

Publieke Staats- en Internasionale Reg

INTERNASIONALE REG

Neville Botha
Polina Dlagnekova
Mirelle Ehrenbeck

Enigste studiegids vir

LCP401H



Universiteit van Suid-Afrika
Pretoria

© 2009 Universiteit van Suid-Afrika

Alle regte voorbehou

Gedruk en uitgegee deur die
Universiteit van Suid-Afrika
Muckleneuk, Pretoria

LCP401H/1/2009–2011

98303279

INHOUD

<i>Studie-eenheid</i>	<i>Bladsy</i>
INLEIDING	
1 Waarom moet u die internasionale reg bestudeer?	v
2 Ons benadering tot die studie van die internasionale reg	v
3 U benadering tot die studie van die internasionale reg	vi
4 Doelwitte/oogmerke/uitkomste	vii
5 Assessering	viii
6 Plan van aksie	ix
AFDELING A	
ONDERWERP 1: DIE ONTWIKKELING EN AARD VAN DIE INTERNASIONALE REG	2
1 Inleiding	3
2 Die geskiedenis en ontwikkeling van die internasionale reg	3
3 Teorieë waarop die internasionale reg berus	6
4 Die regs aard van die internasionale reg	9
5 Definisie van die internasionale reg	12
6 Assessering	13
ONDERWERP 2: BRONNE VAN DIE INTERNASIONALE REG	15
1 Inleiding tot die bronne	17
2 Tradisionele bronne van die internasionale reg: verdrae	19
3 Tradisionele bronne van die internasionale reg: gewoonte	34
4 Tradisionele bronne van die internasionale reg: algemene regs beginsels, regterlike beslissings en die menings van skrywers as bronne van die internasionale reg	38
5 Die ontlukende bronne van die "nuwe" internasionale reg: sagte reg, kodifiserings, <i>ius cogens erga omnes</i> verpligtinge	41
6 Assessering	42
ONDERWERP 3: INTERNASIONALE REGSPERSOONLIKHEID	44
1 Inleiding	46
2 State	47
3 Erkennung van state as internasionaalregtelike subjekte	51
4 Internasionale organisasies	52
5 Individue	57
6 Assessering	57
ONDERWERP 4: JURISDIKSIE IN DIE INTERNASIONALE REG	60
1 Inleiding	61
2 Grondslae van jurisdiksie in die internasionale reg	63
3 Assessering	65

	ONDERWERP 5: AFDWINGING VAN DIE INTERNASIONALE REG	67
1	Inleiding	69
2	Maatreëls waarby wapengeweld nie betrokke is nie	69
3	Maatreëls waarby die gebruik van geweld betrokke is	71
4	Geskilbeslegting	73
5	Assessering	78
	ONDERWERP 6: DIE INTERNASIONALE REG IN DIE LANDSREG	80
1	Inleiding	82
2	Regstreekse toepassing: verdrae in die Suid-Afrikaanse reg	84
3	Regstreekse toepassing: internasionale gewoontereg in die Suid-Afrikaanse reg	93
4	Onregstreekse toepassing: artikel 39	97
5	Onregstreekse toepassing: artikel 233	108
6	Assessering	109
	AFDELING B	111
	ONDERWERP 1: GEBIED IN DIE INTERNASIONALE REG	112
1	Inleiding	113
2	Tradisionele metodes van gebiedsverkryging of -verlies	114
3	Gebiedsverkryging in die Suid-Afrikaanse reg	116
4	Assessering	120
	ONDERWERP 2: IMMUNITEIT AS 'N UITSONDERING OP JURISDIKSIE: SOEWEREINE OF STAATSIMMUNITEIT	121
1	Inleiding	123
2	Soewereine of staatsimmunititeit	123
3	Diplomatiese en konsulêre immunititeit	126
4	Immunititeit, menseregte en internasionale misdade	128
5	Assessering	131
	ONDERWERP 3: HUMANITÊRE REG	133
1	Inleiding	135
2	Kort historiese agtergrond	136
3	Die Haagse reg	138
4	Die Geneefse reg	141
5	Kernwapens	143
6	Humanitêre ingryping	144
7	Assessering	146
	ONDERWERP 4: STAATSVERANTWOORDELIKHEID	148
1	Inleiding	149
2	Internasionale Regskommissie se konsepartikels oor staatsverantwoordelikheid	152
3	Staatsaanspreeklikheid en die individu	153
4	Remedies	159
5	Assessering	159

INLEIDING

1 WAAROM MOET U DIE INTERNASIONALE REG BESTUDEER?

Die mees voor die hand liggende antwoord is natuurlik omdat u moet! Ja, Internasionale Reg is 'n verpligte module waarsonder u nie 'n regsgraad aan hierdie universiteit — en die meeste ander Suid-Afrikaanse universiteite — kan verwerf nie. U is dus met ons opgesaal, of u nou daarvan hou of nie!

Dit is egter die mins belangrike rede waarom 'n mens die internasionale reg moet bestudeer — altans, dit behoort te wees. Almal weet van globalisering en die “krimpende wêreld”. Ons is deel van daardie proses, sowel internasionaal binne die Verenigde Nasies (VN) en die Wêreldhandelsorganisasie (WHO), as regionaal binne die Afrika-Unie (AU), Nepad (Nuwe Venootskap vir Afrika-ontwikkeling — New Partnership for Africa's Development) en die Afrika-portuuroorsigmeganisme (APRM — African Peer Review Mechanism). Ons het almal menseregte en verwag dat dit gerespekteer word. Ons gaan oorsee as ons kan, en ons pos briewe aan mense wat oorsee is, of ons SMS hulle. Al hierdie instellings en aktiwiteite word in mindere of meerdere mate beheers deur die beginsels van die internasionale reg. Dit beteken dat hoewel die internasionale reg 'n dekade of twee gelede dalk beskou kon word as iets wat slegs state raak, dit deesdae as 'n regsvelde toenemend ons almal se daaglikse lewens raak.

Afgesien van hierdie wêreldwye tendens het die opstellers van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, dit goedgevind om 'n uiters prominente rol aan die internasionale reg binne ons nasionale reg toe te ken. Die gevolg hiervan is dat geen denkende mens, en beslis nie enige praktiserende “regsmens” (prokureur, advokaat, regsadviseur, landdros, regter, kommissaris of wat ook al), vandag meer sonder 'n toereikende basiese kennis van die internasionale reg kan klaarkom nie.

Noudat u weet waarom u hierdie kursus moet volg, kan ons kyk na hoe u dit gaan bestudeer.

2 ONS BENADERING TOT DIE STUDIE VAN DIE INTERNASIONALE REG

Hoeveel ek dit ook al haat om 'n kursus met 'n waarskuwing (of 'n gekerm) te begin, is daar 'n paar dinge wat ons van die begin af duidelik moet verstaan.

- **Internasionale Reg is 'n REGSkursus.** Dit behels die reg net soveel as handelsreg of strafreg. U sal tog nie (altans, ek hoop van harte nie so nie) probeer om in 'n saak van bedrog of moord of verkragting op te tree as u nie die elemente van die misdaad in besonderhede ken nie, of om 'n maatskappydirekteur van oortreding van die Maatskappywet aan te kla sonder om die bepalings van daardie wet deeglik te ken nie. U moet net so vertrouwd wees met die beginsels van die internasionale reg. Net omdat 'n mens die internasionale reg op die TV in werking sien of daarvan hoor oor die radio (ja, daar is nog iets soos radio, en uitsendings word, terloops, deur die internasionale reg gereguleer!), maak dit nie 'n wollerige affêre waarin enigiets deug en waaroor 'n mens maar ewe vrolik kan voortgorrel

nie! Die beginsels van die internasionale reg, soos van alle vertakkinge van die reg, word bestudeer en nie deur osmose opgeneem nie.

- **Tweedens: Die internasionale reg is 'n REGSTELSEL.** Dit is belangrik — en ook die rede waarom u dit eers aan die einde van u regstudie bestudeer wanneer u reeds 'n agtergrond in die verskillende vertakkinge van die nasionale reg het. In die internasionale reg word baie van die vakke wat u as verskillende modules in nasionale reg bestudeer het, byeengebring, maar binne die internasionale regstelsel. U het byvoorbeeld in die persoonereg geleer wanneer 'n persoon begin bestaan, terwyl u hier gaan leer wat die vereistes vir staatskap is en wanneer internasionale regspersoonlikheid ontstaan. In die maatskappyreg het u die pligte en bevoegdheids van 'n maatskappy bestudeer, hier word dié van internasionale organisasie bestudeer, en terwyl u in die strafreg die elemente van 'n misdad bestudeer het, gaan u hier leer wat die elemente van 'n internasionale misdad is.

Ons benadering is dus holisties en u moet die verskillende onderwerpe wat u gaan bestudeer, in die konteks van 'n hele stelsel sien. Feitlik al die vakke wat u tot dusver bestudeer het, word hier in een regstelsel saamgetrek. Die beginsels is soms eenders, maar dit is nie dieselfde nie.

- **Dit is 'n verpligte module vir die FINALE JAAR (vierde vlak) van LLB.** Dit hou sekere implikasies in vir die standaard wat ons verwag en wat ons trouens wetlik verplig is om te stel.
 - (a) Ons nadruk is beslis op toepassing en begrip. Hoewel u, soos ons hierbo aangedui het, die feitelike, "harde" kennis van die reg moet hê, moet u op hierdie vlak dié kennis van feitelike situasies — werklik en denkbeeldig — kan toepas ten einde dit te evalueer en verskillende standpunte kan aanbied en aanslaan.
 - (b) Ons verwag dat u vir uself en u besluite verantwoordelikheid sal aanvaar. As u kies om vir tien modules per semester in te skryf (soos party mense opsluit wil doen), is dit u besluit. Insgelyks is studeer terwyl u werk en 'n gesin aan die gang moet hou (dalk met koliekbabas — ek het hulle ook gehad! — honde wat baklei, katte wat waarskynlik met die honde baklei, voëltjies wat deur katte opgeëet word, ouers en kinders met verskillende verwagtinge en al sulke dinge) eenvoudig 'n feit van die lewe, al is dit nie altyd 'n aangename feit nie. Ons het simpatie met u en ons wil graag help waar ons kan, maar dit mag nie (en sal nie) die standaard aantas wat ons verwag nie.

3 U BENADERING TOT DIE STUDIE VAN DIE INTERNASIONALE REG

- As u sukses in hierdie kursus wil bereik, moet u weet hoe hierdie gids werk. Dit is miskien vir u vreemd dat ons dit 'n gids noem, maar dit is presies wat dit is: 'n gids wat u deur die voorgeskrewe werke lei. Dit is **nie** 'n handboek nie en u moet wel die handboek (die derde uitgawe van Dugard) hê en die voorgeskrewe dele daarvan bestudeer (sien die voorgeskrewe materiaal in *Studiebrief 101*).
- Hierin verwys ons u na gedeeltes in Dugard wat u moet bestudeer aan die hand van die raamwerk wat die gids verskaf. Die studiegids het slegs ten doel om sekere dinge uit te lig wat dalk problematies kan wees, om ander perspektiewe te gee en om die werk te kontekstualiseer en dit nader aan te werklikheid te bring deur vrae te vra en scenario's te stel wat u sal help om wat u geleer het, toe te pas. Party van die scenario's kom in die liggaam van die onderwerp voor, terwyl ander aan die einde van die onderwerp gegee word. Dit hang alles daarvan af of ons van mening was dat u op 'n bepaalde punt 'n onderbreking in die "feitelading" nodig het.

- Ons kan u ook verwys na artikels, na internasionale dokumente (verdrae soos die VN-Handves, verslae van kommissies en dergelike) en na sowel internasionale as nasionale regspraak. Dit moet u ook bestudeer.
- Ek wil voorstel dat u u vrou of lewensgenoot of iemand kry — dit sal seker iemand moet wees wat diep by u in die skuld is! — om die hoofstuk waaraan u werk, vir u voor te lees. So nie kan u 'n bandopnemer gebruik. Die onderwerpe is bedoel as lesings; dit lig die hoofpunte uit, gee 'n bietjie ekstra inligting en oriënteer u oor die algemeen in die kursus. Nadat u dan na die onderwerp geluister het, moet u die handboek pak.
- Ek sal u dus aanraai om, nadat u na die onderwerp in die gids geluister of dit deurgelees het om u te oriënteer, die voorgeskrewe gedeelte in Dugard te bestudeer. Keer daarna na die gids terug en werk dit sorgvuldig deur, beantwoord die vrae, los die probleme op wat ons stel, en so meer.
- Soos u sal sien, is die gids in twee dele verdeel:
 - (a) Deel A bestaan uit ses onderwerpe, en u moet hulle almal bestudeer. Vrae uit deel A maak 75% van die eksamenpunt uit.
 - (b) Deel B stel vier onderwerpe aan bod vir onafhanklike en meer gedetailleerde studie (veral hier sal daar van u verwag word om verder as die handboek te gaan en self 'n paar dinge te gaan vind). Een vraag, wat 25% van die eksamenpunt uitmaak, sal oor elk van die onderwerpe in deel B gestel word. Daar sal dus vier vrae gestel word waarvan u een moet beantwoord. U moet dus minstens een van hierdie onderwerpe bestudeer (ons hoop natuurlik dat u al vier sal bestudeer, maar op die ou end is ons realiste ...).
- Soos hierbo genoem, moet u op toepassing konsentreer. Dit beteken dat u, wanneer u die beginsels van die betrokke onderwerp onder die knie het, u moet afvra hoe u dit in die praktyk sal toepas. Ons het 'n paar "praktiese oefeninge" opgestel wat óf in die liggaam van die teks, óf aan die einde van die betrokke onderwerp verskyn. Dit sal u in hierdie opsig help.
- U moet dié oefeninge dóén. Ja, gaan sit by 'n tafel en werk hulle skriftelik uit. Moet dit egter **nie** vir nasiening instuur nie. In die loop van die semester sal u 'n studiebrief ontvang waarin ons die oefeninge bespreek. Vergelyk u antwoorde daarmee — veral ook die manier waarop u dit benader en beantwoord het — en as u vind dat u dit heeltemal misgehad het, kontak ons dan om hulp.
- Ten slotte: na gelang ons in die 21ste eeu inbeweeg, werk ons al hoe meer elektronies — met horte en stote, as u so tegnologies gestrem soos ek is! U is in die gelukkige posisie dat u *myUnisa* (letterlik) byderhand het. Maak asseblief van hierdie gerief gebruik. Dit is ideaal om besprekingsgroepe bymekaar te kry en sal die gevoel van isolasie minimeer wat noodwendig met afstandsonderrig gepaardgaan. Belangriker egter is die feit dat, gesien die probleme wat baie studente met die pos ondervind, studiebriefe en dies meer op *myUnisa* beskikbaar is sodra ons dit klaar geskryf het; dit is dikwels vier tot ses weke voordat die gedrukte eksemplaar u kan bereik (as dit u wel bereik). Selfs al het u nie tuis of by die werk toegang tot die internet nie, is dit dus oor en oor die moeite werd om een maal 'n maand na 'n vriend of 'n internetkafee te gaan om op die hoogte te bly met wat aangaan. Doen dit asseblief. Nou en dan "breek ons ook in" op u forum, en dit verskaf nogal interessante leesstof — dikwels 'n aanduiding vir ons van waarmee studente sukkel.

4 DOELWITTE/OOGMERKE/UITKOMSTE

Op die gevaar of om van ligsinnigheid beskuldig te word, is u doel om te slaag, u oogmerk om u graad te kry en die uitkoms om 'n werk te kry en geld te maak!

Maar ernstig: wat ons binne hierdie paradigma in hierdie kursus wil probeer bereik, is om aan u die nodige kennis van die internasionale reg te gee wat u in staat sal stel om

- 'n situasie in die alledaagse lewe te sien, hetsy in 'n werkskonteks of in die breë globale konteks,
- in te sien hoe die internasionale reg daarby betrokke is,
- die situasie te ontleed ten einde die wesentliche elemente daarvan te identifiseer,
- daardie elemente binne die breë konteks van die internasionale reg te plaas,
- te weet watter beginsels van die internasionale reg op die situasie van toepassing is,
- en dan — die belangrikste van alles — dié beginsels toe te pas om te situasie te verduidelik en, hopelik, op te los;
- en om, binne die streng regs konteks, in die posisie te wees om u oplossing te motiveer aan die hand van gesaghebbende bronne.

Kortom, ons doelwit is om u die wye wêreld in te stuur met toereikende kennis van die internasionale reg om u in staat te stel om doeltreffend te funksioneer. Ons hoop ook dat ons so 'n belangstelling in die vak by u sal wakker maak dat u dit vir die res van u loopbaan (formeel of informeel) in stand sal hou.

5 ASSESSERING

In die bespreking van die benadering tot die kursus hierbo het ek gesê dat ek nie daarvan hou om met 'n gekerm en 'n waarskuwing te begin nie. Wel, ek hou net so min daarvan om daarmee af te sluit ook. Maar die lewe is wat hy is, en daar moet dus op die ou end (of aan die einde van die semester) seker 'n manier wees waarop ons kan vasstel of ons ons doelwitte bereik het en of u die uitkomst bereik het wat ons vir die kursus gestel het.

Ongelukkig kan dit slegs werklik deur middel van eksaminering in die een of ander vorm gedoen word. Die oefeninge wat ons verwag u in die loop van u studie moet doen, is wat "formatiewe assessering" genoem word — dit wil sê dit skep die geleentheid vir u om te ontwikkel as 'n internasionale regspraktisyn en dit gee ons die geleentheid om u internasionaalregtelike denke te vorm, maar dit "tel nie punte nie" (as u nog steeds in sulke terme dink).

In die vak Internasionale Reg is daar twee verpligte oefeninge vir somerende assessering.

Die belangrikste somerende oefening is egter die twee uur lange eksamen wat u aan die einde van die semester moet skryf. Soos hierbo genoem, tel deel A van die studiegids 75% van die jaarpunt en deel B 25%. U moet alles in deel A bestudeer en minstens een van die onderwerpe in deel B.

Wat is dan die verband tussen formatiewe en somerende assessering in hierdie kursus? Die formatiewe assessering berei u voor vir die somerende assessering. In die eksamen vra ons dieselfde **soort** vrae. Trouens, 'n aantal praktiese oefeninge is uit vorige eksamenvraestelle geneem. Die kans dat u presies dieselfde vraag sal kry, is skraal (dit sou bloot u geheue toets), maar die kans dat u vrae sal kry wat dieselfde inhoud raak, is baie goed. Kortom, dit sal u uit en uit die moeite loon om die praktiese oefeninge te doen.

Die assessering hou egter nie daar op nie. Ons wil ook graag hê

U MOET ONS ASSESSEER.

Dit is 'n nuwe studiegids wat waarskynlik vir drie jaar gebruik gaan word — behoudens die een of ander internasionale ramp wat nie in studiebruewe gehanteer kan word nie. Soos 'n kameelperd is dit die skepping van 'n komitee wat, aan die skryfkant, bestaan het uit prof Neville Botha, me Mirelle Ehrenbeck en me Polina Dlagnekova. (Ons wil hier ook dankie sê aan dr Le Roux, wat 'n wakende oog gehou het oor ons "onderrigontwerp", Me Malva Neethling, wat die gids vertaal het.) Hoewel ons almal min of meer dieselfde formaat gevolg het, hoop ons tog dat ons onderskeie "stemme" duidelik geword het in sowel aanslag as die besonderhede van die werk.

Wat ons wil hê u moet doen, is om vir ons te sê of dit werk, veral in die lig van wat hierbo in hierdie inleiding gesê is. Dink met ander woorde aan wat ons met hierdie studiegids wil bereik, en assesseer dan in watter mate ons daarin geslag het, al dan nie. Probeer u assessering objektief doen, asof in 'n ideale wêreld — met ander woorde, die gids is nie noodwendig swak net omdat u nie van die vak hou nie; insgelyks beteken dit nie dat die gids goed is net omdat u wel van die vak hou nie. Ons wil dus graag konstruktiewe kritiek (en 'n bietjie lof sal nie versmaai word nie!) en voorstelle ter verbetering hê — en voor u dit nog sê: nee, ons kan nie 'n studiegids skryf wat die handboek vervang nie, en nee, ons kan nie die kursus kanselleer nie (u het dit immers in die praktyk nodig)!

Aan die einde van die studiegids sal u 'n vorm kry wat u vir hierdie assessering kan gebruik. Dit sal gaaf wees om u naam of studentenommer te hê, want dan kan ons u ervaring van die studiegids vergelyk met hoe u in die kursus gevaar het. As u egter 'n bietjie paranoïes is en dink dat ons negatiewe kommentaar teen u sal hou (wat ons nie sal doen nie), of delusioneel is en dink dat u 'n paar punte met positiewe kommentaar kan verdien (wat nie sal gebeur nie), moet u dan nie identifiseer nie. Hoe dit ook al sy, by voorbaat dank!

6 PLAN VAN AKSIE

Noudat al die bekendstellings en prekie agter die blad is, moet u aan die werk spring. As enigiets in hierdie inleiding nie glashelder is nie, kontak ons en ruim onsekerhede nou uit die weg.

So gaan sit, trek die leesbundel, studiegids en Dugard nader en val weg!
Maar bowenal: geniet die kursus.

AFDELING A

U moet al ses onderwerpe in hierdie deel bestudeer.

Vrae oor deel A van die studiegids sal 75% van u eksamenpunt aan die einde van die semester tel.

ONDERWERP I

DIE ONTWIKKELING EN AARD VAN DIE INTERNASIONALE REG

Hierdie onderwerp behandel die volgende studie-eenhede:

Studie-eenheid

- 1 Inleiding
- 2 Die geskiedenis en ontwikkeling van die internasionale reg
 - 2.1 Die evolusie van die internasionale reg
- 3 Teorieë waarop die internasionale reg berus
 - 3.1 Bronne van die internasionale reg
 - 3.2 Teoretiese grondslae
- 4 Die regs aard van die internasionale reg
 - 4.1 Verskille tussen die internasionale reg en die nasionale reg
 - 4.2 Die Verenigde Nasies
 - 4.3 Ooreenkomste tussen die internasionale reg en die nasionale reg
- 5 Definisie van die internasionale reg
- 6 Assessering



Voorgeskrewe Leeswerk vir onderwerp 1:

- Dugard, 3e uitgawe, hoofstuk 1, bladsye 1 tot 11
- Artikel 38(1)(d) van die Statuut van die Internasionale Geregshof

STUDIE-EENHEID 1

INLEIDING

U sal merk, wanneer u hoofstuk 1 van Dugard lees, dat hy u aan die diep kant ingooi omdat hy eers besin oor die aard van die internasionale reg. Ons meen dat 'n mens eers moet weet waar iets vandaan kom voordat jy die aard daarvan kan begryp. In hierdie onderwerp gee ons dus eerstens aandag aan die geskiedenis en ontwikkeling van die internasionale reg en eers daarna begin ons die regs aard daarvan en die teorieë wat dit onderlê, ondersoek. Laastens bied ons 'n definisie van internasionale reg aan, dit wil sê wanneer u reeds begryp waarvan ons praat.

Dugard begin deur die internasionale reg te definieer as 'n korpus van reëls en beginsels wat vir state bindend is in hulle betrekkinge met mekaar, wat 'n redelik stomp manier is om u bekend te stel aan 'n uiters komplekse maar baie interessante vertakking van die reg. Soos u sal sien uit die werk wat u in hierdie kursus gaan doen, is dié definisie nie heeltemal akkuraat nie. Dink krities en ontledend na terwyl u Dugard lees, want aan die einde van hierdie onderwerp sal ons 'n paar vrae aan u stel wat u moet beantwoord.

STUDIE-EENHEID 2

DIE GESKIEDENIS EN ONTWIKKELING VAN DIE INTERNASIONALE REG

2.1 DIE EVOLUSIE VAN DIE INTERNASIONALE REG

Hoewel sekere aspekte van wat ons vandag as die internasionale reg beskou, so oud soos die berge is (daar is byvoorbeeld in 1279 vC vir uitlewering voorsiening gemaak in 'n vredesverdrag tussen Ramses II van Egipte en Hattusili, 'n Hittitiese prins), is die hedendaagse internasionale reg betreklik jonk — slegs sowat 400 tot 500 jaar oud.

Hoekom het die moderne internasionale reg ontwikkel? Algemeen gestel is die internasionale reg (ook genoem volkereg) die reg tussen nasies. In die vroegste tye was private individue of instansies, soos die leenhere of die kerk, vir alle praktiese doeleindes die eienaars van al die grond (én dikwels van die mense daarop!). Die verhouding tussen sulke "individue" was dus dié van wat ons vandag as privaatregtelike regte en pligte sal klassifiseer — iets soos die reg tussen bure. Omstreeks 1400 het daar egter 'n verandering begin intree toe die ineenstorting van feodalisme en die aanbreek van die Renaissance en die Hervorming gelei het tot die opkoms van entiteite wat afsonderlik van die individue wat hulle bewoon of bestuur het, bestaan het. Kortom, state is gebore.

Die ontstaan van state as afsonderlike territoriale eenhede het 'n gevoel van nasionalisme onder die inwoners daarvan meegebring. Dit het weer gelei tot die mening dat wat binne die staat gebeur, die uitsluitlike saak van daardie staat was: die staat was die meester van sy eie grondgebied en sy eie lotsbestemming. So het die konsep van staatsoewereiniteit ontstaan.

'n Staat met sy eie regering het regte oor sy grondgebied uitgeoefen met uitsluiting van alle "vreemde" (buitelandse) elemente — selfs in dié vroeë stadium was daar al

xenofobie! Die individuele grondheer (of die pous) is vervang deur 'n onpersoonlike entiteit wat, hoewel dit (ideaal gesproke) die individu verteenwoordig, afsonderlik van die individu waaruit dit saamgestel is, bestaan.

Alles sou reg gewees het as daar net een staat was, maar daar was verskillende state wat elk op regte aanspraak gemaak het. Dit was onvermydelik dat hierdie aansprake met mekaar begin bots het. Die stryd wat so ontstaan het, het dit nodig gemaak om die betrekkinge tussen state te reël. Hierdeur het die internasionale publiekreg ontstaan (wat ons in hierdie module die internasionale reg noem): internasionaal, want dit is gemoeid met die betrekkinge tussen nasies verteenwoordig deur state; publiek, want dit handel primêr oor die staat eerder as die individu; en reg, want dit bestaan uit 'n stel reëls.

Die reg is egter dinamies, en dit geld eweseer vir die internasionale reg. Namate die behoefte aan universele beheer toegeneem het, en veral namate die behoeftes van die handel al hoe meer gesofistikeerd geword het, het ook die middele wat gebruik is om die betrekkinge te reël, al hoe meer gesofistikeerd geword. Daar was stappe in die rigting van beheer en bestuur deur middel van organisasies wat gemoeid is met vraagstukke wat so uiteenlopend is soos vrede (bv die Verenigde Nasies (VN)), handel (bv die Wêreldhandelsorganisasie (WHO)) en so meer. Die internasionale organisasie het die lig gesien.

'n Internasionale organisasie is 'n organisasie wat state (of ander internasionale organisasies) as lede het eerder as individue. Dit het sy bestaan te danke aan 'n stigtingsakte (gewoonlik 'n "statuut" genoem — soos in die statute van 'n vennootskap of die akte van oprigting van 'n maatskappy; dit moet nie verwar word met parlementêre verordeninge nie) en bestaan afsonderlik van die state wat die organisasie stig. (In onderwerp 3 word internasionale organisasies nader ondersoek.) Soos 'n staat is 'n internasionale organisasie die subjek van die internasionale reg en het dit internasionale regspersoonlikheid. Dié beginsel is duidelik gevestig in *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* 1949 ICJ Rep 174.

U sou opgemerk het dat die rol van die individu sedert die opkoms van die staat as 'n afsonderlike entiteit feitlik nie figureer in ons bespreking van die internasionale reg nie. Terwyl state egter oor hulle reëls vir samewerking gedebatteer het, hulle sake gedoen het of in hulle oorloë betrokke was — alles ooreenkomstig die ooreengekome internasionale reëls — was individue binne dié state aan die geld maak uit die handel, aan die geld verloor weens staatsoptrede of aan die sterf in oorloë, weereens ooreenkomstig internasionaal aanvaarde reëls! Vanselfsprekend kon hierdie toedrag van sake nie onbepaald voortduur nie en een van die jongste "tendense" in die internasionale reg is om die posisie van die individu opnuut te evalueer.

Sedert die middel van die twintigste eeu het die internasionale reg in enkele beperkte gevalle 'n "mensgerigte" kleur aangeneem. 'n Individu is nie op dieselfde wyse as 'n staat of selfs 'n internasionale organisasie 'n internasionaalregtelike subjek nie. Die individu figureer egter wel daar iewers, en ons sal hierdie vraag weer in onderwerp 3 beskou.

Tot dusver het ons die geskiedenis van die internasionale reg suiwer uit die oogpunt van sy subjekte beskou. Dit is egter slegs die helfte van die prentjie. Die internasionale reg, veel meer as die nasionale reg, behels intellektuele strominge. Dit weerspieël belangrike intellektuele tendense na gelang hulle oor die wêreld spoel (of is dit eerder sypel?). Die opkoms van elk van bogenoemde "subjekte" kan verbind word aan groot ideologiese bewegings in die wêreldgeskiedenis. Die volgende is voorbeelde:

- (1) Die idee van die internasionale reg as suiwer die reg tussen state is gekoppel aan staatsoewereiniteit en bly die oorheersende tema van die volkereg.
- (2) Die idee van die internasionale organisasie as 'n entiteit wat onderskei word van die ledestate daarvan, het ontwikkel in reaksie op die behoefte daaraan om vraagstukke wat state as lede van 'n wêreldgemeenskap raak, te reël en om die potensiaal vir konflik wat aan 'n suiwer selfbevoordelende staatsoewereiniteit inherent is, aan bande te lê.
- (3) Die idee van die individu as 'n "kwasi-subjek" van die internasionale reg het voortgespruit uit die gruwels van twee wêreldoorloë, die emansipasie van koloniale gebiede en die aandrang van die individu op die erkenning van sy of haar menseregte en reg op selfbeskikking.

Die einde van die ontwikkeling van die internasionale reg het beslis nog nie aangebreek nie. Op die oomblik is dit duidelik in 'n vloeibare toestand, en hoe sake sal ontwikkel, is onseker. Maar hoekom kan 'n mens nie 'n bietjie spekuleer nie? Wêreldideologieë staan tans by die kruispad en word steeds beïnvloed deur geloofsbeskouinge — in sommige opsigte kan die "oorlog teen terreur", wat elke land raak, vergelyk word met die Kruistogte van vroeër. Die moderne internasionale gemeenskap staan voor nuwe uitdagings op talle terreine:

Terrorisme, menseregte, internasionale strafreg en klimaatsverandering is maar 'n paar terreine waarop die internasionale reg 'n rol vervul.

Ons is "van Afrika"; so hoe het Afrika in al hierdie dinge gevaar? Die antwoord is "nie te sleg nie". Die prominensie en numeriese oorheersing wat die Afro-Asiatiese en die Suid-Amerikaanse state (die sg "ontwikkelende state") in die internasionale gemeenskap verkry het, het gelei tot 'n herevaluering van talle van die tradisionele konsepte in die internasionale reg. Is "markwaarde" byvoorbeeld 'n realistiese (en, miskien selfs belangriker, 'n billike) maatstaf vir die evaluering van vergoeding vir nasionalisasie? Die meeste ryk nasies sê "ja", en talle arm nasies "nee". Waarop dui dit in ideologiese terme? Wat ons miskien sien gebeur, is die ontstaan van 'n internasionale reg wat berus op 'n ideologie van deling, hoe idealisties dit ook al klink. Winste wat in die verlede gemaak is deur uitbuiting ten koste van mense-ontwikkeling, moet nou versoen word met welvaartverspreiding. Afrika, en die res van die ontwikkelende wêreld, het sy stem in die internasionale reg gekry — veral in die VN en ekonomiese forums. Dit berus nou by u om die woorde vir dié musiek te skryf.

Een van die belangrikste tendense in die huidige internasionale reg is fragmentering. Na gelang probleme al hoe akuter raak, klink oproepe om "spesialisasie" op — 'n mooi woord vir fragmentasie. 'n Mens kom dus argumente ten gunste van afsonderlike stelsels binne die internasionale reg teë. Dit is niks nuuts nie; die internasionale humanitêre reg (wat die "oorlogsreëls" beheers) bestaan reeds amper langer as die algemene internasionale reg. In die onlangse tyd het internasionale menseregte, internasionale handelsreg en internasionale strafreg na vore gekom as afsonderlike vertakkinge van die tradisionele internasionale reg. Daar is ook oproepe om 'n afsonderlike internasionale omgewingsreg.

Daar is nou twee maniere waarop 'n mens na hierdie ontwikkelinge kan kyk. 'n Mens kan dit sien as 'n refleksie van onvermydelike evolusie in die wêreldgemeenskap — dus wesenlik positief. Daar is egter ook 'n teendeel. Indien elk van hierdie stelsels die erkenning van "unieke" of eiesoortige reëls vereis terwyl dit steeds wesenlik op verdrae (en dus instemming) berus, kan ons op die ou end heel moontlik sit met honderde effens verskillende reëls wat slegs state wat deel van die substelsel geword het, bind en met min of geen werklik internasionale beheer nie. Dink 'n rukkie hieroor na en besluit dan wat u mening is.

Vir diegene wat graag verder oor hierdie onderwerp wil lees, is daar 'n baie interessante artikel deur Davon Lapaš in *The Comparative and International Law Journal for Southern Africa* getiteld "Some remarks on fragmentation of international law: disintegration or transformation" (*CILSA* [2007] XL, pp 1–29).

STUDIE-EENHEID 3

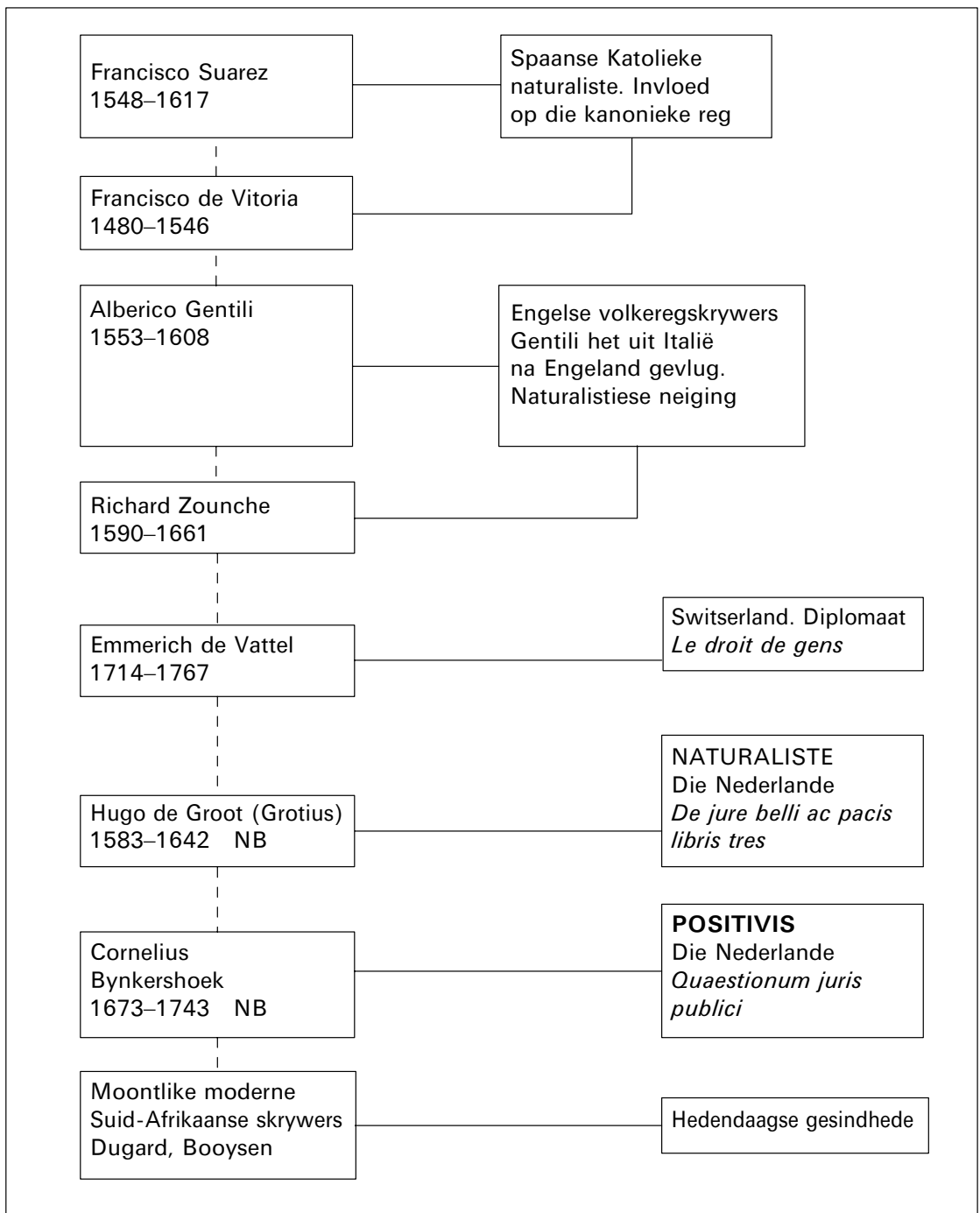
TEORIEË WAAROP DIE INTERNASIONALE REG BERUS

3.1 BRONNE VAN DIE INTERNASIONALE REG

In hierdie afdeling ondersoek ons die regsteorieë wat dikwels gebruik word om die basis van die internasionale reg te verduidelik. Die eerste diagram plaas die belangrikste skrywers oor die internasionale reg in konteks, sowel histories as ideologies. Hulle was individue wat aanvanklik die rudimentêre beginsels van die internasionale reg uiteengesit het.

DIAGRAM 1

Historiese perspektief — Volkeregtelike skrywers



Hoekom fokus ons op die skrywers in die internasionale reg? Maak skrywers se menings steeds 'n belangrike bron van die internasionale reg uit? Op hierdie punt kan u gerus gou kyk na Artikel 38(1)(d) van die Statuut van die Internasionale Geregshof (IGH). Artikel 38 vermeld die bronne van die internasionale reg wat die IGH in ag moet neem; dit word uitvoeriger bespreek in onderwerp 2.

3.2 TEORETIESE GRONDSLAE

Daar is twee belangrike teorieë wat gebruik word om die regsgrondslag van die internasionale reg te verduidelik, naamlik die natuurreg en die positivisme. Terwyl u hierdie gedeelte bestudeer, moet u die inligting aan die hand van die volgende probeer sistematiseer:

- argumente vir en teen die teorieë
- hoe die teorieë in die hedendaagse internasionale reg steek hou
- voorbeelde van die werking van hierdie teorieë in die hedendaagse internasionale reg



Praktiese oefening 1

Gebruik Dugard en die buitelyne van die twee konsepte hieronder en vergelyk dan die natuurreg en die positivisme. Evalueer ook die rol wat elk in die hedendaagse internasionale reg speel.

Die oefening beklemtoon van die begin af dat ons verwag dat u u mening moet kan uitspreek oor al die onderwerpe in hierdie kursus. Hier gee ons u eenvoudige buitelyne wat u tot 'n opstel moet uitbrei. Die meeste studente is geneig om ons buitelyne te bestudeer en dit in die eksamen weer te gee (of te probeer doen!). Dit is nie voldoende nie. Die assessering behels deels dat ons moet bepaal of u helder en duidelik kan formuleer en die feite en die reg wat op daardie feite van toepassing is, kan integreer tot 'n regsmening. Dit is 'n "beginnersaktiwiteit" om u daaraan gewoond te maak om te skryf; ons gee u dus 'n raamwerk van hoofpunte wat u in u bespreking moet aanroer. In studie-eenheid 6 van hierdie onderwerp verbind ons hierdie teorie met twee feitelike situasies.

DIAGRAM 2

Teorieë van die internasionale publiekreg

NATUURREG

1 **Teologiese invloede en kanoniek-regtelike agtergrond**

— De Groot

2 **Basiese beginsels**

a Regsbeginsels van universele en ewig geldende beginsels.

b Die reg word nie gemaak nie, maar ontdek.

c Bind sowel state as individue.

