmatig wees indien dit tot die bewoording beperk bly sonder om die vertolking en uitwerking daarvan in ag te neem. In hierdie hoofstuk sal dit duidelik blyk dat ’n teoretiese ontleding van die grondwet, sonder inagneming van die historiese konteks waarbinne dit opgestel is en sonder om die praktiese toepassing daarvan in oënskou te neem, tot ’n wanbegrip kan lei.

Hierdie studie is egter nie ’n ontleding van die grondwet in die algemeen nie, maar van die doeltreffendheid daarvan met betrekking tot die beskerming van minderhede. Ook in hierdie opsig word die grondwet en die handves van regte in besonder wyd geloof en word aangevoer dat dit deeglike beskerming aan minderhede bied. Dit, ten spyte van die feit dat die woord “minderhede” nie een keer in die dokument gebruik word nie. Currie en De Waal skryf dat dit nie verbasend is dat die grondwet ’n hele aantal bepalinge bevat wat spesifiek op die tegemoetkoming van etniese, godsdienstige en taalverwante minderheidsgroepe gerig is nie.²⁴³ Hulle skryf ook dat die grondwet verder gaan as om bloot verteenwoordigende, deelnemende en direkte vorme van demokrasie te beskerm en sê:

“It not only provides for the ‘formulation of the will of the people’, but also requires government to ‘respond’ to the will of the people. References to the principle of democracy in the Constitution are therefore often followed by references to the ideas of openness, responsiveness and accountability. These ideas mean that government institutions must be accessible and that government officials must respond to the people they govern.”²⁴⁴

Devenish gaan selfs verder:

“The constitution as a whole is designed to ensure that minority interests are accommodated fairly, without emasculating the legitimate rights of the majority.”²⁴⁵

²⁴² Mureinik E (1994) *A Bridge to Where?: Introducing the Interim Bill of Rights* (10) SAJHR 31 by 32.

Ook aangehaal in Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 17.

²⁴³ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 625.

²⁴⁴ *Ibid* 16 – 17.

²⁴⁵ Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 425.

Verdere motiverings vir die stelling dat minderhede omvattend in die grondwet beskerm word, sluit volgens Devenish onder meer die vestiging van elf amptelike landstale en die erkenning van ander tale in, bepalinge in die handves van regte wat individue se regte beskerm en die vestiging van magte en bevoegdhede op provinsiale en plaaslike regeringsvlak. Die feit dat partye wat op die beskerming van bepaalde minderheidsgroepe gefokus het in 1994 by die regering ingesluit is, word ook voorgehou as motivering vir die stelling dat minderhede omvattend beskerm word.²⁴⁶

Dit wil dus voorkom of daar 'n groot mate van ooreenstemming is dat die grondwet lofwaardig is vanweë die maatreëls wat daarin geskep word om Suid-Afrikaners in die algemeen en minderhede in besonder te beskerm.

Hoewel die Suid-Afrikaanse grondwet steeds wyd geloof word, blyk dit dat kritiek op die konkrete funksionering van die grondwetlike orde ongeveer 'n dekade na die aanvaarding daarvan spoedig begin toeneem het. Die afgetrede regter-president van die Gautengse hooggeregshof, Bernard Ngoepe, het sy kommer soos volg uitgespreek:

“Hoe gebeur dit dat in 'n land met die beste grondwet ter wêreld daar nie respek vir die verslae van die Openbare Beskermer (OB) is nie? Hoekom het Suid-Afrika die beste grondwet ter wêreld, maar ook een van die hoogste misdaadsyfers?”²⁴⁷

Tim du Plessis skryf dat die regerende ANC vergeet het “die post-'94-Suid-Afrika is die produk van 'n onderhandelde skikking en nie dié van 'n militêre oorwinning nie.”²⁴⁸ Met verwysing na die Renate Barnard-saak²⁴⁹ verklaar Du Plessis sy teleurstelling met die verloop van die grondwetlike bedeling soos volg:

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ Netwerk24 (14 Julie 2014) *Ngoepe vra vrae oor grondwet, misdaad en OB* (http://www.netwerk24.com/nuus/2014-07-14-ngoepe-vra-vrae-oor-grondwet-misdaad-en-ob?redirect_from=dieburger), besigtig op 13 June 2015.

²⁴⁸ Netwerk24 (11 Oktober 2015) *Sien tog Plan B vir wat dit werklik is* (<http://www.netwerk24.com/Stemme/Menings/Tim-du-Plessis-Sien-tog-plan-B-voor-wat-dit-werklik-is-20140105>), besigtig op 28 November 2015.

²⁴⁹ *SAPS v Solidarity obo Barnard 2014 ZACC 23*. Die saak word in hoofstuk 4 behandel.

“Adjunk-hoofregter Dikgang Moseneke se woorde in die Renate Barnard-uitspraak dat regstellende aksie nie onbillik is nie, ‘want die Grondwet sê so’, tref jou soos ’n hamer teen die voorkop. Ook waar hy die ANC-lyn oor regstellende aksie eggo.”²⁵⁰

Marinus Wiechers het hoë agting vir die grondwet (hoewel die grondwet volgens hom “sinlose bepalings” het), maar hy skryf oor sy kommer met betrekking tot die wyse waarop die grondwet deur die Konstitusionele Hof vertolk word. “Die konstitusionele hof is die waghond van die Grondwet,” skryf hy. “Dit beteken nie dat die hof die Grondwet in ’n kluis moet toesluit en soos wafferse bulhonde voor die kluis moet paradeer nie.” Hy sê verder:

“Oor (rassekategorisering vir doeleindes van regstelling en rasse-onmin) het die konstitusionele hof (in die Barnard-saak) allerhande soet woordjies gesê, maar in werklikheid jakkalsdraaie daarom gehardloop.”²⁵¹

Waldimar Pelser voeg sy stem by diegene wat hul frustrasie met die grondwetlike diskoers uitspreek. Met verwysing na die eenheidsgevoel wat gedurende die 1995 Rugby Wêreldbeker in Suid-Afrika geheers het, skryf Pelser:

“Nou, 20 jaar ná die rugby-lekkerkry en 19 jaar nadat Wet 108 van 1996 (die Grondwet) op 18 Desember aanvaar is, is daar geen sportdroom of leier wat ons verenig nie: Ons word eerder verenig deur die ontnugterende gewaarwording dat die regering die skikking van 1994 en die Grondwet van 1996 nie meer as bindend ag nie en die pilare van die tempel op ons almal wil intrek.”²⁵²

Voormalige regter in die Konstitusionele Hof, Johann Kriegler het ook sy ontnugtering met die huidige politieke diskoers uitgespreek, veral met betrekking tot die regering se voortgesette veldtog om die samelewing – en die regbank in besonder – radikaal te “transformeer”. Kriegler sê dat, hoewel die term “transformasie” nêrens in die grondwet verskyn nie, transformasie deur die grondwet genoodsaak word, aangesien die grondwet onteenseglik ’n transformerende dokument is. Hy wys egter daarop dat transformasie ’n wesenlike gevaar vir die grondwet inhou:

“The whole constitutional undertaking will collapse unless these three centres of state power (executive authority, legislative authority and judicial authority) are kept intact and alive and in equipoise with one another. Which means, of course, that judicial

²⁵⁰ Netwerk24 (6 September 2014) Gelykheid hoër geag as grondwet (<http://www.netwerk24.com/Stemme/Menings/Gelykheid-hoer-geag-as-vryheid-20140906-2>), besigtig op 28 November 2015.

²⁵¹ Rapport Weekliks (7 September 2014) *Nog van koers af ondankgs goeie wet.*

²⁵² Rapport Weekliks (18 Junie 2015) *1995 se eenheid was ’n fiksie. 2015 s’n hoof nie te wees nie.*

independence may not be sacrificed on the altar of transformation. However important transformation, judicial independence must always survive... But now we know that there are, and for some time have been, serious threats to judicial independence within the country, often under the banner or, if you would like, the guise of transformation.”²⁵³

Ten einde die geldigheid van ’n gevolgtrekking oor die beskerming van minderhede te evalueer, moet die onderskeie bepalings in die grondwet wat potensieel beskerming aan minderhede kan bied, oorweeg word.

Voordat die onderskeie bepalings in die grondwet uitgelê word, is dit egter nodig om na die geskiedkundige agtergrond en die ontwikkeling van die grondwet te kyk, aangesien dit ’n beduidende uitwerking op die interpretasie en toepassing van die grondwet het, soos wat later in hierdie hoofstuk sal blyk.

3.2 Geskiedkundige agtergrond

Die Suid-Afrikaanse grondwet is die gevolg van ’n politieke skikking tussen twee politieke organisasies. Die eerste hiervan was die (oorwegend wit) Nasionale Party (NP), wat vanaf 1948 tot 1994 oor Suid-Afrika regeer het. Die tweede is die (oorwegend swart) African National Congress (ANC), wat die mag in 1994 oorgeneem het.²⁵⁴ Die term “bevrydingsbeweging” is ’n meer gepaste beskrywing vir die ANC as “politieke party”.²⁵⁵ Hierdie twee organisasies het met drasties uiteenlopende verwagtinge, mandate en beloftes aan hulle ondersteuners na die onderhandelingsstafel gestap – ’n situasie wat tot groot politieke onstabiliteit gelei het, veral vanaf 1990 tot 1994.²⁵⁶

²⁵³ Kriegler J (18 Augustus 2009) *Can Judicial Independence Survive Transformation? – A public lecture delivered by Judge Johann Kriegler at the Wits School of Law.*

²⁵⁴ Hoewel verskeie politieke instellings in een of ander vorm by die onderhandelingsproses betrokke was, is daar min twyfel dat die onderhandelingsproses hoofsaaklik tussen die NP en die ANC plaasgevind het. Die drie bekendste historiese gebeurtenisse wat as voorbeelde hiervan dien, is die *Groote Schuur Minuut*, die *Pretoria Minuut* en die *akte van verstandhouding* wat in die aanloop tot die 1994-verkiezing tussen die NP en ANC gesluit is. Ander groot politieke groeperinge het toenemend hulle kommer uitgespreek oor die bilaterale gesprekke wat tussen die NP en die ANC plaasgevind het en die feit dat ander politieke groepe daardeur gemarginaliseer is. Sien Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 391.

²⁵⁵ Die ANC verwys tot vandag toe na homself as ’n “bevrydingsbeweging” eerder as ’n “politieke party”. Sien ANC Besprekingsdokument (2012) *The Second Transition? Building a National Democratic Society and the Balance of Forces in 2012.*

²⁵⁶ Die NP se twee grootste beweegredes vir toetrede tot die onderhandelings was behoud van die politieke inisiatief en morele oorwegings. “Nie ’n moraliteitsgevoel of ’n Damaskuservaring nie, maar

Hoewel verskeie openbare samesprekings waartydens uiteenlopende partye aan die onderhandelingsproses kon deelneem gedurende die onderhandelings vir 'n nuwe grondwetlike bedeling gehou is, het hierdie veelpartysamesprekings as't ware plaasgevind binne die raamwerk van die bilaterale gesprekke wat tussen die regerende NP en uitgeweke ANC plaasgevind het. Dit is in hierdie konteks waarin *The Weekly Mail & Guardian* in November 1993 skryf dat min moeite gedoen is om te verskuil wat al die onderhandelaars al vir 'n geruime tyd gewees het, naamlik dat die meeste van die veelparty-onderhandelinge afgehang het van die geheime ooreenkomste wat tussen die party met staatsmag (die NP) en dié wat die legitimiteit van massa-ondersteuning geniet (die ANC), gesluit is:

“The ruling NP is in fact negotiating the terms of its surrender to its successor. The smaller parties are allowed to haggle over details, their primary role being limited to giving the process legitimacy... They cannot seriously threaten ... agreements previously reached in bosberaads between the ANC and NP negotiators.”²⁵⁷

Die president van die ANC tydens die onderhandelings, Nelson Mandela, het hierdie feit later self in sy *memoirs* bevestig deur te skryf dat bilaterale gesprekke tussen die ANC en die NP die grondwerk gelê het vir die gesprekke wat tydens die Konvensie vir 'n Demokratiese Suid-Afrika (Kodesa) gevoer is.²⁵⁸ Tussen Mei 1988 en 11 Februarie 1990 het 48 sulke gesprekke net tussen die regering en Mandela plaasgevind.²⁵⁹ Mangosuthu Buthelezi, die leier van die Inkatha Vryheidsparty (IVP, voorheen slegs bekend as Inkatha), 'n organisasie wat oorwegend steun uit die Zoeloe-gemeenskap ontvang het en ook beduidende steun geniet het, het herhaaldelik beswaar aangeteken oor die bilaterale aard van die samesprekings, wat tot nadeel van kleiner partye gestrek het.²⁶⁰

magspolitiek het die deurslag gegee,” het Niel Barnard, Hoof van Nasionale Intelligensie, later verklaar. FW de Klerk het in retrospeksie gesê dat hulle (die NP-regering) vir nog tien jaar so sou kon voortgaan, maar dat dit die dood van baie mense sou beteken. “Waar is die moraliteit daarin?” het hy gevra. (Sien Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 301 en 315). Die ANC se grootste beweegrede was die verkryging van mag en die gevolglike politieke bevryding van swart Suid-Afrikaners (Sien Waldmeir P (1997) *Anatomy of a Miracle*).

²⁵⁷ *The Weekly Mail & Guardian* (5 November 1993) *Negotiating Council Rubber-Stamps ANC / NP Agreements*; ook aangehaal in Jeffery A (2005) *People's War* 426.

²⁵⁸ Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 712.

²⁵⁹ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 284.

²⁶⁰ Sien ook Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 391.

’n Sleutelaspek wat soos ’n goue draad regdeur die onderhandelings bespreek is – dikwels in omstredenheid – was die vraag oor die mate waarin ’n nuwe bedeling, gebaseer op grondwetlike en parlementêre demokrasie, beskerming aan minderhede sou gee.²⁶¹ In die bekende 1986-werksdokument deur die Afrikaner Broederbond (AB), getiteld *Basiese Staatkundige Voorwaardes vir die Voortbestaan van die Afrikaner*, is aangevoer dat effektiewe deelname van almal, individueel en in groepsverband, een van die belangrikste staatkundige voorwaardes vir ’n nuwe bedeling moes wees.²⁶² Die dokument gaan voort:

“Dit beteken dat daar nie meer ’n Wit verskanste regering kan wees nie. Daar kan egter ook nie ’n Swart verskanste of bv. ’n Zulu-verskanste regering wees nie. Die meerderheid van die regeringslede kan wel Swart wees, maar die stelsel en prosedures moet so werk dat al die groepe effektief kan deelneem en nie deur een groep gedomineer word nie.”²⁶³

Die sentimente in die AB-werksdokument is in die NP se eie bloudruk, getiteld *Grondwetlike Regering in ’n Deelnemende Demokrasie – Die NP se raamwerk vir ’n nuwe demokratiese Suid-Afrika*, geëggo. Dit het verklaar dat daar uitdruklik vir “deelnemende demokrasie” op uitvoerende vlak (wat die presidentskap insluit) voorsiening gemaak moes word. Die konsep word soos volg in die NP-beleidsdokument verduidelik:

“Met ‘deelnemende demokrasie’ word bedoel dat ’n regeringstelsel ontwikkel word waaraan verskillende politieke partye effektiewe deelname verkry en waarin daar dus *magsdeling* plaasvind. Dit staan teenoor die *Westminster stelsel* waarin meestal een party uitsluitlik oor die mag beskik.”²⁶⁴

Die noodsaak om rekening te hou met die verskeidenheid van die Suid-Afrikaanse samelewing en die werklikheid van die bestaan van ’n veelheid van ekonomiese maatskaplike en kulturele belangegroepes word ook in hierdie vroeë NP-beleidsdokument beklemtoon. Die dokument beklemtoon dit selfs verder:

²⁶¹ Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 84 en 170. Sien byvoorbeeld ook Woolman S et al (reds) (2010) *Constitutional Law of South Africa* 24F-4.

²⁶² Die Afrikaner Broederbond (1986) *Basiese Staatkundige Voorwaardes vir die Voortbestaan van die Afrikaner*.

²⁶³ *Ibid.* Ook aangehaal in Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 85.

²⁶⁴ Nasionale Party (1991) *Grondwetlike Regering in ’n Deelnemende Demokrasie* 8–9.

“Sulke groepe bestaan nie in die gemeenskap omdat hulle in wetgewing geskep of erken word nie, maar deurdat mense op ’n natuurlike wyse en vrywillig met mekaar assosieer omdat hulle belange van die een of ander aard met mekaar deel.”²⁶⁵

’n Studie oor die grondwetlike bepalings met betrekking tot minderhede in Suid-Afrika sou dus onvolledig wees indien die inhoud daarvan nie in historiese perspektief geplaas word nie. Voordat die historiese verloop uiteengesit word, is dit nodig om die belangrikste faktore ten opsigte van die politieke klimaat waarbinne hierdie onderhandelings plaasgevind het uit te lig. ’n Aantal faktore wat op die onderhandelings ingewerk het, moet ook uitgelig word ten einde beter begrip te kweek vir die besluite wat tydens die onderhandelings geneem is.

3.2.1 Aanloop tot die onderhandelings en faktore wat dit beïnvloed het

Die regerende NP het ’n beleid van rassese segregasie toegepas – ’n beleid wat op die vestiging van tuislande vir die onderskeie swart bevolkingsgroepe gebaseer was. Die argument was dat elke etniese groep oor homself moet regeer en dat Suid-Afrika, soos Europa, opgedeel moet word in ’n aantal streke wat as tuislande sal dien vir die onderskeie kultuurgroepe wat hulle in die groter Suid-Afrika bevind het.²⁶⁶ Die beleid is aanvanklik as moreel regverdigbaar beskou en is selfs deur verskeie kerke, waaronder die NG Kerk, goedgekeur.²⁶⁷ Die beleid, wat as apartheid bekend gestaan het, het uiteindelik hewige teenreaksie uitgelok het en is kort voor lank deur die Verenigde Nasies (VN) as ’n misdaad teen die mensdom beskryf.²⁶⁸ Op daardie

²⁶⁵ *Ibid* 9. Sien ook die bespreking in Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 72.

²⁶⁶ Vir meer oor die voormalige eerste minister, Hendrik Verwoerd (1901–1966) se apartheidsidee, sien Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* hoofstukke 1–3. Transkripsie van die onderhoud is beskikbaar by die outeur.

²⁶⁷ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 28.

²⁶⁸ Internasionale Konvensie oor die Onderdrukking en Bestrafing van die Misdaad van Apartheid, New York, 30 November 1973. Die politiek wat binne-in die Verenigde Nasies (VN) afgespeel het om apartheid as ’n misdaad teen die mensdom te laat verklaar word dikwels onderskat. Die ondersteuners van die inisiatief om apartheid as ’n misdaad teen die mensdom te verklaar was almal lede of ondersteuners van die Sowjet-unie. Nie een van die state wat hierdie mosie ondersteun het, het self ’n bewese menseregterekord gehad het nie. “In talle van hierdie lande is miljoene mense weens Kommunisme dood – ’n ideologie wat weens die magsverhoudinge van lande soos die Sowjet-unie en China nooit as ’n misdaad teen die mensdom verklaar is nie,” skryf Flip Buys (Buys F (13 April 2015) *Stop die kriminalisering van ons geskiedenis*, Maroela Media (elektronies beskikbaar by <http://maroelamedia.co.za/blog/debat/meningsvormers/stop-die-kriminalisering-van-ons-geskiedenis/>, besigtig op 28 November 2015).

stadium het die regerende Nasionale Party egter nie daarin belang gestel om oor 'n nuwe grondwetlike bedeling te onderhandel nie.²⁶⁹

Die ANC het as bevrydingsbeweging vir swartmense aggressief veldtogte vir die daarstelling van 'n meerderheidsregering gevoer. Internasionale sanksies, onrus in die swart informele nedersettings en politieke geweld, meestal aangevuur deur die ANC en befonds deur die USSR,²⁷⁰ oftewel die Sowjet-unie, het groot druk op die NP-regering geplaas om 'n onderhandelingsproses vir 'n magsoorname te begin.²⁷¹ Die ANC se uiteindelige doel was die uitvoer van 'n nasionale demokratiese revolusie (NDR) in Suid-Afrika.²⁷² Steun vir die ANC het veral gedurende die 1980's toegeneem.²⁷³

Die ANC se denke rondom politieke veranderings in Suid-Afrika is gedurende die laat 1980's en vroeë 1990's in 'n groot mate beïnvloed deur die feit dat liberale demokrasie oor die wêreld heen posgevat het.²⁷⁴ In 'n doelbewuste poging om die wit minderheidsgemeenskap se vrees vir 'n ANC-oorname te versag, het die organisasie besluit om hom vir 'n liberaal-demokratiese bedeling te beywer, eerder as 'n streng kommunistiese bestel.²⁷⁵

Die ANC-leier, Nelson Mandela, het op daardie stadium gevangenisstraf vir hoogverraad uitgedien.²⁷⁶ Mandela se martelaarskap, gekombineer met 'n

²⁶⁹ Sien Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* vir 'n omvattende uiteensetting van politiek in die Nasionale Party tussen 1948 en 1994.

²⁷⁰ Union of Soviet Socialist Republics.

²⁷¹ Sien Jeffery A (2005) *People's War* 25–39, vir 'n ontleding van die *People's War*-konsep. Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 329. Transkripsie van die onderhoud is beskikbaar by die outeur.

²⁷² Giliomee (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 305 en 367. Die doel van die NDR was om die "koloniale staat" omver te werp, populistiese beheer oor alle staatsinstellings te verkry, die belangrikste nywerhede te nasionaliseer en grondbesit radikaal te hervorm. (Giliomee (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 305 en 367). Die NDR is gewortel in Vladimir Lenin se teorie oor imperialisme, soos in 1917 artikuleer. Dit was aanvanklik moeilik vir die ANC om Lenin se teorie op Suid-Afrika te regverdig, aangesien Suid-Afrika reeds in 1910 onafhanklikheid van Brittanje gekry het. Sien ook Strydom H *Minority Rights in Post-Apartheid South Africa* Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review (1997) 873-914, 879.

²⁷³ Jeffery A (2005) *People's War* bied 'n omvattende verduideliking van die ANC se politieke en militêre strategie in die tydperk tussen 1976 en 1994.

²⁷⁴ Sien Fukayama F (1992) *The End of History and the Last Man*. Die gevolg hiervan was onder meer dat Verwoerd se gedagte van groepsgebaseerde tuislande in die wêreld se oë as verouderd beskou is.

²⁷⁵ Sien Waldmeir P (1997) *Anatomy of a Miracle* 68 en 121.

²⁷⁶ Sien S v Mandela et al (1964) AD 1844. Mandela en nege ander prominente ANC-leiers is in die Rivonia-verhoor vir 221 sabotasie-aanvalle vervolgt.

uitgebreide internasionale veldtog deur die ANC,²⁷⁷ het tot 'n stortvloed kritiek teen apartheid bygedra. Dit is reeds in hierdie tyd dat Mandela in die wêreld se oë 'n vredesikoon geword het.²⁷⁸ Anthea Jeffery, senior navorser by die Suid-Afrikaanse Instituut vir Rasseverhoudinge (SAIRR), voer aan dat Mandela se martelaarskap 'n enorme impak op die NP gehad het en dat dit ook 'n beduidende faktor was wat die politieke oorgang van 1994 vir die ANC vergemaklik het. Mandela se martelaarskap het volgens haar daartoe gelei dat die sabotasie-aanvalle waarvoor hy gevonnissen is, grootliks vergete geraak het in die boodskap wat oor die wêreld versprei is. Sy verduidelik dat Mandela as gevolg hiervan besonders waardevol vir die ANC geword het, aangesien alles wat Mandela gesê het met die uiterste respek behandel is en daar nie begrip was vir die feit dat Mandela ook maar 'n politikus was wie se perspektief deur 'n politieke agenda ingekleur was nie.²⁷⁹

Op die internasionale front het die ANC veral daarop gefokus om die buiteland te oortuig om sanksies teen Suid-Afrika in te stel.²⁸⁰ Hierdie veldtog het 'n groot hupstoot gekry toe die bankreus Chase Manhattan in 1985 besluit het dat sy lenings aan die Suid-Afrikaanse regering nie hernu sal word nie.²⁸¹

In die proses het die ANC in sy doel geslaag om homself in die openbare oog as die alleen-vertegenwoordiger van swart Suid-Afrikaners te vestig, tot frustrasie van ander politieke partye soos Buthelezi se Inkatha (wat later die Inkatha Vryheidsparty (IVP) sou word).

Afgesien van die politieke geweld wat in Suid-Afrika se swart gebiede vlamgevat het, buitelandse druk en die ekonomiese uitdagings wat die NP-regering in die gesig gestaar het, was daar twee politieke verskynsels in besonder wat die NP finaal

²⁷⁷ ANC-leiers soos Thabo Mbeki en Oliver Tambo het in hierdie verband veral 'n groot rol gespeel. Vir 'n gedetailleerde verslag van Mbeki en Tambo se veldtogte op die internasionale front, raadpleeg Gevisser M (2009) *Thabo Mbeki, A Dream Deferred*.

²⁷⁸ CNN (5 Desember 2013) *Nelson Mandela, anti-apartheid icon and father of modern South Africa, dies* (<http://www.cnn.com/2013/12/05/world/africa/nelson-mandela/>), besigtig op 29 Julie 2014. Sien ook Euronews (5 Desember 2013) *How Nelson Mandela became a global icon for peace* (<http://www.euronews.com/2013/12/05/mandela-a-global-icon-for-peace/>), besigtig op 29 Julie 2014.

²⁷⁹ Sien Jeffery A (2005) *People's War*.

²⁸⁰ Sien Gevisser M (2009) *Thabo Mbeki, A Dream Deferred* vir 'n uiteensetting van verskeie aksies wat die ANC in die buiteland gevoer het om internasionale druk op die Suid-Afrikaanse regering te plaas.

²⁸¹ The New York Times (1 Augustus 1985) *Chase Ends Loans to South Africans*. Sien ook Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 330.

oortuig het om in 1990 'n onderhandelingsproses met die ANC te begin. In die eerste plek het die NP se politieke mededingers aan beide kante veld gewen en sodoende druk op die party geplaas. Aan die een kant het meer liberale Progressiewe Federale Party (PFP) het onder Frederik van Zyl Slabbert begin om in die buiteland met die ANC te vergader en aan die ander kant het die Konserwatiewe Party (KP) (op daardie stadium die amptelike opposisie) se steun onder die blankes het ten koste van die NP toegeneem.²⁸²

Die tweede verskynsel was die beëindiging van die Koue Oorlog in November 1989 toe die Berlynse Muur, wat Wes- en Oos-Duitsland van mekaar geskei het, vernietig is. Die vernietiging van die Berlynse Muur word as die grootste enkele politieke gebeurtenis van die tweede helfte van die 20ste eeu beskryf.²⁸³ Die vernietiging van die muur en die hereniging van Duitsland het uiteindelik tot die ineenstorting van Oos-Europese regimes gelei,²⁸⁴ wat tot die wêreldwye verval van kommunisme gelei het.²⁸⁵

Gevolgtrek is die onwettigverklaring van die ANC op 2 Februarie 1990 opgehef en is aangekondig dat Mandela vrygelaat sou word.²⁸⁶ Dit het die tafel gedek vir 'n onderhandelingsproses om 'n nuwe staatsregtelike bedeling vir Suid-Afrika te laat ontwikkel.²⁸⁷

3.2.2 Die onderhandelings met betrekking tot die beskerming van minderhede

²⁸² Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 309.

²⁸³ The Telegraph (8 November 2014) *Fall of the Berlin Wall opened a World of Opportunity*.

²⁸⁴ Office of the Historian, US Department of State (ongedateerd) *The Berlin Wall Falls and USSR Dissolves*

²⁸⁵ Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 16.

²⁸⁶ Toespraak deur FW de Klerk by die opening van die parlement (2 Februarie 1990). Ander swart bevrydingsbewegings het egter beswaar aangeteken teen wat hulle as “voorkeurbehandeling” vir Mandela bestempel het.

²⁸⁷ ZB du Toit het egter aangevoer dat die regering van die tyd 'n ernstige mistasting met betrekking tot die wêreldpolitiek begaan het. Hy voer aan dat die regering se opvatting dat demokrasie die erflating van die Berlynse Muur is 'n wanopvatting is en dat die einde van die Koue Oorlog eerder deur die opkoms van 'n hernude identiteitsbewussyn, oftewel 'n “nuwe nasionalisme”, gekenmerk word. Hy argumenteer dat die NP-regering die wêreldpolitiek verkeerd vertolk het en dat die optrede wat op hierdie wanvertolking gevolg het, naamlik die onderhandeling vir 'n simplistiese liberaal-demokratiese grondwet, 'n resep was wat gedoem was om te misluk. Indien die regering met die nodige erns van die opkoms van identiteitspolitiek kennis sou neem, kon daar vir 'n meer doeltreffende politieke bestel beding word, het hy geskryf (Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 40–42).

Een van die groot brandpunte gedurende die onderhandelings vir 'n nuwe Suid-Afrikaanse grondwet was die vraag oor hoe daar vir die beskerming van minderhede voorsiening gemaak moet word.²⁸⁸ Die staatspresident en NP-leier, FW de Klerk, se visie was gebaseer op 'n poging om die regte van minderhede te beskerm.²⁸⁹ Die NP het gedurende sy federale kongres van September 1991 'n stel grondwetlike riglyne aanvaar wat die NP ook as vertrekpunt by die onderhandelingsstafel gebruik het.²⁹⁰

Ten opsigte van wetgewende gesag was die voorstel waarmee die NP by die onderhandelings weggespring het, dat Suid-Afrika by wyse van 'n tweekamerparlement regeer moes word. Hierdie tweekamerparlement sou soos volg funksioneer: die eerste huis sou 'n huis van verteenwoordigers wees en die tweede huis 'n senaat. Die eerste huis sou op 'n algemene kieserslys verkies word en by implikasie deur die meerderheidsparty oorheers word. Hierdie huis sou wetgewing met 'n gewone meerderheid kon aanvaar. 'n Verhoogde meerderheid sou egter benodig word om wetgewing te aanvaar oor sake wat in die grondwet opgeneem word.

Die tweede huis (die senaat) sou kleiner as die eerste huis wees en sou nie proporsioneel saamgestel word nie. Hierdie huis sou op 'n basis van gelyke verteenwoordiging funksioneer. Verskillende streke sou elk 'n gelyke aantal setels in hierdie huis ontvang en elke party wat meer as 'n bepaalde minimum hoeveelheid steun ontvang, sou ook gelyk in hierdie huis verteenwoordig word. Die tweede huis se taak sou wees om wetsontwerpe wat deur die eerste huis aanvaar is, te oorweeg en goed te keur. 'n Gewone meerderheid sou benodig word vir wetsontwerpe waarvoor 'n verhoogde meerderheid in die eerste huis nie vereis is nie. Wetgewing wat die grondwet wysig, betrekking het op die belange van minderhede, betrekking het op die belange van streke, of wat in die grondwet opgeneem is, sou met 'n verhoogde meerderheid aangeneem moes word. Die senaat sou by implikasie 'n veto

²⁸⁸ In bykans alle openbare kommunikasie wat die Nasionale Party uitgevaardig het in aanloop tot die onderhandelings wat by die Konvensie vir 'n Demokratiese Suid-Afrika (Kodesa) plaasgevind het, is beklemtoon dat die doeltreffende beskerming van minderhede een van die grondslae sal wees waarop daar met die ANC onderhandel sal word. Die kern van die onderhandelings het gewentel rondom die NP se poging om beskerming vir minderhede te verskans, teenoor die ANC se poging om die mag van minderhede te breek deur 'n meerderheidsregering daar te stel. Sien ook die besprekings in Jeffery A (2005) *People's War* en Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers*.

²⁸⁹ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 326.

²⁹⁰ *Ibid* 347.

oor besluite van die huis van verteenwoordigers kon uitvoer – ’n voorstel wat ten doel gehad het om die mag wat die meerderheid oor minderhede sou kon hê, te beperk. Die tweede huis sou ook daarmee gemoeid wees om wetgewing wat die spesifieke belange van minderhede en streke raak, te inisieer.²⁹¹

Die NP het hom verder verbind tot die beginsel van magsdeling in die vorm van ’n veelpartyregering. In sy beleidsdokument het die party verklaar:

“Die kern van die Nasionale Party se voorstel is dat die uitvoerende gesag nie slegs uit een party nie, maar uit lede van die belangrikste partye saamgestel moet word. Daar word dus voorkeur gegee aan ’n veelpartyregering (waarvan Westerse Europese koalisieregerings ’n voorbeeld is) bo ’n stelsel waar die meerderheidsparty alleen die uitvoerende gesag vorm (’n resultaat waartoe die Westminster-stelsel gewoonlik lei).”²⁹²

Die beleidsdokument gaan voort deur te bepaal dat die presidensie moes bestaan uit die leiers van die drie grootste partye in die eerste huis.²⁹³ Die kabinet sou alle partye insluit en konsensus sou ’n voorvereiste vir besluitneming wees. Die presidensie sou roteer en besluite moes deur konsensus geneem word, wat by implikasie bepaalde magte aan minderhede verseker het.²⁹⁴

’n Belangrike paradoks het egter binne-in die NP ontwikkel. Die NP het homself nie as verteenwoordiger van ’n etniese groep of selfs ’n koalisie van minderhede gesien nie, maar as ’n party wat op ’n bepaalde ideologie gefundeer was. Hoewel die NP in beleid nie aan minderhede verbind wou word nie, het die party egter voorgehou om namens minderhede oor die algemeen, maar Afrikaners in besonder, te onderhandel.²⁹⁵ Die NP het besluit om stelselmatig afstand te doen van sy identiteit

²⁹¹ Nasionale Party (1991) *Grondwetlike Regering in ’n Deelnemende Demokrasie* 8–9; 11–12. Ook uiteengesit in Lodge T (2006) *Mandela, A Critical Life* 169 en Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 348. Mandela het hierna verwys as ingeboude strukturele waarborge vir die wit minderheid (Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 692). Tony Leon het die NP-voorstel as die onrealistiese resultaat van ’n verbeeldingsvlug (“flight of fantasy”) bestempel (Leon T (2008) *On the Contrary*, 197).

²⁹² Nasionale Party (1991) *Grondwetlike Regering in ’n Deelnemende Demokrasie* 12–13.

²⁹³ Ingeval die drie grootste partye nie gesamentlik minstens die meerderheid van die kiesers verteenwoordig nie, sal die presidensie aangevul word met soveel meer leiers van partye as wat in volgorde van grootte nodig is om ’n gesamentlike meerderheid te verteenwoordig. Sien Nasionale Party (1991) *Grondwetlike Regering in ’n Deelnemende Demokrasie* 13.

²⁹⁴ Nasionale Party (1991) *Grondwetlike Regering in ’n Deelnemende Demokrasie* 13.

²⁹⁵ Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 176.

as party wat Afrikaners verteenwoordig, maar eerder 'n party wat minderhede oor die algemeen verteenwoordig. In sy outobiografie skryf De Klerk:

“Die visie wat ek na beraadslaging met my kollegas vir die party uitgespel het, was dat die Nasionale Party 'n leidende rol in die herskikking van die Suid-Afrikaanse politiek moes speel deur 'n meerderheid van alle Suid-Afrikaners byeen te bring in 'n dinamiese nuwe politieke beweging wat op bewese kernwaardes en Christelike norme en standarde gegrond is.”²⁹⁶

Die Afrikaner Volksfront, wat tydens die onderhandelings gestig is, het op selfbeskikking in die vorm van 'n Volkstaat aangedring,²⁹⁷ maar was nie in staat om aan te dui waar die Volkstaat geskep moet word nie.²⁹⁸ Aan die ander kant het die KP ernstig teen die NP se beleid beswaar aangeteken, maar self geweier om aan die onderhandelings deel te neem.²⁹⁹ Inkatha, die beweging wat homself onder Buthelezi se leiding breedweg as 'n party vir 'n minderheidsgroep beskou het, het op sy beurt vir die behoud van die Zoeloe-monargie en die behoud van die mag van tradisionele hoofmanne gestaan, sowel as vir 'n federale politieke stelsel ingevolge waarvan regerings op streeksvlak outonomie sou geniet.³⁰⁰ Strydom verduidelik die verskil tussen die KP en Inkatha se benadering soos volg:

“For conservatives, the process created an opportunity to pursue their aspirations for constitutional self-determination. Unlike the case of Zulu self-determination, which is more culturally inclined, the white conservative groups envisaged a territorially demarcated entity within which some form of political autonomy, if not independence, could be attained as the culmination of their self-determination aspirations.”³⁰¹

²⁹⁶ De Klerk FW (1998) *Die laaste trek* 253–254. Ook aangehaal in Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 171.

²⁹⁷ Gevisser M (2009) *Thabo Mbeki, A Dream Deferred* 238. Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 733 & 738. Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 308.

²⁹⁸ Die NP het hieroor met die KP die spot gedryf. Die Februarie 1992-uitgawe van die NP se nuusblad, *Nasionalis*, het 'n spotprent bevat waarin die KP-leierskap uitgebeeld word waar hulle naorstigtelik probeer om 'n groot aantal telefone te beantwoord. Op die spotprent word Pieter Mulder uitgebeeld waar hy met die KP-leier, Andries Treurnicht op die telefoon praat. Mulder sê: “Doktor, wat sê ek nou? Hier's 'n paar siele wat wil weet waar's ons volkstaat se grense...” (*Nasionalis*, Vol. 11:2, Februarie 1992, 3) Sien ook Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* vir uitgebreide kommentaar op beide die KP en die NP se onderskeie strategieë gedurende die onderhandelings..

²⁹⁹ ZB Du Toit skryf dat “(d)ie gevolg van hierdie yslieke strategiese misvatting was dat die tradisionele regse partye feitlik geen insette by die grondwetlike onderhandelings gelewer het nie. In die praktyk het dit daarop neergekom dat dit aan die NP, wat hom reeds in 1990, nog voordat onderhandelings formeel begin het, tot 'n multi-kulturele party omskep het, oorgelaat is om vir minderheidsregte vir Afrikaners te beding.” (Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 80.)

³⁰⁰ Inkatha Vryheidsparty (ongedateerd) *Constitutional Affairs Policy* (beskikbaar by <http://www.ifp.org.za/our-policies/constitutional-affairs/>; besigtig op 12 September 2015). Lodge T (2006) *Mandela, A Critical Life* 170.

³⁰¹ Strydom H *Minority Rights in Post-Apartheid South Africa* Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review (1997) 873-914, 896.

Ander minderheidsgroepe soos die Khoi en die San is vanweë die wyse waarop die proses neerslag gevind het, byna geheel en al uitgesluit, hoofsaaklik aangesien hierdie groepe weens hulle gebrek aan getalle nie oor 'n politieke voertuig beskik het wat op die vlak van ander rolspelers kon meeding nie.

Terwyl verskeie groepe die beskerming van die regte van minderhede as 'n vereiste vir 'n nuwe konstitusionele orde voorgehou het, het die ANC voet by stuk gehou dat die verskansing van regte vir minderhede volgens dié organisasie op niks anders as die verskuilde verskansing van wit regte sou neerkom nie. Die konsep van minderheidsregte het neerslag gevind in die verskansing van “groepsregte” – iets wat die ANC met mening teengestaan het.³⁰² Mandela skryf oor 'n gesprek wat hy en De Klerk in 1989 (voor sy vrylating) by die presidensiële woning in Tuynhuys, Kaapstad gehad het:

“One of the issues I emphasized that day was the National Party’s recently introduced five-year plan, which contained the concept of ‘group rights’. The idea of ‘group rights’ was that no racial or ethnic group could take precedence over any other. Although they defined ‘group rights’ as a way of protecting the freedom of minorities in a new South Africa, in fact their proposal was a means of preserving white domination. I told Mr De Klerk that this was unacceptable to the ANC.”³⁰³

Pallo Jordan, 'n lid van die ANC se Nasionale Uitvoerende Komitee, het gesê dat die erkenning van minderheidsregte inderdaad 'n voorwaarde vir bemagtiging en selfbeskikking (van minderhede) is, maar dat dit in Suid-Afrika “reaksionêr” sal wees, aangesien minderheidsregte in Suid-Afrika volgens die ANC “die regte van die meerderheid (sal) ondermyn en die magte van die onderdrukkende minderheid in stand (sal) hou.”³⁰⁴

Benewens die debat oor die kwessie van minderheidsbeskerming was daar ook 'n hewige debat oor die proses wat met betrekking tot onderhandelinge gevolg moes word. Die regering het 'n konferensie aangevoer waarin alle partye gelyke

³⁰² Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 692.

³⁰³ *Ibid* 664. Met verloop van tyd sou prominente NP-leiers soos Roelf Meyer hierdie standpunt eggo. Sien onder.

³⁰⁴ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 334. Die ANC se alliansievenoot, die SAKP, het hierby aangesluit deur te sê dat die konsep van “groepsregte” verwerp word as “deurspek met die gevaar van die voortsetting van ongelykheid.” (Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 363)

verteenwoordiging sou geniet, terwyl die ANC en sy alliansievennote³⁰⁵ op 'n verkose vergadering aangedring het.³⁰⁶ Mandela het egter vroeg in 1991 'n kompromie-ooreenkoms bewerkstellig. Die ooreenkoms het ingehou dat die gesprekke met 'n veelpartykonferensie sou begin, met die doel om op 'n tussentydse grondwet te besluit. Sekere permanente beginsels wat na die verkiesing van 'n verteenwoordigende vergadering in die finale grondwet opgeneem sou word, sou ook vooraf by die veelpartykonferensie bepaal word.³⁰⁷

Hoewel die regerende NP verwag het dat politieke geweld na Mandela se vrylating sou stabiliseer, het politieke geweld daarenteen drasties toegeneem.³⁰⁸ Die ANC het gedurende die vroeë 1990's aangekondig dat die gewapende stryd opgehef word, maar geweld het voortgegaan. Die hoë vlakke van politieke geweld het reg in die ANC se hand gespeel het, aangesien dit die druk op die regerende NP om 'n onderhandelde skikking te bereik ten einde die konflik te stop, aansienlik vergroot het. Die ANC het intern debat gevoer oor die vraag of 'n nuwe bedeling by wyse van 'n vreedsaam onderhandelde skikking bewerkstellig moet word, en of 'n strategie van gewapende revolusie gevolg moet word. Vir Mandela was dit egter nie 'n teenstrydigheid nie. Hy het verduidelik dat die onderhandelings as't ware 'n element van die ANC se gewapende struggle was.³⁰⁹ Die ANC het ook verklaar dat hy 'n strategie van "parallel paths to power" volg, ingevolge waarvan vir vrede onderhandel word, terwyl vir oorlog voorberei word.³¹⁰

Die eerste rondte formele bilaterale gesprekke tussen die ANC en NP het in Mei 1990 by Groote Schuur in Kaapstad plaasgevind.³¹¹ Na afloop van die gesprek is 'n

³⁰⁵ By die onderhandelingsstafel was die Suid-Afrikaanse Kommunistiese Party (SAKP) die ANC se grootste alliansievennoot.

³⁰⁶ Lodge T (2006) *Mandela, A Critical Life* 173. Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 694.

³⁰⁷ Lodge T (2006) *Mandela, A Critical Life* 173.

³⁰⁸ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 4. Gevisser M (2009) *Thabo Mbeki, A Dream Deferred* 241. Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 701.

³⁰⁹ Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 709. Let wel dat daar in sekere bronne verwys word na 'n interne debat in ANC-geledere. Jeffery voer egter aan dat die debat nie wesenlik was nie, aangesien die ANC reeds in 1978 'n dubbele strategie aanvaar het, ingevolge waarvan 'n veldtog vir 'n (vreedsame) politieke oplossing gevoer moet word, terwyl 'n gewapende stryd gevoer word. Jeffery verwys hierna as die "talking peace while waging war"-strategie.

³¹⁰ Gevisser M (2009) *Thabo Mbeki, A Dream Deferred* hoofstuk 25. Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 342.

³¹¹ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 335–340. Die doel van die gesprek was om te praat oor die moontlikheid om verder te praat, oftewel "talks about talks" soos daar in ANC-geledere na die

verklaring, genaamd die *Groote Schuur Minuut*, uitgereik. In hierdie verklaring het die partye hulle tot 'n vreedsame onderhandelingsproses verbind. Die regering is ingevolge die verklaring daartoe verbind om die noodtoestand op te hef.³¹² Dit het onder meer behels dat die Suid-Afrikaanse Weermag (SAW) nie meer by polisiëringsaksies betrek sou word nie en dat die SAW uit die informele nedersettings onttrek sou word. Op 6 Augustus 1990 is die *Groote Schuur Minuut* opgevolg deur die *Pretoria Minuut*, waarvolgens die ANC ingestem het om sy gewapende stryd op te skort.³¹³ Die NP het hierdie skuif as 'n oorwinning voorgehou, maar Mandela skryf dat die ANC se besluit om die gewapende stryd op te skort 'n tyd voor die betrokke byeenkoms by 'n vergadering van die party se nasionale uitvoerende komitee geneem is. Die ANC se "instemming" om die gewapende stryd op te hef, was 'n berekende strategiese skuif met die doel om die ANC se internasionale aansien te verhoog en die inisiatief by die onderhandelingstafel te behou.³¹⁴ Die *Pretoria Minuut* het voorts datums vir die vrylating van politieke gevangenes en die toestaan van sekere vorme van kwytskelding gestel.³¹⁵

Op 20 Desember 1990 het formele gesprekke tussen die NP, ANC en 'n verskeidenheid ander partye in Kempton Park begin. Dit het bekend gestaan as die eerste Konvensie vir 'n Demokratiese Suid-Afrika (Kodesa).³¹⁶ Verskeie groepe, soos Buthelezi se Inkatha-beweging, die KP en die Pan Africanist Congress (PAC) het Kodesa geboikot.³¹⁷ Dit sou later as Kodesa I bekend staan.

Ses weke na Kodesa 1 het die NP 'n belangrike tussenverkiesing in Potchefstroom teen die KP verloor. In 'n poging om sy mandaat te versterk, het De Klerk hierop

gesprek verwys is. Die sentrale besprekingspunt was die definisie van politieke gevangenes vir doeleindes van vrylating (Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 694).

³¹² Mandela (1994) *Long Walk to Freedom* 694.

³¹³ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 340. Die vrylating van politieke gevangenes is ook deur die NP onderneem. Die opskorting van die gewapende stryd het egter nie impliseer dat politieke geweld afgeneem het nie. Inteendeel, geweld het toegeneem. Sien Jeffery A (2005) *People's War* vir 'n gedetailleerde uiteensetting van die omvang van politieke geweld tydens die onderhandelings vir 'n nuwe Suid-Afrikaanse grondwet.

³¹⁴ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 351. Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 702.

³¹⁵ Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 702. Hierdie datums is vasgestel vir Mei 1990.

³¹⁶ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 1. Gevisser M (2009) *Thabo Mbeki, A Dream Deferred* 231.

³¹⁷ Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 713.

gereageer deur 'n nasionale referendum onder die blanke kiesers uit te roep.³¹⁸ Blankes moes stem of hulle die voortsetting van die hervormingsproses wat die staatspresident op 2 Februarie 1990 begin het, wat op 'n nuwe grondwet deur onderhandeling gerig is, ondersteun.³¹⁹ In aanloop tot die referendum het De Klerk 'n lys van waarborge aan kiesers verstrekk, waaruit dit duidelik geblyk het dat die NP 'n regering van meerderheidsoorheersing verwerp het. Sestien onverhandelbare "sleutelbeginsels" is ook uitgestippel. Dit het 'n ekonomiese vryemarkstelsel, 'n beletsel op oorheersing van minderhede en die uitbuiting van mag, en die maksimum afwenteling van mag ingesluit.³²⁰ In die NP se referendumveldtog is kiesers aangemoedig om "ja" te stem as hulle "bang is vir 'n meerderheidsregering". Hierdie boodskap is onder meer in volblad koerantadvertensies gepubliseer.³²¹ In die NP se amptelike nuusblad, *Nasionalis*, is kort voor die referendum verklaar:

"Die Nasionale Party onder leiding van President De Klerk is vasberade om deur onderhandeling 'n beter bedeling tot stand te bring. 'n Bedeling waarin die NP deel is van 'n toekomstige regering, sonder oorheersing deur iemand, met instandhouding van die reg en met ruimte vir die handhawing van die goeie. Die Nasionale Party sal met niks minder tevrede wees nie."

Die berig gaan dan voort:

"Hierdie uitgawe van *Nasionalis* getuig in ruime maat dat die ANC se strewe na magsoorheersing onaanvaarbaar is. Net so onhaalbaar is die verdeling van Suid-Afrika in volkstate waaroor die KP so hoog opgee. Die deling van mag met effektiewe minderheidsbeskerming, soos wat die NP voorstaan, is die enigste haalbare oplossing. Dit is wat ons tot stand gaan bring."³²²

In dieselfde publikasie word elders verklaar:

"Die NP staan vir 'n oorgangsregering, gebaseer op magsdeling en nie-oorheersing wat dan 'n finale grondwet moet beding... Die ANC hou vol 'n Handves vir Menseregte is voldoende beskerming van minderhede. Die NP is vasbeslote dat laasgenoemde aangevul moet word met 'n grondwetlike raamwerk waarbinne minderhede gevrywaar is teen oorheersing en effektief aan die landspolitiek kan deelneem."

³¹⁸ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 357. Mandela (1994) *Long Walk to Freedom* 716–717. Lodge (2006) *Mandela, A Critical Life* 176.

³¹⁹ Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 717.

³²⁰ Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 24.

³²¹ 'n Foto van so 'n advertensie kan besigtig word in Giliomee (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 358.

³²² *Nasionalis*, Vol. 11:2, Februarie 1992, 4.

Die ANC het die referendum teengestaan omdat slegs blankes daaraan kon deelneem, maar wit kiesers nietemin aangemoedig om “ja” te stem.³²³

Nege-en-sestig persent van wit kiesers het “ja” gestem, wat aan die NP die mandaat gegee het om binne die raamwerk van die referendumvraag met onderhandelings vir ’n nuwe grondwet voort te gaan.³²⁴ Historikus Hermann Giliomee wys daarop dat die referendum geen mandaat vir ope onderhandelinge verleen het nie en dat die mandaat wat minderhede by wyse van die referendum aan De Klerk gegee het, een van onderhandeling vir magsdeling en die voorkoming van meerderheidsoorheersing in die vorm van ’n meerderheidsregering was.³²⁵ Kleyn en Viljoen se bewering dat die referendum bloot “steun aan ’n onderhandelde oplossing toegesê” het,³²⁶ is dus klaarblyklik verkeerd. Die NP het egter opgetree asof die referendum ’n baie breë mandaat aan die party gegee het.