3 **Moontlike besware**

— Inhoud van die reg wissel volgens verskillende opvattinge van wat die reg is — dit kan inkonsekwent wees

POSITIVISME

1 **Van Bynkershoek**

2 **Basiese beginsels**

a Die reg word deur state verorden.

b State skep die internasionale reg deur uitdruklike of stilswyende instemming — die wil van state is die belangrikste

c Bind hoofsaaklik state

3 **Moontlike besware**

— Staat nie gebind deur enige "hoër" reg nie en is vry om na goeddunke te handel; geen (morele?) beperkinge nie
— Positivisme gebruik as grondslag in Nazi-Duitsland en, in sekere mate, Suid-Afrika tydens apartheid

- 4 **Nut** (kortliks)
- Die reg het 'n doel; die reg kan toegepas word om dié onderliggende doel te bevorder
 - Die beroep op die rede maak dit moontlik om die reg buigsaam toe te pas en by 'n veranderende omstandighede aan te pas en verskillende doelwitte te bereik
- 5 **Tans**
- Invloed in die menseregtebeweging waarneembaar

- 4 **Nut**
- Bied duidelike riglyne oor die vraag wat die reg is
- 5 **Tans**
- Neiging om die internasionale reg te kodifiseer

STUDIE-EENHEID 4

DIE REGSAARD VAN DIE INTERNASIONALE REG

Een van die langdurige debatte in die internasionale literatuur is of die internasionale reg inderdaad (objektiewe) reg is. Omdat u verwysingsraam as regstudente grotendeels die nasionale reg is, word hierdie vraag gewoonlik benader deur middel van 'n vergelyking van die internasionale reg met die nasionale of landsreg. Sommige van die belangrikste kenmerke van die Suid-Afrikaanse regstelsel word hier geïsoleer en dan kyk ons of dit ook in die internasionale reg voorkom. Hoewel 'n paar verskille blyk, is daar ook ooreenkomste.

4.1 VERSKILLE TUSSEN DIE INTERNASIONALE REG EN DIE NASIONALE REG

Internasionale reg	Nasionale reg
1 Daar is nie 'n wetgewer in die internasionale reg nie.	1 Volledige wetgewende proses.
2 Daar is nie 'n geregshof om die internasionale reg af te dwing nie: (i) Daar is geen stelsel van presedente nie. (ii) Die staat is regter in sy eie saak.	2 Volledig ontwikkelde regsprekende gesag: (i) 'n Stelsel van presedente geld. (ii) <i>Nemo iudex in sua causa</i> .
3 Daar is geen uitvoerende gesag om uitsprake uit te voer nie — sanksies is swak ontwikkel.	3 Volledige uitvoerende masjinerie vir die afdwing van vonnisse.
4 Subjekte is gewoonlik state.	4 Subjekte is gewoonlik individue of regspersone.

Raadpleeg nou Dugard en gee inhoud aan die raamwerk wat in hierdie tabel gegee is. Maak seker dat u die begrippe in die tabel verstaan. Indien u twyfel, raadpleeg u

Staatsreg-gids vir meer besonderhede oor hoe die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag funksioneer.

4.2 DIE VERENIGDE NASIES

Ons gaan nou die VN gebruik as 'n voorbeeld aan die hand waarvan ons die verskille tussen die internasionale reg en nasionale reg wil illustreer. Dit is 'n bondige bekendstelling aan die VN en hoe hy funksioneer. Die VN word in latere onderwerpe in meer besonderhede behandel, en wat hier volg, is dus net die noodsaaklikste feite oor hoe dinge internasionaal werk. Dit is dus 'n goeie idee om nou seker te maak dat u die werk verstaan.

(1) Waarom is die VN nie 'n wetgewer nie? Hoe verskil dit van 'n parlement?

Die VN het nie die bevoegdheid om reëls te verorden wat vir alle state bindend is nie. Die Algemene Vergadering (AV) kan slegs resolusies aanvaar en dít is slegs aanbevelings. State kan nie verplig word om dit toe te pas nie.

'n Parlement (as 'n instrument van die nasionale reg) maak daarenteen wette wat volledig bindend is vir die gemeenskap wat hy dien.

In die VN word die verteenwoordigers van die state nie tot die AV verkies nie, maar deur hulle onderskeie state aangestel. In teenstelling hiermee word die lede van 'n demokratiese parlement deur my en u gekies wanneer ons in 'n verkiesing stem.

Die bindende besluite van die Veiligheidsraad (VR) word beperk tot situasies wat volgens die VR 'n bedreiging vir internasionale vrede en veiligheid is — in die praktyk is sulke bepalings in die wiele gery deur die vetoreg van die vyf permanente lede.

(2) Die stelsel van presedente in die nasionale reg, teenoor die Internasionale Geregshof. Volg die IGH 'n presedentestelsel?

Soos u weet, is laer howe in die presedentestelsel gebonde aan die beslissings van hoër howe. Artikel 59 van die Statuut van die IGH bepaal dat die beslissing van die hof slegs die partye in 'n bepaalde saak bind, en dan slegs ten opsigte van daardie saak. Die presedentestelsel word dus aan twee fronte uitgesluit:

- Die beslissing is slegs op die betrokke partye van toepassing en as dieselfde vraagstuk tussen twee ander partye ontstaan, is die hof nie verplig om dieselfde uitspraak te lewer nie; en
- die beslissing geld slegs vir die bepaalde saak.

(3) Waarom sê ons dat die staat regter in sy eie saak is? Op watter grondslag word regters in die IGH vir 'n bepaalde saak aangestel? Hoe verskil so 'n aanstelling van dié van regters in 'n nasionaalregtelike saak? (U kan Hoofstuk 2 van die Statuut van die IGH lees, maar u hoef dit nie te bestudeer nie.)

In die internasionale reg besluit die staat self of daar 'n skending van die internasionale reg was, beoordeel die aangeleentheid self en doen dan sodanige stappe as waarop hy ook al besluit.

State is ook ten nouste betrokke by die proses waardeur die paneel aangestel word wat die saak gaan aanhoor. Hulle kan óf hulle eie verteenwoordigers in die paneel aanstel óf minstens mense verkies wat simpatiek teenoor hulle saak staan. In hierdie opsig is hulle regters in hulle eie saak.

In die nasionale reg is daar 'n permanente groep regters, landdroste en so meer wat alle sake aanhoor. Die eisers of beskuldigdes het geen inspraak in wie hulle sal verhoor nie.

Later in hierdie kursus moet u 'n beslissing van die IGH oor 'n bepaalde onderwerp bestudeer. Die volgende (bondige!) uittreksel uit 'n IGH-saak is 'n praktiese illustrasie van 'n geval waar twee regters wat hulle eie lande se belange verteenwoordig, gekies is.

International Court of Justice 24 May 2007 Case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo) Preliminary Objections.

Die saak betref die diplomatieke beskerming van 'n burger; in paragraaf 4 op bladsy 6 word die volgende gesê:

Since the court included upon the bench no judge of the nationality of either of the Parties, each of them availed itself of the right under Article 31, paragraph 3, of the Statute to choose a judge ad hoc to sit in the case. Guinea chose Mr Mohammed Bedjaoui and the DRC Mr Auguste Mampuya Kanunk'a-Tshiabo. Following Mr Bedjaoui's resignation on 10 September 2002, Guinea chose Mr Ahmed Mahiou.

(4) *Verduidelik die verskil tussen die uitvoerende "masjinerie" wat nasionale vonnisse ondersteun, en dié wat internasionaalregtelike uitsprake ondersteun.*

Landsregtelike vonnisse word ondersteun deur die volle uitvoerende masjinerie van die staat in die vorm van 'n polisiemag en so meer. In die internasionale reg is daar geen sentrale uitvoerende gesag met 'n polisiemag wat die vonnisse kan afdwing nie.

Op internasionale vlak het die VR wel "sanksies" wat op oortrederstate toegepas kan word. Hoofstuk VII van die VN-Handves laat die VR toe om sy lede te gelas om, gesamentlik of afsonderlik, wapengeweld te gebruik teen 'n staat wie se skending van die internasionale reg 'n bedreiging van die internasionale vrede uitmaak. Die VR kan ook ekonomiese sanksies teen 'n oortrederstaat gebruik.

In die lig van dié verskille wat ons behandel het, kan ons nou aandag gee aan die ooreenkomste tussen die internasionale en die nasionale reg.

4.3 OOREENKOMSTE TUSSEN DIE INTERNASIONALE REG EN DIE NASIONALE REG

Internasionale reg	Nasionale reg
1 Bestaan uit aanvaarde norme wat staatsgedrag voorskryf	1 Bestaan uit aanvaarde norme wat gedrag voorskryf
2 Gebruik die werke en dergelike van juriste eerder as moraliteit	2 Die werke van juriste en presedente word vrylik gebruik
3 Kan doelbewus by verdrag gewysig word	3 Kan doelbewus by wet gewysig word

Die ooreenkomste is redelik selfverklarend. En soos dit goeie regspraktyk betaam, het ons sowel die voor- as die nadele genoem. Nou is dit u taak om u uitspraak te oorweeg.

Hoewel die internasionale reg en die nasionale reg verskil, is die internasionale reg nader aan nasionale reg as aan enige morele of maatskaplike normstelsel wat in 'n bepaalde gemeenskap geld. Ons gebruik die juridiese benadering om die internasionale reg te bestudeer, en dit is die rede waarom dit as 'n regs vak deur regstudente bestudeer word.

Hoewel die internasionale reg dikwels "swak" reg genoem word, is dit bloot omdat sekere swakhede in die stelsel geïdentifiseer kan word wanneer dit met nasionale reg vergelyk word. In die internasionale reg is reëls dikwels moeilik om te identifiseer en die nakoming daarvan kom dikwels arbitrêr voor. Dink u nie dat die woord "onvolledig" hierdie eienskappe beter beskryf nie? Die internasionale reg kan dus eerder 'n onvolledige stelsel as 'n swak stelsel genoem word. Hoe dit ook al sy, dit bly 'n regstelsel wat vir die partye bindend is.

Ons moet die internasionale reg onderskei van wat "sagte reg" genoem word. Soos die internasionale reg ontstaan sagte reg in 'n ooreenkoms tussen state, maar in teenstelling met die internasionale reg is dit nie die bedoeling van die state dat sulke ooreenkomste bindende regs krag moet hê nie. Omdat die internasionale reg 'n konsensuele regstelsel is — dit wil sê state word gebind omdat dit hulle bedoeling is om gebind te word — ontstaan bindende (in die sin van afdwingbare) reg nie indien daardie bedoeling afwesig is nie. Dié reg is dan "sag". 'n Mens kan dus sê dat die internasionale reg miskien "swak" is, maar nooit "sag" nie — en ek wil nie dié frase in die eksamen terugkry nie!

STUDIE-EENHEID 5

DEFINISIE VAN DIE INTERNASIONALE REG

Ons kom nou by die definisie van die internasionale reg wat u deur die hele kursus gaan gebruik, en hopelik met 'n beter begrip van hoe state by mekaar inpas, waar internasionale organisasies inpas en hoe die wisselwerking tussen hulle geskied. Die definisie wat ons gee, is eenvoudig en berus op die subjekte van die internasionale reg.

Internasionale publiekreg kan omskryf word as die reëls wat die volgende verhoudinge reël:

$S - S \quad S - IO \quad IO - IO$

S = soewereine, onafhanklike staat

IO = 'n organisasie wat bestaan uit **state** (nie individue nie), byvoorbeeld die Verenigde Nasies

Die individu is gewoonlik nie 'n subjek van die internasionale reg nie, hoewel individue in sekere omstandighede (bv by oorlogvoering, in menseregtekwesties, wanneer hy/sy met die internasionale strafreg bots en so meer) binne die trefwydte van die volkereg val. Onderwerp 3, wat oor die internasionale regs persoon handel, bevat 'n bespreking van hierdie kwessie.

STUDIE-EENHEID 6

ASSESSERING

Soos ons in die inleiding tot hierdie studiegids gesê het, is die assessering in hierdie kursus sowel formatief as sommerend. Die praktiese oefeninge in die teks en hier onder val in eersgenoemde kategorie. Prakties beteken dit dat u dit moet doen, maar dat ons dit nie gaan nasien nie. Hou egter in gedagte dat wanneer ons die “stukke” vir die sommerende assessering opstel, ons natuurlikerwys “aangetrokke” sal wees tot dit wat ons weet u deurgewerk het. Maar kom ons praat reguit: hoewel die kans groot is dat ons nie een van dié oefeninge onveranderd in die eksamen sal gebruik nie, sal ons beslis beïnvloed word deur die materiaal wat daarin aan bod kom en deur wat ons verwag u met daardie materiaal moet kan doen.



Praktiese oefening 2

Noudat u hierdie module bestudeer het en dit met die studiemateriaal in Dugard geïntegreer het, moet u die volgende begrippe deurgaans en kyk of u daarvoor kan uitwei en dit in besonderhede kan bespreek:

- die ontstaan van state
- die ontwikkeling van die internasionale reg
- die internasionale organisasie
- ideologieë wat ons wêreld gevorm het
- positivisme en die natuurreg
- die verskille tussen die nasionale reg en die internasionale publiekreg
- waarom die VN nie 'n wetgewende liggaam is nie
- die verskille tussen die IGH en eilandse howe
- die verskillende sanksiestelsels in nasionale en internasionale reg
- die definisie van internasionale reg



Praktiese oefening 3

Skryf 'n kritiese opstel waarin u die belangrikste stadia in die ontwikkeling van die internasionale publiekreg en die rol wat dit in die toekoms kan speel, vermeld. Gebruik die volgende begrippe as 'n riglyn in u opstel: ontstaan van state; staatsoewereiniteit; internasionale organisasie; wêreldregering; opkoms van die individu; menseregte; ideologieë.



Praktiese oefening 4

Onthou u die bespreking hierbo oor die natuurregtelike en die positivistiese benadering tot die internasionale reg? Hier is die beloofde bykomende feite wat dit 'n bietjie interessanter maak:

Verbeel u dat u steeds in Suid-Afrika onder apartheid leef (dws voor die aanvaarding van die Grondwette van 1993 en 1996). Vusi, 'n swart man wat in 'n eenvertrekwooning in Soweto woon, wen R2 miljoen by 'n perdewedren. Hy wil graag sy lewensomstandighede verbeter en sluit 'n koopkontrak vir 'n beskeie huis in Bryanston, Johannesburg. Hy probeer sy dogter by 'n staatskool in die buurt inskryf. Die Registrateur van Aktes weier egter om die huis op Vusi se naam te registreer en die skoolhoof weier om Vusi se dogter by die skool in te skryf. Hulle grond hulle weiering op onderskeidelik die Wet op Groepsgebiede, wat swart mense verbied om in 'n gebied wat vir wit mense afgesonder is, te woon of eiendom te besit, en die Wet op Swart Onderwys, wat afsonderlike onderwys vir wit en swart mense verskans. Vusi maak 'n geding oor die aangeleentheid aanhangig.

In die uitspraak wat teen hom gegee word, sê die regter dat die reg is wat die regering van die dag in wette verorden en dat dit die funksie van die hof is om bloot die wet toe te pas soos dit op 'n bepaalde tydstip is, en nie om wette te maak nie.

Vusi aanvaar dit aangesien hy geen ander keuse het nie en begin dan al sy geld uitgee.

Nou is dit egter 1999 en die nuwe bedeling is gevestig. Die geluksgodin glimlag weer vir Vusi en hy wen R1 miljoen, maar dié keer in die Lotto. Verbasend genoeg is dieselfde huis weer op die mark en die skool is nog steeds daar. Maar ongelukkig, weens 'n blaps deur die raad vir die hersiening van wetgewing, wat ingestel is om Suid-Afrika se wetgewing in ooreenstemming met die Grondwet te bring, is die gewraakte twee wette steeds op die wetboek.

Vusi betwis die geldigheid van die wette in die Konstitusionele Hof. Die hof bevind dat albei wette in stryd met Hoofstuk 2 van die Grondwet is en verklaar hulle ongeldig aangesien hulle growwe skendings van menseregte verteenwoordig. Vusi kry sy huis en sy dogter gaan skool in die skool van haar keuse.

Verduidelik aan die hand van hierdie twee stadia in Vusi se lewe die benadering van die onderskeie howe en hoe dit die ideologie wat onderliggend aan 'n staat se regstelsel is, weerspieël.

In watter bedeling sou u eerder wou lewe?

ONDERWERP 2

BRONNE VAN DIE INTERNASIONALE REG

In hierdie onderwerp behandel ons die volgende:

Studie-eenheid 1 Inleiding tot die bronne

Studie-eenheid 2 Tradisionele bronne van die internasionale reg: verdrae

- 2.1 Inleiding
- 2.2 Definisie
- 2.3 Vereistes vir die sluiting van 'n verdrag
- 2.4 Sluiting van 'n verdrag
- 2.5 Die geldigheid van verdrae
 - 2.5.1 Nietige verdrae
 - 2.5.2 Verdrae wat vernietigbaar is of beëindig kan word
 - 2.5.2.1 Nakoming van verpligting
 - 2.5.2.2 Verdragsbepalings
 - 2.5.2.3 Instemming
 - 2.5.2.4 Eensydige opsegging
 - 2.5.2.5 Sluiting van 'n nuwe verdrag
 - 2.5.2.6 Verdragskending — WK, Artikel 60
 - 2.5.2.7 Onmoontlikheid van prestasie — Artikel 61
 - 2.5.2.8 Fundamentele verandering in omstandighede: *rebus sic stantibus*
 - 2.5.2.9 Oorlog en opskorting van diplomatieke/konsulêre betrekkinge
 - 2.5.2.10 *Ius cogens*
- 2.6 Voorbehoude by verdrae
- 2.7 Uitleg van verdrae
- 2.8 Opvolging by verdrae
 - 2.8.1 Algemeen
 - 2.8.2 Internasionale teorie oor opvolging

Studie-eenheid 3 Tradisionele bronne van die internasionale reg: gewoonte

- 3.1 Inleiding
- 3.2 Definisie
- 3.3 *Usus*: die eerste vereiste
- 3.4 *Opinio iuris*: die tweede vereiste

Studie-eenheid 4 Tradisionele bronne van die internasionale reg: algemene regsbeginsels, regterlike beslissings en die menings van skrywers as bronne van die internasionale reg

- 4.1 Inleiding
- 4.2 Algemene regsbeginsels
- 4.3 Regterlike menings en die leringe van die mees bevoegde skrywers oor die internasionale reg

Studie-eenheid 5 Die opkomende bronne van die "nuwe" internasionale reg: sagte reg, kodifisering, en *ius cogens*- en *erga omnes*-verpligtinge

- 5.1 Inleiding
- 5.2 Sagte reg
- 5.3 Kodifisering
- 5.4 *Ius cogens*- en *erga omnes* verpligtinge

Studie-eenheid 6 Assessering

- 6.1 Algemene opmerkings
- 6.2 Praktiese oefeninge



Voorgeskrewe Leeswerk vir onderwerp 2:

- Dugard, 3e uitgawe, hoofstuk 3
- Dugard, 3e uitgawe, hoofstuk 19 — spesifiek vir verdrae
- Artikel 38 van die Statuut van die Internasionale Geregshof (IGH)
- Weense Konvensie op Verdragsreg, 1969
- Bykomende materiaal soos gespesifiseer in die onderskeie studie-eenhede

STUDIE-EENHEID 1

INLEIDING TOT DIE BRONNE

In onderwerp 1 het u gesien hoe die internasionale regstelsel ontwikkel het en steeds ontwikkel. Wanneer die internasionale reg as 'n stelsel beskou word, is die fokus grotendeels op die subjekte van die stelsel, wat 'n mens nie veel aanduiding gee van die eintlike "reëls" en waar hulle vandaan kom nie.

Dit doen ons wel in hierdie onderwerp: ons gaan kyk hoe die reg wat die internasionale regstelsel beheers, tot stand kom en waar 'n mens dit kan kry as dit eers geskep is.

Vir u as 'n regspraktisyn is dit van kardinale belang. Wanneer u internasionale reg in betoog aan 'n hof voorlê — soos die Grondwet van u vereis — moet u kan aantoon waar die reël vandaan kom, waar dit gevind kan word en waarom dit bindend is. Om dit te kan doen moet u die bronne ken en daarmee kan werk (durf 'n mens sê "dit kan manipuleer"?).

'n Belangrike punt van onderwerp 1 — een wat u altyd moet onthou — is dat die internasionale reg berus op die instemming van die subjekte daarvan. Logieserwys sal die bronne van die internasionale reg dus hierdie instemming weerspieël.

Wanneer bronne ter sprake is, dink 'n mens onwillekeurig aan Artikel 38 van die Statuut van die Internasionale Geregshof (IGH). Hoewel die artikel nie die term "bronne" gebruik nie — trouens, 'n mens sal geen amptelike bron onder dié benaming in enige dokument aantref nie — word algemeen aanvaar dat die "middels" wat die IGH moet gebruik om die sake voor hom "ooreenkomstig die internasionale reg" te beslis, die bronne is. Die artikel lui soos volg:

- A 38(1) The Court, whose function it is to decide in accordance with international law, such disputes as are submitted to it, shall apply:
- (a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States
 - (b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law
 - (c) the general principles of law recognized by civilized nations
 - (d) subject to the provisions of Article 59, judicial precedent and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of the rules of law.

[*Ons vertaling:*

- 38 (1) Die Hof, wie se taak dit is om ooreenkomstig die internasionale reg sodanige sake te beslis as wat aan hom voorgelê word, moet:
- (a) internasionale konvensies, hetsy algemeen of spesifiek, wat reëls neerlê wat uitdruklik deur die strydende State erken word, toepas;
 - (b) internasionale gewoonte toepas as bewys van 'n algemene praktyk wat as reg aanvaar word;
 - (c) die algemene beginsels van die reg wat deur beskaafde nasies erken word, toepas;

- (d) behoudens die bepalings van Artikel 59, regterlike presedent en die lering van die mees bevoegde skrywers oor die internasionale reg van die onderskeie nasies toepas as hulpmiddels by die vaststelling van die regsreëls.]

Dugard (3de uitg 27) voer aan dat daar geen hiërargie in die bronne is nie. Derhalwe dra konvensies (verdrae) nie bloot omdat hulle in Artikel 38(1)(a) genoem word, meer gewig (dus hoër in 'n hiërargie of belangriker) as gewoonte nie, wat in Artikel 38(1)(b) genoem word. Oor die algemeen stem ek saam, maar kyk weer na Artikel 38(1)(d). Hier bepaal die Statuut uitdruklik dat presedent en internasionaalregtelike geskifte "hulpmiddels" (*subsidiary means*) is. En kom dit nie daarop neer dat dit sekondêr is, met ander woorde dat dit gebruik word slegs wanneer die res gefaal het nie? Dink daaroor!



Praktiese oefening 1

In die *Lotus-saak* (*France v Turkey* 1927 PCIL Rep Ser A no 10) het die Franse tenkskip *Lotus* op die oop see met die Turkse tenkskip *Boz-Kourt* gebots. Agt Turkse soldate het in die botsing gesterf. Toe die *Lotus* in Konstantinopel vasmeer, is die Franse offisier van die wag ten tyde van die botsing in 'n Turkse hof aangekla van strafbare manslag.

Die destydse Permanente Internasionale Geregshof (PIG), wat die saak moes bereg, het soos volg beslis:

The rules of international law binding upon states therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law

Wat blyk uit hierdie aanhaling oor die grondslag van die internasionale reg? Kan u die twee bronne van die internasionale reg erken wat in hierdie aanhaling geïdentifiseer word?

Onder watter subartikels van Artikel 38 van die Statuut van die IGH sal u elke bron klassifiseer?

Grondslag van die internasionale reg:

Bron 1 A 38

Bron 2 A 38

In u leeswerk kan u die terme *sources of origin* en *formal/cognitive sources* teëkom. Moenie dat dit u pootjie nie. 'n Oorsprongbron is 'n bron waaruit die internasionale reg ontstaan — dit skep internasionale reg. 'n Kognitiewe bron, daarenteen, is 'n bron wat 'n mens sal raadpleeg om die inhoud van 'n bestaande internasionaalregtelike reël te kry. Prakties is daar dus geen verskil tussen die twee nie.



Praktiese oefening 2

Goed, u kan nou die bronne van die internasionale reg opnoem, aandui waar dit uiteengesit is en dit (hopelik) in 'n uitspraak van die IGH herken. As u dit egter werklik in die praktyk gaan toepas — internasionaal of nasionaal — moet u dit "meer intiem" ken. Ons gaan dus die tradisionele IGH-bronne een vir een van nader bekyk. Aan die einde van die oefening sal u dit in die howe kan gebruik, wat per slot van rekening is waaroor die reg eintlik gaan.

STUDIE-EENHEID 2

TRADISIONELE BRONNE VAN DIE INTERNASIONALE REG: VERDRAE

2.1 INLEIDING

Wat verdrae betref, is die internasionale “bybel” die Weense Konvensie insake Verdragsreg (1969) en sy susterverdrag van 1986, die Weense Konvensie oor die Reg van Verdrae tussen State en Internasionale Organisasies en tussen Internasionale Organisasies.

U kan die volledige teks van die Weense Konvensie insake Verdragsreg, 1969, (die WK) te lese kry by untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf.

Ons raai u ten sterkste aan om die teks te raadpleeg.

Let op dat u vir hierdie eenheid sowel hoofstuk 3 as hoofstuk 19 van Dugard moet bestudeer.

Riglyne by die studie van hoofstuk 19:

- Aangesien verdrae die ruggraat van hedendaagse internasionale reg uitmaak, moet u die hele hoofstuk in besonderhede bestudeer.
- Maak seker dat u die voorbeelde wat Dugard in hierdie hoofstuk gebruik, kan verduidelik.
- Sekere dele van die hoofstuk (wat u duidelik sal sien wanneer u die hoofstuk bestudeer) het spesifiek op Suid-Afrika betrekking. Ons behandel die plek van verdrae in die Suid-Afrikaanse reg in ’n afsonderlike onderwerp (onderwerp 6).

2.2 DEFINISIE

Daar is verskeie definisies van ’n verdrag, wat wissel van baie eenvoudig tot meer kompleks. As ’n mens ’n verdrag met iets in die nasionale reg moet vergelyk, kom dit die nouste met ’n kontrak ooreen. Op internasionale vlak kan ’n verdrag miskien ten beste met ’n wet vergelyk word.

Die klassieke definisie van ’n verdrag kom voor in Artikel 2(1)(a) van die WK, wat ’n verdrag omskryf as:

An international agreement concluded between states in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation. [*Ons vertaling: ’n Internasionale ooreenkoms tussen state aangegaan wat op skrif gestel is en deur die internasionale reg gereël word, hetsy vervat in ’n enkele instrument of in twee of meer verwante instrumente, ongeag wat dit ook al spesifiek genoem word.*]

Ons gebruik die volgende definisie:

’n Verdrag is ’n ooreenkoms, hetsy skriftelik of mondeling, aangegaan tussen internasionaalregtelike subjekte met die bedoeling om ’n internasionaalregtelike verhouding tot stand te bring. Die ooreenkoms moet aanleiding gee tot wederkerige regte en pligte en moet deur die internasionale publiekreg gereël word.

Kan u die verskille raaksien? Hoekom het ons na u mening dié verskille ingevoer?

Ingeval u sukkel, hier is dit:

Die WK spesifiseer "state"; ons gebruik "internasionaalregtelike subjekte".

Hoewel state die belangrikste rolspelers in die internasionale reg bly, is hulle beslis nie die enigstes nie. Deesdae tree internasionale organisasies, niestaatspelers en selfs individue in toenemende mate op die internasionale vlak op. Na ons mening is dit dus meer in ooreenstemming met die moderne neigings om verdragspartye te klassifiseer volgens hulle bevoegdheid eerder as hulle status as sodanig.

Die WK gebruik "written form", terwyl ons "skriftelik of mondeling" sê.

Die gevolgtrekking wat Dugard uit Artikel 2(1)(a) maak, is dat mondelinge ooreenkomste tussen state nie verdrae is nie, al bind dit die partye. Stem u saam? Ek stem nie saam nie. As 'n mens te doen het met 'n ooreenkoms tussen internasionaalregtelike subjekte wat volle regsrag het en deur die internasionale reg beheers word, is dit 'n verdrag, en om dit 'n "bindende ooreenkoms" te noem, verander nie die aard daarvan nie. Daar is geen ander kategorie waaronder dit kan ressorteer nie. Die verdrag word miskien nie deur die bepalings van die WK beheers nie en is miskien nie voor die IGH afdwingbaar nie (omdat dit nie geregistreer kan word soos vereis by sowel Artikel 102 van die VN-Handves as Artikel 80 van die WK nie), maar dit bly steeds 'n verdrag. Daar is 'n bewysprobleem, nie 'n geldigheidsprobleem nie.

Ander belangrike sake uit die twee definisies is die volgende:

"Wat steek in 'n naam?" — om Shakespeare aan te haal.

Wanneer 'n mens met verdrae te doen het, is die antwoord "bloedweinig". Net omdat iets nie 'n verdrag genoem word nie, beteken nie dat dit nie een is nie. Vir ons gaan dit om die aard van die ooreenkoms, nie die naam daarvan nie. Kyk na die volgende voorbeelde:

Die **Afrikahandves** oor Mense- en Volkeregte is 'n verdrag.

Die Verenigde Nasies se **Konvensie** oor die Seereg is 'n verdrag.

Die **Protokolle** by die Geneefse Konvensies oor die Krygsreg is verdrae.

'n **Akte van ooreenkoms** tussen Suid-Afrika en Zimbabwe is 'n verdrag.

'n **Internasionale ooreenkoms** soos bedoel in die Grondwet van Suid-Afrika is 'n verdrag.

Net soos wat daar verskillende soorte bronne is (sien studie-eenheid 1), is daar ook verskillende soorte verdrae.

Die voor die hand liggendste onderskeid wat u sal teëkom, is tussen **bilaterale** en **multilaterale** verdrae. By bilaterale verdrae is slegs twee state betrokke (bv 'n handelsverdrag tussen Suid-Afrika en Lesotho), terwyl 'n hele aantal state betrokke is by multilaterale verdrae (soos die Konvensie oor die Seereg).

'n Mens kry egter ook ander soorte verdrae (bv verdragskontrakte), of wetmakende verdrae. Moenie verward raak nie; hulle bly almal verdrae en daar is geen juridiese verskil tussen die verskillende vorme nie.

2.3 VEREISTES VIR DIE SLUITING VAN 'N VERDRAG

Ons weet dus nou wat 'n verdrag is. Die volgende stap is om uit te vind hoe 'n mens te werk gaan om 'n verdrag te sluit. Is daar met ander woorde vereistes wat gestel word vir die sluiting van 'n verdrag?

Eerstens: daar is geen formele vereistes nie; altans, nie in die sin van statutêre vereistes soos wat 'n mens soms in nasionale reg kry nie, soos byvoorbeeld Suid-Afrika se Wet op Vervreemding van Grond 68 van 1981. Dit beteken egter nie dat daar hoegenaamd geen vereistes is nie.

- Omdat 'n verdrag 'n konsensuele ooreenkoms is, moet daar **wilsooreenstemming** tussen die partye wees.
- Die partye moet **bevoeg** wees om die verdrag te sluit (sien hieronder).
- Die verdrag moet aanleiding gee tot **wederkerige regte en pligte**.
- Die regte en pligte moet **deur die internasionale reg gereël** word.

Let op dat 'n ooreenkoms tussen partye met internasionale regspersoonlikheid deur die internasionale reg gereël word, tensy die partye uitdruklik bepaal dat dit deur 'n ander regstelsel gereël word.



Praktiese oefening 3

Dugard sê op 328-329: "[A]lthough oral agreements between state representatives may create legal obligations for states, they do not qualify as treaties."

Evalueer die geldigheid van hierdie stelling in hoogstens 15 reëls.

Wenke:

- Waarom is daar 'n probleem met mondelinge verdrae?
- Wat bepaal die WK ten opsigte van mondelinge verdrae?
- Wat is die vereistes vir 'n verdrag?
- Word dié vereistes hier nagekom?
- Wat behels die ooreenkoms?
- Watter basiese handeling kan met 'n skriftelike verdrag verrig word, maar nie met 'n mondelinge verdrag nie (Artt 80 VC, 102 UN)?
- Word die geldigheid van die verdrag aangetas as hierdie handeling nie verrig word nie?
- Wat is die uitwerking?

2.4 SLUITING VAN 'N VERDRAG

Die eerste vraag wat ontstaan, is of verdragsluiting deur internasionale reg of deur nasionale reg gereël word. Wesenlik bepaal 'n land se nasionale reg wie verdrae namens die staat mag sluit, en dit is die rede waarom 'n mens nie eenvormige reëls kry wat op alle state van toepassing is nie. Om dus te bepaal wie verdrae mag sluit wat Suid-Afrika of enige ander land sal bind, is 'n mens se eerste bron die reg van die betrokke state. In Suid-Afrika sal dit die Grondwet wees (a 231(1), (2) en (3)).

Die internasionale reg swyg egter ook nie oor wie verdrae mag sluit nie. Hoewel die nasionale reg die praktiese besonderhede gee, stel die internasionale reg sekere

beginsels met betrekking tot wie verdrae mag sluit — maar dit is belangrik om te onthou dat dié beginsels steeds onderworpe aan die nasionale reg bly.

Sekere mense word geag die staat te bind vanweë die ampte wat hulle beklee (*ex officio* is die term wat 'n mens teëkom). Ingevolge Artikel 7(2) van die WK is hulle

- die staatshoof (president, monarg, ens)
- die regeringshoof (bv 'n eerste minister, wat ons nie meer in Suid-Afrika het nie)
- die Minister van Buitelandse Sake
- die hoof van 'n diplomatieke missie (ambassadeur, konsul)
- 'n staatsverteenwoordiger by verdragskonferensies

Indien 'n persoon nie in een van hierdie kategorieë val nie, geld Artikel 7(1)(a) en moet hy/sy 'n volmagsoorkonde (*full powers*) voorlê. 'n Volmagsoorkonde is dokumentêre bewys deur sy/haar regering uitgereik dat hy/sy gemagtig is om die staat in die sluiting van die verdrag te verteenwoordig.

So nie bepaal Artikel 7(1)(b) dat, as dit uit die praktyk van die state of ander oorwegings blyk dat die partye beoog het dat die persoon die staat verteenwoordig, 'n volmag nie vereis word nie.

Dit is ook belangrik om daarop te let dat hoewel 'n verdrag gesluit deur 'n ongemagtigde persoon wesenlik ongeldig is (sien hieronder), alles nie verlore is nie. Net soos die ongemagtigde handeling van jou verteenwoordiger in die landsreg bekragtig (agterna goedgekeur) kan word en jy dan self gebind word, kan 'n staat ook die sluiting van 'n verdrag deur 'n ongemagtigde party bekragtig en so volle krag daaraan verleen (Art 8 WK).



Praktiese oefening 4

Dink na oor die volgende feite:

Die Premier van Gauteng en die Goewerneur van die staat Washington in die Verenigde State van Amerika onderteken 'n ooreenkoms. Die opskrif van die ooreenkoms, in rooi en goue Gotiese letters, lui "Verdrag van Vriendskap & Samewerking/Treaty of Friendship & Cooperation". Die ooreenkoms bepaal onder meer dat die regerings van die provinsie Gauteng, Suid-Afrika, en die staat Washington, Verenigde State van Amerika, sal saamwerk om kulturele skakeling te bevorder en op openbare vakansiedae mekaar se vlae by hulle onderskeie wetgewers sal hys.

Oorweeg nou ook hierdie feite:

'n Konferensie word tussen Suid-Afrika, die Verenigde State van Amerika en Mosambiek gereël om die moontlike betaling te bespreek van vergoeding aan Mosambiek vir verliese gely weens die betrokkenheid van die vorige Suid-Afrikaanse bewind by die Mosambiekse burgeroorlog en die afskiet van president Machel se vliegtuig, wat tot dié se dood gelei het. By die beëindiging van die konferensie onderteken Suid-Afrika en Mosambiek 'n verdrag (waarvan die VSA die bemiddelaar was) wat voorsiening maak vir die betaling van vergoeding aan die Mosambiekse nasie. Suid-Afrika is verteenwoordig deur sy Minister van Buitelandse Sake, Mosambiek deur sy President en die Verenigde State deur sy Minister van Verdediging.

Ontleed en vergelyk in hoogstens een bladsy hierdie twee scenario's op grond van ons definisie van 'n verdrag hierbo en die vereistes vir verdragsluiting wat ons bespreek het.

Ons het nou vasgestel wie namens 'n staat tot 'n verdrag mag instem. Die volgende vraag is nou: Hoe word hierdie instemming te kenne gegee?

Die WK identifiseer ses metodes in Artikels 11 tot 15. Ingevolge Artikel 11 is dit ondertekening (*signature*), die uitruiling van instrumente (*exchange of instruments*), bekragtiging (*ratification*), aanvaarding (*acceptance*), goedkeuring (*approval*) en toetreding (*accession*). Daar is ook 'n "sambreelmetode", wat lui "of op enige ander wyse waarop ooreengekom word" (*or by any other means if so agreed*).

Die volgende het 'n bietjie verduideliking nodig:

Bekragtiging: Hoewel verdrae in beginsel by ondertekening in werking tree, is dit nie altyd die geval nie — trouens, dit is die uitsondering eerder as die reël. Die meeste verdrae bevat die bykomende vereiste van bekragtiging. Die WK (Art 1(b)) omskryf bekragtiging as "die internasionale handeling ... waardeur 'n Staat op internasionale vlak sy instemming bevestig om deur 'n verdrag gebind te word" (*the international act ... whereby a State establishes on an international plane its consent to be bound by a treaty*). Geen bepaalde prosedure word vasgestel nie, aangesien dit afhang van die nasionale reg van die betrokke state. Die partye onderteken die verdrag en daarna het elke staat 'n "tweede kans" om sy voorneme om gebind te word, te bevestig of om sy nasionale reg te wysig ten einde aan sy verpligtinge ingevolge die verdrag te voldoen. Let op dat bekragtiging die staat internasionaal bind en dat 'n verdrag wat bekragtiging vereis, nie die staat bind voordat dit bekragtig is nie, hoewel die staat verplig is om intussen niks te doen wat die oogmerke van die verdrag verydel nie (WK, Art 18). Gaan die voorbeelde na wat Dugard gee. (In Suid-Afrika word dit vervat in a 231(2) en (3) van die Grondwet, 1996, wat voorsiening maak vir die "internasionale bekragtiging" van verdrae. Sien ook onderwerp 6.)

Toetreding is die manier waarop 'n staat wat nie 'n party by die oorspronklike verdrag was nie, 'n party word. Dit word gedoen deur 'n toetredingsoorkonde (akte van toetreding) te deponeer. Die oorspronklike verdrag moet voorsiening maak vir toetreding of die partye by die oorspronklike verdrag moet instem dat 'n "nuwe" party hom by die verdrag aansluit.



Praktiese oefening 5

Artikel 48 van die Internasionale Verbond insake Burger- en Politieke Regte (IVBPR) (999 UNTS 171) lui soos volg:

Article 48:

1. The present Covenant is open for signature by any State Member of the United Nations or member of any of its specialised agencies, by any State Party to the Statute of the International Court of Justice, and by any other State which has been invited by the General Assembly of the United Nations to become a party to the present Covenant.
2. The present Covenant is subject to ratification. Instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.
3. The present Covenant shall be open to accession by any State referred to in paragraph 1 of this Article.
4. Accession shall be effected by the deposit of an instrument of accession with the Secretary-General of the United Nations.
5. The Secretary-General of the United Nations shall inform States which have signed this Covenant or acceded to it of the deposit of each instrument of ratification or accession.

[Ons vertaling:

Artikel 48

1. Hierdie Verdrag is oop vir ondertekening deur enige Staat wat lid van die Verenigde Nasies of van een of meer van die gespesialiseerde agentskappe daarvan is, deur enige Staat wat 'n party by die Statuut van die Internasionale Geregshof is, en deur enige ander Staat wat deur die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies genooi is om 'n party by hierdie Verdrag te word.
2. Hierdie Verdrag moet bekragtig word. Die bekragtigingsoorkonde word by die Sekretaris-generaal van die Verenigde Nasies gedeponeer.
3. Hierdie Verdrag is oop vir toetreding deur enige Staat bedoel in paragraaf 1 van hierdie Artikel.
4. Toetreding geskied deur die deponering van 'n toetredingsoorkonde by die Sekretaris-generaal van die Verenigde Nasies.
5. Die Sekretaris-generaal van die Verenigde Nasies stel alle State wat hierdie Verdrag onderteken of daartoe toegetree het, in kennis van die deponering van elke bekragtings- of toetredingsoorkonde.]
Identifiseer die verskillende maniere waarop die IVBPR state toelaat om hulle verbintenis te laat blyk.

2.5 DIE GELDIGHEID VAN VERDRAE

Soos u uit u studie van die kontraktereg weet, kan 'n dokument oënskynlik heeltemal geldig en afdwingbaar lyk, maar in werklikheid ongeldig wees. Dieselfde geld verdrae. Dit is belangrik dat u moet kan bepaal of 'n verdrag waarop 'n party wil steun, inderdaad bindend is.

Ten aanvang moet 'n onderskeid gemaak word tussen verdrae wat **nietig** (*void*) is en dié wat **vernietigbaar** (*voidable*) is.

Indien 'n verdrag **nietig** is, beteken dit dat geen ooreenkoms ooit tot stand gekom het nie. Geen regshandeling het plaasgevind nie en gevolglik het die partye geen regte of verpligtinge nie. Let op dat 'n staat nie aansoek hoef te doen om 'n verdrag nietig te laat "verklaar" nie, want daar is niks om nietig te verklaar nie.

Indien 'n verdrag **vernietigbaar** is, het 'n verdrag met volle regte en pligte vir die partye inderdaad tot stand gekom. Die verdrag is geldig en die regte en pligte is afdwingbaar totdat een van die partye besluit om die toepassing van die verdrag te bevraagteken. Die keuse om 'n verdrag nietig te verklaar berus gewoonlik by die "onskuldige" party. Onthou dat afdwingbare regte en pligte uit 'n vernietigbare verdrag kan voortspruit.

2.5.1 NIETIGE VERDRAE

Verdrae is nietig indien die volgende aangetoon kan word (hierdie gronde kom ooreen met dié wat 'n mens in enige landsregstelsel sal aantref):

WK Art 48: dwaling	WK Art 49: bedrog	WK Art 50: korrupsie	WK Art 51: dwang	WK Art 52: geweld
<p>'n Staat kan hom op dwaling beroep indien hy die volgende aanneem:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 'n feit of situasie wat 2. wesenlik was en 3. die grondslag van sy instemming uitgemaak het 4. toe die verdrag gesluit is EN 5. indien hy nie self tot die dwaling bygedra het nie, of 6. die omstandighede nie verdag was nie 	<p>'n Staat kan hom op bedrog beroep indien</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. hy beweeg is deur 2. die bedrieglike handeling 3. van ander onderhandelende state om die verdrag te sluit 	<p>'n Staat kan hom op korrupsie beroep indien daar</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. regstreekse of onregstreekse korrupsie was van 2. die staat se verteenwoordiger deur 3. 'n ander onderhandelende staat 	<p>'n Staat kan hom op dwang beroep indien daar</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. dwang uitgeoefen is op 'n verteenwoordiger 2. deur handelinge of dreigemente 3. teen die verteenwoordiger 4. deur enige persoon 	<p>'n Staat kan hom op geweld beroep indien daar</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. dwang uitgeoefen is op 'n staat 2. deur die dreigement of gebruik van 3. geweld 4. in stryd met die beginsels van die internasionale reg in die Handves

Daar is ook ander eksklusief internasionaalregtelike gronde, naamlik die volgende:

Grondwetlike bepalinge

Article 46: A state may raise the fact that consent to be bound was given in violation of its constitutional provisions to invalidate a treaty only if

- the violation is manifest, and
- it concerns a rule of fundamental importance.

[Ons vertaling:

Artikel 46(1): 'n Staat mag hom nie beroep op die feit dat sy instemming om hom deur 'n verdrag te laat bind, uitgespreek is in stryd met sy nasionale reg betreffende die bevoegdheid om verdrae te sluit as sou dit sy instemming ongeldig maak nie, tensy daardie strydigheid

- onmiskenbaar was, en
- 'n reël van sy nasionale reg betref wat van fundamentele belang is.]

Lees bostaande Artikel saam met Artikel 47, wat handel oor die bevoegdheid om 'n verdrag te sluit wat onderworpe is aan uitdruklike beperkings, en met Artikel 7 (sien hierbo).

Ius cogens

Ius cogens word in Artikel 53 van die WK soos volg omskryf:

- 'n verpligtende reël (van die)
- algemene volkereg (wat deur)
- die gemeenskap van state as geheel aanvaar en erken word (as)
- 'n reël waarvan geen afwyking toegelaat word nie (en wat)
- slegs deur 'n ander norm of reël van dieselfde aard gewysig kan word

Hieruit kan u aflei dat *ius cogens* "iets spesiaals" in die internasionale reg is. Die vereistes van 'n reël van *ius cogens* is soortgelyk aan dié van gewoonte (sien studie-eenheid 4), met die belangrike verskil dat state nie uit *ius cogens* kan "kontrakteer" nie — dit is absoluut bindend vir alle state, of hulle daarvan hou of nie.

Omdat dit so belangrik is en alle state bind, is daar natuurlik 'n mate van meningsverskil oor presies wat *ius cogens* uitmaak. Die enigste reël wat min of meer algemeen as *ius cogens* aanvaar word, is die verbod op die gebruik van geweld (Art 2(4) van die VN-Handves).

Wat is die uitwerking van *ius cogens* op die bestaan van 'n verdrag? (Onthou: ons is nou besig met nietige en vernietigbare verdrae!) 'n Verdrag wat in stryd is met 'n bestaande norm van *ius cogens*, is *ab initio* (uit die staanspoor) nietig. Geen verdrag kom trouens tot stand nie. Ons keer terug na *ius cogens* wanneer ons hieronder aandag gee aan die beëindiging van verdrae.

2.5.2 VERDRAE WAT VERNIETIGBAAR IS OF BEËINDIG KAN WORD

Hierdie opskrif is nogal 'n mond vol. Die rede is eenvoudig. 'n Verdrag wat vernietigbaar is, is 'n verdrag wat beëindig kan word. Nie alle verdrae wat vernietigbaar is, word egter beëindig nie. Vernietigbaarheid is dus 'n subspesie van beëindiging. Ons sluit die term by die opskrif in om te onderskei tussen verdrae wat nooit tot stand gekom het nie (dus nietige verdrae) en dié wat wel bestaan, maar wat weens die een of ander "gebrek" — of omdat hulle aan hulle doel beantwoord het — aan een van die partye 'n uitkomst bied.

Raadpleeg weereens die WK, dié keer Artikels 54 tot 64.

Die bepalings van die Konvensie is taamlik uitvoerig, en u hoef slegs dié wat ons benadruk, in besonderhede te bestudeer. Wat die res betref, hoef u slegs te weet dat hulle daar is.

2.5.2.1 NAKOMING VAN VERPLIGTING

Wanneer 'n verdrag met 'n bepaalde doel voor oë gesluit is, verstryk die verdrag wanneer die doel bereik is. Die onluste ná die algemene verkiesing in Kenia in Desember 2007 het byvoorbeeld tot 'n chroniese voedseltekort gelei. Om die situasie te lenig en hongersnood af te weer het Suid-Afrika en Kenia dus 'n verdrag gesluit oor die lewering van mielies. Wanneer die mielies egter gelewer is soos ooreengekom, is die doel van die verdrag bereik en verstryk dit.

2.5.2.2 VERDRAGSBEPALINGS

Wanneer 'n verdrag spesifiek bepaal dat dit op 'n bepaalde manier beëindig kan word,

sal die verdrag verval as die voorgeskrewe prosedure gevolg word. So byvoorbeeld bepaal Artikel XVIII van die uitleweringsooreenkoms wat op 26 Januarie 1904 tussen Groot-Brittanje en Peru gesluit is (en wat tegnies deur opvolging bindend vir Suid-Afrika is), soos volg: “[This treaty] may be terminated by either of the High Contracting Parties by a notice not exceeding one year and not less than six months.” (*Ons vertaling*: [Hierdie verdrag] kan deur enigeen van die Hoë Kontrakterende Partye beëindig word deur kennis van hoogstens een jaar en minstens ses maande te gee.) Indien die nodige kennis gegee word, verstryk die verdrag dus ná verloop van daardie tydperk.

2.5.2.3 INSTEMMING

’n Verdrag kan beëindig word wanneer al die betrokke partye tot die beëindiging daarvan instem. Dit beklemtoon weer die konsensuele aard van verdrae.

2.5.2.4 EENSYDIGE OPSEGGING

Wanneer die verdrag self nie voorsiening maak vir onttrekking of opsegging nie, kan onttrekking nie plaasvind nie, tensy

- die partye so ’n reg beoog het, of
- die aard van die verdrag so ’n reg impliseer

2.5.2.5 SLUITING VAN ’N NUWE VERDRAG

’n Verdrag word by implikasie beëindig indien

- al die oorspronklike partye
- ’n nuwe verdrag sluit
- wat dieselfde onderwerp dek
- **en** dit blyk dat die partye beoog het dat die nuwe verdrag die betrokke aangeleenthede moet reël
- **of** die twee verdrae dermate met mekaar in stryd is dat hulle nie gelyktydig van krag kan wees nie

Dit is ’n toepassing van die kontraktoreël *prior in tempore potior in iure* — wat (min of meer!) beteken: die eerste in tydsorde geniet voorkeur in die reg.

2.5.2.6 VERDRAGSKENDING — WK, ARTIKEL 60

Die eerste vereiste is dat die verdragskending wesenlik moet wees, of, eenvoudig gestel, “belangrik”. Artikel 60(3) omskryf “wesenlik” (*material*) as

- ’n repudiëring (verwerping) wat nie kragtens die WK toelaatbaar is nie, of
- die skending van ’n bepaling wat noodsaaklik is vir die bereiking van die oogmerk of doel van die verdrag

Ten einde te bepaal of die skending van die verdrag wesenlik is, moet ’n mens dus in die eerste plek bogenoemde twee maatstawwe toepas. Wat gebeur as dit wel wesenlik is?

Dan moet ’n mens onderskei tussen die uitwerking op bilaterale en multilaterale verdrae (sien 2.1 studie-eenheid 2 hierbo). In die geval van ’n bilaterale verdrag kan die onskuldige party die werking van die verdrag geheel en al of gedeeltelik opskort of beëindig. In die geval van ’n multilaterale verdrag kan die onskuldige party dieselfde doen, maar hy kan dan kies of hy die verdrag tussen hom en die skuldige partye of tussen hom en al die partye wil opskort of beëindig.

Let op die volgende met betrekking tot beëindiging weens verdragskending:

- Wanneer die aard van die verdrag beteken dat verdragskending alle toekomstige prestasie sal beïnvloed, kan enige party behalwe die skuldige party die verdrag beëindig.
- Verdragskending kan nie geopper word om 'n verdrag wat "die menslike persoon" beskerm, te beëindig nie.
- Verdragsbreuk beteken nie noodwendig dat die ander partye die verdrag sal beëindig nie — dit gee hulle bloot die reg om dit te doen as hulle wil.

2.5.2.7 ONMOONTLIKHEID VAN PRESTASIE – ARTIKEL 61

Dit word onmoontlik om ooreenkomstig die verdrag te presteer indien

- iets wat onmisbaar vir prestasie is
- permanent vernietig word, en
- dit nie die skuld is van die party wat die onmoontlikheid van prestasie opper nie

Let op dat indien die voorwerp nie permanent vernietig is nie, die verdrag nie beëindig mag word nie, maar slegs opgeskort mag word.

2.5.2.8 FUNDAMENTELE VERANDERING IN OMSTANDIGHEDDE: REBUS SIC STANTIBUS

U moet nie onmoontlikheid om te presteer en *rebus sic stantibus* verwar nie. Artikel 62 van die WK reël die situasie in die geval van 'n verandering in omstandighede.

Eerstens is die betrokke omstandighede dié wat geheers het ten tyde van die sluiting van die verdrag. Tweedens (wil jy glo!) moet daar inderdaad 'n verandering in dié omstandighede plaasgevind het. Derdens moet die verandering nie deur die partye voorsien gewees het nie.

Die algemene reël is dat 'n verandering in omstandighede **nie** aan 'n party die reg verleen om 'n verdrag te beëindig nie. Hierop is daar egter (soos altyd!) uitsonderings:

- Indien die bestaan van die omstandighede 'n wesentlike grond vir die sluiting van die verdrag uitgemaak het, en
- indien die verandering die verpligtinge ingevolge die verdrag radikaal beïnvloed, kan die verandering lei tot 'n reg op beëindiging.

Let op dat *rebus sic stantibus* **nie geopper mag word** in die geval van verdrae wat **grense bepaal** nie, of deur die **party wat vir die verandering verantwoordelik** is nie.

2.5.2.9 OORLOG EN OPSKORTING VAN DIPLOMATIEKE/KONSULÊRE BETREKKINGE

Wanneer oorlog tussen twee of meer van die partye by 'n verdrag uitbreek, word nie alle verdrae tussen hulle outomaties beëindig nie. Hier moet 'n mens gelei word deur die aard van die verdrag. Vanselfsprekend sal 'n vriendskaps- en samewerkingsverdrag beëindig of opgeskort word. Daarenteen is dit net so vanselfsprekend dat 'n verdrag oor die behandeling van krygsgevangenes van krag sal bly.

Vir 'n Suid-Afrikaanse voorbeeld, kyk *Harksen v President of the Republic of South Africa* 1998 2 SA 1011 (K), waarin die hof bevind het dat 'n uitleweringsooreenkoms eerder opgeskort as beëindig word deur die uitbreek van oorlog.

Insgelyks sal die opskorting van diplomatieke en konsulêre betrekkinge slegs dié verdrae raak waarvan die toepassing sodanige betrekkinge vereis.

2.5.2.10 IUS COGENS

Ons keer nou terug na ons ou vriend *ius cogens*. Vroeër het ons gesien dat 'n verdrag wat in stryd met 'n bestaande *ius cogens* is, nietig is. Wat gebeur egter as 'n verdrag gesluit word en 'n nuwe *ius cogens*-reël ontwikkel daarna wat, soos u sal onthou, alle state ondubbelsinnig bind?

Dié situasie is uniek en enigsins onreëlmatig. Die verdrag is nie nietig nie — prestasie wat reeds gelewer is, is heeltemal geldig, maar daar kan nie verdere prestasie wees nie. In die geval van ander vernietigbare verdrae moet die "benadeelde" party die beëindiging van die verdrag aan die gang sit en die verdrag bly geldig totdat die beëindiging plaasgevind het. Daarenteen is geen handeling nodig in die geval van 'n nuwe *ius cogens* nie — die verdrag loop outomaties af.



Praktiese oefening 6

Oorweeg die volgende scenario:

Nuwe wetenskaplike navorsing deur prof Boel Koeiemans het aan die lig gebring dat malbeessiekte uitsluitlik deur bulle oorgedra word. Gevolglik het die Britse regering al die bulle in Brittanje van kant gemaak, wat hulle met 'n groot probleem laat. Die Republiek Ierland het slegs drie bulle wat geskik is om gebruik te word om die Britse beeskudde weer op te bou. Brittanje en Ierland sluit 'n verdrag waarkragtens dié drie bulle (wat in die verdrag volgens hulle brandmerke geïdentifiseer word) aan Brittanje verkoop word vir 'n bedrag wat die Ierse ekonomie 'n stewige hupstoot sal gee. Terwyl die vragmotors wat die bulle na Brittanje vervoer, nog op Ierse grondgebied is, word hulle deur die IRL gekeer en word die bulle doodgeskiet.

Sou dit 'n verskil gemaak het as die volgende omstandighede gegeld het?

- Ierland het nie al sy geskikte bulle ooreenkomstig die verdrag verkoop nie.
- In plaas van om die bulle dood te skiet, eis die IRL 'n losprys vir hulle.
- Die IRL skiet nie die bulle dood nie, maar kastreer hulle.

Dink nou ook na oor die volgende scenario:

Suid-Afrika, as die mees geïndustrialiseerde land in Suider-Afrika, het 'n dringende behoefte aan aanvullende watervoorrade. Lesotho, as 'n ekonomies minder ontwikkelde staat, het inkomste nodig en het oorvloedige watervoorrade. Die twee state sluit derhalwe 'n verdrag ingevolge waarvan hulle ooreenkom dat Suid-Afrika 'n reeks damme in Lesotho sal bou wat uiteindelik water aan Suid-Afrika en 'n inkomste aan Lesotho sal lewer. In die beplanningstadia van die projek word Lesotho geskud deur 'n ernstige aardbewing. Die gevolg is dat die loop van die rivier waarin beoog is om die damme te bou, heeltemal verander en die vloei permanent verminder. Die ingenieurs is verstom deur die aardbewing, aangesien so iets nog nooit in die gebied voorgekom het nie. Hulle aanbeveling is egter nou dat die projek nie meer lewensvatbaar is nie. Suid-Afrika maak daarop aanspraak dat hy met reg die verdrag kan beëindig. Sou dit enige verskil gemaak het as Lesotho gereeld deur aardbewings geteister is?

U word genader om 'n mening oor albei gevalle. Kontrasteer die twee scenario's en verduidelik watter gronde u vir die beëindiging van die verdrae sou aanbeveel en hoekom.

2.6 VOORBEHOEDE BY VERDRAE

Voorbehoude word gedek deur **Artikels 19 tot 23** van die WK en die IGH se adviserende opinie in *Reservations to the Convention on the Prevention of the Crime of Genocide* 1951 ICJ Rep, wat die benadering gevestig het wat later by die WK ingelyf is. Hoewel dié onderwerp uiters ingewikkeld kan voorkom, kan dit eenvoudig en verstaanbaar gemaak word as 'n mens 'n paar basiese beginsels onthou.

Eerstens: voorbehoude kom slegs by multilaterale verdrae voor. By 'n bilaterale verdrag is 'n "voorbehoud" in werklikheid 'n aanbod deur die staat wat die voorbehoud het (die voorbehoudende staat), om 'n ander verdrag te sluit. Indien dit aanvaar word, tree 'n nuwe verdrag in werking.

Tweedens: onthou dat verdrae konsensueel is. Dit beteken dat state nie gedwing kan word om te aanvaar wat hulle nie wil aanvaar nie.

Derdens: die oogmerk van 'n multilaterale verdrag is om so veel moontlik state te oorreed om oor so veel moontlik aangeleenthede ooreen te kom. Dit is die grondslag van voorbehoude. Indien hulle nie moontlik was nie, sal die verdrag ondermyn en die doel van die verdragsluiting verydel word. Voorbehoude stel 'n staat wat nie met al die bepalings van die verdrag saamstem nie, in staat om steeds 'n party by die verdrag te word en om hom te laat bind deur die bepalings waarvoor hy kans sien.

Met dié beginsels in gedagte kan ons nou 'n definisie aanpak:

'n Voorbehoud is 'n aanbod deur die voorbehoudende staat aan die ander partye by 'n multilaterale verdrag dat 'n sekere inhoud aan die ooreenkoms tussen hulle gegee word.

Die volgende logiese vraag is of 'n staat altyd 'n verdrag onderworpe aan voorbehoude kan aanvaar. Die antwoord hierop word in **Artikel 19** van die WK aangetref. Hierdie artikel bepaal dat 'n staat 'n verdrag onderworpe aan voorbehoude kan aanvaar **tensy**

- die verdrag voorbehoude belet
- die verdrag slegs sekere voorbehoude toelaat (en die beoogde voorbehoud nie een daarvan is nie)
- die beoogde voorbehoud strydig is met die oogmerk en doel van die verdrag

Die algemene reël is dus dat alle verdrae met voorbehoude aanvaar kan word. As die verdrag swyg oor die vraag van voorbehoude, kan daar aanvaar word dat voorbehoude toegelaat word.

Omdat verdrae konsensueel is en 'n voorgestelde voorbehoud 'n aanbod is, is dit vanselfsprekend dat die ander partye by die multilaterale verdrag een van twee dinge kan doen, naamlik die voorbehoud aanvaar of dit verwerp.

Omdat die lewe maar so is en omdat state is wat hulle is, vind 'n mens egter dikwels dat 'n staat nie 'n voorbehoud aanvaar óf verwerp nie — hy bly eenvoudig stil daaroor. Versuim om teen 'n voorbehoud beswaar te maak word beskou as stilswyende instemming tot die voorbehoud.

'n Staat wat teen 'n voorbehoud beswaar maak, kan ook een van twee dinge doen:

(1) Hy kan bloot beswaar maak teen die voorbehoud maar nie teen die werking van die verdrag nie,

of

(2) hy kan teen die voorbehoud beswaar maak en teen die inwerkingtreding van die verdrag tussen hom en die voorbehoudende staat.

In eersgenoemde geval sal die verdrag, minus die klousule waarteen beswaar gemaak word, van krag wees tussen die twee state. In die tweede geval is geen verdrag tussen die twee state van krag nie.

Watter uitwerking het 'n voorbehoud op 'n multilaterale verdrag?

Hier moet 'n mens onderskei tussen state wat die voorbehoud aanvaar en state wat dit verwerp.

Verdragsverpligtinge tussen state wat die voorbehoud aanvaar en die voorbehoudende staat

Onthou dat aanvaarding óf uitdruklik óf stilswyend (deur swye of gedrag) kan wees. Die hele verdrag geld tussen die partye

MAAR die bepaling(s) in die oorspronklike verdrag waarteen die voorbehoud gestel is, word vervang deur die bepaling(s) in die voorbehoud.

Let wel: Indien state A, B en C 'n voorbehoud aanvaar wat deur staat D gestel is, sal die verdrag op die normale wyse tussen A, B en C onderling geld. Dit is slegs die verdragsbetrekkinge tussen hulle en D wat deur die voorbehoud geraak.

Verdragsverpligtinge tussen state wat die voorbehoud verwerp, en die voorbehoudende staat

Die verwerping van 'n voorbehoud moet uitdruklik wees.

Indien 'n staat 'n voorbehoud verwerp, tree die voorbehoud nie tussen die voorbehoudende staat en die staat wat dit verwerp, in werking nie (daar is nie konsensus nie). **MAAR** die klousule waarteen die voorbehoud gestel is, kan ook nie geld nie (weereens is daar nie konsensus nie) en word **vir daardie partye** uit die verdrag verwyder.

Indien 'n *lacuna* (leemte) ontstaan weens die kansellering van die klousule, sal die internasionale gewoontereg op daardie kwessie van toepassing wees. Die res van die verdrag (al die bepalings minus dié waarteen voorbehoude gestel is) geld tussen die partye.

Indien die staat die voorbehoud en die inwerkingtreding van die verdrag verwerp, is die verdrag nie tussen die twee state van krag nie.

Onthou: die verdragsverpligtinge tussen al die state wat nie voorbehoude stel nie, bly onaangetas deur die voorbehoud!

'n Baie eenvoudige samevatting is dus die volgende:

Omdat die oogmerk van multilaterale verdrae is om so veel moontlik state te oorreed om oor so veel moontlik ooreen te stem, en omdat state nie gedwing kan word om tot iets in te stem waarmee hulle nie saamstem nie, bestaan die internasionaalregtelike verhouding in die geval van 'n verdrag wat onderworpe aan voorbehoude aangeneem is, uit **die grootste gemene deler tussen die partye.**

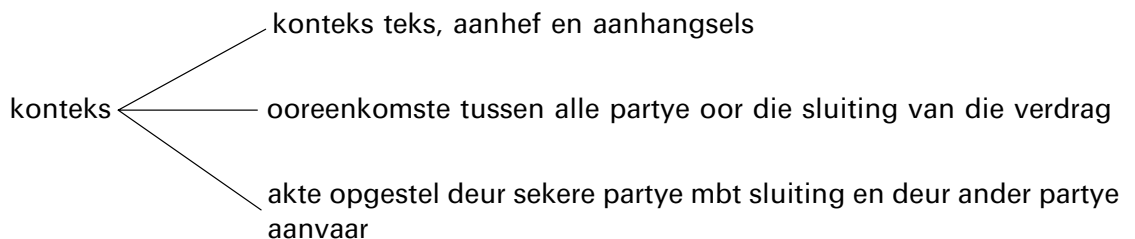
2.7 UITLEG VAN VERDRAE

As 'n mens vasgestel het dat 'n verdrag wel bestaan, is dit natuurlik van kardinale belang dat jy weet hoe om dit uit te lê (te vertolk). Verdraguitleg word gereël by Artikels 31, 32 en 33 van die WK. Soos in die nasionale reg is daar twee hoofstrome in die uitleg van verdrae:

- (1) Die letterlike ("literalistiese") of tekstuele benadering, wat op die werklike teks van die verdrag konsentreer en 'n lettergebonde of positivistiese benadering tot die reg weerspieël. Hierdie benadering is gevolg in *South West Africa, Second Phase* 1966 ICJ Rep.
- (2) Die teleologiese of doeldienende benadering, wat die verdrag vertolk om uitvoering te gee aan die doel waarvoor dit gesluit is. Dié benadering is gevolg in *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* 1971 ICJ Rep.

Die WK verenig hierdie twee benaderings in Artikel 31 deur te bepaal dat verdrae **te goeder trou** uitgelê moet word ooreenkomstig die **gewone betekenis** van die woorde wat **in die betrokke konteks** gebruik is, met inagneming van die **oogmerk en doel** van die verdrag.

Dit is die **primêre** wyse van uitleg, en die sleutelwoord hier is *konteks (verband)*, wat in Artikel 31(2) omskryf word as



Saam met die konteks moet ook die volgende in ag geneem word:

Art 31(3)(a)	Art 31(2)(b)	Art 31(2)(c)
<i>Verdere ooreenkomste met betrekking tot die uitleg of toepassing van 'n verdrag</i>	<i>Latere toepassing wat ooreenstemming oor toepassing gevestig het</i>	<i>Toepaslike internasionaalregtelike reëls</i>

Bostaande is die **primêre** wyse om betekenis te bepaal. As 'n mens dit eers gedoen het, kan jy die **sekondêre of aanvullende** maniere aanwend, maar slegs

- om die betekenis wat jy bepaal het, te **bevestig**
- as daardie betekenis **dubbelsinnig** of **onduidelik** is, of
- as die betekenis **klaarblyklik absurd of onredelik** is

Die **aanvullende** maniere bedoel in **Artikel 32** van die WK is die voorbereidingswerk wat tot die sluiting van die verdrag gelei het en die algemene omstandighede waarin die sluiting van die verdrag geskied het.

2.8 OPVOLGING BY VERDRAE

Die laaste aspek van verdrae waarna ons kyk, is of 'n staat kan opvolg ten opsigte van verdragsverpligtinge wat deur 'n ander staat aangegaan is, en indien wel, hoe dit geskied.

2.8.1 ALGEMEEN

Wat opvolging betref, is "verandering" die sleutelbegrip. Die aard van die staat as 'n entiteit in die internasionale reg moet verander. Dit beteken dat 'n regeringsverandering — selfs 'n redelik radikale regeringsverandering — nie die vraagstuk van opvolging sal raak nie. Die "ding" wat deur die nuwe regering regeer word, het nie verander nie. Eers wanneer hierdie "ding" 'n heeltemal nuwe vorm aanneem — as dit iets anders word — moet 'n mens vra of dié nuwe entiteit gebind word deur die verpligtinge aangegaan deur die ou entiteit. Om dit vir u 'n bietjie meer werklik te maak, gaan ons nou twee voorbeelde wat Dugard gebruik, van nader beskou.

Namibië was 'n mandaatgebied wat oorspronklik kragtens die Handves van die Volkerebond en daarna die VN-Handves geadministreer is. Dit was sy status ingevolge die internasionale reg, wat beteken dat hy op internasionale vlak slegs kon doen wat 'n mandaatgebied geldig kon doen. In 1990 het hy onafhanklikheid verkry en het daardeur 'n staat geword — dus 'n ander entiteit wat ingevolge die internasionale reg ander dinge kon doen. Die vraag of hy hom nog wou laat bind deur die verdrae wat Suid-Afrika namens hom gesluit het, het dus ontstaan.

Daarteenoor was Suid-Afrika voor 1994 reeds 'n staat — wel 'n staat wat kwaai gekritiseer is, maar nietemin 'n staat. In 1994 het hierdie staat 'n nuwe Grondwet in werking gestel wat sy ideologiese rigting heeltemal verander het, maar dit het nie sy aard verander nie. Voor 1994 was hy 'n staat wat volgens 'n internasionaal onaanvaarbare beleid geregeer is en ná 1994 is dit steeds 'n staat, maar nou geregeer volgens 'n internasionaal aanvaarbare beleid.

In die praktyk sal 'n staat wat 'n nuwe grondwet aanvaar, gewoonlik sy benadering tot verdragsopvolging uiteensit — dit sou in albei gevalle kon gebeur (bv Namibië en Suid-Afrika). Regtens is dit egter slegs in die geval van "nuwe entiteite" nodig. In die geval van 'n voortgesette staat dien dit slegs tot verheldering van die situasie en stel dit ander state in kennis van wat hulle ten opsigte van bestaande verdrae kan verwag.

2.8.2 INTERNASIONALE TEORIE OOR OPVOLGING

In die internasionale literatuur word drie teorieë gestel waarvolgens die opvolgingsproses verduidelik word.

Eerstens is daar "universele opvolging". Soos die naam te kenne gee, volg die nuwe entiteit in al die verdragsverpligtinge van sy voorganger op. Dit is die oudste van die drie teorieë, maar ook een wat nie algemeen gevolg word nie, veral nie wanneer die nuwe staat ideologies van die oue verskil nie.

Tweedens is daar die "skoonleiteorie", waarvolgens die nuwe staat met 'n skoon lei begin — hy dra geen van die vorige staat se verdragsverpligting of – regte oor nie. Hoewel hierdie benadering volgens Dugard (3de uitgawe 421) voorgestaan word in die Weense Konvensie insake die Opvolging van State met betrekking tot Verdrae, 1978, het state nog nie juis die idee aanvaar nie. Dit lei ook tot talle praktiese probleme. 'n Nuwe staat leef byvoorbeeld in 'n vakuum wat sy internasionale

betrekkinge betref tot tyd en wyl hy al sy verdrae opnuut beding het. Gegewe die praktiese probleme waarvoor 'n nuwe staat te staan kom — veral dié in Afrika, wat oor die algemeen onafhanklikheid verkry het sonder die tegniese en mensehulpbronne wat nodig is om 'n moderne staat te regeer — kan dit nogal heelwat tyd kos en is dit eenvoudig nie prakties nie.

Dit bring ons by die derde — en meer realistiese en algemeen aanvaarde — oplossing, wat, soos amper onvermydelik in die internasionale reg, 'n kompromie behels. Dit is “voorlopige opvolging” (*provisional succession*). Wat hier gebeur, is dat die staat, wanneer hy sy nuwe internasionale status verkry, verklaar dat hy hom deur bestaande verdrae sal laat bind, hetsy vir 'n vaste tydperk (bv drie jaar) of totdat hy kennis van die teendeel gee. Op dié wyse kan dinge soos altyd voortgaan, maar die nuwe entiteit behou hom die reg voor om die verpligtinge wat hy onaanvaarbaar vind, te kanselleer.



Praktiese oefening 7

Bespreek die drie teorieë wat opvolging in verdrae reël en plaas hulle in konteks deur middel van 'n ontleding van state se praktyk in Suider-Afrika. U bespreking moet die teorieë krities ontleed en die praktiese uitwerking van elk verduidelik. Illustreer die toepassing daarvan met behulp van toepaslike regspraak. U antwoord moet nie drie bladsye oorskry nie.

Wel, dit is die kennis wat ons van u verwag met betrekking tot verdrae in die internasionale reg. Onthou egter dat dit slegs die eerste bron is. Ons bekyk hierna ook die ander.

STUDIE-EENHEID 3

TRADISIONELE BRONNE VAN DIE INTERNASIONALE REG: GEWOONTE

3.1 INLEIDING

Omdat verdrae so 'n oorheersende rol in hedendaagse internasionale omgang vervul, is daar soms 'n neiging om gewoonte as verdrae se “arm familielid” te beskou. Algemeen gesproke is dit 'n fout, maar vir u sal dit 'n ernstige fout wees!

Omdat die internasionale reg geen wetgewende gesag en geen verpligtende hofstelsel het nie, het gewoonte 'n baie belangrike — en voortdurend ontwikkelende — bron van die internasionale reg geword. Gewoonte kan beskou word as die gemene reg van die internasionale gemeenskap. Dit is die reg wat toegepas word wanneer die partye aangeleenthede nie by verdrag reël nie, wanneer die verdragsbepalings nie algemeen aanvaarbaar is nie (sien bv 2.6 Voorbehoude by verdrae in studie-eenheid 2 hierbo), of wanneer 'n verdrag swyg oor 'n bepaalde punt. 'n Gewoonteregtelike reël kan uiteindelik in verdragvorm beliggaam word (die WK is byvoorbeeld grotendeels 'n kodifisering van die internasionaalregtelike gewoontereg wat gegeld het ten tyde van die verdragsluiting), maar die gebruik van

state ooreenkomstig 'n verdrag kan insgelyks tot 'n gewoonteregtelike reël ontwikkel wat in die praktyk selfs die werklike bepalings van die verdrag kan verdring of wysig. In *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v USA)* 1986 ICJ Rep is byvoorbeeld daarop gewys dat die feit dat 'n verdrag gesluit is wat dieselfde terrein dek as 'n gewoonteregtelike reël, nie noodwendig beteken dat die gewoonte opgehou bestaan het nie — die twee kan tegelykertyd bestaan. Daar is gevolglik 'n voortdurende eb en vloed tussen die verskillende bronne van die internasionale reg wat voorkom dat hulle streng gekompartementeer word.

3.2 DEFINISIE

Ons baseer ons definisie van internasionale gewoontereg op Artikel 38(1)(b) van die Statuut van die Internasionale Geregshof. Dié artikel bepaal dat die Hof geskille moet besleg met die toepassing van

international custom, as evidence of a general practice accepted as law [*ons vertaling*: internasionale gewoonte as bewys van algemene praktyk wat as reg aanvaar is].

Uit hierdie definisie kan die twee “bene” van die internasionale gewoontereg onderskei word. Voordat 'n gewoonteregtelike reël kan ontstaan, moet die volgende vereistes albei daar wees, naamlik

- (1) algemene praktyk
- (2) wat as reg (*law*) aanvaar word

In die literatuur sal u vind dat dié twee gewoonlik by hulle Latynse name genoem word:

- (1) *usus*
- (2) *opinio iuris sive necessitatis*

Hieronder bespreek ons elkeen in besonderhede.

3.3 *USUS*: DIE EERSTE VEREISTE

Daar moet 'n algemene praktyk by state wees voordat gewoonte kan ontwikkel. Hierdie vereiste word in die *Asylum*-saak 1950 ICJ Rep omskryf as

a constant and uniform usage [*ons vertaling*: herhaalde en eenvormige gebruik].

Ongelukkig is dinge nooit so eenvoudig nie. 'n Aantal elemente is geïdentifiseer wat in ag geneem moet word wanneer 'n mens moet besluit of 'n algemene praktyk of gebruik ontstaan het, al dan nie.

Eenvormigheid (uniformiteit): Beteken dit dat die gebruik deur elke staat op presies dieselfde manier gevolg moet word? Sien *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v USA)* 1986 ICJ Rep met betrekking tot die konsep “substantial compliance” (wesentliche nakoming).

Herhaling: Hoeveel keer moet iets herhaal word voordat dit gewoonte word? Hier moet 'n mens die aard van die betrokke reël in ag neem. As dit 'n reël is wat die meeste state raak, sal 'n groter aantal herhalings nodig wees. As dit egter 'n reël is wat eintlik net 'n paar state sal raak, sal minder — trouens, selfs net een of twee — voldoende wees. So byvoorbeeld sal 'n reël wat betrekking het op die buitenste ruim, slegs dié

state raak wat betrokke is by die verkenning van die buitenste ruim, en as hulle almal saamstem, is daar geen rede om erkenning van die reël te weerhou net omdat die praktyk slegs een of twee keer voorgekom het nie. Die *Asylum*-saak (hierbo) gee ook aandag aan hierdie punt.

Tyd: Heg verwant aan die aantal herhalings is die vraag na die tydperk waartydens 'n gebruik voortduur. Uiteraard behels gewoonte 'n stadige proses. Daar is egter geen vaste reëls nie. Ook hier sal die aard van die gebruik deurslaggewend wees, en weer kan die verkenning van die buitenste ruim as voorbeeld dien. Dit vind weerklank in *S v Petane* 1988 3 SA 51 (K), waarin 'n Suid-Afrikaanse hof wat die totstandkoming van gewoonte oorweeg het, Resolusie XVIII (1962) van die Algemene Vergadering van die VN aangehaal het as 'n gewoonteregtelike reël wat ontstaan het met min of geen praktiese toepassing nie.

Aantal state: Hoeveel state moet 'n gebruik volg, en word alle state daardeur gebind? Daar is meningsverskil oor die vraag of aanvaarding "universeel", "algemeen" of "wyd" moet wees. Sien in hierdie verband die *Fisheries Jurisdiction*-saak 1974 ICJ Rep, die *North Sea Continental Shelf*-saak 1969 ICJ Rep en die *South West Africa, Second Phase*-saak 1966 ICJ.

Kan 'n gebruik ontstaan tussen twee, of net 'n paar, state? Hier het ons te doen met 'n plaaslike of streekgewoonte, en daar is geen rede waarom so 'n gewoonte nie kan ontwikkel nie. Sien *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory* 1960 ICJ Rep. Sien egter ook die *Asylum*-saak, waarin 'n ander mening gehuldig is.

Hieraan verwant is die vraag of 'n staat wat die vorming van 'n gewoonte teengestaan het — die sogenaamde volhardende beswaarmaker — daardeur gebind word. Sien in hierdie verband die *Anglo-Norwegian Fisheries*-saak 1951 ICJ Rep, die *North Sea Continental Shelf*-saak 1969 ICJ Rep, die *Asylum*-saak 1950 ICJ Rep en die *Nicaragua*-saak 1986 ICJ Rep.

Woorde wêreld, voorbeelde trek: Daar is dikwels 'n aansienlike verskil tussen wat state sê en wat hulle doen. Moet 'n staat doen wat hy sê voordat 'n gebruik kan ontstaan? Ideaal gesproke is die antwoord "ja", en dit was ook die beskouing van regter Van Wyk in die meerderheidsbeslissing in die *South West Africa, Second Phase*-saak. Die enigste algemeen erkende uitsondering was dat indien 'n staat nog nie die geleentheid gehad het om konkreet aan sy bedoelings oor 'n bepaalde vraagstuk uitdrukking te gee nie, sy verklarings alleen voldoende sou wees om 'n gebruik te vestig. Ons meen egter dat die rigting wat regter Tanaka in sy minderheidsmening in die *South West Africa, Second Phase*-saak ingeslaan het en wat in die *Nicaragua*-saak verder gevoer is, tog 'n uitwerking gehad het. Deur die absolute benadering tot praktyk in die algemeen te versag en te bevind dat

the conduct of states should, **in general**, be consistent with such rules, and that instances of state conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule [*ons vertaling*: die optrede van state **in die algemeen** versoenbaar moet wees met sodanige reëls en dat gevalle van staatsoptrede wat nie met 'n bepaalde reël versoenbaar is nie, gewoonlik beskou moet word as skendings van daardie reël en nie as aanduidings van die erkenning van 'n nuwe reël nie]

het die IGH 'n skuiwergat geskep vir state wat nie presies doen wat hulle sê nie. Inkonsekwente gedrag kan dus beskou word as "struikeling" in die praktyk van state, wat bewys moeiliker maak, maar nie die moontlikheid dat die praktyk wel ontwikkel, uitsluit nie.

Waar tref 'n mens praktyk aan? Dit is alles goed en wel om te sê dat 'n mens moet

vasstel wat die gevestigde praktyk is, maar waar sal jy dit kry? Die antwoord is eenvoudig: enige plek wat die staat se praktyk weerspieël. Dit kan koerante, hofbeslissings, amptelike communiqués, opinies van regsadviseurs, regstydskrifte (bv *South African Yearbook of International Law*) en so meer wees.

Vanselfsprekend kan die houdings van die burgerlike samelewing (wat gewoonlik nie as 'n subjek van die internasionale reg erken word nie) nie die grondslag van die internasionale gewoontereg vorm nie. Regter Van den Wyngaert het egter in die *Arrest Warrant (DRC v Belgium)*-saak 2002 ICJ Rep, in 'n minderheidsmening wat goed ontvang is, bevind die mening van die burgerlike samelewing "cannot be completely discounted in the formation of customary international law today". In haar bevinding dat 'n minister van buitelandse sake ooreenkomstig die internasionale gewoontereg nie immuun teen die jurisdiksie van ander state is nie indien hy of sy aangekla is van oorlogsmisdade en misdade teen die mensdom, het die *ad hoc*-regter verwys na verskeie "geleerde organisasies" soos die Vereniging vir Internasionale Reg (International Law Association), Amnestie Internasionaal en Human Rights Watch. Dit beteken egter nie dat 'n mens uitsluitlik op sulke menings kan steun nie.



Praktiese oefening 8

Stel vir u 'n tabel op waarin u die wesentliche "probleme" met betrekking tot die konsepte wat *usus* uitmaak, lys (eenvormigheid, herhaling, tyd, aantal, *sê vs doen*). Raadpleeg Dugard en voeg 'n praktiese voorbeeld van elk by u lys en gee dan 'n saak daarby aan as gesag vir u oplossing vir/bespreking van die "probleem". Dit sal dan 'n nuttige raamwerk vorm vir 'n opstel oor *usus* as 'n vereiste vir gewoonte. Dit sal ook as 'n verwysingspunt dien by die oplos van praktiese probleme waarby gewoonte betrokke is.