Die mandaat wat met die referendum aan die NP gegee is kan egter nie bepaal word sonder om die beloftes wat gedurende die NP se veldtog vir die “ja”-stem gemaak is, in ag te neem nie. Indien hierdie beloftes (naamlik dat ’n “ja”-stem neerkom op ’n stem vir magsdeling en die voorkoming van ’n meerderheidsregering) in ag geneem word, moet Giliomee se vertolking as korrek aanvaar word. Die implikasie hiervan is dat die NP na afloop van die referendum buite sy mandaat opgetree het in elke opsig waarin toegewings ten koste van magsdeling en/of ten gunste van ’n meerderheidsregering gemaak is.

Kodesa 2 het in Mei 1992 begin.³²⁷ Die ANC en NP kon mekaar egter oor verskeie kwessies nie vind nie en die onderhandelings het vinnig ’n dooiepunt bereik. Die grootste brandpunt by Kodesa 2 het ontstaan oor die vraag oor die vereiste stempersentasie wat benodig sou word om die grondwet te aanvaar en te wysig. Die NP het voorgestel dat 75% benodig sou word, terwyl die ANC op 70% aangedring

³²³ Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 717.

³²⁴ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 359. Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 717. Lodge T (2006) *Mandela, A Critical Life* 173.

³²⁵ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 358.

³²⁶ Kleyn D en Viljoen F (2010) *Beginnersgids vir Regstudente* 222.

³²⁷ Die raamwerk vir Kodesa 2 is weereens voorberei deur geheime gesprekke wat tussen die NP en ANC plaasgevind het (Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 721).

het.³²⁸ Die ANC het De Klerk daarvan beskuldig dat hy subtiel gepoog het om 'n de facto "minderheidsveto" by die grondwet in te bou. Tydens Kodesa 2 het De Klerk sy aanvanklike strukturele voorstelle vir minderheidsbeskerming (die tweekamerparlement) laat vaar. In die plek daarvan het De Klerk aangedring op 'n stelsel van "remme en teenwigte" (ook genoem "wigte en teenwigte") wat ten doel het om te verhoed dat minderheidsgroepe aan die wil van die meerderheid uitgelewer word.³²⁹ Kodesa 2 het uiteindelik skipbreuk gely nadat 'n dooiepunt oor hierdie en 'n aantal ander kwessies bereik is en die ANC hom aan die proses onttrek het.³³⁰

Giliomee skryf dat die NP na die ontrafeling van die tweede Kodesa drie strategiese opsies gehad het om die proses voort te sit, naamlik:

1. Om voort te gaan met die proses, ongeag die ANC se onttrekking;
2. Om gesprekke met die ANC voort te sit, maar om sy aandrang op magsdeling en groepsregte vir minderhede as ononderhandelbaar te stel;
3. Om toe te gee tot die ANC se aandrang op 'n "grondwetlike staat", waarin individuele regte beskerm word, maar kollektiewe regte verwerp word.

"Teen alle verwagtinge in," sê Giliomee, "het die regering die derde opsie gekies."³³¹ Die NP se sogenaamde "ononderhandelbare" beskerming van *groepsregte* is op daardie oomblik deur dieselfde party summier met die beskerming van *individuele regte* vervang. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie se aandrang dat die behoeftes van individue wat lede van taal, kulturele en godsdienstige gemeenskappe vorm, voldoende beskerm sal word en as individuele regte in 'n handves van regte opgeneem word, is dus as die aangewese roete aanvaar.³³²

Hierdie verwikkeling het nuwe momentum aan die proses gegee en het uiteindelik neerslag gevind in die memorandum van verstandhouding wat op 26 September

³²⁸ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 361. Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 722. Lodge T (2006) *Mandela, A Critical Life* 176.

³²⁹ Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 723.

³³⁰ Gevisser M (2009) *Thabo Mbeki, A Dream Deferred* 231. Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 361. Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 723.

³³¹ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 379.

³³² Sien *South African Law Commission Interim Report on Group and Human Rights* (1991) 679–680, asook Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 425.

1992 deur De Klerk en Mandela onderteken is.³³³ Ingevolge die ooreenkoms het De Klerk afgewyk van die mandaat wat tydens die referendum aan hom verleen is³³⁴ en ingestem tot 'n enkele, verteenwoordigende konstitusionele vergadering wat 'n nuwe grondwet sou aanneem en as oorgangswetgewer vir die nuwe regering sou dien.³³⁵ Met laasgenoemde stap het De Klerk toegegee tot 'n posisie wat minderhede se invloed in die skryf van die grondwet drasties verswak het. Hierdie stap het 'n groot wending in die proses meegebring, wat die ANC op sý voorwaardes na die onderhandelingsstafel laat terugkeer het.³³⁶

Die Suid-Afrikaanse Instituut vir Rasseverhoudings het die memorandum van verstandhouding as 'n "ramp" beskryf omdat dit die gesag van die NP en die regering ondermyn het deur dit oor te laat aan die genade van die verkose grondwetskrywende liggaam, wat hy nie kon hoop om te oorheers nie.³³⁷ Minderhede was nie tevrede met die proses nie en het gevrees dat die grondwetskrywende vergadering nie na behore na hul belange sou omsien nie.³³⁸

'n Duidelik verbaaste Joe Slovo, leier van die SAKP, het na die ondertekening van die memorandum van verstandhouding van blydschap gejubel oor die feit dat die NP "oor alles ingegee" het.³³⁹

Groter begrip vir hierdie wending kan verkry word wanneer dit gesien word in die lig van die hoofonderhandelaar van die NP, Roelf Meyer, se beskrywing van die ANC se onderhandelingspan, wat deur Cyril Ramaphosa gelei is: "Hierdie ouens het 'n voordeel bo ons; hulle is deur onderhandelinge *par excellence* in die mynbedryf... terwyl ons van dag tot dag deur ondervinding moes leer – jy kan hierdie goed nie in

³³³ Lodge T (2006) *Mandela, A Critical Life* 178.

³³⁴ Dit was 'n mandaat vir magsdeling en teen meerderheidsoorheersing in die vorm van 'n meerderheidsregering. Sien ook Giliomee (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 381.

³³⁵ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 377. Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 726.

³³⁶ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 395.

³³⁷ SAIRR (Junie 1996) *How the Nats Miscalculated* Fast Facts No. 6/96. South African Institute of Race Relations. Sien ook Du Toit (1999) *Die Nuwe Toekoms* 66.

³³⁸ Strydom H *Minority Rights in Post-Apartheid South Africa* Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review (1997) 873-914, 881.

³³⁹ Waldmeir P (1997) *Anatomy of a Miracle* 216. Ook aangehaal in Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 72.

boeke lees nie.”³⁴⁰ Jannie Otto het ook die siening gehuldig dat regeringslui wat aan die onderhandelings deelgeneem het, nie vir die taak opgewasse was nie:

“Toe ’n nuwe grondwet beding moes word, was daar in die Afrikaner se politieke geleedere weinig spelers wat die A-span sou kon haal... Die ANC daarenteen... het sy A-span ingeskryf. ’n Mens wil nie diegene wat betrokke was, onnodig verkleineer nie, maar ek is bevrees onder Afrikanerleiers was mooi kuiwe en innemende *smaails* meer opvallend as grondwetlike suksesse. Van die veel geroemde wigte-en-teenwigte het dadels gekom. Dit weet almal vandag. Die ANC se leiers was te slim vir hulle, *finish* en klaar.”³⁴¹

Na ondertekening van die memorandum van verstandhouding het die NP-leiers se standpunt vinnig hierby aangepas. Meyer het nou geredeneer dat “’n (w)aarlik demokratiese bestel, gebaseer op individuele menseregte en met al die nodige ingeboude remme en teenwigte om die skeiding van die staatsmagte te verseker, was wat (hom) betref die enigste opsie.”³⁴² Meyer het later by die ANC aangesluit.³⁴³

In die onderhandelinge wat op die ondertekening van die memorandum van verstandhouding gevolg het, het dit vinnig duidelik geblyk dat die ANC nie sou toestem tot grondwetlike voorsiening vir magsdeling in die kabinet nie. Om aan die NP se eis vir “wigte en teenwigte” te voldoen, is ooreengekom om ’n aantal meganismes te skep waarvan die doel sou wees om die nuwe bestel se mag te beperk.³⁴⁴ Van die voor die hand liggendste voorbeelde hiervan is die konstitusionele hof en die regterlike dienskommissie, waaroor in die volgende hoofstuk in meer besonderhede uitgebrei word. Ander voorbeelde hiervan kan gevind word in hoofstuk 9 van die 1996-grondwet en sluit die Suid-Afrikaanse Menseregtekommissie en die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens- en Taalgemeenskappe in, waarvan laasgenoemde in meer besonderhede hieronder bespreek word.³⁴⁵

³⁴⁰ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 385.

³⁴¹ Otto J (29 Desember 1997) *Afrikanerpatroon van destyds dalk só in ANC herhaal* Beeld. Sien ook Du Toit (1999) *Die Nuwe Toekoms* 74–75.

³⁴² Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 388.

³⁴³ Die Burger (1 September 2006) *Roelf Meyer sluit aan by ‘destydse opponer’*, elektronies beskikbaar by <http://152.111.1.87/argief/berigte/dieburger/2006/09/01/SK/6/ddRoelfMeyer1.html>, besigtig op 13 Junie 2015.

³⁴⁴ Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 410.

³⁴⁵ Sien hoofstuk 6.

In Junie 1993 is die datum vir Suid-Afrika se eerste nierassige nasionale verkiesing as 27 April 1994 vasgestel.³⁴⁶ Die Afrikaner Volksfront, gelei deur die voormalige hoof van die Suid-Afrikaanse Weermag (SAW), generaal Constand Viljoen, en Inkatha het gedreig om die verkiesing te boikot. Viljoen se betrokkenheid het die vrees vir 'n burgeroorlog tussen wit en swart Suid-Afrikaners verdiep, aangesien Viljoen steeds beduidende steun binne-in die SAW geniet het en waarskynlik daarin sou kon slaag om 'n militêre mag teen die ANC te mobiliseer.³⁴⁷ Die ANC het geweier om op hulle aandrang op 'n volkstaat toe te gee, maar wel ingestem om die beginsel van *interne selfbeskikking* by die nuwe grondwet in te sluit.³⁴⁸ Buthelezi het ter elfder ure vir die verkiesing geregistreer op voorwaarde dat die verskille tussen Inkatha en die ANC in 'n proses van interne mediasie ontloot word, waartoe die ANC ingestem het. Hierdie mediasieproses sou egter eers na die verkiesing plaasvind.³⁴⁹

So laat as November 1993 was daar nog kwessies waarvoor eenstemmigheid tussen die NP en die ANC nie bereik kon word nie. Die belangrikste hiervan was die NP se aandrang op 'n regering van nasionale eenheid. Hierdie voorstel het daarop neergekom dat 'n regering uit verskillende partye (hoofsaaklik die meerderheid-ANC, in samewerking met minderheidspartye) saamgestel moet word. Die laaste ses kwessies (Ramaphosa het dit as die "sespak" beskryf) is op 17 tot 18 November 1993 tydens 'n bilaterale gesprek tussen die twee partye bygelê, met De Klerk en Meyer aan die een kant van die tafel, en Mandela en Ramaphosa aan die ander kant. Gedurende hierdie gesprek het die NP toegegee oor 'n aantal kwessies wat voorheen as ononderhandelbaar bestempel was. Die belangrikste ooreenkomste wat gedurende hierdie gesprek gesluit is, sluit die volgende in:

- Daar is ooreengekom dat die grondwet vir elf amptelike landstale voorsiening sal maak.
- Die provinsies sou hulle eie grondwette kon skryf, op voorwaarde dat dit nie met die nasionale grondwet bots nie.

³⁴⁶ Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 732. Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 414.

³⁴⁷ Gevisser M (2009) *Thabo Mbeki, A Dream Deferred* 237. Lodge T (2006) *Mandela, A Critical Life* 181.

³⁴⁸ Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 738.

³⁴⁹ *Ibid* 739.

- Indien die grondwetskrywende vergadering, wat daarvoor verantwoordelik was om die “finale” grondwet goed te keur, nie tot ’n vergelyk kon kom nie, sou die saak na die publiek verwys word om by wyse van ’n referendum oor die grondwet te stem. Daar is ooreengekom dat slegs 60% van die nasionale steun in ’n referendum benodig sou word om die grondwet te aanvaar.

Op hierdie stadium het De Klerk nog aangedring op die skepping van ’n regering van nasionale eenheid ingevolge waarvan opposisiepartye as’t ware saam met die regerende party sou regeer.³⁵⁰ Die debat hieroor is bygelê toe die ANC hiertoe instem, maar op die voorwaarde dat dit slegs ’n tydelike maatreël sou wees. Die twee partye het ooreengekom dat ’n regering van nasionale eenheid wel ingestel sal word, maar dat dit slegs vir ’n maksimum van vyf jaar van toepassing sal wees, waarna daar oorgegaan sal word na ’n gewone meerderheidsregering.³⁵¹

Hierdie toegewings het die ANC se posisie ten opsigte van die grondwetskrywende proses weereens versterk.³⁵² Lawrence Schlemmer (1936–2011) het later opgemerk dat die besluit om elf tale te proklameer te kwade trou geneem is. “Dit het nie gelyk of die NP-leierskorps die taalkwessie baie ernstig beskou het nie,” het hy geskryf. “Ook die eis vir kultuurgebonde skole en universiteite was nie hoog op hulle prioriteitslys nie.”³⁵³

Ten spyte van voornemens tot die teendeel het die NP – wat voorgegee het om minderhede in hierdie proses te verteenwoordig – uiteindelik berus by individuele regte as ’n middel om gemeenskapsbelange te beskerm.³⁵⁴ Daar is aangevoer dat die voorsiening vir individuele regte by implikasie ook gemeenskappe beskerm. Meyer het later verduidelik dat dié (in besonder Afrikaners) wat in die verskansing van die regte van groepe glo nog in ’n “ou paradigma” leef en dat hierdie denkwysie die simptoom is van Afrikaners se beheptheid met “die volk”. Hy het verklaar:

³⁵⁰ Sien die beskrywing vroeër in hierdie hoofstuk.

³⁵¹ Lodge T (2006) *Mandela, A Critical Life* 180. Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* 727.

³⁵² Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers* 422.

³⁵³ *Ibid* 423.

³⁵⁴ *Ibid* 379–381.

“Die nuwe grondwet beskerm individuele regte, en dit beteken ook my regte as wit Afrikaner.”³⁵⁵

Van die ontoereikendheid van individuele regte (soos wat in hoofstuk 2 verduidelik word) het Meyer, ofschoon hy die NP se hoofonderhandelaar was, klaarblyklik geen begrip gehad nie.

Die regerende driekamerparlement het die tussentydse grondwet op 22 Desember as Wet 200 van 1993 aanvaar. Die tussentydse grondwet het die weg gebaan vir die verkiesing van 27 April 1994.³⁵⁶ Na die verkiesing is ’n nuwe parlement en regering van nasionale eenheid kragtens die tussentydse grondwet tot stand gebring. Artikel 36 van die tussentydse grondwet het bepaal dat die parlement uit die nasionale vergadering en die senaat sou bestaan.³⁵⁷

Na die aanvaarding van die 1993-grondwet is die 1996-grondwet deur ’n grondwetskrywende vergadering opgestel. Dit is gedoen binne die raamwerk van grondwetlike beginsels wat in Bylae 4 van die 1993-grondwet vervat is.³⁵⁸ Die vergadering het twee jaar tyd gekry om ’n nuwe grondwet op te stel aan die hand van die 34 grondwetlike beginsels wat in die 1993-grondwet opgeneem is.³⁵⁹ Ten einde te verseker dat die finale grondwet aan die beginsels voldoen, moes die konstitusionele hof die finale konsep van die grondwetlike teks sertifiseer.³⁶⁰ Aanvanklik het die hof geweier om die teks te sertifiseer, aangesien dit nie volledig aan die beginsels voldoen nie.³⁶¹ ’n Gewysigde weergawe is op 11 Oktober 1996 gefinaliseer en aan die hof voorgelê, wat dit gesertifiseer het.³⁶² Die finale grondwet

³⁵⁵ Rapport (31 Maart 2001) *Roelf Meyer klap na ‘die Dan Roodts’*, elektronies beskikbaar by <http://www.rapport.co.za/Suid-Afrika/Nuus/Roelf-Meyer-klap-na-die-Dan-Roodts-20010331>), besigtig op 30 Julie 2014.

³⁵⁶ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 4.

³⁵⁷ Artikel 40 het ’n uiteensetting van die samestelling van die parlement gegee en artikel 48 ’n uiteensetting van die samestelling van die senaat. Sien ook Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 5.

³⁵⁸ Ingevolge artikel 71(1)(a) van die 1993-grondwet.

³⁵⁹ Artikel 73(1) van die 1993-grondwet. Sien ook Currie en De Waal (2013) *The Bill of Rights Handbook* 6 (oorspronklike bron).

³⁶⁰ Artikel 71(2) van die 1993-grondwet. Sien ook Currie en De Waal (2013) *The Bill of Rights Handbook* 6 (oorspronklike bron).

³⁶¹ Spesifiek met verwysing na die grondwetlike bepalinge waarin provinsiale bevoegdhede uiteengesit word. Sien *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996* (First Certification Judgment) 1996 (4) SA 744 (CC) [13]. Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 6.

³⁶² *Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* (Second Certification Judgment) 1997 (2) SA 97 (CC). Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights*

is gevolglik op 10 Desember 1996 deur President Nelson Mandela onderteken en het op 4 Februarie 1997 in werking getree.³⁶³

3.2.3 Kritiek na die aanvaarding van die 1993-grondwet

Kort na die verkiesing van 1994 het prof. Giovanni Sartori, politieke wetenskaplike en een van die wêreld se vooraanstaande grondwetlike deskundiges, ernstige kritiek teen die tussentydse grondwet uitgespreek. Na 'n besoek aan Suid-Afrika het hy verklaar dat die tussentydse grondwet wesenlik ondemokraties is en dat dit 'n swak regering teweeggebring het wat glad nie die regte van minderhede beskerm nie. Hy verduidelik verder:

“Struktureel het Suid-Afrika geen regeringsmasjinerie nie en word die land deur die wil van die absolute meerderheid geregeer. As die grondwet nie aansienlik gewysig word nie, lyk sake maar sleg vir demokrasie in Suid-Afrika.”³⁶⁴

Daar was volgens hom geen behoorlike presidensiële stelsel, verdeling van magte of selfs 'n parlementêre stelsel nie. Die mees kritieke kwessie was egter die mag wat aan die konstitusionele hof verleen is en die kwessie van onafhanklikheid van die hof:

“As dié hof voortdurend volgepak word met lede van meerderheidspartye, raak dit baie gevaarlik. Daar moet maniere wees om te verseker dat dit nie gebeur nie. Die hof moet alle minderhede behoorlik verteenwoordig.”³⁶⁵

Hy verklaar egter dat geen voorsiening vir die verteenwoordiging van minderhede gemaak word nie en dat die absolute mag van die meerderheid deur hierdie weglating versterk word. Hy maan verder dat die tussentydse grondwet goed was vir wat dit veronderstel was om te doen, naamlik om slegs tydelike toepassing te geniet terwyl daar aan 'n meer volledige dokument gewerk word, maar dat wesenlike veranderinge aangebring sal moet word voordat 'n finale grondwet aanvaar kan word. Sartori het ook 'n sentiment herhaal wat tydens die onderhandelinge deur De

Handbook 6 en 7 (verwys na die uitspraak self). Strydom H *Minority Rights in Post-Apartheid South Africa* Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review (1997) 873-914, 881.

³⁶³ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 7.

³⁶⁴ Beeld (22 November 1994) *Nuwe SA grondwet moet beter wees. Huidige bestel met sy gebreke laat kenner oordeel.*

³⁶⁵ Beeld (22 November 1994) *Nuwe SA grondwet moet beter wees. Huidige bestel met sy gebreke laat kenner oordeel.*

Klerk teenoor sy kritici uitgespreek is, naamlik dat dit met Suid-Afrika goed sal gaan onder president Nelson Mandela. Hy waarsku egter dat daar op die lang termyn in gedagte gehou moet word dat grondwette langer as 'n enkele persoon lewe.³⁶⁶

Die dagblad Beeld het by wyse van 'n satiriese redaksionele artikel skerp teen Sartori se standpunt uitgevaar deur hom as “nog 'n rara avis uit Italië” te beskryf, sy kundigheid in twyfel te trek en sy Italiaanse afkoms te gebruik om sy geloofwaardigheid te verdag te maak: “Nie dat Italië op die gebied van die staatkunde veel het om mee te spog nie. Daar het hulle mos in die laaste helfte van dié eeu meer regerings as jaartalle gehad... Maar nou ja, in 'n land waar die Mafia alles kan fix...”.³⁶⁷ Oor Sartori se kommer oor die gebrekkige beskerming wat aan minderhede gebied word, het Beeld terug gekap:

“Skynbaar besef die professor nie dat dit een van die kenmerke van die demokrasie is dat minderhede uitgestem word nie.”³⁶⁸

Sartori is ook uit regeringskringe gekap. Izak Retief, mediasekretaris by die ministerie van provinsiale sake en staatkundige ontwikkeling, het geskryf dat Beeld se reaksie op die artikel, wat hierbo opgesom word, ondersteun kan word, maar bygevoeg dat Sartori nie 'n “grondwetkenner” genoem kan word nie, aangesien sy studieveld in die politieke wetenskap lê en nie in die staatsreg nie. Eerder as om op die meriete van Sartori se argumente te reageer, loods hy 'n oorweldigende aanval op Sartori se persoon:

“Die demokrasie waarborg tog elkeen se reg om op die manier van eie keuse hom of haarself belaglik te maak. Ook breedspakige buitelanders.”³⁶⁹

Twintig jaar later sou dit egter duidelik blyk dat Sartori se waarskuwing gewig gedra het en die regering, ten minste wat die beskerming van minderhede betref, in 'n ernstige toestand van naïwiteit verkeer het, soos wat later in hierdie hoofstuk en in die volgende hoofstuk uitgelig word.

³⁶⁶ Beeld (22 November 1994) *Nuwe SA grondwet moet beter wees. Huidige bestel met sy gebreke laat kenner oordeel.*

³⁶⁷ Beeld (24 November 1994) *Lood se Praatjies: Nog 'n rara avis uit Italië.*

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ Beeld (30 November 1994) *Is dit 'n stukkie selfsensuur?*

3.2.4 Vroeë kritiek op die 1996-grondwet

Hoewel die inhoud van die Suid-Afrikaanse grondwet in die volgende hoofstuk in meer besonderhede behandel word, word daar op hierdie stadium vir historiese konteks kortliks uitgebrei op die kritiek wat op die grondwet uitgespreek is kort nadat dit aanvaar is.

Soos reeds in hierdie hoofstuk aangedui word, is die 1996-grondwet gekenmerk deur 'n enorme lofprysing vir die dokument. Skerp kritiek is egter uit verskeie oorde teen die dokument uitgespreek, selfs kort na die aanvaarding daarvan. Vyf maande na die aanvaarding daarvan, in Oktober 1996, het die sosioloog Lawrence Schlemmer bevind dat 'n beduidende getal Afrikaners hulle vertroue in die nuwe bestel verloor het. Ongeveer twee-derdes van Afrikaners het op daardie stadium reeds aangedui dat hulle nie met die nuwe bedeling tevrede is nie. Hulle het geglo dat hulle in die proses is om status en die beskerming van hulle belange prys te gee. "Klaarblyklik het die nuwe bedeling volgens hulle nie daarin geslaag om hulle kernbelange te beskerm nie," het Schlemmer gesê.³⁷⁰

Met verwysing na die wyse waarop die regering van nasionale eenheid in die 1993-grondwet neerslag gevind het, voer ZB du Toit aan dat die die NP-regering se sogenaamde "ononderhandelbare" belofte van minderheidsbeskerming by wyse van magsdeling nie in die 1993-grondwet neerslag gevind het nie, maar ook dat die maatreëls ter beskerming van minderhede met die aanvaarding van die 1996-grondwet selfs minder geword het. Hy verklaar:

"Met die voltooiing van die tussentydse grondwet was dit duidelik dat geen minderheidsregte verskans was nie en dat die magsdeling waarna De Klerk verwys het, vir politieke partye bedoel was en nie etniese minderhede nie. Maar dié magsdeling sou boonop ook verdwyn met die voltooiing van die finale grondwet in Mei 1996, 'n verwikkeling wat minderhede sonder enige beskerming gelaat het."³⁷¹

Die Suid-Afrikaanse Instituut vir Rasseverhoudinge (SAIRR) het ook kritiek op die grondwet gehad: Dit verbaas nie dat die NP gefaal het om 'n grondwet te verseker

³⁷⁰ Rapport (9 Februarie 1997) *Partye moet hul sokkies optrek vir Afrikaners – Vertroue verloor in nuwe politieke bestel*. Sien ook Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 74.

³⁷¹ Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 65.

wat sy kernstandpunt weerspieël het dat Suid-Afrika se rasse-, etniese en kulturele eenhede 'n vorm van “groepsbeskerming” moes geniet nie, het die Instituut verklaar:

“Wat dit (die NP) nou het, is 'n grondwet wat net lippediens betoon aan groepsregte, die beskerming van individuele regte beskou as sou dit voorsiening maak vir minderheidsregte en meerderheidsregering op die Westminster-patroon toelaat.”³⁷²

Giliomee het hom kort daarna by die SAIRR geskaar en gesê dat De Klerk die onderhandelingsproses swak bestuur het deurdat hy nie sy oogmerk van 'n grondwetlik-voorgeskrewe koalisieregering kon bereik nie en nooit hierdie en ander onverhandelbare standpunte aan die ANC oorgedra het nie:

“In die finale instansie – en daar is geen ander woord daarvoor nie – het De Klerk die nodige durf kortgekom om die ANC op kritieke punte teë te gaan om te verseker dat sy onverhandelbare eise tegemoet gekom word.”

Hy voeg by dat die NP bloot die mag oorgegee het omdat hy homself misreken het en gedink het dat hy onmisbaar is. Die ANC het sy sin gekry met sy eis vir meerderheidsregering gewoon deur te weier om enigiets anders te aanvaar.³⁷³

Die Sondagkoerant *Rapport* het op daardie stadium onder die redakteurskap van Isak de Villiers by wyse van 'n hoofartikel 'n aantal voorbehoude oor die grondwet uitgespreek. Rapport het aangevoer dat die ernstige gebreke in die Suid-Afrikaanse grondwet duidelik sigbaar was vir almal om te sien, selfs voordat die uitbundige gejubel oor die grondwet aangehef is. “Trouens, die finale grondwet het soveel ingrypende tekortkominge,” het Rapport aangevoer, “dat dit ongetwyfeld vorentoe 'n wesenlike struikelblok sal vorm in die proses van nasiebou, versoening en die kweek van 'n nuwe patriotisme.”³⁷⁴ Die artikel gaan voort:

“Maar die enkel onmiddellike gevaar wat die land nou in die gesig staar, is 'n toekoms waar een party die regeringsmag langdurig beset en die opposisiepolitiek gaandeweg taan en agteruitgaan op die Afrika-patroon... Die gewenste uitweg om eenparty-oorheersing af te weer, sou gewees het om 'n grondwet te skryf wat beduidende magte vanaf die sentrale regering na provinsies en kulturele minderhede afwentel. Dit sou opposisiepolitiek onmeetlik vergemaklik en baie bygedra het tot 'n dinamiese

³⁷² SAIRR (Junie 1996) *How the Nats Miscalculated* Fast Facts No. 6/96. South African Institute of Race Relations. Afrikaanse teks geneem uit Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 66.

³⁷³ Giliomee H (1997) *Surrender Without Defeat: Afrikaners and the South African 'Miracle'* Daedalus. Journal of the American Academy of Arts and Sciences. Volume 126, Number 2. Spring 1997. Afrikaanse teks geneem uit Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 66.

³⁷⁴ Rapport (12 Mei 1996) *Grondwet en die opposisie*.

veelpartystelsel. Maar met soms hardhandige en brutale onderhandelings het die ANC verseker dat sy filosofiese vertrekpunte volledig neerslag gevind het in die grondwet.”³⁷⁵

Rapport skryf verder dat ’n groen lig gegee is vir verreikende owerheidsmag teenoor onvoldoende erkenning van fundamentele regte, ’n oorbeklemtoning van gelykheid met vryheid as die verloorder en sterk meerderheidsmag ten koste van die beskerming van minderhede. “Hiermee het die ANC sy rug gedraai op al die jongste grondwetlike ontwikkelinge in verdeelde samelewings wat juis minderheids- en streekbelange wil akkommodeer deur mag af te wentel.”³⁷⁶

Kort voor die aanvaarding van die grondwet het die IVP verklaar dat daar geen element in die dokument is wat kulturele verskeidenheid as kollektiewe verskynsels beskerm nie:

“Daar is geen erkenning of toepassing van enige sprake van minderheidsregte of spesiale minderheidsbeskerming in die handves van regte en dwarsdeur die hele teks van die wetsontwerp nie.”³⁷⁷

Vroeg in 1997 het De Klerk gesê dat die besluit om die reg op nasionale soewereiniteit prys te gee, sekerlik een van die pynlikste was wat enige leier of sy mense ooit gevra kon word om te doen. Hy sê:

“Die reg tot die handhawing van nasionale soewereiniteit, van mense om hulleself te regeer, word in baie lande as ononderhandelbaar beskou. Die meeste nasies sal bereid wees om die risiko van ’n algehele oorlog en katastrofe te loop eerder as om dié reg prys te gee.”³⁷⁸

Die Kaapse dagblad *Die Burger* het De Klerk se toespraak as “onthutsend” beskryf en bygevoeg dat die oorgawe van nasionale soewereiniteit nog pynliker moes wees vir die volgelinge as wat dit was vir die leier wat dit reeds so pynlik gevind het. Die koerant voer aan dat, indien De Klerk daardie toespraak waarin hy erken het dat hy die Afrikaners se reg op nasionale soewereiniteit oftewel selfbeskikking opgeoffer het, voor die referendum gehou het, dit te betwyfel is of hy ’n mandaat sou gekry het

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ *Ibid.*. Sien ook Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 67.

³⁷⁷ Verklaring deur die Inkatha Vryheidsparty (6 Mei 1996) *Preliminary critique of the new Constitution of the Republic of South Africa Bill 1996 by the Inkatha Freedom Party*. Afrikaanse teks geneem uit Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 68.

³⁷⁸ *Die Burger* (5 Februarie 1997) *Besluit om mag prys te gee, is van die pynlikste vir ’n leier*. Sien ook Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 68.

om voort te gaan, “want hy het ’n mandaat gevra vir magsdeling, nie vir oorgawe nie.”³⁷⁹ Die koerant voer verder aan dat daar weinig gekom het van die sogenaamde “wigte en teenwigte” wat belowe is, dat die land met ’n gesentraliseerde Westminster-tipe regering in ’n eenparty-dominante staat sit en dat dit kwalik beskou kan word as ’n behoorlik gedesentraliseerde stelsel wat op die beproefde federale lees geskoei is, waarin mag afgewentel en versprei word, soos in talle sukseslande. Die koerant gaan voort:

“Boonop is daar maar ’n skrale hoop dat ’n magsbehepte regering maklik deur die stembus uit die kussings gelig kan word. Dit het gebeur juis terwyl die heersende internasionale tydsgees aan die buitengewone beveiliging van minderhede, soos aan die demokratiese kapitalisme, ’n hoë voorrang gee, dit bevorder en vaslê. Spesifiek vir die Afrikaanssprekendes was daar allerlei beloftes oor taal- en kulturele regte. De Klerk self het in Tuynhuys aan ’n versameling verteenwoordigers van Afrikaanse instellings gesê dat hy oor Afrikaans ‘oorlog sal maak’. Daarvan het niks gekom nie en nou word selfs vertel dat die ANC tot ‘toegewings’ bereid was maar die NP nie daarvoor gevra het nie. Blykbaar was talle waarskuwings nie genoeg om ruggrate styf te maak nie. Die uiteinde is te sien in die ANC-Kommunistiese alliansie se aanslag aan ’n verskeidenheid van gronde teen die taal, wat blykbaar binne ’n dekade uitgeroei moet word. Dit gebeur in die staatsdiens, en die SABC, en dis ook gerig teen opvoedkundige instellings.”³⁸⁰

Selfs ’n gewese senior kabinetslid tydens die onderhandelings, Hernus Kriel, het in nabetraging sterk kritiek op die NP se benadering tot die onderhandelings uitgespreek deur te verklaar dat die NP “naïef” was om “kinders” te stuur om met ervare mense soos Ramaphosa te onderhandel.³⁸¹

Bykans twee dekades het sedert die inwerkingtreding van die 1996-grondwet verloop. Die ontplooiing van die grondwetlike praktyk sedert die aanvaarding van die grondwet het ’n bepaalde verloop geneem en daadwerklike ervaring is in die praktyk kragtens die grondwet opgebou. In die lig daarvan kan ’n meer realistiese terugblik gedoen word op die mate waarin die onderhandelaars wat hulle vir die beskerming van minderheidsregte beywer het in hulle doel geslaag het. Die mate waarin minderheidsgemeenskappe in die praktyk deur die grondwet beskerm word, moet vasgestel word. Dit word in die hoofstuk wat hierop volg meer breedvoerig behandel.

³⁷⁹ Die Burger (6 Februarie 1997) *Oorgawe*.

³⁸⁰ Die Burger (6 Februarie 1997) *Oorgawe*. Sien ook Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 69–70.

³⁸¹ Rapport (26 April 1998) *NP het kinders laat onderhandel – ‘En ons het die prys betaal’*. Sien ook Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms* 74.

3.3 Gevolgtrekking

In hierdie hoofstuk is aangedui dat die Suid-Afrikaanse grondwet dikwels as die “beste grondwet in die wêreld” bestempel word. Die onderhandelde skikking wat tot die aanvaarding van die 1996-grondwet aanleiding gegee het, word ook in die media gereeld as ’n “wonderwerk” bestempel.

Aangesien daar in hierdie verhandeling nie ’n vergelykende studie met ander grondwette gedoen word nie, sal dit onvanpas wees om ’n gevolgtrekking te maak oor of Suid-Afrika inderdaad die beste grondwet in die wêreld het. Wat wel duidelik blyk, is dat daar sedert die aanvaarding van beide die 1993- en 1996-grondwet ernstige kritiek oor die dokumente uitgespreek is. Dit blyk verder dat die kritiek oor die Suid-Afrikaanse grondwet in omvang toeneem.

Dit is ook misleidend om na die onderhandelde skikking wat tot die “nuwe Suid-Afrika” aanleiding gegee het as ’n wonderwerk te verwys. Indien die politieke faktore wat op die onderhandelings ingespeel het en die strategieë van die onderskeie partye by die onderhandelingsstafel noukeuring bestudeer word, blyk dit duidelik dat die skikking die noodwendige gevolg daarvan was. Enkele van hierdie faktore word kortliks weer uitgelig:

- Die NP se minderheidsregering was in ernstige onguns en is vanweë sy verbintenis tot apartheid deur die wêreld as immoreel bestempel.
- Die ANC het oor die populêre steun van die oorgrote meerderheid swartmense beskik en is ook in die wêreld se oë as die gunsteling beskou om die volgende Suid-Afrikaanse regering te word.
- In die dekades voordat die onderhandelings van stapel gestuur is, het liberale demokrasie wêreldwyd in gewildheid toegeneem. Die val van die Berlynse Muur was ’n groot simboliese bevestiging hiervan.
- Nelson Mandela is in die wêreld se oë as ’n internasionale ikoon vir vrede beskou. Daarteenoor was De Klerk onder sekere omstandighede deur die internasionale samelewing geprys, maar by onder ander omstandighede

ernstig gekritiseer. Mandela se teenwoordigheid het 'n aangrypende impak op die onderhandelings gehad.

- Die ANC se onderhandelaars, onder leiding van Cyril Ramaphosa, het deeglike ervaring gehad en was uitstekend in die uitvoering van hulle taak. Daarteenoor is die NP se onderhandelaars onder leiding van Roelf Meyer deurlopend gekritiseer dat hulle nie opgewasse was vir die taak nie.
- Dit blyk dat die NP geen werklike grondwetlike plan of strategie gehad het wat gedurende die onderhandelings vir die NP se onderhandelaars as rigtingaanwyser kon dien nie.

Dit is ook opmerklik dat die NP die onderhandelings met groot selfvertroue afgeskop het, maar vinnig die inisiatief verloor het. Dit blyk dat die NP se onderhandelaars, maar De Klerk in besonder, goeie taktici was, maar nie in staat was om op 'n breë strategie te besuit en dit uit te voer nie. Die NP het 'n byna oordrewe fokus op magsdeling geplaas – 'n onrealistiese strategiese doelwit waarin die party nie geslaag het nie. In die proses is ander belangrike kwessies, soos magte vir die provinsies, selfbeskikking vir kultuurgroepe en minderheidsregte oor die algemeen erg verwaarloos.

Daarteenoor het die ANC 'n duidelike tweebeen-strategie gevolg. Hierdie strategie het op onderhandeling vir 'n vreedsame politieke oorname gefokus, terwyl die gewapende stryd (en voorbereiding vir 'n gewapende oorname) verskerp is. Hierdie strategie klink op die oog af soos 'n teenstrydigheid, maar Jeffery voer aan dat die twee elemente as't ware inmekaar geweef was en dat die gewapende stryd daartoe bygedra het om druk op die NP-onderhandelaars te plaas om toegewings te maak wat hulle nie andersins sou maak nie³⁸²

In die proses het die NP toegegee oor 'n aantal kwessies wat aan die begin van die proses as “ononderhandelbaar” bestempel is. Die beste voorbeeld hiervan is die NP se aanvanklike belofte dat die party sal toesien dat die ANC nie 'n meerderheidsregering word nie. In 'n poging om met die ANC tot 'n vergelyk te kom, het die NP ook verskeie toegewings gemaak oor die wyse waarop minderhede

³⁸² Sien Jeffery A (2005) *People's War*.

beskerm moet word. Die ANC het voet by stuk gehou dat minderheidsregte in die vorm van regte vir gemeenskappe niks anders is nie as 'n verskuilde agenda om spesiale regte vir witmense te gee.

Waar die NP 'n akkommoderende houding by die onderhandelingsstafel gehad het, was die ANC genadeloos en is daar by geleentheid selfs van afknoutaktieke gebruik gemaak om die NP te dwing om toegewings te maak. Patti Waldmeir vertel byvoorbeeld hoe De Klerk in September 1992 deur Mandela afgeknou is nadat onderhandelings tydelik ontspoor het. Mandela het aan De Klerk gesê dat die enigste manier om sy (De Klerk se) party te versterk is om saam met die ANC te werk, “en om met die ANC saam te werk, beteken om toe te gee aan ANC-eise. As jy dit nie doen nie, gaan ons jou verneder.”³⁸³

Uiteindelik het die NP onder druk geswig en oor verskeie kwessies aan die ANC se eise toegegee. Hierdie nuwe koers het hoofsaaklik behels dat minderheidsgemeenskappe in die 1993-grondwet sowel as die 1996-grondwet wat daarop gevolg het by wyse van individuele regte beskerm sou word, in plaas van deur gemeenskapsregte.

³⁸³ Waldmeir P (1997) *Anatomy of a Miracle* 208. Afrikaanse teks geneem uit Du Toit (1999) *Die Nuwe Toekoms* 72.

Hoofstuk 4

'n Evaluering van die grondwetlike bepalings wat ook op die posisie van minderhede betrekking mag hê

4.1 Inleiding

Die mening word dikwels gehuldig dat die grondwet ruimskoots vir die beskerming van minderhede voorsiening maak.³⁸⁴ 'n Aantal van die konstitusionele beginsels wat as bylae in die 1993-grondwet³⁸⁵ vervat is en 'n raamwerk gebied het waaraan die 1996-grondwet moes voldoen, verwys ook na kwessies wat met die beskerming van kulturele, godsdienstige en taalkundige minderhede verband hou. Grondwetlike beginsel XI het byvoorbeeld bepaal dat die grondwet erkenning moet gee aan diversiteit van tale en kulture, dat dit beskerm moet word en dat omstandighede vir die bevordering daarvan aangemoedig moet word.³⁸⁶ Grondwetlike beginsel XII bepaal verder dat die kollektiewe reg op selfbeskikking op die basis van nie-diskriminasie en vrye assosiasie erken en beskerm moet word.³⁸⁷ Grondwetlike beginsel XIII bepaal dat inheemse reg ook erken en beskerm moet word.³⁸⁸ Grondwetlike beginsel XIV bepaal dat voorsiening gemaak moet word vir die deelname van minderheidspartye aan die wetgewende proses op 'n wyse wat met die demokrasie bestaanbaar is.³⁸⁹ Ten slotte bepaal grondwetlike beginsel XXXIV dat grondwetlike voorsiening vir die idee van selfbeskikking deur enige gemeenskap met 'n gemeenskaplike kulturele of taalerfenis bestaan.³⁹⁰

³⁸⁴ Sien byvoorbeeld Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 412.

³⁸⁵ Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 200 van 1993.

³⁸⁶ Grondwetlike beginsel XI, Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 200 van 1993, Bylae 4. Let daarop dat die woordkeuse dat omstandighede vir die bevordering van diversiteit "aangemoedig" moet word, in plaas daarvan dat dit "moet" plaasvind, ingrypende implikasies vir die praktiese toepassing van die grondwet kan meebring.

³⁸⁷ Grondwetlike beginsel XII, Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 200 van 1993, Bylae 4.

³⁸⁸ Grondwetlike beginsel XIII, Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 200 van 1993, Bylae 4.

³⁸⁹ Grondwetlike beginsel XIV, Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 200 van 1993, Bylae 4.

³⁹⁰ Die volledige grondwetlike beginsel bepaal soos volg: "1. This Schedule and the recognition therein of the right of the South African people as a whole to self-determination, shall not be construed as precluding, within the framework of the said right, constitutional provision for a notion of the right to self-determination by any community sharing a common cultural and language heritage, whether in a territorial entity within the Republic or in any other recognized way. 2. The Constitution may give

Currie en De Waal verklaar dat daar drie artikels in die handves van regte is wat spesifiek op die beskerming van minderheidsgroepe gemik is, naamlik artikels 29 (onderwys), 30 en 31 (die regte van individue wat aan taal- en kultuurgemeenskappe behoort).³⁹¹ Vir sover as wat daar vir die beskerming van minderhede in groepsverband voorsiening gemaak word, is hierdie stelling aanvegbaar en boonop teenstrydig, soos wat duidelik uit hulle eie verduideliking ter motivering van hierdie stelling blyk. Hulle verklaar:

“Section 30 restrains interference by the state or by private individuals and institutions with *an individual’s right* to use the language or to participate in the culture of his or her choice. Section 31 accords a similar protection to a different category of right-holder – ‘*persons belonging to a cultural, religious or linguistic community*’. Section 29 guarantees a right to education in the language of an individual’s choice and a right to establish private educational institutions.”³⁹² (eie klem)

Die bepalings wat aangehaal word, word deur Currie en De Waal as bepalings ter beskerming van groepe voorgelê, terwyl die bepalings dit self onomwonde stel dat dit spesifiek op die beskerming van individue gemik is. Dit is misleidend om te beweer dat hierdie artikels op die regte van (minderheids-) gemeenskappe neerkom, terwyl dit in werklikheid slegs op die posisie van individue betrekking het.³⁹³

Dit is egter inderdaad so dat daar ’n aantal bepalings in die grondwet is wat voorgelê word as bepalings wat by die grondwet ingesluit is met die doel om groepe se belange te beskerm. In hierdie hoofstuk word die grondwetlike bepalings geëvalueer wat veral op die posisie van minderhede betrekking mag hê. Die reg op vryheid van assosiasie, soos vervat in artikel 18 van die grondwet, word eerste behandel. Daarna word die behandeling van amptelike tale in oënskou geneem. Hier word veral op artikel 6 van die grondwet en die Wet op die Gebruik van Amptelike Tale³⁹⁴ gefokus. Minderhede se deelname aan taal- en kultuurgemeenskappe, soos

expression to any particular form of self-determination provided there is substantial proven support within the community concerned for such a form of self-determination. 3. If a territorial entity referred to in paragraph 1 is established in terms of this Constitution before the new constitutional text is adopted, the new Constitution shall entrench the continuation of such territorial entity, including its structures, powers and functions.”

³⁹¹ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 626.

³⁹² Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 626.

³⁹³ Die verskil tussen regte van gemeenskappe en regte van individue ten opsigte van gemeenskappe word breedvoerig in die voorafgaande hoofstuk uiteengesit.

³⁹⁴ Wet 12 van 2012.

vervat in artikels 30 en 31 van die grondwet, word dan bestudeer, waarna onderwys en minderhede se sogenaamde reg op moedertaalonderrig (artikel 29 van die grondwet) aan die beurt kom. In hierdie verband word die toepaslike bepalinge van die Suid-Afrikaanse Skolewet³⁹⁵ ook bestudeer.

Die mate waartoe minderhede op selfbeskikking in sy verskillende verskyningsvorme aanspraak kan maak, word dan uiteengesit. Artikel 235 van die grondwet is in hierdie verband veral ter sake. Daarna word artikel 185 van die grondwet, wat bepaal dat 'n Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens-, en Taalgemeenskappe geskep moet word, ontleed. Die tersaaklike wetgewing³⁹⁶ en die funksionering van die kommissie word in oënskou geneem.

Ten slotte word die reg op gelykheid breedvoerig behandel. In hierdie verband word daar in besonder op artikel 9 van die grondwet en die vertolking daarvan gefokus. Die praktiese toepassing van die Wet op Billike Werksgeleenthede,³⁹⁷ die Swart Bemagtigingswet³⁹⁸ en die Gelykheidswet³⁹⁹ word veral in hierdie verband uiteengesit. Toepaslike regspraak word regdeur die hoofstuk behandel.

Soos wat later in hierdie hoofstuk sal blyk, het die beginsel van “verteenwoordigendheid” as 'n middel om gelykheid te bevorder 'n oorkoepelende tema geword wat 'n impak op bykans al die ander regte in die grondwet het. Die regte wat in hierdie hoofstuk uiteengesit word behoort dus nie in isolasie van verteenwoordigendheid beskou te word nie.

4.2 Vryheid van assosiasie vir minderhede

Die Franse politieke filosoof Alexis de Tocqueville (1805–1859) was skepties oor demokrasie. De Tocqueville se kommer was gebaseer op die feit dat demokrasie op die beginsel van burgerlike gelykheid en homogenisering gevestig is en dat dit geen teenvoeter vir die ontwikkeling van oormatige sentralisasie en 'n oormatige staat en

³⁹⁵ Wet 84 van 1996.

³⁹⁶ Wet op die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens en Taalgemeenskappe, Wet 12 van 2002.

³⁹⁷ Wet 55 van 1998.

³⁹⁸ Wet 53 van 2003.

³⁹⁹ Wet 4 van 2000.

vir magmsmisbruik bied nie.⁴⁰⁰ Die enigste teenvoeter vir die probleem wat deur De Tocqueville uitgelig word, is die instandhouding van aktiewe tussenliggende gemeenskappe en instellings tussen die regering en die individu, skryf Malan. “Hierdie gemeenskappe en strukture bemagtig individue omdat dit mense in groepe saamtrek wat terselfdertyd ook die uitwerking het om die oormatige mag en sentralisasie van die staat aan bande te lê.”⁴⁰¹

Dit is waarom Tocqueville bykans 180 jaar gelede geskryf dat die kuns van assosiasie ’n wesenlike voorvereiste vir beskawing is. Hy skryf:

“The most natural privilege of man, next to the right of acting for himself, is that of combining his exertions with those of his fellow creatures and of acting in common with them. The right of association therefore appears to me almost as inalienable in its nature as the right of personal liberty. No legislator can attack it without impairing the foundations of society.”⁴⁰²

Verskeidenheid is gevolglik noodsaaklik om vryheid te verseker, en individuele vryheid sonder die beskerming van die integriteit van groepe is eweneens onbestaanbaar, skryf Malan. Hy gaan voort deur te skryf dat ’n demokratiese samelewing wat ernstig is oor die handhawing van vryheid voorkeur aan die instandhouding van groepe behoort te gee.⁴⁰³

In dieselfde trant skryf John Locke dat die bestaan van privaat verenigings as bewaarder vir vryheid dien.⁴⁰⁴ Cheadle en sy medeskrywers sluit hierby aan wanneer hulle sê dat die reg op vryheid van assosiasie ’n fundamentele voorvereiste vir die bestaan van ’n demokratiese samelewing is.⁴⁰⁵ Degenaar beklemtoon die noodsaak van bedingingsmag wat uit die reg op vryheid van assosiasie spruit:

“The plurality of associations should be maintained as effective structuring of freedom acted as counter-measure to any form of totalitarianism. An open and plural society is

⁴⁰⁰ Malan K (2011) *Politokrasie* 152. Sien ook Siedentop L (1993) *Tocqueville* 140.

⁴⁰¹ Malan K (2011) *Politokrasie* 152.

⁴⁰² De Tocqueville A (1835) *Democracy in America* 222. Sien ook Cheadle DM et al (2010) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 247. Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 396–397. Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 244.

⁴⁰³ Malan K (2011) *Politokrasie* 153

⁴⁰⁴ Aanhaling in Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 244. Die oorspronklike bron word nie vermeld nie.

⁴⁰⁵ Cheadle DM et al (2010) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 247.

precisely one in which the existence of bargaining power of a variety of associations are accepted and protected.⁴⁰⁶

Die grondwet bepaal ook dat elkeen die reg op vryheid van assosiasie het.⁴⁰⁷ Beter begrip vir die belang van dié reg vir die funksionering van demokrasie kan verkry word indien 'n mens sou indink wat die gevolge van die afwesigheid van hierdie reg (en gevolglik ook die assosiasies) sou wees.⁴⁰⁸ Verenigings van persone (wat die grootste moontlike verskeidenheid van burgerlike instellings insluit, met inbegrip van professionele, kulturele, handels-, godsdienstige, maatskaplike en dergelike instellings) het die vermoë om 'n geweldige invloed op die openbare diskoers uit te oefen, aangesien dit belange beskerm, identiteite verteenwoordig en standpunte artikuleer. In die afwesigheid daarvan sou die samelewing geen teenstand teen oorheersing en totalitarisme kon bied nie. In die afwesigheid van hierdie reg sou deursigtige en verantwoordbare regering ernstig gekortwiek word.⁴⁰⁹ Die “uitbou van regte en vryhede” is een van die grondliggende bepalings van die Suid-Afrikaanse grondwet,⁴¹⁰ en die insluiting van die reg op vryheid van assosiasie is 'n natuurlike uitvloeisel van die grondwet se verklaarde verbintenis tot die uitbou van vryhede.