3.4 OPINIO IURIS: DIE TWEEDE VEREISTE

Ons het nou soveel tyd aan die praktyk bestee dat ons u seker nie kan kwalik neem as u vergeet het dat dit eintlik net die een kant van die munt van internasionale gewoontereg is nie. As u alles sou toepas wat u hierbo geleer het, sou u steeds nie 'n reël van die internasionale gewoontereg hê nie. Wat u wel sal hê, is 'n gevestigde praktyk of handelswyse. Dit word gewoonlik 'n gebruik genoem, en dit verteenwoordig die eerste noodsaaklike stadium van die ontwikkeling van gewoonte. Wat is nodig om so 'n gebruik in reg te omskep?

U sal onthou dat Artikel 38(1)(b) van die IGH-Statuut praat van 'n gewoonte wat "as reg aanvaar" word. Dit moet dus die "towerformule" wees wat 'n niebindende handelswyse omskep in 'n bindende regsreël. Dit is relatief maklik om 'n gebruik te bewys, aangesien dit berus op die konkrete gedrag van 'n staat. *Opinio iuris* is daarenteen 'n vae begrip. Dit word nie verniet die "psigologiese element" genoem nie. Hoe bewys 'n mens wat 'n staat dink? Dis al moeilik genoeg by mense! Dit is 'n probleem wat ons aan u oorlaat om op nagraadse vlak te ontrafel. Vir die doel van u huidige studie wys ons u net op wat u moet bewys.

Die helderste formulering van *opinio iuris* kan in die *North Sea Continental Shelf*-sake 1969 ICJ Rep gevind word. Die staat moet aan die gebruik/praktyk voldoen omdat hy hom regtens verplig ag om dit te doen. Die staat moet meen dat as hy nie die gebruik volg nie, hy 'n internasionale onregmatige daad sou begaan, dit wil sê die internasionale reg sou skend. Om 'n reël na te kom bloot omdat jy meen dat dit moreel

die regte ding is om te doen, is nie voldoende nie. (Herinner dit u nie aan wat hierbo gesê is oor wat state sê en doen nie?)

In die *Arrest Warrant*-saak 2002 ICJ Rep het die meerderheid bevind dat daar 'n reël van die internasionale gewoontereg is wat aan 'n dienende minister van buitelandse sake volle immunititeit teen strafregtelike jurisdiksie verleen. In haar minderheidsmening het regter Van den Wyngaert bevind dat die negatiewe staatspraktyk om nie strafregtelike stappe teen ministers van buitelandse sake in te stel nie, aan die toets van *opinio iuris* voldoen slegs as bewys kan word dat die praktyk die gevolg daarvan was dat die betrokke state bewus was van 'n regsplig om nie te vervolg nie. Dit is derhalwe nie voldoende dat daar geen praktyk was om strafregtelike stappe teen ministers van buitelandse sake in te stel nie. Bowendien moet die versuim om strafregtelike stappe teen ministers van buitelandse sake in te stel, berus op die betrokke staat se oortuiging dat daar 'n regsplig is om nie te vervolg nie.



Praktiese oefening 9

'n Interessante vraag wat Dugard in 'n afsonderlike gedeelte (3de uitgawe 34-37) aanroer, is of die resolusies van die VN kan lei tot internasionale gewoontereg wat vir alle state bindend is.

Dink aan wat u geleer het oor die vereistes vir die ontwikkeling van gewoonte soos uiteengesit in Artikel 38(1)(b) van die IGH-Statuut, en neem dan Suid-Afrika en die VN se veroordeling van apartheid as u voorbeeld. Beredeneer teen daardie agtergrond die vraag of 'n gewoontereglike reël wat apartheid onregmatig verklaar het en vir Suid-Afrika bindend sou wees, wel ontstaan het. Konsentreer op die vraag of *opinio iuris*, wat die interessante deel is!

STUDIE-EENHEID 4

TRADISIONELE BRONNE VAN DIE INTERNASIONALE REG: ALGEMENE REGSBEGINSELS, REGTERLIKE BESLISSINGS EN DIE MENINGS VAN SKRYWERS AS BRONNE VAN DIE INTERNASIONALE REG

4.1 INLEIDING

In die vorige twee onderwerpe het ons te doen gehad met die hoofbronne van die internasionale reg. Wat gebeur egter wanneer daar geen verdrag is wat 'n bepaalde vraagstuk reël en geen gewoonteregtelike reël ontwikkel het nie? Die regters is in die ongelukkige posisie dat as 'n saak eers voor hulle dien, hulle nie die skouers kan ophaal en sê dat hulle nie die antwoord het nie eenvoudig omdat daar geen verdrag of gewoonte met betrekking tot die aangeleentheid is nie. Uit Artikel 38 van die IGH-Statuut sal u onthou dat daar twee ander bronne genoem word, naamlik algemene regsbeginsele en regterlike beslissings en geskrifte.

4.2 ALGEMENE REGSBEGINSELS

Artikel 38(1)(c) van die Statuut van die IGH bepaal dat die hof ook algemene regsbeginsele wat deur beskaafde nasies erken word, kan gebruik. Hoewel hierdie “definisie” met die eerste oogopslag eenvoudig lyk, is dit nie regtig so nie. Dink ’n bietjie: Wat is ’n beskaafde nasie? Wie se standaard moet toegepas word om te bepaal wat beskaafdheid is? Ons dink seker almal ons is meer beskaafd as die meeste ander mense — xenofobie leef!

Afgesien van hierdie probleem (waarvoor daar nie regtig ’n oplossing is nie) is daar ook die meer tegniese vraag van wat “algemene regsbeginsele” uitmaak. Soos ons vroeër gesê het, is die wese van die internasionale reg die konsensuele aard daarvan. Dit vorm die grondslag van sowel verdrae as gewoonte. In die geval van algemene beginsele het ons egter nie met universele beginsele te doen waarvoor alle state ooreengekom het nie. As die grondslag nie in konsensus gevind kan word nie, moet dit in die een of ander hoër orde gesoek word — en dit is in hierdie opsig dat sommige aanvoer dat die natuureg die grondslag van die internasionale reg uitmaak (sien onderwerp 1). Dugard (3de uitg 37) haal die volgende deel uit die *South West Africa, Second Phase*-saak 1966 ICJ Rep aan (weer regter Tanaka):

[I]n article 38(1)(c) some natural-law elements are inherent. It extends the concept of the source of international law beyond the limit of legal positivism according to which, the states being bound only by their own will, international law is nothing but the law of consent and auto-limitation of the state. [*Ons vertaling*: Enkele natuuregtelike elemente is inherent in Artikel 38(1)(c). Dit brei die konsep van die bron van die internasionale reg uit tot anderkant die grense van die regspositivisme, waarvolgens die internasionale reg niks meer as instemmingsreg en die selfbeperking van die staat is nie, want state word immers slegs deur hulle eie wil gebind.]

(Herinner hierdie aanhaling u aan iets uit onderwerp 1? Indien nie, moet u miskien weer na daardie onderwerp gaan kyk.) Hierdie bron word al hoe belangriker in die internasionale reg, wat sukkel om by te hou met die snelle veranderinge wat in ’n globaliserende wêreld plaasvind. Dit is nie moontlik om streng vereistes uit te lig wat u in staat sal stel om hierdie beginsele uitsonderingloos te herken nie, want elke saak moet op sy eie meriete beoordeel word, maar hieronder verskaf ons tog ’n paar voorbeelde wat u ’n idee sal gee van die soort beginsel wat ter sprake is. Dit sal u plig wees om die hof te oortuig dat die reël waarop u steun, aan die doel beantwoord.

- ongeregverdigde verryking — *Lena Goldfields Arbitration* 1930 5 AD 3
- vergoeding vir die skending van ’n ooreenkoms — *Chorzow Factory (Merits)*-saak 1928 PCIJ Rep Ser A no 17
- *res iudicata* — *Effect of Awards of Compensation made by the UN Administrative Tribunal* 1954 ICJ Rep
- beperkte korporatiewe aanspreeklikheid — *Barcelona Traction, Light & Power Company, Ltd* 1970 ICJ Rep
- estoppel — *Temple of Preah Vihear*-saak 1962 ICJ Rep
- *nemo iudex in sua causa* — *Mosul Boundary*-saak 1925 PCIJ B no 12 (wat nogal ironies is in die lig van wat ons in onderwerp 1 gesê het)
- *exceptio non adimpleti contractus* (‘hy wat billikheid verlang, moet billik handel’) — regter Hudson se mening in die Meuse-saak 1937 PCIJ Ser A/B no 70

Bogenoemde is voldoende om u ’n idee te gee van watter soort beginsele ter sprake is. U sal merk dat hulle wel ’n sekere universele aard het in die sin dat hulle nie aan ’n

bepaalde regstelsel of -benadering gebonde is nie. Hulle handel oor basiese eienskappe van reg en geregtigheid.

4.3 REGTERLIKE MENINGS EN DIE LERINGE VAN DIE MEES BEVOEGDE SKRYWERS OOR DIE INTERNASIONALE REG

Dit is die laaste bron wat deur Artikel 38(1) van die Statuut van die IGH erken word; paragraaf (d) daarvan bepaal naamlik soos volg:

(d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of the rules of law. [*Ons vertaling*: (d) behoudens die bepalings van Artikel 59, regterlike beslissings en die leringe van die mees bevoegde skrywers oor die internasionale reg van die onderskeie nasies, as aanvullende wyses waarop die regsreëls vasgestel word.]

Daar is twee beperkings in Artikel 38. Die eerste is die bepalings van Artikel 59, en die tweede is die uitdrukking "aanvullende wyses" (*subsidiary means*). Albei moet in ag geneem word by die toepassing van die artikel.

Artikel 59 van die IGH-Statuut bepaal dat beslissings van die Hof slegs die betrokke partye bind en slegs ten opsigte van daardie bepaalde saak bindend is. (Dit behoort vir u bekend te wees, want ons het dit in onderwerp 1 behandel toe ons die internasionale reg en die nasionale reg as verskillende regstelsels bespreek het. Dit is die artikel wat gebruik word om die afwesigheid van 'n presedentestelsel in die internasionale reg te regverdig.)

'n Vraag wat ontstaan, is of "regterlike beslissings" vertolk moet word as uitsluitlik beslissings van internasionale howe (veral die IGH) en of die beslissings van nasionale howe (landshowe) ook geraadpleeg kan word. Hoewel 'n saak waarskynlik vir albei moontlikhede uitgemaak kan word, impliseer die beperking op die gebruik van regterlike beslissings deur 'n verwysing na 'n bepaling van die Statuut tog dat dit internasionale beslissings is — en veral dié van die IGH — wat in die eerste plek beoog word. Indien 'n belangrike punt egter besonder deeglik in die konteks van die nasionale reg ondersoek is, kan die hof moontlik ook daarna verwys. Dit is belangrik om daarop te let dat die verwysing na Artikel 59 spesifiek enige presedentestelsel uitsluit.

Die Hof word ook gemagtig om die werke van internasionale skrywers te gebruik. Weereens is die bepaling redelik vaag, want hoe bepaal 'n mens wie "die mees bevoegde" skrywers is? Elke regter is in sy/haar eie regstelsel opgelei en sal geneig wees om die skrywers met wie se werk hy/sy vertrou is, as die mees bevoegde skrywers te beskou. Die keuse is arbitrêr en subjektief.

(Daar is 'n interessante voorbeeld hiervan in ons regspraak. In *Nduli v Minister of Justice* 1978 (1) SA 893 (A), wat lank een van die toonaangewende Suid-Afrikaanse sake oor die internasionale reg was, het Rumpff HR met groot oortuiging na slegs een internasionale gesag verwys, iemand genaamd François. Talle mense was in die war oor hierdie verwysing, totdat dit rugbaar begin word het dat François die handboek geskryf het wat die regter op universiteit gebruik het! Die mees bevoegde skrywers inderdaad!)

Dit is belangrik om te onthou dat die gebruik van "skrywers" en "regterlike beslissings" geklassifiseer word as **aanvullende wyses waarop regsreëls bepaal kan word**. Dit het twee implikasies ten opsigte van die bronne. Eerstens impliseer dit dat hulle nie op sigself internasionaalregtelike reëls (kan) skep nie, hoewel hulle

gebruik kan word om te bepaal wat die regsreëls is. Skrywers oor die internasionale reg kan, nadat hulle staatspraktyk en -dokumente saamgevoeg het, tot die gevolgtrekking kom dat daar die een of ander praktyk is wat 'n reël van die internasionale gewoontereg uitmaak. Die Statuut van die IGH laat die Hof toe om op sulke werke te steun ten einde so 'n stelling te staaf. Insgelyks het die IGH al dikwels na een van sy eie beslissings verwys om die bestaan (al dan nie) van 'n bepaalde internasionaalregtelike reël te bevestig.

Die tweede en verwante implikasie is in studie-eenheid 1 van hierdie onderwerp bespreek in verband met die vraag of die bronne van die volkereg hiërargies is. Indien u nie weet waarvan ons praat nie, raadpleeg nou weer studie-eenheid 1!

STUDIE-EENHEID 5

DIE OPKOMENDE BRONNE VAN DIE "NUWE" INTERNASIONALE REG: SAGTE REG, KODIFISERINGS, IUS COGENS EN ERGA OMNES VERPLIGTINGE

5.1 INLEIDING

Soos ons reeds by herhaling gesê het, staan die internasionale reg voor 'n aantal uitdagings. Baie hiervan wentel om die onvermoë van die internasionale reg om te voldoen aan die eise van 'n snel ontwikkelende internasionale gemeenskap. Die bronne wat ons hier bespreek, is daarop gemik om aan hierdie behoeftes te voldoen. Sommige mense meen dat hulle by die tradisionele bronne ingepas kan word, maar ander weer dink dat hulle heeltemal nuut is. U moet self besluit.

5.2 SAGTE REG

Dit is die halfpadmerk tussen nie-reg en internasionale gewoontereg. Dit is gewoonte wat nog net die stadium van usansie of gebruik bereik het (of miskien nog nie eens dit nie). Sagte reg is nie bindend vir state nie, maar het oorredingskrag en 'n potensieel belangrike uitwerking op die oorkoepelende persepsies van die internasionale gemeenskap. Dit is in die uitlegproses ook tot beskikking van die howe, soos u in onderwerp 6 sal sien.

5.3 KODIFISERING

Toe ons gewoonte bespreek het, het ons daarop gewys dat een van die probleme daarmee is dat dit, omdat dit per definisie ongeskrewe is, moeilik is om vas te stel presies wat die norme is. Die internasionale gemeenskap se reaksie hierop is om 'n groep deskundiges byeen te kry en die gewoontereg neer te skryf (te kodifiseer) in 'n enkele, onderwerpspesifieke dokument wat dan as 'n verwysingspunt kan dien. Op dié wyse word die bestaande internasionale reg neergeskryf vir gebruik deur internasionale howe en so meer. Terselfdertyd word die reg ontwikkel en wanneer die opstellers ooglopende leemtes sien — of dinge wat verander het — gaan hulle nie juis handjies gevou bly sit nie.

Kyk na die voorbeelde wat Dugard bespreek (hy is, interessantheidshalwe, lid van die Internasionale Regskommissie).

5.4 IUS COGENS EN ERGA OMNES VERPLIGTINGE

Dit is 'n belangrike en baie interessante terrein van ontwikkelende internasionale reg. Trouens, dit bevraagteken heelwat van wat ons gesê het oor die rol van individuele instemming as die hoeksteen van die internasionale reg. Hier het ons te doen met beginsels waarmee 'n staat nie noodwendig saamstem nie, maar waardeur hy gebind word. Suid-Afrika en apartheid is 'n klassieke voorbeeld; die beginsel wat hier ter sake was, is die reg op selfbeskikking. Dit is dus nie verbasend nie dat die konsep van *erga omnes*-beginsels vir die eerste maal in een van die Suidwes-Afrika-sake, *South West Africa* 1996 ICJ Rep, uiteengesit is.

Maak seker dat u hierdie twee begrippe verstaan en die ontwikkeling daarvan deur die regspraak en ander toepaslike bronne kan volg. U moet ook die uitwerking daarvan op tradisionele denke in die internasionale reg kan evalueer.

STUDIE-EENHEID 6

ASSESSERING

6.1 ALGEMENE OPMERKINGS

Omdat dit 'n reuse-onderwerp was, het ons 'n aantal van die formatiewe assesseringsoefeninge in die loop van die teks geplaas om 'n bietjie "afwisseling" in te voer en te versterk wat u pas geleer het. Maak seker dat u wel praktiese oefeninge 1 tot 8 gedoen het, en voeg dit as 't ware hier weer in.

Hier volg nog 'n paar algemene oefeninge wat 'n aantal bronne byeenbring.

6.2 PRAKTIESE OEFENINGE



Praktiese oefening 10

U het die begrip *ius cogens* op verskeie plekke teëgekomp terwyl u hierdie onderwerp bestudeer het. Soek die plekke waar die begrip bespreek is en ontleed dan die rol wat dit in elke geval speel.



Praktiese oefening 11

Die IGH se adviserende opinie in *Reservations to the Convention on the Prevention of the Crime of Genocide* 1951 ICJ Rep het 'n seminale rol vervul met betrekking tot die status van voorbehoude by verdrae. Ontleed die uitwerking van hierdie opinie op die bevordering of belemmering van multilaterale internasionale betrekkinge.



Praktiese oefening 12

Dertig jaar lank reeds kry Suid-Afrika elektrisiteit van 'n bron in Lesotho. Hoewel hierdie elektrisiteit noodsaaklik is vir ekonomiese ontwikkeling in Suid-Afrika, is 'n formele ooreenkoms nooit tussen die twee partye gesluit nie.

Ná 'n demokratiese verkiesing in Lesotho kom 'n nuwe regering daar aan bewind. Dié regering sluit onmiddellik Suid-Afrika se toegang tot dié kragbron af. Geen verduideliking word gegee nie. Die Suid-Afrikaanse regering teken formeel protes by die Lesotho-regering aan. Nadat hy die protes oorweeg het, reik die Lesotho-regering 'n verklaring uit waarin hy erken dat hy hom verplig ag om sy verpligting na te kom om die krag aan Suid-Afrika te voorsien. Die kragtoevoer word herstel en almal is verlig.

Dit is egter net die stilte voor die storm. 'n Maand later sny Lesotho weer die krag af en verklaar dat hy onder geen verpligting staan om die Suid-Afrikaanse oorheersing van die streek te sterk deur goedkoop krag aan hom te verskaf nie.

Suid-Afrika maak nou daarop aanspraak dat Lesotho 'n internasionaalregtelike norm geskend het.

Gebruik hierdie feite om die norm te identifiseer waarop Suid-Afrika sal moet steun. Bespreek al die aspekte van die vereistes vir die totstandkoming van hierdie norm deur die gegewe feite te ontleed.

ONDERWERP 3

INTERNASIONALE REGSPERSONLIKHEID

In hierdie onderwerp bespreek ons die volgende:

Studie-eenheid 1: Inleiding

- 1.1 Algemene opmerkings
- 1.2 Kategorieë van internasionale regssubjekte
 - 1.2.1 Oorspronklike (primêre) subjekte
 - 1.2.2 Afgeleide (sekondêre) subjekte

Studie-eenheid 2: State

- 2.1 Algemene opmerkings
- 2.2 Permanente bevolking
- 2.3 Omskrewe grondgebied
- 2.4 Doeltreffende regering
- 2.5 Bevoegdheid om betrekkinge met ander state aan te knoop (vermoë tot buitelandse sake)

Studie-eenheid 3: Erkenning van state as internasionaalregtelike subjekte

- 3.1 Algemene opmerkings en vorme van erkenning
- 3.2 Erkenningsteorieë

Studie-eenheid 4: Internasionale organisasies

- 4.1 Inleiding
- 4.2 Internasionale regspersoonlikheid van internasionale organisasies
- 4.3 Enkele algemene kenmerke van internasionale organisasies
- 4.4 Die Verenigde Nasies as 'n voorbeeld van 'n internasionale organisasie

Studie-eenheid 5: Individue

Studie-eenheid 6: Assessering



Verpligte Leesstof:

Dugard

- Hoofstuk 5: States, pp 81-110
- Hoofstuk 22: The United Nations and the Maintenance of International Peace, pp 480-500

Bykomstige leesstof:

Indien u meer kennis oor en insig in die aangeleenthede wil kry wat ons hier bespreek, kan u die ander twee bronne raadpleeg wat ons by die opstel van hierdie onderwerp gebruik het:

Slomanson, WR. 2007. *Fundamental perspectives on international law* Belmont, CA: Thomson/Wadsworth.

- Hoofstuk 2: States, pp 65-116
- Hoofstuk 3: Organizations, pp 117-190
- Hoofstuk 4: Individuals and Corporations, pp 191-232
- Wallace, RMM. 2005. *International law*. 5th edition. London: Sweet & Maxwell.
- Hoofstuk 4: International Legal Personality, pp 59-95

STUDIE-EENHEID 1

INLEIDING

1.1 ALGEMENE OPMERKINGS

Hierdie onderwerp het ten doel om u bekend te stel aan die konsep van internasionale regspersoonlikheid. 'n Mens kan wel vra waarom hierdie konsep belangrik is. Die antwoord hierop het die Internasionale Geregshof (IGH) kort en bondig gegee in *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (1949 ICJ Rep): 'n entiteit wat internasionale regspersoonlikheid geniet, is 'n internasionaalregtelike subjek en as sodanig "capable of possessing international rights and duties, and has the capacity to maintain its rights by bringing international claims" [*ons vertaling*: kan internasionale regte en verpligtinge besit, en het die bevoegdheid om sy regte te handhaaf deur internasionale eise in te stel].

State bly die oorspronklike, of primêre, subjekte van die internasionale reg. Daar is egter ander, soos internasionale organisasies, oorlogvoerendes en selfs individue wat die een of ander mate van internasionale regspersoonlikheid geniet. Wanneer u hierdie onderwerp afgehandel het, sal u kan identifiseer watter entiteite as subjekte van die internasionale reg kwalifiseer en derhalwe onafhanklik op die internasionale vlak kan optree, dit wil sê watter entiteite kragtens die internasionale reg regte kan verkry en verpligtinge kan aangaan.

Ons gaan ook 'n ander belangrike vraagstuk behandel, naamlik die omskrywing van die omvang van elke regssubjek se internasionale regspersoonlikheid. Dit is belangrik om dit te weet, want nie alle regssubjekte het dieselfde bevoegdhede op internasionale vlak nie. Die inhoud van hulle bevoegdhede word bepaal deur die mate van internasionale regspersoonlikheid wat hulle besit. Anders gestel: as die omvang van die bevoegdheid van 'n sekere entiteit vir u gegee word, behoort u te kan sê wat dit is of nie is nie.

Voordat ons verder gaan, moet ons egter 'n belangrike onderskeid maak, te wete dié tussen "oorspronklike" en "afgeleide" (*derivative*) internasionale regssubjekte.

1.2 KATEGORIEË VAN INTERNASIONALE REGSUBJEKTE

1.2.1 OORSPRONKLIKE (PRIMÊRE) SUBJEKTE

'n Oorspronklike subjek is een wat sy internasionale regspersoonlikheid bloot aan sy eie bestaan ontleen. Die staat is die enigste oorspronklike of primêre of belangrikste "persoon" van die internasionale reg. Indien 'n entiteit voldoen aan al die vereistes vir staatskap (wat hieronder bespreek word), het hy outomaties internasionale regspersoonlikheid, wat hom in staat stel om

- verdrae te sluit
- by te dra tot die vorming van internasionale gewoonteregtelike reg (onderwerp 2)
- 'n party te word by 'n omstrede saak voor die IGH, en so meer

1.2.2 AFGELEIDE (SEKONDÊRE) SUBJEKTE

Hierdie subjekte het internasionale regspersoonlikheid slegs indien en in die mate waarin die primêre subjekte dit aan hulle verleen. Hulle blote bestaan verseker nie vir hulle internasionale regspersoonlikheid nie. 'n Voorbeeld van 'n afgeleide of sekondêre subjek is 'n internasionale organisasie. Laasgenoemde word tot stand gebring by ooreenkoms tussen sy lede (state). Die bestek van sy regspersoonlikheid word beperk tot die bevoegdhede en pligte waarvoor die state wat hom gestig het, voorsiening gemaak het. Sy persoonlikheid is dus meer beperk as dié van state.

Die state wat die organisasie in die lewe geroep het, sal ook ooreenkom oor die bevoegdhede wat die organisasie sal hê. Dié bevoegdhede kan van organisasie tot organisasie verskil, afhangende van die doel waarvoor hy gestig is en van die inhoud van die gemeenskaplike belange van die ledestate wat hy dien.

Samevattend kan ons dus sê dat 'n staat, as 'n oorspronklike subjek van die internasionale reg, al die bevoegdhede sal hê wat die internasionale reg toelaat, behalwe dié wat spesifiek beperk is. 'n Staat hoef niks te "doen" om dit te kry nie. Daarenteen sal 'n internasionale organisasie geen bevoegdhede hê nie, behalwe dié wat die stigterslede aan hom verleen.

STUDIE-EENHEID 2

STATE

2.1 ALGEMENE OPMERKINGS

Die vraag wat beantwoord moet word, is: Wat is 'n staat? Met die eerste oogopslag lyk die antwoord eenvoudig: 'n entiteit sal as 'n staat kwalifiseer wanneer hy aan die vereistes vir staatskap voldoen. Te dien einde bepaal die Montevideo-konvensie van 1933 soos volg:

The state as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) a government; (d) capacity to enter into relations with other states. [*Ons vertaling*: Die staat as 'n persoon in die internasionale reg moet aan die volgende vereistes beantwoord: (a) 'n permanente bevolking; (b) 'n omskrewe grondgebied; (c) 'n regering; (d) die bevoegdheid om betrekkinge met ander state aan te knoop.]

'n Staat kan dus soos volg gedefinieer word:

[A] community, which consists of a territory and a population subject to an organised political authority ... and such a state is characterised by sovereignty. [*Ons vertaling*: 'n gemeenskap wat bestaan uit 'n grondgebied en 'n bevolking wat onder 'n politieke gesag staan ... en sodanige staat word gekenmerk deur soewereiniteit.] (*Opinion No 1 of the Arbitration Commission of the European Conference of Yugoslavia* 92 ILR 162, 165.)

Hieronder kyk ons nou in meer besonderhede na elk van hierdie vereistes.

2.2 PERMANENTE BEVOLKING

Wallace sê die volgende:

States are aggregates of individuals and accordingly a permanent population is required. [*Ons vertaling*: State is aggregate van individue en gevolglik word 'n permanente bevolking vereis.]

Dit beteken egter nie dat daar 'n vereiste minimum aantal mense moet wees nie. Die eilandstaat Naoero, wat 'n bevolking van net meer as 10 000 het, is 'n volle en gelyke lid van die internasionale gemeenskap.

Die feit dat 'n bevolking nomadies is (bv stamme op die Keniaans-Ethiopiese grens) raak ook nie staatskap nie. Nomades beweeg as volledige gemeenskappe rond en 'n mens sal dus vind dat 'n sekere grondgebied slegs op sekere tye 'n bevolking het. In die *Western Sahara*-saak 1975 ICJ Rep het die hof bevind dat die feit dat die bevolking nomadies is, nie staatskap uitsluit nie. Wat belangriker vir die vereiste van 'n permanente bevolking is, is dat die bevolking volgens 'n georganiseerde, herkenbare maatskaplike en politieke struktuur met 'n duidelike bevelstruktuur leef.

2.3 OMSKREWE GRONDGEBIED

Dit is 'n vereiste wat spruit uit die feit dat state territoriale eenhede is, dit wil sê grense het. Dit is belangrik dat 'n staat se grondgebied omskryf is, want Artikel 9 van die Montevideo-konvensie bepaal immers soos volg:

The jurisdiction of States within the limits of national territory applies to all the inhabitants. [*Ons vertaling*: Die jurisdiksie van State binne die grense van die nasionale grondgebied geld vir al die inwoners.]

Soos by die vereiste van 'n permanente bevolking sal 'n mens vind dat daar geen vereiste minimumgrootte vir 'n grondgebied is nie. Dit beteken ook nie dat die grondgebied onbetwiste grense moet hê nie. Die Israëls-Palestynse konflik bied 'n voorbeeld: ondanks die voortslepende onenigheid voldoen Israel steeds aan die vereistes vir staatskap. Philip Jessup stel dit so:

[B]oth reason and history demonstrate that the concept of territory does not necessarily include precise delimitation of the boundaries of that territory. The reason for the rule ... is that one cannot contemplate a state as a kind of disembodied spirit. Historically, the concept is one of insistence that there must be some portion of the earth's surface which its people inhabit and over which its Government exercises authority. [*Ons vertaling*: Sowel die rede as die geskiedenis toon aan dat die konsep van grondgebied nie noodwendig presiese afbakening van die grense van daardie grondgebied behels nie. Die rede vir die reël ... is dat 'n mens jou nie 'n staat kan bedink wat 'n soort onliggaamlike gees is nie. Histories behels die konsep 'n aandrag dat daar iewers 'n gedeel van die aarde se oppervlak moet wees wat sy (die staat se) mense bewoon en waaroor sy Regering gesag uitoefen.] ("On the Condition of Statehood" 3 UN Security Council Official Records 383rd Meeting 91948, op 9–12.)

'n Verdere vraag wat kan ontstaan is of die grondgebied 'n enkele eenheid moet wees. Hierop is die antwoord dat dit afhang! Alaska is deel van die VSA al word dit deur Kanada van die res van die VSA geskei. En tot 1971 het Oos- en Wes-Pakistan een staat gevorm, al is hulle deur Indië geskei. Die kern van die saak is dat die staat homogeen genoeg moet wees om sy regeerfunksies doeltreffend te kan uitvoer.

Artikel 4 van die Handves van die Verenigde Nasies (VN) vereis dat 'n staat gewillig en in staat moet wees om sy verpligtinge ingevolge die Handves na te kom. Daar moet met ander woorde 'n stabiele gemeenskap wees binne die gebied waaroor die betrokke regering beheer uitoefen. Indien die gebiede so verspreid is dat sodanige beheer nie in almal uitgeoefen kan word nie, sal staatskap nie erken word nie.

In hierdie opsig is die saak van *Van Deventer v Hancke & Mossop* 1903 TS 401 besonder interessant. In 1900 het die Zuid-Afrikaansche Republiek sy grondgebied verloor as gevolg van anneksasie deur Brittanje. Die Vrede van Vereeniging is eers twee jaar later in 1902 gesluit. Die hof moes besluit wat die status van die ZAR in die tussentyd was. Regter Bristowe het bevind dat in hierdie tweejaartydperk die Boere aan die reg van die ZAR onderworpe gebly het en trouens nuwe wette kon aanneem, geldige verdragsverpligtinge kon aangaan en so meer. Hierdie saak illustreer dus die situasie waarin 'n gemeenskap van mense wat aan 'n bepaalde regering onderworpe was, as 'n staat gekwalifiseer het al het hy nie 'n grondgebied gehad nie.

2.4 DOELTREFFENDE REGERING

Ten einde aan die vereistes vir staatskap te voldoen, moet die entiteit 'n regering hê wat onafhanklik van enige ander owerheid is, en dit moet wetgewende en administratiewe bevoegdhede hê. In 1920 het die Internasionale Komitee van Juriste byvoorbeeld 'n verslag oor die status van Finland opgestel en gesê dat hy nie 'n staat sal wees nie

until a stable political organisation had been created, and until the public authorities had become strong enough to assert themselves throughout the territories of the state without the assistance of foreign troops. [*Ons vertaling*: ... totdat 'n stabiele politieke organisasie tot stand gebring is en totdat die openbare owerhede sterk genoeg geword het om hulself in al die gebiede van die staat te laat geld sonder die hulp van buitelandse troepe.]

(Terloops — dit is ook 'n praktiese voorbeeld — hoe sou u hierdie verslag klassifiseer in die lig van die bronne van die internasionale reg [onderwerp 2 hierbo]? Ja, reg so — dit is natuurlik sagte reg!)

Nou kan ons die volgende twee vrae vra:

- Eerstens: Wat is die uitwerking van burgeroorlog op staatskap?

In hierdie konteks moet u daarop let dat 'n regeringsverandering, selfs deur revolusie, nie die bestaan van die staat as 'n internasionale regspersoon beïnvloed nie. Somalië, Angola en die Demokratiese Republiek van die Kongo sou miskien geklassifiseer kon word as "mislukte state" wat nie hulle wetlike bevoegdhede kon uitoefen nie as gevolg van die afwesigheid van 'n doeltreffende regering. Tog is hulle selfs gedurende tydperke van anargie steeds as state erken.

Kyk wat sê Dugard:

Although logic might suggest that such an entity ... should cease to be a state, the practice of states provides no support for such a view. [*Ons vertaling*: Hoewel logika miskien te kenne sou gee dat so 'n entiteit ... behoort op te hou om 'n staat te wees, bied die praktyk van state geen steun vir so 'n standpunt nie.]

(Onthou u wat ons in onderwerp 2 oor opvolging in verdrae gesê het? Dink ook

solank wat ons waarskynlik sal sê oor die opvolgingsbepaling in artikel 231 (5) van die Grondwet in onderwerp 6.)

- Tweedens: Watter rol speel 'n staat se ekonomiese afhanklikheid van 'n ander staat?

Die bestaan van ekonomiese afhanklikheid op sigself is nie deurslaggewend nie, maar dit kan getuig van 'n gebrek aan onafhanklikheid. Indien die beherende staat sy posisie van ekonomiese mag gebruik om die afhanklike staat te manipuleer, sal 'n mens nogal in die versoeking wees om die "doeltreffendheid" van sy regering te bevraagteken.

Nog 'n geleerde op die terrein van die internasionale reg, Brownlie, doen enkele riglyne aan die hand wat gebruik kan word om 'n regering se doeltreffendheid te evalueer. (Onthou asseblief dat Brownlie se toets daarop gemik is om die bestaan van 'n doeltreffende regering vas te stel — nie die bestaan van 'n staat nie. "Doeltreffende regering" is immers slegs een van die vereistes vir staatskap.) Volgens Brownlie moet 'n mens die volgende vrae stel as jy wil oordeel of 'n regering doeltreffend is:

1. Het hy sy eie uitvoerende organe?
2. Voer hy sy betrekkinge deur hierdie organe?
3. Het hy 'n onafhanklike regstelsel?
4. Het hy sy eie howe?
5. Het hy sy eie nasionaliteit?

Indien die antwoord op hierdie vrae "ja" is, word die entiteit deur 'n doeltreffende regering beheer.

2.5 VERMOË OM BETREKKINGE MET ANDER STATE AAN TE KNOOP (VERMOË TOT BUITELANDSE SAKE)

Hierdie vereiste beteken dat 'n staat onafhanklik van enige ander gesag in die uitoefening van sy buitelandse betrekkinge moet wees. Dit wil sê dat die entiteit as soewerein beskou moet word. Indien 'n staat dus deur 'n ander staat oorheers word en die oorheersende staat die buitelandse beleid van die oorheerste staat voorskryf, word daar nie aan die vereiste voldoen nie en kan daar dus nie gesê word dat die entiteit oor staatskap beskik nie. Hierdie vereiste is ook heg verbonde aan die kwessie van erkenning — as die ander lede van die internasionale gemeenskap weier om die entiteit te erken en betrekkinge met hom aan te knoop, sal die entiteit vir alle praktiese doeleindes sy vermoë om betrekkinge met ander state aan te knoop, ontsê word.

Die feit dat 'n staat sekere aspekte van sy soewereiniteit prysgee, beteken egter nie dat hy nie meer 'n staat is nie. (Sien byvoorbeeld *R v Christian* 1924 AD 101, waarin die hof erken dat nie alle state ten volle soewerein is nie. Sien ook die feite en beslissing in *Van Deventer v Hancke & Mossop* hierbo.) Wat vir die vestiging van staatskap en die gepaardgaande internasionale regspersoonlikheid belangrik is, is die aanwesigheid van eksterne soewereiniteit. Dit wil egter nie sê dat dele van 'n federale staat wat deur die federale grondwet gemagtig word om buitelandse ooreenkomste aan te gaan, aan die vereistes vir staatskap voldoen nie. Onthou dat die beperkte internasionale regspersoonlikheid wat hulle geniet, nie 'n natuurlike uitvloeisel van hulle bestaan is nie, want dit word uit hoofde van die federale grondwet aan hulle verleen.

STUDIE-EENHEID 3

ERKENNING VAN STATE AS INTERNASIONAALREGTELIKE SUBJEKTE

3.1 ALGEMENE OPMERKINGS EN VORME VAN ERKENNING

“Erkenning” word nie spesifiek in die Montevideo-konvensie genoem nie, maar u besef waarskynlik al hoe noodsaaklik hierdie vereiste vir die vermoë van ’n staat is om betrekkinge met ander state aan te knoop. Maak seker dat u nie die erkenning van state (dws die formele erkenning deur ander state dat die entiteit oor die eienskappe van staatskap beskik en dat hulle dus bereid sal wees om internasionale betrekkinge met hom aan te knoop) verwar met die erkenning van regerings nie (dws waardeur ’n staat erken dat die bewind in ’n staat die effektiewe regering is). Hier bespreek ons die erkenning van state.

Die erkenning van ’n staat is ’n politieke handeling. Gewoonlik is dit ’n eenmalige handeling. Indien die voldoening aan die vereistes van staatskap dus voortduur, sal die erkenning van die entiteit as ’n staat, en dus as ’n subjek van die internasionale reg, gewoonlik nie teruggetrek word nie. Ons sê “gewoonlik”, want Suid-Afrika bied inderwaarheid ’n voorbeeld van ’n situasie waarin erkenning teruggetrek is. Die vorige Suid-Afrikaanse bewind het die Republiek China op Taiwan as ’n onafhanklike staat erken, en dit is beduidend dat dit gebeur het in ’n tyd toe Suid-Afrika nie in die posisie was om die Volksrepubliek China op die Chinese vasteland te erken nie en hy bowendien ’n mark vir sy ystererts gesoek het. Toe die huidige regering aan bewind gekom het, was die Volksrepubliek China bereid om met ons handel te dryf, mits ons nie die Republiek China op Taiwan erken nie. En wat gebeur toe? Suid-Afrika het sy erkenning van die Republiek China teruggetrek en die Volksrepubliek China erken, wat nou een van ons belangrikste handelsvennote is. Dit beklemtoon net dat erkenning wesenlik ’n politieke (en ekonomies dienstige) handeling is.

Erkenning kan eensydig (wanneer een individuele staat die betrokke entiteit as ’n staat erken) of kollektief (wanneer ’n groep state soos die VN die entiteit as ’n staat erken) geskied. Laasgenoemde sal ’n voorbeeld wees van “ware” kollektiewe erkenning. Daarenteen kom “oënskynlike” kollektiewe erkenning voor wanneer ’n aantal state by dieselfde geleentheid onafhanklik en individueel besluit om ’n entiteit te erken (hulle tree dus nie as ’n enkele liggaam op nie, byvoorbeeld as Suid-Afrika, Swaziland en Lesotho op ’n diplomatieke konferensie elkeen sou besluit om Tshona, ’n gebied wat van Zimbabwe afgeskei het en op staatskap aanspraak maak, te erken).

Erkenning kan ook uitdruklik (wanneer ’n staat ’n amptelike verklaring te dien effekte uitreik) of stilswyend (bv wanneer die VN ’n entiteit as lid toelaat, of ’n individuele staat sluit ’n verdrag met die nuwe entiteit) wees.

3.2 ERKENNINGSTEORIEË

Die vraag of erkenning een van die vereistes vir staatskap is, al dan nie, het tot twee teorieë daarvoor gelei: die deklaratiewe teorie en die konstitutiewe teorie.

Voorstanders van die konstitutiewe teorie voer aan dat die handeling van erkenning een van die vereistes vir die totstandbrenging van internasionale regspersoonlikheid is. Dié teorie het egter ook maar sy tekortkominge. Eerstens is dit nie duidelik wat die posisie van onerkende entiteite sal wees nie — kan hulle nou maar optree soos hulle

wil sonder om hulle aan die internasionaalregtelike orde te steur? En wat gebeur indien slegs 'n paar state 'n entiteit erken?

Daarenteen voer voorstanders van die deklaratiewe teorie weer aan dat die handeling van erkenning nie 'n vereiste vir staatskap is nie en dat so 'n handeling bloot die bestaande stand van sake erken. Hiervolgens ontstaan staatskap en internasionale regspersoonlikheid sodra daar aan die vereistes van die Montevideo-konvensie voldoen word. Voorstanders van hierdie denkskool (soos Lauterpacht) sal dus ook daarop wys dat daar regtens 'n plig op ander state is om 'n entiteit wat aan die Montevideo-vereistes voldoen, te erken (tensy daardie entiteit ontstaan het nadat hy 'n reël van die internasionale reg geskend het).