Woolman skryf dat daar vier fundamentele regverdigings vir die reg op vryheid van assosiasie is, naamlik dat dit:

1. die beloftes van 'n verskeidenheid ander, verbandhoudende regte vervul;
2. erkenning gee aan die verskeidenheid van onwillekeurige sosiale samestellings wat identiteit en betekenisvolle aksie daarstel;
3. ons in staat stel om figuurlike (en reële) vorme van eiendom te beskerm teen vervanging deur entiteite wat skadelik is vir die manier hoe ons kies om in die wêreld te wees; en

⁴⁰⁶ Degenaar JJ (1983) *Pluralism* in Van Vuuren DJ en Kriek DJ (reds) *Political Alternatives for Southern Africa: Principles and Perspectives* 86. Ook aangehaal in Malan K (2011) *Politokrasie* 153.

⁴⁰⁷ Artikel 18 van die grondwet.

⁴⁰⁸ Sien in hierdie verband die *locus classicus* oor vryheid van assosiasie in die VSA, NAACP v Alabama 357 US 449 (1958), waar dit gestel word dat die ontkenning van die reg die vryheid van persone om hulleoortuigings en gevoelens vryelik uit te druk ernstig sou kortwiek. Dit sluit die bestaansreg van *inter alia* politieke, kulturele, godsdienstige en ekonomiese verenigings in. Sien ook Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 243.

⁴⁰⁹ Cheadle DM *et al* (2010) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 249.

⁴¹⁰ Artikel 1(a).

4. die staat en ander magtige sosiale akteurs verhoed om deur dwang te bepaal wat die mees basiese kontoere van ons lewens moet wees.⁴¹¹

Dit is uiteraard nodig om kortliks te bepaal hoe die begrip “assosiasie” verstaan moet word. “Assosiasies” (of “verenigings van persone” in die breë betekenis van die woord) is vrywillige groeperings wat met ’n gemeenskaplike oogmerk gevorm word. Die reg op vryheid van assosiasie sluit die vryheid in om verenigings te stig, daaraan te behoort en om dit in stand te hou.⁴¹² Die reg van disassosiasie, dit wil sê die reg om *nie* aan verenigings te behoort *nie*, is ook by die reg op vryheid van assosiasie inbegrepe.⁴¹³ In teenstelling met sommige buitelandse formulerings⁴¹⁴ van die konsep, word dit in Suid-Afrika nie tot ’n uitsluitlike lys van kategorieë van oogmerke ten opsigte daarvan beperk nie.⁴¹⁵

In die praktyk raak die toepassing van die reg egter taamlik ingewikkeld en dit blyk dat die reg in verskillende scenario’s nie konsekwent toegepas word nie. Wanneer hierdie reg toegepas word, word die implikasies van die toepassing daarvan in ag geneem. Hoe meer intiem die aard van die assosiasie is, hoe hechter die verwantskap met die regte op privaatheid⁴¹⁶ en menswaardigheid.⁴¹⁷ ’n Meer intieme aard van assosiasie lei gevolglik ook tot ’n sterker aanspraak op beskerming van die belang wat ter sprake is.⁴¹⁸

Die reg op vryheid van assosiasie is nie intern gekwalifiseer soos verskeie ander regte in die grondwet⁴¹⁹ nie. Dit is egter steeds aan die algemene beperkingsklousule onderworpe, wat bepaal dat die reg beperk kan word in die mate waarin die beperking in ’n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid,

⁴¹¹ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 397.

⁴¹² Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 243.

⁴¹³ Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 258. Sien in hierdie verband die Amerikaanse regspraak van *Democratic Party of the United States v Wisconsin* 450 US 107 (1981) by 122 in 22 en *Roberts v United States Jaycees* 468 US 609 (1984) by 623.

⁴¹⁴ Sien byvoorbeeld artikel 16(1) van die Amerikaanse Konvensie oor Menseregte. Sien ook Cheadle *et al* (2010) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 251.

⁴¹⁵ Cheadle DM *et al* (2010) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 251.

⁴¹⁶ Artikel 14 van die grondwet.

⁴¹⁷ Artikel 10 van die grondwet.

⁴¹⁸ Cheadle DM *et al* (2010) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 248.

⁴¹⁹ Soos byvoorbeeld gedoen in artikels 9(2), 16(2) en 31(2).

gelykheid en vryheid, met inbegrip van 'n aantal faktore, redelik en regverdigbaar is.⁴²⁰

Woolman skryf dat daar afwisselende mates van beskerming met betrekking tot verskillende soorte assosiasies bestaan. Die reg op vryheid van assosiasie is 'n korrelatiewe reg en word in baie opsigte deur ander regte gestut. Dit beteken dat die reg nie in isolasie van ander regte kan bestaan nie en slegs sin maak indien die verbintenis tussen die reg op vryheid van assosiasie en ander regte of belange in ag geneem word. Hierdie regte word egter in verskillende mates deur die grondwet beskerm, wat afwisselende mates van beskerming met betrekking daartoe noodsaak.⁴²¹ Hy verklaar:

“(T)he public nature of the functions fulfilled by political associations not only legitimises the higher level of protection offered to them but also serves as the justification for significant state interference in such associations. On the other hand, while associations that serve few if any public or quasi-public functions may not be deserving of any special degree of constitutional protection, they are less apt to be the object of state interference because the state possesses fewer compelling reasons to interfere in their affairs.”⁴²²

Daar word dus geredeneer dat groter staatsinmenging geregverdig kan word indien 'n groot mate van openbare goedere deur die betrokke vereniging voorsien word.⁴²³ Die staat kan gevolglik by die reg op vryheid van assosiasie inmeng indien dit van mening is dat dit in die belang van die samelewing is.⁴²⁴

Daar is ooglopende voorbeelde van wanneer die reg beperk kan word, soos wanneer 'n vereniging doelbewus saamsweer om die grondwetlike orde met geweld omver te werp.⁴²⁵ Misdadige verenigings val buite die beskermingsraamwerk van die reg op vryheid van assosiasie, aangesien dit strydig is met die instandhouding van 'n vreedsame openbare orde.⁴²⁶ Ander gevalle is egter meer ingewikkeld en dikwels selfs omstrede. Devenish skryf dat die beperking van enige politieke organisasie in

⁴²⁰ Artikel 36(1).

⁴²¹ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 402.

⁴²² *Ibid* 403.

⁴²³ *Ibid*.

⁴²⁴ *Ibid*.

⁴²⁵ Cheadle DM *et al* (2010) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 258. Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 253.

⁴²⁶ Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 253.

die huidige grondwetlike orde onwenslik is, selfs al sou die oogmerke daarvan rassisties of selfs fascisties wees, ongeag hoe onsmaklik die vereniging se oogmerke of beleid ook al mag wees.⁴²⁷ Oor die mate waarin die reg met betrekking tot verenigings wat op godsdienstige of kulturele oortuigings geskoei is, beperk kan word, is daar nie eenstemmigheid nie. Edelheid van oortuiging of doelwitte van die vereniging behoort nie die maatstaf vir beperking te wees nie. Dit sou beteken dat die reg op vryheid van assosiasie ten doel moet hê om 'n instrumentele doelwit te bevorder, eerder as om 'n bepaalde vryheid te verskans.⁴²⁸

Cheadle en sy medeskrywers voeg tereg by dat dit wat gister as 'n misdadige vereniging beskou is, moontlik môre as die nuwe begrip vir moraliteit beskou kan word.⁴²⁹

Die meeste internasionale instrumente laat sekere beperkings op die reg toe, vir sover dit nodig is in 'n demokrasie.⁴³⁰ Sommige van hierdie middele beperk egter die doeleindes ten opsigte waarvan die reg uitgeoefen mag word tot 'n gespesifiseerde lys van doelwitte.⁴³¹

Dit wil voorkom of die Suid-Afrikaanse toepassing van die reg wyer is as die eng beskouing dat dit slegs neerkom op die reg om by verenigings *aan te sluit*.⁴³² Woolman identifiseer vier metodes waarop staatsinmenging by die reg op vryheid van assosiasie⁴³³ toegepas kan word:

⁴²⁷ Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 254.

⁴²⁸ Cheadle DM *et al* (2010) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 259. Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 404.

⁴²⁹ Cheadle DM *et al* (2010) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 259. As voorbeelde word verwys na destydse veldtogte om die besit van alkohol te wettig en kontemporêre pogings om prostitusie of die besit van marijuana te wettig.

⁴³⁰ Cheadle DM *et al* (2010) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 257. Sien byvoorbeeld artikel 22 van die ICCPR; artikel 11 van die Europese Konvensie vir die Beskerming van Menseregte en Fundamentele Vryhede en artikel 16 van die Amerikaanse Konvensie oor Menseregte.

⁴³¹ Cheadle DM *et al* (2010) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* 257. Sien byvoorbeeld artikel 22(2) van die ICCPR en artikel 11(2) van die Europese Konvensie.

⁴³² Sien in hierdie verband die Kanadese saak van *Collymore v Attorney General Trinidad and Tobago* (1969) 2 All ER 1207 (PC). Sien ook Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 245.

⁴³³ Met doel om die veiligheid van die samelewing, substantiewe gelykheid of verdraagsaamheid te bevorder.

1. In die eerste plek kan dit gebeur dat sulke verenigings verbied word indien 'n baie duidelike poging blyk om die grondwetlike orde te vernietig. 'n Verbod van politieke organisasies kan egter groot omstredenheid tot gevolg hê.
2. 'n Tweede en meer waarskynlike verskyningsvorm van staatsinmenging kan voorkom wanneer bepaalde verenigings toegang tot belangrike openbare of sosiale goedere⁴³⁴ beheer, maar sommige mense daarvan uitsluit. Om hierdie rede is die Wet op die Bevordering van Gelykheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie⁴³⁵ (algemeen bekend as PEPUDA) aangeneem. PEPUDA is aangeneem met die doel om onder meer uitvoering te gee aan die reg op gelykheid,⁴³⁶ aan die grondwet uitvoering te gee en prosedures te skep ingevolge waarvan bepaal kan word wanneer diskriminasie billik is.⁴³⁷
3. In die derde plek word staatsinmenging volgens Woolman geregverdig wanneer daar van verenigings vereis word om hulle interne sake op 'n meer demokratiese en egalitêre wyse in te rig.
4. Die laaste regverdiging vir staatsinmenging is waar die assosiasie nie vrywillig is nie en waar mense gedwing word om te assosieer of te disassosieer.⁴³⁸

Devenish voer aan dat 'n relatiewe libertynse benadering tot die interpretasie van die reg op assosiasie toegepas moet word. Met betrekking tot die beperking van hierdie reg behoort gedrag soos haatspraak verbied te word, eerder as om byvoorbeeld 'n volstreekte verbod te plaas op verenigings waarvan die doelwitte haatspraak moontlik kan bevorder.⁴³⁹

Met betrekking tot verenigings wat ten doel het om die belange van 'n bepaalde etniese groep te beskerm, is ek van mening dat 'n dubbele standaard deur die Suid-Afrikaanse grondwet voorgeskryf word. Artikel 9(2) van die grondwet bepaal dat wetgewende en ander maatreëls getref kan word wat bedoel is vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is. Ingevolge artikel 27 van PEPUDA rus daar 'n verpligting op alle persone,

⁴³⁴ Sosiale goedere is goedere of dienste wat 'n groot aantal mense bevoordeel. Voorbeelde hiervan is skoon lug, skoon water en geletterdheid.

⁴³⁵ Wet 4 van 2000.

⁴³⁶ Artikel 9 van die grondwet.

⁴³⁷ Artikel 2 van die Wet.

⁴³⁸ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 403–406.

⁴³⁹ Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 255.

nieregeringsorganisasies, gemeenskapsgebaseerde organisasies en tradisionele instellings om gelykheid in hulle verhoudings met ander liggame te bevorder.⁴⁴⁰ Sodanige bevordering van gelykheid moet in die eerste plek toegepas word binne die raamwerk van artikel 9(2) van die grondwet, asook die maatreëls wat deur PEPUDA geskep word. Du Plessis en Corder skryf dat die grondwetlike onderhandelars waarskynlik oortuig was dat die reg op gelykheid die reg op vryheid van assosiasie sou troef in 'n situasie waar die twee regte teenoor mekaar opgeweeg moet word.⁴⁴¹ In hierdie verband is die fokus grotendeels om die “benadeelde meerderheid” teen die “bevoordeelde minderheid” te beskerm.

Devenish skryf gevolglik dat 'n onderskeid getref moet word tussen verenigings wat eksklusief vir swart mense gestig word met die doel om rasse-ongelykheid te versag aan die een kant, en verenigings waar separatisme deur histories dominante groepe in die gemeenskap opgelê word aan die ander kant.⁴⁴² Eersgenoemde word as regverdigbaar beskou en laasgenoemde nie. Rhodes skryf dat individue van histories benadeelde groepe aan uitsluitende aktiwiteite mag deelneem wat nie individue van histories bevoordeelde groepe beskore sou wees nie.⁴⁴³ Die gevolgtrekking is dus dat daar vir doeleindes van die beperking van die reg onderskei kan word tussen groepe wat ten doel het om die belange van “die benadeelde meerderheid” (by implikasie swart Suid-Afrikaners) te bevorder en groepe wat ten doel het om die belange van “die bevoordeelde minderheid” (wit mense) te bevoordeel.

Die invoeging van die reg op vryheid van assosiasie is lofwaardig. Hierdie reg kan ook van groot betekenis vir minderhede wees. Die reg op vryheid van assosiasie erken verskille tussen mense en bied beskerming aan organisasies, juis omdat verskillende belange, identiteite ensovoorts deur organisasies beskerm en bevorder kan word. Die reg gee dus uitdrukking aan diversiteit en kan dien om homogenisering en totalitarisme teë te werk.

⁴⁴⁰ Sien ook artikels 25 (verpligting op die staat om gelykheid te bevorder) en 26 (verpligting op alle persone wat in die openbare sfeer funksioneer). Sien ook Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 407.

⁴⁴¹ Du Plessis I en Corder J (1994) *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 160. Aangehaal uit Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 245.

⁴⁴² Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 259.

⁴⁴³ Rhodes X (1986) *Association and Assimilation* North Western University Law Review 106. Sien ook Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 263.

Dit blyk egter dat wetgewing soos PEPUDA hierdie reg, vir sover dit minderhede aangaan gevaarlik kan inkort. Dit bly verder dat die oordrewe fokus wat daar op verteenwoordigendheid⁴⁴⁴ geplaas word so dominant is dat die reg op vryheid van assosiasie beduidend daardeur bedreig word.

4.3 Die behandeling van die amptelike tale

4.3.1 Inleiding

Die onderliggende doel van wetgewing wat met die gebruik van taal verband hou, is om taalverwante spanning in plurale samelewings uit die weg te ruim. Dit word gedoen deur die status en gebruik van die onderskeie tale vas te stel en in die grondwet sowel as wetgewing neer te lê.⁴⁴⁵ Joseph-G Turi, Sekretaris-Generaal van die Internasionale Akademie van Taalregte, verklaar dat die erkenning en toepassing van taalregte op twee beginsels gebaseer moet wees, naamlik die beginsel van die waardigheid van alle tale en die beginsel van die gelykheid van alle tale.⁴⁴⁶

4.3.2 Ontleding van artikel 6 van die grondwet

Die Suid-Afrikaanse grondwet proklameer elf amptelike tale. Die grondwet bepaal in artikel 6 soos volg:

- “(1) Die amptelike tale van die Republiek is Sepedi, Suid-Sotho, Tswana, Swati, Venda, Tsonga, Afrikaans, Engels, Ndebele, Xhosa en Zulu.
- “(2) Gesien die historiese inkorting van die gebruik en status van die inheemse tale van ons mense, moet die staat praktiese en daadwerklike maatreëls tref om die status van die tale te verhoog en hulle gebruik te bevorder.
- “(3) (a) Die nasionale regering en provinsiale regerings kan enige bepaalde amptelike tale vir regeringsdoeleindes aanwend, met inagneming van gebruik, doenlikheid, koste, streeksomstandighede en die ewewig van die behoeftes en voorkeure van die bevolking as geheel of in die betrokke provinsie; maar die nasionale regering en elke provinsiale regering moet minstens twee amptelike tale gebruik.
“(b) Munisipaliteite moet die taalgebruike en -voorkeure van hulle inwoners in aanmerking neem.
- “(4) Die nasionale regering en provinsiale regerings moet deur wetgewende en

⁴⁴⁴ Verteenwoordigendheid word later in hierdie hoofstuk behandel.

⁴⁴⁵ Turi J (April 1992) *The Importance of the Conference Theme: Language and Equality* in Prinsloo et al (eds) *Language, Law and Equality. Proceedings of the Third International Conference of the International Academy of Language and Law (IALL)* 5.

⁴⁴⁶ *Ibid* 6.

ander maatreëls hulle gebruik van amptelike tale reël en monitor. Sonder afbreuk aan die bepalings van subartikel (2) moet alle amptelike tale gelykheid van aansien geniet en billik behandel word.”

In artikel 6(5) word verder bepaal dat ’n Pan-Suid-Afrikaanse Taalraad deur nasionale wetgewing ingestel moet word ten einde die ontwikkeling en gebruik te bevorder en omstandighede te skep vir die ontwikkeling en gebruik van amptelike tale, sowel as verskeie ander tale, wat selfs gebaretaal insluit.

Die grondwet se bepaling oor amptelike tale vorm deel van hoofstuk 1 en word gevolglik as een van die grondliggende bepalings van die grondwet bestempel.⁴⁴⁷ Dit is waarskynlik een van die mees inklusiewe taalbepalings van enige grondwet wat tans in werking is.⁴⁴⁸ Die elf tale wat ingevolge artikel 6 van die grondwet as amptelike tale erken word verteenwoordig die moedertale van 97,9% van die land se bevolking.⁴⁴⁹ Die lys van amptelike tale sluit tale in wat so klein is as 2,1% van die nasionale bevolking.⁴⁵⁰ Indien die nie-amptelike tale wat ingevolge artikel 6(5)(a) ontwikkel en bevorder moet word, sowel as die nie-amptelike tale wat ingevolge artikel 6(5)(b) in toenemende mate gerespekteer moet word ingesluit word, word bykans 100% van die mense in Suid-Afrika deur hierdie bepaling gedek. Dit is teen hierdie agtergrond dat regter Sachs opgemerk het dat die beginsel van inklusiwiteit duidelik in die taalbepalings van die grondwet sigbaar is.⁴⁵¹ Owerheidsorgane in die nasionale regeringsfeer kan, waar dit redelik is, in enige van die elf amptelike tale aangespreek word.⁴⁵² Dit beteken, volgens die uitspraak in *Lourens v President van*

⁴⁴⁷ Sien *Lourens v President van die Republiek van Suid Afrika en Andere* (49807/09) [2010] ZAGPPHC 19; 2013 (1) SA 499 (GNP) (16 Maart 2010), p 1–2.

⁴⁴⁸ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281.

⁴⁴⁹ Statistics South Africa (2011) *Census 2011: Census in brief*, 24. Pretorius tref hierdie vergelyking aan die hand van ’n 2001-sensus en verklaar dat 99% van die land se bevolking verteenwoordig word (Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281).

⁴⁵⁰ In 2011 was Ndebele die eerste taal van slegs 1 miljoen uit Suid-Afrika se totale bevolking van 51 miljoen mense (Statistics South Africa (2011) *Census 2011 Census in brief*, 24). Sien ook Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ, 281.

⁴⁵¹ *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 para 363. Makwanyane het verwys na artikel 3 van die 1993-grondwet. Met betrekking tot die erkenning van amptelike tale wyk die 1996-grondwet nie wesenlik van die 1993-grondwet af nie. Sien ook Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 293–294.

⁴⁵² Artikel 30 van die grondwet; *Lourens v President van die Republiek van Suid Afrika en Andere* (49807/09) [2010] ZAGPPHC 19; 2013 (1) SA 499 (GNP) (16 Maart 2010) p 3. *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 1996 (4) SA 774 (KH) para 213.

die Republiek van Suid-Afrika en Andere, dat die nasionale regering as sodanig binne redelike perke die elf amptelike tale moet verstaan.⁴⁵³

Dit is belangrik om in ag te neem dat die bewoording van die betrokke artikel in die 1996-grondwet beduidend afwyk van die bewoording van sy voorgangerartikel in die tussentydse grondwet.⁴⁵⁴ Die tussentydse grondwet van 1993 se bepaling oor amptelike tale was aansienlik breedvoeriger as artikel 6 van die 1996-grondwet. Artikel 3 van die 1993-grondwet het die elf amptelike tale ook uiteengesit en bygevoeg dat toestande geskep moet word vir hierdie tale se ontwikkeling en vir die bevordering en die gelyke gebruik en benutting van hierdie tale.⁴⁵⁵ Daar is bepaal dat daar by wyse van wetgewing voorsiening gemaak moet word dat die regte met betrekking tot taal en die status van tale wat slegs op streeksvlak bestaan het, op nasionale vlak uitgebrei moet word.⁴⁵⁶ In artikel 9(3) is verder bepaal dat, waar dit uitvoerbaar is, 'n persoon die reg het om in sy of haar betrekkinge met enige staatsadministrasie op die nasionale regeringsvlak enige amptelike Suid-Afrikaanse taal van sy of haar keuse te gebruik en daarin aangespreek te word.⁴⁵⁷

Wanneer die 1996- en 1993-grondwette met mekaar vergelyk word, blyk dit dat die 1993-grondwet grondwet die elf amptelike tale in artikel 3(1) uiteengesit en in dieselfde subartikel bepaal het dat omstandighede geskep moet word vir die ontwikkeling, bevordering en gelyke gebruik en genieting van die elf amptelike tale. In teenstelling hiermee bepaal die 1996-grondwet in artikel 6(1) slegs watter elf tale as amptelike tale erken word, sonder 'n verwysing na die behandeling daarvan.⁴⁵⁸ Die tussentydse grondwet het nie vereis dat alle tale gelyk behandel moet word nie, maar wel dat daar 'n verpligting op die staat was om omstandighede vir die ontwikkeling van hierdie tale en die bevordering van die gelyke gebruik en genieting daarvan te

⁴⁵³ *Lourens v President van die Republiek van Suid Afrika en Andere* (49807/09) [2010] ZAGPPHC 19; 2013 (1) SA 499 (GNP) (16 Maart 2010) p 3.

⁴⁵⁴ Du Plessis verwys na hierdie afwyking as 'n subtiële, maar duidelike paradigmatuif met betrekking tot taalregte in Suid-Afrika (Du Plessis LT en Pretorius JL (2000) *The structure of the official language clause: A framework for its interpretation* SAPR/PL 505, 519).

⁴⁵⁵ Artikel 3(1).

⁴⁵⁶ Artikel 3(2).

⁴⁵⁷ Artikel 3(3).

⁴⁵⁸ Buiten die weglating waarna verwys word, is daar ook 'n ander subtiële verskil tussen die twee grondwette. Die 1996-grondwet verwys na *Sepedi* as amptelike taal, terwyl die tussentydse grondwet in die plek daarvan na *Sesotho sa Leboa* verwys. Hierdie tekswysiging is akademies en het nie noemenswaardige praktiese implikasies nie, aangesien dit na dieselfde taal verwys. Daar word aangevoer dat *Sepedi* 'n meer korrekte verwysing is.

skep.⁴⁵⁹ Hierdie bepaling is nie in die teks van die opvolgartikel in die 1996-grondwet opgeneem nie. Die implikasie van hierdie afwyking is dat die grondwet se bepalings oor amptelike tale sonder tande is en bloot die diskresionêre toepassing daarvan deur die wetgewende en uitvoerende gesag magtig.⁴⁶⁰

Artikel 6 van die 1996-grondwet is 'n taamlike komplekse artikel. Die komplekse struktuur van artikel 6 kan tot inkonsekwente interpretasie lei.⁴⁶¹ Pretorius merk op dat die probleem daarin geleë is dat die artikel uit drie duidelik afsonderlike dele bestaan,⁴⁶² sonder 'n duidelike beginsel wat hierdie drie dele organiseer.⁴⁶³ Hierdie drie dele is eerstens die verklaring van amptelike tale,⁴⁶⁴ tweedens rigtinggewende beginsels ten opsigte van die staat se taalbeleid,⁴⁶⁵ en derdens 'n katalogus van praktiese oorwegings wat besluite oor die beperking van die gebruik van amptelike tale moet rig.⁴⁶⁶ Wat nie duidelik blyk nie, is hoe hierdie dele in konkrete gevalle met mekaar in verband staan, skryf Pretorius. Hy gaan voort:

“Without an integrating principle, section 6 can be interpreted and applied as nothing more than the sum of its disconnected parts. The result is that a specific language position is often the function of a selective emphasis on a particular part of the official language clause. In this way, specific phrases or subclauses of section 6 are selectively harnessed in support of particular sectional language interests.”⁴⁶⁷

⁴⁵⁹ Currie I (2013) *Official Languages and Language Rights* in Woolman et al (eds) *Constitutional Law of South Africa* 65–6.

⁴⁶⁰ Malan K (2011) *The Discretionary Nature of the Official Language Clause of the Constitution* 26 SAPL 387.

⁴⁶¹ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 282.

⁴⁶² Dit sluit artikel 6(5) uit, aangesien hierdie subartikel spesifiek oor die Pan-Suid-Afrikaanse Taalraad (PANSAT) handel.

⁴⁶³ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 282.

⁴⁶⁴ Artikel 6(1).

⁴⁶⁵ Artikels 6(2) en 6(4).

⁴⁶⁶ Artikel 6(3). Sien ook Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 282 en Du Plessis en Pretorius (2000) *The structure of the Official Language Clause: A Framework for its Interpretation* SAPR/PL 505, 507.

⁴⁶⁷ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 282. Sien ook Du Plessis LT en Pretorius JL (2000) *The Structure of the Official Language Clause: A Framework for its Interpretation* SAPR/PL 505, 507.

Pretorius doen aan die hand dat, in die afwesigheid van 'n duidelik identifiseerbare beginsel wat ten doel het om artikel 6 te rig, die artikel aan die hand van die grondwet se onderliggende waardestruktuur interpreteer moet word.⁴⁶⁸

Met verwysing na Fredman se ontleding van die begrip van substantiewe gelykheid,⁴⁶⁹ voer Pretorius aan dat veral drie gevolgtrekkings oor artikel 6 gemaak kan word indien die bewoording daarvan aan die grondwetlike beginsels van gelykheid, waardigheid en die konsep van inklusiewe diversiteit gemeet word.⁴⁷⁰

Die eerste is die duidelike grondwetlike bevestiging van taaldiversiteit.⁴⁷¹ Dit impliseer dat besluite oor taal geneem moet word aan die hand van 'n dryfkrag om diversiteit te bevestig, eerder as om diversiteit te ontken of uit te sluit. Albertyn voer aan dat die verwesenliking van substantiewe gelykheid onder meer behels dat verskille in hiërargieë, uitsluiting en nadeel ontbind moet word.⁴⁷² 'n Wesenlike element van die grondwet se transformerende visie is volgens Albertyn daarin geleë dat nuwe en nie-hiërargiese normatiewe raamwerke vir deelname en sosiale insluiting geskep moet word.⁴⁷³ Die beklemtoning van diversiteit dien volgens Pretorius as buffer om te verhoed dat taalgemeenskappe in 'n strategiese magstryd met mekaar gewikkel raak, waar gemeenskappe teenoor mekaar opgestel word, of vir taalverskille om strategiese redes nodig te raak vir die instandhouding of konsolidasie van politieke mag in institusionele of ideologiese vorme.⁴⁷⁴

⁴⁶⁸ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 282–283.

⁴⁶⁹ Fredman S *Providing Equality. Substantive Equality and the Positive Duty to Provide* 2005 SAJHR 167. Sien ook Fredman S (2001) *Discrimination and Human Rights, The Case of Racism* 15.

⁴⁷⁰ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281.

⁴⁷¹ Sachs R het hierna verwys as die “principle of difference” (*National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 1 SA 6 (CC) para 134).

⁴⁷² Albertyn C (2007) *Substantive Equality and Transformation in South Africa* SAJHR 253-276, 260. Ook aangehaal in Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 293.

⁴⁷³ Albertyn C (2013) *Substantive Equality and Transformation in South Africa* 2007 SAJHR 253-276, 260; Ook aangehaal in Pretorius JL *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 293. Ngwena sluit hierby aan wanneer hy verklaar dat artikel 9 van die grondwet (die gelykeheidsbepaling) se boodskap is dat taal 'n kategorie van insluiting moet wees, eerder as uitsluiting; en dat diversiteit aanvaar moet word, eerder as die daarstelling van 'n hiërargie van tale (Ngwena CG *Disabled People and the Search for Equality in the Workplace: An Appraisal of Equality Models from a Comparative Perspective* (LLD-tesis, UFS 2010) 105), aangehaal in Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 293.

⁴⁷⁴ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 293.

Die tweede gevolgtrekking wat Pretorius oor artikel 6 maak, hou verband met die element van waardigheid wat onlosmaaklik aan die beginsel van substantiewe gelykheid verkleef is.⁴⁷⁵ Die sinsnedes “gelykheid van aansien” en “billik behandel”⁴⁷⁶ is volgens Pretorius op sigself waardigheidverwante uitdrukkings.⁴⁷⁷ Gesien in die lig dat menswaardigheid een van die kernwaardes van die grondwet is,⁴⁷⁸ verklaar Pretorius dat hierdie posisionering in die grondwet se normatiewe kern ’n spesiale status aan artikel 6 toeskryf. Hy skryf verder:

“Directive principles of state policy of this kind, which overlap with and are particularised expressions of the foundational principles of the Constitution, must therefore be accorded high priority, even though they do not lead to directly enforceable individual claims under all circumstances.”⁴⁷⁹

Die derde gevolgtrekking wat uit die bewoording van artikel 6⁴⁸⁰ gemaak kan word, is dat die remediërende aspek van substantiewe gelykheid – saamgelees met die beginsel van waardigheid – ’n verskerpte fokus plaas op die verwesenliking van die direktief om die status van inheemse tale te verhef en die gebruik daarvan te bevorder.⁴⁸¹

Die toekenning van “amptelike status” het ook op sigself geen praktiese implikasies wat die gebruik van ’n taal betref nie.⁴⁸² Die term “amptelike taal” verwys gewoonlik na die taal waarmee die regering sy besigheid (wetgewend, uitvoerend en

⁴⁷⁵ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 293.

⁴⁷⁶ Artikel 6(4).

⁴⁷⁷ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 293.

⁴⁷⁸ Artikel 1(a) van die grondwet bepaal: “Die Republiek van Suid-Afrika is een, soewereine, demokratiese staat gegrond op die volgende waardes: Menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbou van menseregte en vryhede.”

⁴⁷⁹ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 293. Sien ook Du Plessis LT en Pretorius JL (2013) *The structure of the official language clause: A framework for its interpretation* (2000) SAPR/PL 513, 514 – 515. “Directive principles” is ’n verskynsel in die Indiese grondwet. In die Indiese grondwet word ’n afsonderlike hoofstuk uiteengesit, waarin regte wat nie afdwingbaar is nie, maar as algemene regsvoorskrifte van staatsbeleid geld, ongeag van watter regering aan bewind is.

⁴⁸⁰ In hierdie geval, artikel 6(2) in besonder.

⁴⁸¹ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 294.

⁴⁸² Du Plessis LT en Pretorius JL (2000) *The structure of the official language clause: A framework for its interpretation* SAPR/PL 505, 508.

regsprekend) doen.⁴⁸³ Die keuse oor amptelike tale word op politieke faktore fundeer en word nie deur duidelike regsbeginsels gerig nie.⁴⁸⁴ In hierdie lig skryf Turi:

“As such, making one or more designated languages official does not necessarily entail major legal consequences. The legal sense and scope of the idea of an official language will depend on the effective legal treatment accorded to the language concerned. In certain instances, to make one or more designated languages official in an given political context is only declaratory by nature, and consequently non-executory, and therefore has nothing more than a psychological impact, which should not be ignored, however.”⁴⁸⁵

Deur in artikel 6(4) te bepaal dat alle amptelike tale gelykheid van aansien geniet en billik behandel word, tref die grondwet ’n onderskeid tussen “gelykheid van aansien” en “gelyke behandeling” (of “gelykberegting”), waarvan eersgenoemde by die grondwet ingesluit is en laasgenoemde nie. Du Plessis skryf dat die historiese beginsel van gelykberegting Suid-Afrikaanse taalwetgewing sedert die vestiging van die Unie van Suid-Afrika gedomineer het⁴⁸⁶ en dat die feit dat daar met die 1996-grondwet besluit is om met die bepaling oor amptelike tale van gelykberegting af te wyk, duidelik van die uiterste belang is.⁴⁸⁷

Pretorius voeg by dat die beginsel van gelykheid van aansien ’n element van progressie bevat:

“Parity of esteem, for instance, also seems to harbour an element of progressive realisation, which in the context of the language clause means the creation of conditions promoting inclusive linguistic diversity... (I)n view of the marked differences

⁴⁸³ UNESCO (1953) *The Use of Vernacular Languages in Education* 46. Sien ook Capotorti (1991) *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* 75 en Currie *Official Languages and Language Rights* in Woolman et al (eds) (2013) *Constitutional Law of South Africa* 65–5.

⁴⁸⁴ Capotorti F (1979) *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* 76. Sien ook Du Plessis LT en Pretorius JL (2000) *The structure of the official language clause: A framework for its interpretation* SAPR/PL 505, 508.

⁴⁸⁵ Turi J (April 1992) *The Importance of the Conference Theme: Language and Equality* in Prinsloo et al (eds) *Language, Law and Equality. Proceedings of the Third International Conference of the International Academy of Language and Law (IALL)* 8.

⁴⁸⁶ Gelyke vryheid, regte en voordele is aanvanklik aan Engels en Nederlands (later met Afrikaans vervang) toegeken. Die beginsel is in die 1961- en 1983-grondwette voortgesit. In die praktyk, skryf Du Plessis, het dit tot die bekende 50/50-beginsel gelei, ingevolge waarvan alle vryhede, regte en voordele wat aan die een taal toegeken is, by implikasie ook aan die ander toegeken moes word. Hierdie beginsel is in die tussentydse grondwet voortgesit, soos vermeld. Sien ook Currie I *Official Languages and Language Rights* in Woolman et al (eds) (2013) *Constitutional Law of South Africa* 65–1.

⁴⁸⁷ Du Plessis LT en Pretorius JL (2000) *The Structure of the Official Language Clause: A Framework for its Interpretation* SAPR/PL 505, 519.

in historical privilege and levels of development, parity of esteem is not a state of affairs to be maintained, but a goal to be achieved.”⁴⁸⁸

Gelyke behandeling en billike behandeling is ook twee verskillende konsepte. Laasgenoemde impliseer behandeling wat onder die omstandighede billik en regverdig is. Hy verduidelik:

“Those circumstances include a history of denigration and neglect of indigenous languages. Equity may therefore require that the languages that FC⁴⁸⁹ s 6(2) deems ‘historically diminished’ in use and status receive particular attention from and support from the state. It might mean that historically undiminished languages (ie, English and Afrikaans) are treated with relative inattention.”⁴⁹⁰

Die grondwet maak dus ongelyke behandeling van die onderskeie amptelike tale moontlik, op die voorwaarde dat die tale in die oë van die staat ’n gelyke reputasie geniet, skryf Malan:

“The crux of the matter is that parity of esteem and equitable treatment allows for broadly defined discretionary decision-making for legislators, executives and administrators that deal with the use of the official languages.”⁴⁹¹

Dit is juis om hierdie rede dat dieselfde artikel later na die “gebruik, doenlikheid, koste, streeksomstandighede en die ewewig van die behoeftes en voorkeure van die bevolking as geheel” verwys as maatstawwe wat aangewend moet word om te bepaal watter tale deur die nasionale regering en provinsiale regerings gebruik moet word.⁴⁹² Artikel 6(3)(a) bepaal verder dat die nasionale regering en elke provinsiale regering minstens twee van die amptelike tale moet gebruik. Dit is dus ’n bindende bepaling wat ’n verpligting op die nasionale en provinsiale regerings plaas. Die regering het egter steeds ’n keuse oor watter tale gekies word, wat impliseer dat die diskresionêre strekking van die artikel voortgesit word. In die lig hiervan skryf Currie dat gelykheid van aansien (“parity of esteem” in die Engelse teks) slegs moontlik kon

⁴⁸⁸ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 300.

⁴⁸⁹ Afkorting vir “Final Constitution”. Met hierdie term word verwys na die 1996-grondwet. Die term is egter misleidend, aangesien daar geen waarborg bestaan dat die 1996-grondwet inderdaad die “finale grondwet” is nie.

⁴⁹⁰ Currie I (2013) *Official Languages and Language Rights* in Woolman et al (eds) *Constitutional Law of South Africa* 65–6.

⁴⁹¹ Malan K (2011) *The Discretionary Nature of the Official Language Clause of the Constitution* 26 SAPL 392.

⁴⁹² Artikel 6(3)(a).

wees indien daar 'n regsvoorskrif bestaan het dat die amptelike tale gelyk behandel moes word en dieselfde regte en status moes geniet.

“But, as we have seen, the Final Constitution does not insist on actual substantive equality. Instead, some languages may, for reasons of expense and practicality, end up enjoying greater rights and status than others. What then is the purpose of requiring the eleven languages to be treated with ‘parity of esteem’?”⁴⁹³

Subartikel 6(2) bepaal dat die staat praktiese en daadwerklike maatreëls moet tref om die status van “die inheemse tale van ons mense” te verhoog en hulle gebruik te bevorder, ter erkenning van die “historiese inkorting van die gebruik en status” daarvan. Hierdie bepaling is as’t ware 'n regstellendeaksie-klausule, hoewel die subartikel geen melding van gelyke behandeling maak nie. Dit is verder insiggewend dat hierdie subartikel ook van sy voorganger in die tussentydse grondwet afwyk in die sin dat hier spesifiek na “die inheemse tale van ons mense” verwys word, terwyl die tussentydse grondwet nie tussen kategorieë van tale onderskei het nie. Die nuwe bewoording sluit dus Engels en Afrikaans uit, wat voorheen die amptelike tale van Suid-Afrika was.⁴⁹⁴

Artikel 6(5) bepaal dat 'n Pan-Suid-Afrikaanse Taalraad deur nasionale wetgewing ingestel moet word ten einde die ontwikkeling en gebruik te bevorder en omstandighede vir die ontwikkeling en gebruik te skep vir die amptelike tale, sowel as 'n elf ander tale, wat gebaretaal, sowel as die Khoi-, Nama- en Santale insluit.⁴⁹⁵

Wat die daadwerklike behandeling van die van amptelike tale betref, voer Du Plessis aan dat dit uiteindelik van doeltreffende wetlike behandeling van tale sal afhang.⁴⁹⁶ Gevolglik sal daar nou op die bepalings van die *Use of Official Languages Act*⁴⁹⁷ (hierna die Taalwet genoem) en die Wet op die Pan-Suid-Afrikaanse Taalraad⁴⁹⁸ gefokus word. Enkele opmerkings sal ook oor die funksionering van PANSAT gemaak word.

⁴⁹³ Currie I (2013) *Official Languages and Language Rights* in Woolman et al (eds) (2013) *Constitutional Law of South Africa* 65–6.

⁴⁹⁴ Malan K (2011) *The Discretionary Nature of the Official Language Clause of the Constitution* 26 SAPL 396.

⁴⁹⁵ Artikel 6(5).

⁴⁹⁶ Du Plessis LT en Pretorius JL (2000) *The Structure of the Official Language Clause: A Framework for its Interpretation* SAPR/PL 505, 509.

⁴⁹⁷ Wet 12 van 2012.

⁴⁹⁸ 59 van 1995.

4.3.3 Behandeling van die Taalwet

In die saak van *Lourens v President van die Republiek van Suid-Afrika en Andere*⁴⁹⁹ het die applikant aangevoer dat die regering nie sy plig ingevolge artikel 6(4) van die grondwet nagekom het nie, aangesien die regering in versuim was om wetgewing te promulgeer wat ten doel het om die gebruik van amptelike tale te reël en te monitor.

Die hof het egter beslis dat artikel 6(4) nie 'n verpligting op die regering plaas om sodanige wetgewing te promulgeer nie. In sy uitspraak verklaar Du Plessis R:

“Die verpligting wat artikel 6(4) op die nasionale regering lê is om sy ‘gebruik van amptelike tale (te) reël en (te) monitor.’ Dit moet die regering doen ‘deur wetgewende en ander maatreëls.’ Alhoewel wetgewende maatreëls dus een van die metodes is wat die regering moet aanwend om sy gebruik van amptelike tale te reël en te monitor, is die aanneem van 'n nasionale taalwet nie 'n grondwetlike vereiste nie. Die hof is dus nie by magte om die nasionale regering, verteenwoordig deur die betrokke respondente, te gelas om 'n nasionale taalwet aan te neem nie.”⁵⁰⁰

Die hof het egter beslis dat, hoewel die bewoording van artikel 6(4) nie uitgelê kan word as dat dit 'n plig op die nasionale regering plaas om 'n taalwet aan te neem nie, dit wel 'n verpligting op die nasionale regering plaas om die gebruik van amptelike tale te reël en te monitor, hetsy by wyse van 'n taalwet, of ander maatreëls.⁵⁰¹ In hierdie opsig het die regering wel gefaal, het die hof bevind. Na 'n uiteensetting van verskeie stappe wat die regering sedert die aanvaarding van die 1996-grondwet gedoen het om die gebruik van amptelike tale te reël en te monitor,⁵⁰² het Du Plessis R verklaar:

“Opgesom is die posisie dat die nasionale regering aanvanklik met redelike ywer daaraan gewerk het om sy verpligtinge ingevolge artikel 6(4) van die Grondwet na te kom. Sedert 2007 is die proses nie veel verder gevoer nie. Tans het die nasionale

⁴⁹⁹ (49807/09) [2010] ZAGPPHC 19; 2013 (1) SA 499 (GNP) (16 Maart 2010).

⁵⁰⁰ *Lourens v President van die Republiek van Suid Afrika en Andere* (49807/09) [2010] ZAGPPHC 19; 2013 (1) SA 499 (GNP) (16 Maart 2010) by para 5.

⁵⁰¹ *Ibid* by para 9-10.

⁵⁰² Die Departement van Kuns en Kultuur, Wetenskap en Tegnologie, het in 1996 'n verslag getiteld "Towards a National Language Plan for South Africa" gepubliseer. In 2003 het die Departement van Kuns en Kultuur daarop voortgebou en 'n "National Language Policy Framework" gepubliseer. Hierdie beleidsraamwerk het, ondermeer, 'n Nasionale Taalwet in die vooruitsig gestel.

regering geen gekoördineerde taalbeleid wat sy gebruik van die amptelike tale reël en monitor nie.”⁵⁰³

Die hof het verklaar dat die grondwet dit duidelik stel dat alle grondwetlike pligte getrou en sonder versuim nagekom moet word⁵⁰⁴ en dat die regering se versuim om die verpligting na te kom wat ingevolge artikel 6(4) op hom geplaas is, onaanvaarbaar is en dat dit nie die aansoek geregverdig het nie.⁵⁰⁵ Gevolglik is verklaar dat die nasionale regering in versuim is om ingevolge artikel 6(4) van die grondwet deur wetgewende en ander maatreëls die nasionale regering se gebruik van amptelike tale te reël en te monitor. Die nasionale Minister van Kuns en Kultuur, Wetenskap en Tegnologie is in haar hoedanigheid as die verantwoordelike lid van die uitvoerende gesag gelas om die gemelde verpligting binne twee jaar vanaf datum van hierdie bevel na te kom of toe te sien dat dit nagekom word.⁵⁰⁶

Op 2 Oktober 2012 is die *Use of Official Languages Act*⁵⁰⁷ (hierna “die Wet”) deur die president bekragtig. Ironies genoeg is ’n nota in die Staatskoerant gepubliseer dat die Wet uitsluitlik in Engels beskikbaar is.⁵⁰⁸ Gevolglik is alle aanhalings uit die Wet wat hierop volg in Engels.

Die oogmerke van die Wet is:

- “(a) to regulate and monitor the use of official languages for government purposes by national government;
- “(b) to promote parity of esteem and equitable treatment of official languages of the Republic;
- “(c) to facilitate equitable access to services and information of national government; and
- “(d) to promote good language management by national government for efficient

⁵⁰³ *Lourens v President van die Republiek van Suid Afrika en Andere* (49807/09) [2010] ZAGPPHC 19; 2013 (1) SA 499 (GNP) (16 Maart 2010) by para 6.

⁵⁰⁴ Artikel 237.

⁵⁰⁵ *Lourens v President van die Republiek van Suid Afrika en Andere* (49807/09) [2010] ZAGPPHC 19; 2013 (1) SA 499 (GNP) (16 Maart 2010) by para 14.

⁵⁰⁶ *Ibid.* Die departement is ook gelas om die applikant se koste te betaal (p 15).

⁵⁰⁷ Wet 12 van 2012.

⁵⁰⁸ Die volledige nota lui soos volg: “Please note that most Acts are published in English and another South African official language. Currently we only have capacity to publish the English versions. This means that this document will only contain even numbered pages as the other language is printed on uneven numbered pages.”

public service administration and to meet the needs of the public.”⁵⁰⁹

Die Wet is van toepassing op alle nasionale departemente, nasionale openbare entiteite en nasionale openbare ondernemings⁵¹⁰ en die Wet geniet voorrang bo enige teenstrydige bepaling deur enige ander wet oor die gebruik van amptelike tale deur die regering.⁵¹¹

Volgens artikel 4(1) moet elke nasionale departement, nasionale openbare entiteit en nasionale openbare onderneming binne 18 maande na die inwerkingtreding van die Wet ’n taalbeleid aanvaar ingevolge waarvan die betrokke instelling se gebruik van amptelike tale vir regeringsdoeleindes uiteengesit word.⁵¹² Hierdie taalbeleid moet op aanvraag deur lede van die publiek by al die kantore van die betrokke instelling beskikbaar wees.⁵¹³ Dit moet ook by alle kantore van die betrokke instelling vertoon word op so ’n wyse dat dit deur die publiek gelees kan word.⁵¹⁴

’n Taalbeleid wat ingevolge artikel 4(1) aanvaar word moet:

- “(a) comply with the provisions of section 6(3)(a) of the Constitution;
- “(b) identify at least three official languages that the national department, national public entity or national public enterprise will use for government purposes;
- “(c) stipulate how official languages will be used, amongst other things, in effectively communicating with the public, official notices, government publications and inter- and intra-government communications;
- “(d) describe how the national department, national public entity or national public enterprise will effectively communicate with members of the public whose language of choice is-
 - “(i) not an official language contemplated in paragraph (b); or
 - “(ii) South African sign language.
- “(e) describe how members of the public can access the language policy;

⁵⁰⁹ Artikel 2.

⁵¹⁰ Artikel 3(1).

⁵¹¹ Artikel 3(2).

⁵¹² ’n Verlengde tydperk kan verder ingevolge artikel 4(1) deur die minister verantwoordelik vir taalaangeleenthede aan ’n instelling toegestaan word, mits daardie tydperk nie ses maande oorskry nie.

⁵¹³ Artikel 4(4)(a).

⁵¹⁴ Artikel 4(4)(b).

- “(f) provide a complaints mechanism to enable members of the public to lodge complaints regarding the use of official languages by a national department, national public entity or national public enterprise;
- “(g) provide for any other matter that the Minister may prescribe; and
- “(h) be published in the Gazette as soon as reasonably practicable, but within 90 days of its adoption.”⁵¹⁵

Wanneer ten minste drie van die amptelike tale ingevolge artikel 4(2)(b) identifiseer word, moet die betrokke instelling in ag neem dat artikel 6(2) van die grondwet ’n verpligting op die regering plaas om praktiese en daadwerklike maatreëls te tref om die status van die inheemse tale te verhoog en die gebruik daarvan te bevorder.⁵¹⁶

Hoewel die bepaling dat die status van tale wat histories ingekort is, verhoog moet word en die gebruik daarvan bevorder moet word⁵¹⁷ in artikel 4(2)(b) van die Wet opgeneem is, is dit opmerklik dat die grondwetlike bepaling dat gelykheid van aansien en billike behandeling van al elf die amptelike tale bevorder moet word,⁵¹⁸ nie te vinde is in die rigtinggewende beginsels wat in artikel 4(1) van die Wet uiteengesit word nie.⁵¹⁹

Artikel 4(2)(a) beklemtoon dat artikel 6(3)(a) van die grondwet nagekom moet word. Pretorius voer aan dat dit nie juis bemoedigend is nie, aangesien artikel 6(3)(a) die praktiese faktore uiteensit wat in ag geneem moet word wanneer meertaligheid beperk word. Hy verduidelik:

“On its own, (the requirements provided by section 4 of the Act) is devoid of all inclusivity-specific guidelines, and when severed from the directive principles (in the Constitution), it mandates unguided discretionary powers to limit official language usage.”⁵²⁰

⁵¹⁵ Artikel 4(2).

⁵¹⁶ Artikel 6(3).

⁵¹⁷ Artikel 6(2) van die grondwet.

⁵¹⁸ Artikel 6(4) van die grondwet.

⁵¹⁹ Sien ook Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 303.

⁵²⁰ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 303.

Die Wet gaan voort deur te bepaal dat die Minister van Kuns en Kultuur 'n Nasionale Taaleenheid moet stig.⁵²¹ Die Nasionale Taaleenheid moet die minister adviseer oor beleid en strategie om die gebruik van amptelike tale in die regering te reguleer en te monitor, om gelykheid van aansien en billike behandeling van die amptelike tale te fasiliteer en om goeie taalbestuur in die onderskeie staatsdepartemente en openbare entiteite te bevorder.⁵²²

Die Wet bepaal verder dat 'n taaleenheid ook binne-in elke nasionale departement gestig, gefinansier en onderhou moet word.⁵²³ Hierdie taaleenhede moet die owerhede adviseer oor die ontwikkeling, aanneem en implementering van taalbeleid op nasionale vlak, die gebruik van amptelike tale en die nakoming van taalbeleide deur staatsdepartemente monitor en verslae aan die Pan Suid-Afrikaanse Taalraad voorlê.⁵²⁴

Wat die bepalings van artikel 8 – soos hierbo gelys – egter vreemd maak, is die feit dat die grondwetlike beginsel wat bepaal dat histories onderontwikkelde tale bevorder moet word,⁵²⁵ nie hierin verskyn nie. Pretorius spreek sy kommer oor die Wet se inkonsekwente behandeling van die bepalings van artikel 6 van die grondwet soos volg uit:

“Only the development directive is explicitly given as a binding guideline for official language policy in section 4, but it is not included as a function of the language units. Omitted from the context of expressly listed binding policy guidelines, parity of esteem and equitable treatment are downgraded to the sphere of competence of advisory bodies. There is no constitutional basis for this apparent prioritisation, and it makes the Act's commitment to the promotion of multilingualism at best incoherent and at worst dubious.”⁵²⁶

4.3.4 Die praktyk ten opsigte van taaldiversiteit in Suid-Afrika

⁵²¹ Artikel 5(a). Die Minister van Kuns en Kultuur moet ook toesien dat die Nasionale Taaleenheid voorsien word van menslike hulpbronne, administratiewe hulpbronne en ander hulpbronne wat nodig is vir die doeltreffende funksionering van die eenheid (artikel 5(b)).

⁵²² Artikel 6(a).

⁵²³ Artikel 7.

⁵²⁴ Artikel 8.

⁵²⁵ Artikel 6(2) van die grondwet.

⁵²⁶ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 304.

Kommentators het hulle kommer uitgespreek oor die regering se toewyding tot die bevordering van inklusiewe taaldiversiteit, en in besonder of die Taalwet se gebrekkige bewoording werklik voldoende is om meertaligheid in die praktyk te bevorder en om die voortdurende neiging na Engelse eentaligheid te stop.⁵²⁷

Die kwessie van veelvuldige amptelike tale in state waarvan burgers uit diverse gemeenskappe met verskillende tale kom, is dikwels problematies. Hoewel die aanvaarding van elf amptelike tale in die lig van inklusiwiteit 'n goeie gebaar is, is dit bitter moeilik om in die praktyk aan 'n grondwetlike belofte met betrekking tot gelykheid van veelvuldige tale gestand te doen. Indien die nodige politieke wil ontbreek en tersaaklike wetgewing en instellings nie geskep word met die doel om hieraan gestand te doen nie, is dit bykans gewaarborg dat hierdie reg van blote simboliese waarde sal wees. Devenish skryf dat dit 'n ondraaglike finansiële las op die staat sou plaas indien doeltreffende taaldienste op alle vlakke in al elf tale beskikbaar gestel sou word. In die lig van die bewoording van artikel 6, gaan hy voort:

“English is likely to emerge as the *lingua franca* in South Africa as a whole, regardless of the official position, and the official use and relevance of Afrikaans is likely to decline in importance.”⁵²⁸

RW Johnson beskou die beleid van elf amptelike tale as skynheilig. Hy voer aan dat die Franse bekommerd was dat die instelling van 'n derde amptelike taal by die Europese Unie (EU) noodwendig daartoe sou lei dat Engels die enigste amptelike taal word. Hulle was basies reg, aangesien Engels nou die dominante taal binne-in die EU is. As drie tale in die praktyk tot 'n enkele amptelike taal lei, skryf Johnson, dan sal elf natuurlik selfs meer oorweldigend neig om tot een *de facto* amptelike taal te lei.⁵²⁹

Currie skryf dat 'n blote verklaring oor die status van 'n taal as 'n amptelike taal geen onmiddellike of praktiese gevolge inhou nie en dat wetlike inhoud aan 'n amptelike

⁵²⁷ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 282.

⁵²⁸ Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 420.

⁵²⁹ Johnson RW (2009) *The Beloved Country Since the End of Apartheid* 370.

taalbeleid gegee word deur middel van regulasie van die volgende vorms van staatsoptrede:

1. Die gebruik van 'n taal in 'n hof.
2. Die gebruik van 'n taal wanneer met die regering gekommunikeer word (invul van vorms, skakeling met staatsamptenare ensovoorts).
3. Die gebruik van 'n taal in openbare kennisgewings (soos straatborde, openbare inligting ensovoorts).
4. Die gebruik van 'n taal in regeringsverslae, dokumente, verhore, transkripsies en ander amptelike publikasies wat vir openbare verspreiding opgestel is.
5. Die gebruik van 'n taal in wetgewing, en in die verrigtinge en rekords van die wetgewer.⁵³⁰

Al vyf die punte wat deur Currie aangevoer word, vind in Suid-Afrika meestal in Engels plaas, dikwels ten koste van ander tale.

Dit blyk verder dat daar verwarring in die Departement van Kuns en Kultuur is oor die regering se benadering ten opsigte van die bevordering van meertaligheid. Pretorius lig byvoorbeeld uit dat die direkteur-generaal van die departement aan die een kant verklaar dat die bevordering inklusiewe diversiteit ten opsigte van taal een van die “sleutelbeginsels” van die Wet is.⁵³¹ Die direkteur van regsdiens in die departement het hierdie sentiment in die departement se voorleggings aan die parlementêre portefeuljekomitee oor Kuns en Kultuur herhaal: “the idea was that everyone would have a duty to advance multilingualism, as a constitutional obligation.”⁵³² Die departement het na bewering daarna gestreef om meertaligheid in toenemende mate te laat realiseer, anders as die 2003-wetsontwerp, wat na bewering “te wyd” was. Daar is gestel dat die Wet beskou moet word as 'n eerste stap om meer deure op te

⁵³⁰ Currie I (2013) *Official Languages and Language Rights* in Woolman et al (eds) *Constitutional Law of South Africa* 65–5.

⁵³¹ “There were three key principles, which were the promotion of use of language, access to information and services, and good language management by government departments.” Aangehaal uit Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 305. Oorspronklike bron is deur die Departement van Kuns en Kultuur verwyder.

⁵³² Aangehaal uit Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 305. Oorspronklike bron is deur die Departement van Kuns en Kultuur verwyder.

maak en as “providing a beginning which would eventually lead to the promotion, use and development of all official languages.”⁵³³

Aan die ander kant blyk dit dat woordvoerders van die departement moeite doen om hulleself van so ’n ambisieuse doelwit te distansieer, skryf Pretorius.⁵³⁴ In sy voorleggings aan die portefeuljekomitee het die departement aangevoer dat, hoewel die departement kennis neem van die kommer oor meertaligheid en die toepassing van artikel 6(2) van die grondwet, die departement nie die Wet as die toepaslike meganisme beskou om hierdie kommer te hanteer nie.⁵³⁵ Die minister het selfs so ver gegaan as om te sê:

“Since the PANSALB Act promoted multilingualism, the Bill could not do the same thing as this would cause duplication.”⁵³⁶

Pretorius antwoord op die minister se stelling:

“In terms of the Constitution and its constituent act, the Pan South African Language Board has a specific and limited language mandate which obviously does not cancel out the responsibility of other state organs to promote multilingualism. What is more, confining the constitutional obligation of the promotion of multilingualism to the advisory functions of the Pan South African Language Board would clearly imply downgrading a peremptory constitutional norm to a non-binding guideline.”⁵³⁷

Na inwerkingtreding van die Wet op die Pan-Suid-Afrikaanse Taalraad⁵³⁸ het PANSAT aanvanklik entoesiasies met sy werk begin. PANSAT het onder meer ten doel om omstandighede vir die ontwikkeling en die bevordering van gelyke gebruik en genieting van al die amptelike tale te skep⁵³⁹ en die gebruik van enige taal vir die doel van oorheersing te verhoed.⁵⁴⁰ ’n Verdere doel word gestel as die “nie-inkorting”

⁵³³ Aangehaal uit Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 305. Oorspronklike bron is deur die Departement van Kuns en Kultuur verwyder.

⁵³⁴ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 305.

⁵³⁵ Aangehaal uit Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 305. Oorspronklike bron is deur die Departement van Kuns en Kultuur verwyder.

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷ Pretorius JL (2013) *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* (16) 1 PER / PELJ 281, 306.

⁵³⁸ 59 van 1995.

⁵³⁹ Artikel 3(a)(i).

⁵⁴⁰ Artikel 3(a)(iii).

van regte met betrekking tot tale en die status van tale, soos wat dit bestaan het by die aanvaarding van die 1993-grondwet.⁵⁴¹

Die raad het aanvanklik nie gehuiwer om die strydbyl teenoor die regering op te neem nie, soos wat vroeër onder hierdie subopskrif duidelik gemaak is. Sedertdien is die liggaam egter weens politieke inmenging en finansiële wanbestuur in omstredenheid gedompel. In haar studie oor die afname in klagtes oor die skending van taalregte by PANSAT verklaar Marné Pienaar⁵⁴² dat die grootste hoeveelheid taalklagtes wat sedert die stigting van PANSAT daar ingedien is, vanuit die Afrikaanse gemeenskap gekom het. PANSAT se mislukking om hierdie klagtes te hanteer op 'n wyse wat die klaers tevrede stel, het tot 'n verlies van vertroue in die organisasie en 'n skeptisisme oor die organisasie se werkswyse gelei.⁵⁴³ Die nuus dat PANSAT se uitvoerende hoof as gevolg van wanbestuur en finansiële wanpraktyke geskors is, het tot verdere omstredenheid gelei. Die skorsing is verwelkom deur opposisiepartye en burgerlike instellings, wat onder meer verklaar dat die instelling deur ondoeltreffendheid gekenmerk word.⁵⁴⁴

Dit blyk dat PANSAT intussen heeltemal disfunksioneel geword het.

4.3.5 Gevolgtrekking

Die erkenning van elf amptelike landstale is oënskynlik 'n aangrypende simboliese gebaar waarmee diversiteit in Suid-Afrika erken word. Die aanvaarding van elf amptelike tale kan egter nie as veel meer as 'n blote simboliese gebaar geskryf word nie, aangesien dit die uitvloeisel van 'n politieke strategie is.⁵⁴⁵

Devenish se voorspelling oor die gebruik van Engels realiseer ook in die praktyk. Die Pan-Suid-Afrikaanse Taalraad (PANSAT), wat ingevolge artikel 6(5) geskep is, het kort na die aanvaarding van die grondwet die regering in 'n ope brief daarvan

⁵⁴¹ Artikel 3(a)(vi).

⁵⁴² Professor in taalkunde en departementshoof van Afrikaans by die Universiteit van Johannesburg.

⁵⁴³ Pienaar M (2008) *A Decline in Language Rights Violation Complaints Received by PanSALB – The Case of Afrikaans* Stellenbosch Papers in Linguistics, Vol. 38, 2008, 125–137, 136

⁵⁴⁴ City Press (29 Junie 2011) *Pansalb CEO's dismissal welcomed*.

⁵⁴⁵ Malan K (2011) *The Discretionary Nature of the Official Language Clause of the Constitution* 26 SAPL 388.

beskuldig dat die staat besig is om eentaligheid te bevorder en dat die algemene neiging in die regering die grondwet skend.⁵⁴⁶ PANSAT se destydse oproep vir die bevordering van meertaligheid moet verwelkom word.⁵⁴⁷ Dit is egter nie so eenvoudig om tot die gevolgtrekking te kom dat die eenvormige gebruik van Engels (as een van die elf amptelike tale) deur die regering op 'n skending van die grondwet neerkom nie.

'n Proklamasie van veelvuldige amptelike tale is betekenisloos indien twee belangrike faktore nie ook teenwoordig is nie. Eerstens moet tersaaklike wetgewing aanvaar word ingevolge waarvan die praktiese uitvoering van taaldiversiteit gereguleer word. In die tweede plek moet die regering van die dag – en die onderskeie openbare instellings wat met taaldiversiteit gemoeid moet wees – oor die nodige politieke wil beskik om die belofte van diversiteit in die praktyk gestand te doen.

Die grondwet se verklaring dat die onderskeie tale slegs “gelykheid van aansien” moet geniet, saam beskou met die gebrek aan 'n grondwetlike verpligting wat op die staat geplaas word om “gelyke behandeling” te bevorder, baan egter die weg vir eentaligheid in die praktyk. Die taalwet is ook opvallend ontoereikend, veral met betrekking tot die bevordering van taaldiversiteit.

Die opstellers van die grondwet het nie daarin geslaag om 'n gesonde balans tussen die erkenning van die diversiteit van taalgemeenskappe aan die een kant en bevordering van hierdie tale op 'n manier wat prakties uitvoerbaar is aan die ander kant te bewerkstellig nie.

4.4 Deelname van minderhede aan taal- en kultuurgemeenskappe

4.4.1 Inleiding: Grondwetlike raamwerk

⁵⁴⁶ *The Citizen* (7 Junie 1997) (opskrif nagelaat), aangehaal in Du Plessis LT en Pretorius JL (2000) *The Structure of the Official Language Clause: A Framework for its Interpretation* SAPR/PL 505, 507.

⁵⁴⁷ Daar word spesifiek na die “destydse oproep” gepraat omdat PANSAT sedertdien weens politieke inmenging in wanbestuur in omstredenheid gedompel is, soos wat later onder hierdie subopskrif uitgelig word.

Soos reeds in hierdie hoofstuk uitgewys is, was die kwessie van minderheidsbeskerming hoog op die agenda in die proses wat die aanvaarding van die grondwet voorafgegaan het. Daar is verder ooreengekom dat sekere individuele regte ten opsigte van sake wat vir minderhede belangrik is, soos taal en kultuur, wel in die grondwet opgeneem kan word.⁵⁴⁸ Dienooreenkomstig bepaal artikel 30 soos volg:

“Elkeen het die reg om die taal van eie keuse te gebruik en om aan die kulturele lewe van eie keuse deel te neem, maar niemand wat hierdie regte uitoefen, mag dit doen op ’n wyse wat met enige bepaling van die Handves van Regte onbestaanbaar is nie.”

Artikel 30 behoort egter nie in isolasie gelees te word nie, aangesien dit nou verweef is met artikel 31 – waarskynlik die artikel in die grondwet wat die meeste aangehaal word as voorbeeld van die vermeende omvattende beskerming wat aan minderhede gebied word. Artikel 31 bepaal soos volg:

- “(1) Persone wat aan ’n kultuur-, godsdienst- of taalgemeenskap behoort, mag nie die reg ontsê word om, saam met ander lede van daardie gemeenskap –
- “(a) hulle kultuur te geniet, hulle godsdienst te beoefen en hulle taal te gebruik nie; en
- “(b) kultuur-, godsdienst- en taalverenigings en ander organe van die burgerlike gemeenskap te vorm, in stand te hou en daarby aan te sluit nie.
- “(2) Die regte in subartikel (1) mag nie uitgeoefen word op ’n wyse wat met enige bepaling van die Handves van Regte onbestaanbaar is nie.

Daar bestaan merkwaardige ooreenkomste tussen artikel 31 en artikel 27 van die Internasionale Verbond oor Burgerlike en Politieke Regte (IVBPR). Die IVBPR bepaal soos volg:

“In those states in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language.”⁵⁴⁹

⁵⁴⁸ Sien bespreking in hoofstuk 3.

⁵⁴⁹ Artikel 27 van die IVBPR.

Hoewel dit nie *per se* in artikel 31 van die grondwet genoem word nie, is die vertrekpunt, net soos in die geval van artikel 27 van die IVBPR, een van 'n staat waarin etniese, godsdienstige en taalgemeenskappe met inbegrip van minderhede bestaan. Beide artikels verwys na die regte van persone (individue) wat deel van die genoemde gemeenskappe uitmaak.⁵⁵⁰ Beide artikels plaas ook die klem op die verbod op die ontsegging van die reg om hulle kultuur te geniet, hulle godsdiens te beoefen of hulle taal te gebruik.⁵⁵¹

Net soos by artikel 27 van die IVBPR is artikel 31 van die grondwet 'n vereenselwigingsreg wat impliseer dat die reg ten opsigte van bepaalde gemeenskappe slegs in gemeenskap met ander uitgevoer kan word.⁵⁵² Die bestaan van die gemeenskap is dus 'n vanselfsprekende voorvereiste vir die uitoefening van die individu se reg ten opsigte daarvan. Currie en De Waal se stelling dat artikel 31 gevolglik sowel individuele as groepsbelange beskerm,⁵⁵³ kan ten beste as korrek aanvaar word indien dit op 'n sekondêre interpretasie van die betrokke artikel se bewoording berus. Die grondwet maak nie voorsiening vir 'n kollektiewe reg ingevolge waarvan bestaansreg aan gemeenskappe verleen word nie en voorsien in artikel 31 slegs aan die individu se reg om daaraan deel te neem.

4.4.2 Kommentaar op artikels 30 en 31 van die grondwet

Artikel 30 maak spesifieke melding van twee afsonderlike regte, naamlik die reg op die gebruik van die taal van eie keuse, sowel as die reg op deelname aan die kulturele lewe van eie keuse.⁵⁵⁴ Dit is egter 'n individuele reg op nie-inmenging by die gebruik van of deelname aan die taal en kulturele gebruik van eie keuse.⁵⁵⁵ Dit sou dus foutief wees om artikel 30 te beskryf as 'n kollektiewe reg wat aan gemeenskappe toegewys word.

⁵⁵⁰ In hierdie verband is daar al na artikel 27 van die ICCPR verwys as 'n hibriede bepaling, wat individuele en kollektiewe regte beskerm. Sien Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 626.

⁵⁵¹ Sien ook die bespreking oor die ooreenstemming tussen hierdie twee bepalings in Currie I en De Waal J (2005) *The Bill of Rights Handbook* 623–625.

⁵⁵² Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 627. Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 422.

⁵⁵³ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 627.

⁵⁵⁴ Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 419.

⁵⁵⁵ Currie I en De Waal J (2005) *The Bill of Rights Handbook* 636.

Met betrekking tot die verwysing na die gebruik van die taal van eie keuse is dit noemenswaardig dat daar in hierdie verband nie na artikel 6 of na die gebruik van amptelike tale verwys word nie. Die woorde “eie keuse” moet dus nie binne die raamwerk van die elf amptelike tale gebruik word nie en sluit die individu se keuse ten opsigte van die gebruik van alle tale in. Dit gaan dus hier oor die gebruik van taal in die sosiale/private sfeer. Dit blyk dat daar nie sodanige algemene reg met betrekking tot kommunikasie met die staat bestaan nie.

Die bepaling van artikel 9(3) van die 1993-grondwet (reeds hierbo aangehaal) is nie weer in die 1996-grondwet opgeneem nie.

Net soos artikel 30, skep artikel 31 ook nie ’n reg wat aan gemeenskappe as sodanig toegewys kan word nie, maar aan individue wat deel van bepaalde gemeenskappe vorm. Sowel artikel 30 as 31 is dus regte wat in die individu gesetel is en nie in die gemeenskap nie.

Malan voer egter aan dat taal- en kultuurregte nie tot die individu beperk kan word nie, aangesien dit slegs uitgeoefen kan word in gemeenskap met ander wat dieselfde taal of kultuur beoefen, soos wat uit die bespreking hieronder sal blyk.⁵⁵⁶ Sonder die gemeenskap is die reg dus betekenisloos. ’n Voorvereiste vir deelname van die individu aan ’n kultuurgemeenskap, skryf Denise Réaume, is die teenwoordigheid van ander wat soortgelyke belange het en met wie interaksie kan plaasvind en die kultuur gedeel kan word.⁵⁵⁷ Met betrekking tot die kollektiewe element van taal- en kultuurregte skryf Rodolfo Stavenhagen:

“However, when we refer to cultural rights, as well as to many social and economic rights, a collective approach is often required, since some of them can only be enjoyed in community with others and that community must have the possibility to preserve, protect and develop what it has in common. Beneficiaries of these rights may be individuals but their content evaporates without the preservation and the collective rights of groups. The rights pertain to persons belonging to specific cultures and shaped by these cultures, who engage in collective action, who share common

⁵⁵⁶ Malan K (2008) *The Deficiency of Individual Rights and the Quest for Minority Protection* THRHR (3) 424.

⁵⁵⁷ Réaume DG (1988) *Individuals, Groups and Rights to Public Goods* Univ Toronto LR 16. Sien ook Malan K (2008) *The Deficiency of Individual Rights and the Quest for Minority Protection* THRHR (3) 424.

values, and who can only be the bearers of these common values by joining with other members of their group.”⁵⁵⁸

Kultuur is dus ’n interaktiewe bate wat ’n verskeidenheid deelnemers betrek, skryf Malan.⁵⁵⁹ Réaume gaan voort dat kultuur bestaan uit deelname aan en vervaardiging van daardie goedere wat ’n kultuurgemeenskap daarstel. Sy verduidelik:

“But there is no end product, because in a sense, those artefacts are never completed but are continuously reinterpreted and recreated by each generation. This process is the essence of the cultured society and can only take place through, not simply because of, the involvement of many.”⁵⁶⁰

Currie en De Waal skryf dat die individuele bewoording van artikel 30 onduidelikheid skep oor die vraag of eise vir die beskerming van die identiteit van kulturele en taalgemeenskappe daarop gegrond kan word, maar dat artikel 31 uitsluitel hieroor oorbodig maak. Hulle voer aan:

“Section 31 now does the work of protecting communal interests in culture, religion and language. All that is left for s 30 to do is to provide an additional ground for protection of an individual’s interest in joining or retaining associations with a particular cultural community.”⁵⁶¹

Currie en De Waal voeg by dat die reg van ’n individu om ’n taal van eie keuse te gebruik, oorbodig raak indien in gedagte gehou word dat artikel 31 die reg verskans om die taal in gemeenskap met ander te gebruik.⁵⁶² Devenish skryf verder dat die reg op deelname aan die kulturele lewe van eie keuse tegnies gesproke oorbodig is, aangesien dit reeds by die reg op vryheid van assosiasie ingesluit word, maar dat die betrokke reg desnieteenstaande by die grondwet ingevoeg is om aan bekommerde minderhede se “emosionele en sielkundige” behoefte aan die insluiting van die betrokke reg gehoor te gee.⁵⁶³

⁵⁵⁸ Stavenhagen R (1995) *Cultural rights and universal human rights* in Eide *et al* (eds) *Economic social and cultural rights: A textbook* 68. Ook aangehaal in Malan K (2008) *The deficiency of individual rights and the quest for minority protection* THRHR (3) 424.

⁵⁵⁹ Malan K (2008) *The deficiency of individual rights and the quest for minority protection* THRHR (3) 424.

⁵⁶⁰ Réaume DG (2008) *Individuals, groups and rights to public goods* 1988 Univ Toronto LR 10. Ook aangehaal in Malan K (2008) *The deficiency of individual rights and the quest for minority protection* THRHR (3) 424.

⁵⁶¹ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 638.

⁵⁶² Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 638.

⁵⁶³ Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 418.

Dit is noemenswaardig dat daar spesifiek van die term “gemeenskappe” gebruik gemaak word, in teenstelling met die term “minderhede”. Met gemeenskappe word verwys na ’n identifiseerbare groep wat verenig is in ’n gemeenskaplike godsdiens, taal of kultuur en wat ’n mate van selfbewustheid oor hulle gemeenskaplikheid het.⁵⁶⁴ Indien die begrip gemeet word aan Capotorti se definisie met betrekking tot minderhede,⁵⁶⁵ en Woolman se ontleding daarvan,⁵⁶⁶ blyk dit dat daar slegs aan twee van drie elemente vir die bestaan van ’n “minderheidsgemeenskap” voldoen hoef te word ten einde ’n “gemeenskap” te vorm. Hierdie elemente is die bestaan van ’n objektiewe vergestaltung as ’n onderskeibare entiteit en die bestaan van ’n behoefte onder lede van die groep om die identiteit van die betrokke gemeenskap te bewaar. Die derde vereiste, naamlik dat die groep in ’n nie-dominante posisie moet wees, is nie hier van toepassing nie.⁵⁶⁷ Die definisie van “gemeenskappe” is dus wyer as “minderhede”.

4.4.3 Gevolgtrekking

Hoewel daar dikwels aangevoer word dat die grondwet vir die beskerming van gemeenskappe se regte voorsiening maak, is dit nie korrek nie. Artikels 30 en 31 van die grondwet, wat veral op die beskerming van kulturele belange toegespits is, verleen geen regte aan kultuurgemeenskappe nie en maak nie vir kollektiewe regte voorsiening nie. Daar word wel in artikel 30 voorsiening gemaak vir die regte van individue om deel te neem aan die kulturele lewe van eie keuse, op voorwaarde dat dit nie gedoen word op ’n wyse wat met enige bepaling van die handves van regte strydig is nie. Artikel 31 bepaal dat individue nie die reg ontsê mag word om saam met ander lede van ’n gemeenskap hulle kultuur te geniet, hulle godsdiens te beoefen en hulle taal te gebruik nie en dat individue kultuur-, godsdiens- en taalverenigings mag vorm, dit in stand mag hou en daarby mag aansluit. Hierdie

⁵⁶⁴ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 629.

⁵⁶⁵ Capotorti definieer minderhede as “A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members – being nationals of the State – possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language” (sien 2.1). Sien ook Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* 416.

⁵⁶⁶ Woolman S (2010) *Constitutional Law of South Africa*, 58–26. Sien bespreking in hoofstuk 2.

⁵⁶⁷ Sien die uiteensetting by 2.1.

regte is dus nie regte wat aan gemeenskappe toegewys word nie, maar aan individue.

Die bewoording van artikels 30 en 31 is nie verbasend indien die konteks waarbinne die grondwet opgestel is, in ag geneem word nie. Soos reeds in hoofstuk 3 uiteengesit word, was daar in die tydperk waarin die grondwet opgestel is, 'n sterk gevoel onder die opstellers van die grondwet dat dit oorbodig is om regte aan gemeenskappe toe te ken en dat individuele regte voldoende is. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie benadering verkeerd is, aangesien gemeenskaplike belange in die praktyk nie voldoende deur individuele regte beskerm word nie, soos wat uit die bespreking van ander grondwetlike bepalings in hierdie hoofstuk blyk. Hoewel artikels 30 en 31 belangrike beskerming aan individue bied, word aan die hand gedoen dat die artikels te kort skiet en dat 'n groter fokus op die gemeenskap, in plaas van die individu, tot 'n meer omvattende grondwetlike raamwerk vir die beskerming van minderheidsregte sou lei.

Ten spyte van hierdie kritiek blyk dit egter dat artikels 30 en 31 van die 1996-grondwet steeds bepaalde ruimte bied aan minderhede wat goed georganiseerd is. Die regte wat in artikels 30 en 31 uiteengesit word, is in ooreenstemming met die gemenerereg en behoort verwelkom te word, hoewel daar bepaalde leemtes in die bewoording van hierdie regte is.

4.5 Onderwys en die reg op moedertaalonderrig

4.5.1 Artikel 29 van die grondwet

Artikel 29 van die grondwet handel oor die reg op onderwys, maar spesifiek ook oor die reg op moedertaalonderrig. Artikel 29 bepaal soos volg:

- “(1) Elkeen het die reg–
 - “(a) op basiese onderwys, met inbegrip van basiese onderwys vir volwassenes; en
 - “(b) op verdere onderwys wat die staat deur middel van redelike maatreëls in toenemende mate beskikbaar en toeganklik moet maak.
- “(2) Elkeen het die reg om in openbare onderwysinstellings onderwys te ontvang in die amptelike taal of tale van eie keuse waar daardie onderwys

redelikerwys doenlik is. Ten einde doeltreffende toegang tot en verwesenliking van hierdie reg te verseker, moet die staat alle redelike alternatiewe in die onderwys, met inbegrip van enkelmediuminstellings, oorweeg, met inagneming van—

- “(a) billikheid;
 - “(b) doenlikheid; en
 - “(c) die behoefte om die gevolge van wette en praktyke van die verlede wat op grond van ras gediskrimineer het, reg te stel.
- “(3) Elkeen het die reg om op eie koste onafhanklike onderwysinstellings tot stand te bring en in stand te hou wat—
- “(a) nie op grond van ras diskrimineer nie;
 - “(b) by die staat geregistreer is; en
 - “(c) standarde handhaaf wat nie minderwaardig is vergeleke met standarde by vergelykbare openbare onderwysinstellings nie.
- “(4) Subartikel (3) sluit nie staatsubsidies aan onafhanklike onderwysinstellings uit nie.

Artikel 29 plaas 'n plig op die staat om nie net te verseker dat elkeen basiese onderwys ontvang nie, maar ook om verdere onderwys in toenemende mate beskikbaar en toeganklik te maak.

Die grondwet swyg egter oor wat op “redelike maatreëls” met betrekking tot beskikbaarheid van verdere onderwys sou neerkom, wat die toepassing van hierdie artikel ooplaat vir debat. Redelike maatreëls sou argumentsonthouwe kon beteken dat die staat, waar nodig, tersiêre instellings moet skep en 'n streng beleid van veeltaligheid volg om hierdie instellings meer toeganklik te maak. Dit sou ook kon beteken dat basiese onderwys verbeter moet word en dat daar nie op enige gronde gediskrimineer mag word teen studente wat vir tersiêre studies aansoek doen nie.

Die bepaling het die effek dat die onderwysowerhede alle moontlike soorte onderwysinstellings, insluitende enkelmedium-onderwysinstellings, moet oorweeg ten einde ten beste te voldoen aan die reg om onderwys in die amptelike taal of tale van eie keuse te ontvang waar daardie onderwys redelikerwys doenlik is.⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ Malan K (Junie 2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: 261–283, 265. Sien ook Malherbe EFJ (September 2004) *The Constitutional Framework for Pursuing Equal Opportunities in Education* Perspectives in Education, Volume 22(3), 9–28.

Beide Visser⁵⁶⁹ en Smit⁵⁷⁰ voer met verwysing na die uitspraak in *Western Cape Minister of Education v The Governing Body of Mikro Primary School* (die *Mikro-saak*)⁵⁷¹ aan dat artikel 29 'n ongekwalfiseerde reg op enkelmediumskole skep. Hierdie bewering is egter duidelik foutief. 'n Hele aantal beperkingsoorwegings word in artikel 29(2) genoem. In die saak van *Head of Departement: Mpumalanga Department of Education v Hoërskool Ermelo* het die hof verklaar dat “redelikerwys doenlik” afhang van die omstandighede. Dit sluit die beskikbaarheid en toeganklikheid van staatskole, hulle getalle, die medium van onderrig wat die skoolbeheerliggaam gekies het, die taalkeuse van die kinders en hulle ouers en die leerplanne wat gevolg word in.⁵⁷²

Malherbe verduidelik dat artikel 29(2) ook bepaal dat die reg slegs behoorlik implementeer kan word indien alle redelike alternatiewe oorweeg is, insluitende enkelmediumskole, met inagneming van praktiese haalbaarheid en die behoefte om die gevolge van rassediskriminasie van die verlede regte stel. Die bepaling skep dus nie 'n reg op enkelmediumskole nie.⁵⁷³ In die *Mikro*-saak het die Hoogste Hof van Appèl beslis dat die reg in artikel 29(2) nie 'n reg is om by elke publieke skool in die taal van keuse onderrig te word net omdat dit by 'n bepaalde skool prakties moontlik is nie. Dit verleen byvoorbeeld nie 'n reg aan 'n groep Afrikaanse leerders om te eis om in Afrikaans onderrig te word by 'n Engelse skool wat langs 'n half leë Afrikaanse skool geleë is, bloot omdat dit prakties moontlik is om by die Engelse skool in Afrikaans onderrig te word nie.⁵⁷⁴ Malan verduidelik dat enkelmediumskole eerder beskou moet word as één van verskeie beskikbare moontlikhede met die oog op die verwesenliking van die gekwalfiseerde reg op onderwys in die taal van keuse

⁵⁶⁹ Visser PJ (2006) *Educational Law – Language Policy at Single Medium Schools – section 29(2) of the Constitution – Irregular Interference by Provincial Education Department* Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 333–341. Ook aangehaal in Malan K (Junie 2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: 261–283, 265.

⁵⁷⁰ Smit MH (2008) *Language Rights and the Best Interest of the Child* Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 38–53. Ook aangehaal in Malan K (Junie 2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: 261–283, 265.

⁵⁷¹ *Western Cape v Governing Body, Mikro Primary School* 2006 1 SA 1 (SCA).

⁵⁷² *Head of Mpumalanga Department of Education and Another v Hoërskool Ermelo and Others* 2010 (3) BCLR 177 (CC) by para 52.

⁵⁷³ Malherbe EFJ (2006) *Taalregte in Suid-Afrikaanse Skole: (Tydelike) Verligting van Onverpoosde Druk* TSAR 190, 192.

⁵⁷⁴ 2005 3 All SA 436 (SCA) by para 32 en 33. Sien ook Rautenbach IM (2012) *Rautenbach-Malherbe Staatsreg* 438.

waarvoor in artikel 29(2) voorsiening gemaak word.⁵⁷⁵ Artikel 29 skep dus nie 'n reg op moedertaalonderrig nie, maar laat wel 'n beleidsopsie in hierdie verband vir die onderwysowerhede oop.⁵⁷⁶

Die positiewe verpligting om aan hierdie reg gehoor te gee, word volgens artikel 29 in twee verdeel. Aan die een kant word 'n verpligting op die staat geplaas om basiese onderwys in die amptelike taal van keuse beskikbaar te stel, waar dit redelikerwys uitvoerbaar is. Hierdie verpligting geld ook vir verdere onderwys in die amptelike taal van eie keuse.⁵⁷⁷ Ruimte word ook in artikel 29(3) vir die stigting van privaat onderwysinstellings geskep, op voorwaarde dat hierdie instellings nie op grond van ras diskrimineer nie, by die staat geregistreer word en standarde handhaaf wat nie minderwaardig is vergeleke met standarde by vergelykbare openbare onderwysinstellings nie.

Die reg op basiese onderwys in die amptelike taal van eie keuse is slegs tot die elf amptelike tale beperk en sluit dus nie die tale van minderheidsgroepe soos die Khoi of Nama, of sprekers van enige van die “ander tale” waarna in artikel 6 verwys word in nie. Die implikasie van die woordkeuse van “redelikerwys doenlik” is ook die onderwerp van hewige debat. In die saak van *Ex parte Gauteng Provincial Legislature in re Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the Gauteng School education Bill of 1995*⁵⁷⁸ het die hof by monde van regter Kriegler dit gestel dat die woorde “redelikerwys doenlik” objektief beregbaar is deur die hof, hoewel dit noodwendig buigsaam toegepas moet word ten einde 'n wye verskeidenheid omstandighede te verreken.⁵⁷⁹ Daar kan nie oortuigend aangevoer word dat hierdie artikel impliseer dat elke skool en universiteit onderrig in al elf tale moet aanbied nie. 'n Meer praktiese interpretasie is dat skole op onderrig in die moedertaal van 'n bepaalde taalgemeenskap moet fokus en dat tersiêre instellings op onderwys in twee of drie van die amptelike tale moet fokus.

⁵⁷⁵ Malan K (Junie 2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: 261 – 283, 265.

⁵⁷⁶ Sien ook Malan K (Junie 2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: 261 – 283, 265.

⁵⁷⁷ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 638.

⁵⁷⁸ 1996 (3) SA 165 (CC) by para 41.

⁵⁷⁹ Sien ook Currie I en De Waal J (2005) *The Bill of Rights Handbook* 637.

Die internasionale praktyk is ook om in hierdie verband van 'n glykskaal-formule gebruik te maak.⁵⁸⁰ Volgens hierdie glykskaal moet twee faktore in berekening gebring word om te bepaal in watter mate die beperking van hierdie reg regverdig kan word. Die eerste faktor is die omvang van die aantal sprekers van die betrokke taal in 'n bepaalde gebied. Die tweede is die vlak van onderwys, ingevolge waarvan geoordeel word dat die beperking van hierdie reg moeiliker regverdigbaar is hoe laer die vlak van onderwys is wat ter sprake is.⁵⁸¹ Dit is te verstane dat dit moeiliker regverdigbaar is om moedertaalonderrig te weier aan 'n sesjarige wat vir graad 1 inskryf as vir 'n nagraadse student wat 'n proefskrif wil doen.

4.5.2 Die Skolewet

Om verder uitvoering aan die bepalings van die grondwet te gee en onderwys in Suid-Afrika te reguleer, is die Suid-Afrikaanse Skolewet⁵⁸² (hierna "die Wet") op 6 November 1996 aangegaan. Die Wet het op 1 Januarie 1997 in werking getree. Die Wet het onder meer ten doel om 'n nuwe nasionale stelsel vir skole te skep ten einde die onregte in onderwysvoorsiening van die verlede reg te stel, onderwys van progressief hoë gehalte aan alle leerders te voorsien en op hierdie wyse 'n hegte fondament vir die ontwikkeling van almal se talente en bekwaamhede te lê, die demokratiese transformasie van die gemeenskap te bevorder, rassisme en seksisme en alle ander vorms van onregverdige diskriminasie en onverdraagsaamheid te bekamp, tot die uitwissing van armoede en die ekonomiese welstand van die gemeenskap by te dra, Suid-Afrika se verskeidenheid kulture en tale te beskerm en bevorder, die regte van alle leerders, ouers en opvoeders te handhaaf, en hulle aanvaarding van verantwoordelikheid vir die organisasie, beheer en finansiering van skole in vennootskap met die staat te bevorder.⁵⁸³

Artikel 6 het op die voertaalbeleid van skole betrekking. Dit bepaal:

- "(1) Behoudens die Grondwet en hierdie Wet kan die Minister, ná oorleg met die Raad van Onderwysministers, by wyse van kennisgewing in die *Staatskoerant*

⁵⁸⁰ De Varennes F (21 Maart 1997) *To Speak or not to Speak: The Rights of Persons Belonging to Linguistic Minorities*; Working Paper prepared for the UN Sub-Committee on the Rights of Minorities

⁵⁸¹ Currie I en De Waal J (2005) *The Bill of Rights Handbook* 67.

⁵⁸² Wet 84 van 1996.

⁵⁸³ Aanhef tot die Wet.

- norme en standaarde vir taalbeleid in openbare skole vasstel.
- “(2) Die beheerliggaam van ’n openbare skool kan die taalbeleid van die skool bepaal, behoudens die Grondwet, hierdie Wet en enige toepaslike provinsiale wet.
- “(3) Geen vorm van rassediskriminasie mag in die uitvoering van beleid wat kragtens hierdie artikel bepaal is, plaasvind nie.
- “(4) ’n Erkende Gebaretaal het die status van ’n amptelike taal vir die doeleindes van onderrig in ’n openbare skool.”

Die Wet skep dus in artikel 6(2) ’n bevoegdheid vir beheerliggame van openbare skole om die taalbeleid van die betrokke skool te bepaal. Die Wet bepaal dus dat die taalbeleid van ’n openbare skool deur die beheerliggaam van die betrokke skool bepaal mag word,⁵⁸⁴ maar dat geen vorm van rassediskriminasie by die toepassing van sodanige beleid mag plaasvind nie.⁵⁸⁵ Artikel 16(1) bepaal dat, behoudens ander bepalings in die Wet, die beheer van elke openbare skool in sy beheerliggaam gesetel is. ’n Beheerliggaam is ’n staatsorgaan kragtens artikel 239 van die grondwet.⁵⁸⁶

Die toelatingsbeleid van leerlinge tot ’n openbare skool word ingevolge artikel 5(5) van die Wet deur die beheerliggaam bepaal. Die beheerliggaam mag egter ingevolge artikel 5(2) nie enige toets wat verband hou met die toelating van ’n leerder tot ’n openbare skool toepas, of die prinsipaal van die skool of enige ander persoon opdrag gee of magtig om so ’n toets toe te pas nie.⁵⁸⁷

Volgens artikel 6(1) van die Wet kan die Minister van Onderwys,⁵⁸⁸ behoudens die grondwet en die bepalings van die Wet, ná oorleg met die Raad van Onderwysministers⁵⁸⁹ by wyse van kennisgewing in die Staatskoerant norme en

⁵⁸⁴ Artikel 6(2). Hierdie bepaling is egter in die Ermelo-saak gekwalifiseer, soos wat in die bespreking wat hierop volg duidelik blyk.

⁵⁸⁵ Artikel 6(3).

⁵⁸⁶ ’n Staatsorgaan word in artikel 239 gedefinieer as: (a) enige staatsdepartement of administrasie in die nasionale, provinsiale of plaaslike regeringsfeer; of (b) enige ander funksionaris of instelling wat– (i) ingevolge die Grondwet of ’n provinsiale grondwet ’n bevoegdheid uitoefen of ’n funksie verrig; of (ii) ingevolge wetgewing ’n openbare bevoegdheid uitoefen of ’n openbare funksie verrig; maar nie ook ’n hof of ’n regterlike beampte nie.

⁵⁸⁷ Hierdie bepaling is in ooreenstemming met die vroeëre uitspraak in *In re Schools Education Bill of 1995 (Gauteng)* 1996 4 537 (CC). Sien ook Malan K (Junie 2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: 261–83, 266.

⁵⁸⁸ Tans die Minister van Basiese Onderwys.

⁵⁸⁹ Die Raad van Onderwysministers bestaan uit al die provinsiale LUR’e vir onderwys.

standaarde vir taalbeleid in openbare skole vasstel. Artikel 6(2) bepaal verder dat die beheerliggaam van 'n openbare skool die taalbeleid van die skool kan bepaal, behoudens die Grondwet, die Wet en enige toepaslike provinsiale wet.⁵⁹⁰

Die funksies van 'n beheerliggaam word in artikel 20 van die Wet uiteengesit. Artikel 21 sit verdere werksaamhede uiteen wat op aansoek van die beheerliggaam deur die hoof van die onderwysdepartement aan die betrokke beheerliggaam toegewys kan word. Artikel 22 bepaal dat die departementshoof van basiese onderwys 'n beheerliggaam sy funksies mag ontnem as daar redelike gronde vir die ontneming bestaan.

Artikel 25 bepaal dat die departementshoof op redelike gronde kan bepaal dat 'n beheerliggaam opgehou het om te funksioneer of om werksaamhede wat ingevolge die Wet daaraan opgedra is, te verrig. In hierdie geval moet die departementshoof voldoende persone aanstel om al sulke werksaamhede vir 'n tydperk van hoogstens drie maande te verrig. Die departementshoof kan hierdie tydperk met verdere periodes van hoogstens drie maande elk verleng, maar die totale verlengde tydperk mag nie een jaar oorskry nie.

Die minister het kragtens artikel 6(1) *Norme en Standaarde* oor taalbeleid in die Staatskoerant⁵⁹¹ vasgestel. Artikels C2 en D3 is veral pertinent. Dit lui soos volg:

- “C2 Waar daar minder as 40 versoeke in grade 1 tot 6, of minder as 35 versoeke in grade 7 tot 12 is vir onderrig in 'n taal in 'n bepaalde graad wat nie reeds deur 'n skool in 'n betrokke distrik aangebied word nie, sal die hoof van die provinsiale onderwysdepartement bepaal hoe die behoeftes van die betrokke leerders bevredig sal word, met inagneming van:
- “(a) die plig van die Staat en die reg van die kinders in terme van die Grondwet, waarby ingesluit is;
 - “(b) die behoefte om gelykheid te bewerkstellig;
 - “(d) die behoefte om die gevolge van ras-diskriminerende wette en gebruike van die verlede te herstel;
 - “(e) praktiese uitvoerbaarheid, en
 - “(f) die advies van die bestuursliggame en skoolhoofde van die betrokke skole.

⁵⁹⁰ Sien ook in hierdie verband die bespreking van die Ermelo-saak wat hierop volg.

⁵⁹¹ Goewermentskennisgewing 1701, *Staatskoerant 18546* van 19 Desember 1997.

“D3 Dit is redelikerwys prakties uitvoerbaar om onderrig in ’n bepaalde onderrigtaal te voorsien as ten minste 40 leerders in grade 1 tot 6, of 35 in grade 7 tot 12 in ’n bepaalde graad dit in ’n bepaalde taal versoek.”⁵⁹²

Hierdie *Norme en Standaarde* skep nie ’n afdwingbare reg nie en dien as riglyne wat deur die Minister van Onderwys geformuleer is, skryf Malan. Hy gaan voort: “Die 40/35 riglyn van artikel D3 is derhalwe ook bloot ’n riglyn oor wanneer die staat dit sal beskou dat die reg om onderwys in ’n bepaalde ampstaal te ontvang, gevestig is. Die reg om in ’n bepaalde taal onderrig by ’n bepaalde skool te ontvang, vestig dus nie outomaties nie.”⁵⁹³

Artikel 6(2) van die wet skep dus vir beheerliggame die bevoegdheid om skole se voertaalbeleid te bepaal. Hierdie artikel, saamgelees met artikel 29(c) van die grondwet bied dus vir taal- en minderheidsgemeenskappe ’n beduidende vorm van beskerming om die reg op taal in onderwys te waarborg. Dit is egter nodig om vas te stel in watter mate hierdie reg in regspraak tot uitdrukking kom.

4.5.3 Regspraak

4.5.3.1 *Laerskool Middelburg en ’n Ander v Departementshoof Mpumalanga Departement van Onderwys en Andere*

In die saak van *Laerskool Middelburg en ’n Ander v Departementshoof Mpumalanga Departement van Onderwys en Andere*⁵⁹⁴ (hierna “die Middelburg-saak”) het ’n senior amptenaar van die onderwysdepartement van Mpumalanga die Laerskool Middelburg gelas om vanaf die begin van 2002 na parallelmedium oor te skakel en 20 leerlinge by die skool in te skryf wat in Engels onderrig moes word. Op daardie stadium was Laerskool Middelburg waarskynlik die beste skool in die dorp. Dit was ook die enigste openbare skool in sirkel 3 van die Nkangala-streek van Middelburg, Mpumalanga wat Afrikaans as uitsluitlike onderrigmedium gebruik het. Die skool het

⁵⁹² Ook aangehaal in Malan K (Junie 2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: 261–283, 267.

⁵⁹³ Malan K (Junie 2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: 261–283, 267.

⁵⁹⁴ 2002 4 All SA 745 (T).

egter geweier om hierdie opdrag uit te voer en op 14 Januarie 2002 het die departement die skoolhoof se bevoegdheid om leerlinge by die skool in te skryf, ingetrek. Op die eerste skooldag (15 Januarie) het 'n amptenaar van die departement saam met agt kinders by die skool opgedaag en hulle as leerlinge by die skool ingeskryf.⁵⁹⁵ Die amptenaar was ook vergesel deur die ouers van die leerlinge, agt senior amptenare van die Departement van Onderwys, lede van die Suid-Afrikaanse Polisiediens (SAPD), lede van die plaaslike stadsraad en verskeie politici, wat 'n parlamentslid van die ANC ingesluit het, sowel as verteenwoordigers van die ANC Jeugliga. Die afgevaardigdes het die geleentheid gebruik om verskeie politieke toesprake te hou, waartydens die noodsaak dat die skool “getransformeer” moet word, beklemtoon is. Die noodsaak om te “transformeer” is ook in die departementshoof en die LUR vir onderwys se eedsverklarings beklemtoon.⁵⁹⁶

Die hof het opgemerk dat dit voorkom asof die LUR in beginsel reeds besluit het om in weerwil van artikel 29(2) van die grondwet met Afrikaanse enkelmediumskole in die provinsie weg te doen. Gedurende mondelinge argument is ook namens die respondente toegegee dat dit klaarblyklik die benadering van die respondente was.⁵⁹⁷ Geen onderrigmateriaal is deur die respondente verskaf aan die nuwe leerlinge wat by die skool ingeskryf is nie, en die skool moes dit uiteindelik uit sy eie fondse doen. Die respondente wou ook nie toestem tot 'n bevel dat benodigde nuwe klaskamers by die skool opgerig word nie.⁵⁹⁸ Die respondente se verwaarlosing van die belange van die kinders het daartoe gelei dat die hof 'n kurator moes aanstel om na die belange van die kinders om te sien.⁵⁹⁹ Die kurator se verslag het aangetoon dat die leerlinge met gemak by enige van die ander naburige skole geplaas sou kon word en dat dit in daardie geval nie 'n verandering van die taalbeleid by die betrokke skool sou noodsaak nie.⁶⁰⁰

⁵⁹⁵ p 747.

⁵⁹⁶ p 752–753.

⁵⁹⁷ p 750.

⁵⁹⁸ Malan skryf dat hierdie feit 'n bevestiging is van die departement se fokus op sy eie politieke beheptheid, in plaas van hulle verpligting jeens onderwys in die provinsie (Malan K (Junie 2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: 261–283, 268.)

⁵⁹⁹ p 753.

⁶⁰⁰ p 749. Malan merk op dat die onderwysdepartement nouliks op die belange van die leerlinge wat dit by die skool wou inskryf, ag geslaan het en dat daar in die eedsverklarings tot die saak bykans geen melding gemaak is van die kinders se persoonlike omstandighede, of van hulle taalvaardighede nie. Die betrokke leerders was blykbaar almal swart kinders wat nie Engels as moedertaal gepraat het

Die departement het verder nie gehoor gegee aan artikel C3 van die *Norme en Standaarde* wat as riglyne neergelê is nie. Artikel C3 bepaal dat die kapasiteit van die ander skole in 'n bepaalde onderwysdistrik wat die onderrig in die verlangde onderrigtaal (Engels in hierdie geval) aanbied, ten volle benut moet wees voordat die status van 'n enkelmediumskool (Afrikaans in hierdie geval) in daardie distrik verander kan word. Malan verduidelik dit so:

“In praktiese terme beteken dit dat die opening van 'n Engelse onderrigbaan by 'n bestaande Afrikaanse enkelmediumskool slegs ter sprake kan kom wanneer die onderwyser/leerling-verhouding by die ander skole in grade 1 tot 6 reeds 1/40 of vir grade 7 tot 12 reeds 1/35 bereik het; verder dat ten minste 40 leerlinge per graad in grade 1 tot 6 of ten minste 35 in graad 7 tot 12 onderwys in Engels in die Afrikaanse enkelmediumskool versoek.”⁶⁰¹

“Die departement het dus klaarblyklik op die skool en die beheerliggaam se bevoegdhede inbreuk gemaak en magte vir hulself aangematig,” skryf Malan. Hierdie inbreuk moet egter opgeweeg word teen die belange van die leerlinge wat weens die respondente se optrede by die geskil betrek is.⁶⁰²

In die betrokke saak het die skool egter weens bona fide oorwegings gesloer om sy hofaansoek te rig en die aansoek het eers agt maande nadat die kinders in die skool ingeskryf is voor die hof gediën.⁶⁰³ Teen daardie tyd het 'n belang reeds by die kinders gevestig om by die skool aan te bly. Die hof het opgemerk dat die optrede van die respondente ter syde gestel sou word indien die aansoek vroeër bereg sou word, maar dat die belang van die kinders die deurslaggewende rol moes speel.⁶⁰⁴ Gevolglik is die skool se aansoek van die hand gewys en die kinders kon by die skool aanbly.⁶⁰⁵ Die hof het egter die respondente se optrede skerp gekritiseer:

“Die respondente se optrede is nie bo kritiek verhewe nie – eerste en tweede respondente het die bestaande administratiewe voorskrifte verontagsaam wat onder

nie (Malan K (Junie 2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: 261–283, 268.)