Die werklikheid is natuurlik dat hoewel state die vraag in ag neem of daar aan die ander vier feitelike vereistes voldoen is, die besluit om te erken gemotiveer kan word deur politieke ideologie. Dit kan 'n staat beweeg om 'n entiteit voortydig te erken of om erkenning te weier.

'n Suid-Afrikaanse hof moes by geleentheid oorweeg watter teorie die beste was, naamlik in die saak van *S v Banda* 1989 4 SA 519 (Bop). Die hof moes besluit of Bophuthatswana internasionaalregtelik as 'n staat gekwalifiseer het, al dan nie, wat ter sake was by die aanklag van hoogverraad teen die beskuldigde. Soos u weet, kan hierdie misdryf slegs teen 'n staat gepleeg word. Die hof het sowel die deklaratiewe as die konstitutiewe teorie oorweeg, en tot die gevolgtrekking gekom dat die deklaratiewe teorie die aanvaarbaarste was. Dit is as die verkieslike bevind omdat

- dit objektief was; en
- dit slegs die vier vereistes in ag neem wat berus op goedgevestigde reëls van die internasionale reg.

Die hof het die konstitutiewe teorie gekritiseer omdat dit arbitrêr toegepas word en op die politiek berus. Daar is bevind dat dit voorsiening maak vir politieke, ideologiese en ekonomiese beweegredes vir die handeling van erkenning. Omdat dit deurspek was van soveel veranderlikes en so subjektief was, is bevind dat dit nie geskik was om te bepaal of 'n regsentiteit bestaan het nie.

Dugard wys egter daarop dat 'n mens nie die nodigheid van erkenning heeltemal kan ignoreer nie. Per slot van rekening hang die vermoë van 'n nuwe entiteit om buitelandse betrekkinge aan te knoop (of prakties om minstens daardie vermoë te demonstreer) daarvan af.

STUDIE-EENHEID 4

INTERNASIONALE ORGANISASIES

4.1 INLEIDING

Soos ons aan die begin van die hierdie onderwerp gesê het, is state nie die enigste subjekte van die internasionale reg nie. Ander entiteite het ook internasionale regspersoonlikheid, hoewel dit nie so omvattend as dié van state is nie. Die rede hiervoor is dat 'n internasionale organisasie tot stand gebring word deur en bestaan uit state (of ander internasionale organisasies); sy internasionale regspersoonlikheid hang dus van die goeddunke van sy skeppers af. Dié organisasies word beperk deur

hulle onderskeie konstituerende handveste (die ooreenkomste waarby hulle ingestel word).

Slomanson definieer 'n internasionale organisasie soos volg:

[A] formal institution, established by agreement of the affiliated members who created it. The common feature of most [international organisations] is that their members all benefit from an organization working toward their desired objectives. [*Ons vertaling*: 'n Formele instelling, gestig by ooreenkoms tussen die geaffilieerde lede wat hom geskep het. Die algemeenste kenmerk van internasionale organisasies is dat al hulle lede voordeel trek uit 'n organisasie wat hulle gewenste doelwitte nastreef.]

Internasionale organisasies moet onderskei word van nieregeringsorganisasies (soos Amnestie Internasionaal), wat nie vir hulle bestaan van enige staat afhanklik is nie en waarvan die lidmaatskap nie tot state beperk word nie.

'n Internasionale organisasie moet tot stand gebring word uit hoofde van 'n internasionale ooreenkoms tussen state.

Internasionale organisasies kan universeel (wêreldwyd) wees, soos die VN, of regionaal, soos die Europese Unie (EU) of die Suider-Afrikaanse Ontwikkelingsgemeenskap (SAOG). Vanuit 'n regsoogpunt is daar geen onderskeid tussen 'n universele en 'n regionale organisasie nie. Die blote feit dat die VN op 'n wêreldvlak werksaam is, beteken nie dat sy resolusies vir sy lede belangriker is as dié van regionale of streeksorganisasies waarvan hulle dalk ook lid is nie. Ideaal gesproke behoort daar egter geen onversoenbare botsing tussen sulke resolusies te wees nie.

4.2 INTERNASIONALE REGSPERSOONLIKHEID VAN INTERNASIONALE ORGANISASIES

Hoewel internasionale organisasies nie 'n bevoegdheid het wat so omvattend soos dié van state is nie, kan hulle wel op internasionale vlak onafhanklik optree (trouens, hulle behoort so tot stand gebring te wees dat hulle onafhanklik van soewereine staatsgesag kan handel). Dit is deur die IGH bevestig in die saak *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* 1949 ICJ Rep. In hierdie saak moes die IGH beslis of die VN diplomatieke beskerming oor sy agente kon uitoefen en regsgedinge namens hulle aanhangig kon maak weens beserings wat hulle in die uitvoering van hulle pligte opgedoen het. Die uitoefening van diplomatieke beskerming en die instel van 'n eis weens nadeel wat 'n burger gely het, is tipiese bevoegdhede wat 'n staat geniet. Deur te bevind dat die VN inderdaad albei bevoegdhede kan uitoefen, het die IGH erkenning daaraan verleen dat die VN 'n subjek van die internasionale reg is wat internasionale regspersoonlikheid geniet.

Die bestek van die internasionale regspersoonlikheid wat internasionale organisasies geniet, verskil. Die bevoegdhede van enige bepaalde organisasie hang af van die doel waarvoor dit tot stand gebring is en van sy werksaamhede en die bevoegdhede wat aan hom verleen is. In *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* ICJ Rep 1996 het die hof verklaar

[I]nternational organisations are subject to international law [and] do not, unlike States, possess a general competence. International organisations are governed by the "principle of speciality", that is to say, they are invested by the States which create them with powers, the limits of which are a function of the common interests whose promotion those states entrust to them. [*Ons vertaling*: Internasionale organisasies is ondergeskik aan die internasionale reg en beskik

nie, soos state, oor algemene bevoegdheid nie. Internasionale organisasies word beheers deur die "beginsel van spesialiteit", dit wil sê die state waardeur hulle ingestel word, verleen aan hulle bevoegdhede, waarvan die perke 'n funksie is van die gemeenskaplike belange waarvan die bevordering deur die state aan hulle opgedra word.]

Soos hierbo genoem, word wat 'n internasionale organisasie mag doen en nie mag doen nie, uiteengesit in sy stigtingsakte of konstituerende handves; dit kan ook deur die praktyk verder ontwikkel word.

4.3 ENKELE ALGEMENE KENMERKE VAN INTERNASIONALE ORGANISASIES

Die meeste internasionale organisasies

- kan regsmiddele aanwend en kan regte en verpligtinge ingevolge die internasionale reg hê
- kan as eiser of verweerder optree (vir welke doel die stigtingsakte kan noem waar die setel van die organisasie is; so nie sal betekening by die hoofkantoor van die organisasie geskied)
- kan eiendom besit en dit verkry en transporteer
- kan kontraktuele en internasionale ooreenkomste met state of ander internasionale organisasies aangaan

Hou egter in gedagte dat die bevoegdhede van elke organisasie sal verskil en dat party van bogenoemde bevoegdhede beperk kan word volgens die ooreenkoms wat die stigters aangegaan het. As 'n mens die omvang van die internasionale regspersoonlikheid van enige internasionale organisasie wil bepaal, moet jy sy stigtingsakte of konstituerende handves raadpleeg.

Die een kenmerk wat alle internasionale organisasies altyd gemeen sal hê, is die feit dat hulle lede state is, of ander internasionale organisasies wat state as lede het. Die oorspronklike lede sal dié wees wat die stigtingsakte onderteken het. Voorsiening word egter gewoonlik gemaak vir latere toelating tot die organisasie, mits daar aan sekere vereistes voldoen word en die meerderheid van die lede ten gunste daarvan stem. Indien 'n lidstaat onafhanklikheid aan 'n deel van sy grondgebied verleen, sal die nuwe staat aansoek om lidmaatskap moet doen en hy sal derhalwe aan die vereistes wat vir lidmaatskap gestel word, moet voldoen. Hy volg dus nie outomaties op in die moederstaat se lidmaatskap nie. U het per slot van rekening in onderwerp 2 geleer dat daar vereistes is vir die opvolging van een entiteit in die verdrae wat 'n ander gesluit het. 'n Internasionale organisasie se konstituerende handves is 'n verdrag en die algemene verdragsreëls (van die WK) geld dus.

4.4 DIE VERENIGDE NASIES AS 'N VOORBEELD VAN 'N INTERNASIONALE ORGANISASIE

Hier slaan ons twee vlieë met een klap. Dit is belangrik dat u goed vertrouwd is met die algemene werking van die VN. Die VN is egter die kwintessensiële internasionale organisasie, en wanneer u hierdie gedeelte bestudeer, moet u dus deurgaans probeer om bogenoemde algemene beginsels wat internasionale organisasies beheers, met die VN in verband te bring.

Die VN is die opvolger van die Volkebond, wat in 1920 tot stand gebring is met die

droom om internasionale vrede en veiligheid te handhaaf. Dit was egter gedoem tot mislukking: die onttrekking van verskeie van die lede, die offensiewe militêre oogmerke van verskeie van hulle (dink maar aan die USSR, Duitsland en Japan), die ekonomiese depressie van die 1930's en natuurlik die uitbreek van die Tweede Wêreldoorlog het die doodsklok vir die Volkebond gelui.

In 1942, toe die Tweede Wêreldoorlog op sy felste was, het die lede van die Volkebond besluit om hom te vervang deur 'n ander internasionale organisasie, naamlik die Verenigde Nasies. Die Handves van die VN is deur 50 state opgestel tydens 'n konferensie in San Francisco (April tot Junie 1945), en die VN is in Oktober 1945 amptelik in die lewe geroep.

Wie het dus die Handves waarby die VN tot stand gebring is, opgestel en onderteken, en hoe skakel dit in by die kenmerke van internasionale organisasies wat ons hierbo bespreek het?

Die hoofdoel van die VN is om internasionale vrede en veiligheid te handhaaf. Hy probeer dit doen deur sy hooforgane, naamlik die Algemene Vergadering (AV), die Veiligheidsraad (VR), die Ekonomiese en Maatskaplike Raad, die Voogdyraad, die Internasionale Geregshof (IGH) en die Sekretariaat. Hiervan is die belangrikste die Internasionale Geregshof, die Veiligheidsraad en die Sekretariaat. Die primêre orgaan vir die handhawing van vrede en veiligheid is die VR (ons behandel dit in meer besonderhede in onderwerp 6), wat gemoeid is met die toepassing van die internasionale reg. Die IGH kom ook in onderwerp 6 aan bod.

Omdat die AV 'n interessante voorbeeld is van 'n internasionale organisasie wat binne sy bevoegdhede handel, is dit die liggaam wat ons hier ter illustrasie gekies het.

Die AV bestaan uit al 191 lede van die VN. Dit is die gesamentlike liggaam van die VN, wat jaarliks vergader en 'n forum aan lidstate bied waarin wêreldprobleme bespreek kan word.

Soos met enige internasionale organisasie beskik die AV slegs oor die bevoegdhede wat in die Handves aan hom verleen word. Wat is dié bevoegdhede van die AV?

Die AV kan

- oorweging skenk en
- aanbevelings doen
- aan VN-lede
- of die VR

oor die algemene beginsels van samewerking in die handhawing van vrede en veiligheid.

Hy kan ook enige aangeleentheid met betrekking tot vrede en veiligheid wat na hom verwys word, bespreek en daarvoor aanbevelings doen. So 'n verwysing kan gedoen word deur

- 'n VN-lid
- die VR
- 'n nielidstaat

Dit is egter onderworpe aan 'n baie belangrike voorbehoud: die AV moet **enige** aangeleentheid wat **optrede** vereis, na die VR verwys voordat of nadat hy (AV) dit bespreek of bespreek het.

Voorts kan hy die VR se aandag vestig op aangeleenthede wat waarskynlik vrede en veiligheid kan bedreig. Die AV mag ook geen aanbevelings doen oor enige aangeleentheid wat voor die VR dien nie, tensy laasgenoemde hom versoek om dit te doen.

Wat is die uitwerking van die voorbehoud? Wanneer dit by belangrike sake kom, kan die AV nie handel nie — hy moet hom onderwerp aan die VR. Dit is die rede waarom gesê word dat die AV slegs 'n "sekondêre" plig het om vrede en veiligheid te handhaaf, al is dit die hoofdoel van die VN. Die AV is dus grotendeels 'n besprekingsforum wat aanbevelings aan lidstate doen. Aanbevelings is egter presies wat die woord te kenne gee, naamlik aanbevole (teenoor verpligte) handelswyses.

Wat hierbo gesê is, het betrekking op internasionale vrede en veiligheid, maar die AV het ook ander bevoegdhede. Hy kan

- studies laat doen en aanbevelings doen wat gerig is daarop om internasionale politieke samewerking te bevorder, om die progressiewe ontwikkeling van die internasionale reg aan te moedig, om internasionale ekonomiese, maatskaplike en kulturele opvoeding en samewerking op gesondheidsgebied te bevorder, en om menseregte en fundamentele vryhede aan te help en te verwesenlik
- wanneer die aangeleentheid nie voor die VR dien nie, maatreëls aanbeveel vir die "vreedsame skikking" van situasies wat na sy mening die algemene welstand of vriendskaplike betrekkinge tussen state belemmer
- die jaar- en spesiale verslae van die VR oor die stappe wat hy (VR) gedoen het om vrede en veiligheid te bewaar, asook verslae van ander VN-organe oorweeg

'n Belangrike taak van die AV is dat hy die begroting van die VN beheer, asook toelating tot die VN en die kansellering of opskorting van lidmaatskap van die VN. Lees in hierdie verband Dugard se bespreking van die Suid-Afrikaanse situasie tydens die apartheidsera.

Hieruit sal blyk dat, ingevolge die bevoegdhede wat hom verleen is, die AV nie gemagtig is om te handel nie, dit wil sê om daadwerklik vrede en veiligheid af te dwing nie. Desbetreffende aangeleenthede moet na die VR verwys word. Die vyf permanente lede van die VR (die VSA, die VK, Frankryk, Rusland en China) beskik oor wat genoem word vetoreg, uit hoofde waarvan enigiemand van die vyf enige resoluë wat voor die VR dien, kan veto. Dit kom daarop neer dat enigiemand van dié vyf wat nie saamstem met enige voorgestelde optrede wat op die handhawing van internasionale vrede en veiligheid gemik is nie, dit daar en dan kan nekomdraai.

Beteken dit dat die VN eintlik verlam is? Onthou dat dit 'n aangeleentheid sal wees wat voor die VR dien, en die AV se bevoegdhede (van aanbeveling) sal dus selfs meer beperk wees.

So 'n "vetokrisis" het trouens al 'n paar keer voorgekom. Dit is seker nie nodig om te sê dat die AV nie juis in sy skik was daarmee nie. Die AV se reaksie daarop is dat hoewel die VR die **primêre** bevoegdheid het om vrede en veiligheid te handhaaf, hy nie die **alleenbevoegdheid** het nie. Wanneer die VR nie kan of wil optree nie en die liggaam "verlam" is, steun die AV op residuele bevoegdheid en kan hy kollektiewe maatreëls aanbeveel, wat in die geval van 'n vredesbreuk of 'n daad van aggressie die gebruik van wapengeweld kan insluit. Wat die AV dus hier probeer doen, is om die bevoegdhede wat by die Handves aan hom verleen word, uit te brei deur kreatiewe vertolking. Hierdie konsep, wat kontroversieel bly, word vervat in die "Verenig vir Vrede"-resoluë van die AV (Uniting for Peace Resolution GA Res 377(v) 1950).

STUDIE-EENHEID 5

INDIVIDUE

Die internasionale regs persoonlikheid van individue is baie beperk en word meestal op die terrein van internasionale reg aangaande menseregte aangetref. Daar word vir individuele menseregte voorsiening gemaak in talle internasionale en regionale menseregte-instrumente. Sommige daarvan skep selfs 'n stelsel wat individuele petisies teen 'n staat na 'n internasionale hof (of soortgelyke liggaam) moontlik maak. So byvoorbeeld kan individue petisies aan die Internasionale Menseregtekomitee rig kragtens die Eerste Opsionele Protokol by die Internasionale Verbond insake Burger- en Politieke Regte (*International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR*). Sommige internasionale howe, soos die Afrikahof vir Mense- en Volkeregte, maak selfs daarvoor voorsiening dat individue regsbevoegdheid voor hulle het indien sekere omstandighede geld.

Ontwikkelinge in die internasionale strafreg en die erkenning van strafregtelike aanspreeklikheid het ook die individu in die internasionale arena op die voorgrond gestoot. Die Neurenberg-tribunaal het soos volg opgemerk:

Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced. [*Ons vertaling*: Misdade teen die internasionale reg word deur mense gepleeg, nie deur abstrakte entiteite nie, en slegs deur die individue te straf wat sodanige misdade pleeg, kan die bepalings van die internasionale reg toegepas word.]

Individue kan dus verantwoordelik gehou word vir volksmoord, misdade teen die mensdom, oorlogsmisdade en so meer. Die Internasionale Strafregtelike Tribunale vir Rwanda en die voormalige Joego-Slawië, die Sierra Leone-Tribunaal en die onlangs ingestelde Internasionale Strafhof is almal ingestel met die doel om individue te vervolg wat na bewering universele misdade gepleeg het. Party van hierdie howe en tribunale word in onderwerp 5 bespreek, wat handel oor die afdwinging van die internasionale reg.

STUDIE-EENHEID 6

ASSESSERING

Wat ons in onderwerp 1 oor assessering gesê het, geld hier eweneens. Let op dat u, ten einde die praktiese oefeninge suksesvol te voltooi, die kennis wat u in hierdie onderwerp opgedoen het, sal moet integreer met wat u in onderwerp 2 geleer het (sien veral oefening 4). Onthou dat u met 'n **regstelsel** te doen het, en nie met geïsoleerde onderwerpe nie. Dit beteken dat al die aspekte van die kursus heg by mekaar inpas.



Praktiese oefening 1

Voor die amptelike totstandkoming van die verskillende entiteite binne die grense van die grondgebied van die voormalige Joego-Slawië het die Serwiërs in Bosnië 'n gebied beheer wat hulle "Republica Srpska" genoem het. Hulle het toe begin om Moslems en Kroate uit die gebied te verdryf ten einde Republica Srpska 'n

"suiwer" Serwiese entiteit binne Bosnië te maak. Daar is aangevoer dat Republica Srpska in beheer van 'n omskrewre grondgebied was, 'n permanente bevolking en sy eie geldeenheid gehad het, en selfs internasionale ooreenkomste aangegaan het. Indien 'n hofsak hieroor voor u as regter gedien het, sou u tot die gevolgtrekking gekom het dat Republica Srpska 'n staat was, of nie? Motiveer u antwoord.



Praktiese oefening 2

Gaan weer ons bespreking oor die vereiste van doeltreffende regering (insluitende die voorgeskrewe materiaal) deur en dink na oor die instelling van die tussentydse regering in Irak (wat ingestel is ná die ontbinding van die voorlopige koalisie-owerheid in 2004). Neem in ag die grootskaalse insurgensie, die aanwesigheid van buitelandse militêre magte en die djihadiste se aanslae wat daarop gemik is om die VSA uit Irak te verdryf, en evalueer dan die vraag of daar gesê kan word dat daardie regering doeltreffende beheer gehad het.



Praktiese oefening 3

Staat A is 'n nuwe staat wat deur 'n wetgewende handeling van sy moederstaat, B, tot stand gekom het. Staat A is baie arm. Sy bevolking is grotendeels nomadies en boonop word ongeveer 60% van die manlike volwassenes uit ekonomiese noodsaak gedwing om op die myne in die voormalige moederstaat te gaan werk. Die oorblywende bevolking leef in stamme, wat elk onder leiding van 'n patriargale leier staan en volgens 'n streng hiërargiese orde georganiseer is.

Die grense van staat A is nog nie volledig beskryf nie, aangesien onderhandelinge tussen A en sy moederstaat oor die uitbreiding van A se grondgebied nog aan die gang is. Een van die gebiede wat tans binne A val, is 'n klein enklave wat heeltemal van die grondgebied van B afgeskei is. Die enklave bevat slegs een vissersdorp met 'n inmaakfabriek, 'n skool, 'n magistratuurshof en sekere staatskantore, waarvan die personeel deels bestaan uit amptenare afgestaan deur staat B en deels uit plaaslike inwoners van staat A wat opleiding by B se amptenare ondergaan.

Omdat die regering van staat A feitlik bankrot is, maak hy sterk staat op finansiële hulp deur staat B. Terselfdertyd is hy egter besig om 'n regeringsvorm te ontwikkel wat heeltemal vreemd aan dié van B is. A se minister van buitelandse sake het uitgebreide reise onderneem in 'n poging om diplomatieke betrekkinge met Europa aan te knoop, maar geen ander land behalwe B en 'n paar buurlande, wat heeltemal van B afhanklik is vir 'n deurgang na die see, het A erken nie. A se aansoek om lidmaatskap van die VN is ook geweier.

Bespreek volledig of A 'n staat is wat internasionale regs persoonlikheid het. Motiveer u antwoord aan die hand van hofuitsprake, praktiese voorbeelde en ander gesag.



Praktiese oefening 4

Die Wêreldgesondheidsorganisasie (WGO) is 'n agentskap van die Verenigde Nasies. Die Internasionale Bystandsorganisasie (IBO) is 'n organisasie wat uit die volgende lede bestaan: die regering van Zuba, 'n klein, armoedige Afrikalandjie met enorme gesondheidsprobleme; Asio-American, 'n multinasionale

mynboukonglomeraat, en Bystand Internasionaal, 'n humanitêre organisasie met lede wat uit die rade van vyf voorste universiteite in Brittanje en die VSA kom. Die WGO en die IBO sluit 'n ooreenkoms ingevolge waarvan die WGO onderneem om 'n hospitaal en navorsingsentrum van miljoene dollar in Zuba op te rig om te help in die stryd teen vigs in daardie land. Daar ontstaan egter probleme en die WGO besluit om uit die ooreenkoms terug te tree. Zuba wil die ooreenkoms afdwing.

Bespreek die posisie volledig uit die oogpunt van sowel die WGO as die IBO. Konsentreer in die besonder op die klassifikasie van die ooreenkoms tussen hulle; wie eisend en wie verwerend moet optree; watter regstelsel die ooreenkoms en enige geskille reël wat daaruit voortvloei; en voor watter hof of howe die geskil moet dien.

Sou u antwoord anders gewees het as die enigste lede van die IBO die Zubese regering en die staatsdepartemente van gesondheid van Brittanje en die VSA was? Indien wel, waarin sou die verskille geleë wees?



Praktiese oefening 5

Daar word algemeen aanvaar dat die situasie in Irak 'n bedreiging vir die internasionale vrede en veiligheid inhou. 'n Resolusie word in die VR ter tafel gelê waarin 'n beroep op die VSA en die VK gedoen word om hulle troepe uit Irak terug te trek, by gebreke waarvan die VN sanksies teen daardie twee state sal instel. In die stemming oor die resolusie word dit deur albei dié state geveto. Die AV is uiters ontsteld oor dié skuif, en beroep hom op die Verenig vir Vrede-resolusie om die terugtrekking af te dwing.

Bespreek die bevoegdhede van die AV en waarom dit tegnies "verlam" word deur die veto. Hoe het hierdie liggaam (die AV) op hierdie soort situasie gereageer en wat is sy kans op sukses?

ONDERWERP 4

JURISDIKSIE IN DIE INTERNASIONALE REG

In hierdie onderwerp gee ons aan die volgende aandag:

Studie-eenheid 1: Inleiding

- 1.1 Algemeen
- 1.2 Jurisdiksie en die *Lotus*-saak

Studie-eenheid 2: Grondslae van jurisdiksie in die internasionale reg

- 2.1 Territorialiteit
- 2.2 Uitwerking — subjektiewe en objektiewe territorialiteit
- 2.3 Staatsbeskerming
- 2.4 Nasionaliteit
- 2.5 Passiewe persoonlikheid
- 2.6 Universaliteit

Studie-eenheid 3: Assessering

- 3.1 Algemeen
- 3.2 Praktiese oefeninge

Verpligte leeswerk:

- Dugard 3de uitgawe, hoofstuk 9, bladsye 148–173

STUDIE-EENHEID 1

INLEIDING

1.1 ALGEMEEN

Een van die gevolge van staatskap is dat 'n staat soewerein binne sy eie grondgebied geag word. Baie eenvoudig gestel, beteken soewereiniteit die uitsluitlike reg wat 'n staat geniet om binne sy eie grondgebied op te tree. Een van die gevolge van soewereiniteit, of dan hierdie alleenreg, is dat die staat jurisdiksie binne sy grondgebied kan uitoefen.

Jurisdiksie is die bevoegdheid (mag) van 'n staat om sy

- wetgewende funksies (hy kan sy eie wette maak),
- uitvoerende funksies (hy kan sy eie mense regeer), en
- toepassingsfunksies (hy kan sy wette, hofbeslissings, ens afdwing), binne 'n bepaalde gebied uit te oefen.

Een van die belangrikste kenmerke van state (en ook een van die belangrikste oorsake van konflik) is dat hulle territoriaal is. Een staat sal dit nie duld dat 'n ander staat of entiteit binne sy grondgebied optree nie. Dit word beklemtoon in Artikel 2(7) van die Handves van die Verenigde Nasies (VN), wat soos volg lui:

Nothing in the present Charter shall authorise the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII. [*Ons vertaling*: Geen bepaling van hierdie Handves gee aan die Verenigde Nasies die bevoegdheid om tussenbeide te kom in aangeleenthede wat wesenlik onder die nasionale jurisdiksie van 'n staat ressorteer nie, of vereis van die lede om sodanige aangeleenthede ingevolge die huidige Handves te besleg nie; maar hierdie beginsel maak nie inbreuk op die toepassing van dwangmaatreëls kragtens Hoofstuk VII nie.]

Soos ons almal egter weet, is daar meer as een staat in die internasionale gemeenskap, en omdat sowel mense as die gevolge van hulle dade oor grense heen beweeg, meen state soms dat dit nodig is om hulle invloedsfere uit te brei. Wanneer dit gebeur, ontstaan probleme aangesien 'n mens dan te doen het met botsende aansprake op jurisdiksie oor 'n enkele persoon of gebeurtenis.

Staat A en staat B maak albei daarop aanspraak dat hulle uitsluitlike jurisdiksie oor 'n enkele persoon of gebeurtenis het. So ontstaan 'n interstaatlike of internasionale probleem, en dan is die internasionale reg nodig om dit op te los

Let asseblief op dat die internasionale reg grotendeels gemoeid is met strafregtelike jurisdiksie, terwyl sivielregtelike jurisdiksie gewoonlik gereël word deur die internasionale privaatreë.

Dit is juis in sulke omstandighede dat die konsep van ekstraterritoriale jurisdiksie ter sprake kom. Ekstraterritoriale jurisdiksie is betrokke wanneer 'n staat jurisdiksie binne sy grondgebied uitoefen oor handeling wat buite sy grondgebied plaasgevind het. 'n Gebeurtenis vind byvoorbeeld in Zimbabwe plaas wat na die mening van Suid-Afrika herstel vereis. Suid-Afrika lewer dan op sy eie grondgebied uitspraak oor die gebeurtenis wat in Zimbabwe plaasgevind het. Deur ekstraterritoriale jurisdiksie

(jurisdiksie oor iets buite [‘ekstra-’] sy grondgebied) uit te oefen, maak Suid-Afrika dus aanspraak daarop dat hy bevoegdheid het oor iets wat buite sy grense gebeur het en maak hy dus inbreuk op die territoriale jurisdiksie van Zimbabwe, waar die skuldoorsaak ontstaan het.

1.2 JURISDIKSIE EN DIE LOTUS-SAAK

Geen studie van jurisdiksie in die internasionale reg kan begin sonder dat die *Lotus*-saak 1927 PCIJ Rep Ser A no 10 bestudeer word nie. Die hof het hier drie beginsels gestel wat die grondslag van jurisdiksie in die internasionale reg lê:

- ‘n Staat mag nie sy jurisdiksie **binne die grondgebied van ‘n ander staat** uitoefen nie, tensy daar ‘n reël is wat hom magtig om dit te doen.
- ‘n Staat kan jurisdiksie **binne sy eie grondgebied** uitoefen oor handeling wat elders verrig is, tensy daar ‘n internasionaalregtelike reël is wat dit verbied (ekstraterritoriale jurisdiksie).
- In die internasionale reg is die territorialiteit van strafsake nie absoluut nie.

Soos uit ‘n ontleding van bogenoemde drie beginsels sal blyk, het die hof ‘n feitlik onbepaalde uitbreiding van ‘n staat se jurisdiksie toegelaat — ekstraterritoriale jurisdiksie het geheers! Dit is seker nie nodig om te sê dat dit groot ontsteltenis in die internasionale gemeenskap veroorsaak het nie, en ‘n kompromisoplossing is gesoek waarvolgens die uitoefening van ekstraterritoriale jurisdiksie beperk kon word. ‘n Oplossing is gevind in die konsep van

regstreekse en wesenlike verband

State kon hulle jurisdiksie uitbrei mits daar ‘n regstreekse en wesenlike verband was tussen die betrokke staat en die gebeure betrokke by die geskil. Dit is natuurlik eweneens ‘n redelik vae term, en die internasionale reg het hom toe daarop toegespits om sekere beginsels te ontwikkel waarop ‘n aanvaarbare verband gebaseer kon word. Dié beginsels word in die volgende studie-eenheid behandel.



Praktiese oefening 1

‘n Skip wat in staat A geregistreer is, bots op die oop see met ‘n skip wat in staat B geregistreer is. Skip B sink en daar is aansienlike lewensverlies. Skip A pik oorlewendes op, insluitende die offisier van die wag van skip B toe die botsing plaasgevind het. Skip A neem die oorlewendes na ‘n hawe op sy grondgebied, waar die offisier van die wag van skip B in hegtenis geneem, verhoor en gevonnissen word weens strafbare manslag. Staat B maak beswaar teen staat A se uitoefening van jurisdiksie, want die botsing het nie binne A se gebiedswaters plaasgevind nie. Staat B voer aan dat slegs die vlagstaat (dws B self) jurisdiksie het oor gebeure aan boord van ‘n vaartuig op die oop see. A voer weer aan dat aangesien die gebeure aan boord van skip B ‘n uitwerking op skip A gehad het en skip A deel van staat A se grondgebied uitmaak, hy wel jurisdiksie het.

Beantwoord die volgende vrae:

Watter saak verteenwoordig hierdie feite?

.....
.....

Watter drie beginsels het die Permanente Internasionale Geregshof (PIGH) neergelê?

(1)

(2)

(3)

In ag genome hierdie drie beginsels, wat was die stand van ekstraterritoriale jurisdiksie ná hierdie saak?

.....
.....
.....

Wenke:

Daar is 'n paar punte waarvan u miskien nie bewus is nie en wat u in gedagte behoort te hou:

- Die oop see maak nie deel van die grondgebied van enige staat uit nie, dit wil sê daar is nie net een staat wat jurisdiksie oor die oop see uitoefen nie.
- 'n Skip het die nasionaliteit van die staat waarin hy geregistreer is (die vlagstaat).
- Vir doeleindes van jurisdiksie word 'n skip op die oop see geag deel van die grondgebied van sy vlagstaat uit te maak.

Onthou by sake ook dat wanneer u die bevindinge van die hof aangee, u ook die motivering van die hof vir sy beslissing moet gee. Om byvoorbeeld bloot te sê dat Turkye (in hierdie voorbeeld) nie die internasionale reg geskend het nie, is nie voldoende nie. U moet ook die rede vir daardie bevinding gee. Dié stukkie raad geld vir al die sake wat u moet bestudeer.

STUDIE-EENHEID 2

GRONDSLAE VAN JURISDIKSIE IN DIE INTERNASIONALE REG

Soos hierbo genoem, is die maatstaf vir die uitoefening van jurisdiksie “regstreekse en wesenlike verband”, wat baie wyd is. Die internasionale gemeenskap het dus sekere meer spesifieke maatstawwe ontwikkel waarvolgens die uitoefening van jurisdiksie deur 'n staat aanvaarbaar sal wees. Dié maatstawwe word hieronder diagrammaties weergegee.

Daar is ses grondslae van jurisdiksie.

2.1 TERRITORIALITEIT

'n Staat het jurisdiksie oor alle kriminele handeling wat op sy grondgebied gepleeg word en op alle persone wat sulke handeling verrig.

2.2 UITWERKING — SUBJEKTIEWE EN OBJEKTIEWE TERRITORIALITEIT

'n Staat het jurisdiksie oor alle handeling wat buite sy grondgebied verrig word wat 'n uitwerking binne sy grondgebied het.

2.3 STAATSBESKERMING

'n Staat het jurisdiksie oor vreemdelinge wat 'n handeling buite die staat verrig wat die veiligheid van die staat bedreig.

2.4 NASIONALITEIT

'n Staat het jurisdiksie oor sy eie burgers, waar hulle ook al 'n daad verrig.

2.5 PASSIEWE PERSOONLIKHEID

Wanneer 'n vreemdeling die regte van 'n burger buite die staat skend, kan die staat aanspraak maak op jurisdiksie oor die betrokke vreemdeling. Dié grondslag word dikwels in gevalle van terrorisme gebruik.

2.6 UNIVERSALITEIT

In die geval van internasionale misdade — misdade teen die mensdom — kan enige staat aanspraak op jurisdiksie maak.

Internasionale misdade, waarvoor universele jurisdiksie uitgeoefen word, kan óf op gewoonte, óf op verdrag gebaseer word. Die tradisionele gewoonteregtelike internasionale misdade is seerowery, oorlogsmisdade en misdade teen die mensdom. Volksmoord en marteling val ook in hierdie kategorie, hoewel hulle uit 'n verdragsbasis voortspruit.

Internasionale verdragsmisdade is volksmoord, apartheid, marteling, kaping, oortredings teen die veiligheid van skeepvaart (seerowery), dwelmsmokkelary en internasionale terrorisme.

Met betrekking tot terrorisme het Suid-Afrika die Wet op Beskerming van Konstitusionele Demokrasie teen Terroriste- en Verwante Aktiwiteite 33 van 2004 aangeneem. Hierdie wet gee gevolg aan Suid-Afrika se internasionale verpligtinge wat die onderdrukking van terrorisme betref.

STUDIE-EENHEID 3

ASSESSERING

3.1 ALGEMEEN

Moet u nie deur die lengte van hierdie studie-eenheid laat mislei nie, want uit 'n praktiese oogpunt is dit baie belangrik. Dugard se uiteensetting is redelik gedetailleerd, veral wat sy behandeling van Suid-Afrikaanse regspraak betref. Maak seker dat u dit ken en begryp.

3.2 PRAKTIESE OEFENINGE



Praktiese oefening 2

Mnr Gapsler, 'n Suid-Afrikaner, en me Gryper, 'n Brit, sit saam huis op in Knightsbridge, Londen. Ten einde die lewenstyl te handhaaf waaraan hulle gewoon geraak het, het hulle 'n heel voordelige kriminele plan bedink. Hulle reis tussen Brittanje en Suid-Afrika en besteel dan op pad hulle medereisigers. Mnr Gapsler word betrap toe hy reisigerstjeks van 'n medereisiger steel terwyl hy aan boord van 'n vliegtuig van die Suid-Afrikaanse Lugdiens op 'n vlug tussen Londen en Johannesburg is. Ten tyde van die voorval was die vliegtuig in Keniaanse lugruim.

Me Gryper word weer betrap toe sy 'n pêrelhalssnoer wou steel van 'n ou dame aan boord van 'n Britse passasierskip op reis tussen Southampton en Durban. Ten tyde van dié voorval was die skip op die oop see.

Verduidelik aan die hand van regspraak of 'n Suid-Afrikaanse hof jurisdiksie oor mnr Gapsler en me Gryper sal hê, en indien wel, op watter grondslag.



Praktiese oefening 3

Die basiese feite is dieselfde as by oefening 2, maar nou is mnr Gapsler aan boord van 'n British Airways-vliegtuig wat deur swak weer gedwing is om in Suid-Afrika te land in plaas van in Windhoek, Namibië, waarheen hy op pad was. Hy is aan boord van die vliegtuig geneem deur 'n Suid-Afrikaanse polisiebeampte nadat hy in Brittanje ontvoer is. In Suid-Afrika word hy gesoek om tereg te staan op aanklag van moord op sy vrou.

Hoe sal u antwoord verskil van dié in oefening 2?



Praktiese oefening 4

Mnr PR Otokol is 'n beroepsdiplomaat verbonde aan die diplomatieke missie van Freedonië in Brittanje. Hy steel 'n skootrekenaar van die missie. Toe hy in Freedonië aangekla word, voer hy aan dat die staat nie jurisdiksie het nie aangesien die beweerde misdryf op vreemde grondgebied begaan is.

Bespreek die vraag of Freedonië op jurisdiksie aanspraak kan maak, en op watter grondslag.

Wenk: Let op dat, in teenstelling met die populêre gelofie (en wat die media 'n mens probeer wysmaak!), die perseel van 'n diplomatieke missie die grondgebied van die gasheerstaat bly. Dit is nie die grondgebied van die senderstaat nie.



Praktiese oefening 5

Ontleed die rol van en die probleme geassosieer met die uitwerkingsteorie aan die hand van gepaste regspraak en buitelandse nasionale (VSA) en nasionale (RSA) wetgewing.



Praktiese oefening 6

Skryf 'n regsmening oor universele jurisdiksie en verduidelik die ontwikkeling, gebruik en die misdade (sowel gewoonte- as verdragsgebaseer) wat gedek word, en dui aan of dit doeltreffend is. Gebruik toepaslike regspraak.



Praktiese oefening 7

Volgens Dugard word wye jurisdiksionele bevoegdhede aan Suid-Afrikaanse houe verleen ten opsigte van misdade ingevolge die Wet op Beskerming van Konstitusionele Demokrasie teen Terroriste- en Verwante Aktiwiteite 33 van 2004. Op watter gronde kan jurisdiksie uitgeoefen word?

ONDERWERP 5

AFDWINGING VAN DIE INTERNASIONALE REG

In hierdie onderwerp behandel ons die volgende:

Studie-eenheid 1: Inleiding

Studie-eenheid 2: Maatreëls waarby wapengeweld nie betrokke is nie

Studie-eenheid 3: Maatreëls waarby die gebruik van geweld betrokke is

3.1 Selfverdediging

3.2 Die gebruik van geweld deur die Veiligheidsraad gemagtig

3.3 Hakkejag

Studie-eenheid 4: Geskilbeslegting

4.1 Inleiding

4.2 Nieberegtingsmetodes van geskilbeslegting

4.3 Beregtingsmetodes van geskilbeslegting

4.3.1 Die Internasionale Geregshof

4.3.2 Internasionale strafreg: howe en tribunale

4.3.2.1 Algemeen

4.3.2.2 Die ISTJ en die ISTR

4.3.2.3 Die Internasionale Strafhof

Studie-eenheid 5: Assessering

5.1 Inleiding

5.2 Praktiese oefeninge



Verpligte Leeswerk:

Dugard, 3de uitgawe, hoofstuk 22: The United Nations and the Maintenance of International Peace, pp 480-500

- Dugard, 3de uitgawe, hoofstuk 23: The Use of Force by States, pp 501-525
- Dugard, 3de uitgawe, hoofstuk 21: International Adjudication, pp 455-477
- Dugard, 3de uitgawe, hoofstuk 10: International Criminal Courts, pp 174-196

Opsionele leeswerk:

Indien u meer te wete wil kom oor en dieper insig wil verkry in die aangeleenthede wat in hierdie onderwerp bespreek word, kan u die ander twee bronne raadpleeg wat by die opstel van hierdie onderwerp gebruik is, naamlik die volgende:

Slomanson, WR. 2007. *Fundamental perspectives on international law*. Belmont, CA: Thomson/Wadsworth.

- pp 445-507 (hfst 10: Use of Force)
- pp 389-426 (hfst 9: Arbitration and Adjudication)
- Wallace, RMM. 2005. *International law*. 5th ed. London: Sweet & Maxwell.
- pp 313-340 (hfst 12: Arbitration and Judicial Settlement of International Disputes)

STUDIE-EENHEID 1

INLEIDING

Soos u weet, skryf die internasionale reg reëls voor wat sy subjekte moet nakom. Dit is dus belangrik om te weet watter stappe gedoen kan word teen dié wat nie aan die bestaande norme voldoen nie. Wat gebeur nou as 'n staat nie die bepalings van 'n verdrag waarby hy 'n party is, nakom nie? Wat doen ons in verband met 'n militêre bevelvoerder wat die gruweldade wat sy ondergeskiktes tydens vyandelikhede gepleeg het, deur die vingers sien? Ons het reeds daarop gesinspeel dat die afdwinging van die internasionale publiekreg netelig kan wees omdat daar geen internasionale hof met verpligte jurisdiksie is nie en omdat daar, selfs wanneer uitspraak gelewer is, geen internasionale of universele uitvoerende gesag is aan wie opdrag gegee kan word om sulke vonnisse ten uitvoer te lê nie. (Sien onderwerp 1, waarin ons die verskil tussen internasionale en nasionale reg bespreek.) Dit is die gevolg van die feit dat internasionaalregtelike reëls grotendeels op instemming berus. Die internasionale reg is derhalwe by meer as een geleentheid gekritiseer weens sy gebrek aan "doeltreffende" toepassingsmeganismes. Toepassings- of afdwingingsmeganismes (of -maatreëls of -prosedures) bestaan egter wel en in hierdie onderwerp stel ons u aan die belangrikstes bekend. Oor hoe doeltreffend hulle is, sal u maar self moet besluit.

In die verlede het ons gewoonlik die verskillende toepassingsmaatreëls geklassifiseer as dié waarby selfhulp betrokke is (dws wanneer die betrokke state self besluit of daar 'n skending van die internasionale reg was en, indien wel, sekere stappe doen om dit reg te stel) en dié waarby buite-agentskappe betrokke is (bv wanneer twee state hulle geskil aan die Internasionale Geregshof [IGH] voorlê). Dié twee breë kategorieë loop egter dikwels deurmekaar en die meeste maatreëls bevat elemente van albei.

Hieronder word u dus kortliks bekendgestel aan hierdie maatreëls, en later, aan die einde van die onderwerp, kan u self probeer om dit te klassifiseer.

STUDIE-EENHEID 2

MAATREËLS WAARBY WAPENGEWELD NIE BETROKKE IS NIE

Die eerste belangrike punt is dat state hulle geskille vreedsaam moet oplos. Artikel 2(3) van die Handves van die Verenigde Nasies (VN) bepaal soos volg:

All members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace, and security, and justice are not endangered.

[*Ons vertaling:* Alle lede lê hulle internasionale geskille langs vreedsame weg by, op sodanige wyse dat die internasionale vrede en veiligheid en geregtigheid nie in gevaar gestel word nie.]

Terselfdertyd bevat Artikel 2(4) 'n algemene verbod op die gebruik van geweld, wat in die jongste tyd so uitgelê word dat dit ekonomiese dwang insluit. Ideaal gesproke behoort state in staat te wees om hulle geskille by te lê deur middel van bemiddeling, arbitrasie of internasionale beregting, wat almal later in hierdie onderwerp behandel

word. Dit is egter nie altyd moontlik nie en ons kyk dus hier ook na ander maatreëls wat nie die gebruik van gewapende, of militêre, geweld behels nie, soos die volgende:

- diplomatieke optrede
- retorsie
- weerwraak
- embargo's
- boikotte
- ekonomiese sanksies

Die eerste stap vir die meeste state sal wees om die een of ander diplomatieke optrede teen die oortrederstaat te doen, soos om hulle diplomate uit die grondgebied van die oortrederstaat terug te roep en die diplomate van die weerspannige staat van hulle grondgebied af te sit. Die verbreking van diplomatieke bande kan egter om politieke redes plaasvind — daar hoef nie noodwendig 'n skending van die internasionale reg te wees nie. Voorts kan diplomatieke optrede in intensiteit wissel, van een staat wat 'n ander nader met 'n bepaalde versoek (bv 'n poging om die saak reg te stel) tot die algehele verbreking van diplomatieke betrekkinge.

'n Staat kan ook 'n ander (geldige en regmatige) handeling verrig wat daarop gemik is om die oortrederstaat se onregmatige daad stop te sit. Hy kan byvoorbeeld besluit om alle uitvoer van sy grondgebied af na die oortrederstaat te verbied. Dit staan bekend as retorsie.

Nog 'n opsie wat vir die benadeelde staat beskikbaar is, is weerwraak. In so 'n geval verrig die staat wat as gevolg van die skending van die internasionale reg gelyk het, 'n daad wat met die eerste oogopslag onregmatig lyk (bv om al die oortrederstaat se bates wat op sy grondgebied gevind word, te bevries). Omdat die benadeelde staat egter weerwraak geneem het op grond van die ander staat se onregmatige optrede, sal die daad van weerwraak toelaatbaar wees. Dit word geag "regmatige weerwraak" te wees indien —

- dit inderdaad gevolg het op 'n onwettige handeling vooraf
- dit verrig word in die lig van die herstel van die ewewig in die internasionale betrekkinge
- dit in verhouding is tot die skade wat gelyk is
- dit as 'n laaste uitweg gebruik is, wat beteken dat die benadeelde staat eers regstelling moet probeer bewerkstellig het

Die benadeelde staat kan eensydig 'n embargo teen die oortrederstaat instel of hy kan hom tot 'n boikot wend — hy sal met ander woorde probeer om alle handel met die oortreder te staak. In hierdie konteks het 'n boikot 'n breër bestek as 'n embargo.

Laastens kan ekonomiese sanksies ingestel word. Die term "sanksies" in die enger sin van die woord beteken die kollektiewe optrede van 'n groep state teen die oortreder: die benadeelde staat en sy bondgenote sal gesamentlik handelsaktiwiteite met daardie staat verbied.

Sanksies, soos boikotte en embargo's, kan deur 'n internasionale organisasie soos die VN aanbeveel word. Ingevolge Hoofstuk VI kan die Veiligheidsraad (VR) geskille ondersoek wat nog nie die internasionale vrede en veiligheid bedreig nie maar dit waarskynlik sal doen as dit onopgelos gelaat word. Artikel 34 bepaal dat die VR enige geskil kan ondersoek ten einde vas te stel of die voortduur daarvan waarskynlik die handhawing van internasionale vrede en veiligheid bedreig. So nie kan 'n lid van die VN so 'n geskil onder die aandag van die VR of die Algemene Vergadering (AV) bring. Indien die VR bevind dat die aard van die geskil wel van so 'n aard is, word hy by Artikel 36(1) die bevoegdheid verleen om gepaste maatreëls of prosedures aan te

beveel om die situasie reg te stel. In reaksie op die beleid van rassediskriminasie van Suid-Afrika onder apartheid is byvoorbeeld verskeie resolusies aangeneem. Onder die aanbevole maatreëls was die instel van 'n wapenembargo, die opskorting van investering in Suid-Afrika, en die beperking van sport- en kulturele bande met Suid-Afrika. Let ook op dat die VR daarbenewens die situasie kan hanteer deur skikkingsvoorstelle te doen (Art 37).

Onthou asseblief dat Hoofstuk VI handel oor die vreedsame beslegting van geskille en dat die aanbevelings deur die VR dieselfde gewig dra as AV-resolusies, dit wil sê dat hulle nie bindend is nie.

Hoofstuk VII maak daarenteen voorsiening vir optrede met betrekking tot —

- bedreigings van die vrede
- skendings van die vrede, en
- daade van aggressie

Uit eie beweging of ná 'n verwysing deur die AV of 'n lid van die VN kan die VR die bestaan vasstel van bogenoemde omstandighede en aanbevelings doen of besluit oor ander maatreëls om die internasionale vrede en veiligheid te handhaaf of herstel (Art 39).

Kragtens Artikel 41 kan die VR besluit op maatreëls soos die verbreking of gedeeltelike verbreking van ekonomiese betrekkinge, diplomatieke betrekkinge en kommunikasie met die weerspannige staat, en die lede van die VN oproep om die betrokke maatreëls toe te pas.

STUDIE-EENHEID 3

MAATREËLS WAARBY DIE GEBRUIK VAN GEWELD BETROKKE IS

3.1 SELFVERDEDIGING

Teen hierdie tyd behoort u bekend te wees met die bepalings van Artikel 2(4) van die VN-Handves:

All members shall refrain in their relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or any other manner inconsistent with the purpose of the United Nations. [*Ons vertaling: In hul internasionale betrekkinge moet alle lede hulle onthou van bedreiging met of die gebruik van geweld teen die territoriale integriteit of die politieke onafhanklikheid van 'n staat, en van elke andere handelswyse wat onverenigbaar is met die doelstellings van die Verenigde Nasies.*]

Soos by enige reël is daar natuurlik uitsonderings. Een so 'n uitsondering is 'n handeling wat 'n staat uit selfverdediging verrig. Met die oog hierop bepaal Artikel 51 van die Handves soos volg:

Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of

this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security. [*Ons vertaling*: Niks in hierdie Handves doen afbreuk aan die inherente reg op individuele of kollektiewe selfverdediging in geval van 'n gewapende aanval teen 'n Lid van die Verenigde Nasies nie, totdat die Veiligheidsraad die noodsaaklike maatreëls ter handhawing van die internasionale vrede en veiligheid getref het. Maatreëls wat by die uitoefening van hierdie reg op selfverdediging deur die Lede getref word, moet onverwyld onder die aandag van die Veiligheidsraad gebring word en tas op geen wyse die bevoegdheid en die verantwoordelikheid van die Veiligheidsraad ingevolge hierdie Handves aan om op enige tydstip oor te gaan tot sodanige optrede as wat hy nodig ag vir die handhawing of die herstel van die internasionale vrede en veiligheid nie.]

Hierdie artikel bevat 'n aantal kritieke punte:

- Die handeling in die uitoefening van die reg op selfverdediging moet aan die VR gerapporteer word.
- Die handeling is dus slegs geldig totdat die VR optree.
- Die doel van die gebruik van geweld moet duidelik wees, naamlik om jouself te verdedig.
- Die geweld wat ter selfverdediging gebruik word, moet in verhouding wees tot die bedreiging.

Daar is onsekerheid oor die vraag of die reg op selfverdediging uitgeoefen kan word slegs in reaksie op 'n gewapende aanval (dws oor die vraag of Art 51 neerkom op 'n eksklusiewe en volledige formulering van die reg) en of Artikel 51 ook antisipatoriese selfverdediging toelaat (dws of die woorde "inherente reg" daarop dui dat die artikel die gewoontereglike definisie van die reg op selfverdediging van voor die Handves behou en dus die reg op 'n voorkomende aanval insluit).

3.2 DIE GEBRUIK VAN GEWELD DEUR DIE VEILIGHEIDSRAAD GEMAGTIG

Dit is die tweede uitsondering op die verbod op die gebruik van geweld. Artikel 42 (Hoofstuk VII) van die Handves bepaal dat indien die vreedsame stappe wat kragtens Artikel 41 gedoen is, nie slaag nie, die VR met behulp van lug-, see- of landstrydkragte mag optree. Die gebruik van sulke geweldsmaatreëls is 'n laaste uitweg en moet noodsaaklik wees vir die handhawing van internasionale vrede en veiligheid.

Daar is geen militêre mag ter beskikking van die VR nie en dus behels enige optrede kragtens Artikel 42 in effek die goedkeuring deur die VR van die gebruik van geweld deur lidstate. Toe Irak byvoorbeeld Koeweit in 1990 ingeval het, is lidstate gemagtig om "alle nodige middele" te gebruik om te verseker dat Irak sy magte terugtrek.

Let ook op dat kontingente uit lidstate wat in vredesoperasies gebruik word, op die been gebring word by ooreenkoms tussen die VN en die bydraende staat en tussen die VN en die gasheerstaat. As sodanig kom sulke operasies nie op afdwingingsoptredes neer nie (mits die gasheerstaat natuurlik wel toegestem het). Indien sodanige toestemming nie verkry word nie en optrede wel op die grondgebied van die "gasheerstaat" plaasvind, sal dit op afdwingingsmaatreëls neerkom en dan moet dit aan die vereistes van Hoofstuk VII voldoen.

3.3 HAKKEJAG

In sy ware betekenis is “hakkejag” eintlik ’n leerstuk wat deel van die seereg uitmaak. In gevalle waar ’n skip die reg en die regulasies van ’n bepaalde kusstaat skend, word ’n skip van laasgenoemde toegelaat te agtervolg en die “skenderskip” op die oop see te arresteer. Die term word ook gebruik om “opvolgoperasies” tot op die grondgebied van ’n ander staat te beskryf. Soos u straks sou raai, sal dit Artikel 2(4) skend en as onwettig beskou word, tensy dit geregverdig kan word as optrede uit selfverdediging of as redelike weerwraak.

STUDIE-EENHEID 4

GESKILBESLEGTING

4.1 INLEIDING

Streng gesproke is die beslegting van geskille nie ’n **afdwing**maatreël nie. Die beslissing/uitspraak/arbitrasietoekenning word nie outomaties op die “skuldige” staat afdedwing nie en daar is geen waarborg dat laasgenoemde daaraan sal voldoen nie. Hierdie onderwerp fokus egter op die regres wat ter beskikking van die benadeelde staat is wanneer internasionaalregtelike reëls oortree is. Die beslegting van die geskil op vreedsame wyse beteken meer as bloot ’n ideale oplossing vir die betrokke state: dit is in der waarheid ’n verpligting (onthou Artikel 2(3) van die Handves).

Ons het ook melding gemaak van die bepalings van Artikel 33 (Hfst VI) van die Handves, wat bepaal dat die partye in ’n geskil wat, as dit sou voortduur, waarskynlik die internasionale vrede en veiligheid sal bedreig, ’n oplossing moet probeer vind deur (onder meer) onderhandeling, ’n feite-ondersoek, bemiddeling, versoening, arbitrasie of regterlike beslissing. Artikel 36(3) bepaal dat indien die VR kragtens hierdie artikel aanbevelings gaan maak, hy rekening moet hou (“take into consideration”) daarmee dat regsgekille in die reël deur die partye na die IGH verwys moet word.

Let ook weer op die bepalings van Artikel 41 (Hfst VII) van die Handves, waarkragtens die VR kan besluit op afdwingingsmaatreëls wat nie geweld behels nie (gemik op die handhawing van die internasionale vrede en veiligheid) en wat aangewend moet word om uitvoering te gee aan sy besluite. Hy kan ook ledestate oproep om dié maatreëls toe te pas. Dit was juis kragtens hierdie artikel dat die Internasionale Straftribunaal vir Rwanda en die Internasionale Straftribunaal vir die voormalige Joego-Slawië ingestel is. Moet dié twee nie verwar met die Internasionale Strafhof nie, wat by verdrag ingestel is. Aan die einde van hierdie onderwerp bekyk ons dié drie van nader.

Daar is ook ander gespesialiseerde howe, tribunale en komitees wat onder ’n bepaalde verdragsregime of vir ’n bepaalde streek tot stand gebring is. Voorbeelde sluit in die Liggaam vir Geskilbeslegting wat onder die sambreel van die Wêreldhandelsorganisasie ingestel is, die Europese Menseregtehof en die Menseregtekomitee, wat toesig hou oor die toepassing van die bepalings van die Internasionale Verbond insake Burger- en Politieke Regte (ICCPR — International Covenant on Civil and Political Rights). Die Menseregtekomitee kan byvoorbeeld petisies van individue oorweeg (kragtens die Eerste Opsionele Protokol) of geskille tussen lidstate vriendskaplik besleg (ooreenkomstig ’n opsionele stelsel). Geskilbeslegting in die internasionale reg is ’n enorme onderwerp. Ongelukkig laat die tyd ons nie toe om

meer te doen as om sommige van bogenoemde prosedures en forums wat ontwerp en/of ingestel is om internasionale geskille by te lê, kortliks te noem nie.

4.2 NIEBEREGTINGSMETODES VAN GESKILBESLEGTING

In die meeste gevalle van 'n meningsverskil tussen twee state sal hulle 'n onderhandelingsproses begin ten einde tot 'n ooreenkoms te geraak. Trouens, dit is verpligtend dat hulle dit doen; die bestaan van so 'n verpligting is deur die IGH herhaal in die *North Sea Continental Shelf*-sake. Voorts moet die partye hulle gedra op 'n wyse wat die onderhandelinge sinvol sal maak en (in die woorde van die hof) —

which will not be the case when either of them insists upon its own position without contemplating any modification of it. [*Ons vertaling*: wat nie die geval sal wees as enig een van hulle op sy eie standpunt aandring sonder om 'n moontlikheid van die wysiging daarvan te oorweeg nie.]

Die onderhandelinge word meestal langs die diplomatieke kanaal gedoen. Onderhandelinge word dikwels in verdrae genoem as die eerste stap ingeval 'n geskil ontstaan. Indien daar 'n derde party is wat die strydende partye na die onderhandelingsstafel probeer bring, praat ons van die "vriendskaplike tussenkoms" (*good offices*) van daardie party. Daarbenewens sal die derde party 'n algemene raamwerk vir skikking voorstel.

Die proses van bemiddeling behels 'n derde party, maar in hierdie geval is die derde party aktief betrokke by 'n poging om die standpunte en aansprake van die strydende state te versoen. In die Afrika-streek het Suid-Afrika in hierdie opsig 'n belangrike rol gespeel — dink byvoorbeeld aan die vredes pogings van ons presidente in die DRK, die Ivoorkus en Zimbabwe.

Nog 'n metode is versoening, in welke geval 'n versoeningskommissie die aansprake van die partye ondersoek en voorstelle vir 'n vriendskaplike skikking doen. Indien hulle nie kan ooreenkoms nie, stel die kommissie 'n verslag op waarin sy waarnemings, gevolgtrekkings en aanbevelings uiteengesit word. Die inhoud van die verslag is egter nie vir die partye bindend nie.

'n Kommissie van ondersoek is 'n feitekommissie wat probeer om getuies te ondervra en/of gebiede te besoek waar die internasionaalregtelike reël na bewering geskend is, ten einde die feite met betrekking tot 'n geskil vas te stel.

Laastens kan die state ook besluit om hulle tot arbitrasie te wend. Die Internasionale Regskommissie het "arbitrasie" soos volg gedefinieer:

[the] procedure for the settlement of disputes between states by a binding award on the basis of law and as a result of an undertaking voluntarily accepted. [*Ons vertaling*: Die prosedure vir die skikking van geskille tussen state deur 'n bindende toekenning op grond van die reg en as gevolg van 'n onderneming wat vrywillig aanvaar is.]

Die Permanente Arbitrasiehof is 'n liggaam wat kragtens die Haagse Konvensies insake die Vreedsame Skikking van Internasionale Skille (1899 en 1907) tot stand gebring is. Die doel daarvan was om 'n liggaam van vooraanstaande juriste in te stel (gelys deur die verskillende staatpartye by die Konvensie) waaruit state arbiters kan kies om hulle geskille by te lê. Dit bestaan vandag nog vir staatpartye en vanselfsprekend berus dit op die gewilligheid en instemming van die staatpartye by die Konvensie om hulle aan die arbitrasie te onderwerp. Hulle moet voorts ooreenkoms —

- op die identiteit van die arbiters
- op die inhoud van die regspraak of -vrae

- op die regsreëls wat op die geskil van toepassing is (dit is nie noodwendig die reëls van die internasionale reg nie)
- op die tydsraam waarbinne die toekenning gemaak moet word
- dat die toekenning finaal en bindend sal wees

Die ooreenstemming oor hierdie aangeleenthede word vervat in 'n dokument wat 'n *compromis* genoem word.

4.3 BERECHTINGSMETODES VAN GESKILBESLEGTING

4.3.1 DIE INTERNASIONALE GERECHSHOF

Die Internasionale Gerechshof (IGH) is die regsprekende orgaan van die VN en sy prosedures word gereël deur die Statuut van die IGH. Die hof bestaan uit 15 regters wat "die belangrikste beskawingsvorme" en die belangrikste regstelsels van die wêreld verteenwoordig. Die regters word deur die AV en die VR gekies en beklee hulle amp vir nege jaar. Die hof self verkies die regter-president van die IGH, wat sy of haar amp vir drie jaar beklee en 'n beslissende stem het.

Nege regters maak 'n kworum uit en alle beslissings word by meerderheidstem van die teenwoordige regters gemaak.

Daar word van die regters verwag om hulle aan 'n saak te onttrek as hulle as regsadviseurs of in enige ander hoedanigheid vir een van die partye in die geskil opgetree het. Die blote feit dat 'n regter se land van herkoms een van die partye is, maak egter nie gronde vir onttrekking uit nie. Trouens, 'n staat kan een van sy burgers as 'n *ad hoc*-regter aanstel om vir die saak te sit. België het byvoorbeeld Christene van den Wyngaerd as 'n *ad hoc*-regter aangestel in die *Arrest Warrant*-saak.

Twee tipes verrigtinge kan voor die IGH aanhangig gemaak word:

1. Omstrede verrigtinge wanneer daar 'n geskil tussen twee (of meer) staatpartye is. In sulke sake sal die hof uitspraak lewer wat vir die partye bindend is. (Onthou Artikel 59 en wat ons oor presedente in die internasionale reg gesê het in onderwerp 1.)
2. Verrigtinge wat adviserende opinies vereis oor vraagstukke van die internasionale reg wat deur bestaande VN-organe of die VN se gespesialiseerde agentskappe na hom verwys is. Die opinies is nie bindend nie.

Artikel 34 van die Statuut bepaal dat slegs state partye mag wees in sake wat voor die IGH dien, hoewel die hof organisasies kan versoek om inligting aan hom voor te lê.

Nog 'n belangrike vraagstuk is dié van jurisdiksie. Dit is baie belangrik om te onthou dat state moet instem tot die jurisdiksie van die IGH. Artikel 36(1) bepaal dat die IGH jurisdiksie het in alle sake —

... which states in a dispute may agree to ... and all matters specifically provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force.
 [Ons vertaling: ... waartoe die staatpartye in 'n geskil instem, en tot alle kwessies wat in die besonder genoem word in die Handves van die Verenigde Nasies of geldende verdrae en konvensies.]

State kan 'n bestaande geskil na die IGH verwys wanneer hulle 'n spesiale ooreenkoms (*compromis*) te dien effekte bereik het. Die hof kan moontlik ook jurisdiksie uitoefen wat stilswyend inbegrepe is (*forum prorogatum*). Dit gebeur wanneer een staat die verrigtinge aanhangig gemaak en tot die hof se jurisdiksie

ingestem het, terwyl die ander staat nie sy instemming uitgespreek het nie, maar op so 'n wyse opgetree het dat sy instemming afgelei kan word. Voorts bepaal Artikel 36(2) soos volg:

[T]he state parties to the present Statute may at any time declare that they recognise as compulsory *ipso facto* and without special agreement, in relation to any other state accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning:

- a. the interpretation of a treaty;
- b. any question of international law;
- c. the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation;
- d. the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation.

[Ons vertaling: Die State wat party by hierdie Statuut is, kan te alle tye verklaar dat hulle *ipso facto* en sonder besondere ooreenkoms, teenoor elke ander Staat wat hierdie selfde verpligting aanvaar, die jurisdiksie van die Hof as verpligtend aanvaar ten aansien van alle regsgelesse betreffende:

- a. die uitleg van 'n verdrag;
- b. elke vraag van internasionale reg;
- c. die bestaan van enige feit wat, indien vasgestel, 'n skending van 'n internasionale verpligting sou oplewer;
- d. die aard en die omvang van die skadeloosstelling wat verskuldig is vir die skending van 'n internasionale verpligting.

Hierdie artikel maak voorsiening daarvoor dat state die hof se jurisdiksie by verklaring kan aanvaar. Sodanige aanvaarding kan onvoorwaardelik wees, maar dit word gewoonlik aan sekere voorwaardes onderworpe gestel en werk op die grondslag van wederkerigheid met betrekking tot sekere state en wel oor 'n sekere onderwerp en vir 'n beperkte tyd. Derhalwe kan 'n staat wat so 'n verklaring gedoen het, 'n ander staat (wat dieselfde verpligting aanvaar het) voor die IGH daag.

Laastens word die vonnisse van die hof slegs vir die betrokke partye bindend, dit wil sê daar is geen presedentestelsel nie.

4.3.2 INTERNASIONALE STRAFREG: HOWE EN TRIBUNALE

4.3.2.1 ALGEMEEN

Toe ons die internasionale regspersoonlikheid van individue bespreek het, het ons genoem dat daar internasionale howe en tribunale is wat die jurisdiksie het om persone te verhoor wat daarvan beskuldig word dat hulle oorlogsmisdade, misdade teen die mensdom of volksmoord gepleeg het. Voorbeelde sluit die Neurenberg- en die Tokio-verhore ná die Tweede Wêreldoorlog in, asook die Internasionale Straftribunaal vir die voormalige Joego-Slawië, die Internasionale Straftribunaal vir Rwanda en die hibriede Sierra Leone-Tribunaal. Die internasionale gemeenskap het dus al geruime tyd met die idee van 'n permanente internasionale strafhof gespeel. Dit het in 2002 'n werklikheid geword. Sommige van hierdie howe en tribunale word hieronder bespreek.

4.3.2.2 DIE ISTJ EN DIE ISTR

Die Internasionale Straftribunaal vir die voormalige Joego-Slawië (ISTJ);

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTY) is by VR-Resolusie 827/1993 ingestel. Die Internasionale Straftribunaal vir Rwanda (ISTR; *International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR*) is by VR-Resolusie 955/1994 ingestel. Albei howe is ingestel kragtens Artikel 41 van die VN-Handves. Hulle was *ad hoc*-tribunale wat vir spesifieke doeleindes ingestel is, naamlik die verhoor van individue wat verantwoordelik was vir gruweldade wat in onderskeidelik die voormalige Joego-Slawië en Rwanda gepleeg is. Die tribunale het 'n gemeenskaplike appèlafdeling en hulle statute is grotendeels identies.

Die ISTJ het jurisdiksie om aanklagte van volksmoord, oorlogsmisdade en misdade teen die mensdom te verhoor. Die ISTR het jurisdiksie oor volksmoord, misdade teen die mensdom en die skending van die reëls betreffende nie-internasionale gewapende konflik. Albei tribunale geniet jurisdiksionele voorrang, dit wil sê nasionale howe het konkurrente jurisdiksie, maar in die geval van botsing sal die geskil voor die ISTJ of die ISTR aangehoor word.

4.3.2.3 DIE INTERNASIONALE STRAFHOF

In 1998 is die Statuut van Rome oor die Internasionale Strafhof ("die Statuut van Rome") voltooi. Dit het op 1 Julie 2002 in werking getree. Die Internasionale Strafhof (ISH) het nie jurisdiksie oor internasionale verdragsmisdrywe soos aanvanklik beoog is nie, maar slegs oor die volgende:

- Volksmoord (Artikel 6), wat insluit die doodmaak van of die veroorsaking van ernstige liggaamlike of verstandelike letsels aan lede van 'n bepaalde etniese, rasse- of godsdienstige groep.
- Misdade teen die mensdom (Artikel 7), wat insluit gruweldade soos marteling, verkragting en slawerny wat deel uitgemaak het van 'n wyd verspreide, stelselmatige praktyk gemik teen die burgerlike bevolking, ongeag of dit gepleeg is in tye van oorlog of vrede.
- Oorlogsmisdade (Artikel 8), met inbegrip van ernstige skendings van die Geneefse Konvensies wat geskied het gedurende internasionale gewapende konflik, asook ander ernstige skendings van die reg en gewoontes wat geld in gewapende konflik wat nie van internasionale aard is nie (hoewel situasies van interne onrus en spanning uitgesluit is).
- Daarbenewens het die ISH jurisdiksie oor die misdaad van aggressie, maar daar is nog nie 'n woordoms krywing daarvoor opgestel nie.

Ingevolge Artikels 12 tot 15 van die Statuut van Rome mag die ISH 'n saak aanhoor slegs indien —

- die beskuldigde 'n burger van 'n staatsparty is (nasionaliteit)
- die misdaad op die grondgebied van 'n staatsparty gepleeg is (territorialiteit)
- 'n staat wat nie 'n party is nie, die hof se jurisdiksie aanvaar, mits die misdaad op sy grondgebied of deur een van sy burgers gepleeg is
- die VR van die VN ingevolge Hoofstuk VII handel en 'n situasie van die aanklaer verwys

Nog iets wat u moet onthou is dat die ISH (in teenstelling met die ISTJ en ISTR) ingevolge Artikel 17 van die Statuut van Rome komplementêre jurisdiksie het, dit wil sê hy sal jurisdiksie hê slegs indien die betrokke staat nie kan of wil vervolg nie.

Suid-Afrika is 'n party by die Statuut en het die Statuut by sy reg ingelyf ingevolge die Wet op die Implementering van die Statuut van Rome oor die Internasionale Strafhof 27 van 2002.

STUDIE-EENHEID 5

ASSESSERING

5.1 INLEIDING

Soos vantevore word hier vir u formatiewe oefeninge oor hierdie onderwerp gegee. Terwyl u dit doen, moet u probeer om die skakels met die vorige onderwerpe te sien en so 'n meer holistiese indruk van die kursus te verkry.

U word aangemoedig om verder te gaan as net die studiemateriaal vir hierdie kursus.

5.2 PRAKTIESE OEFENINGE



Praktiese oefening 1

Evalueer al die afdwingingsmeganismes wat hierbo bespreek is en stel vas of, en indien wel, in watter mate, hulle oënskynlik strydig is met die beginsel van *nemo iudex in sua causa*.



Praktiese oefening 2

Op 11 September 2001 het Islamitiese ekstremiste twee passasiersvliegtuie in die World Trade Center in New York, VSA, laat vasvlieg en so die hart van Manhattan verwoes en duisende onskuldige Amerikaanse burgerlikes laat sterf. Die VSA het hierop gereageer deur teen terrorisme "oorlog" te verklaar en Afghanistan, waar die leiers van die betrokke Islamitiese groep hulle skuil gehou het, gebombardeer.

Evalueer die gepastheid van die Amerikaanse reaksie ten opsigte van die vereistes wat die internasionale reg stel vir die volgende afdwingingsmaatreëls:

- (a) weerwraak
- (b) selfverdediging



Praktiese oefening 3

Staat X hou 50 burgers van staat Y op sy grondgebied gyselaar. Ondanks herhaalde versoeke deur staat Y, weier X om die gyselaars vry te laat. In 'n poging om hulle vrylating te bewerkstellig, staak Y eers die uitvoer van sekere goedere na staat X. Dit het egter geen uitwerking nie, en toe bevries Y al X se bates in staat Y. Toe dit ook geen vrugte dra nie, plaas Y 'n algehele verbod op uitvoer na en invoer uit X, staak alle hulp en sit al X se diplomate uit die land uit en roep terselfdertyd sy eie gesante uit staat X terug. Staat Y doen 'n beroep op sy bondgenote om dieselfde te doen. Toe ook dit nie tot die vrylating van die gyselaars lei nie, besluit staat Y se bondgenote gesamentlik om ook alle uitvoer na staat X te staak.

Identifiseer elk van die afdwingingsmaatreëls wat tot dusver toegepas is en bespreek dit kortliks. Dui aan watter verdere stappe, as daar is, staat Y kan probeer doen om die veiligheid en vrylating van sy burgers wat onregmatig in staat X aangehou word, te verseker.



Praktiese oefening 4

Vergelyk die instelling en jurisdiksie van die Internasionale Straftribunaal vir die voormalige Joego-Slawië, die Internasionale Straftribunaal vir Rwanda en die Internasionale Strafhof.



Praktiese oefening 5

State A en B is buurstate. Die grens van staat A het die vesting geword van 'n sekere militante groep, Z, wat deur staat X ondersteun word. X koester sterk anti-B-menings. Die regering van staat A voer aan dat hy te swak is om Z te ontwapen. Z-lede hou aan om wapens te bekom en sterk vestings aan die grens te vestig. Op 'n dag ontvoer 'n klompie lede van Z twee soldate van staat B. Staat B val staat A binne en bombardeer die grensgebied en omgewing in die hoop om Z op sy knieë te kry. Evalueer die regmatigheid, al dan nie, van staat B se optrede.

ONDERWERP 6

DIE INTERNASIONALE REG IN DIE LANDSREG

In hierdie onderwerp bespreek ons die volgende:

Studie-eenheid 1: Inleiding

- 1.1 'n Woord van waarskuwing
- 1.2 Agtergrond
- 1.3 Die internasionale reg in die bedeling van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika: regstreekse en onregstreekse toepassing

Studie-eenheid 2: Regstreekse toepassing: verdrae in die Suid-Afrikaanse reg

- 2.1 Inleiding
- 2.2 Verdrae voor 1993
- 2.3 Verdrae in die bedeling van die tussentydse Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993
- 2.4 Verdrae in die bedeling van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996
 - 2.4.1 Internasionale ooreenkoms
 - 2.4.2 Artikel 231(1) — 1996
 - 2.4.3 Artikel 231(2) — 1996
 - 2.4.4 Artikel 231(3) — 1996
 - 2.4.5 Artikel 231(4) — 1996
 - 2.4.6 Artikel 231(5) — 1996

Studie-eenheid 3: Regstreekse toepassing: internasionale gewoontereg in die Suid-Afrikaanse reg

- 3.1 Inleiding
- 3.2 Internasionale gewoontereg in die bedeling van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996
- 3.3 Die rol van die howe in die toepassing van artikel 232
 - 3.3.1 Algemene kenmerke van die internasionale gewoontereg wat voor die 1993-Grondwet deur die howe geïdentifiseer is

Studie-eenheid 4: Onregstreekse toepassing: artikel 39

- 4.1 Inleiding
- 4.2 Artikel 39 van die Grondwet
- 4.3 Wat is die volkereg in artikel 39(1)?
- 4.4 Waar tref 'n mens die internasionale reg aangaande menseregte aan?
 - 4.4.1 Internasionale dokumente — verdrae
 - 4.4.2 Landshowe se vertolking van hul eie menseregtebepalings
 - 4.4.3 Gewoonteregtelike internasionale reg aangaande menseregte
 - 4.4.4 Sagte reg
- 4.5 Artikel 39(2)
- 4.6 Oplossing van 'n probleem in die internasionale reg aangaande menseregte

Studie-eenheid 5: Onregstreekse toepassing: artikel 233

Studie-eenheid 6: Assessering



U moet die volgende bronne bestudeer:

- Artikels 39, 231, 232 en 233 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996
- Dugard, 3de uitgawe, hoofstuk 4, gelees met die Suid-Afrikaanse voorbeelde wat hy bespreek in hoofstuk 19, wat u in onderwerp 2 bestudeer het
- Dugard, 3de uitgawe, hoofstuk 25, pp 556-568, wanneer artikel 39 van die Grondwet behandel word
- Botha, N, & Olivier, ME. 2004. "Ten years of international law in the South African courts: reviewing the past and assessing the future". *South African Yearbook of International Law*. 29:42-77.

STUDIE-EENHEID 1

INLEIDING

1.1 'N WOORD VAN WAARSKUWING

Hier gaan ons nie doekies omdraai nie:

- Dit is 'n baie belangrike deel van die kursus. Daar word van u verwag om dit in besonderhede te ken, om al die bepalings in praktiese situasie te kan toepas en om hulle te vergelyk, te ontleed en te bespreek vanuit sowel 'n teoretiese as praktiese perspektief.
- Die bepalings van die Grondwet met betrekking tot die internasionale reg is van die moeilikstes in die Grondwet. Ons sê dit nie om u af te skrik nie, maar om u aan te moedig om hierdie onderwerp ernstig op te neem en genoeg tyd en aandag daaraan te wy.
- In die eksamen sal daar 'n belangrike vraag oor hierdie deel van die werk gestel word. Dié vraag — hetsy in die vorm van 'n probleem of 'n meer teoretiese vraag — sal vereis dat u die Grondwetlike bepalings verstaan en kan toepas, en nie net kan weergee nie.

1.2 AGTERGROND

Wanneer 'n voorsittende beampte gevra word om 'n saak te beslis, moet hy/sy die regsbeginsels wat hy/sy moet toepas om die probleem op te los, iewers kan kry. Gewoonlik is die stelsel wat hy/sy sal moet toepas, sy/haar eie nasionale reg. In die geval van 'n Suid-Afrikaanse hof sal die grondslag van die hof se beslissing gevind kan word in die parlamentswette, die gemene reg (Romeins-Hollandse reg) en/of presedente. Dit lewer nie juis probleme nie.

Maar wat nou as die reëls wat ter sake is, nie bloot dié van 'n bepaalde land of regstelsel is nie, maar voortspruit uit en deel uitmaak van die internasionale reg? Op watter grondslag moet die regter dan hierdie reëls eerder as of saam met die reëls van sy/haar eie jurisdiksie toepas? Of 'n regter die internasionale reg in sy/haar eie landsregstelsel mag toepas, en indien wel, in watter mate, hang grotendeels af van die status wat daardie stelsel aan die internasionale reg verleen. Indien die internasionale reg beskou word as deel van die betrokke staat se landsreg, is daar nie 'n probleem nie en kan die hof dit naas wetgewing, die gemene reg en presedente toepas. As die staat egter die internasionale reg en die nasionale reg as twee afsonderlike "stelsels" beskou, is daar wel 'n probleem. Daar moet die een of ander prosedure wees waarvolgens die hof gemagtig word om die reëls van die een stelsel binne die ander stelsel toe te pas. U sal dus begryp waarom dit belangrik is om die verhouding tussen die internasionale reg en die nasionale reg te bepaal.

Voordat die Grondwet die posisie van die internasionale reg bepaal het, was daar 'n duidelike onderskeid tussen die posisie van verdrae en dié van die internasionale gewoontereg. Verdrae moes deur wetgewing tot Suid-Afrikaanse reg getransformeer word voordat dit nasionaal van krag was. Dit het uitdrukking gegee aan die posisie in die Engelse reg en het grotendeels op presedente berus. Die toonaangewende saak in hierdie opsig is *Pan American World Airways Incorporated v SA Fire and Accident Insurance Co Ltd* 1965 3 SA 150 (A).

Gewoonte was 'n groter probleem, en die howe en skrywers het geworstel met die vraag van hoe hierdie reg deur die howe gebruik kon word en wat die wisselwerking daarvan met die verskillende elemente van die Suid-Afrikaanse reg was wanneer dit wel van toepassing was. Dugard (3de uitg, 47–54) behandel hierdie aspek van die vraagstuk en bied 'n interessante agtergrond vir u bestudering van die huidige posisie.

U moet kennis dra van die drie teorieë oor die verhouding tussen die internasionale en die nasionale reg, naamlik monisme, dualisme en harmoniëring. Hoewel die praktiese toepassing daarvan nou beperk is, verskaf dit 'n ryk agtergrond vir teoretiese ontleding. Is die benadering wat die Grondwet voorstaan, byvoorbeeld wesenlik monisties, dualisties of iets tussenin? Dié vraag is in 'n onlangse eksamen gevra.

1.3 DIE INTERNASIONALE REG IN DIE BEDELING VAN DIE GRONDWET VAN DIE REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA: REGSTREEKSE EN ONREGSTREEKSE TOEPASSING

Toe die tussentydse Grondwet (Wet 200 van 1993) op 27 April 1994 in werking getree het, het dit 'n nuwe fase vir die internasionale reg in ons land ingelui. Vir die eerste keer is die internasionale reg uitdruklik in 'n Suid-Afrikaanse grondwet erken. Trouens, dit is nie bloot erken nie: 'n wesenlike rol is daaraan toegeken. En net toe ons gewoon begin raak aan die 1993-bepalings, tree die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, op 4 Februarie 1997 in werking. Dit het die rol van die internasionale reg in ons reg verder versterk. Die gevolg is dat geen regspraktisyn, in watter hoedanigheid ook al, vandag doeltreffend kan funksioneer sonder 'n basiese kennis van die internasionale reg nie.

Voordat ons aandag gee aan die spesifieke bepalings van die Grondwet wat oor die internasionale reg handel, noem ons 'n paar algemene punte oor die funksie wat die Grondwet aan die internasionale reg toeken, waarop u moet let.

In die Grondwet word 'n tweeledige rol aan die internasionale reg (die Grondwet gebruik die term "volkereg") toegeken. Eerstens is daar die bepalings wat die howe magtig om internasionaalregtelike reëls as reg toe te pas. Die howe pas dus die internasionale reg regstreeks toe. In dié opsig gaan ons konsentreer op verdrae (a 231) en gewoonte (a 232).

Die internasionale reg verkry egter ook 'n tweede, en moontlik selfs belangriker, funksie as 'n hulpmiddel by die uitleg van bepalings van die Grondwet (a 39) of van wetgewing in die algemeen (a 233).

In die eerste geval het ons te doen met 'n regstreekse toepassing van internasionaalregtelike beginsels, óf omdat dit deel van ons reg is (gewoonte), óf omdat dit deur 'n bepaalde proses deel van ons reg geword het (verdrae). In die tweede geval pas die howe egter nie die internasionale reg as sodanig toe nie. Wat hulle wel doen, is om Suid-Afrikaanse reg teen die internasionale reg te toets ten einde die betekenis van bepalings van ons reg te bepaal. In sommige gevalle is die internasionale reg bloot "adviserend" (a 39), maar soms bepaal dit die betekenis wat aan die bepaling geheg moet word (a 233). Die inhoud van bestaande Suid-Afrikaanse reg word bepaal met verwysing na die volkereg.