⁶⁰¹ Malan K (Junie 2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: 261–283, 268.

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ p 756.

⁶⁰⁴ p 75, 756.

⁶⁰⁵ p 757.

andere daargestel is ter beskerming van taal- en kultuurbelange wat vir baie mense kosbaar is. Hulle het die onderhawige aansoek met mag en mening bestry, al moes hulle *ab initio* geweet het dat hulle administratiewe optrede verkeerd was. Die houding wat die respondente inneem, gaan nie net mank aan 'n erkenning van die applikante se regte nie, maar ook aan respek vir die applikante se menings, aan eerbied vir die applikante se verknogtheid aan hulle taal en kultuur en verontagsaam die belange van die individuele leerders wat deur die respondente by hierdie proses betrek is.”⁶⁰⁶

Die hof het verder beslis dat die respondente die applikant se regskoste op prokureur-en-kliënt-skaal moet betaal.⁶⁰⁷ Smit het die uitspraak egter gekritiseer omdat die hof na sy oordeel oormatige klem geplaas het op die korttermyn-belange van die kinders wat in Engels onderrig moes word, terwyl ander oorwegings nie na behore in ag geneem is nie.⁶⁰⁸

Dit blyk dus dat die regte wat ingevolge artikel 29(2) van die grondwet aan die beheerliggaam gewaarborg is in hierdie saak ingekort is en dat die beheerliggaam se bevoegdhede ingevolge artikel 6(2) van die wet ook verontagsaam is.

4.5.3.2 *Western Cape v Governing Body, Mikro Primary School*

In die *Mikro*-saak⁶⁰⁹ het die beheerliggaam (die eerste respondent) van Mikro Laerskool (die tweede respondent) geweier om gehoor te gee aan die Wes-Kaap se Departement van Onderwys se aandrang dat die skool se taalmedium na parallelmedium verander. Die skool was 'n Afrikaanse enkelmedium-laerskool. Die beheerliggaam het by die departement appèl aangeteken teen die opdrag om die taalbeleid te verander. Die appèl is egter op die eerste skooldag van 2005 van die hand gewys. Op daardie dag het 21 leerlinge saam met die meeste van hulle ouers en 'n direkteur van die onderwysdepartement by die skool opgedaag. Die direkteur het aangedring dat die kinders by die skool ingeskryf word. Die direkteur het 'n versoek van die voorsitter van die skool se beheerliggaam om die saak in die personeelkamer te bespreek van die hand gewys en nadat die kinders by die skool

⁶⁰⁶ p 756.

⁶⁰⁷ p 757.

⁶⁰⁸ Smit MH (2008) *Language Rights and the Best Interest of the Child* Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 38–53, 50. Ook aangehaal in Malan K (Junie 2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: 261–283, 269.

⁶⁰⁹ 2005 3 All SA 436 (SCA).

ingeskryf is, het hulle ook, op die direkteur se aandrang, die saalopening bygewoon.⁶¹⁰

Die hoë hof het die onderwysdepartement se opdrag ter syde gestel en beveel dat die departement nie die skool kon dwing om leerlinge in die skool toe te laat as dit op 'n oortreding van die skool se taalbeleid sou neerkom nie. Die departement is ook beveel om nie sy amptenare toe te laat om in die professionele aktiwiteite en bestuur van die skool in te meng nie en om toe te sien dat die betrokke leerlinge in ander skole opgeneem word.⁶¹¹

Die Hoogste Hof van Appèl het die beslissing en bevel van die hoë hof bevestig en die onderwysdepartement se argument dat die reg kragtens artikel 29(2) van die grondwet om onderwys in die ampstaal van keuse in openbare onderwysinstellings te ontvang, teen elke individuele skool afdwingbaar is, van die hand gewys. Die hof het wel beslis dat hierdie reg teen die staat in die algemeen afdwingbaar is.⁶¹²

Oor die regte en bevoegdhede van die Minister van Onderwys met betrekking tot die taalbeleid van 'n skool het die hof hom soos volg uitgespreek:

“Except in the case of new schools, the governance of the school and the admission and language policy of the school are to be determined by the governing body of the school subject to the provisions of the Act and any applicable provincial law. Neither the Act, nor the Norms and Standards, confer any power on the first or the second appellants to determine the language or the admission policy of a public school save in the case of a new public school.”⁶¹³

Gevolgtrek is die appèl in die saak van die hand gewys en die departement moes die leerlinge wat dit vir onderrig in Engels op *Mikro* wou afdwing by ander skole inskryf.⁶¹⁴

In die betrokke saak is daar op brutale wyse inbreuk gemaak op die beheerliggaam se bevoegdhede deur die owerhede.

⁶¹⁰ p 443 by para 15.

⁶¹¹ p 439, by para 1.

⁶¹² Mikro-saak se beslissing dat artikel 29(2) nie teen elke skool afdwingbaar is nie, maar wel teen die staat in die algemeen.

⁶¹³ p 449 by para 32.

⁶¹⁴ p 456 by para 59.

4.5.3.3 *Head of Mpumalanga Department of Education and Another v Hoërskool Ermelo and Others*

Die saak van *Head of Mpumalanga Department of Education and Another v Hoërskool Ermelo and Others*⁶¹⁵ het gehandel oor die sogenaamde reg op moedertaalonderrig en die reg van onderwysowerhede om in hierdie verband aan skoolbeheerliggame voor te skryf.

Hoërskool Ermelo, 'n enkelmedium Afrikaanse skool wat akademies uitstekend presteer het,⁶¹⁶ het aansienlik minder ingeskrewe leerlinge gehad as wat die skool se kapasiteit toegelaat het.⁶¹⁷ Vroeg in 2006 het die Departement van Onderwys die skool versoek om 27 graad 8-leerders wat nie in enige van die Engelse skole akkommodeer kon word nie, te laat inskryf. Die skool het aanvanklik geweier en aangevoer dat die kinders nie in Engels by die skool geakkommodeer sou kon word nie. Die skool se waskamers is later ingerig om hierdie kinders in Engels te akkommodeer. In 2007 het die departement versoek dat 'n bykomende 113 leerlinge by die skool ingeskryf word en dat hierdie kinders in Engels onderrig word. Versuim om aan hierdie versoek gehoor te gee, het die departement in 'n skrywe verklaar, sou tot summiere dissiplinêre optrede lei.

Die voorsitter van die beheerliggaam het hierop geantwoord en verklaar dat die kinders welkom is om by die skool in te skryf, op voorwaarde dat hulle by die skool se enkelmedium Afrikaanse taalbeleid inskakel. Die volgende dag het 71 kinders saam met hulle ouers en verteenwoordigers van die Departement van Onderwys by die skool opgedaag en aangedring om ingeskryf te word. Die skoolhoof het geantwoord dat die kinders ingeskryf kan word indien hulle instem tot Afrikaanse onderrig. Die kinders het die skool verlaat en versuim om in te skryf.

⁶¹⁵ 2010 (3) BCLR 177 (CC).

⁶¹⁶ Die skool het voor die aanvang van die saak vir vyf agtereenvolgende jare 'n 100%-slaagsyfer gehandhaaf. In 2006 het die skool 178 matriekonderskeidings ingepalm.

⁶¹⁷ In 2007 het die skool oor 'n totaal van 685 ingeskrewe leerlinge beskik, hoewel die skool gebou is om 1 200 leerlinge te akkommodeer.

Twee weke later het amptenare van die departement die beheerliggaam in 'n skrywe in kennis gestel dat die hoof van die departement besluit het om hulle funksie om die skool se taalbeleid te bepaal met onmiddellike effek op te skort.⁶¹⁸ Die beheerliggaam is verder in kennis gestel dat 113 Engelse leerders onmiddellik by die skool ingeskryf moet word, dat 'n tussentydse komitee aangestel is om hierdie proses te behartig en dat die skool se taalbeleid moet verander ten einde hierdie kinders in Engels te akkommodeer. Die ouers van die kinders het die volgende dag by die skool opgedaag om hulle kinders in te skryf. Die skoolhoof het egter geweier om die kinders in te skryf, aangesien die skool se taalbeleid volgens hom nie verander het nie.

Die skool se beheerliggaam het aangevoer dat die departement se ingryping prosedureel onbillik was en by die hof aansoek gedoen vir 'n dringende interdik om die departement se besluit om die beheerliggaam se funksie om die taalbeleid te bepaal, ter syde te stel.

Die hoë hof het eers op 2 September uitspraak gegee. In die uitspraak is die aansoek afgewys. Die hof het selfs verlov tot appèl na die Hoogste Hof van Appèl geweier. Die Appèlhof het egter verlov tot appèl toegestaan. In die Hoogste Hof van Appèl is die beheerliggaam se aansoek toegestaan en die departement se ingryping ter syde gestel. Die hof het beslis dat die saak uitsluitlik oor die *rule of law* handel en nie oor die skool se taalbeleid nie.⁶¹⁹ Die praktiese effek van die Appèlhof se uitspraak is dat die parallelmedium-taalbeleid ter syde gestel is en die enkelmedium Afrikaanse taalbeleid weer ingestel is.⁶²⁰

Die hof het gesê dat die kwessie binne die konteks van Suid-Afrika se geskiedenis van rassediskriminasie beskou moet word, maar dat hierdie patrone van diskriminasie beveg moet word op 'n manier wat prosedureel billik is.⁶²¹ Die hof het verder bevind dat artikel 29(2) se verwysing na “redelike uitvoerbaarheid” met betrekking tot die beskikbaarheid van moedertaalonderrig in die lig van alle relevante

⁶¹⁸ Die departement het aangevoer dat daar met hierdie skrywe ooreenkomstig artikels 22(1) en (3) en 25(1) van die Skolewet opgetree word.

⁶¹⁹ By para 33.

⁶²⁰ By para 36.

⁶²¹ By para 47.

omstandighede vertolk moet word. Dit sluit die beskikbaarheid en toeganklikheid van openbare skole, hulle inskrywingsvlakke, die medium van onderrig wat deur die beheerliggaam bepaal is, die taalkeuses wat leerders en hulle ouers gemaak het en die leerplan in.⁶²²

“An important consideration will always be whether the State has taken reasonable and positive measures to make the right to basic education increasingly available and accessible to everyone in a language of choice. It must follow that when a learner already enjoys the benefit of being taught in an official language of choice the State bears the negative duty not to take away or diminish the right without appropriate justification.”⁶²³

Die reg op moedertaalonderrig word in die saak dus gestel teenoor die reg op toegang tot basiese onderwys, sonder dat daar onregverdig teen enige leerling gediskrimineer word.⁶²⁴

Die hof het die beheerliggaam se bevoegdheid om die skool se taalbeleid te bepaal, herbevestig, maar bygevoeg dat hierdie reg steeds aan die grondwet onderworpe is. Die hof het die beperking van ’n beheerliggaam se reg om ’n taalbeleid te bepaal spesifiek uitgelê binne die konteks van wat Moseneke R beskryf as patrone van rassediskriminasie wat steeds in die Suid-Afrikaanse samelewing sigbaar is.⁶²⁵

“It is, therefore, clear that the determination of language policy in a public school is a power that in the first instance must be exercised by the governing body. The power must be exercised subject to the limitations that the Constitution and the Schools Act or any provincial law laid down. Even more importantly it must be understood within the broader constitutional scheme to make education progressively available and accessible to everyone, taking into consideration what is fair, practicable and enhances historical redress.”⁶²⁶

Die hof het verder beslis dat die departementshoof wel ’n skool se taalbeleid mag onttrek, op voorwaarde dat redelike gronde daarvoor bestaan.⁶²⁷ Die hof voeg by dat die moontlikheid dat hierdie statutêre mag misbruik kan word, nie die omvang van die

⁶²² By para 52.

⁶²³ By para 52.

⁶²⁴ By para 76.

⁶²⁵ By para 41.

⁶²⁶ By para 61.

⁶²⁷ By para 71.

mag kan bepaal nie, aangesien daar voldoende remedies bestaan om magsmisbruik te beveg.⁶²⁸

Ten slotte bevind die hof dat die departementshoof prosedureel onbillik opgetree het toe hy die beheerliggaam ontbind het en 'n tussentydse beheerliggaam aangestel het. Die feit dat die departementshoof nie met die skool se taalbeleid saamgestem het nie, kan nie impliseer dat die beheerliggaam nie funksioneer nie.⁶²⁹ Die tussentydse beheerliggaam en die nuwe taalbeleid wat deur die betrokke liggaam aanvaar is, is gevolglik nietig verklaar.⁶³⁰

Die belang van die Ermelo-saak is egter nie die uitspraak met betrekking tot die prosedurele aspek van die saak nie, maar die bevel wat met betrekking tot die taalbeleid gemaak is.

Die hof het die verswakking van die beheerliggaam se bevoegdhede om taalbeleid te bepaal bevestig.

Ingevolge artikel 172(1)(b) van die grondwet het die Konstitusionele Hof verder gegaan as wat van die hof verwag is en 'n bevel gegee met betrekking tot die wettige taalbeleid wat op daardie stadium by die skool toegepas is. Artikel 172(1)(b) bepaal dat die Konstitusionele Hof enige bevel kan gee wat regverdig en billik is, met inbegrip van 'n bevel wat die terugwerkendheid van die ongeldigverklaring beperk; en 'n bevel wat die ongeldigverklaring vir enige tydperk en op enige voorwaardes opskort ten einde die bevoegde gesag toe te laat om die gebrek reg te stel.

Gevolglik het die hof, ten spyte van die bevel dat die departement se optrede onwettig was, beveel dat die skool tog sy taalbeleid moet verander:

“In the present matter, it is just and equitable to all concerned that the school governing body be directed to reconsider the school language policy in the light of the considerations set out in this judgment. These considerations are underpinned by an understanding of the power to determine language policy in terms of section 6(2) of

⁶²⁸ By para 72.

⁶²⁹ By para 85–86.

⁶³⁰ By para 89.

the Schools Act as informed by the peremptory provisions of section 29(2) of the Constitution.”⁶³¹

Hierdie uitspraak is gemaak teen die agtergrond van die feit dat daar ’n afname in die skool se inskrywingsgetalle was en dat die skool dus kapasiteit gehad het om Engelse leerlinge in te neem, indien die taalbeleid dit toegelaat het.⁶³² Die Ermelo-saak het dus regspraak in die hoogste hof in die land geskep, ingevolge waarvan die bevoegdheid van ’n beheerliggaam om ’n skool se taalbeleid te bepaal en gevolglik ook die bevoegdheid van ’n leerling om in sy eie taal onderrig te word tot ’n groot mate beperk word deur die reg van leerders wat in Engels onderrig wil word om in die betrokke skole opgeneem te word.

Die Konstitusionele Hof het in die saak van *Head of Mpumalanga Department of Education and Another v Hoërskool Ermelo and Others*⁶³³ aanvaar dat dit wel gevestig is dat moedertaalonderrig die belangrikste en mees doeltreffende medium van onderwys is, veral wanneer dit by jong kinders kom.⁶³⁴ Ten spyte van die feit dat minderhede benadeel word deur die feit dat hulle dikwels nie in hulle eie taal basiese onderrig ontvang nie, skryf Currie en De Waal dat daar algemeen aanvaar word dat die reg op moedertaalonderrig in openbare skole nie ’n ongekwalfiseerde reg is nie.⁶³⁵ Onbeperkte erkenning van die reg op moedertaalonderrig sou volgens hulle onrealisties wees, veral in ’n veeltalige staat soos Suid-Afrika.⁶³⁶

Met verwysing na die Ermelo-saak, voer Malherbe aan dat die grondwetlike beskerming wat aan tale gebied word nie veel werd is nie, aangesien die regering sy plig versuim om hierdie tale op te hef.⁶³⁷

*In die saak van MEC for Education in Gauteng Province and Other v Governing Body of Rivonia Primary School and Others*⁶³⁸ het die Konstitusionele Hof op die uitspraak

⁶³¹ By para 98.

⁶³² By para 100.

⁶³³ 2010 (3) BCLR 177 (CC).

⁶³⁴ By para 50.

⁶³⁵ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 638. Sien ook *Laerskool Middelburg v Departementshoof, Mpumalanga Departement van Onderwys* 2003 (4) SA 160 (T).

⁶³⁶ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 638–639.

⁶³⁷ Malherbe EFJ *Taal in Skole veroorsaak nog ’n slag Hoofbrekens: Regspraak* 2010 TSAR 610.

⁶³⁸ 2013 (6) SA 582 (CC)

van die Ermelo-saak voortgebou en die regering se bevoegdheid om by die funksies van skole se beheerliggame in te meng nog verder bevestig. In die Rivonia-saak is beslis dat die LUR by magte is om 'n besluit van die skoolhoof of die beheerliggaam om 'n kind se aansoek om toelating af te keur, op hersiening te neem en selfs te herroep.⁶³⁹

4.5.4 Gevolgtrekking

In al die sake wat hierbo aangehaal word, blyk dit dat die optrede van die Departement van Onderwys blatant vyandig en in sekere gevalle selfs brutaal was. Dit blyk dat daar ernstige politieke bymotiewe aan die kant van die Departement van Onderwys was en dat die beste belange van die leerlinge en doeltreffende onderwysadministrasie nie noodwendig die deurslaggewende faktor agter die departement se optrede was nie. Dit wil voorkom of die Departement van Onderwys 'n hoër premie plaas op die dryfveer om te transformeer, as wat op die gehalte van onderwys geplaas word.⁶⁴⁰ Die aanstelling van 'n kurator deur die hof in die Middelburg-saak ten einde na die belange van die kinders om te sien, kan as 'n bevestiging hiervan beskou word.

In 2015 het die Suid-Afrikaanse regering 'n verskerpte veldtog van stapel gestuur om Afrikaanse skole te transformeer. Die LUR vir onderwys in Gauteng, Panyaza Lusufi het verklaar dat Afrikaanse skole “onderbenut” word, aangesien hierdie skole oor gehalte infrastruktuur beskik maar nie die gemeenskap se demografiese profiel weerspieël nie⁶⁴¹ Lesufi het verder gesê:

“Ek het 'n taakspan aangestel om al ons skole te omskep sodat dit al ons kinders kan akkomodeer. Die dae dat kinders bloot op grond van die onderrigmedium op skool verdeel word, sal verby wees.”⁶⁴²

In hierdie verband skryf Malan:

⁶³⁹ At para 44.

⁶⁴⁰ Sien ook Malan K (Junie 2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: 261–283, 277.

⁶⁴¹ Sien ook die bespreking oor gelykheid en verteenwoordigheid wat hieronder volg.

⁶⁴² Netwerk24 (16 Mei 2015) Dié Afrikaanse skole in Gauteng kan parallelmedium word.

“Transformasie en rasse-verteenwoordigendheid behoort geen rol hoegenaamd te speel by die vasstelling van onderwysbeleid en die oorweging van die gepastheid al dan nie van die aard van skole (enkelmedium, parallelmedium ens.) nie. Hierdie soort oorwegings word nie in die Grondwet of in enige wetgewing oor onderwys gemagtig nie. Vir sover dit dus wel ’n oogmerk is of ’n rol speel by enige besluite wat met die aard van skole handel, is dit ontoelaatbaar weens die feit dat dit gewoon irrelevant is. Dit kan slegs op grond van ’n ontoelaatbare bymotief by besluitneming hieroor bygehaal word. Dit is geëkte reg dat administratiewe besluite op enige van hierdie grondwet (irrelevante oorwegings of bymotiewe) verbode is.”⁶⁴³

Malan voer egter aan dat die praktyk gewys het dat litigasie nie ’n oplossing bied nie, aangesien die geskil nie *bona fide* is nie. Hy verduidelik:

“Wat derhalwe vereis word, is ’n eenmalige administratiewe oplossing waardeur onderwysowerhede in pas met die reg gebring word eerder as aanhoudende *ad hoc* pogings om by wyse van litigasie te probeer remedieer wat hierdie owerhede volgens hulle eie motiewe reeds verkeerd gedoen het. Daarom word aan die hand gedoen dat die nasionale departement van onderwys, moontlik onder die nodige verantwoordelike politieke leiding, in oorleg met provinsiale onderwysowerhede en met belanghebbende verteenwoordigers vanuit die Afrikaanse gemeenskap by wyse van ’n behoorlike beraadslagende proses tot ’n bevredigende oplossing kom.”⁶⁴⁴

Malherbe voer aan dat ’n bomslike poging (“superhuman effort”) nodig is om betekenisvolle vordering te maak om voldoende toegang tot onderwysgeleentheid te bied aan miljoene mense wat in armoede leef, maar dat die grondwetlike raamwerk nie daarin slaag om ’n gesonde balans tussen die grondwetlike waardes van waardigheid, gelykheid en vryheid te handhaaf nie, veral wanneer dit by die beskerming van taal en diversiteit in onderwys kom. Hy voer aan dat die bestaande grondwetlike raamwerk ten opsigte van onderwys daartoe lei dat mense gemarginaliseer word en dat hulle menswaardigheid in die proses geskend word.⁶⁴⁵ Hy gaan voort:

“A clearer understanding is needed of what nation-building is about, and in pursuing everyone's equal worth, it must be appreciated that equality will remain an elusive

⁶⁴³ Malan K (Junie 2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: 261–283, 278.

⁶⁴⁴ Malan K (Junie 2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: 261–283, 278.

⁶⁴⁵ Malherbe EFJ (September 2004) *The Constitutional Framework for Pursuing Equal Opportunities in Education* Perspectives in Education, Volume 22(3), 9–28, 9. Sien ook Malherbe EFJ *Reflections on the Background and Contents of the Education Clause in the South African Bill of Rights* TSAR 1997 (1) 85–99.

dream if people's uniqueness is ignored, and if we fail to pursue equality within the context of their diversity”⁶⁴⁶

4.6 Gelykheid

4.6.1 Inleiding: grondwetlike en wetgewende raamwerk

Enige bespreking oor die mate waarin minderhede in Suid-Afrika beskerm word, sal onvolledig wees indien daar nie na behore vasgestel word of minderhede ingevolge die Suid-Afrikaanse grondwet en toepaslike wetgewing as gelykes behandel word nie.

Die konsep van gelykheid is omstrede, aangesien daar uiteenlopende definisies daarvoor bestaan. Die historiese konteks, wat reeds in hierdie verhandeling behandel is, het ook tot omstredenheid rondom die vraag oor gelyke regte vir minderheidsgemeenskappe bygedra. In sy mees basiese verskyningsvorm beteken gelykheid dat almal wat in dieselfde situasie is dieselfde hanteer moet word.⁶⁴⁷

Daar moet egter onderskei word tussen formele en substantiewe gelykheid. Formele gelykheid beteken dat almal dieselfde behandel moet word en dat die reg van individue wat in dieselfde situasie is op dieselfde wyse moet hanteer. Daarteenoor vereis substantiewe gelykheid van die reg om gelykheid van uitkomst te verseker. Dit kan in bepaalde gevalle selfs nodig wees om ongelyke behandeling toe te pas om in die doel van substantiewe gelykheid te slaag.⁶⁴⁸ Dit is ook die benadering wat in die Suid-Afrikaanse grondwet, asook die wetgewing wat hieronder behandel sal word, aanvaar word.

In hierdie gedeelte sal die grondwetlike raamwerk met betrekking tot gelykheid uiteengesit word. Enkele verwysings sal ook na relevante wetgewing gemaak word. Daar sal dan uiteengesit word dat die term gelykheid sinoniem geword het met die

⁶⁴⁶ Malherbe EFJ (September 2004) *The Constitutional Framework for Pursuing Equal Opportunities in Education* Perspectives in Education, Volume 22(3), 9–28, 9.

⁶⁴⁷ Currie I en De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* 210.

⁶⁴⁸ *Ibid* 213.

idee van “verteenwoordigendheid,” wat meebring dat die nasionale bevolkingsverspreiding op alle vlakke van die samelewing weerspieël moet word. Ten slotte sal uiteengesit word waarom hierdie toedrag van sake ernstig tot minderhede se nadeel strek.

4.6.1.1 Die grondwet

Reeds in die aanhef tot die grondwet word verklaar dat die grondslag gelê moet word vir 'n demokratiese en oop samelewing waarin regering gegrondves is op die wil van die bevolking en elke burger in gelyke mate deur die reg beskerm word. Die noodsaak van gelykheid word ook in artikel 1 van die grondwet bevestig as een van die fundamentele waardes waarop die Republiek van Suid-Afrika gebou moet word:

- “(1) Die Republiek van Suid-Afrika is een, soewereine, demokratiese staat gegrond op die volgende waardes:
 - “(a) Menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbou van menseregte en vryhede.”

In artikel 1(b) word nierassigheid en nie-seksisme ook as fundamentele waardes uitgelig. Artikel 3(2)(a) bepaal dat alle burgers in *gelyke mate* geregtig is op die regte, voorregte en voordele van burgerskap (eie klem). Die konsep van gelykheid word ook in verskeie ander bepalinge beklemtoon, soos wat reeds in hierdie hoofstuk uitgewys is. Die belangrikste bepaling met betrekking tot gelykheid is egter artikel 9. Artikel 9 bepaal soos volg:

- “(1) Elkeen is gelyk voor die reg en het die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg.
- “(2) Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in. Ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder, kan wetgewende en ander maatreëls getref word wat ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is.
- “(3) Die staat mag nie regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand diskrimineer op een of meer gronde nie, met inbegrip van ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte.

- “(4) Geen persoon mag regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand diskrimineer op een of meer gronde ingevolge subartikel (3) nie. Nasionale wetgewing moet verorden word om onbillike diskriminasie te voorkom of te belet.
- “(5) Diskriminasie op een of meer van die gronde in subartikel (3) vermeld, is onbillik, tensy daar vasgestel word dat die diskriminasie billik is.”

Gesien in die lig van die grondwet se herhaalde verwysing na gelykheid is dit te verstane dat die Konstitusionele Hof verklaar het dat die bereiking van gelykheid die hoeksteen van die Suid-Afrikaanse grondwetlike argitektuur is. Die hof gaan voort:

“Thus the achievement of equality is not only a guaranteed and justiciable right in our Bill of Rights but also a core and foundational value; a standard which must inform all law and against which all law must be tested for constitutional consonance.”⁶⁴⁹

Daar word verder in artikel 36 van die grondwet bepaal dat al die regte wat in die handves van regte vervat word onder sekere omstandighede beperk mag word. Hierdie bepaling is van toepassing op die hele handves van menseregte.⁶⁵⁰ Artikel 36 is ook van besondere belang wanneer die reg op gelykheid behandel word, soos wat uit die bespreking wat hierop volg duidelik sal blyk. Artikel 36 bepaal dat die regte in die Handves van Regte slegs kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk kan word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore. Faktore wat spesifiek in ag geneem moet word, is die aard van die reg, die belangrikheid van die doel van die beperking, die aard en omvang van die beperking, die verband tussen die beperking en die doel daarvan, asook 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik.⁶⁵¹

4.6.1.2 Die Wet op Billike Werksgeleenthede

Die *Employment Equity Act*⁶⁵² (hierna “die Wet op Billike Werksgeleenthede” genoem) is op 12 Oktober 1998 bekragtig. In die aanhef tot die Wet word verklaar dat ongelykhede in indiensneming, beroep en inkomste binne-in die nasionale

⁶⁴⁹ *Minister of Finance & Another v Van Heerden* (2004) 25 ILJ 1593 (CC) by para 22.

⁶⁵⁰ Die Handves van Regte strek vanaf artikel 7 tot 38.

⁶⁵¹ Artikel 36(1).

⁶⁵² Wet 55 van 1998. Die Engelse naam word gebruik aangesien die Wet nie in Afrikaans beskikbaar is nie. Daar word egter ook gereeld (verkeerdelik) in Afrikaans na die Wet verwys as die Wet op Gelyke Indiensneming.

arbeidsmark erken word as die gevolg van apartheid en ander diskriminerende wette en praktyke, dat hierdie ongelykhede tot die benadeling van “sekere kategorieë van mense” gelei het en dat hierdie ongelykheid nie bloot reggestel kan word deur diskriminerende wette te herroep nie. Die aanhef bepaal verder dat hierdie Wet onder meer weens die volgende oorwegings ingestel word:

- Om die grondwetlike reg op gelykheid te bevorder en om *ware demokrasie* uit te oefen.
- Om *onregverdige diskriminasie* in die werksplek uit te skakel.
- Om ’n diverse arbeidsmark te bereik wat *breedweg verteenwoordigend* is van die mense van Suid-Afrika.⁶⁵³

Artikel 2 van die Wet is van deurslaggewende belang. Hier word bepaal dat die doel van die Wet is om gelykheid in die werksplek te bewerkstellig deur:

- “(a) Promoting equal opportunity and fair treatment in employment through the elimination of unfair discrimination; and
- (b) implementing affirmative action measures to redress the disadvantages in employment experienced by designated groups, in order to ensure their equitable representation in all occupational levels in the workforce.”⁶⁵⁴

Die aangewese groepe (designated groups) word in die Wet gedefinieer as swart mense, vroue en mense met gestremdhede.⁶⁵⁵ Swart mense word op sy beurt weer gedefinieer as ’n generiese term wat beteken Afrikane, kleurlinge en Indiërs. Die “aangewese groepe” verwys dus, prakties gesproke, na almal behalwe wit mans wat nie gestremd is nie.

Die Wet bepaal dat elke werkgewer verplig word om stappe te doen om gelyke geleenthede in die werkplek te bevorder deur onbillike diskriminasie in enige

⁶⁵³ Eie vertaling en eie klem. Hierdie punte is nie die volledige lys wat in die aanhef tot die Wet uiteengesit word nie. Slegs die bepalings waarna later in hierdie hoofstuk verwys word, is hier uiteengesit. Daar sal later in hierdie hoofstuk uiteengesit word waarom die werkswyse wat in die Wet op Billike Werksgeleenthede uiteengesit word juis nie aan hierdie voornemens kan voldoen nie.

⁶⁵⁴ Artikel 2.

⁶⁵⁵ Artikel 1.

indiensnemingsbeleid of praktyk uit te wis.⁶⁵⁶ Die Wet bepaal verder in artikel 6 soos volg:

- “(1) No person may unfairly discriminate, directly or indirectly, against an employee, in any employment policy or practice, on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, family responsibility, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, HIV status, conscience, belief, political opinion, culture, language and birth.
- “(2) It is not unfair to discriminate to –
- “(a) take affirmative action measures consistent with the purpose of this Act; or
- “(b) distinguish, exclude or prefer any person on the basis of an inherent requirement of a job.”

Hoofstuk 3 van die Wet word spesifiek aan die implementering van regstellende aksie gewy. Elke werkgewer word verplig om regstellende aksie ten behoeve van die aangewese groepe toe te pas.⁶⁵⁷ Verskeie stappe moet gedoen word om hieraan gehoor te gee,⁶⁵⁸ wat die opstel van ’n plan vir gelyke indiensname insluit.⁶⁵⁹ Verskeie maatreëls vir regstellende aksie word in artikel 15 uiteengesit. Daar word ondermeer bepaal dat gelyke verteenwoordiging (“equitable representation”) van toepaslik gekwalifiseerde persone vanuit die aangewese groep op alle vlakke van die arbeidsmag bereik moet word.⁶⁶⁰ Hierdie maatreëls sluit “voorkeurbehandeling” en die bereiking van numeriese doelwitte in.⁶⁶¹

4.6.1.3 Die Swart Bemagtigingswet

Om verder uitvoering aan die bepalings van die Wet op Billike Werksgeleentheid te gee, is die *Broad-Based Black Economic Empowerment Act*⁶⁶² (hierna die Swart Bemagtigingswet genoem) op 7 Januarie 2004 bekragtig.⁶⁶³ Hierdie Wet het ten doel om ’n wetgewende raamwerk te skep waarbinne swart ekonomiese bemagtiging

⁶⁵⁶ Artikel 5.

⁶⁵⁷ Artikel 13(1).

⁶⁵⁸ Sien artikels 13(2) en 15.

⁶⁵⁹ Artikel 13(2)(c). Sien ook artikel 20.

⁶⁶⁰ Artikel 15(d)(i).

⁶⁶¹ Artikel 15(3).

⁶⁶² 53 van 2003.

⁶⁶³ Aanhef tot die Wet.

moet plaasvind. In die aanhef word verder bepaal dat, indien verdere stappe nie gedoen word om doeltreffende deelneming van swart mense aan die Suid-Afrikaanse ekonomie te verhoog nie, die stabiliteit en die welvaart van die ekonomie in die toekoms ondermyn sal word, tot nadeel van alle Suid-Afrikaners.⁶⁶⁴

Swart mense word in die Wet gedefinieer as 'n generiese term wat Afrikane, kleurlinge (bruin mense) en Indiërs insluit.⁶⁶⁵ Wit mense word nie in die Swart Bemagtigingswet, die Wet op Billike Werksgeleenthede, of die Gelykheidswet (wat hierna behandel word) gedefinieer nie. Gegewe die feit dat die Wet op Bevolkingsregistrasie⁶⁶⁶ reeds in 1990 herroep is, kan 'n mens dus aanvaar dat daar vandag geen statutêre definisie vir “wit mense” bestaan nie. Dit is vreemd, veral aangesien al die wette wat in hierdie afdeling aangehaal word, ten doel het om die ekonomiese verhoudings tussen wit mense en swart mense te reguleer.

Swart bemagtiging is in 2001 soos volg deur die *BEE Commission* gedefinieer:

“It is an integrated and coherent socio-economic process. It is located within the context of the country’s national transformation programme, namely the RDP. It is aimed at redressing the imbalances of the past by seeking to substantially and equitably transfer and confer the ownership, management and control of South Africa’s financial and economic resources to the majority of its citizens. It seeks to ensure broader and meaningful participation in the economy by black people to achieve sustainable development and prosperity.”⁶⁶⁷

Die Swart Bemagtigingswet bied egter 'n meer breedvoerige definisie:

“‘broad-based black economic empowerment’ means the economic empowerment of all black people including women, workers, youth, people with disabilities and people living in rural areas through diverse but integrated socio economic strategies that include, but are not limited to –

- “(a) increasing the number of black people that manage, own and control enterprises and productive assets;
- “(b) facilitating ownership and management of enterprises and productive assets by communities, workers, cooperatives and other collective enterprises;

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ Artikel 1.

⁶⁶⁶ Wet 30 van 1950.

⁶⁶⁷ BEE Commission Report (2001) 2.

- “(c) human resource and skills development;
- “(d) achieving equitable representation in all occupational categories and levels in the workforce;
- “(e) preferential procurement; and
- “(f) investment in enterprises that are owned or managed by black people”⁶⁶⁸

Die doelwitte van die Swart Bemagtigingswet sluit die volgende in:

- Die bevordering van ekonomiese transformasie om betekenisvolle deelname aan die ekonomie van die land vir swart mense moontlik te maak.
- Die bereiking van ’n beduidende verandering in die rassesamestelling van eienaarskap en bestuurstrukture in die geskoolde beroepe van bestaande en nuwe ondernemings.
- Die bevordering van beleggingsprogramme wat tot “breedgebaseerde” en betekenisvolle deelname van swart mense aan die ekonomie sal lei, ten einde volhoubare ontwikkeling en algemene voorspoed te bewerkstellig.
- Die bevordering van toegang tot finansiering vir swart ekonomiese bemagtiging.⁶⁶⁹

4.6.1.4 Die Gelykheidswet

Die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*⁶⁷⁰ (afgekort as PEPUDA of “die Gelykheidswet”) het op 16 Junie 2003 in werking getree. Die Wet verklaar dat grondwetlike demokrasie nie kan realiseer indien sosiale en ekonomiese ongelikheid wat deur historiese gebeure bewerkstellig is, nie uitgewis word nie en dat diep gewortelde sistematiese ongelikheid en onbillike diskriminasie die grondwetlike demokrasie in Suid-Afrika ondermyn. Gevolglik het die Wet ten doel om die oorgang na ’n demokratiese samelewing te bewerkstellig.⁶⁷¹ Hierdie invalshoek is vreemd, aangesien hierdie verklaring daarop neerkom dat die Suid-Afrika van 2003 – die jaar waarin die Wet in werking getree het – (nog) nie ’n demokrasie was nie. Of

⁶⁶⁸ Artikel 1.

⁶⁶⁹ Artikel 2.

⁶⁷⁰ Wet 4 van 2000.

⁶⁷¹ Aanhef tot die Gelykheidswet.

die opstellers van hierdie Wet van mening is dat Suid-Afrika sedert die aanvaarding van hierdie Wet wel 'n demokrasie geword het, is 'n ope vraag.

Van al die wette wat met die bevordering van gelykheid gemoeid is, is die Gelykheidswet die enigste wet wat diskriminasie definieer. Diskriminasie word soos volg gedefinieer:

“(D)iscrimination’ means any act or omission, including a policy, law, rule, practice, condition or situation which directly or indirectly –

- “(a) imposes burdens, obligations of disadvantage on; or
- “(b) withholds benefits, opportunities or advantages from,

“any person on one or more of the prohibited grounds.”⁶⁷²

Die sogenaamde “verbode gronde” waarna in die definisie van diskriminasie verwys word, word soos volg uiteengesit:

“(P)rohibited grounds’ are-

“(a) race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth; or

“(b) any other ground where discrimination based on that other ground –

“(i) causes or perpetuates systemic disadvantage;

“(ii) undermines human dignity; or

“(iii) adversely affects the equal enjoyment of a person’s rights and freedoms in a serious manner that is comparable to discrimination on a ground in paragraph (a).”⁶⁷³

Hoewel daar nie in die definisies tussen “diskriminasie” en “onbillike diskriminasie” onderskei word, soos wat pertinent in artikel 9(5) van die grondwet gedoen word nie, word die onderskeid wel in artikel 14 behandel, soos wat uit die bespreking hieronder blyk.

⁶⁷² Artikel 1 van die Gelykheidswet.

⁶⁷³ *Ibid.*

Die Wet het ten doel om aan artikel 9, asook aan die letter en gees van die grondwet, uitvoering te gee.⁶⁷⁴ Dit is in hierdie konteks dat die staat en alle individue volgens die Wet 'n plig en verantwoordelikheid het om gelykheid te bevorder.⁶⁷⁵

Die Wet moet vertolk word nie net om aan die vereistes van die grondwet te voldoen nie, maar ook aan die hand van die internasionale reg, met spesifieke verwysing na die *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, en die *Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*.⁶⁷⁶

Die Wet verbied onbillike diskriminasie deur die staat of enige persoon teen enige persoon.⁶⁷⁷ Onbillike diskriminasie op grond van ras, geslag en gestremdheid word dan in fyn besonderhede uiteengesit in artikels 7, 8 en 9 onderskeidelik. Vir die doeleindes van hierdie studie is die bepaling met betrekking tot onbillike diskriminasie op grond van ras die relevantste. Artikel 7 bepaal dat onbillike diskriminasie op grond van ras die volgende insluit:

- “(a) the dissemination of any propaganda or idea, which propounds the racial superiority or inferiority of any person, including incitement to, or participation in, any form of racial violence;
- “(b) the engagement in any activity which is intended to promote, or has the effect of promoting, exclusivity, based on race;
- “(c) the exclusion of persons of a particular race group under any rule or practice that appears to be legitimate but which is actually aimed at maintaining exclusive control by a particular race group;
- “(d) the provision or continued provision of inferior services to any racial group, compared to those of another racial group;
- “(e) the denial of access to opportunities, including access to services or contractual opportunities for rendering services for consideration, or failing to take steps to reasonably accommodate the needs of such persons.”

⁶⁷⁴ Artikel 2 van die Gelykheidswet.

⁶⁷⁵ Artikel 24 van die Gelykheidswet. Die staat se “plig” en die publiek se “verantwoordelikheid” om gelykheid te bevorder, word in artikels 25 en 26 onderskeidelik uiteengesit. Artikel 27 bepaal dat alle persone, nie-regeringsorganisasies, gemeenskapsgebaseerde organisasies en tradisionele instellings gelykheid moet bevorder.

⁶⁷⁶ Artikel 3 van die Gelykheidswet.

⁶⁷⁷ Artikel 6 van die Gelykheidswet.

Artikel 12 verbied die verspreiding en publisering van inligting wat onbillik diskrimineer, en artikel 14 bied konteks oor die vraag wanneer diskriminasie billik sal wees en wanneer dit onbillik sal wees. Artikel 14(1) bepaal soos volg:

“It is not unfair discrimination to take measures designed to protect or advance persons or categories of persons disadvantaged by unfair discrimination or the members of such groups or categories of persons.”

Die verwysing na “kategorieë persone” impliseer dat daar nie bewys hoef te word dat ’n spesifieke individu deur onbillike diskriminasie benadeel is nie, maar slegs dat die persoon deel van die regte kategorie persone is. Persoonlike omstandighede van die individu (soos sosio-ekonomiese omstandighede) is dus irrelevant. Verskeie faktore moet ingevolge artikel 14(2)(b) in ag geneem word om te bepaal of die diskriminasie billik is.⁶⁷⁸

Hoewel die Wet dit nie uitdruklik bepaal nie, is die praktiese implikasie van hierdie bepaling dat diskriminasie teen wit persone baie makliker as “billike diskriminasie” bestempel kan word, terwyl die geringste vorm van diskriminasie teen swart persone wel as “onbillike diskriminasie beskou sal word.

Artikels 16–23 handel oor die daarstelling en funksies van die Gelykheidshof, wat spesifiek ten doel het om sake ingevolge die Gelykheidswet te bereg.⁶⁷⁹

4.6.2 Gelykheid word verteenwoordigendheid

⁶⁷⁸ Hierdie faktore word in artikel 3 soos volg gelys: “(a) Whether the discrimination impairs or is likely to impair human dignity; (b) the impact or likely impact of the discrimination on the complainant; (c) the position of the complainant in society and whether he or she suffers from patterns of disadvantage or belongs to a group that suffers from such patterns of disadvantage; (d) the nature and extent of the discrimination; (e) whether the discrimination is systemic in nature; whether the discrimination has a legitimate purpose; (f) whether and to what extent the discrimination achieves its purpose; (g) whether there are less restrictive and less disadvantageous means to achieve the purpose; (h) whether and to what extent the respondent has taken such steps as being reasonable in the circumstances to – (i) address the disadvantage which arises from or is related to one or more of the prohibited grounds; or (ii) accommodate diversity.”

⁶⁷⁹ Die hof se magte en funksies word in artikel 21 uiteengesit.

Die Wet op Billike Werksgeleenthede bied 'n statutêre raamwerk ingevolge waarvan regstellende aksie uitgevoer moet word. Soos reeds aangedui, is die Wet aanvaar ten einde die grondwetlike reg op gelykheid te bevorder. Die uiteindelige doel van regstellende aksie moet dus ook wees om gelykheid te bevorder, met inagneming van die werklikhede in Suid-Afrika. Moseneke R omskryf die doel van regstellende aksie soos volg:

“The essence of affirmative action is to differentiate and to prefer a member of a designated group in order to promote and attain substantive equality. Its purpose is to redress the effects of past discrimination and to end discrimination, and by these means, to protect equality.”⁶⁸⁰

Grogan skryf dat die doel van die Wet op Billike Werksgeleenthede is om te verseker dat die nasionale werkende bevolking die demografie van die land as 'n geheel weerspieël.⁶⁸¹ Hy skryf elders dat die doel van die Wet is om die demografiese wanbalans in die arbeidsmag reg te stel deur werkgewers te dwing om struikelblokke tot die bevordering van swart mense, bruin mense, Indiërs, vroue en gestremdes te verwyder en om hierdie kategorieë personeel ingevolge regstellende aksie aktief in alle kategorieë van indiensneming te bevorder.⁶⁸² Dit is ook die rede waarom Basson aanvoer dat regstellende aksie, ingevolge die Wet op Billike Werksgeleenthede, primêr met syfers gemoeid is.⁶⁸³ Mushariwa plaas dit in konteks wanneer sy verklaar dat *verteenwoordigheid* deurslaggewend is.⁶⁸⁴

Dit is hier waar die kern van regstellende aksie, soos bepaal deur die Wet op Billike Werksgeleenthede, gesetel is: *verteenwoordigheid* (in Engels “representivity”).

Die beginsel van *verteenwoordigheid* word vir die eerste keer uiteengesit wanneer daar in die aanhef tot die Wet op Billike Werksgeleenthede verklaar word dat die Wet onder meer ten doel het om 'n diverse arbeidsmark te bereik wat breedweg *verteenwoordigend* is van die mense van Suid-Afrika. Dit word in artikel

⁶⁸⁰ *Naidoo v Minister of Safety and Security & Others* 2013 (3) SA 486 (LC) by para 72.

⁶⁸¹ Grogan J (2012) *Workplace Law* 121.

⁶⁸² *Ibid* 94.

⁶⁸³ Basson AC in Dupper OC *et al* (2004) *Essential Employment Discrimination Law* 259.

⁶⁸⁴ Mushariwa M *Who are the True Beneficiaries of Affirmative Action? - Solidarity obo Barnard v SAPS* 2010 5 BLLR 561 (LC) 439–452, 445.

2(b) van die Wet as een van die doelwitte van die Wet herbevestig, soos hierbo aangedui word.

Hoewel terme soos “verteenwoordigendheid” en “representivity” nou al in die woordeskat van die Suid-Afrikaanse samelewing gevestig is, is dit ironies dat hierdie terme as’t ware nie eers erkende woorde is nie. Dit bevestig die vreemdheid van die beginsel dat die arbeidsmark verteenwoordigend moet wees van die nasionale demografie as maatstaf om gelykheid te bereik.

Malan definieer verteenwoordigendheid soos volg:

“Representivity is the norm in terms of which institutions and organised spheres of people are required to be composed in such a manner that they reflect the national population profile, particularly the racial profile of the national population.”⁶⁸⁵

McGregor voer aan dat hierdie konsep nêrens in die grondwet opgeneem word nie:

“In essence, then, affirmative action measures or employment equity plans strive to achieve ‘equitable representation’ in the workplace. This is differently worded from the constitution, which sets out to promote the achievement of equality and authorising measures which may be taken to assist with achieving equality. The constitution does not use the notions ‘equitably represented,’ ‘equitable representation,’ or ‘designated groups,’ the last of which is defined not by disadvantage, but by race, sex and disability in the Employment Equity Act. Moreover, these notions are found only in the Employment Equity Act. Whether the notion of ‘equality’ may be equated to ‘equitable representation’ is debatable.”⁶⁸⁶

McGregor verduidelik dat die Wet dit duidelik stel dat die ware maatstaf nie werklik *gelykheid* as sodanig is nie, maar dat *verteenwoordigendheid* (representivity) volgens die Wet meer belangrik is.⁶⁸⁷ Rycroft het kort na die verskyning van die Wet op Billike Werkseleenthede reeds verduidelik dat die Wet nie ten doel het om *benadeling* aan te spreek nie, maar *aangewese groepe*. Hy skryf:

⁶⁸⁵ Malan K (2010) *Observations on representivity, democracy and homogenization* TSAR (3) 427-449, 427.

⁶⁸⁶ McGregor M (2013) *Affirmative Action on Trial – Determining the Legitimacy and Fair Application of Remedial Measures* (4) TSAR 650–675, 659. Sien ook McGregor M (2014) *Blowing the Whistle?: The Future of Affirmative Action in South Africa (Part 1)* 26 SA Mercantile Law Journal 60–92, 76.

⁶⁸⁷ McGregor M (2014) *Blowing the Whistle?: The Future of Affirmative Action in South Africa (Part 1)* 26 SA Mercantile Law Journal 60-92, 88.

“It is to be noted that whilst s9(2) of the Constitution sanctions legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination, the target in the Employment Equity Act is not explicitly the concept of disadvantage but ‘designated groups’, defined not by disadvantage, but by race, gender and disability.”⁶⁸⁸

In die saak van *Minister of Finance & Another v Van Heerden*⁶⁸⁹ (hierna “die Van Heerden-saak”) verklaar Moseneke R dat artikel 9(2) van die grondwet vereis dat regstellende aksie ten doel moet hê (en ontwerp moet word) om historiese benadeling reg te stel.⁶⁹⁰ Artikel 2(b) van die Wet op Billike Werksgeleenthede (hierbo aangehaal) bepaal egter dat regstellende aksie nie ten doel het om gelykheid te bevorder nie, maar dat die bereiking van gelykheid as’t ware ’n middel tot ’n ander doel is. Waar die grondwet bepaal dat regstellende aksie toegepas moet word *ten einde* gelykheid te bevorder, bepaal die Wet op Billike Werksgeleenthede dat gelykheid bevorder moet word *ten einde* gelyke verteenwoordiging op alle vlakke van die arbeidsmag te verseker.

Dit beteken dat die ware einddoel van die strewende na gelykheid nie meer in die grondwet te vinde is nie, maar in die Wet op Billike Werksgeleenthede. Wat in die grondwet as die einddoel bestempel word, word in die Wet op Billike Werksgeleenthede bestempel as ’n middel tot die werklike einddoel. Die implikasie hiervan is dat die wyse grondwet (of ten minste die wyse waarop dit vertolk word) vanweë die praktyk as’t ware verander het en dat die Wet op Billike Werksgeleenthede nou aan die grondwet voorskryf. Dit is veral vreemd, aangesien die beginsel van absolute verteenwoordigendheid van die nasionale demografie nêrens in die grondwet te vinde is nie.⁶⁹¹ Artikel 3(a) van die Wet op Billike Werksgeleenthede bepaal egter dat die Wet in ooreenstemming met die grondwet uitgelê moet word. Wat onbeantwoord bly, is hoe die regstelling van historiese diskriminasie daartoe sal lei dat die arbeidsmark skielik presies verteenwoordigend van die nasionale demografie sal word. Die logika in die Wet op Billike Werksgeleenthede is dus ’n *non sequitur*-argument.

⁶⁸⁸ Rycroft A (1999) *Obstacles to Employment Equity?: The Role of Judges and Arbitrators in the Interpretation and Implementation of Affirmative Action Policies* ILJ 1411-1429, 1413-1414.

⁶⁸⁹ (2004) 25 ILJ 1593 (CC)

⁶⁹⁰ By para 28.

⁶⁹¹ Daar word wel in artikel 174(2) bepaal dat die regbank breedweg verteenwoordigend van die nasionale demografie met betrekking tot ras en geslag moet wees.

Anders beskou, verduidelik Malan dat verteenwoordigendheid 'n voorvereiste vir die bereiking van gelykheid geword het. Hy skryf:

“Representivity is viewed as a prerequisite for achieving equality. This is evident from some of the most prominent legislative instruments for the achievement of transformation, namely the Employment Equity Act and the Broad Based Black Economic Empowerment Act. Both these acts ensure representivity as a pivotal instrument for achieving transformation and both acts assert that they are there to achieve equality.”⁶⁹²

Die ware uitdaging in die strewe na absolute verteenwoordiging is egter gesetel in die feit dat daar deurlopend berekeninge gemaak moet word om te bepaal of 'n instelling aan die uiteindelijke doel van verteenwoordiging voldoen. Dit lei tot die absurde vlak van redenering wat in die saak van *Naidoo v Minister of Safety and Security & Others*⁶⁹³ uitgewys is. In dié saak het die Suid-Afrikaanse Polisieagentskap (SAPD) aangevoer dat die nasionale demografie toegepas moet word in die aanstelling van personeel en dat 'n geslagsteiken van 70% mans en 30% vroue gestel is. Die applikant, 'n Indiër-vrou, is 'n geleentheid geweier (Indiërs was op daardie stadium 2,5% van die nasionale demografie). Indien die 19 posisies wat op die tersaaklike vlak volgens die nasionale demografie opgedeel word, sou dit beteken dat 11 deur swart mans (“African males”) gevul moes word en vier deur swart vroue (“African females”), ensovoorts. Ten opsigte van Indiër-vroue, is verduidelik:

“For Indian females the calculation is $19 \times 2,5\% = 0,5$ positions to be filled by Indians; then $0,5 \times 30\% = 0,1$ Indian females, and that is rounded off to zero. Of the five available positions 0,125 could go to Indians, multiplied by 30% gender allocation – meaning 0,037 could be allocated to Indian females, and that is rounded to zero. Indian females on level 14 were ideal because there were none and the ideal was zero. There was one Indian male on level 14, but there ought to be none, whether male or female, as the ideal for Gauteng was zero and no Indian could be appointed.”⁶⁹⁴

Die oënskylnlike absurditeit van die Wet op Billike Werksgeleenthede se benadering tot “gelykheid” kan beter verstaan word indien daar aanvaar word dat die skrywers

⁶⁹² Malan K (2010) *Observations on Representivity, Democracy and Homogenization* TSAR (3) 427-449, 446.

⁶⁹³ 2013 (3) SA 486 (LC).

⁶⁹⁴ Opsomming van die feite in *Naidoo v Minister of Safety and Security & Others* 2013 (3) SA 486 (LC). Ook gevind in para 43–45.

van die Wet in die eerste plek bedoel het om 'n bepaalde politieke ideologie te bevorder en dat die konsep van gelykheid binne hierdie ideologiese raamwerk interpreteer moes word.⁶⁹⁵ Die ANC se sogenaamde Nasionale Demokratiese Rewolusie (NDR) – wat in die voorafgaande hoofstuk behandel is – bepaal dat staatsinstellings aangewend moet word om transformasie binne die raamwerk van die ANC se politieke ideologie te laat plaasvind. Die invalshoek van die Wet op Billike Werksgeleenthede is 'n treffende voorbeeld van die NDR-in-werking.⁶⁹⁶

Hierdie benadering skep verskeie probleme. In die eerste plek bestaan daar, soos reeds uitgewys is, geen logiese skakel tussen verteenwoordigendheid en gelykheid nie. Dit beteken dat die Wet op Billike Werksgeleenthede nooit in sy grondwetlike opdrag om gelykheid te bevorder, sal slaag nie. In die tweede plek skep verteenwoordigendheid die geleentheid om swart kwotas op onbillike wyse, maar onder die dekmantel van die strewe na gelykheid te bevorder. Verteenwoordigendheid maak dit dus nie net maklik nie, maar verpligtend om op groot skaal teen minderheidsgroepe te diskrimineer, soos wat uit die formulering in die Naidoo-saak (hierbo aangehaal) reeds duidelik blyk. Staatsinstellings word verplig om dubbele standaarde te handhaaf en minderhede uit te sluit. Derdens kan aangevoer word dat die strewe na verteenwoordigendheid nie net daarin misluk om substantiewe gelykheid te bewerkstellig nie, maar dat dit selfs 'n maatstaf is waarmee ongelykheid geskep en bevorder kan word, soos wat uit die bespreking wat hierop volg duidelik sal blyk.

Die Barnard-saak

Dit bly egter 'n kwessie van grondwetlike interpretasie. Soos wat hierby duidelik uitgewys word, kan 'n mens maklik tot die gevolgtrekking kom dat die ideologie van verteenwoordigendheid om verskeie redes ongrondwetlik is. Die Konstitusionele Hof het egter tot 'n ander gevolgtrekking gekom in die saak van *SAPS v Solidarity obo Barnard* (hierna “die Barnard-saak”).⁶⁹⁷

⁶⁹⁵ Sien ook Malan K (2010) *Observations on Representivity, Democracy and Homogenization* TSAR (3) 427–449, 436.

⁶⁹⁶ Sien ook Southall R (2008) *The ANC for Sale? Money, Morality & Business in South Africa* Review of African Political Economy 35:116, 281–200, 291.

⁶⁹⁷ 2014 ZACC 23.

Die vertrekpunt van die Barnard-saak se meerderheidsuitspraak in die Konstitusionele Hof, by monde van Moseneke R, is dat die grondwet 'n "transformerende" visie het. Hierdie visie was volgens die hof om magsverhoudinge in die land te heroordink en om aktief stappe te doen om substantiewe gelykheid te bewerkstellig, in die besonder vir hulle wat deur onbillike diskriminasie benadeel is. Dit is nodig, verklaar die hof, aangesien die historiese benadeling steeds oorvloedig is.⁶⁹⁸

Hoewel die Nasionale Kommissaris erken het dat Barnard die beste kandidaat vir die pos was, maar geweier het om haar aan te stel omdat sy wit is, verklaar die hof by monde van Moseneke dat hy geen rede kan vind waarom die Nasionale Kommissaris se optrede onregmatig was nie.⁶⁹⁹ Die hof se argument is dat Barnard se aanstelling verteenwoordiging sou vererger het en dat die Nasionale Kommissaris dus binne sy bevoegdheid opgetree het deur sy diskresie uit te voer.⁷⁰⁰

Die hof bevind:

"In my judgment, the National Commissioner exercised his discretion not to appoint Ms Barnard rationally and reasonably and in accordance with the criteria in the Instruction, in pursuit of employment equity targets envisaged in section 6(2) of the Act. The attempt at reviewing and setting aside his decision would, in any event, have failed."⁷⁰¹

In die minderheidsuitspraak by monde van Cameron R⁷⁰² word lig gewerp op die hof se perspektief oor die kwessie van transformasie. Cameron verklaar dat regstellende aksie op numeriese doelwitte gebaseer moet wees en dat substantiewe gelykheid uitsluitlik bereik kan word deur mense in kategorieë te verdeel en bepaalde voordele te gee aan daardie kategorieë van persone wat benadeling in die verlede beleef het. In sy uitspraak sê Cameron verder dat die Nasionale Kommissaris geregtig was om

⁶⁹⁸ By para 29. Sien ook die uitspraak in *Road Accident Fund v Mdeyide* 2011 (2) SA 26 (CC) by para 125.

⁶⁹⁹ Let we dat die Nasionale Kommissaris besluit het om die pos te skrap en dat niemand in die pos aangestel is nie.

⁷⁰⁰ By para 62.

⁷⁰¹ By para 70.

⁷⁰² Ondersteun deur Froneman R en Majiedt WR.

voorkeur aan rasseverteenvoordinging bo geslagsverteenvoordinging te gee, op voorwaarde dat hy 'n regverdiging daarvoor kan opper.⁷⁰³

In 'n tweede minderheidsuitspraak, by monde van Van der Westhuizen R, word 'n parallel getrek tussen wit Suid-Afrikaners en Nazi-Duitsland wanneer hy sê dat wit Suid-Afrikaners vandag nou wel onskuldig mag wees, maar dat hulle, net soos die kinders van die Nazi's, verantwoording moet doen vir die sondes van hulle ouers.⁷⁰⁴ Daar word aangevoer dat witmense daarmee vrede moet maak dat hulle bepaalde vlakke van benadeling moet beleef, aangesien hulle deel uitmaak van 'n bepaalde kategorie van persone wat op grond van hulle ras bevoorregting beleef.⁷⁰⁵

Van der Westhuizen is van mening dat billikheid nie 'n sterk oorweging in die toepassing van regstellende aksie moet wees nie, aangesien die verwysing na billikheid in artikel 9(3) van die grondwet volgens hom 'n breër en meer algemene toepassing moet geniet.⁷⁰⁶

Daar is myns insiens 'n aantal ernstige gebreke in die wyse waarop die hoogste hof in die land hom oor die beginsel van verteenwoordigendheid uitgespreek het.

Wanneer die hof verklaar dat regstellende aksie toegepas moet word, in die besonder vir hulle wat deur onbillike diskriminasie benadeel is,⁷⁰⁷ maar gebaseer op gelyke waardigheid vir alle mense,⁷⁰⁸ kan 'n mens maklik tot die gevolgtrekking kom dat 'n tipe individuele toets van toepassing moet wees – met ander woorde, dat daar in elke individuele geval bepaal moet word of die persoon wat ter sprake is inderdaad iewers in die verlede die slagoffer van diskriminasie was en of die Wet toegepas word op 'n manier wat geen persoon se waardigheid aantast nie. Die hof verklaar egter elders dat hier pertinent sprake is van kategorieë van persone wat “vatbaar” (“susceptible”) was vir diskriminasie.⁷⁰⁹ Dit beteken dat dit as't ware irrelevant is of die individue wat ter sprake is inderdaad die slagoffer van diskriminasie was. Indien

⁷⁰³ By para 87, saamgelees met 116.

⁷⁰⁴ Para 126, saamgelees met 128.

⁷⁰⁵ By para 131.

⁷⁰⁶ By para 159.

⁷⁰⁷ By para 29.

⁷⁰⁸ By para 89.

⁷⁰⁹ By para 36.

daar teen 'n wit persoon gediskrimineer word, kan dit selfs irrelevant wees of die persoon se waardigheid aangetas word. Solank as wat die individu binne 'n bepaalde kategorie persone val – met ander woorde, solank as wat die persoon swart is – is die persoon op voorkeurbehandeling geregtig. Dit is duidelik dat hier nie sprake is van gelyke waardigheid vir alle mense nie.⁷¹⁰

In die praktyk kan hierdie logika inderdaad op eenaardige wyse uitspeel. Die beginsel van regstellende aksie blyk daarop gebaseer te wees dat alle swart mense op spesiale maatreëls geregtig is, aangesien alle swart mense klaarblyklik arm en minderbevoorregd is, terwyl geen wit persoon op dieselfde maatreëls geregtig is nie, aangesien alle wit mense klaarblyklik ryk en bevoordeeld is. In die praktyk sou dit beteken dat die kind van 'n ryk swart sakeman bo die kind van 'n hawelose wit persoon op voorkeurbehandeling geregtig is. Sosio-ekonomiese omstandighede is geheel en al irrelevant in hierdie berekening, wat uitsluitlik rasgedrewe is. Om hierdie rede kan aangevoer word dat Cameron R se argument dat substantiewe gelykheid slegs bereik kan word deur mense in kategorieë te verdeel en dan verskillend te hanteer,⁷¹¹ 'n *non sequitur*-argument is. Om aan te voer dat daar teen 'n wit hawelose kind gediskrimineer mag word, ten gunste van 'n swart miljoenêr se kind, aangesien die wit kind op grond van sy ras deel van 'n kategorie van mense is wat historiese voordeling geniet het, is myns insiens 'n ernstige en onverdedigbare skending van daardie kind se reg op menswaardigheid.⁷¹²

Moseneke voer ook aan dat regstellende maatreëls nie 'n doel op sigself moet wees nie,⁷¹³ maar soos wat reeds uitgewys is, word dit duidelik in die Wet op Billike Werksgeleenthede (waarop die hof sy uitspraak baseer) uitgestippel dat verteenwoordigendheid, as vergestaltung van regstellende aksie, juis die doel op sigself is en dat “gelykheid” as't ware 'n middel tot daardie doel is.⁷¹⁴

⁷¹⁰ Sien ook Cameron se uiteensetting in paragrawe 88 en 89.

⁷¹¹ By para 93.

⁷¹² Die grondwet verklaar in artikel 10 dat elkeen ingebore waardigheid het, sowel as die reg dat daardie waardigheid gerespekteer word.

⁷¹³ By para 30. Ook herhaal in para 93.

⁷¹⁴ Sien artikel 2(b) van die Wet op Billike Werksgeleenthede.

Die hof gebruik die term *demografiese gelykheid* (“demographic equity”),⁷¹⁵ terwyl ’n sterk argument gevoer kan word, soos wat reeds in die bespreking hierbo uitgewys is, dat daar geen logiese verbintenis tussen demografiese verteenwoordigendheid en gelykheid bestaan nie. Die term is dus misleidend.

Hoewel die hof doelbewus versuim om uitspraak te lewer oor die grondwetlikheid van die beginsel van verteenwoordigendheid, is dit duidelik in die uitspraak dat die regbank in die Konstitusionele Hof die ideologie van verteenwoordigendheid geheel en al onderskryf. Groot dele van die uitspraak word daarop gebaseer en verteenwoordigendheid word as die oplossing voorgelê.⁷¹⁶

Die noodwendige gevolg van verteenwoordigendheid is dat dit nooit afgehandel sal kan word nie, aangesien dit deurlopend toegepas moet word. Waar die hof hom dus verbind tot die idee van regstellende aksie as ’n tydelike maatreël,⁷¹⁷ verbind hy hom as’t ware aan ’n bepaalde verskyningsvorm daarvan wat in wese nie ’n tydelike maatreël kan wees nie. Waar die hof verder waarsku dat daar nie ’n oordrewe klem op ras geplaas moet word nie,⁷¹⁸ verbind hy hom ook aan ’n verskyningsvorm van regstellende aksie wat eenvoudig nie kan funksioneer sonder om ’n byna uitsluitlike klem op ras te plaas nie. Verteenwoordigendheid en ras is so inmeekaargewef dat dit kunsmatig, oppervlakkig en misleidend is om enigszins te suggereer dat die twee in die toekoms van mekaar geskei kan word, soos wat Van der Westhuizen beweer.

Waarskynlik die verwarrendste bewering wat in die uitspraak gemaak word, is Cameron se stelling dat verteenwoordigendheid nie té rigied toegepas moet word nie, aangesien dit tot absurditeite sal lei.⁷¹⁹ Ten spyte daarvan word Moseneke se meerderheidsuitspraak, sowel as die minderheidsuitsprake van Cameron en Van der Westhuizen, grootliks daaraan gewy om verteenwoordigendheid – die einste praktyk wat tot absurditeite lei – te verdedig as die enigste en beste manier om gelykheid te bewerkstellig. Om te verklaar dat slegs ’n baie spesifieke plan met groot energie toegepas moet word om ’n baie spesifieke probleem op te los, maar dan by wyse van

⁷¹⁵ By para 58.

⁷¹⁶ Sien byvoorbeeld paragrawe 66 en 68.

⁷¹⁷ Sien die verwysing na die Bato Star-saak by para 78. Die hof verklaar dat gelykheid “bereik” moet word. Die noodwendige implikasie hiervan is dat regstellende aksie ’n tydelike maatreël moet wees.

⁷¹⁸ By para 81.

⁷¹⁹ By para 119, soos reeds hierbo aangehaal.

obiter dictum toe te gee dat daardie plan tot absurditeite lei indien dit té rigied toegepas word, is doodeenvoudig swak regspraak, om die minste te sê.

4.6.3 Gevolgtrekking: die impak op minderhede

Hierdie benadering om verteenwoordigendheid toe te pas as 'n maatstaf om gelykheid te bereik (of, soos die Wet op Billike Werkseleenthede dit stel: om gelykheid te bevorder sodat verteenwoordigendheid bereik kan word), sal noodwendig 'n sistemies vernietigende uitwerking op die posisie van minderhede hê. Die gevolg hiervan is nie net diskriminasie teen minderhede op grond van ras nie, maar ook dat baie van die ander regte wat tot minderhede se beskikking is in 'n groot mate ongedaan gemaak word.

In die eerste plek is dit eenvoudig nie realisties om te verwag dat die nasionale demografie op alle vlakke van die samelewing toegepas moet word nie. Prozesky skryf dat 'n mens moet onderskei tussen verpligte aktiwiteite en vrywillige aktiwiteite en dat dit sin maak om te verwag dat deelname aan verpligte aktiwiteite die nasionale demografie sal verteenwoordig, maar dat deelname aan vrywillige aktiwiteite eenvoudig nie aan hierdie maatstaf kan voldoen nie. Hy verduidelik:

“Think of activities where choice is not a key factor – like anything required of us all by law: such as having identity documents... Since about 75% of our people are black Africans, it is logical to expect that around 75% of all ID documents should be held by those of us who are black Africans. The same goes for school attendance in the years when the law requires it of all our learners. This shows that demographic representivity can logically be expected of any activity that is necessitated by law for all members of the groups concerned. Quotas can then be set both as a just ultimate goal and as a just way of moving towards it. Things are quite different when we are dealing with voluntary activities like careers, religious affiliation, party membership and sport. For example, there is no logical reason to demand that a certain percentage of Catholics, based on national or regional demographics, must come from our previously disadvantaged communities, because people are free to choose in matters of religion, and the results of genuine choice are unpredictable. Maybe about 75% of Catholics will be black Africans, but maybe not. And if not, that does not make the Catholic Church guilty of inequality. Similarly with careers.”⁷²⁰

⁷²⁰ Prozesky M (8 Julie 2011) *Misusing Demographic Representivity* Bizcommunity.com .

Die logiese gevolg van verteenwoordigendheid is institusionele rassediskriminasie en meerderheidsoorheersing op alle vlakke van die samelewing. Dit kom neer op 'n beleid van posreservering vir bepaalde rassegroepe, wat volgens 'n redelike interpretasie nie grondwetlik regverdigbaar kan wees nie, aangesien dit juis die bevordering van *ongelykheid* tot gevolg kan hê. Malan verduidelik dit soos volg:

“(R)epresentivity does not promote equality: it instead entrenches systematic inequality. Representivity denies minorities the organised spheres that they need as the infrastructure to stabilise and organise themselves. It affords such organised spheres exclusively to the majority. This... is the effect of annexation and the homogenising effects of representivity. Representivity enables the majority to capture the organised spheres of the minorities. All organised spheres are therefore those of the majority, while owing to representivity there is nothing left for minorities. The majority can use all these organised spheres to promote their interests and to deny the interests of the minorities. The minorities have none of this. In accordance with the representivity principle individual members of minority communities are present in all organised spheres, but once again in accordance with representivity they are but a small outnumbered minority in each. No organised sphere is theirs, where they can fully exercise community identity with their fellow community members and no organised sphere is under their control. In this way representivity acts as a strategy of entrenching the totalitarian control of the majority – the tyranny of the majority – in the famous words of Alexis de Tocqueville.”⁷²¹

Dit bring ons by die punt wat veral vir hierdie studie van belang is: indien ons aanvaar dat die ideologie van verteenwoordigendheid, soos dit hierbo uiteengesit word, op een of ander wyse inderdaad deur die grondwet geoorloof word, kan ons nie tot 'n ander gevolgtrekking kom as dat die grondwet van 1996 inderdaad in wese teen minderhede diskrimineer nie. Dit beteken dat die definisie van gelykheid op so 'n eienaardige wyse interpreteer word dat “gelykheid” in die Suid-Afrikaanse regsraamwerk inderdaad ver van substantiewe gelykheid is. Die vreemde paradoks wat hier na vore tree, is dat die konsep van gelykheid juis gebruik word as middel om teen minderhede te diskrimineer en as't ware ongelykheid te bewerkstellig. Dit is ook in hierdie konteks dat Malan skryf:

“Representivity mops up the organised spheres of minority communities and functions as a scheme through which organised spheres of minorities are transformed into organised spheres for the majority. It establishes a system whereby organised spheres of the minorities are annexed for and put to the service of the majority. Once

⁷²¹ Malan K (2010) *Observations on Representivity, Democracy and Homogenization* TSAR (3) 427-449, 447.

representivity has taken its course, the erstwhile organised sphere of minority communities will no longer reflect the minority community in question. Neither will it be under the control of members of that minority community. Instead, it will reflect the composition of the national population and will be under the control of the numerically dominant section of the population. In short, representivity then is a strategy of systemic annexation through which minority-organised spheres are dismantled and placed under the control of the majority – a strategy of totalitarian majority domination of not only the state sector, but also of civil society in general.”⁷²²

Hoewel verteenwoordigendheid in wese diskriminerend teenoor minderhede is, blyk dit dat die hoogste hof in die land geen fout met hierdie konsep vind nie. Dit is egter belangrik om in ag te neem dat, wanneer ’n hof verklaar dat ’n beginsel soos verteenwoordigendheid juridies gesproke nie onbillik is nie, dit nie outomaties impliseer dat dit nie in die praktyk op onbillike wyse uitspeel nie. Dit blyk dus dat daar in die Suid-Afrikaanse grondwetlike raamwerk met ’n hiërargie van regte gewerk word en dat voorkeur gegee word aan die regte van swart persone, ongeag of hulle werklik benadeeld is of nie.

Die Konstitusionele Hof se uitsprake ten opsigte van gelykheid en verteenwoordigendheid bevestig hoeveel mag daar gesetel is in die howe as instellings wat gemagtig is om die grondwet te vertolk en te verklaar hoe dit in die praktyk toegepas behoort te word. Hoewel verteenwoordigendheid op alle vlakke van die samelewing nie in die grondwet voorgeskryf word nie, word dit so deur die hof vertolk. Dit blyk dus dat die hoogste gesag in die land nie noodwendig in die grondwet gesetel is nie, maar in die hof wat toegerus is met die mag om die grondwet te vertolk.

4.7 Gevolgtrekking

In hierdie hoofstuk is uitgewys dat die grondwet in verskeie kringe wyd geloof word as een wat omvattende beskerming, nie net aan individue nie, maar veral ook aan minderheidsgemeenskappe bied. Indien die onderskeie grondwetlike bepalings krities nagegaan word en die politieke faktore wat daarop inspeel, in ag geneem word, blyk die lof in baie opsigte oordrewe te wees. In hierdie hoofstuk is uitgewys dat die onderhandelaars by die opstel van die grondwet in verskeie opsigte nie in

⁷²² *Ibid* 445.

hulle doel geslaag het om deeglike beskerming aan minderhede te bied nie – minstens nie op die wyse waarop hulle onderneem het om dit te doen nie.

Die realiteit is verder dat die grondwet nie klinies interpreteer en toegepas word nie, maar dat dit deur mense toegepas word – dikwels mense met politieke agendas. In teenstelling met verskeie akademiese beskouing van die grondwet as 'n liberale dokument wat in die eerste plek individue beskerm, beskou die regerende ANC, wat gegewe hulle enorme verteenwoordiging in die Nasionale Vergadering byna 'n monopolie op die wetgewende proses het, die grondwet as 'n sogenaamde progressiewe dokument wat aangewend moet word om in die party se sogenaamde *Nasionale Demokratiese Revolusie* te gebruik om die samelewing ingrypend te verander om groter mag aan die meerderheid te gee.

Dit is waar dat die grondwet omvattende beskerming aan individue bied. Dit is ook waar dat hierdie beskerming in baie opsigte *ten opsigte van* gemeenskappe aangewend kan word. Om hierdie beskerming as beskerming *van* gemeenskappe uit te beeld, is egter akademies foutief en prakties onrealisties.

Die grondwet is die hoogste reg in die land. Dit blyk egter dat daar 'n stelselmatige afname is in die lofprysing wat gemaak word ten opsigte van die grondwet as instrument wat aangewend kan word om die belange van minderhede te beskerm. Dit blyk ook dat die lof wat die grondwet toegeswaai word ietwat oordrewe is en dat daar 'n wesenlike verskil ontwikkel het tussen dit wat politieke kommentators, regsgeleerdes en die media beweer het in die tyd waarin die grondwet aanvaar is, en wat vandag in die praktyk gebeur wanneer die grondwet deur die hove vertolk en toegepas word.

Minderheidsgemeenskappe wat die grondwet as 'n beskermingsmiddel wil aanwend, behoort in ag te neem dat hulle dit wel kan doen vir sover as wat individuele lede van die betrokke gemeenskap op hulle individuele regte *ten opsigte van* die gemeenskap aanspraak maak. In hierdie opsig behoort die grondwet egter steeds versigtig benader te word en behoort daar slegs gelitigeer te word met sake waarvan die meriete nie aanvegbaar is nie. Waar die grondwet egter nie voldoende beskerming bied nie, behoort dit nie ontken te word nie, maar moet ondersoek gedoen word oor

tersaaklike forums buite die Suid-Afrikaanse reg wat ter beskerming aangewend kan word. Dit is waarom daar in die volgende hoofstuk spesifiek op die beskerming van minderheidsgemeenskappe ingevolge die internasionale reg gefokus word.

Hoofstuk 5

Selfbeskikking vir minderheidsgemeenskappe

5.1 Inleiding: 'n omstrede konsep

Selfbeskikking is 'n omstrede onderwerp in die Suid-Afrikaanse openbare diskoers. Dit spruit voort uit die feit dat die aanspraak op selfbeskikking in die verlede dikwels uit Afrikanergeledere (wat met die eertydse blanke minderheidsbewind vereenselwig word) gekom het. Dié aanspraak word deur die regerende party veral as 'n taktiek vir Afrikaner- of wit bevoordeling beskou om vermeende eertydse bevoordeling onder 'n valse dekmantel voort te sit, in plaas van daadwerklike selfbeskikking.⁷²³ Die uiteenlopende emosies wat in die Suid-Afrikaanse konteks teenoor die idee van selfbeskikking aangewakker word, word deur De Villiers goed saamgevat wanneer hy sê:

“Some may regard it as a potential time bomb; others may describe it as an olive branch that is yet to sprout its roots; while others may see it as a relic of the negotiations process that has now all but lost its relevance to contemporary South Africa.”⁷²⁴

5.2 'n Definisie vir selfbeskikking in die internasionale reg

Die term selfbeskikking word gereeld in die internasionale reg gebruik om na die soewereiniteit van state te verwys.⁷²⁵ Vir die doeleindes van hierdie bespreking is hierdie vertrekpunt egter misleidend, aangesien ons hier te doen het met selfbeskikking van minderheidsgemeenskappe en nie van state nie. Daar bestaan in die internasionale reg geen algemeen aanvaarde definisie vir selfbeskikking nie.⁷²⁶

⁷²³ Sien die bespreking oor die ANC se standpunt ten opsigte van minderheidsregte oor die algemeen in hoofstuk 3.

⁷²⁴ De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 461.

⁷²⁵ Strydom H (2000) *Rehabilitering van die Reg op Selfbeskikking* 2 TSAR 346, 347. De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 470.

⁷²⁶ Doyle DH (2010) *Secession as an International Phenomenon*. De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 470

Dit is dus belangrik om die verskil tussen staatlike en gemeenskapsselfbeskikking te begryp. Malan verduidelik dit so:

“Territoriaalstaatlike selfbeskikking word vereenselwig met die na-oorlogse dekolonisering van voormalige koloniale gebiede, teenoor nasionale selfbeskikking wat sy oorsprong in die Wilsoniaanse opvatting het. By laasgenoemde gaan dit oor die selfbeskikking van etniese gemeenskappe, volkere en nasionaliteite wat primêr ooreenkomstig taal en kultuur gedefinieer word. By territoriaalstaatlike selfbeskikking gaan dit oor selfbeskikking van ’n territoriaal gedefinieerde politieke entiteit in die vorm van ’n koloniale gebied waarin die taal-, etniese en kulturele element irrelevant is.”⁷²⁷

Daar bestaan breedweg twee beskouings oor wat die reg op selfbeskikking behels. Eide tipeer die reg op selfbeskikking as “the right of popular participation in the government of the state as an entity.”⁷²⁸ Die implikasie van Eide se definisie is dus dat minderhede se reg op selfbeskikking uitgeoefen word indien hulle deur die regerende meerderheid die geleentheid gegun word om aan openbare besluitnemingsprosesse deel te neem. Dit is egter belangrik om daarop te let dat deelname aan besluitnemingsprosesse nie kan beteken dat elke deelnemer se bydrae in ag geneem sal word nie. Die praktyk het ook gewys dat dit maklik vir meerderheidsregerings is om ’n openbare besluitnemingsproses as ’n rubberstempel te gebruik ten einde diskriminerende besluite op minderhede af te dwing. Na afloop van openbare besluitnemingsprosesse kan die regerende meerderheid maklik verklaar dat almal wel die geleentheid gegun is om aan die proses deel te neem en dat die betrokke besluit demokraties was, ongeag of die betrokke minderheid se standpunt in die uiteindelijke besluit (wat steeds in die meerderheidsregering gesetel is) neerslag gevind het. Daar word dus aan die hand gedoen dat Eide se definisie foutief is.

Aan die ander kant word die wese van die reg op selfbeskikking deur byvoorbeeld Thornberry en Cassese met die konsep van selfregering verbind. Cassese skryf dat interne selfbeskikking “means the right to authentic self-government, that is, the right of a people really and freely to choose its own political and economic regime”.⁷²⁹

⁷²⁷ Malan K (2011) *Politokrasie* 266.

⁷²⁸ Aangehaal deur Rosas A in Tomuschat C (red) *Modern Law of Self-Determination* 239. Sien ook Malan K (2006) *’n Bondige Interpretasie van Artikel 235 van die Grondwet De Jure* (3) 649.

⁷²⁹ Cassese A (1995) *Self-Determination of People’s* 101. Sien ook Malan K (2006) *’n Bondige Interpretasie van Artikel 235 van die Grondwet De Jure* (3) 649.

Thornberry sluit hierby aan wanneer hy verklaar dat dit in sy basiese verskyningsvorm die reg is van alle volke om hulleself te regeer.⁷³⁰ Malan voeg by dat selfbeskikking ondenkbaar is sonder die reg om bindende besluite met voortspruitende regsgevolge te neem met betrekking tot aangeleenthede wat die reghebbende gemeenskap se belange raak, ongeag of daar van 'n staatsbevolking, of 'n volk/taal-kulturele gemeenskap gepraat word.⁷³¹

De Villiers voer aan dat die konsep van selfbeskikking met groot omsigtigheid behandel moet word om te verhoed dat onrealistiese verwagtings geskep word, sesessioniste aangepor word, of dat nasionale eenheid ondermyn word.⁷³² Dit word grootliks aan state oorgelaat om die betekenis en praktiese toepassing van die konsep te definieer aan die hand van spesifieke omstandighede in die betrokke staat.⁷³³ 'n Sleutelement van selfbeskikking is egter die desentralisasie van wetgewende bevoegdhede na streke, plaaslike regerings en/of regsentiteite deur kultuurgroepe.⁷³⁴

In die afwesigheid van 'n algemeen aanvaarde definisie in die internasionale reg word hierdie siening as vertrekpunt gebruik.

5.3 Verskyningsvorme van selfbeskikking

Daar is twee verskyningsvorme van selfbeskikking. Die eerste is eksterne selfbeskikking, wat op die verkryging van 'n onafhanklike staat met 'n afsonderlike grondgebied neerkom. Interne selfbeskikking hou verband met die regte en leefwyse van lede van 'n bepaalde kultuurgroep in hulle verhouding met die staat.

Malan verduidelik dat eksterne, oftewel territoriale, selfbeskikking aan die hand van die territorialiteitsbeginsel uitgeoefen word. By eksterne selfbeskikking is die eerste vraag dus *waar* die tersaaklike groep hulleself bevind. Interne selfbeskikking kan

⁷³⁰ Tomuschat C (red) *Modern Law of Self-Determination* 101. Sien ook Malan K (2006) 'n *Bondige Interpretasie van Artikel 235 van die Grondwet De Jure* (3) 649.

⁷³¹ Malan K (2006) 'n *Bondige Interpretasie van Artikel 235 van die Grondwet De Jure* (3) 649.

⁷³² De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 470.

⁷³³ *Ibid* 471.

⁷³⁴ *Ibid*.

twee vorme aanneem. Die eerste is 'n territoriale vorm van interne selfbeskikking, wat op die verkryging van bepaalde wetgewende bevoegdhede binne-in 'n bepaalde grondgebied neerkom, maar sonder om die soewereiniteit van die staat aan te tas. Die tweede vorm van interne selfbeskikking word ook as korporatiewe of funksionele selfbeskikking beskryf. Dit word aan die hand van die personaliteitsbeginsel uitgeoefen. By interne selfbeskikking is die vraag dus nie primêr *waar* die betrokke groep is nie, maar *wie* hulle is.⁷³⁵

Die verkryging van 'n onafhanklike grondgebied vind nie noodwendig neerslag by die verskyningsvorm van interne selfbeskikking nie, aangesien die volhoubare toepassing van interne selfbeskikking die strewe na 'n onafhanklike grondgebied by minderheidsgemeenskappe ongedaan maak.⁷³⁶ Vir doeleindes van die beskerming van minderheidsgroepe ingevolge die grondwet is dit nodig om beide verskyningsvorm in oënskou te neem.

5.4 Historiese ontwikkeling van die reg op selfbeskikking in Suid-Afrika

'n Historiese perspektief op die ontwikkeling van minderheidsregte word in hoofstuk 2 uiteengesit. Met betrekking tot die reg op selfbeskikking kan enkele elemente daarvan kortliks uitgelig word.

Waar minderheidsregte impliseer dat bepaalde beskerming aan minderhede verleen word, veronderstel selfbeskikking dat instellings tot minderhede se beskikking gestel word, ten opsigte waarvan minderhede die bevoegdheid van selfbestuur het.

Na die Tweede Wêreldoorlog het die gedagte dat minderhede ten beste by wyse van individuele regte beskerm kan word oor die wêreld heen begin posvat.⁷³⁷ Daar is aangevoer dat kultuurgemeenskappe en/of minderheidsgroepe by implikasie beskerm word indien die regte van die individue wat deel van die betrokke groep

⁷³⁵ Malan K (2006) *'n Bondige Interpretasie van Artikel 235 van die Grondwet* De Jure (3) 650.

⁷³⁶ Sien ook Woolman S (2010) *Constitutional Law of South Africa* 58-67.

⁷³⁷ De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 459-460 en 465.

vorm, beskerm word.⁷³⁸ Gevolglik is die Internasionale Verbond oor Burgerlike en Politieke Regte (IVBPR) deur die Verenigde Nasies (VN) aanvaar, onder meer met die doel om kulturele regte van gemeenskappe as individuele regte te beskerm.⁷³⁹ Hierdie perspektief is egter met verloop van tyd in toenemende mate as gebrekkig beskou, veral aangesien daar sekere kollektiewe belange bestaan wat nie deur die toekenning van individuele regte beskerm kan word nie. Die reg op selfbeskikking is 'n sprekende voorbeeld hiervan.⁷⁴⁰ Vandag word dit wyd erken dat spesiale maatreëls, hetsy direk of indirek, benodig kan word om voldoende beskerming aan minderheids- of kultuurgroepe te gee.⁷⁴¹

In 1992 het die VN se *Declaration on the Rights of Persons belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* op die ICCPR uitgebrei deur te vereis dat state positiewe stappe moet doen om minderhede by te staan.⁷⁴² Die mees onlangse instrument wat op die beskerming van minderhede gerig is, skryf De Villiers, is waarskynlik die *European-wide Framework Convention for the Protection of National Minorities* (FCNM),⁷⁴³ wat eksklusief aan die beskerming van minderheidsregte ingevolge die internasionale reg gewy word.⁷⁴⁴

Hierdie ontwikkelings op die internasionale front het ook van 1990 tot 1996 'n invloed op die Suid-Afrikaanse grondwetskrywende proses gehad, hoewel slegs in beperkte mate. Die Suid-Afrikaanse driekamerparlement het elemente van nie-territoriale outonomie vir rassegroepe in Suid-Afrika bevat.⁷⁴⁵ Die grootste swakheid in die

⁷³⁸ De Villiers B (2014) Section 235 of the Constitution: *Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 459-460.

⁷³⁹ Artikel 27 van die ICCPR verklaar dat: "In those states in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language."

⁷⁴⁰ De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 460.

⁷⁴¹ *Ibid* 465.

⁷⁴² Sien ook die bespreking in De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 460-461.

⁷⁴³ Die FCNM het op 1 Februarie 1998 in werking getree. Sien ook bespreking in Tornberry P en Estebanez M (2004) *Minority Rights in Europe*.

⁷⁴⁴ De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 461.

⁷⁴⁵ Die driekamerparlement het wetgewende magte aan drie gemeenskappe gegee, naamlik die wit, bruin en Indiër-gemeenskappe. Op daardie stadium was die argument dat wetgewende magte ingevolge die driekamerparlement nie aan swart mense toegeken hoef te word nie, aangesien swart mense reeds in tuislande geakkommodeer is. Die uitsluiting van swart mense uit die driekamerparlement en die gebrek aan legitimiteit het hierdie bestel, en die 1983-grondwet daarmee

mondering van die driekamerparlement was egter die feit dat dit op ras gebaseer was.

Tydens die onderhandelings vir die opstel van die Suid-Afrikaanse grondwet het politieke groepe soos die Inkatha Vryheidsparty (IVP) en die Konserwatiewe Party (KP), wat spesifiek op die verteenwoordiging van bepaalde minderheidsgroepe aanspraak gemaak het, die beskerming van minderhede by wyse van individuele regte in die handves van regte betwyfel.⁷⁴⁶ Afrikanergroepe het op 'n "Afrikanervolkstaat" aangedring, terwyl die IVP 'n vorm van federalisme, meer bepaald met verwysing na KwaZulu-Natal, voorgestaan het.⁷⁴⁷

Die aandrang op selfbeskikking het tot die aanvaarding van twee grondwetlike beginsels in bylae 4 tot die tussentydse grondwet van 1993 gelei,⁷⁴⁸ naamlik XII en XXXIV. Grondwetlike beginsel XII bepaal soos volg:

"Kollektiewe selfbeskikkingsregte vir die stigting, samevoeging en instandhouding van organe van die burgerlike gemeenskap, met inbegrip van linguistiese, kulturele en godsdienstige verenigings, moet op 'n nie-diskriminerende grondslag en 'n grondslag van vrye assosiasie erken en beskerm word."

Grondwetlike beginsel XXXIV is aansienlik meer omvattend, veral met betrekking tot eksterne selfbeskikking:

1. This Schedule and the recognition therein of the right of the South African people as a whole to self-determination, shall not be construed as precluding, within the framework of the said right, constitutional provision for a notion of the right to self-determination by any community sharing a common cultural and language heritage, whether in a territorial entity within the Republic or in any other recognised way.
2. The Constitution may give expression to any particular form of self-determination provided there is substantial proven support within the community concerned for such a form of self-determination.

saam, tot 'n val gebring en dit is uiteindelik met die 1993-grondwet vervang. Die driekamerparlement het egter 'n geweldige negatiewe indruk gelaat ten opsigte van die beskerming van minderhede of kultuurgroepe in groepsverband, veral by die ANC.

⁷⁴⁶ Sien die bespreking in hoofstuk 3.

⁷⁴⁷ Sien die bespreking in hoofstuk 3.

⁷⁴⁸ Sien die bespreking in hoofstuk 3 waarin aangedui word dat die ANC, wat teen die einde van die onderhandelings vir 'n nuwe grondwet die grootste mag by die onderhandelingsstafel gehad het, ingestem het om 'n verwysing na die reg op selfbeskikking by die grondwetlike beginsels in te voeg in 'n poging om kleiner partye soos Constand Viljoen se Volksfront te oortuig om aan die nasionale verkiesing van 1994 deel te neem.

3. If a territorial entity referred to in paragraph 1 is established in terms of this Constitution before the new constitutional text is adopted, the new Constitution shall entrench the continuation of such territorial entity, including its structures, powers and functions.

Die grondwetlike beginsels ten opsigte van selfbeskikking het die deur oopgelaat vir territoriale en nie-territoriale outonomie vir kultuur- en taalgemeenskappe.⁷⁴⁹ Die potensiaal vir 'n kultuurraad vir Afrikaners is tydens die onderhandelings geopper, maar is nie ernstig opgeneem nie. De Villiers skryf dat daar drie redes vir die versuim in hierdie verband bestaan:

“(F)irst, the National Party was unenthusiastic of the idea of cultural autonomy for the Afrikaans community since it had the belief that it could expand its mainly white racial support basis to a non-racial base and was concerned that the image of the National Party as a non-racial party could be damaged by insisting on cultural autonomy for the Afrikaans community; second, since the right-wing Afrikaans parties had the (mistaken) belief that territorial autonomy through a ‘Volkstaat’ was the only way to give effective protection to their group, they did not view a cultural council as a serious option; and third, the concept of cultural autonomy did not get any support from other cultural groupings.”⁷⁵⁰

5.5 Selfbeskikking ingevolge die grondwet

Die konsep van selfbeskikking is uiteindelik in die vorm van artikel 235 van die grondwet opgeneem, alhoewel in 'n afgewaterde vorm in vergelyking met die bewoording van die grondwetlike beginsels. Artikel 235 van die grondwet bepaal soos volg:

“Die Suid-Afrikaanse bevolking as geheel se reg op selfbeskikking soos in hierdie Grondwet vergestalt, belet nie, binne die raamwerk van dié reg, die erkenning nie van die konsep van die reg van enige gemeenskap wat 'n gemeenskaplike kultuur- en taalerfenis deel, op selfbeskikking binne 'n territoriale entiteit in die Republiek of op enige ander wyse, soos deur nasionale wetgewing bepaal.”

⁷⁴⁹ Sien onder meer die *Accord on Afrikaner Self-determination between the Freedom Front, the African National Congress and the South African Government/National Party* (23 April 1994), wat die deur oopgelaat het vir onderhandelings oor 'n moontlike *Volkstaat* vir Afrikaners, sowel as “the possibility of local and/or regional and other forms of expression of self-determination”. Ook aangehaal in De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for cultural self-determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 469.

⁷⁵⁰ De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 469.

Die bewoording van artikel 235 is besonder vaag. Selfbeskikking word ook nie in die Suid-Afrikaanse grondwet gedefinieer nie. De Villiers voer aan dat die versuim om selfbeskikking in die Suid-Afrikaanse grondwet te definieer verrassend is, veral aangesien dit so 'n omstrede onderwerp in Suid-Afrika is. Hy voeg egter by:

“It can be assumed that the drafters of the Constitution knew that a definition of self-determination would not be achievable within the confines of the negotiations at the time and they therefore decided to leave definitional questions to future generations to resolve by way of legislation.”⁷⁵¹

Vir doeleindes van hierdie bespreking van selfbeskikking word volstaan by die volgende definisie, wat deur De Villiers voorgestel word:

“Self-determination pursuant to s 235 refers to the statutory recognition of the right of a culture group to establish institutions for purposes of self-government in regard to matters that directly impact on the protection and promotion of the culture, language and traditions of the culture group.”⁷⁵²

Dit is in die eerste plek noemenswaardig dat die reghebbendes kragtens hierdie artikel gemeenskappe is wat 'n kultuur- *en* taalerfenis deel (eie klem). Taal en kultuur is dus kumulatief en gemeenskappe waarna daar in hierdie artikel verwys word, kan nie net 'n gemeenskaplike taalerfenis *of* 'n gemeenskaplike kultuurerfenis deel nie. Daar moet aan beide voldoen word.⁷⁵³ Die gevolgtrekking kan dus gemaak word dat hierdie artikel na nasionale gemeenskappe (volkere) en etniese groepe verwys.⁷⁵⁴

Dit is ook opvallend dat daar in die artikel spesifiek na die *konsep* van die reg van enige gemeenskap op selfbeskikking verwys word, en dat die *reg* nie *per se* erken word nie. Hierdie bewoording is vreemd, skryf Malan, “omdat 'n regsinstrument soos 'n grondwet per slot van sake nie 'n akademiese geskrif is waarin daar uitsluitel oor die teoretiese houdbaarheid van denkbeelde gegee word nie, maar waarin praktiese (en in 'n grondwet, duursame) onderlinge verhoudings gereël word.”⁷⁵⁵

⁷⁵¹ *Ibid* 470.

⁷⁵² *Ibid* 472.

⁷⁵³ Die Afrikaanse taalgemeenskap as geheel sou dus byvoorbeeld nie op artikel 235 aanspraak kon maak nie, aangesien hierdie taalgemeenskap as't ware uit verskillende kulture bestaan. Daarteenoor sou die Afrikanergemeenskap byvoorbeeld dit wel kon doen, aangesien hierdie gemeenskap oor 'n gemeenskaplike taal- *en* kultuurerfenis beskik.

⁷⁵⁴ Malan K (2006) *'n Bondige Interpretasie van Artikel 235 van die Grondwet* De Jure (3) 645.

⁷⁵⁵ *Ibid*.

Die grondwet verwys in artikel 235 na die reg op selfbeskikking van die Suid-Afrikaanse bevolking “as geheel”. Woolman beweer dat, hoewel die reg meer in die rigting van interne selfbeskikking neig, word die moontlikheid van eksterne selfbeskikking vir minderhede nie daarvan uitgesluit nie.⁷⁵⁶ Hy skryf verder dat, gesien in die lig van die internasionale reg se versigtigheid vir die erkenning van eksterne selfbeskikking, ’n beroep op interne selfbeskikking ingevolge artikel 235 van die Suid-Afrikaanse grondwet ’n groter vooruitsig op sukses inhou as ’n beroep op eksterne selfbeskikking.⁷⁵⁷

Dit blyk dus dat ’n aandrang op kulturele federalisme waarskynlik ’n groter vooruitsig op sukses het. Malan voer egter aan dat die moontlikheid van eksterne selfbeskikking wel deur artikel 235 uitgesluit word, aangesien artikel 235 ’n veel nouer bewoording bevat as die terme waarmee daar in die internasionale gemeenskap met die reg op selfbeskikking omgegaan word. Hy sê egter dat die artikel nie die erkenning van selfbeskikking binne die konsep van ’n territoriale entiteit (as een verskyningsvorm van interne selfbeskikking) belet nie en dat dit klaarblyklik vergestaltung moet vind in die soewereiniteit van die Republiek, maar vir die staatsbevolking in geheel, soos vervat in artikel 1 van die grondwet.⁷⁵⁸

“In die eerste plek kom die selfbeskikking van artikel 235 nie ’n staatsbevolking toe nie maar wel ’n taal/kulturele gemeenskap. Die reghebbende van die selfbeskikking van artikel 235 reflekteer die reghebbende van die selfbeskikking in die Wilsoniaanse betekenis daarvan, naamlik dié van volk as kulturele gemeenskap en nie dié van staatsbevolking nie. In die tweede plek is die aard en omvang van selfbeskikking natuurlik veel meer beperk as die selfbeskikking in die vorm van ’n aanspraak op politieke soewereiniteit waarvoor die reg op selfbeskikking in die internasionaalregtelike of dan van selfbeskikking in die eksterne betekenis daarvan, voorsiening maak. Hier word uiteraard gewerk met interne selfbeskikking van ’n bepaalde gemeenskap binne die konstitusionele raamwerk van ’n bepaalde staat en nie met eksterne selfbeskikking, wat politieke onafhanklikheid en selfstandige staatsvorming impliseer nie.”⁷⁵⁹

De Villiers voer verder aan dat alle geleenthede vir territoriale selfbeskikking, hetsy by wyse van eksterne of van interne selfbeskikking, in Suid-Afrika vir alle praktiese

⁷⁵⁶ Sien ook Woolman S (2010) *Constitutional Law of South Africa* 58–72.

⁷⁵⁷ Woolman S (2010) *Constitutional Law of South Africa* 58–72.

⁷⁵⁸ Malan K (2006) *’n Bondige Interpretasie van Artikel 235 van die Grondwet* De Jure (3) 645.

⁷⁵⁹ *Ibid* 648.

doeleindes uitgeput is.⁷⁶⁰ Hy gaan voort:

“It was never the intent of the Constitutional Assembly nor within the broadest possible interpretation of s 235 to promise a form of territorial autonomy to each of South Africa’s culture groups.”⁷⁶¹

Hy verklaar verder dat die artikel wel ruimte bied vir interne selfbeskikking in die vorm van ’n kultuurraad, wat nie op ’n bepaalde grondgebied toegespits is nie:

“However, within the context of s 235, self-determination may include non-territorial arrangements for those culture groups that seek a form of self-government in regard to matters that directly impact on the protection and promotion of their culture regardless of where the members of the culture group reside.”⁷⁶²

Dit is verder belangrik om daarop te let dat artikel 235 ’n magtigende bepaling is, aangesien dit spesifiek bepaal dat die konsep van die reg erken word “soos deur nasionale wetgewing bepaal”. Daar spruit nie regstreeks enige regte vir gemeenskappe met ’n gemeenskaplike kultuur- en taalerfenis uit hierdie artikel nie en artikel 235 kan gevolglik nie regstreeks gebruik word om die soort van selfbeskikkingsreg waarna daarin verwys word, af te dwing nie. Dit bevat wel ’n regsvoetstuk vir aandrang dat wetgewing aangeneem moet word ten einde aan die betrokke reg gestalte te gee.⁷⁶³ Tot dusver is geen sodanige wetgewing aangeneem nie en word dit ook nie in die vooruitsig gestel nie. Tot die aanvaarding van wetgewing wat ingevolge artikel 235 aangeneem word, sal die artikel sonder praktiese effek bly.⁷⁶⁴

Die klaarblyklike verklaring vir die feit dat wetgewing in hierdie verband nog nie aangeneem is nie, is dat die regerende ANC beheer oor die wetgewende gesag het en dat dié party reeds tydens die onderhandelings vir die opstel van die grondwet hom sterk teen die verskansing van regte vir minderhede uitgespreek het.⁷⁶⁵ Die feit dat nasionale wetgewing ten opsigte van selfbeskikking nog nie aangeneem is nie, skryf Malan, “werp ’n skadu oor die geloofwaardigheid van die

⁷⁶⁰ De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 461.