Hoe dit ook al sy, u as praktisyn moet óf die internasionale reg kan begryp en toepas (as u die voorsittende beampte is), óf dit kan begryp en aanbied (as u vir die staat of die verdediging verskyn).

Ter samevatting: Die toepassing van die internasionale reg in die Suid-Afrikaanse reg val in twee breë kategorieë uiteen:

- (1) regstreekse toepassing van volkeregtelike beginsels, en
- (2) toepassing as deel van die uitlegproses.

STUDIE-EENHEID 2

REGSTREEKSE TOEPASSING: VERDRAE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

2.1 INLEIDING

Die belangrikste bron van die internasionale reg is natuurlik verdrae. Die posisie van verdrae in ons reg was nog altyd redelik ongekompliseerd. Die algemene reël wat feitlik sonder uitsondering gegeld het, was dat verdrae, ten einde deel van ons nasionale reg te word en so vir die howe beskikbaar te word, by wet tot deel van ons reg verorden moes word.

Die tussentydse Grondwet (1993) het ons reg met betrekking tot verdrae radikaal verander. Die bepalings is nie toonbeelde van helderheid nie, soos u hieronder sal sien. As dit egter vir u ingewikkeld lyk, wag tot u die bepalings hieroor in die huidige Grondwet (1996) sien! Terwyl daar nog nie juis hofuitsprake is wat hierdie bepalings uitlê nie, is die meeste van wat ons hier sê, noodwendig spekulatief.

Dit is een geval waarin u die voorgrondwetlike posisie, die posisie in die bedeling van die 1993-Grondwet en die posisie in die bedeling van die 1996-Grondwet moet ken. Ons probeer u nie deurmekaar maak of straf deur dit van u te vereis nie. Die rede lê in artikel 231(5), wat soos volg lui:

Die Republiek word gebind deur internasionale ooreenkomste wat die Republiek by die inwerkingtreding van hierdie Grondwet gebind het.

'n Verdrag (dws 'n internasionale ooreenkoms) wat vir die Republiek bindend was by die inwerkingtreding van die 1996-Grondwet (op 4 Februarie 1997), kon natuurlik aangegaan gewees het in die tyd voordat verdrae deur die Grondwet gereël is, of dit kon aangegaan gewees het in die bedeling van die 1993-Grondwet. Dit is dus nodig om te weet watter verdrae bindend was en hoe hulle bindend geword het in elk van hierdie grondwetlike bedelings.

2.2 VERDRAE VOOR 1993

Voor die inwerkingtreding van die tussentydse Grondwet was die bedinging en ondertekening van verdrae 'n prerogatiewe handeling van die uitvoerende gesag waarin die wetgewende en die regsprekende gesag geen rol gespeel het nie. Dit beteken dat indien die uitvoerende gesag 'n verdrag met 'n vreemde land gesluit het wat die lewens van die burgers van Suid-Afrika geraak het, hy effektief wette gemaak het. Wat dan van die skeiding van magte?

Om dié rede kon die uitvoerende gesag in Suid-Afrika (soos in die Engelse reg) die staat internasionaal bind deur 'n verdrag te sluit, maar daardie verdrag sou nie in die staat se nasionale reg van krag gewees het nie, tensy dit deur wetgewing by die Suid-Afrikaanse reg geïnkorporeer is. Op hierdie wyse is die regte van die burgers beskerm, in die sin dat verdrae ook deur die wetgewende proses gegaan het voordat dit ter beskikking van die hof was. Dit was egter die uitvoerende gesag wat besluit het of 'n verdrag vir inkorporering aangebied sou word, al dan nie.

Die belangrikste saak oor die nodigheid van die inkorporering van verdrae is

Pan American World Airways Incorporated v SA Fire & Accident Insurance Co Ltd 1965 3 SA 150 (A), waarin die hof soos volg bevind het:

[I]n this country the conclusion of a treaty ... by the South African government with any other government is an executive and not a legislative act. As a general rule, the provisions of an international instrument so concluded, are not embodied in our law except by legislative process ... In the absence of any enactment giving [its] relevant provisions the force of law, [it] cannot affect the rights of the subject.

Hoe vind die transformasie van 'n internasionale instrument wat slegs op internasionale vlak bindend is, na 'n stuk Suid-Afrikaanse wetgewing met 'n nasionale uitwerking plaas? Daar is hoofsaaklik die volgende drie metodes:

- (1) Die bepalings van die verdrag word herskryf in 'n parlements-wet, soos byvoorbeeld die Wet op Misdrywe teen Burgerlike Lugvaart 10 van 1972.
- (2) Die verdrag word verorden as 'n bylae by 'n parlements-wet, soos byvoorbeeld die Wet op Diplomatieke Immunitate en Voorregte 37 van 2001
- (3) 'n Parlements-wet kan bepaal dat 'n verdrag geïnkorporeer word wanneer dit in die *Staatskoerant* gepubliseer word, soos byvoorbeeld artikel 108 van die Inkomstebelastingwet 58 van 1962.

'n Interessante vraag wat hier ontstaan, is of die blote publikasie van 'n verdrag beskou kan word as inkorporering. In *S v Tuhadeleni* 1969 1 SA 153 (A) is aangevoer dat die publikasie van die "Mandaat vir Suidwes-Afrika" in Suidwes se ekwivalent van Suid-Afrika se *Staatskoerant* op inkorporering neergekom het. Die Appèlafdeling het bevind dat dit nie so was nie. In *Binga v Cabinet for South West Africa* 1988 3 SA 155 (A) het die Appèlafdeling egter, sonder om die aangeleentheid te beslis, vir doeleindes van die saak aanvaar dat die Mandaat wel geïnkorporeer is.

2.3 VERDRAE IN DIE BEDELING VAN DIE TUSSENTYDSE GRONDWET VAN DIE REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA 200 VAN 1993

Voordat ons hierdie aangeleentheid ernstig begin bespreek, moet u asseblief sorg dat u noukeurig onderskei tussen die bepalings van die 1993-Grondwet, wat ons hier bespreek, en dié van die 1996-Grondwet, wat daarna aan bod kom. Die 1993-Grondwet 'n enkele artikel, naamlik artikel 231, aan die internasionale reg — sowel verdrae as gewoontereg — afgestaan. Die 1996-Grondwet verdeel dié twee: verdrae is steeds artikel 231, maar gewoontereg word nou in artikel 232 behandel.

Dit kan nogal verwarrend wees. So byvoorbeeld geskied die inkorporering van verdrae ingevolge artikel 231(3) van die 1993-Grondwet, terwyl dit tans ingevolge artikel 231(4) van die 1996-Grondwet gedoen word. In die 1993-Grondwet het artikel 231(4) weer te doen met die gewoontereg, wat in die 1996-Grondwet onder artikel 232 ressorteer. Maak dus seker met watter Grondwet u te doen het wanneer u die sake lees, en veral wanneer u vrae beantwoord. As ons 'n vraag sou vra oor gewoontereg soos dit tans geld en u hou aan praat van artikel 231(4), kan ons u ongelukkig nie daarvoor krediet gee nie.

Artikel 231 (2) en (3) het die posisie met betrekking tot verdrae ingevolge die Grondwet, 1993, gereël. Dié subartikels lui soos volg:

- 231 (2)** Die Parlement is, behoudens hierdie Grondwet, bevoeg om toe te stem tot die bekragtiging van of toetrede tot 'n internasionale ooreenkoms wat ingevolge artikel 82(1)(i) onderhandel en onderteken is. [*Engelse teks:* Parliament shall, subject to this Constitution, be competent to agree to the ratification of or accession to an international agreement negotiated and signed in terms of section 82(1)(i).]
- (3) Waar die Parlement kragtens subartikel (2) toestem tot die bekragtiging van of toetrede tot 'n internasionale ooreenkoms, is so 'n internasionale ooreenkoms bindend vir die Republiek en maak dit deel uit van die reg van die Republiek, mits die Parlement uitdruklik aldus bepaal en die ooreenkoms nie met hierdie Grondwet onbestaanbaar is nie. [*Engelse teks:* Where Parliament agrees to the ratification of or accession to an international agreement under subsection (2), such international agreement shall be binding on the Republic and shall form part of the law of the Republic, provided Parliament expressly so provides and such agreement is not inconsistent with this Constitution.]

Soos in die geval van ons vorige Grondwette beding en onderteken die President internasionale ooreenkomste (a 82(1)(i)). Artikel 231(2) bepaal egter nou dat die Parlement (dws sowel die Nasionale Vergadering as die Nasionale Raad van Provinsies) besluit oor die "bekragtiging van of toetrede tot" verdrae. (Onthou u nog wat dié twee terme beteken? U het dit in onderwerp 2 geleer.) Dit gee aan die Parlement 'n rol wat hy vantevore nie gehad het nie. Die binnelandse uitwerking van verdrae is nou in die hande van die wetgewer eerder as dié van die uitvoerende gesag, soos in die vorige bedeling.

Bekragtiging (*ratification*) neem hier twee vorme aan. Eerstens is daar "internasionale bekragtiging". Dit is van toepassing op die verdrae wat benewens ondertekening ook bekragtiging vereis om hulle internasionaal in werking te stel. Dit verleen egter nie aan die verdrag toepassing in die nasionale reg nie. Die verdrag verkry toepassing in die nasionale reg kragtens "grondwetlike bekragtiging", waarvoor artikel 231(3) voorsiening maak.

Hierdie bekragtiging — hoewel nie heeltemal die formele statutêre inlywing van voor die 1993-Grondwet nie — moet nietemin "uitdruklik aldus bepaal" word.

Nasionale/grondwetlike bekragtiging — wat, soos u sal onthou, die stap is wat die verdrag vir 'n Suid-Afrikaanse hof beskikbaar stel — geskied wanneer die Parlement "uitdruklik aldus bepaal". Hoe doen die Parlement dit? Soos seker verwag kon word, was internasionaliste in die land verdeel oor dié vraag:

- Een groep (insluitende Dugard en Botha) het gemeen dat die situasie geliberaliseer is en dat 'n blote verklaring deur die Parlement voldoende sou wees om aan hierdie

maatstaf te voldoen. Dit was trouens ook die prosedure wat die Parlement in 'n paar gevalle gevolg het.

- Die ander groep (waarvan Devine die belangrikste voorstander was) het aangevoer dat dit 'n handhawing van die *status quo* (die bestaande posisie) was en dat wetgewing deur die Parlement steeds nodig was.

Aangesien daar geen gerapporteerde sake oor die aangeleentheid was nie, bly dit 'n ope vraag. U moet egter van die verskillende vertolkings bewus wees, want, wie weet, dalk is u juis die regsgeleerde wat in die een of ander saak die punt moet beredeneer!

Nog 'n gevolg van die verdragsbepalings in artikel 231 (1993) is dat daar nou onderskei sal moet word tussen verdrae van voor en ná die Grondwet. Verdrae van voor die Grondwet het nie Parlementêre toestemming nodig nie, maar wel statutêre inlywing. Verdrae van ná die Grondwet vereis Parlementêre toestemming, maar nie statutêre inlywing nie. Dit is 'n onderskeid wat in gedagte gehou moet word wanneer 'n mens 'n verdrag wat onder die tussentydse Grondwet ressorteer, voor 'n hof ter sprake bring.

Nog iets wat genoem moet word met betrekking tot verdrae en artikel 231, is dat dié artikel slegs verdrae noem wat bekragtiging vereis. Daar is egter ook verdrae wat nie bekragtiging vereis nie en by ondertekening alleen internasionaal van krag word. Wat sulke verdrae betref, word ons in die duister gelaat.

2.4 VERDRAE IN DIE BEDELING VAN DIE GRONDWET VAN DIE REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA, 1996

Die 1996-Grondwet wy 'n afsonderlike artikel, artikel 231, aan "internasionale ooreenkomste". Die artikel lui soos volg:

- 231** (1) Die onderhandeling en ondertekening van alle internasionale ooreenkomste is die verantwoordelikheid van die nasionale uitvoerende gesag. [*Engelse teks: The negotiating and signing of all international agreements is the responsibility of the national executive.*]
- (2) 'n Internasionale ooreenkoms bind die Republiek slegs nadat dit in sowel die Nasionale Vergadering as die Nasionale Raad van Provinsies by besluit goedgekeur is, tensy dit 'n ooreenkoms genoem in subartikel (3) is. [*Engelse teks: An international agreement binds the Republic only after it has been approved by resolution in both the National Assembly and the National Council of Provinces, unless it is an agreement referred to in subsection (3).*]
- (3) 'n Internasionale ooreenkoms van tegniese administratiewe of uitvoerende aard, of 'n ooreenkoms wat nie bekragtiging of toetrede vereis nie, en wat deur die nasionale uitvoerende gesag aangegaan is, bind die Republiek sonder goedkeuring deur die Nasionale Vergadering en die Nasionale Raad van Provinsies, maar moet binne 'n redelike tyd in die Vergadering en die Raad ter tafel gelê word. [*Engelse teks: An international agreement of a technical, administrative or executive nature, or an agreement which does not require either ratification or accession, entered into by the national executive, binds the Republic without approval by the National Assembly and the National Council of Provinces, but must be tabled in the Assembly and the Council within a reasonable time.*]
- (4) 'n Internasionale ooreenkoms verkry regsrag in die Republiek wanneer dit by nasionale wetgewing as wet verorden word; maar 'n direk

uitvoerbare bepaling van 'n ooreenkoms wat deur die Parlement goedgekeur is, verkry regskrag in die Republiek tensy die ooreenkoms met die Grondwet of 'n Parlements-wet onbestaanbaar is. [*Engelse teks:* Any international agreement becomes law in the Republic when it is enacted into law by national legislation; but a self-executing provision of an agreement that has been approved by Parliament is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament.]

- (5) Die Republiek word gebind deur internasionale ooreenkomste wat die Republiek by die inwerking-treding van hierdie Grondwet gebind het. [*Engelse teks:* The Republic is bound by international agreements which were binding on the Republic when this Constitution took effect.]

2.4.1 INTERNASIONALE OOREENKOMS

Voordat ons al hierdie bepalings subartikel vir subartikel aanpak, moet ons eers iets sê oor die gebruik van die term "internasionale ooreenkoms" in plaas van "verdrag".

Die betekenis van "internasionale ooreenkoms" het in *Harksen v President of the RSA A394/99* (CPD) en in *Jürgen Harksen v President of the RSA 41/99* (KH) aan bod gekom. In 'n uitlewering-saak is daar namens Harksen (wat geappelleer het teen sy uitlewering aan Duitsland) aangevoer dat die term "internasionale ooreenkoms" 'n breër strekkende term as die term "verdrag" was en informele ooreenkomste tussen state ingesluit het. Hoewel die Kaapse Provinsiale Afdeling bevind het dat die term informele ooreenkomste kan insluit (sonder dat laasgenoemde gedefinieer is), is dit deur die Konstitusionele Hof verwerp. Volgens die beslissing van die Konstitusionele Hof moet "internasionale ooreenkoms", soos dit in artikel 231 voorkom, dus verstaan word as dat dit "verdrag" beteken soos omskryf in Artikel 2(1) van die Weense Konvensie insake Verdragsreg (WK).

Kom ons ondersoek nou artikel 231 stuk vir stuk.

Wanneer u artikel 231 bestudeer, moet u in u denke 'n onderskeid maak tussen die bepalings wat ter sake is wanneer bepaal moet word of 'n **verdrag Suid-Afrika bind op internasionale vlak** en dié met betrekking tot die vraag of 'n **verdrag binnelands regskrag het**, dit wil sê of 'n landshof die verdrag regstreeks kan toepas. Subartikels (1), (2) en (3) is ter sake wanneer vasgestel moet word of 'n verdrag Suid-Afrika op internasionale vlak bind. Daarenteen dui subartikel (4) aan wanneer 'n verdrag wat Suid-Afrika internasionaal bind, regskrag in Suid-Afrika verkry. Hiervandaan kan ons nou verder gaan.

2.4.2 ARTIKEL 231(1) – 1996

Hierdie artikel bepaal wie verdrae mag beding ("onderhandel") en onderteken. U sal onthou dat hierdie funksie in die 1993-Grondwet aan die President toegewys is behoudens artikel 82(1)(i). Dit het gelei tot aansienlike probleme wanneer verdrae deur een persoon beding en deur 'n ander onderteken is, met albei handeling op verskillende datums voordat en nadat die 1993-Grondwet in werking getree het.

In die praktyk is die President nie die een wat die onderhandelinge voer nie, en hy onderteken ook baie min verdrae self. Hierdie bevoegdheid word aan die Departement van Buitelandse Sake of die lynfunksieminiester verantwoordelik vir die onderwerp van die betrokke verdrag gedelegeer. (Sien onderwerp oor Artikel 7 van die WK.) Die

1996-artikel erken hierdie feit en skakel die probleme uit wat uit die 1993-Grondwet ontstaan het.

2.4.3 ARTIKEL 231(2) – 1996

Hierdie artikel handel oor wat Dugard noem “internasionale bekragtiging” (*international ratification*), dit wil sê die proses waardeur ’n verdrag op internasionale vlak vir Suid-Afrika bindend word.

Die 1996-bepaling vereenvoudig dié van 1993 deur die terme “bekragtiging” en “toetrede” te vervang deur “goedgekeur”. Dit bepaal ook die wyse waarop die goedkeuring moet geskied, naamlik by besluit van albei Huise van die Parlement.

Let asseblief op dat hoewel albei huise van die Parlement die proses moet goedkeur, is dit nie dieselfde as die aanneming van wetgewing nie, wat onderworpe is aan al die prosedures wat die Grondwet onder “Nasionale Wetgewende Proses” (a 73 evv) voorskryf. Goedkeuring kragtens artikel 231(2) stel die verdrag nie in ons nasionale reg in werking nie. As dit sou, waarom sou ons dan artikel 231(4) nodig hê?

2.4.4 ARTIKEL 231(3) – 1996

Dit is hier waar die komplikasies begin.

Eerstens moet ’n mens vier soorte verdrae onderskei:

- (1) tegniese verdrae
- (2) administratiewe verdrae
- (3) uitvoerende verdrae
- (4) verdrae wat nie bekragtiging of toetrede vereis nie

Tweedens, wat hierdie verdrae anders maak, is dat hulle die Republiek op internasionale vlak bind sonder die goedkeuring van die Nasionale Vergadering en die Nasionale Raad van Provinsies. Wat Dugard “internasionale bekragtiging” ooreenkomstig die tussentydse Grondwet noem, word met ander woorde nie vir hierdie vier soorte verdrae vereis nie. Ons is dus terug waar ons begin het deurdat die Parlement van die verdragsluitingsproses uitgesluit is en die uitvoerende gesag alleen oor die sluiting van ’n verdrag van hierdie aard besluit.

Probleme ontstaan wanneer ’n mens die betrokke verdrae probeer omskryf. Die meeste van die verdrae wat ons nog teëgekomp het, kan as “tegnies” bestempel word, afhangende van ’n mens se verwysingsraam. Daar is beslis nie ’n duidelike kategorie “tegniese verdrae” in die internasionale reg nie. Die term “administratiewe” is ook nie juis beter nie. Is die Statuut van die Internasionale Geregshof (IGH) byvoorbeeld nie maar eintlik ’n administratiewe verdrag nie? En wat van administratiewe gedeeltes van ’n algemene verdrag, byvoorbeeld die afdwingingsmeganismes in die Internasionale Verbond insake Burger- en Politieke Regte (IVBPR), die Internasionale Verbond insake Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte (IVESK) en so meer? Dieselfde geld ook uitvoerende ooreenkomste, hoewel daar in dié geval minstens ’n herkenbare kategorie is.

Verdrae wat nie bekragtiging of toetrede vereis nie — dit wil sê verdrae wat internasionaal van krag word by ondertekening alleen — kan darem duidelik onderskei word, aangesien hulle gewoonlik verklaar dat dit by ondertekening van krag word of, so nie, dat bekragtiging vereis word.

In die praktyk word artikel 231(3)-verdrae in twee kategorieë benader.

Eerstens is daar tegniese, administratiewe of uitvoerende ooreenkomste, wat beskou word as die roetine-ooreenkomste wat voortvloei uit die daaglikse aktiwiteite van staatsdepartemente en geen begrotingsimplikasies vir die land inhou nie. Die probleem bly egter dat dit die betrokke departement is wat die primêre besluit neem oor wat hy as daaglikse aktiwiteite beskou! Die potensiaal vir manipulerings en misbruik is voor die hand liggend. Wanneer daar egter twyfel is oor die vraag of 'n verdrag tegniese, administratief of uitvoerend is, is die beleid eerder om 'n artikel 231(4)-prosedure te volg (sien hieronder).

Aangesien studente dikwels probleme met hierdie konsepte ondervind, probeer ons hieronder om dit aan die hand van 'n voorbeeld te verduidelik:

Die Minister van Onderwys (miskien moet dit eerder Openbare Werke wees!) sluit 'n verdrag met die Verenigde State van Amerika (VSA) ingevolge waarvan die VSA onderneem om \$5 miljoen te verskaf vir die opgradering van landelike skole in Suid-Afrika. Die partye kom ooreen dat die geld beskikbaar gestel sal word wanneer die Minister 'n behoefteige skool aanwys. Dit is 'n gewone bystandsverdrag en sal deel van ons reg word eers nadat dit kragtens artikel 231(4) geïnkorporeer word. (Artikel 231(4) word hieronder behandel.) In Maart wys die Minister 'n skool in Mpumalanga aan wat opgradering nodig het. Die volgende een wat sy teëkom, is in Desember in KwaZulu-Natal, en daarna in Junie die volgende jaar in Limpopo. In elke geval nader sy die VSA om die nodige fondse. Streng gesproke is elke versoek en instemming 'n verdrag wat onderworpe kan wees aan die volle verdragsproses, as dit nie vir artikel 231(3) was nie.

Kyk egter noukeuriger na die laaste drie "verdrae" — hulle is wesenlik administratief, hulle spruit voort uit die daaglikse aktiwiteite van die Departement van Onderwys, en, in die lig van die bepalings van die oorspronklike verdrag dat die Minister die skole moet aanwys, is hulle roetine. Hulle lê ook geen finansiële las op die staat (en dus op ons as belastingpligtiges) nie. Dit strek dus tot niemand se nadeel as hulle bloot deur die twee huise van die Parlement goedgekeur word en nie deur die hele beslommernis van inkorporering hoef te gaan nie.

Die tweede kategorie is verdrae wat nie bekragtiging vereis nie. Dit is relatief eenvoudig om vas te stel, want 'n verdrag sal gewoonlik bepaal of bekragtiging vereis word al dan nie. Indien die verdrag hieroor swyg, sal die bedoeling van die partye deurslaggewend wees. Trouens, die meeste bilaterale verdrae sal in hierdie kategorie val. Aangesien die meeste van die verdrae wat die staat sluit, bilateraal is, sal die "internasionale bekragtiging" van 'n verdrag ooreenkomstig artikel 231(2) nie van toepassing wees nie op die meeste bilaterale verdrae, maar nie almal nie. 'n Uitleweringsooreenkoms is gewoonlik bilateraal en sal teoreties nie bekragtiging ooreenkomstig artikel 231(2) vereis nie. Die Wet op Uitlewering 67 van 1962 is egter gewysig ten einde voorsiening te maak vir bekragtiging ooreenkomstig artikel 231 van die Grondwet. In hierdie geval is die bedoeling dus dat bekragtiging vereis word, en parlementêre goedkeuring is dus nodig in die geval van uitleweringsooreenkomsverdrae.

Elkeen kan egter nie sommer doen wat hy wil nie. 'n Mate van beheer word wel oor sulke verdrae uitgeoefen in die sin dat daar vereis word dat hulle binne redelike tyd in albei huise van die Parlement ter tafel gelê word. Hoewel dit 'n redelik swak vorm van beheer is, beteken dit tog dat opposisiepartye die geleentheid kry om vrae te stel oor die ooreenkomste, waaruit 'n mate van openbare bewustheid waarskynlik sal voortvloei.

Onthou egter dat hierdie artikel slegs handel oor hoe 'n verdrag die Republiek op internasionale vlak bind. DIT HET GEEN UITWERKING OP DIE TOEPASSING VAN DIE VERDRAG DEUR DIE NASIONALE HOWE NIE.

2.4.5 ARTIKEL 231(4) – 1996

Hierdie artikel handel oor die manier waarop 'n verdrag wat deur die uitvoerende gesag beding en deur die Parlement goedgekeur is (of in albei huise ter tafel gelê is, in die geval van bogenoemde vier "spesiale" soorte verdrae), regsrag in die Republiek verkry. Dit bepaal met ander woorde die proses wat nodig is om 'n verdrag van die internasionale vlak oor te bring na die vlak van die nasionale reg.

Ek moet bely dat party studente my voete onder my uitgeslaan het met hulle antwoorde op eksamenvrae oor die nasionale toepassing van verdrae — ons weet eenvoudig nie meer hoe om dié punt by u tuis te bring nie. Nou gebruik ons maar klein vetdruk sodat u u oë moet opskroef om te lees!
Dié studente maak (met groot selfvoldaanheid en oortuiging) daarop aanspraak dat artikel 231 (3)-verdrae nie ingelyf hoef te word nie en in die nasionale reg toegepas kan word ná ondertekening en "voorlegging" aan die Parlement. DIT IS NIE KORREK NIE! Artikel 231 (4) maak dit heeltemal duidelik dat 'n verdrag (dws ENIGE verdrag, wat beteken ALLE verdrae) deur middel van nasionale wetgewing ingelyf moet word (dws dit moet wet gemaak word)! Daar is slegs een uitsondering, naamlik direk uitvoerbare verdrae (*self-executing treaties*), soos ons hieronder verduidelik. Artikel 231 (3)-verdrae kan egter nie direk uitvoerbaar wees nie, soos u ook hieronder sal sien. ONTHOU DIT, ASSEMBLIE!

Ook hier was daar iets soos 'n ommekeer vergeleke met die posisie onder die 1993-Grondwet in die sin dat alle akademiese argumentering (en pleidooie om 'n meer stroombelynde metode) oor wat "uitdruklik aldus bepaal" beteken, geen gehoor gekry het nie, en die **status quo** van voor 1993 is dus herstel. Alle verdrae verkry regsrag en kan deur landshowe toegepas word eers nadat hulle "by nasionale wetgewing as wet verorden" is. Dit is ietwat teleurstellend, maar dit kan beswaarlik duideliker wees!

Wat ons dus in afdeling 2.2 van studie-eenheid 2 hierbo gesê het, geld weereens — *Pan American* is baas! Maak seker dat u dit ken!

Die artikel maak voorsiening vir een uitsondering, naamlik 'n direk uitvoerbare bepaling van 'n ooreenkoms wat deur die Parlement goedgekeur is. So 'n bepaling het regsrag in die Republiek sonder dat nasionale wetgewing nodig is, mits dit nie onbestaanbaar is met die Grondwet of 'n Parlements wet nie.

Die konsep van die direk uitvoerbare verdrag is heeltemal vreemd aan ons regstelsel (en aan die Britse stelsel, wat ons tradisioneel gevolg het). Dit is 'n Amerikaanse konsep wat ter elfder ure tydens die Grondwetskrywende proses by ons reg ingesleep is.

'n Direk uitvoerbare verdrag word deur Shearer (*Starke's international law* 1994 op 75) soos volg gedefinieer:

[A treaty] which does not in the view of the American courts expressly or by its nature require legislation to make it operative within the municipal field, and that

is to be determined by regard to the intention of the signatory parties and to the surrounding circumstances. [*Ons vertaling*: 'n verdrag wat na die mening van die Amerikaanse howe of vanweë sy aard nie wetgewing nodig het om dit binne-lands van krag te maak nie, en dít moet bepaal word deur inagneming van die bedoeling van die ondertekenaarparty en die gepaardgaande omstandighede.]

Ons kan natuurlik die woorde "the American courts" in hierdie aanhaling vervang deur die woorde "the South African courts". 'n Suid-Afrikaanse hof sal dus moet vasstel of 'n sekere bepaling van 'n verdrag voor hom óf weens die aard van die bepaling, óf uitdruklik nie wetgewing vereis om dit in die nasionale reg van krag te maak nie.

Om dit vas te stel sal die hof

- die bedoeling van die ondertekenaars, en
- die omringende omstandighede moet ondersoek.

Hoe moeilik dit is om vas te stel of 'n bepaling in 'n verdrag direk uitvoerbaar (*self-executing*) is, kan aan die hand van twee beslissings van die VSA se Federale Appèlhof (*Supreme Court*) geïllustreer word. Die leerstuk van die selfuitvoerende (of direk uitvoerbare) bepaling kan teruggevoer word na *Foster and Elam v Neilson* 27 US 253, 7 L.Ed 415 (1829), wat in die VSA se Federale Appèlhof beslis is. Hoofregter Marshall het bevind dat Artikel 8 van die Vriendskapsverdrag tussen die VSA en Spanje nie selfuitvoerende was nie. In 'n latere saak, *United States v Percheman* 32 US 51, 8 L.Ed 604 (1833), het dieselfde regter (Marshall) by die uitleg van die Spaanse weergawe van dieselfde verdrag bevind dat Artikel 8 wel selfuitvoerende was!

As daar enige twyfel was dat die uitleg van verdrae waarvoor in die WK (sien onderwerp 2 hierbo) voorsiening gemaak word, nou wel deeglik deel van ons reg uitmaak, het dit nou die saak beslis. Of dit wys is om in hierdie stadium van ons geskiedenis die howe op te saal met iets wat 'n haas ondraaglike las kan word, is 'n ope vraag. Dat die howe voor 'n formidabele taak te staan kan kom, word deur die volgende hipotetiese situasie geïllustreer:

Die bepaling rakende direkte uitvoerbaarheid geld slegs vir verdrae deur die Parlement goedgekeur (en wel nadat dit inderdaad deur die Parlement goedgekeur is). 'n Mens kan dus die gevolgtrekking maak dat die vier soorte verdrae wat in artikel 231(3) genoem word en die Republiek internasionaal bind sonder goedkeuring deur die Parlement, nie binne die trefwydte van artikel 231(4) val nie. (Hulle is per slot van rekening nie deur die Parlement goedgekeur nie.) Indien 'n party dus aanvoer (en let op dat dit in enige hof kan geskied) dat 'n verdrag direk uitvoerbaar is, moet die regterlike beampte die volgende ondersoek:

- (1) Of die verdrag wel gesluit is en Suid-Afrika bind by wyse van Parlementêre goedkeuring.
- (2) Of die verdrag onder een van die uitsonderings in artikel 231(3) ressorteer, in welke geval dit sonder Parlementêre goedkeuring bindend is.
- (3) As dit onder een van hierdie uitsonderings ressorteer, kan dit nie direk uitvoerbaar wees nie (vermoedelik sal dit uit die bewoording blyk).
- (4) As dit nie onder een van die uitsonderings ressorteer nie, moet die regterlike beampte
 - (a) die bedoeling van die ondertekenaars vasstel
 - (b) die omringende omstandighede ondersoek
- (5) Hieruit moet hy of sy dan vasstel of die verdrag 'n bepaling bevat dat wetgewing vereis word om dit in die nasionale reg in werking te stel.

- (6) Hy of sy moet ook die aard van die verdrag ondersoek om vas te stel of daardie soort verdrae wetgewing vereis om hulle in die nasionale reg in werking te stel (dit sal 'n enorme vergelykende studie behels!).
- (7) Boonop moet hy of sy dan nog vasstel of die verdrag met die Grondwet onbestaanbaar is, al dan nie.
- (8) Hy of sy moet ook vasstel of die verdrag met 'n Parlements-wet onbestaanbaar is, en in hierdie verband sal hy of sy artikel 233 in ag moet neem (wat ons hieronder gaan bespreek).

Al wat 'n mens in hierdie stadium kan doen, is om ons regbank alle voorspoed toe te wens, en meer wysheid as wat Salomo ooit nodig gehad het! Daar is tans 'n uitspraak in die Konstitusionele Hof hangende wat met direkte uitvoerbaarheid gemoeid is. Sodra dit beskikbaar is, sal ons u daarvan kennis stel.

As u meer oor direk uitvoerbare verdrae wil lees (hoewel dit nie voorgeskryf is nie), sien: Ngolele, E. "The content of the doctrine of self-execution and its limited effect in South African law" (2006) 31. *South African Yearbook of International Law*:141–172.

2.4.6 ARTIKEL 231(5) — 1996

Dit is 'n tipiese opvolgingsbepaling wat 'n mens in die meeste grondwette sal aantref.

Dink u, in die lig van wat ons oor opvolging in verdrae in onderwerp 2 gesê het, dat dit regtig nodig was? Is Suid-Afrika ná 1996 internasionaalregtelik 'n ander entiteit, of is hy nog dieselfde entiteit in meer aanvaarbare klere? Dugard gee 'n interessante relaas van Suid-Afrikaanse opvolging deur die eeue heen. Maak seker dat u dit lees.

STUDIE-EENHEID 3

REGSTREEKSE TOEPASSING: INTERNASIONALE GEWOONTEREG IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

3.1 INLEIDING

U sal (hopelik!) onthou dat internasionale gewoontereg bestaan uit norme wat vir die staat bindend is as gevolg van sy handeling of stilswyende instemming. Dit is dus nie iets wat 'n mens sal aantref in die een of ander nuttige publikasie met 'n indeks en gerieflike opskrifte nie. Om die internasionale gewoontereg te vind is harde werk, en om dit toe te pas is net so moeilik. Dit is waaraan ons in hierdie onderwerp aandag gee.

3.2 INTERNASIONALE GEWOONTEREG IN DIE BEDELING VAN DIE GRONDWET VAN DIE REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA, 1996

In die 1996-Grondwet het die gewoontereg sy eie artikel gekry.

Artikel 232 lui soos volg:

Volkeregtelike gewoontereg het regsrag in die Republiek tensy dit met die Grondwet of 'n Parlements wet onbestaanbaar is. [*Engelse teks*: Customary international law is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament.]

Ingevolge hierdie bepaling maak alle internasionale gewoontereg deel van ons reg uit, mits —

- die gewoonte **nie in stryd met die Grondwet** is nie; en
- die gewoonte **nie in stryd met 'n Parlements wet** is nie.

Dit is 'n redelik ongekompliseerde reëling, wat, volgens die meeste kundiges, die posisie van ons reg voor die aanvaarding van die 1993- en die 1966-Grondwet weerspieël, toe die howe beslis het dat die internasionale reg "deel van ons reg" is. Dit is dus 'n hoofsaaklik monistiese benadering (sien onderwerp 2).

Iets waaroor 'n mens wel kan dink, is dat daar nie melding gemaak word van Suid-Afrika se deelname aan die ontwikkeling van die gewoonteregtlike reël of sy toestemming tot 'n bestaande gewoonte nie. Dit was wel 'n vereiste van die 1993-Grondwet, wat die gewoonte gekwalifiseer het met die frase "wat die Republiek bind". Hier moet 'n mens in ag neem wat die hof doen wanneer hy bepaal of 'n gewoonteregtlike reël bestaan, al dan nie. Die hof moet die kriteria van *usus* en *opinio iuris* in Artikel 38 van die IGH-Statuut toepas om die bestaan van 'n reël van die internasionale gewoontereg vas te stel. Daar kan aangevoer word dat die maatstaf van die volhardende beswaarmaker in der waarheid vervat is in die internasionale praktyk wat met betrekking tot een van of albei hierdie kriteria ontwikkel het. Die weglating uit artikel 232 is dus grotendeels niksbeduidend, aangesien dit in elk geval as 'n gewoonteregtlike reël daar sal wees.

Ten slotte moet u daarop let dat artikel 232 eenvoudig bepaal dat die volkeregtlike gewoontereg "regsrag het" in die Republiek, sonder om te kwalifiseer waar dit ingepas het in die hiërargie of patroon van ons reg voordat die Grondwet aangeneem is. Die slotsom is dus dat die volkeregtlike (internasionale) gewoontereg gelykstaan met die gemene reg en (niestrydige) wette, en as sodanig deur die howe toegepas moet word.

3.3 DIE ROL VAN DIE HOWE IN DIE TOEPASSING VAN ARTIKEL 232

Die internasionale gewoontereg het regsrag in die Republiek. 'n Hof moet dus die internasionale gewoontereg toepas as dit op die saak voor hom betrekking het. Dit is vanselfsprekend dat as 'n mens met 'n Parlements wet of 'n gemeenregtelike reël te doen het wat geen verband met die volkeregtlike reël het nie (bv die aanspreeklikheid van 'n direkteur ingevolge die Maatskappywet, of die likwidasië van 'n maatskappy), dit nie nodig is om 'n tydrovende soektog en 'n vergeefse swerftog deur die internasionale reg op tou te sit op soek na beginsels wat nie bestaan nie. Waar die internasionale reg

egter wel betrokke kan wees, sal die internasionale gewoontereg wel in ag geneem moet word.

Voordat die hof egter die internasionale gewoontereg kan toepas, sal hy eers moet vasstel of daar inderdaad so 'n reël is. Dit sal hy vermag deur die vereistes vir gewoonte toe te pas soos nog altyd gedoen is. Hy sal dus moet vasstel of die reël waarop gesteun word, voldoen aan die vereistes van *usus* en *opinio iuris* vir die totstandkoming van gewoonte. As die reël wel daaraan voldoen, het die hof met internasionale gewoontereg te doen, en aangesien die internasionale gewoontereg regs krag het, moet die hof dit toepas, mits dit nie met die Grondwet of 'n Parlements wet onbestaanbaar is nie.

Soos ons vroeër genoem het, is een van die implikasies van artikel 232 dat beslissings oor internasionale gewoontereg voor die verordening van die Grondwet steeds oordragings krag in die houe het. Hieronder volg 'n paar algemene kenmerke van die internasionale gewoontereg wat met verloop van tyd in sake gevestig is.

3.3.1 ALGEMENE KENMERKE VAN DIE INTERNASIONALE GEWOONTEREG WAT VOOR DIE 1993-GRONDWET DEUR DIE HOWE GEÏDENTIFISEER IS

Daar is 'n paar algemene punte in verband met internasionale gewoontereg in die Suid-Afrikaanse nasionale reg waarop u moet let:

- **Bewys:** Aangesien die volkereg nie buitelandse reg is nie (sien *South Atlantic Islands*-saak en a 232 van die Grondwet, 1996), kan die hof geregtelike kennis daarvan neem. Dit word gedoen deur 'n vergelykende ondersoek van die internasionaalregtelike bronne (sien *S v Petane* hierbo).
- **Standaard van aanvaarding:** Die houe pas die internasionaalregtelike vereistes van *usus* en *opinio iuris* toe om die bestaan van internasionale gewoontereg vas te stel. In die verlede was daar soms meningsverskil oor die vraag of die bestaan van 'n gewoonteregtelike reël "universele" aanvaarding of bloot "algemene" aanvaarding vereis. Ons bevindings is die volgende: *Nduli v Minister of Justice* — Rumpff HR het op universele aanvaarding aangedring, 'n strawwer toets as wat die internasionale reg self vereis; *Inter-Science Research* — Margo R het dit gekorrigeer tot algemene aanvaarding; *S v Petane* — Conradie R bevestig die algemene aanvaarding van Margo.
- **Gewoonte teenoor binnelandse reg:** Is internasionale gewoontereg ondergeskik aan wetgewing en ons gemene reg? Die kwessie van **wetgewing** is die eenvoudigste van die twee. As daar 'n botsing is, geniet wetgewing voorrang, hoewel die vermoede geld dat die wetgewer nie die bedoeling het om die internasionale reg te skend nie (*Ex parte Adair Properties (Pvt) Ltd* 1967 2 SA 622 (R)). (Sien egter die beliggaming van hierdie vermoede in a 233 van die 1996-Grondwet wat hieronder bespreek word.)
- **Gewoonte en die gemene reg:** Wat 'n botsing tussen internasionale gewoontereg en die Suid-Afrikaanse gemene reg betref, word leiding gegee in *Liebowitz v Schwartz* 1974 2 SA 661 (T). Die hof het die probleem hanteer asof by twee botsende gemeenregtelike reëls moes oorweeg.
- **Gewoonte en presedente:** Ons nasionale reg bestaan nie net uit die gemene reg en wetgewing nie, maar ook uit presedente. Moet die houe 'n presedent volg wat in stryd met internasionale gewoontereg is? In die *Inter-Science Research*- en die *Kaffraria Properties*-saak het die houe bevind dat hulle nie verplig was om die uitgediende presedent gestel in *De Howorth v SS India* 1921 CPD 451 te volg met betrekking tot die leerstuk van absolute soewereine immuniteit nie.