⁷⁶¹ *Ibid* 463.

⁷⁶² *Ibid* 463.

⁷⁶³ Malan K (2006) *’n Bondige Interpretasie van Artikel 235 van die Grondwet* De Jure (3) 645.

⁷⁶⁴ *Ibid* 646.

⁷⁶⁵ Sien hoofstuk 3 hierbo.

selfbeskikkingsbepaling, veral in die lig van die feit dat talle ander stukke wetgewing wat die grondwet in die vooruitsig stel, aangeneem is en lankal funksioneer.”⁷⁶⁶

Hoewel bykans twintig jaar sedert die aanvaarding van die grondwet verloop het, voer Malan verder aan dat die regering twee “verwere” vir die gesloer met wetgewing ingevolge artikel 235 kan opper. In die eerste plek is ’n duidelik geartikuleerde behoefte aan wetgewing met betrekking tot selfbeskikking tot dusver nie verwoord nie. In die tweede plek plaas artikel 235 geen verpligting op die regering om sodanige wetgewing aan te neem nie.⁷⁶⁷ Selfs al sou die behoefte aan wetgewing in hierdie verband aangevoer word, sou die regering dus steeds nie onder die verpligting wees om aan die versoek gehoor te gee nie.

Die praktiese uitvoerbaarheid van artikel 235 moet verder binne die Suid-Afrikaanse grondwetlike raamwerk ontleed word.⁷⁶⁸

Artikel 43 van die grondwet bepaal dat die wetgewende gesag in die Republiek in drie afsonderlike regeringsfere gesetel word, naamlik die nasionale sfeer by die Parlement, die provinsiale sfeer by die provinsiale wetgewers en die plaaslike sfeer by die munisipale rade.⁷⁶⁹ Alle wetgewende magte word dus ingevolge artikel 43 vir die genoemde drie regeringsfere gereserveer. Met betrekking tot artikel 235 moet die vraag egter gevra word of wetgewende bevoegdheid na ’n liggaam wat ingevolge hierdie artikel geskep word, afgewentel kan word. Artikel 44 van die grondwet, wat oor nasionale wetgewende gesag handel, moet in hierdie verband in ag geneem word. Artikel 44(1)(a)(iii) bepaal as volg:

- “(1) Die nasionale wetgewende gesag soos dit by die Parlement berus –
 - “(a) verleen aan die Nasionale Vergadering die bevoegdheid –
 - “(iii) om enige van sy wetgewende bevoegdhede, uitgesonderd die bevoegdheid om die grondwet te wysig, aan enige wetgewende liggaam in ’n ander regeringsfeer op te dra.”

⁷⁶⁶ Malan K (2006) *’n Bondige Interpretasie van Artikel 235 van die Grondwet* De Jure (3) 646.

⁷⁶⁷ *Ibid* 647.

⁷⁶⁸ Die ontleding van Malan word gebruik as raamwerk vir die uiteensetting wat hierop volg. Sien Malan K (2006) *’n Bondige Interpretasie van Artikel 235 van die Grondwet* De Jure (3) 650–654.

⁷⁶⁹ Dit is belangrik om daarop te let dat daar in artikel 43 spesifiek van die term “regeringsfeer” gebruik gemaak word en dat regeringsfeer nie noodwendig sinoniem is met die verskillende “vlakke” van regering nie. Met die term “regeringsfeer” word spesifiek verwys na ’n instelling wat oor wetgewende magte beskik, terwyl vlakke van regering na iets anders verwys as ’n instelling wat oor wetgewende magte beskik.

Wetgewende bevoegdhede mag dus ingevolge artikel 44 afgewentel word, maar sodanige afwenteling mag slegs na wetgewende liggame in ander regeringsfere geskied. Saamgelees met artikel 43 beteken dit dat wetgewende bevoegdheid uitsluitlik na provinsiale wetgewers en/of munisipale rade afgewentel mag word. Wanneer 'n artikel 235-liggaam tot stand kom, skryf Malan, “kom dit natuurlik kragtens wetgewing tot stand, en wetgewing, tensy dit 'n behoorlik aanvaarde grondwetlike wysiging is, kan natuurlik nie 'n bykomende sfeer van regering skep nie. Aangesien 'n artikel 235-liggaam dus nie 'n liggaam in 'n ander sfeer van regering kan wees nie, kan geen bevoegdheid om ondergeskikte wetgewing te aanvaar kragtens die grondwet (a 44(1)(a)(iii)) daaraan afgewentel word nie.”⁷⁷⁰ Malan se argument kom dus daarop neer dat artikel 235 tandoos is, aangesien dit strydig met die hele skema van die Suid-Afrikaanse grondwet is.

Die grondwet, soos dit tans geskryf is, maak dit gevolglik onmoontlik vir 'n liggaam wat ingevolge artikel 235 tot stand gebring is, om oor enige wetgewende bevoegdhede te beskik. Die enigste wyse waarop sodanige bevoegdhede in 'n artikel 235-liggaam sou kon setel, sou wees as die grondwet in hierdie verband gewysig word.

Indien artikel 235 egter saamgelees word met artikel 185, laat dit die moontlikheid van korporatiewe selfbeskikking oop. Artikel 185(1)(c) lui as volg:

“Die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens-, en Taalgemeenskappe het die volgende oogmerke:

“(c) om die instelling of erkenning, ooreenkomstig nasionale wetgewing, van 'n kultuur, of ander raad of rade vir 'n gemeenskap of gemeenskappe in Suid-Afrika aan te beveel.”⁷⁷¹

Artikel 235, saamgelees met artikel 185(1)(c), impliseer dus dat kultuurrade ingevolge die grondwet geskep kan word ten einde 'n bepaalde vlak van outonomie

⁷⁷⁰ Malan K (2006) *'n Bondige Interpretasie van Artikel 235 van die Grondwet* De Jure (3) 651.

⁷⁷¹ Vir doeleindes van die bespreking oor selfbeskikking sal hierdie subartikel ook in oënskou geneem word. 'n Meer volledige bespreking oor die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens-, en Taalgemeenskappe word onder hoofstuk 6 hieronder gedoen.

aan kultuurgemeenskappe te bied. De Villiers beskryf kultuurrade as 'n baie meer realistiese verskyningsvorm van selfbeskikking:

“What makes cultural autonomy so attractive is that it obviates the need for territorial dominance or control, or for all members of a culture group to live within the same geographical area. Cultural autonomy, which may in practice be applied in various ways, refers in essence to the ‘rights of self-rule, by a culturally defined group, in regard to matters which affect the maintenance and reproduction of its culture’.”⁷⁷²

Die konsep van kulturele outonomie is reeds in 1917 as volg verduidelik:

“Each national group would create a separate movement. All citizens belonging to a given national group would join a special organisation that would hold cultural assemblies in each region and a general cultural assembly for the whole country. The assemblies would be given financial powers of their own: either each national group would be entitled to raise taxes on its members, or the state would allocate a proportion of its overall budget to each of them. Every citizen of the state would belong to one of the national groups, but the question of which national movement to join would be a matter of personal choice and no authority would have any control over his decision. The national movements would be subject to the general legislation of the state, but in their own areas of responsibility they would be autonomous and none of them would have the right to interfere in the affairs of the others.”⁷⁷³

Die vereiste dat 'n gemeenskap in een gebied gekonsentreer moet wees voordat enige vorm van selfbeskikking aanvaar kan word, word by wyse van kulturele outonomie oorbodig gemaak. Die begrip is daarop geskoei dat kultuurgemeenskappe regsenteite mag skep, wat ten doel het om toe te sien dat daardie gemeenskap se kulturele goedere beskerm word. Hierdie entiteit kan met die status van 'n staatsorgaan toegerus word en sal selfs oor bepaalde wetgewende bevoegdhede kan beskik.⁷⁷⁴

Fanie Cloete het in 'n 1981-proefskrif verklaar dat die vereistes van kultuurgemeenskappe gewoonlik op twee grondwetlike regsmiddele fokus, naamlik 'n

⁷⁷² De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 463.

⁷⁷³ Vladimir Medem, aangehaal in Minczeles H (1995) *Histoire générale du Bund*. Sien ook De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 465.

⁷⁷⁴ De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 463. Hierdie entiteite sal dus oor aansienlik meer magte as nie-regeringsorganisasies beskik.

vorm van outonomie of selfbeskikking oor sake wat hulle kultuur raak, en om een of ander vorm van deelname aan besluitnemingsprosesse te verkry.⁷⁷⁵ 'n Kritiese voorvereiste vir die ontstaan van so 'n entiteit is dat dit op die beginsel van wilsooreenstemming gebaseer moet wees. Daarom het Cloete aangevoer dat geen kultuurgroep in die eerste plek gedwing kan word om enige vorm van outonomie te aanvaar nie, en in die tweede plek dat geen individu forseer kan word om aan 'n bepaalde kultuurgroep te behoort nie. Dit impliseer ook dat daar teen geen individu wat kies om nie by 'n bepaalde kultuurgroep in te skakel nie, gediskrimineer mag word nie.⁷⁷⁶

In 1989 het De Villiers 'n reeks beginsels voorgestel wat as maatstaf gebruik kan word om 'n raamwerk vir die beskerming van kulturele outonomie daar te stel. Hierdie beginsels is soos volg:

1. Die grondwet of 'n parlements wet kan die reg van 'n kultuurgroep erken om 'n regsentiteit te skep met die doel om selfbeskikking plaaslik te bevorder.
2. Die beginsel van vryheid van assosiasie moet die ruggraat van kulturele outonomie wees. Enige poging om individue te forseer om kulturele regte uit te oefen, sal onder die internasionale reg misluk.
3. Kulturele outonomie is veral relevant vir kultuurgroepe wat nie gekonsentreerd in 'n bepaalde geografiese area leef nie.
4. Kulturele outonomie moet nie beskou word as 'n plaasvervanger vir individue om volledig aan nasionale kwessies van die land deel te neem nie.
5. Kulturele outonomie moet nie gebruik word as meganisme om politieke, ekonomiese of sosiale ongelikheid tussen individue of groepe te bereik of bevorder nie.
6. Die tipiese magte van kultuurrade is kwessies wat direk met die beskerming en bevordering van die kultuur, taal en tradisies van 'n kultuurgroep verband hou.

⁷⁷⁵ Cloete CS (1981) *Etnisiteit en Groepsverteenvoording in die Staatkunde – 'n Vergelykende Studie* PhD, Universiteit van Stellenbosch 364.

⁷⁷⁶ *Ibid* 365–367. Sien ook De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 466.

7. Kultuurrade moet aan geregtelike toesig onderhewig wees, soortgelyk aan die oorsig oor nasionale, provinsiale en plaaslike regerings.⁷⁷⁷

Hy skryf verder dat daar vier sleutelemente uit die beginsel van kulturele outonomie voortspruit, naamlik:

1. 'n Regsentiteit word by wyse van die grondwet of 'n parlamentswet geskep.
2. Regeringsmagte word na die betrokke entiteit gedentraliseer, wat daaraan die status van staatsorgaan gee, eerder as 'n privaat regsentiteit (kyk nota op p 61).
3. Die jurisdiksie van die regsentiteit is nie territoriaal van aard nie, maar persoonlik.
4. Die magte van die regsentiteit word uitgevoer op grond van publiekreg op dieselfde wyse as 'n streeks- of plaaslike regering.⁷⁷⁸

Na evaluering van 'n reeks gevallestudies poog De Villiers om die belangrikste skwelvrae ten opsigte van kulturele outonomie soos hierbo bespreek, uiteen te sit. De Villiers se voorstelle word hieronder kortliks saamgevat.

Ten opsigte van die vraag oor watter kulturele gemeenskappe vir selfbeskikking aansoek kan doen of kwalifiseer, voer De Villiers aan dat 'n wet wat ingevolge artikel 235 aanvaar word, hierdie gemeenskappe op een van drie wyses kan identifiseer, naamlik:

1. Kultuurgroepe wat outomaties vir selfregering kwalifiseer, kan uitdruklik genoem of identifiseer word.
2. Kultuurgroepe kan toegelaat word om 'n referendum te hou vir lede van die gemeenskap om hulle siening oor selfregering aan te dui, op voorwaarde dat die versoek vir 'n referendum ondersteun word deur 'n petisie wat beduidende ondersteuning geniet.

⁷⁷⁷ De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Etnisiteit en Groepsverteenvoording in South Africa?* 30 SAJHR 458, 466–467.

⁷⁷⁸ *Ibid* 467.

3. Die twee punte hierbo kan gekombineer word, wat kan impliseer dat bepaalde gemeenskappe in sodanige wet identifiseer kan word, maar dat ander gemeenskappe ook die geleentheid het om by wyse van 'n referendum te kwalifiseer.⁷⁷⁹

Oor die vraag oor watter instellings deur 'n gemeenskap in hulle strewe na kulturele outonomie gestig kan word, word voorgestel dat:

1. Die bemagtigende wet kan ook 'n standaardgrondwet vir kultuurrade bevat, soortgelyk aan die standaardmaatreëls in die Grondwet oor wetgewende en uitvoerende instellings vir die provinsies.
2. As alternatief kan die bemagtigende wet kultuurgemeenskappe toelaat om 'n regs persoon vir hul kultuurgroepe te registreer en 'n eie grondwet te ontwikkel, op voorwaarde dat daar aan die basiese beginsels van demokratiese bestuur voldoen word wat in die bemagtigende wet uiteengesit word, op dieselfde wyse as provinsies wanneer hul eie grondwette opgestel word.
3. 'n Kulturele raad kan vir die hele land gestig word, of 'n gemeenskap kan kies om 'n kulturele raad vir 'n gedeelte van die land te stig.
4. Maatreëls kan in plek wees om te verseker dat 'n kandidaat wat verkies wil word om 'n spesifieke gemeenskap te verteenwoordig wel as lid van daardie gemeenskap aanvaar word, en enige dispuut wat oor 'n kandidaat se lidmaatskap van 'n gemeenskap ontstaan, kan deur die regbank beslis word.
5. In terme van die kieserregistrasieproses vir die doel van die verkiesing van 'n kulturele raad moet geen persoon verplig wees om as kieser te registreer nie, en daardie persone wat wel kies om te registreer, mag aan geen vorm van diskriminasie blootgestel word wat die gelykheidsvoorwaardes in die Grondwet skend nie.
6. Enige dispute oor kieserregistrasie moet deur 'n regbank beslis word.⁷⁸⁰

In antwoord op die vraag oor watter magte tipies aan so 'n gedesentraliseerde kultuurraad toegeken kan word, stel De Villiers voor:

⁷⁷⁹ *Ibid* 477.

⁷⁸⁰ *Ibid* 479.

1. Die magte van kulturele rade moet verband hou met sake wat direk van toepassing is op die beskerming en bevordering van die kultuurgroep se kultuur, taal en identiteit.
2. Die tipiese magte wat met kulturele rade gepaardgaan, sluit in daardie magte wat met aspekte van onderwys verband hou; die gebruik van taal in die openbare amp, simbole, kulturele dae; musiek en letterkunde; en die media.
3. Die presiese magte van kulturele rade behoort die onderwerp van onderhandeling binne elke land en elke kultuurgroep te wees.
4. Verskillende kultuurrade kan elkeen met dieselfde magte beklee word (simmetrie), of verskillende rade kan verskillende magte hê (asimmetrie).
5. Daar is 'n belangrike onderskeid tussen kulturele organisasies wat in die openbare regsfeer funksioneer, en daardie rade wat in die privaatregsfeer as NRO's funksioneer: eersgenoemde funksioneer as regeringsorganisasies met regeringsmagte en -funksies, en hul besluite het regsuitwerking as die besluite van 'n regeringsorganisasie.⁷⁸¹

Die ontleding hierbo is veral relevant ten opsigte van die die strewende na funksionele of korporatiewe selfbeskikking in Suid-Afrika. Wat territoriale selfbeskikking betref, is dit nodeloos om te sê dat daar nie 'n bepaalde grondgebied in Suid-Afrika bestaan wat nie tans onder wetgewende beheer van al drie die sfere van regering is nie. Die wetgewer beskik egter oor die bevoegdheid om nuwe wetgewende owerhede te skep. Dit sou volgens Malan teoreties iets soos 'n tiende provinsie kon wees, wat oor sy eie wetgewende magte beskik, of 'n *sui generis*-liggaam wat wetgewende magte binne die nasionale en/of provinsiale wetgewers kan uitvoer. Die grondwet maak egter nie vir sulke liggame voorsiening nie en dit sou dus nie moontlik wees om sodanige liggame by wyse van die aanneming van nuwe wetgewing tot stand te bring nie. Artikel 235 se verwysing na die aanneem van wetgewing stel dit ook duidelik dat dit binne die raamwerk van die grondwet moet geskied. Die enigste manier waarop daar aan sodanige wetgewing uitvoering gegee kan word, sou wees as die grondwet eers in hierdie verband gewysig word. Sodanige wysiging sal uiteraard die grense van die provinsies affekteer, wat artikel 74(3)(b) van die grondwet toepaslik maak. Ingevolge hierdie bepaling moet minstens twee derdes van die Nasionale

⁷⁸¹ *Ibid* 482.

Vergadering die wysiging goedkeur, sowel as minstens ses van die provinsies in die Nasionale Raad van Provinsies.⁷⁸²

Artikel 235 is tydens die onderhandelingsproses vir die opstel van 'n nuwe grondwet ingevoeg as een van die laaste pogings om groepe wat hulle toe nog nie met die grondwetskrywende proses vereenselwig het nie aan boord te kry.⁷⁸³ Dit blyk egter dat dit nie ingevoeg is op 'n wyse wat vir minderhede van veelseggende praktiese waarde is nie. Hoewel wetgewing ingevolge artikel 235 nog nie aangeneem is nie, is dit belangrik om daarop te let dat die moontlikhede wat ingevolge die 1996-grondwet vir die onderskeie vorme van selfbeskikking gebied word uiters beperk is en dat dit nie vergelyk kan word met die meer omvattende beskouing van selfbeskikking wat algemeen in die internasionale reg aanvaar word nie. Malan se argument is egter dat wetgewing nie ingevolge artikel 235 aangeneem kan sonder dat 'n grondwetlike wysiging gemaak word, ingevolge waarvan wetgewende bevoegdheid aan 'n addisionele regeringsfeer moontlik gemaak word nie.⁷⁸⁴

5.6 Gevolgtrekking

Die konsep van selfbeskikking was in Suid-Afrika nog altyd 'n omstrede een. Dit is veral tydens die onderhandelings vir 'n nuwe grondwetlike bedeling geopper, waartydens verteenwoordigers van die ANC die mening uitgespreek het dat selfbeskikking na hulle mening op 'n alternatiewe verskyningsvorm van apartheid sal neerkom. Dit is egter 'n beginsel wat internasionaal erken word.

Wanneer daar oor selfbeskikking gepraat word, is dit belangrik om daarop te let dat daar verskillende verskyningsvorme van selfbeskikking is. Territoriaalstaatlike selfbeskikking hou met die territoriale soewereiniteit van die staat verband. Aan die ander kant kan selfbeskikking ook neerkom op 'n vorm van selfregering vir etniese gemeenskappe, volkere en nasionaliteite wat primêr ooreenkomstig taal en kultuur gedefinieer word. Die gebruik van die woord "selfbeskikking" om na beide hierdie verskyningsvorme te verwys, kan verwarrend wees, aangesien die konsepte in

⁷⁸² Voetnoot wat ook na artkel 73(8) verwys.

⁷⁸³ Sien Gevisser M (2009) *Thabo Mbeki, A Dream Deferred* hoofstuk 29.

⁷⁸⁴ Malan se argument word uiteengesit in Malan K (2006) *'n Bondige Interpretasie van Artikel 235 van die Grondwet De Jure* (3).

bepaalde gevalle in teenstelling met mekaar staan. Selfregering vir etniese minderhede wat as gevolg van sesessie bewerkstellig word, kan byvoorbeeld indruis teen die territoriaalstaatlike outonomie (oftewel selfbeskikking) van die staat waarvan weg gebreek word.

Selfbeskikking behels aansienlik meer as blote deelname aan kultuur- of minderheidsgemeenskappe of aan besluitnemingsprosesse van die regering, en word gewoonlik aan selfregering verbind. In sy basiese verskyningsvorm kom selfbeskikking neer op die reg van alle volke om hulleself te regeer. 'n Sleutelement van selfbeskikking is egter die desentralisasie van wetgewende bevoegdhede na streke, plaaslike regerings en/of regsenteite deur kultuurgroepe.

Dit is ironies dat selfbeskikking dikwels geopper word deur gemeenskappe wat van mening is dat hulle regte nie voldoende deur die staat beskerm word nie, terwyl die konsep van selfbeskikking en die mate waarin daardie gemeenskappe daarop aanspraak kan maak, juis deur die staat gedefinieer en bepaal word. Die reg op selfbeskikking van minderheidsgemeenskappe wat aan 'n meerderheidsregering onderworpe is, kan dus vergelyk word met 'n skild wat aan minderhede gegee word ten einde onderdrukking deur die staat af te weer, veral wanneer die bestaande handves van menseregte nie voldoende is nie. Die dilemma waarin minderhede verkeer, is egter dat daardie skild op die staat se voorwaardes aan minderhede voorsien word. Die staat het dus die mag om te bepaal hoe groot en hoe sterk daardie skild – wat teen hom gebruik kan word – moet wees. Nodeloos om te sê, is die gevolg dat state gewoonlik nie gretig is om omvattende selfbeskikkingsregte aan minderhede toe te ken nie. Suid-Afrika is 'n goeie voorbeeld hiervan.

Die “konsep van selfbeskikking”, is in artikel 235 van die Suid-Afrikaanse grondwet opgeneem. Tydens die onderhandelings vir 'n nuwe grondwetlike bedeling is die reg op selfbeskikking by die grondwetlike beginsels (wat deurslaggewend moes wees vir die opstel van die 1996-grondwet) ingevoeg om Afrikaners wat gedreig het om die nuwe bedeling te ondermyn, te kry om ook deel te word van die proses. Artikel 235 is egter besonder vaag en ontoereikend en waarskynlik teenstrydig met die res van die grondwet. In die eerste plek word die term “selfbeskikking”, wat in die artikel gebruik word, nêrens in die grondwet of in enige wet gedefinieer nie. Dit is ook vreemd dat

daar in artikel 235 verklaar word dat “die konsep van die reg op selfbeskikking” erken word, in plaas van “die reg op selfbeskikking”. Selfbeskikking word in artikel 235 ook erken vir die “Suid-Afrikaanse bevolking as geheel” en nie noodwendig vir minderheidsgemeenskappe nie. Erkenning van die konsep van die reg word egter nie belet nie, hoewel daar geen wetgewing ingevolge artikel 235 aangeneem is om verdere inhoud aan hierdie “reg” te gee nie.

Artikel 235 bied geen erkenning aan eksterne selfbeskikking vir minderhede nie. Dit belet egter nie die erkenning van selfbeskikking vir minderhede binne die konsep van ’n territoriale entiteit (as een verskyningsvorm van interne selfbeskikking) nie. Dit moet egter klaarblyklik vergestaltung vind binne-in die bestaande staatsgrense, maar vir die staatsbevolking as geheel, soos vervat in artikel 1 van die grondwet. Die artikel bied wel ruimte vir interne selfbeskikking in ’n bepaalde vorm. Hieraan kan uitvoering gegee word as ’n wet deur die parlement aanvaar word om interne selfbeskikking vir minderhede te reguleer. Daar is egter geen plig op die regering om so ’n wet te aanvaar nie.

Daar kan geargumenteer word dat, as artikel 235 saam met artikel 185 gelees word, word die keuse vir korporatiewe selfbeskikking vir minderhede nie uitgesluit nie. Dit kan in die praktyk realiseer in die vorm van ’n kultuurraad wat ’n bepaalde vlak van outonomie aan kultuurgemeenskappe bied. Dit kan egter nie geskied voordat toepaslike wetgewing in hierdie verband aangeneem word nie. Die konsep is al redelik deur akademici deurgetrap, soos wat in hierdie hoofstuk uitgewys word. Die probleem wat Suid-Afrikaanse minderhede wat hulle op selfbeskikking wil beroep egter in die gesig staar, is dat daar ’n vyandige afkeur van die idee van selfbeskikking in die staat is. Die vraag kan ook gevra word of die nodige politieke wil by minderheidsgemeenskappe bestaan om hulle vir korporatiewe selfbeskikking te beywer. Sedert die aanvang van die nuwe grondwetlike bedeling is daar nog nie met die nodige erns en met ’n toepaslike strategie deur Suid-Afrikaanse minderhede op selfbeskikking aanspraak gemaak nie.

Hoofstuk 6

Die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens- en Taalgemeenskappe

6.1 Inleiding: artikel 185

Hoofstuk 9 van die grondwet maak voorsiening vir 'n aantal “staatsinstellings ter ondersteuning van grondwetlike demokrasie”. Hierby is inbegrepe: die Openbare Beskermer, die Menseregtekommissie, die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens en Taalgemeenskappe, die Kommissie vir Geslagsgelykheid, die Ouditeur-Generaal en die Verkiesingskommissie. Die grondwet bepaal verder dat hierdie instellings onafhanklik funksioneer, slegs aan die grondwet en die reg onderworpe is, onpartydig moet wees en hulle bevoegdhede en funksies sonder vrees, begunstiging of vooroordeel uitoefen en verrig.⁷⁸⁵ Staatsorgane moet hierdie instellings deur middel van wetgewende en ander maatreëls bystaan en beskerm ten einde die onafhanklikheid, onpartydigheid, waardigheid en doeltreffendheid van hierdie instellings te verseker.⁷⁸⁶ Verder mag geen persoon of staatsorgaan op die funksionering van hierdie instellings inbreuk maak nie.⁷⁸⁷ Hierdie instellings is aan die Nasionale Vergadering verantwoordingspligtig, en moet minstens een keer per jaar oor hulle bedrywighede en die verrigting van hulle funksies aan die vergadering verslag doen.⁷⁸⁸ Vir die doeleindes van hierdie studie is spesifiek op die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens- en Taalgemeenskappe (afgekort as die artikel 185-kommissie) ter sake.

Die artikel 185-kommissie se funksies en samestelling word in artikels 185 en 186 van die grondwet uiteengesit. Artikel 185 bepaal soos volg:

- “(1) Die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens- en Taalgemeenskappe het die volgende hoofogmerke:

⁷⁸⁵ Artikel 181(2).

⁷⁸⁶ Artikel 181(3).

⁷⁸⁷ Artikel 181(4).

⁷⁸⁸ Artikel 181(5).

- “(a) Om respek te bevorder vir die regte van kultuur-, godsdiens- en taalgemeenskappe;
 - “(b) om vrede, vriendskap, menslikheid, verdraagsaamheid en nasionale eenheid onder kultuur-, godsdiens- en taalgemeenskappe op die grondslag van gelykheid, niediskriminasie en vrye assosiasie te bevorder en te ontwikkel; en
 - “(c) om die instelling of erkenning, ooreenkomstig nasionale wetgewing, van ’n kultuur- of ander raad of rade vir ’n gemeenskap of gemeenskappe in Suid- Afrika aan te beveel.
- “(2) Die Kommissie het die bevoegdheid, soos deur nasionale wetgewing gereguleer, wat nodig is om sy hoofogmerke te bereik, met inbegrip van die bevoegdheid om kwessies betreffende die regte van kultuur-, godsdiens- en taalgemeenskappe te monitor, te ondersoek, na te vors, opvoeding daaroor te voorsien, steun daarvoor te werf, daaroor te adviseer en verslag daaroor te doen. (3) Die Kommissie kan enige aangeleentheid wat binne sy bevoegdhede en funksies val aan die Menseregtekommissie vir ondersoek rapporteer.”

6.2 Wet op die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens- en Taalgemeenskappe

Die werking van die kommissie word in meer besonderhede deur die Wet op die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens- en Taalgemeenskappe⁷⁸⁹ bepaal. Die voorwoord van die wet skets die raamwerk waarbinne die Wet beskou moet word en maak spesifieke melding van die feit dat Suid-Afrika uit diverse kulturele, godsdienstige en taalgemeenskappe bestaan en dat die grondwet onder meer daarna streef om die verdeeldheid van die verlede te heel, ’n nie-rassige en nie-seksistiese samelewing, gebaseer op demokratiese waardes, sosiale geregtigheid en fundamentele menseregte te vestig en gelykheid te bevorder. Daar word spesifiek melding gemaak van beleide van die verlede wat verdeeldheid en ongelykheid veroorsaak het, wat herstel moet word.

Die verwysing na dit wat in die voorwoord van die Wet ongeregthede van die verlede genoem word, skets ’n raamwerk waarbinne die doelstellings en bepalings

⁷⁸⁹ Wet 19 van 2002.

van die Wet uitgelê en toegepas moet word. In die praktyk beteken dit dat 'n minderheidsgroep soos Afrikaners alreeds op die agtervoet geplaas word, aangesien die algemene opvatting is dat hulle deur voormalige regeringsbeleid bevoordeel is. Die aktiwiteite van die kommissie bevestig hierdie afleiding, soos wat later in hierdie hoofstuk duidelik sal word.

Die aanvaarding van wetgewing kragtens artikel 185 het langer gesloer as dié van enige ander hoofstuk 9-instelling. 'n Parlementêre debat oor die artikel 185-wet het in Augustus 2001, vyf jaar na aanvaarding van die finale grondwet, begin. Tydens hierdie debat het 'n aantal parlamentslede hulle kommer uitgespreek oor die skynbare onvermoë waaroor die kommissie sal beskik om die regte van kulturele, godsdienstige en taalregte van gemeenskappe te beskerm. Die meerderheid in die parlement het uiteindelik besluit dat die kommissie se rol een van 'n mediator tussen gemeenskappe moet wees.⁷⁹⁰ Vorige weergawes van die wetsontwerp het bepaal dat die kommissie die mag sou hê om die beslegting van konflik tussen gemeenskappe aan te help, sowel as om klagtes teen enige persoon of staatsorgaan wat van 'n kulturele godsdienstige of taalkundige aard is, te ondersoek. Dit is egter uit die wetsontwerp verwyder.⁷⁹¹ As blote mediator eerder as beregter beskik die kommissie op die keper beskou eintlik oor geen werklike magte nie.⁷⁹²

Verskeie parlamentslede het hulle kommer uitgespreek oor die feit dat staatsfondse aangewend moet word vir die finansiering van 'n kommissie waarvan die funksies met dié van 'n verskeidenheid ander staatsinstellings oorvleuel.⁷⁹³ Woolman skryf:

“Without putting too fine a point on it, the CRLC’s questionable provenance, its lack of powerful constituencies, and its nominal independence give the government little motivation to take the CRLC seriously.”⁷⁹⁴

⁷⁹⁰ Notule van die PLGP Komitee-verhore van 24 Oktober 2001, Bylae 1. Aangehaal uit Woolman et al (eds) (2010) *Constitutional Law of South Africa* 24F-7.

⁷⁹¹ Woolman et al (eds) (2010) *Constitutional Law of South Africa* 24F-7.

⁷⁹² Sien ook Notule van die PLGP Komitee-verhore van 2 Oktober 2001, Bylae 1. Aangehaal uit Woolman et al (eds) (2010) *Constitutional Law of South Africa* 24F-7 tot 8.

⁷⁹³ Woolman et al (eds) (2010) *Constitutional Law of South Africa* 24F-8. Hierdie staatsinstellings sluit die volgende in: de Pan-Suid-Afrikaanse Taalraad (Pansat), die Jeugkommissie (vandag die Nasionale Jeugontwikkelingsagentskap), die Kommissie vir Geslagsgelykheid, die Menseregtekommissie, die Openbare Beskermer, die Regterlike Inspektoraat, die Nasionale Huis van Tradisionele Leiers en die Vrystaatse Sentrum vir Burgerskap, Onderwys en Konflikbeslegting.

⁷⁹⁴ Woolman et al (eds) (2010) *Constitutional Law of South Africa* 24F-8–9.

Die grondwet bepaal dat die samestelling van die kommissie breedweg verteenwoordigend moet wees van die vernaamste kultuur-, godsdiens- en taalgemeenskappe in Suid-Afrika⁷⁹⁵ en dat geslagsamestelling in die breë weerspieël moet word.⁷⁹⁶ Die bepaling word in artikel 9(3)(a) en (b) van die Wet geëggo sonder enige aanduiding van wat met “breë weerspieëling” bedoel word. Volgens artikel 4 van die Wet het die kommissie die volgende doelwitte:

- “(a) To promote respect for and further the protection of the rights of cultural, religious and linguistic communities;
- “(b) To promote and develop peace, friendship, humanity, tolerance and national unity among and within cultural, religious and linguistic communities, on the basis of equality, non-discrimination and free association;
- “(c) To foster mutual respect among cultural, religious and linguistic communities;
- “(d) To promote the right of communities to develop their historically diminished heritage; and
- “(e) To recommend the establishment or recognition of community councils in accordance with section 36 or 37.”

’n Totaal van elf bevoegdhede word in artikel 5(1) van die Wet vir die kommissie uiteengesit. Dit sluit die bevoegdhede in om opleidingsprogramme van stapel te stuur,⁷⁹⁷ bystand te verleen by die ontwikkeling van strategieë wat deelname aan nasiebou bevorder,⁷⁹⁸ bewusmaking van Suid-Afrika se diversiteit om kulturele, godsdiensstige en linguistiese gemeenskappe onder die jeug te bevorder,⁷⁹⁹ navorsing te doen oor enige kwessie wat met die regte van gemeenskappe verband hou,⁸⁰⁰ steun te werf, advies te verskaf en verslag te doen oor kwessies rakende die gemeenskappe,⁸⁰¹ ’n fasiliteringsrol te speel met betrekking tot die beslegting van geskille tussen gemeenskappe,⁸⁰² die vermoë om versoeke te ontvang en te “hanteer”,⁸⁰³ aanbevelings aan die toepaslike staatsorgane te maak,⁸⁰⁴ ’n databasis

⁷⁹⁵ Artikel 186(2)(a) van die grondwet.

⁷⁹⁶ Artikel 186(2)(b) van die grondwet.

⁷⁹⁷ Artikel 5(1)(a) en (b).

⁷⁹⁸ Artikel 5(1)(c).

⁷⁹⁹ Artikel 5(1)(d).

⁸⁰⁰ Artikel 5(1)(e).

⁸⁰¹ Artikel 5(1)(f).

⁸⁰² Artikel 5(1)(g).

⁸⁰³ Artikel 5(1)(h).

⁸⁰⁴ Artikel 5(1)(i).

van gemeenskapsorganisasies op te stel⁸⁰⁵ en om relevante kwessies onder die aandag van die toepaslike staatsorgaan te bring.⁸⁰⁶

Die bevoegdhele wat hierbo uiteengesit word, word buitendien ingevolge die handves van regte aan elke lid van die publiek toegewys. Die kommissie se bevoegdhele kan kwalik vergelyk word met dié wat byvoorbeeld ingevolge die Wet op die Openbare Beskermer⁸⁰⁷ aan die Openbare Beskermer verleenc word.⁸⁰⁸ In teenstelling met magte en bevoegdhele wat ingevolge wetgewing aan die ander hoofstuk 9-instellings verleen word, het die artikel 185-kommissie ook geen onafhanklike basis op grond waarvan die hof genader kan word nie.⁸⁰⁹

6.3 Die instelling van kultuurrade ingevolge artikel 185(1)(c)

Die grondwet bepaal in artikel 185(1)(c) dat die kommissie die instelling of erkenning van 'n kultuur- of ander raad of rade vir 'n gemeenskap of gemeenskappe in Suid-Afrika kan aanbeveel. Dit moet ooreenkomstig nasionale wetgewing gedoen word. Die konsep van 'n kultuurraad is reeds breedvoerig hierbo behandel⁸¹⁰ en slegs enkele punte van kommentaar word hier gelewer. De Villiers voer aan dat die kultuurrade waarna daar in artikel 185(1)(c) verwys word, ingevolge artikel 235 as staatsorgane gevestig kan word ten einde aan selfbeskikking uitvoering te gee.⁸¹¹ Hy beskryf die insluiting van artikels 185(1)(c) en 235 as belangrike olyftakke wat aan

⁸⁰⁵ Artikel 5(1)(j).

⁸⁰⁶ Artikel 5(1)(k).

⁸⁰⁷ Wet 23 van 1994.

⁸⁰⁸ Die volgende bevoegdhele word onder meer aan die Openbare Beskermer toegewys: Om sake op eie inisiatief of by die ontvangs van 'n klag te ondersoek (artikel 6(4)(a)), om te enige tyd in aanloop tot of tydens 'n ondersoek enige staatsampenaar, ongeag die regeringsvlak waarop die persoon hom of haar bevind, te versoek om bystand te bied in die uitvoer van sy of haar (die OB se) funksies (artikel 7(3)(a)), om enige persoon te gelas om 'n verklaring af te lê, voor die OB te verskyn, te getuig of enige dokument in sy of haar besit aan die OB te voorsien (artikel 7(4)(a)), en dat die betrokke persoon gedagvaar mag word om sodanige inligting te verskaf (artikel 7(5)), welke persoon verplig mag word om die inligting onder eed te verskaf (artikel 7(6)). Die Wet bepaal verder dat die OB die bevoegdheid het om enige gebou of perseel vir doeleindes van 'n ondersoek te betree en om enigiets op die perseel in beslag te neem wat na sy of haar mening met die betrokke ondersoek verband hou (artikel 7A(1)), dat geen persoon die Openbare Beskermer mag beledig nie (artikel 9(1)(a)), en geen optrede in verband met die ondersoek van die Openbare Beskermer uitgevoer mag word indien dit op minagting van die hof sou neerkom, indien die ondersoek deur 'n hof gedoen sou word nie (artikel 9(1)(b)).

⁸⁰⁹ Woolman et al (eds) (2010) *Constitutional Law of South Africa* 24F-14.

⁸¹⁰ Sien die bespreking onder 4.6. hierbo.

⁸¹¹ De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 459.

Suid-Afrikaanse minderhede, maar in besonder die Afrikaanssprekende gemeenskap, gebied word.

Hierdie bepalings is volgens De Villiers by die grondwet ingesluit om aan minderhede die versekering te gee dat hulle huidige en toekomstige soeke na 'n vorm van kollektiewe selfbesluitneming deur die grondwet erken word.⁸¹² Hy voer aan dat enige meganismes vir selfbeskikking hoofsaaklik binne die raamwerk van hierdie twee artikels ontwikkel moet word.⁸¹³ Die meganismes waarna De Villiers verwys, het egter nie in die praktyk gerealiseer nie en die afwesigheid daarvan kan gedeeltelik toegeskryf word aan die feit dat daar nog nie 'n behoorlike aanvraag vir so 'n meganisme vanuit enige kultuurgemeenskap gekom het nie, soos hierbo reeds uitgewys is. De Villiers skryf verder:

“In summary, the constitutional basis for self-determination by way of non-territorial arrangements in South Africa exists by virtue of ss 235 and 185(1)(c), but whether the concept would in time to come be politically pursued and whether enabling legislation would be enacted to give practical effect to ss 235 and 185(1)(c) remain to be seen.”⁸¹⁴

6.4 Gevolgtrekking: die doeltreffendheid van die kommissie

In die praktyk is daar ook al 'n aantal besware oor die ondoeltreffendheid en in sommige gevalle selfs oor die eensydigheid van die kommissie geopper.⁸¹⁵ Die kommissie het in 2013 daarop aangedring dat 16 Desember (wat onder Afrikaners as Geloftedag bekendstaan) as vakansiedag verval en is hieroor gekritiseer.⁸¹⁶ Rubriekskrywers het ook al onder die kommissie ingeklim en onder meer gesê dat

⁸¹² *Ibid* 461.

⁸¹³ *Ibid* 461.

⁸¹⁴ *Ibid* 469 – 470.

⁸¹⁵ Die FW de Klerk Stigting het sy kommer uitgespreek dat die kommissie “min doen” om sy mandaat ten opsigte van die bevordering van respek vir die regte van kultuur-, godsdienstige en taalgemeenskappe uit te voer. Die burgerregte-organisasie AfriForum het die kommissie daarvan beskuldig dat dit 'n verlengstuk van die regerende ANC geword het nadat die kommissie in die media standpunt ingeneem het teen dié burgerregte-organisasie se veldtog om Afrikaansmediumskole te beskerm. Die organisasie het bygevoeg dat hy van mening is dat die kommissie die regte van minderheidsgemeenskappe doelbewus ondermyn, in plaas daarvan om dit te bevorder. (Politicsweb (19 Januarie 2012) *CRLRC meant to support not oppose minority rights – AfriForum.*)

⁸¹⁶ Sien byvoorbeeld Beeld Aucamp C (Brief) (2 Mei 2013) *Kaderontploffing tref 16 Desember.*

die kommissie vanuit die staanspoor gedompel is in 'n onvermoë en onwilligheid om sy grondwetlike opdragte uit te voer.⁸¹⁷

In die lig van die beperkte bevoegdhede wat aan die kommissie verleen word, bedenkbare uitsprake wat tot dusver deur die kommissie gemaak is en die geregtverdigde agterdog wat daar jeens die kommissie bestaan, blyk die kommissie kwalik van enige noemenswaardige nut vir minderhede te wees.

Die insluiting van artikel 185 by die grondwet maak sin indien 'n mens dit uit 'n historiese perspektief beoordeel. Soos reeds uitgewys is, is bepaalde toegewings gemaak om aan minderheidsgemeenskappe die boodskap oor te dra dat hulle nie van die “nuwe Suid-Afrika” uitgesluit sal word nie. Dit is in hierdie konteks dat De Villiers na artikel 185 as 'n olyftak vir minderhede verwys.⁸¹⁸ Om hierdie rede moet die insluiting van artikel 185 by die Suid-Afrikaanse grondwet deur minderhede verwelkom word.

Indien die historiese konteks vir 'n oomblik nie in berekening gebring word nie, blyk dit dat artikel 185 heeltemal uit pas is met die res van die grondwet, aangesien die grondwet in wese 'n liberaal-demokratiese dokument is wat op die beskerming van individuele regte gebaseer is.⁸¹⁹ Die skep van 'n kommissie wat ten doel het om kollektiewe regte te beskerm in 'n samelewing wat van kollektiewe regte gestroop is, is uiters vreemd. Om hierdie rede kan aangevoer word dat die kommissie nie in staat is om sy funksies te vervul nie, aangesien die regte wat deur hierdie kommissie beskerm moet word, nie juis in die grondwet beskerm word nie. Die Wet verklaar telkens dat die regte van gemeenskappe deur die kommissie beskerm moet word. Dit is egter onmoontlik, aangesien die grondwet nie erkenning aan sodanige regte verleen nie.

Dit blyk ook in die praktyk dat artikel 185, en die sogenaamde artikel 185-Kommissie nie vir minderhede van veel waarde is nie.

⁸¹⁷ Koerant.com Nuuskomentaar deur Hermann Toerien (datum weggelaat) *As die Grondwet Struikel*. Op die internet beskikbaar by <http://www.koerant.co.za/?p=7068> (besigtig op 14 Augustus 2013)

⁸¹⁸ De Villiers B (2014) *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-Determination in South Africa?* 30 SAJHR 458, 461.

⁸¹⁹ Dieselfde kan met betrekking tot artikel 235 gesê word.

Hoofstuk 7

Samevatting en gevolgtrekking

7.1 Samevatting

Hierdie verhandeling handel spesifiek oor die mate waarin die Suid-Afrikaanse grondwet aan die regte van minderheidsgemeenskappe beskerming bied. Vir hierdie doel moet daar nie net op die teks van die grondwet gefokus word nie, maar op die toepassing daarvan in die praktyk en die omstandighede wat daarop inspeel.

Hierdie onderwerp is aangepak deur in die eerste plek aandag te skenk aan die posisie van minderhede in 'n demokratiese bestel, met verwysing na die stand van die Suid-Afrikaanse demokrasie. In die daaropvolgende hoofstuk is die definisie van minderhede, sowel as die uitdagings met betrekking tot die definiëring van minderhede, uiteengesit. Die debat rondom die beskerming van minderheidsgemeenskappe in die praktyk en wat die doeltreffendste werkswyse is om minderhede se gemeenskaplike belange te beskerm, is ook toegelig. Gevolglik is die onderhandelings wat tot die opstel van die huidige Suid-Afrikaanse grondwet aanleiding gegee het en die politieke faktore wat op die proses ingespeel het, bestudeer. Daarna is verskeie grondwetlike bepalings wat potensieel deur minderhede aangewend kan word om hulle belange te beskerm, met verwysing na die vertolking daarvan deur die regbank en die toepassing daarvan in die praktyk, uiteengesit.

Die Suid-Afrikaanse Grondwet word in sommige kringe in Suid-Afrika en elders wyd geloof. Dit word dikwels as die “beste grondwet in die wêreld” beskryf, en daar word ook gereeld aangevoer dat daar in die grondwet ruimskoots vir die beskerming van minderhede voorsiening gemaak word. Die grondwet is met hoë verwagtings aanvaar, en hoewel daar reeds met die aanvaarding van die grondwet bepaalde kommer oor die toepassing daarvan uitgespreek is, word dit tot vandag toe steeds aangeprys – ofskoon heelwat minder.

In hoofstuk 1 van hierdie verhandeling is uitgewys dat, hoewel daar ernstige kritiek oor die doeltreffendheid van demokrasie as regeringsvorm bestaan, dit steeds wêreldwyd as die doeltreffendste regeringsvorm beskou word. Die woord demokrasie is egter in baie opsigte tot 'n gonswoord gereduseer, wat tot gevolg het dat die konsep uit 'n regsprospektief vaag en selfs verwarrend kan wees. Dit blyk dat mense geneig is om die konsep van demokrasie te

vertolk op 'n wyse wat uitsluitlik in hulle eie belang is, wat tot gevolg het dat die ware omvang van demokrasie dikwels misken word.

Daar is uitgewys dat die meerderheid (in die besonder die ondersteuners van die regerende ANC) in Suid-Afrika na demokrasie uitgesien het, aangesien dit sou beteken dat die meerderheid oor die land sou regeer. Aan die ander kant is uitgewys dat minderhede na demokrasie uitgesien het, aangesien dit aan hulle verpak is as 'n moreel regverdigbare stelsel waaronder minderhede sou kon voortgaan met hulle alledaagse lewens, met die gerusstelling dat hulle belange beskerm sou word en dat die meerderheid nie aan hulle sou kon voorskryf nie. Minderhede se verwagtings met betrekking tot demokrasie het dus nie gestrook met die wyse waarop die meerderheid demokrasie toegepas het (en steeds toepas) nie.

Demokrasie op sigself waarborg nie dat minderhede se regte beskerm word nie, aangesien dit met 'n regering deur die meerderheid vereenselwig word. Demokrasie kan – inteendeel – juis meebring dat minderhede onderdruk word, aangesien die meerderheid op 'n wyse regeer wat minderhede se belange misken en onderdruk.

Daar word ook uitgewys dat “demokratisering” in Suid-Afrika plaasgevind het in 'n tydperk waarin aangevoer is dat die hele wêreld liberaal-demokratiese regeringsvorms gaan aanneem, maar dat die wêreld tans in 'n demokratiese resessie is.

In hoofstuk 2 is uitgewys dat minderheidsregte internasionaal hoog aangeprys word, maar dat dit in Suid-Afrika 'n omstrede konsep is. Daar word in Suid-Afrika veral aangevoer dat die toekenning van regte in groepsverband oortollig is wanneer individuele regte beskerm word. Die argument lui dat die beskerming van individuele regte noodwendig tot gevolg het dat die belange van gemeenskappe ook beskerm word. Daar word verder aangevoer dat dit onmoontlik is om minderhede se regte in groepsverband te beskerm, aangesien daar nie algemene ooreenstemming bestaan oor wat die definisie van 'n minderheidsgemeenskap is nie. Hierdie argument is gebaseer op die aanname dat 'n onbestrede definisie van 'n regsobjek 'n voorvereiste vir die vestiging van regte in daardie regsobjek is. Beide hierdie argumente word in hoofstuk 2 weerlê, en dit blyk dat daar nie 'n geldige argument bestaan waarom die beskerming van minderhede op kollektiewe wyse onmoontlik of onnodig is nie.

Hoewel daar steeds nie algemene ooreenstemming bereik kan word oor 'n presiese definisie vir minderhede nie, is uitgewys dat die gebrek aan wêreldwye eenstemmigheid in hierdie verband geen beletsel teen die daadwerklike beskerming van minderhede is nie. Daar word

wêreldwyd maatreëls ingestel om die belange van minderhede te beskerm in weerwil van die gebrek aan 'n algemeen aanvaarde omskrywing. In Suid-Afrika word daar soms aangevoer dat wit mense, maar Afrikaners in die besonder, nie op beskerming as minderheid aanspraak kan maak nie, aangesien hierdie gemeenskappe oor die algemeen finansiële beter af is as die swart meerderheid en gevolglik “ekonomies dominant” is. Die argument is gebaseer op die voorgestelde definisie van Francesco Capotorti, waarin onder meer aangevoer word dat 'n minderheid “nie-dominant” is. Hierdie gevolgtrekking oor Capotorti se voorgestelde definisie is met verwysing na verskeie werksdokumente van die Verenigde Nasies sowel as voorbeelde uit die praktyk weerlê.

Die slotsom is in hoofstuk 2 bereik dat minderhede se belange ten beste beskerm kan word indien die regte van gemeenskappe in kollektiewe vorm in die grondwet opgeneem word. Daar word aangevoer dat die beskerming van individuele regte, by gebrek aan die toekenning van regte in groepsverband, of die daarstelling en erkenning van instellings waarmee minderhede bemagtig word om self na hulle gemeenskaplike belange om te sien, nie voldoende is om minderheidsgemeenskappe se belange behoorlik te beskerm nie. Dit blyk dus dat die Suid-Afrikaanse Regskommissie, sowel as die onderhandelars vir die opstel van die Suid-Afrikaanse grondwet, verkeerd was in hulle argument dat die beskerming van individuele regte noodwendig meebring dat minderheidsgroepe se regte ook beskerm word.

In hoofstuk 3 is uitgewys dat die Suid-Afrikaanse grondwet neergekom het op 'n politieke skikking tussen die eertydse regerende NP, wat hom vir die regte van minderhede beywer het, en die ANC, wat teen die beskerming van minderhede gekant was. Die onderhandelings wat tot die aanvaarding van die huidige Suid-Afrikaanse grondwet aanleiding gegee het, sowel as die politieke faktore wat daarop ingespeel het, is in hoofstuk 3 breedvoerig uiteengesit.

Daar word onder meer uitgewys dat verskeie groepe, waarvan die KP en Inkatha die meeste invloed gehad het, die onderhandelings geboikot het, aangesien hulle van mening was dat daar nie behoorlik na die belange van minderhede en/of gemeenskappe omgesien word nie. Hierdie groepe se optrede is egter nie vry van kritiek nie, aangesien hulle self nie wesenlike pogings aangewend het om meer omvattende beskerming vir minderhede te bewerkstellig nie.

Die onderhandelings het daartoe gelei dat 'n reeks grondwetlike beginsels opgestel is, wat uiteindelik as 'n bylae tot die 1993-grondwet opgeneem is, en dat hierdie beginsels deur 'n

grondwetskrywende vergadering, wat deur die meerderheid domineer sou word, gebruik is om die “finale” grondwet (die 1996-grondwet) op te stel. In hierdie verhandeling blyk dit duidelik dat dit nie die breë grondwetlike beginsels was wat die deurslag gegee het nie, maar eerder die fyner bewoording in die formulering van die onderskeie regte, waaroor die ANC uiteindelik byna uitsluitlike beheer gehad het. Die wyse waarop gesag aan die regering en sy onderskeie sfeer toegeken is en die impak daarvan op die vertolking en toepassing van grondwetlike regte word veral in Suid-Afrika onderskat. In hierdie verhandeling blyk dit duidelik dat verskeie bepalinge van die Suid-Afrikaanse grondwet op uiteenlopende wyses vertolk kan word, veral wanneer die belange van minderhede ter sprake is. Die argument word gevolglik gemaak dat die hoogste gesag in die land nie noodwendig in die grondwet gesetel is nie, maar eerder in diegene wat deur die regering bemaagtig word om die teks van die grondwet te vertolk.

Die uiteinde van die proses was dat die bestaande grondwet wesenlik verskil van dit wat gedurende die grondwetskrywende proses aan minderhede beloof is, naamlik die voorkoming van ’n meerderheidsregering en die verskansing van magdeling tussen die meerderheid en minderhede, maar dat die grondwet nie wesenlik verskil van dit wat aan die meerderheid beloof is nie, naamlik ’n demokratiese bestel waarin die meerderheidsparty wesenlike beheer oor die samelewing kan uitoefen.

In hoofstuk 4 word uitgewys dat die Suid-Afrikaanse grondwet uitsluitlik op die beskerming van individuele regte geskoei is en dat kollektiewe regte nie in een enkele bepaling van die grondwet erken word nie. Daar word verder uitgewys dat verskeie regte aan individue toegeken word, en dat hierdie regte nie in die afwesigheid van gemeenskappe bestaanbaar is nie.

Die Suid-Afrikaanse grondwet se primêre waardes – waarop die hele dokument geskoei is – is gelykheid, menswaardigheid en vryheid vir almal. Die grondwet bepaal verder dat die konsep van gelykheid binne die raamwerk van die aanhef van die grondwet sowel as die raamwerk van artikel 9 vertolk moet word. In die aanhef word die noodsaak beklemtoon om die ongeregtighede van die verlede in ag te neem, en in artikel 9(2) word diskriminasie wat ten doel het om die belange van die meerderheid (oftewel kategorieë van persone wat in die verlede deur onregverdig diskriminasie benadeel is) te bevorder, as billike diskriminasie bestempel. Die begrip verteenwoordigendheid kom slegs op enkele plekke voor as een van ’n verskeidenheid faktore wat by aanstellings deur openbare instellings in ag geneem moet word. In weerwil hiervan het verteenwoordigendheid uitgebrei tot ’n algemene grondwetlike

beginsel, waarvolgens vereis word dat alle instellings en georganiseerde sfere die bevolkingsprofiel van die land moet weerspieël.

Verskeie bepalings in die handves van regte, wat spesifiek deur minderhede aangewend kan word om hulle belange te beskerm, is ontleed. Vir hierdie doel is vryheid van assosiasie (artikel 18), die hantering van amptelike tale (artikel 6), deelname van minderhede aan taal- en kultuurgemeenskappe (artikels 30 en 31), sowel as onderwys en die reg op moedertaalonderrig (artikel 29) spesifiek toegelig.

In die ontleding word uitgewys dat daar nie bloot op die teks van die grondwet gefokus kan word nie, maar dat daar deeglike aandag geskenk moet word aan die manier waarop daar prakties daaraan beslag gegee word. Daar word bevind dat uiteenlopende vertolkings van die onderskeie bepalings moontlik is, waarvan sommige meer gunstig vir minderhede is, terwyl ander tot minderhede se nadeel kan strek. Die uiteindelijke toets is in die vertolking en die toepassing daarvan gesetel. By elke artikel wat behandel is, blyk dit dat minder beskerming aan minderhede gebied word as wat dikwels deur minderhede aanvaar word.

Die noodsaak om gelykheid te bevorder, met inagneming van die verklaring in artikel 9(2) van die grondwet dat spesiale maatreëls getref mag word om die belange van die meerderheid te bevorder, word oorkoepelend op die hele grondwet toegepas. Die gevolg daarvan is dat daar byvoorbeeld met betrekking tot die reg op vryheid van assosiasie onderskeid getref word tussen verenigings wat eksklusief vir swart mense gestig word met die doel om rasse-ongelykheid te versag aan die een kant, en verenigings wat ten doel het om separatisme deur histories dominante groepe te bevorder aan die ander kant.

In hierdie verhandeling is uitgewys dat daar vir doeleindes van die beperking van die reg op vryheid van assosiasie onderskei kan word tussen groepe wat ten doel het om die belange van “die benadeelde meerderheid” te bevorder en groepe wat ten doel het om die belange van “die bevoordeelde meerderheid” te bevorder, en dat die meerderheid mag deelneem aan aktiwiteite wat nie die minderheid beskore sou wees nie. Met betrekking tot die reg op toegang tot onderwys en moedertaalonderrig voer die regering aan dat kinders se reg op toegang tot onderwys meer gewig dra as die reg op moedertaalonderrig, en gevolglik word geweldige druk deur die regering op Afrikaanse skole geplaas om hulle taalbeleid te verander ten einde Engelse leerlinge te akkommodeer.

Ter aanvulling van die bepalings wat in hoofstuk 4 behandel word, word die inhoud en gevolge van die “reg op selfbeskikking” (artikel 235) binne die Suid-Afrikaanse konteks in

hoofstuk 5 ontleed. Dit blyk dat artikel 235 geen reg op sesessie bied nie, maar dat, indien artikel 235 saamgelees word met artikel 185(1)(c) van die grondwet, dit moontlik vir korporatiewe selfbeskikking in die vorm van kultuurrade voorsiening maak, op voorwaarde dat wetgewing daarvoor deur die parlement aangeneem word. Die grootste struikelblok in die toepassing van artikel 235 is egter dat sodanige kultuurrade nie ingevolge artikel 40 van die grondwet tot 'n regeringsfeer verklaar word nie. Gevolglik kan aangevoer word dat wetgewing wat ten doel het om korporatiewe selfbeskikking vir minderhede ingevolge artikel 235 moontlik te maak deur bepaalde regeringsbevoegdhede aan kultuurrade te verleen, waarskynlik ongrondwetlik sal wees, tensy artikel 40 van die grondwet gewysig word om aan kultuurrade as aanvullende regeringsfeer erkenning te gee.

Die doeltreffendheid van die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens- en Taalgemeenskappe, wat ingevolge artikel 185 van die grondwet in die lewe geroep is, word in hoofstuk 6 behandel. Artikel 181 van die Grondwet bepaal dat hierdie kommissie (ook bekend as die Artikel 185-kommissie) ten doel het om grondwetlike demokrasie te versterk. Die kommissie het onder meer ten doel om respek vir kultuur-, godsdiens- en taalgemeenskappe te bevorder (artikel 185(1)). Uit die ontleding wat in hoofstuk 6 gemaak word, blyk dit egter dat die kommissie disfunksioneel is en geen beskerming aan kultuur-, godsdiens- en taalgemeenskappe bied nie. Dit blyk intendeel dat die kommissie in sy verklaring die regerende meerderheid se sienings bloot napraat en dat die beperking van minderhede se regte (byvoorbeeld met betrekking tot moedertaalonderrig) deur die kommissie ondersteun word.

7.2 Gevolgtrekking

Indien die teks van die grondwetlike bepaling wat moontlik deur minderhede aangewend kan word om hulle regte te beskerm in isolasie bestudeer word, kan aan die hand gedoen word dat die grondwet wel 'n bepaalde mate van beskerming aan minderhede bied. Indien dit na behore vertolk en toegepas word, kan hierdie beskerming inderdaad beduidend wees. Soos uit die bespreking blyk, is dit egter onvoldoende om die teks van die grondwet in isolasie te bestudeer – die vertolking en toepassing daarvan moet in die praktyk geëvalueer word. Dit blyk dat die politieke praktyk 'n groot deurslag gee en dat hierdie praktyk 'n groot impak het op die wyse waarop die teks van die grondwet vertolk word. Die wyse waarop hierdie regte vertolk en toegepas word, het juis die uitwerking om wat minderhede betref, dikwels eerder beskerming te kortwiek as om dit te waarborg. Die belangrikste redes hiervoor word kortliks uitgelig.

In die eerste plek blyk dit dat verteenwoordigendheid deur die regering en die howe as 'n oorkoepelende grondwetlike beginsel vertolk word. Die geweldige gewig wat aan verteenwoordigendheid verleen word, blyk katastrofiese gevolge vir minderhede se regte in te hou, aangesien die oënskynlike beskerming wat in verskeie grondwetlike bepalings aan minderhede gebied word (soos in hoofstuk 4 behandel), daardeur ongedaan gemaak word.

Dit blyk verder dat die beskerming van individuele regte nie voldoende beskerming aan minderhede bied nie. Die gebrek aan beskerming van minderhede in kollektiewe verband bring mee dat grondwetlike bepalings soos die toekenning van amptelike status aan tale (artikel 6), die reg op vryheid van assosiasie (artikel 18) en die gekwalifiseerde reg op moedertaalonderrig (artikel 29) telkens vertolk en toegepas word op 'n wyse wat tot minderhede se nadeel strek. Indien die wyse waarop die regte van minderhede in die politieke praktyk behandel word en deur die regbank vertolk word, in oënskou geneem word, blyk dit dat die grondwet nie opgewasse is om minderhede se regte na behore te beskerm nie.

Dit blyk verder dat Suid-Afrika ook in 'n demokratiese resessie is. 'n Stelselmatige verwerping van demokratiese waardes in die Suid-Afrikaanse samelewing is sigbaar en die beskerming van minderhede word in toenemende mate deur die regering verontagsaam. Hierdie erosie word gedeeltelik veroorsaak deur die feit dat minderheidsregte nie behoorlik in die grondwet beskerm word nie.

Die opstellers van die Suid-Afrikaanse grondwet het dus nie net in die formulering daarvan gefaal om minderhede se belange omvattend te beskerm nie. Die politieke praktyk met betrekking tot minderhede en minderheidsregte, sowel as die wyse waarop die grondwet vertolk word, bring mee dat minderhede se belange ten slotte omvattend benadeel word.

Gevolgtrek word daar aan die hand gedoen dat hersiening van die grondwet in Suid-Afrika noodsaaklik geword het. In hierdie verhandeling word uitgewys dat daar duidelike leemtes in die Suid-Afrikaanse grondwet bestaan, veral met betrekking tot die beskerming van minderhede se regte. Gegewe die feit dat daar uiteenlopende verwagtinge onder die wit minderheid en die swart meerderheid in Suid-Afrika geskep is oor hoe die samelewing onder die 1996-grondwet sou funksioneer, lei hierdie gebreke tot ontnugtering en frustrasie.

In sekere opsigte is die teks van die grondwet te vaag, wat uiteenlopende vertolkings daarvan moontlik maak, soos wat in hoofstuk 4 met betrekking tot die reg op gelykheid (artikel 9) uitgewys is. In ander opsigte weerspreek die grondwet homself, byvoorbeeld met

betrekking tot die moontlikheid van kultuurade vir minderhede (artikel 235, saamgelees met artikel 185), wat deur artikel 40 gedwarsboom word. Die wyse waarop daar vir die oorkoepelende grondwetlike beginsel van die bevordering van gelykheid voorsiening gemaak word, bring ook mee dat diskriminerende praktyke onder die dekmantel van “gelykheid” en “transformasie” gepleeg kan word.

In hierdie opsig is die bewering dat die Suid-Afrikaanse grondwet een van die modernste grondwette in die wêreld is klaarblyklik aanvegbaar, aangesien dit uit pas is met die wêreldwye neiging om meer omvattende en duidelik geformuleerde beskerming aan minderhede te bied.

Dit blyk dus dat die Suid-Afrikaanse grondwet se verklaarde doel om wedersydse erkenning en respek, oftewel vreedsame naasbestaan, te bevorder, juis gedwarsboom word deur die feit dat die grondwet nie voldoende beskerming aan minderhede bied nie, wat tot spanning tussen minderhede en die meerderheid lei.

Teen hierdie agtergrond word aan die hand gedoen dat grondwetlike hersiening nou gedoen word ten einde onder andere die belange van minderhede optimaal te beskerm, eerder as om dit oor te laat aan die dominasie van meerderheidsvertolking en praktyk. In hierdie proses sal die aspirasies van die meerderheid behoorlik in die grondwet opgeneem en beskerm moet word.

Terselfdertyd blyk dit duidelik dat minderheidsgemeenskappe nie bloot by wyse van individuele regte beskerm kan word nie, en dat meer omvattende beskerming van minderhede se belange bereik moet word indien die grondwet minderhede op kollektiewe wyse wil beskerm. Dit bring mee dat daar in die besonder aandag geskenk moet word aan die skep van instellings wat ten doel het om minderhede se belange te beskerm. Hierdie instellings moet onderwysinstellings, media-instellings, verenigings wat oor kulturele bates soos monumente beskik, ensovoorts insluit. Op hierdie wyse kan sinvolle korporatiewe selfbeskikking aan minderhede toegeken word, wat tot meer omvattende juridiese beskerming van minderhede sal lei.

Indien so 'n proses van grondwetlike hersiening met die oog op 'n bedeling wat op 'n deegliker wyse vir die beskerming van minderhede voorsiening maak, nie van stapel gestuur word nie, kan voorsien word dat minderhede se vertroue in die Suid-Afrikaanse grondwet verder sal afneem, wat waarskynlik tot rass spanning en die verbrokkeling van die reeds brose sosiale kohesie in die land sal lei.

Bibliografie

Handboeke

- Anderson N (1988) *Freedom under law* Great Britain (Eastbourne): Kingsway Publications Ltd
- Annan K (2012) *Interventions* New York: The Penguin Press
- Aust A (2005) *Handbook of International Law* Cambridge: Cambridge University Press
- Ball T *et al* (reds) (1989) *Political Innovation and Conceptual Change* Cambridge: Cambridge University Press
- Bekink B (2012) *Principles of South African Constitutional Law* Durban: LexisNexis
- Bentham J (1967) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* Dover: Dover Publications Inc
- Berting J *et al* (reds) (1990) *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities* New York: Praeger
- Böckenförde E (1991) *State, Society and Liberty* Oxford: Berg Publishers Limited
- Brunnée J en Toope S (2010) *Legitimacy and Legality in International Law* Cambridge: Cambridge University Press
- Burke E (2004) *A Philosophical Enquiry into the Sublime and Beautiful* London: Penguin Books
- Capotorti F (1991) *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* New York: United Nations
- Cassese A (1995) *Self-Determination of People's: A Legal Reappraisal* Cambridge: Cambridge University Press

- Chandra S (1985) *Minorities in National and International Laws* New Delhi: Deep & Deep Productions
- Cheadle DM et al (2013) *South African Law: A Bill of Rights* Durban: LexisNexis
- Currie I & De Waal J (2013) *The Bill of Rights Handbook* Kaapstad: Juta
- De Klerk FW (1991) *FW de Klerk – Die Man en Sy Tyd* Tafelberg/Jonathan Ball Publishers
- De Klerk FW (1998) *Die Laaste Trek – 'n Nuwe Begin* Kaapstad, Pretoria, Johannesburg: Human & Rousseau
- De Tocqueville A (1835) *Democracy in America* London: Penguin Classics
- Dersso SA (2012) *Taking Ethno-Cultural Diversity Seriously in Constitutional Design: A Theory of Minority Rights for Addressing Africa's Multi-ethnic Challenge* Martinus Nijhoff Publishers
- Devenish GE (1999) *A Commentary on the South African Bill of Rights* Durban: Butterworths
- Dinstein Y en Tabory M (reds) (1992) *The Protection of Minorities and Human Rights* The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers
- Doyle DH *Secession as an International Phenomenon* (2010) University of Georgia Press
- Du Plessis en Corder (1994) *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* Kaapstad: Juta
- Du Toit ZB (1999) *Die Nuwe Toekoms: 'n Perspektief op die Afrikaner by die Eeuwisseling* Pretoria: JP van der Walt en Seun (Edms) Bpk.
- Dugard J et al (2011) *International Law* Kaapstad: Juta
- Dunn J (1994) *Democracy: the unfinished journey 508 BC – 1993 AD* Oxford: Oxford University Press

Dupper OC *et al* (2004) *Essential Employment Discrimination Law* Kaapstad: Juta

Ebrahim (1998) *The Soul of a Nation: Constitution-Making in South Africa* Oxford

University Press

Eide *et al* (eds) (1995) *Economic Social and Cultural Rights: A Textbook* Springer

Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers

Finley MI (1985) *Democracy Ancient and Modern* Londen: Hogarth University Press

Fredman S (ed) (2001) *Discrimination and Human Rights, The Case of Racism*

Oxford: Oxford University Press

Fukayama F (1992) *The End of History and the Last Man* New York: Penguin Books

Fukayama F (2011) *The Origins of the Political Order* London: Profile Books

Gevisser M (2009) *Thabo Mbeki, A Dream Deferred* Johannesburg & Cape Town:

Jonathan Ball Publishers.

Giliomee H (2012) *Die Laaste Afrikanerleiers: 'n Opperste toets van mag* Kaapstad:

Tafelberg

Goldsmith J en Posner E (2005) *The Limits of International Law* New York: Oxford

University Press

Grogan J (2012) *Workplace Law* 10^{de} uitgawe Kaapstad: Juta & Company

Hart H (1961) *The Concept of Law* Oxford: Clarendon Press

Henrard K (2000) *Devising an adequate system of minority protection* Den Haag:

Kluwer Law International

Henrard K (2008) *Synergies in minority protection* New York: Cambridge University

Press

Henrard K (2010) *Double Standards Pertaining to Minority Protection* Boston:

Martinus Nijhoff Publishers

- Heywood A (1992) *Political Ideologies, An Introduction* New York: Palgrave
Macmillan
- Hoppe HH (2001) *Democracy, The God That Failed* Londen: Transaction Publishers
- Hunt L, Martin TR, Rosenwein BH, Po-chia Hsia R, and Smith BG (2007) *The Making of the West, Peoples and Cultures, A Concise History, Volume I: To 1740* Boston and New York: Bedford/St. Martin's, 2007
- Huntington SP (1996) *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* New York: Simon & Schuster Paperbacks
- Jeffery A (2005) *People's War: New light on the struggle for South Africa* Kaapstad: Jonathan Ball
- Johnson RW (2009) *The Beloved Country since the End of Apartheid* Kaapstad: Penguin Group
- Jones BD (2001) *Peacemaking in Rwanda: The Dynamics of Failure* Boulder: Lynne Rienner Publishers
- Kidd M (2010) *Celebrating 100 Years of Teaching Law in Pietermaritzburg* Juta & Company
- Kleyn D en Viljoen F (2010) *Beginnersgids vir Regstudente* Kaapstad: Juta & Company
- Koskenniemi M (2011) *The Politics of International Law* Oxford: Hart Publishing Ltd
- Leon T (2008) *On the Contrary: Leading the Opposition in a Democratic South Africa* Kaapstad: Jonathan Ball
- Letschert R.M. (2005) *The Impact of Minority Rights Mechanisms* Den Haag: T.M.C. Asser Press
- Lissoni A et al (2012) *One Hundred Years of the ANC, Debating Liberation Histories today* Johannesburg: Wits University Press

- Lodge T (2006) *Mandela, A Critical Life* New York: Oxford University Press,
- Malan K *Politokrasie* (2011) Pretoria: Pretoria University Law Press
- Mandela N (1994) *Long Walk to Freedom* London: Abacus
- Mandelbaum M (2007) *Democracy's Good Name: The Rise and Risks of the World's Most Popular Form of Government* New York: Public Affairs
- Mayo HB (1960) *An Introduction to Democratic Theory* New York: Oxford University Press
- Medda-Windischer R (2009) *Old and New Minorities: Reconciling Diversity and Cohesion: A Human Rights Model for Minority Integration* Michigan: Nomos Publishers
- Meintjies-Van der Walt L en ander *Introduction to South African Law, Fresh Perspectives* Kaapstad: Pearson Education South Africa.
- Melvern L (2006) *Conspiracy to Murder: The Rwandan Genocide* London: Verso
- Mill JS (1972) *Considerations on Representative Government* (Geredigeer deur HB Acton) Londen: TM Dent & Sons
- Minczeles H (1995) *Histoire générale du Bund* Paris: Denoël
- Mitchell WJT (1983) *The Politics of Interpretation* Chicago: University of Chicago Press
- Naimark NM (2001) *Fires of Hatred, Ethnic Cleansing in Twentieth-Century Europe* London: Harvard University Press
- Nowak M (1993) *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary* Arlington: NP Engel
- O'Shea A (1998) *International Law and Organization* Durban: Butterworths
- Odendal FF en Gouws RH (2005) *Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal* Kaapstad: Laetitia Botha en Irèna Wasserfall

- Packer J (1993) *The Protection of Ethnic and Linguistic Minorities in Europe* Institute for Human Rights, Abo Akademi University
- Paine T (1985) *Rights of Man* Londen: Penguin Classics
- Peter L et al (2003) "*Lajos Kossuth sent word*" ... *Papers delivered on the occasion of the bicentenary of Kossuth's birth* London: University of London, School of Slavonic & East European Studies
- Plato (2007) *The Republic* London: Penguin Classics
- Popper KR (1945) *The Open Society and its Enemies* Princeton: Princeton University Press
- Prinsloo K et al (eds) *Language, law and equality. Proceedings of the third international conference of the International Academy of Language and Law (IALL)* (April 1992)
- Rautenbach IM (2012) *Rautenbach-Malherbe Staatsreg* Durban: LexisNexis
- Rautenbach IM en Malherbe EFJ (1994) *2 Wat staan in die Grondwet?* Fakulteit Regsgeleerdheid, Randse Afrikaanse Universiteit, Johannesburg
- Sabine G H (1971) *The History of Political Theory* Londen: Dryden Press; 4th edition (1973)
- Sartori G (1962) *Democratic Theory* Detroit: Wayne State University Press
- Schumpeter J (1950) *Capitalism, Socialism, and Democracy* New York: Harper Brothers
- Siedentop L *Tocqueville* (1993) Oxford: Oxford University Press
- Sieghart P (1992) *The International Law of Human Rights* London: Oxford University Press
- Sorell T & Foisneau L (2004) *Leviathan After 350 Years* New York: Oxford University Press

- Thio L (2005) *Managing Babel: The International Legal Protection of Minorities in the Twentieth Century* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers
- Thornberry P (1991) *International Law and the Rights of Minorities* Clarendon: Clarendon Press
- Thornberry P en Estebanez M (2004) *Minority Rights in Europe* Council of Europe Publishing
- Tomuschat C (red) (1993) *Modern Law of Self-Determination* Dordrecht: Marthinus Nijhoff Publishers
- Tyler EB (1987) *Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Art and Custom, Volume 1* University of Michigan
- Van Vuuren DJ en Kriek DJ (reds) (1983) *Political Alternatives for Southern Africa: Principles and Perspectives* Durban: Butterworths
- Van Wyk D et al (1994) *Rights and Constitutionalism The South African Legal Order* Kenwyn: Juta
- Waldmeir P (1997) *Anatomy of a Miracle – The End of Apartheid and the Birth of the New South Africa* New York: Viking
- Wanlass L.M. (1953) *History of Politival Thought* New York: Appleton-Century-Crofts Inc
- Weiss T & Daws S (2007) *The Oxford Handbook on the United Nations* Oxford: Oxford University Press
- Woolman S et al (reds) (2010) *Constitutional Law of South Africa* Pretoria: Juta

Artikels

Albertyn C *Substantive Equality and Transformation in South Africa* 2007 SAJHR
253-276

Bennet TW *Ubuntu: An African Equity* PER 2011 (14) 4

Berent M (1991) *Collective rights and the ancient community* Canadian Journal of
Law and Jurisprudence Vol. IV, No. 2 387-399

Brest P (1982) *Interpretation and Interest* 34 Stan. L. Rev. 765

Burgers H *The Function of Human Rights as Individual and Collective Rights* in Jan
Berting en ander (reds) (1990) *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and
Collectives* Westport/London, Meckler

Caportorti F *Minorities* 8 Encyclopedia of Public International Law 385 (R. Bernhardt
red., 1985)

Capotorti F *The Protection of Minorities under Multilateral Agreements on Human
Rights*, in Chandra S (1985) *Minorities in National and International Laws*, 218

Charron N en Lapuente V *Does democracy produce quality of government?*
European Journal of Political Research 49; 443-470, 2010

Coombe RJ (1989) "Same As It Ever Was": *Rethinking the Politics of Legal
Interpretation* McGill Law Journal, Vol. 34, 603-652

De Benoist A *Democracy Revisited* (1993) 95 Telos 65-75

De Villiers B (2004) *Comparative studies of federalism: Opportunities and limitations
as applied to the protection of cultural groups* TSAR 2, 209 -234

De Villiers B *Section 235 of the Constitution: Too soon or too late for Cultural Self-
Determination in South Africa?* (2014) 30 SAJHR 458

- Detter De Lupis I *The Concept of International Law* American Journal of International Law Vol. 82, No. 3 (Jul., 1988), pp. 631-635
- Diamond L *“Is the Third Wave Over?”* Journal of Democracy. Volume 7, Number 3. July 1996
- Du Plessis L (1987) *’n Regsteoreties-regsfilosofiese peiling van die menseregtehandvesdebat in Suid-Afrika* TRW 133
- Du Plessis LT en Pretorius JL *The Structure of the official language clause: A framework for its interpretation* (2000) SAPR/PL 513
- Fredman S *Providing Equality. Substantive Equality and the Positive Duty to Provide* 2005 SAJHR 167
- Fukayama F (1989) *The End of History* 16 The National Interest 3-18
- Giliomee H (1997) *Surrender Without Defeat: Afrikaners and the South African ‘Miracle’* Daedalus. Journal of the American Academy of Arts and Sciences Volume 126, Number 2. Spring 1997
- Giliomee H *Surrender Without Defeat: Afrikaners and the South African “Miracle”* Daedalus. Journal of the American Academy of Arts and Sciences. Volume 126, Number 2. Spring 1997
- Graff G (1982) *“Keep of the Grass” “Drop Dead” and Other Interdeterminacies: A Response to Sanford Levinson* Tex. L. Rev. 405
- Grammatikas V (1999) *The Definition of Minorities in International Law: A Problem Still Looking for a Solution*, Revue Hellénique de Droit International, Vol. 52, No. 2, 1999, pp 321-364
- Green L (1991) *Two views on collective rights* Canadian J La wand Jurisprudence Vol. 4, No. 2, 315-327

- Hartney M (1991) *Some Confusion Concerning Collective Rights* Canadian J Law and Jurisprudence Vol. 4, No. 2, 293-314
- Huntington SP (1991) *Democracy's Third Wave* Journal of Democracy. Volume 2, Number 2. Spring 12
- Ivo Carneiro de SOUSA, *Lusotopie 2001* : 183-194 "The Portuguese Colonization and the Problem of East Timorese Nationalism"
- Jabareen YT *Redefining Minority Rights: Successes And Shortcomings Of The U.N. Declaration On The Rights Of Indigenous Peoples* (2011) 18 UCDJILP
- Levinson S (1982) *Law as a Literature* 60 Tex. L. Rev. 373
- Madlingozi T *Post-Apartheid Social Movements and the Quest for the Elusive 'New' South Africa* (2007) 24 *Journal of Law and Society* 77
- Malan K (1998) *Ryland Edros en Fraser v Childrens Court, Pretoria North* 61 THRHR 300
- Malan K (2006) *'n Bondige Interpretasie van Artikel 235 van die Grondwet* De Jure (3) 654
- Malan K (2007) *The inalienable Right to take the Law into our own Hands and the Faltering State* 2007 (4) 642-654
- Malan K (2008) *The Deficiency of Individual Rights and the Quest for Community Protection* THRHR (3) 415-437
- Malan K (2008) *The Nature of Human Rights Treaties: Minimum Protection Agreements to the Benefit of Third Parties* De Jure 2008 81-92
- Malan K (2010) *Die Grondwet, Onderwysowerhede en die Pad Vorentoe vir Afrikaanse Skole* Tydskrif vir Geesteswetenskappe, Jaargang 50 No. 2: Junie 2010 261-283

Malan K (2010) *Observations on Representivity, Democracy and Homogenization*

TSAR (3) 427-449

Malan K (2011) *The Discretionary Nature of the Official Language Clause of the*

Constitution 2011 26 SAPL 381-407

Malan K (2012) *The Rule of Law versus Decisionism in the South African*

constitutional discourse De Jure 45 Volume 2, 272

Malherbe EFJ *Die teorie en praktyk van die 1996-grondwet: 'n versigtige waardering*

(2008) *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 425

Malherbe EFJ *Reflections on the Background and Contents of the Education Clause*

in the South African Bill of Rights TSAR 1997 (1) 85-99

Malherbe EFJ *Taal in skole veroorsaak nog 'n slag hoofbrekens: Regspraak* 2010

TSAR 610

Malherbe EFJ *Taalregte in Suid-Afrikaanse skole: (Tydelike) verligting van*

onverpoosde druk 2006 TSAR 190

Malherbe EFJ *The Constitutional Framework for Pursuing Equal Opportunities in*

Education Perspectives in Education, Volume 22(3), September 2004, 9-28

McGregor M *Affirmative Action on trial – determining the legitimacy and fair*

application of remedial measures 2013 (4) TSAR 650-675

McGregor M *Blowing the Whistle?: The Future of Affirmative Action in South Africa*

(Part 1) (2014) 26 SA Mercantile Law Journal 60-92

Mureinik E *A Bridge to Where?: Introducing the Interim Bill of Rights* 1994 10 SAJHR

31

Mushariwa M *Who are the true beneficiaries of Affirmative Action? - Solidarity obo*

Barnard v SAPS 2010 5 BLLR 561 (LC) 439-452

- Orwell G (1946) *Politics and the English Language* Eerste gepubliseer: *Horizon*. — GB, London. — April 1946
- Pejic J *Minority Rights in International Law* Human Rights Quarterly 19.3 (1997) 666-685
- Peller G *The Metaphysics of American Law* (1985) 73 Calif. L. Rev. 1151
- Potier T *Regionally non-dominant titular peoples: the next phase in minority rights?* Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe, Paper 6 (2001)
- Pretorius JL *The Use of Official Languages Act: Diversity Affirmed?* 2013 (16) 1 PER / PELJ
- Prozesky M *Misusing Demographic Representivity* Bizcommunity.com, 8 Julie 2011
- Rand A “Collectivized ‘rights’” 1963 Ayn Rand Center for Individual Rights (www.aynrand.org)
- Réaume DG (1988) *Individuals, Groups and Rights to Public Goods* The University of Toronto Law Journal Vol. 38, No. 1 (Winter, 1988) 1-27
- Rhode DL (1986) *Association and Assimilation* North Western University Law Review 106
- Rycroft A *Obstacles to Employment Equity?: The role of judges and arbitrators in the interpretation and implementation of affirmative action policies* 1999 ILJ 1411-1429
- Smit MH (2008) *Language rights and the best interest of the child* Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 38 – 53
- Southall R *The ANC for Sale? Money, Morality & Business in South Africa* Review of African Political Economy (2008) 35:116, 281-200
- Strydom H *Minority Rights in Post-Apartheid South Africa* Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review (1997) 873-914

Strydom H *Rehabilitering van die Reg op Selfbeskikking* (2000) 2 TSAR 346

Tupy M *Troubling signs for South African democracy under the ANC* Cato Institute

Development Briefing Paper no. 3, 25 April 2007

Turi J (April 1992) *The Importance of the Conference Theme: Language and Equality* in Prinsloo et al (eds) *Language, Law and Equality. Proceedings of the Third International Conference of the International Academy of Language and Law (IALL)* 6

Visser PJ (2006) *Educational Law – language policy at single medium schools – section 29(2) of the Constitution – irregular interference by provincial education department* Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 333-341

Zareen I (2010). "Democratic Republic of Congo (DRC): MONUC's Impending Withdrawal". *International Institute for Justice and Development*

Suid-Afrikaanse wetgewing

Broad-Based Black Economic Empowerment Act 53 van 2003.

Employment Equity Act 55 van 1998

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika Wet 110 van 1983

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika Wet 108 van 1996

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

Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 van 2000

Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996

Uitsaaiwet 4 van 1999

Use of Official Languages Act 12 van 2012

Wet op Bevolkingsregistrasie 30 van 1950

Wet op die Pan Suid-Afrikaanse Taalraad 59 van 1995

Suid-Afrikaanse regspraak

Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs and Others 2004 (4)
SA 490 (CC)

Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa,
1996 (Second Certification Judgment) 1997 (2) SA 97 (CC)

Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the
Constitution of the Republic of South Africa 1996 (First Certification Judgment
1996 (4) SA 744 (CC)

Ex parte Gauteng Provincial Legislature 1996 (3) SA 289 (CC)

Harksen v Lane NO and Others 1997 (11) BCLR 1489 (CC)

Head of Mpumalanga Department of Education and Another v Hoërskool Ermelo and
Others 2010 (3) BCLR 177 (CC)

In re Schools Education Bill of 1995 (Gauteng) 1996 4 537 (CC)

Laerskool Middelburg v Departementhoof, Mpumalanga Departement van Onderwys
2002 4 All SA 745 (T)

Lourens v President van die Republiek van Suid Afrika en Andere (49807/09) [2010]
ZAGPPHC 19; 2013 (1) SA 499 (GNP) (16 Maart 2010)

MEC for Education in Gauteng Province and Other v Governing Body of Rivonia
Primary School and Others 2013 (6) SA 582 (CC)

Minister of Finance & Another v Van Heerden (2004) 25 ILJ 1593 (CC)

Minister of Home Affairs v Fourie 2006 (3) BCLR 355 (CC)

Naidoo v Minister of Safety and Security & Others 2013 (3) SA 486 (LC)

National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice 1999 1 SA 6
(CC) para 134

President of the Republic of South Africa v Hugo 1997 (4) SA 1 (CC)

Road Accident Fund v Mdeyide 2011 (2) SA 26 (CC)

S v Makwanyane 1995 6 BCLR 665

S v Mandela et al (1964) AD1844

SAPS v Solidarity obo Barnard 2014 ZACC 23

Solidarity obo Barnard v South African Police Service 2014 (2) SA 1 (SCA)

Solidarity obo Barnard v South African Police Services 2010 (10) BCLR 1094 (LC)

South African Police Services v Solidarity obo Barnard 2013 (3) BCLR 320 (LAC)

*WC Greyling & Erasmus (Pty) Ltd v Johannesburg Local Road Transportation Board
and Others* 1982 (4) SA 427

Western Cape Minister of Education v The Governing Body of Mikro Primary School
2005 3 All SA 436 (SCA)

Internasionale regspraak

Amnesty International & Others v Sudan (2000) African Human Rights Law Reports
72 (ACHPR)

Collymore v Attorney General Trinidad and Tobago (1969) 2 All ER 1207 (PC)

Democratic Party of the United States v Wisconsin 450 US 107 (1981)

Katangese Peoples Congress v Zaire (2000) African Human Rights Law Reports 72
(ACHPR 1995)

Kitok v Sweden (1988) 96 ILR 637

Lovelace v Canada, Communication No. 24/1977: Canada 30/07/81, UN Doc.
CCPR/C/13/D/24/1977

Michelot Yogogombaye v The Republic of Senegal, Application No. 001/2008,
African Court on Human and People's Rights

NAACP v Alabama 357 US 449 (1958)

Prince v South Africa ACHOR Communication 255/2002

R v Big M Drug Mart Ltd (1985)18 DLR (4th) 321

Roberts v United States Jaycees 468 US 609 (1984)

The Prosecutor v Bagosora et al (18 December 2008) ICTR

Internasionale konvensies en verklarings

African Charter on Human and Peoples' Rights (1986)

Europese Handves vir Streeks- of Minderheidstale (1992)

Handves van die Verenigde Nasies (1945)

Internasionale Konvensie oor die Onderdrukking en Bestraffing van die Misdaad van
Apartheid (1973)

Internasionale Konvensie oor die Voorkoming en Bestraffing van Misdaad van
Volksmoord (1948)

Internasionale Verbond op Burgerlike en Politieke Regte (1966)

Kopenhagen Dokument (1990)

Raamwerkverdrag vir die Beskerming van Nasionale Minderhede (1998)

Universele Verklaring oor Menseregte (1948)

Verklaring oor die Regte van Persone wat behoort aan Nasionale of Etniese,
Godsdienstige of Taalkundige Minderhede (1992)

Deklarasies, verklarings, verslae en werksdokumente van die Verenigde Nasies

Advisory Opinion of 31 July 1930, 1930 PCIJ (ser.A/B). No. 17

Capotorti F *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious, and Linguistic Minorities* (1979) UN Docs. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, Sales No E78XIV1

Chernichenko S *Definition of minorities*, E/CN.4/Sub.2/AC.5/1996/WP.1 and E/CN.4/Sub.2/ AC.5/1997/WP.1

De Varennes F *To Speak or not to Speak: The Rights of Persons Belonging to Linguistic Minorities; Working Paper prepared for the UN Sub-Committee on the Rights of Minorities* (21 Maart 1997)

Deschenes J *Proposal Concerning a Definition of the Term Minority* UN Doc E/CN.4/Sub.2/1985/31/Corr.1 (14 May 1985)

Eide A *Working Definition of Minorities, Possible Ways and Means of Facilitating the Peaceful and Constructive Solution of Problems Involving Minorities*, E/CN.4/Sub.2/1993/34, 10 August 1993, SCPDPM (45th Session)

General Comment No. 15 aangeneem op 22 Julie 1986 UN GAOR Human Rights Committee, 696th mtg., UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1 (1989)

General Comment No. 23, aangeneem op 6 April 1994, 50 UN GAOR, Human Rights Committee 1314th mtg., UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (1994)

Minority Rights and Development: Overcoming exclusion, discrimination and poverty (29 Mei 2002) Paper submitted to the UN Working Group on Minorities

Office of the High Commissioner of Human Rights (2010) *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation*

UNESCO (1953) *The Use of Vernacular Languages in Education*

UNGAOR, 3rd sess, 183rd plen mtg, U.N. Doc. A/Res217(III) C

United Nations Development Programme (2010) *Marginalised Minorities in Development Programming*

United Nations Human Rights Committee, General Comment 23

United Nations Working Group on Minorities, *Report on its Third Session*, July 1997, UN Doc. E/CN.4/Sun.2/1997/18. 10 Julie 1997, 22

Venice Commission (2007) *Report on non-citizens and minority rights*, CDL-AD (2007) 001

Wellars G (Junie 2007) *The Constitution Making Process in Rwanda: Lessons to be Learned*

Verslae, verklarings, werksdokumente, beleidsdokumente

Accord on Afrikaner Self-determination between the Freedom Front, the African National Congress and the South African Government/National Party (23 April 1994)

ANC Besprekingsdokument (2012) *The Second Transition? Building a National Democratic Society and the Balance of Forces in 2012*

ANC Besprekingsdokument (24 Maart 1987) *Apartheid South Africa: Colonialism of a Special Type*

BEE-Kommissie (2001) *BEE Commission Report*

Departement van Handel en Nywerheid (2003) *A Strategy for Broad-Based Black Economic Empowerment*

Departement van Kuns en Kultuur, Wetenskap en Tegnologie (1996) *Towards a National Language Plan for South Africa*

- Die Afrikaner Broederbond (1986) *Basiese Staatskundige Voorwaardes vir die Voortbestaan van die Afrikaner*
- Economist Intelligence Unit (2015) *Democracy Index: Democracy and its discontents: A report from The Economist Intelligence Unit*
- Freedom House (2015) *Freedom in the World*
- Human Rights Watch (Desember 1999) *Indonesia / East Timor: Forced Expulsions to West Timor and the Refugee Crisis*
- Inkatha Vryheidsbarty (ongedateerd) *Constitutional Affairs Policy*
- Inkatha Vryheidsparty (6 Mei 1996) *Preliminary critique of the new Constitution of the Republic of South Africa, Bill 1996 by the Inkatha Freedom Party*
- Jeffery A (31 Mei 2012) *The National Democratic Revolution (NDR): Its Origins and implications*, Conference on “The National Democratic Revolution, Land Ownership, and the Green Paper on Land Reform” Stone Cradle, Pretoria
- Nasionale Party (1991) *Grondwetlike Regering in ’n Deelnemende Demokrasie: Die Nasionale Party se Raamwerk vir ’n Nuwe Demokratiese Suid-Afrika*
- Nasionalis (amptelike nuusblad van die Nasionale Party) Vol. 11:2, Februarie 1992.
- National Language Policy Framework (2003) *Departement van Kuns en Kultuur*
- Office of the Historian, US Department of State (ongedateerd) *The Berlin Wall Falls and USSR Dissolves*
- Pienaar M (2008) *A Decline in Language Rights Violation Complaints Received by PanSALB – The Case of Afrikaans Stellenbosch Papers in Linguistics*, Vol. 38, 2008, 125-137
- SAIRR (Junie 1996) *How the Nats Miscalculated* Fast Facts No. 6/96. South African Institute of Race Relations
- Statistics South Africa (2011) *Census 2011: Census in brief*

Suid-Afrikaanse Kabinet (13 Mei 2015) *Verklaring oor die Kabinetsvergadering van 13 Mei 2015*

Suid-Afrikaanse Regskommissie (11 Maart 1989) *Working Paper 25 on Group and Human Rights* 386

Suid-Afrikaanse Regskommissie (1989) *Group and Human Rights, Working Paper 25, Project 58*

Suid-Afrikaanse Regskommissie (1991) *Group and Human Rights, Interim Report*

Toesprake

Churchill WS (11 November 1947) *Toespraak in die House of Commons*, gepubliseer in Robert Rhodes James, ed., *Winston S. Churchill: His Complete Speeches, 1897–1963* (1974) New York: *Chelsea House Publishers / R.R. Bowker Company*

De Klerk FW (2 Februarie 1990) Toespraak by die opening van die Suid-Afrikaanse parlement

Kriegler J (18 Augustus 2009) *Can Judicial Independence Survive Transformation? – A public lecture delivered by Judge Johann Kriegler at the Wits School of Law*

Lincoln A (19 November 1863) *Gettysburg Adress*

Mbeki T (9 April 2005) Toespraak by die kongres van die Suid-Afrikaanse Kommunistiese Party (9 April 2005)

Olivier PJJ, toespraak gelewer by die Justisie Kollege, Pretoria op 15 Mei 1992, ongepubliseerd

Van der Stoep M *Keynote address of the High Commissioner on National Minorities Max van der Stoep at the CSCE Human Dimension Seminar, Warsaw, 24 Mei 1993*

Nuusberigte, bloginskrywings en nuuskommentaar

Aljazeera (11 Februarie 2011) *Hosni Mubarak resigns as president*

BBC (8 Julie 2011) *Egypt: Cairo's Tahrir Square fills with protesters*

Beeld (21 April 1994) *Grondwet 'n wonderwerk, sê Roelf*

Beeld (22 November 1994) *Nuwe SA grondwet moet beter wees. Huidige bestel met sy gebreke laat kenner oordeel*

Beeld (24 November 1994) *Lood se Praatjies: Nog 'n rara avis uit Italië.*

Beeld (26 April 2014) *SA se behoud lê in Grondwet*

Beeld (30 November 1994) *Is dit 'n stukkie selfsensuur?*

Beeld (4 Oktober 2014) *Die vars reuk van demokrasie*

Beeld Aucamp C (brief) (2 Mei 2013) *Kaderontplooiing tref 16 Desember.*

Beeld Otto J (brief) (29 Desember 1997) *Afrikanerpatroon van destyds dalk só in ANC herhaal*

Botman R (6 Desember 2013) *Madiba: 'n Leier van Statuur, Rektor se Blog*

Buys F (13 April 2015) *Stop die kriminalisering van ons geskiedenis, Maroela Media*

CNN (5 Desember 2013) *Nelson Mandela, anti-apartheid icon and father of modern South Africa, dies*

Croucamp P (17 Mei 2012) *Gesprekke oor Afrikaans is altyd vervleg met Ideologie, Litnet*

De Vos P (13 Desember 2012) *Chaskalson, SACP and the Constitution: Don't touch me on my Liberalism, The Daily Maverick*

De Vos P (21 Julie 2008) *Yes, we do have a transformative constitution, Constitutionally Speaking*

Die Burger (1 September 2006) *Roelf Meyer sluit aan by 'destydse opponent'*

Die Burger (14 Julie 2014) *Ngoepe vra oor Grondwet, misdaad en OB*

Die Burger (18 Julie 1995) *Grondwet 'moet gehoor gee aan SA mense se aspirasies'*

Die Burger (5 Februarie 1997) *Besluit om mag prys te gee, is van die pynlikste vir 'n leier*

Die Burger (6 Februarie 1997) *Oorgawe*

Die Burger (9 Februarie 2007) *'n Wonderwerk het grondwet help skryf*

Egypt Independent (24 Januarie 2012) *Was the Egyptian revolution really non-violent?*

Euronews (5 Desember 2013) *How Nelson Mandela became a global icon for peace*

International Business Times (27 Junie 2012) *South Africa: Zuma Blames 'White Control' For Economic Woes, While Bidding For Second Term*

IOL (7 April 2010) *Race relations deteriorating – most readers*

Koerant.com Nuuskomentaar deur Hermann Toerien (datum weggelaat) *As die Grondwet Struikel.*

Mail & Guardian (20 April 2009) *Jacob Zuma the chameleon brings South Africans joy and fear*

Maroela Media (12 Augustus 2015) *Dis jou verantwoordelik om die regbank met valkoog dop te hou*

NBC News (4 Julie 2013) *Morsi ousted, under house arrest, as crowds celebrate in Cairo*

Netwerk24 (11 Oktober 2015) *Sien tog Plan B vir wat dit werklik is*

Netwerk24 (14 Julie 2014) *Ngoepe vra vrae oor grondwet, misdaad en OB*

Netwerk24 (16 Mei 2015) *Dié Afrikaanse skole in Gauteng kan parallelmedium word*

Netwerk24 (17 Julie 2014) *Grondwet meer as 'n dokument*

Netwerk24 (6 September 2014) *Gelykheid hoër geag as grondwet*

Politicsweb (19 Januarie 2012) *CRLRC meant to support not oppose minority rights –*

AfriForum

Politicsweb (4 Maart 2013) *Jacob Zuma: 10 disturbing cultural quotes*

Rapport (12 Mei 1996) *Grondwet en die opposisie*

Rapport (26 April 1998) *NP het kinders laat onderhandel – ‘En ons het die prys betaal’*

Rapport (31 Maart 2001) *Roelf Meyer klap na ‘die Dan Roodts’*

Rapport (9 Februarie 1997) *Partye moet hul sokkies optrek vir Afrikaners – Vertroue verloor in nuwe politieke bestel*

Rapport Weekliks (18 Junie 2015) *1995 se eenheid was ’n fiksie. 2015 s’n hoof nie te wees nie.*

Rapport Weekliks (7 September 2014) *Nog van koers af ondankgs goeie wet*

The Guardian (20 Mei 2014) *Protests in Egypt and unrest in Middle East – as it happened*

The Guardian (24 Junie 2012) *Muslim Brotherhood's Mohamed Morsi declared president of Egypt*

The New York Times (1 Augustus 1985) *Chase Ends Loans to South Africans*

The Telegraph (8 November 2014) *Fall of the Berlin Wall opened a World of Opportunity*

The Weekly Mail & Guardian (5 November 1993) *Negotiating Council Rubber-Stamps ANC / NP Agreements*

Times Live (18 April 2013) *Whites still dominate South Africa's top management positions, a report by the Employment Equity Commission revealed*

Toerien H (23 April 2012) *Nuuskommentaar: Watter land het die beste grondwet?*

Maroela Media

Webbladsye

www.aljazeera.com

www.aynrand.org

www.bbc.co.uk

www.blogs.sun.ac.za

www.cato.org

www.cnn.com

www.constitutionallyspeaking.co.za

www.dailymaverick.co.za

www.dieburger.com

www.egyptindependent.com

www.eiu.com

www.euronews.com

www.freedomhouse.org

www.gov.za

www.ibtimes.com

www.ifp.org.za

www.iol.co.za

www.litnet.co.za

www.maroelamedia.co.za

www.minorityrights.org

www.nbcnews.com

www.netwerk24.com

www.nytimes.com

www.ohchr.org

www.osce.org

www.politicsweb.co.za

www.sun.ac.za

www.telegraph.co.uk

www.thedti.gov.za

www.theguardian.com/uk

www.timeslive.co.za

www.wikipedia.com

Staatskoerant

Goewernmentskennisgewing 1701, 18546 van 19 Desember 1997

Staatskoerant, 11 Oktober 2013

Ander bronne

Abteilung 8 - Landesinstitut für Statistik *Astat Info* 38 van 06/2012. (Suid-Tirool se sensus)

Cloete CS (1981) *Etnisiteit en Groepsverteenvoording in die Staatskunde – 'n Vergelykende Studie* PhD, Universiteit van Stellenbosch 364.

Hansard (unrevised), National Assembly, Thursday 13 September 2012, take 281,
Extranct: Question 15 Follow-Up

Landesinstitut für Statistik (2014) *Statistisches Jahrbuch für Südtirol*

Ngwena CG *Disabled People and the Search for Equality in the Workplace: An Appraisal of Equality Models from a Comparative Perspective* (LLD-tesis, UFS 2010)