- **Gewoonte en staatshandeling:** Die leerstuk van staatshandeling is baie ingewikkeld en op hierdie studievlak hoef u dit slegs in breë trekke te ken. Basies is 'n staatshandeling 'n handeling uitgevoer deur die uitvoerende gesag in die uitoefening van sy prerogatiewe bevoegdhede. In die geval van die internasionale reg sal dit gewoonlik (maar nie altyd nie) die prerogatief wees om die buitelandse sake van die land te voer. Wat hier gebeur, is dat die uitvoerende gesag op die terrein van buitelandse sake optree (hy erken vreemde state, verleen diplomatieke status, ens) en die howe meng hulle nie daarmee in nie, aangesien dit beskou word as 'n aangeleentheid wat uitsluitend binne die kennis van die uitvoerende gesag val. Aangesien "our state cannot speak with two voices ... the judiciary saying one thing, the executive another" (*Government of the Republic of Spain v SS Arantzazu Mendi* 1939 AC 256 (HL)), sal die howe hier steun op 'n sertifikaat uitgereik deur die betrokke staatsdepartement.

Het die Grondwet hierdie bevindings geraak?

Die vraagstuk van bewys. Dit ly nou geen twyfel nie dat internasionale gewoontereg ook Suid-Afrikaanse reg is. Wat omtrent bewys gesê is in die *South Atlantic Islands*-saak, bly staan.

Standaard van aanvaarding. Dit bly ook waar. Die standaard bly algemene aanvaarding, soos in die internasionale reg.

Gewoonte teenoor binnelandse reg. Ten opsigte van —

- wetgewing: Gewoontereg is ondergeskik aan teenstrydige Parlements wette (behoudens wat hierbo gesê is oor a 233), maar nie aan ondergeskikte wetgewing nie.
- die gemene reg: Albei het eweseer regs krag. Artikel 232 maak geen onderskeid en skep geen hiërargie in hierdie opsig nie (die benadering in *Liebowitz v Schwartz* word bevestig).
- presedente: Artikel 232 stel nie internasionale gewoontereg ondergeskik aan binnelandse presedente nie (die benadering in *Inter-Science* word dus versterk).

Trouens, om van gewoonte **teenoor** binnelandse reg te praat, is nie korrek nie, aangesien gewoonte inderdaad binnelandse reg **is!**

Gewoonte en staatshandeling

In die beslissing van die Konstitusionele Hof in *Khalfan Khamis Mohamed v President RSA* 2001 3 SA 893 (KH), wat die Konstitusionele Hof se beslissing in *President RSA v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) gevolg het, is bevind dat die staatshoof se prerogatiewe bevoegdhede nie die Grondwet oorleef het nie. Dit wil dus voorkom of 'n staatshandeling nie voorrang bo die internasionale gewoontereg sal geniet nie, veral nie as die gewoonteregtelike reël met menseregte te doen het nie (Hoofstuk 2 van die Grondwet).

Die rol van die internasionale gewoontereg in die bedeling van die "nuwe" Suid-Afrika het by 'n paar geleenthede voor die howe gedien. Die belangrikste saak (of reeks sake) in dié verband is die Harksen-"trilogie":

Harksen v President of the RSA 1998 2 SA 1011 (K) — *Harksen I*
Harksen v President of the RSA A394/99 (K, ongerapporteer) — *Harksen II*
Jürgen Harksen v President of the RSA 2000 2 SA 825 (KH) — *Harksen III*

In al drie sake is die rol van die WK in ag geneem as 'n uitdrukking van internasionale gewoontereg in die Suid-Afrikaanse nasionale reg. Hoewel die howe huiwerig was om te bevind dat al die bepalings van die Konvensie internasionale gewoontereg

verteenwoordig, is dit in al drie gevalle duidelik dat internasionale (volkeregtelike) gewoontereg kragtens artikel 232 van die Grondwet vir die Suid-Afrikaanse howe beskikbaar is en deur hulle toegepas moet word.



Praktiese oefening 1

Suid-Afrika is nie formeel 'n party by die WK nie, maar het verklaar dat hy die bepalings van die verdrag as bindend beskou. Verdragsuitleg word by Artikels 31 en 32 van die WK gereël. U is die advokaat vir die verdediging in 'n saak voor 'n Suid-Afrikaanse hof waarin die uitleg van 'n verdrag in geskil is. U voer aan dat die hof die verdrag ooreenkomstig die WK moet uitleg. Die advokaat vir die Staat voer daarenteen aan dat Suid-Afrika nie die WK formeel onderteken het nie en dat die bepalings daarvan derhalwe nie in 'n Suid-Afrikaanse hof ter sake is nie.

VERDUIDELIK, met verwysing na die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, waarom u meen dat die hof daarop geregtig is om die verdrag ooreenkomstig die WK uit te lê.

Wenke:

- Het ons te doen met verdrae of met gewoonte?
- Is Suid-Afrika 'n party by die WK?
- Nee. Die basis kan dus nie verdrae wees nie.
- Waar het die bepalings van die WK ontstaan?
- Beteken die term "kodifisering" vir u iets?
- Die WK is dus eintlik 'n versameling van wat?
- Wat is die rol van gewoonte in ons reg?
- Toets die WK aan hierdie vereistes.
- Voldoen dit daaraan?
- En dus?

STUDIE-EENHEID 4

ONREGSTREEKSE TOEPASSING: ARTIKEL 39

4.1 INLEIDING

Soos ons u aan die begin van hierdie onderwerp daarop gewys het, ken die Grondwet 'n tweeledige rol aan die internasionale reg toe. Ons het in die vorige twee studie-eenhede gekyk na die regstreekse toepassing daarvan — en u weet nou presies hoe om dit te hanteer, nie waar nie?

Nou kom onregstreekse toepassing aan die beurt. Onthou, dit is wanneer die howe nie werklik die bepalings van die internasionale reg self toepas nie, en daar is dus geen rede om hulle as sodanig deel van ons reg te maak nie. Die howe gebruik egter wel die internasionale reg om betekenis te gee aan, of die betekenis te kontroleer van, bepalings van die Suid-Afrikaanse reg. Die internasionale reg glip dus as 't ware by die agterdeur in ons regstelsel in, en as dit eers in is, word dit deel van ons reg deur die toepassing van die presedentestelsel. Ons het ook daarop gewys dat onregstreekse toepassing in der waarheid 'n meer diepgaande uitwerking op die vesel van ons

regstelsel kan hê as regstreekse toepassing. Dit is beslis wat ons howe in dié stadium die meeste raak.

4.2 ARTIKEL 39 VAN DIE GRONDWET

Artikel 39 van die Grondwet, 1996, onder die opskrif “Uitleg van Handves van Regte” lui soos volg:

- 39.(1)** By die uitleg van die Handves van Regte —
- (a) moet ’n hof, tribunaal of forum die waardes wat ’n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê bevorder;
 - (b) moet ’n hof, tribunaal of forum die volkereg in ag neem; en
 - (c) kan ’n hof, tribunaal of forum buitelandse reg in ag neem.

[*Engelse teks:*

- 39(1) When interpreting the Bill of Rights
- (a) a court, tribunal or forum must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;
 - (b) **must** consider international law; and
 - (c) may consider foreign law.]
- (2) By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemene reg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte bevorder. [*Engelse teks:* When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.]
- (3) Die Handves van Regte ontken nie die bestaan van ander regte of vryhede wat deur die gemene reg, gewoontereg of wetgewing erken of verleen word nie, in die mate waarin daardie regte of vryhede met die Handves bestaanbaar is. [*Engelse teks:* The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill.]

Eers moet ons hierdie artikel ontleed. In hierdie verband moet u op die volgende let:

- ’n **Hof, tribunaal of forum**
- **moet** die waardes van ’n demokratiese samelewing bevorder, en
- **moet die volkereg in ag neem**, en
- en **kan buitelandse reg** in ag neem.

Wat die eerste frase betref, moet u daarop let dat die “opdrag” om die internasionale reg (volkereg) in ag te neem, nie tot die howe beperk word nie. Dit is dus nie net op alle howe van toepassing nie, maar ook enige tribunaal of forum. Dit verbreed die toepassingsbestek van die volkereg aansienlik. Dit sluit nou byvoorbeeld forums in wat kragtens die Wet op Arbeidsverhoudinge ingestel is, asook kommissies van ondersoek en so meer. Wat hier belangrik is, is dat u nie moet dink dat die beregting van menseregte, en dus die toepassing van die internasionale reg, iets afsonderliks is wat tot die Konstitusionele Hof beperk is nie. Die meeste van die geregtelike tribunale

in die land — en dus diegene wat voor die tribunale verskyn (en dit sluit u in!) — sal met hierdie konsepte moet werk.

Voorts moet u daarop let dat dit nie 'n hoflike versoek aan die howe is nie. Soos u uit die Uitleg van Wette sal onthou, het die gebruik van die hulpwerkwoorde "moet" en "shall/must" (in Afrikaans dikwels ook die aantoonende wys) 'n bepaalde betekenis. Dit beteken die stelling is gebiedend; die howe is dus verplig om hierdie beginsels in ag te neem (sien bv *Gcwabe* 1979 4 SA 986 (A)). Daarteenoor sal u verder in die artikel merk dat die howe buitelandse reg in ag **kan** neem (dit is dus nie gebiedend nie).

Dit is baie belangrik om daarop te let dat die artikel **NIE** bepaal dat die howe die internasionale reg moet **toepas** nie, maar bloot dat hulle dit **in ag moet neem**. Dit wil sê die hof pas die Suid-Afrikaanse reg toe, maar hy is onder 'n **verpligting** om te oorweeg of die Suid-Afrikaanse reg wat hy toepas, in ooreenstemming met die internasionale reg oor dieselfde punt is. Uit 'n praktisyn se oogpunt maak dit nie veel verskil nie. Daar sal steeds van u verwag word om die posisie volgens die internasionale reg aangaande menseregte aan te bied sodat die voorsittende beamppte dit "in ag kan neem".

Teen dié tyd sal u al seker verwag dat alles nie so eenvoudig is nie. Die hof mag wel die opdrag hê om die internasionale reg in ag te neem, maar watter internasionale reg bedoel word, word nie gespesifiseer nie. Ons die volgende hofie gee ons in meer besonderhede hieraan aandag. Vir die oomblik wil ek een ding benadruk, en dit het te doen met die algemene stelling hierbo, naamlik dat die howe ingevolge artikel 39 verplig is om die internasionale reg in ag te neem — nie toe te pas nie. Die geheim is dat dit 'n algemene reël is, maar dit is nie heeltemal akkuraat nie. Volgens hoofregter Mahomed in *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (KH) — een van die eerste en steeds een van die belangrikste beslissings van die Konstitusionele Hof — is die internasionale reg wat in ag geneem moet word, dié wat voortspruit uit Artikel 38 van die IGH, dit wil sê die tradisionele bronne van die internasionale reg. Dit beteken dat ons hier te doen het met verdrae, gewoonte, algemene beginsels en presedente/skrywers.

Wat het u nou pas geleer oor die regstreekse toepassing van die internasionale reg? Ja, inderdaad: verdrae wat ingevolge artikel 231(4) geïnkorporeer is en direk uitvoerbare verdrae het regskrag in ons land. Kan 'n hof dan die reg van die land bloot net in ag neem? Natuurlik moet hy die reg toepas. As ons dus met internasionale reg te doen het wat vervat is in 'n geïnkorporeerde of 'n direk uitvoerbare verdrag, moet die hof dit toepas en nie net in ag neem nie. Verstaan ons mekaar nog reg?

Wat van gewoonte? Dieselfde geld hier — mits die gewoonte nie met die Grondwet of 'n Parlements wet onbestaanbaar is nie, is dit deel van die reg van die Republiek en moet dit ook toegepas word.

Kortom, die algemene reël is dat die internasionale reg ingevolge artikel 39 in ag geneem moet word, maar dit hoef nie toegepas te word nie. As die internasionale reg egter regskrag in die Republiek het op grond van ander bepalings van die Grondwet, kan dié plig om in ag te neem, heel moontlik 'n plig om toe te pas wees.

Is dit heeltemal duidelik? Lees dit weer 'n paar keer deur, en as dit u steeds verwar, kontak ons!

Om dus met hierdie artikel te werk moet u drie basiese vrae kan beantwoord:

(1) Wat is die internasionale reg wat in hierdie artikel beoog word?

- (2) Waar kan dit gevind word?
- (3) Hoe gebruik 'n mens dit in 'n praktiese situasie?

4.3 WAT IS DIE VOLKereg IN ARTIKEL 39(1)?

In moderne regstelsels word menseregte gewoonlik in 'n grondwet vervat, en soos u weet, is 'n grondwet 'n stuk nasionale wetgewing. Die logiese vraag wat hier ontstaan, is die volgende: Word die internasionale reg aangaande menseregte (IRMR) nie eerder deur die nasionale reg as die internasionale reg beheers nie? Soos so dikwels is die antwoord "ja en nee". Dit is lank nie meer so (en Suid-Afrika het dit tot sy eie nadeel uitgevind) dat menseregte en die skending daarvan as 'n uitsluitlik huishoudelike aangeleentheid beskou kan word nie. Dit wat as die grondwetlike regte van 'n bepaalde nasionale regstelsel begin het, is later uitgebrei tot grondwetlike regte wat 'n aantal lande gemeen gehad het, en uiteindelik het dit geword wat Henkin (*The age of rights* 1990:13–14) beskryf het as "a universal conception and a staple of international law". Die IRMR kan dus beskryf word as:

'n afsonderlike vertakking van die internasionale reg wat uit die grondwetlike wil van state voortgespruit het en die beskerming van die individu teen soewereine mag ten doel het.

Dit is miskien wys om hier te benadruk dat 'n individu wat op sy of haar geïnternasionaliseerde regte ingevolge 'n handves van regte aanspraak maak, nie eensklaps met 'n towerslag verhef word tot die status van 'n subjek van die internasionale publiekreg nie. Sy of haar aanspraak bly een ingevolge die nasionale reg wat op die vlak van die nasionale reg van krag is. Die toepassing van internasionale menseregte binne 'n nasionale regstelsel word in werking gestel en beheer deur die reëls van daardie nasionale regstelsel, wat bepaal in watter mate die internasionale reg toegepas kan word of nie toegepas mag word nie. Dit is die vertolking van daardie aanspraak deur die howe — die wyse waarop lyf gegee word aan die aanspraak — wat internasionaal is. Die IRMR vul die regte aan wat die individu ingevolge die nasionale reg toeval, en monitor dit. Artikel 39 verwys na die internasionale reg (volkereg) in die algemeen, dit wil sê na alle internasionale reg.

Ons het dit kortliks hierbo aangeroer. Hoewel alle internasionale reg egter in ag geneem kan word, werk ons hier binne die raamwerk van 'n handves van regte. As daar dus 'n korpus van internasionale reg is wat spesifiek met hierdie aspek daarvan gemoeid is — en daar is: dit word die internasionale reg aangaande menseregte genoem (hierna die IRMR) — is die logiese beginpunt in 'n ondersoek juis die IRMR.

4.4 WAAR TREF 'N MENS DIE INTERNASIONALE REG AANGAANDE MENSEREGTE AAN?

Hier gaan dit om die bronne van die IRMR. Dié bronne stem in groot mate ooreen met die bronne van die algemene internasionale reg, maar daar is sekere klemverskuiwings.

- (1) Daar is sekere **basiese internasionale dokumente** wat mekaar in mindere of meerdere mate beïnvloed het en saam die hedendaagse IRMR uitmaak. Die meeste daarvan is verdrae (die Universele Deklarasie van Menseregte is die opvallendste uitsondering). Soos in die geval van algemene internasionale reg (Art 38(1)(a)–(d) van die Statuut van die IGH) is die primêre bron dus verdrae. Soos egter hierbo genoem, is daar in die geval van die IRMR spesifieke verdrae

wat algemeen erken word as die brondokumente. Die belangrikste dokumente is die volgende:

- die Handves (*Charter*) van die Verenigde Nasies (VN)
- die Universele Deklarasie van Menseregte (wat nie 'n verdrag is nie)(UDMR)
- die Internasionale Verbond insake Burger- en Politieke Regte (IVBPR)
- die Internasionale Verbond oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte (IVESK)
- die Europese Konvensie vir die Beskerming van Menseregte en Fundamentele Vryhede (EKMR)
- die Amerikaanse Konvensie oor Menseregte
- die Afrikahandves oor Mense- en Volkeregte (Banjul-handves)
- ander streekhandveste (bv die Helsinki-ooreenkomste, die Arabiese Handves, e.a. — vir ons doeleindes egter van mindere belang)

Hierby moet die volgende ander bronne gevoeg word:

- (2) beslissings van **nasionale hofe** wat analoë handveste van menseregte binne hulle eie lande vertolk (Art 38(1)(c) van die IGH-Statuut)
- (3) internasionale gewoontereg (IGH, Art 38(1)(b))
- (4) die sogenaamde **sagte reg** (IGH Art 38(1)(d))

Elkeen van bogenoemde word nou van nader beskou.

4.4.1 INTERNASIONALE DOKUMENTE — VERDRAE

Die logiese eerste stap is om ons handves van regte te vergelyk met bogenoemde menseregte-dokumente om vas te stel met watter een dit die meeste ooreenkom. Dit sal dan die primêre dokument wees waarna 'n mens jou sal wend vir leiding. 'n Mens sal egter gou agterkom dat die verskillende dokumente baie by mekaar geleen het, en gevolglik is dit dikwels nie moontlik om kategorieë te verklaar dat reg A uit byvoorbeeld die UDMR kom, terwyl reg B uit die IVBPR kom nie. Party regte kom in al die menseregte-dokumente voor, terwyl ander in geeneen van die tradisionele bronne voorkom nie. Die voordeel wat daaraan verbonde is om die arena van menseregte-handveste te betree ongeveer 40 jaar nadat die vertoning begin het, is natuurlik dat daar soveel meer is om van te kies. Bowendien is jou handves van regte modern en byderwets. Trouens, dit is dikwels ver voor die benadering tot menseregte in ander, tradisioneel meer liberale, lande. Hoewel die Suid-Afrikaanse handves hierdie diversiteit weerspieël en nie as 'n kloon van enige bepaalde dokument beskou kan word nie, meen ons dat dit sterk herinner aan en die grootste analogie toon met die IVBPR. In ag genome die leiersrol wat Suid-Afrika waarskynlik in Afrika gaan speel, kan 'n mens seker 'n "afrikanisering" van die internasionale reg verwag, en besondere aandag moet dus aan die Banjul-handves gegee word.

Natuurlik sal dit nie veel help om verdwaasd na die bepalings van die verskillende internasionale dokumente waarin regte vervat is, te staar nie. Die belangrikste taak is om vas te stel wat die betekenis van die onderskeie regte in die konteks van dié dokumente is. Hiervoor kan 'n mens op twee belangrike bronne steun.

Dié bronne kan losweg geklassifiseer word as bronne bykomstig by die internasionale menseregte-dokumente, en bronne wat uit die dokumente ontstaan. Albei kan die nasionale hof help om 'n betekenis aan die bepaalde reg te heg wat ooreenstem met die internasionale beskouing.

a Bronne bykomstig by die dokumente — eksterne bronne

Ons hoef nie te veel tyd te bestee aan bronne bykomstig by die dokumente nie. Dit is voldoende om te sê dat by die uitleg van verdrae (en, by wyse van analogie, enige internasionale ooreenkoms) 'n meer liberale benadering as wat tradisioneel deur Suid-Afrikaanse howe gevolg is, toegelaat word (sien Artt 31 en 32 van die WK in onderwerp 2 hierbo). 'n Mens moet dus die volgende ondersoek: die voorbereidingswerk wat die verdrag voorafgegaan het; die werklike onderhandelinge; kommentaar en beleidskeuses uitgespreek deur die onderskeie state sowel voor as ná die aanvaarding van die verdrag; latere ooreenkomste wat die toepassing van die verdrag verklaar; en so meer.

b Bronne wat uit die dokument ontstaan — interne bronne

Vir praktiese doeleindes is die bronne wat deur dié internasionale menseregte dokumente self tot stand gebring is om gesaghebbende vertolkings van die verskillende regte verskans in die ooreenkomste te gee, baie belangriker. 'n Gedetailleerde bespreking van die werking van betrokke liggame word nie in dié stadium vereis nie. Die belangrikste dokumente word egter kortliks genoem.

Handves en Konvensies van die VN

Hoewel die Handves (*Charter*) nie 'n handves van menseregte is nie, is die erkenning en beskerming van fundamentele menseregte 'n hoeksteen van die organisasie. Afgesien van die IGH, die geregtelike orgaan van die VN, wat van tyd tot tyd menseregtekweessies bereg het, is daar 'n aantal ander VN-organe wat met menseregte gemoeid is. Hier word slegs die Menseregtekomitee genoem. Dié komitee, wat kragtens die IVBPR ingestel is, lewer kommentaar oor die bestek van die artikels van die Verbond en gee menings oor klagtes wat ingedien word deur individue wat meen dat die regte wat hulle ingevolge die Verbond het, geskend is (sien studie-eenheid 3 hierbo).

Europese Konvensie vir die Beskerming van Menseregte en Fundamentele Vryhede

Die beslissings van die Europese Menseregtehof, wat ingestel is om die regte af te dwing wat in die Konvensie verskans is, gee nuttige leiding oor die trefwydte van die regte vervat in sowel die Konvensie as ons Handves van Regte.

Amerikaanse Konvensie oor Menseregte

Ook kragtens hierdie Konvensie is twee liggame in die lewe geroep om voldoening aan die menseregte wat in die Konvensie beliggaam is, te verseker, naamlik die Inter-Amerikaanse Kommissie en die Inter-Amerikaanse Menseregtehof.

Afrikahandves oor Mense- en Volkeregte (Banjul-Handves)

Ná 'n ietwat stadige wegspring is die Afrika-stelsel nou goed op dreef en dit sal vanselfsprekend van groot belang vir Suid-Afrika as deel van die vasteland van Afrika wees.

Daar is twee liggame kragtens die Handves wat internasionale menseregte afdwing soos uiteengesit in die Handves. Hulle is die Afrikakommissie vir Mense- en Volkeregte en die Afrikahof vir Mense- en Volkeregte.

Bogenoemde is dan die liggame wat tot stand gebring is om toesig te hou oor die toepassing van die belangrikste internasionaalregtelike verdrae waarin hedendaagse menseregte aangetref kan word. Ingevolge artikel 39 van die Grondwet, 1996, is dit die plig van 'n hof om dit in ag te neem as deel van IRMR.

Op die gevaar af dat ons u kan verveel, wil ons tog weer beklemtoon dat “interne bronne” of “bronne wat uit die dokumente ontstaan” nie die dokumente self is nie: dit is die beslissings/aanbevelings van die liggame wat kragtens die dokumente ingestel is om die regte beliggaam in die dokumente af te dwing. Die interne bronne van die Europese Konvensie is dus die Europese Menseregtehof en nie die Europese Konvensie self nie! (Dit lyk miskien voor die hand liggend, maar ons verseker u minstens die helfte van die studente aan wie hierdie vraag in die verlede gestel is, gesê het dit is die konvensie. Geen verdere kommentaar is nodig nie!)

4.4.2 NASIONALE HOWE SE VERTOLKING VAN MENSEREGTEBEPALINGS

Die tweede, en baie belangrike, bron van IRMR is die uitleg van die onderskeie regte wat in ’n handves van regte verskans is, deur die nasionale howe van ander lande in wie se handveste van menseregte die betrokke regte eweneens vervat is.

LET WEL: Die beslissings van buitelandse howe (bv van Kanada, die VSA, Duitsland of waar ook al) is nie internasionale reg nie. Dit is BUITELANDSE REG, en is ’n aanvullende of sekondêre bron wat aandui hoe ’n buitelandse hof wat sy eie nasionale reg toepas (teenoor ’n internasionale hof wat internasionale reg toepas), die regte sien wat deur die internasionale dokumente gevestig is en waaroor die verskillende internasionale howe en kommissies uitsprake gelewer het. Hierdie beslissings is nuttige HULPMIDDELS by die uitleg van die IRMR, maar skep nie op sigself IRMR nie. Dit is dus nie genoeg om bloot na buitelandse regspraak te kyk nie — en dit is ook nie wat artikel 39 vereis nie.

Ons hoef nie ver na voorbeelde te soek nie. Ons buurlande Zimbabwe en Namibië het ná onafhanklikwording albei die weg van ’n grondwetlike handves van menseregte gevolg. Albei het ook voortgekom uit onderdrukkende regimes waarvan hoegenaamd nie gesê kan word dat hulle florerende menseregtekulture gehad het nie. In albei gevalle het die howe egter laat blyk wat in hulle steek deur ’n reeks uitsprake te lewer wat treffende voorbeelde is van wat met die regte gesindheid gedoen kan word.

In Zimbabwe dien die uitsprake van Gubbay AR in *S v Ncube* 1988 2 SA 702 (ZSC) en *Catholic Commission for Justice and Peace in Zimbabwe v Attorney-General* 1993 4 SA 239 (ZSC) en dié van Dumbutshena HR in *S v A Juvenile* 1990 4 SA 137 (ZSC) as voorbeelde.

In Namibië verdien die uitspraak van Hendler R in *Namibian National Students’ Organisation v Speaker of the National Assembly for South West Africa* 1990 1 SA 613 (NMSC) en dié van Mahomed WAR in *Ex parte Attorney-General, Namibia: In re Corporal Punishment by Organs of State* 1991 3 SA 76 (NmSC) oorweging.

Buite Afrika behoort ’n mens ontwikkelinge in Kanada en Hongkong noukeurig te volg. Albei lande kom uit ’n koloniale verlede en is besig om menseregtekulture te vestig wat berus op verskanste menseregtehandveste.

4.4.3 GEWOONTEREGTELIKE INTERNASIONALE REG AANGAANDE MENSEREGTE

Ons het reeds in redelike besonderhede in onderwerp 2 aandag gegee aan die ontstaan, aard en bindende krag van internasionale gewoontereg. Gewoonteregtelike IRMR moet aan dieselfde eise voldoen. Omdat die IRMR egter as 'n afsonderlike tak van die algemene internasionale publiekreg met sy eie bronne beskou word, word daar onderskei tussen gewoonteregtelik internasionale reg in die algemeen (wat 'n baie belangrike bron is) en gewoonteregtelike internasionale reg aangaande menseregte. Vir doeleindes van hierdie studiegids kan u bloot daarvan kennis neem dat daar onses insiens geen noemenswaardige algemene gewoonteregtelike internasionale reg aangaande menseregte is nie. Die rigtinggewende beslissing in *Filartiga v Pena Irala* (1980 *International Legal Materials* 966) het dit duidelik gemaak dat die ontwikkeling van gewoonteregtelike internasionale menseregte op 'n reg-vir-reg-grondslag sal geskied. Die bruikbaarheid van volkeregtelike gewoontereg in 'n handves van regte is beperk. Dit wil voorkom of die rol van gewoontereg, vergeleke met dié van 'n verskanste handves van regte, sekondêr is. Lillich verklaar egter

[C]ustomary international human rights law ... has not been rendered redundant. In the first place, it can be used both to inform and flesh out various provisions in the Bill of Rights. Secondly, it can be invoked as an independent rule or decision in situations where the Bill of Rights offers no or less protection.

In hierdie opsig is die rol van die gewoonteregtelike IRMR vergelykbaar met dié van die internasionale reg (volkereg) in ons Handves van Regte. Dit gee inhoud aan die reg, met die belangrike verskil dat verdrae (en in die besonder die "interne bronne") voorrang geniet bo gewoonte.

LET WEL: Ons beweer nie dat gewoonte as 'n bron van algemene internasionale reg nie belangrik is nie. Wat ons wel sê, is dat gewoonte nie 'n besonder dominante bron is van die afsonderlike tak van die internasionale reg wat as die IRMR bekend staan nie, want die IRMR berus grotendeels op konvensies.

Vir diegene wat nie die IRMR as 'n afsonderlike deel van algemene internasionale reg beskou nie, is die rol van gewoonte vanselfsprekend baie belangrik. Dit sal dan onder die algemene bespreking van gewoonte ressorteer. U moet self besluit watter standpunt u ondersteun. Maar is dit nie altyd veiliger om twee pyle op jou boog te hê nie?

Voorts moet 'n mens in gedagte hou dat selfs al onderskei jy tussen gewoonteregtelike IRMR en algemene gewoonteregtelike internasionale reg, bly eersgenoemde 'n spesie van laasgenoemde. Gewoonteregtelike IRMR bly met ander woorde steeds gewoonteregtelike internasionale reg. Soos u vroeër gesien het, maak die gewoonteregtelike internasionale reg (volkeregtelike gewoontereg) deel van ons reg uit (in status gelykstaande met die gemene reg — dit is slegs aan die Grondwet en 'n Wet van die Parlement ondergeskik). Wat beteken dit prakties?

Dit is die taak van 'n regter om "die reg" toe te pas. Die taak van 'n Suid-Afrikaanse regter is om die Suid-Afrikaanse reg toe te pas. Indien daar bewys is dat 'n reël van die IRMR (bv die verbod op marteling — die *Filartiga*-saak) tot 'n reël van die gewoonteregtelike internasionale reg ontwikkel het, is daardie reël deel van "die reg" en **moet** die regter dit **toepas** (en nie bloot in ag neem nie). In dié sin is die rol van gewoonteregtelike internasionale reg (volkeregtelike gewoontereg) in artikel 39 sterker as dié van die internasionale reg in die algemeen.

4.4.4 SAGTE REG

Onder sagte reg behoort 'n mens in te sluit al die bronne wat tradisioneel nie tot afdwingbare reg as sodanig lei nie. Hier dink 'n mens aan niebindende resolusies van die Algemene Vergadering; die menings van skrywers en kommentatore op die terrein van menseregte; voorskrifte deur administratiewe tribunale; die praktyk van internasionale organisasies; riglyne en konsepresolusies deur die Internasionale Regskommissie, en so meer. Sagte reg behoort nie voorrang te geniet wanneer daar "harde reg" met betrekking tot 'n bepaalde reg is nie. Wanneer sagte reg egter die enigste, of die mees toepaslike, inligting oor 'n bepaalde reg uitmaak, sal die belangrikheid daarvan uiteraard proporsioneel toeneem. Dit kan ook baie nuttig wees as 'n mens ontwikkelinge in harde reg wil vertolk en die harde reg in ooreenstemming moet bring met die heersende werklikheid. Die belangrikheid van sagte reg in die Suid-Afrikaanse konteks blyk duidelik uit die Konstitusionele Hof se benadering in *Carmichele v Minister of Safety and Security* (4) 2001 4 SA 938 (CC)

4.5 ARTIKEL 39(2)

Net omdat artikel 39(1) die bepaling is wat die meeste voor ons howe kom, beteken nie dat ons nou maar van artikel 39(2) kan vergeet nie. Hopelik onthou u nog hoe dié bepaling lui:

39(2) By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemene reg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte bevorder. [*Engelse teks: When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.*]

Hoewel hierdie artikel onder die opskrif "Uitleg van Handves van Regte" staan, is hy nie tot die Handves beperk nie; trouens, dit is op alle wetgewing van toepassing en op die ontwikkeling van die gewoontereg en die gemene reg. Dit geld ook vir howe, tribunale en forums. U sou waarskynlik opgemerk het dat die internasionale reg (of dan die volkereg, om die Grondwet se term te gebruik) nie spesifiek in hierdie subartikel genoem word nie, soos wel die geval in subartikel (1) is. Maar wat maak die grondslag van "die gees, strekking en oogmerke" van die Handves van Regte uit wat bevorder moet word? Ja, die Handves berus grotendeels op die IVBPR (sien vroeër), wat internasionale reg is, nie waar nie? As 'n mens dus die "strekking" en oogmerke van die Handves bevorder, bevorder jy mos die internasionale reg ook, nê? Op stuk van sake moet die internasionale reg dus in ag geneem word by die ontwikkeling van die gemene reg en die gewoontereg, en by die uitleg van enige wetgewing.

In *Carmichele v Minister of Safety and Security* 2001 4 SA SA 938 (KH) het die Konstitusionele Hof, in die ontwikkeling van die gemene reg soos vereis by artikel 39(2), verwys na die Europese Konvensie vir die Beskerming van Menseregte en Fundamentele Vryhede en na die uitsprake van die Europese Menseregtehof. Dit wil dus voorkom of die volkereg ook van toepassing is wanneer die howe gemoeid is met die ontwikkeling van die gemene reg sodat dit die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte weerspieël. Vanselfsprekend geld wat gesê is oor die internasionale reg in die konteks van artikel 39(1), vir die gebruik van die internasionale reg in die konteks van artikel 39(2).

4.6 OPLOSSING VAN 'N PROBLEEM IN DIE INTERNASIONALE REG AANGAANDE MENSEREGTE

U het Internasionale Reg (en 'n paar minder belangrike vakke!) geslaag en is nou 'n prokureur (of 'n advokaat as u nie 'n leerkontrak kon sluit nie!). Sebo het op skool 'n pak slae gekry omdat hy nie sy huiswerk gedoen het nie en omdat hy aan sy onderwyser gesê het dat hy nie pak mag kry nie omdat hy lyfstraf vernederend vind. Sy pa nader u en u moet die saak in die hof beredeneer. Hoe sal u te werk gaan om die hof te oortuig dat Sebo se menseregte ingevolge die internasionale reg geskend is, soos wat by artikel 39 van u vereis word?

Stap 1: Stel vas of die betrokke reg in Hoofstuk 2 voorkom. U moet dus Hoofstuk 2 van die Grondwet, 1996, deurlees. U sal die "reg" vind in artikels 10, 12(1)(e) en, vanweë Sebo se ouderdom, 28(1)(d).

U het vasgestel dat daar 'n reg is wat geskend kan word. U het vasgestel dat dit 'n Hoofstuk 2-reg is. Wat beteken dit vir u benadering tot die saak? Dit beteken dat artikel 39 van die Grondwet die uitleg van daardie reg reël.

Wat bepaal artikel 39? Dit bepaal dat die hof die internasionale reg, en meer spesifiek die IRMR, **in ag moet neem**. Dit beteken dat u die posisie ingevolge die IRMR aan die hof moet stel.

Stap 2: Raadpleeg die internasionale dokumente wat die grondslag van die IRMR uitmaak, en stel vas of die betrokke reg daarin voorkom.

U moet nou die werklike tekste van die dokumente nagaan en bepaal of daar enige spesifieke verskille is tussen die bepaling daarvan en Suid-Afrika se Handves van Regte. So byvoorbeeld verskil ons bepaling rakende die reg op lewe van dié van die IVBPR. Dit moet in berekening gebring word wanneer die internasionale hofuitsprake oor die reg op lewe soos vervat in die IVBPR oorweeg word.

Wat het u nou tot dusver gedoen? U het vasgestel dat die betrokke reg in die Suid-Afrikaanse reg bestaan (stap 1). U het vasgestel dat daar 'n ooreenstemmende reg in die internasionale reg is en gelet op die verskille tussen die twee (stap 2). U het ook vasgestel watter gedeeltes van die internasionale dokumente u in ag moet neem. Het u vasgestel watter internasionale reg u aan die hof moet voorlê? **Nee, u het nie**, en dus gaan ons voort na stap 3.

Stap 3: Bestudeer die aanbevelings van kommissies en beslissings van howe ingestel kragtens die internasionale dokumente (interne bronne, hierbo). Hier sal u die internasionale reg vind wat u aan die hof moet aanbied. Sowel kommissieaanbevelings as hofuitsprake kan gebruik word, maar vanselfsprekend sal die hofuitsprake groter gewig dra.

Stap 4: Raadpleeg buitelandse hofuitsprake as 'n bron van die IRMR. Hier sal u grotendeels dieselfde prosedure as hierbo volg, behalwe dat u die onderskeie state se handveste van regte sal bestudeer om die ooreenstemmende bepaling te vind en moontlike verskille op te spoor, in plaas van internasionale dokumente.

Die voor die hand liggende voorbeeld in Sebo se geval (u het seker al van hom vergeet, nè?) is die Namibiese sake wat vroeër genoem is.

Stap 5: Gewoonteregtelike IRMR is ook 'n bron en moet nou oorweeg

word. Hier sal u sien of die betrokke mensereg (geen vernederende straf) voldoen aan die internasionale vereistes vir die daarstelling van gewoonte (*usus* en *opinio iuris*) en nou beskou word as 'n gewoonteregtelike reël waaraan state gebind is, selfs by afwesigheid van internasionale dokumente waarby hulle 'n party is. As u dit kan bewys, kan u (en moet u, onses insiens) aanvoer dat die hof ingevolge artikel 232 die internasionale reg moet toepas en nie net in ag neem nie.

Stap 6: Kyk of daar enige "sagte reg" is wat tot u begrip van die kwessie kan bydra. Hier dink 'n mens aan kommentare deur skrywers en niebindende resolusies (bv van die Algemene Vergadering of ander internasionale liggame, soos die Internasionale Regskommissie).

Nou bring u al die stappe byeen en lê met volle vertroue "die internasionale reg van toepassing op die reg" aan die hof voor. Miskien sal dit klein Sebo nie veel help nie, maar die gevolg sal wees dat geen ander klein Sebo's aan lyfstraf onderwerp sal word nie. Ja, ons is deeglik bewus daarvan dat lyfstraf deur wetgewing afgeskaf is, maar ons hou van die voorbeeld!

Let asseblief daarop dat ons benadering tot hierdie onderwerp noodwendig meganisties is. Ons kan beslis nie van u verwag om 'n diepgaande studie van elke enkele reg te doen om so vas te stel wat die "werklike" posisie in die Suid-Afrikaanse reg is nie. Dit word gedoen in 'n keusevak, naamlik 'n gespesialiseerde kursus in Internasionale Menseregte. As 'n kompromie het ons dus probeer om die meganisme wat u moet gebruik of die proses wat u moet volg om die "feite" vas te stel, te verduidelik. Dit is ook al wat ons in die eksamen van u sal verwag. U moet die skending van 'n mensereg kan raaksien, dit aan die Grondwet en die internasionale reg kan verbind, en kan verduidelik wat u in die hof sal doen. Probeer dit in die oefening wat volg:



Praktiese oefening 2

Me Bena Deling is 'n baie bekwame senior lektor in Unisa se Kollege vir Regsgeleerdheid. 'n Vakature vir professor ontstaan in haar departement (natuurlik nie Publieke, Staats- en Internasionale Reg nie!) en sy doen aansoek. Sy was verreweg die bes gekwalifiseerde kandidaat, maar is nogtans nie aangestel nie. Sy vind uit dat hoewel sy bo aan die kortlys was, haar aanstelling geveto is toe dit bekend geword het dat sy buite werktyd 'n praktiserende fopdosser is (ja, 'n vrou kan ook 'n transvestiet wees — kyk maar in 'n woordeboek as u dit nie glo nie!) wat gereeld op die verhoog as 'n Helmut Lotti-nabootser optree.

Bena Deling kom spreek u en voer aan dat haar grondwetlike regte ingevolge artikel 9(3) van Hoofstuk 2 van die Grondwet geskend is. Sy vertel u van een van haar vriendinne met soortgelyke neigings wat geslaag het met 'n eis voor die Europese Menseregtehof (EMRH) en van een wat insgelyks geslaag het voor die Duitse Konstitusionele Hof (DKH).

Verduidelik in die lig van bostaande feite wat die relatiewe gewig is wat 'n Suid-Afrikaanse hof aan die beslissings van onderskeidelik die EMRH en die DKH moet heg ingevolge Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.

Wenke:

- Watter artikel van die Grondwet is ter sprake?
- Wat moet die hof in ag neem of toepas?
- Watter tipe hof is die EMRH?
- Waaraan ontleen hy sy bevoegdheids?
- Watter tipe hof is die DKH?
- Wat is die aard van 'n beslissing van die EMRH?
- Verskil dit van 'n beslissing van die DKH?
- Wat sal u doen as daar geen ooreenstemmende reg in die internasionale dokumente of ander state se handveste van regte is nie?
- Waar sal u dan na die IRMR soek?
- Wat gebeur as daar ook nie 'n gewoonteregtelike reël is nie?
- Raadop? Gaan terug na onderwerp 2 en dink weer oor Artikel 38.1.c. Terloops, u hoef u nie met die spesifieke besonderhede van die reg in die handves van regte te bemoei nie — dit is bloot as 'n etiket daar

STUDIE-EENHEID 5

ONREGSTREEKSE TOEPASSING: ARTIKEL 233

Ons is nou by die laaste artikel wat ons in “hierdie maratonsessie” gaan behandel, waaroor u seker baie verlig is! Dit is artikel 233, wat myns insiens een van die mees onderskatte en verwaarloosde (deur sowel dié wat sake lei, as die howe) artikels in die Grondwet is. As dit korrek gebruik word, kan dit 'n kragtige instrument word waarmee u sake kan wen.

Artikel 233 lui soos volg:

By die uitleg van **wetgewing moet elke hof aan enige redelike uitleg** van die wetgewing wat **met die volkereg bestaanbaar is** voorkeur gee **bo enige** alternatiewe **uitleg** wat **met die volkereg onbestaanbaar** is. [*Engelse teks: When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law.*] (Ons beklemtonings.)

Die howe kan heel moontlik 'n meer beperkende siening van artikel 233 hê wanneer hulle dit indringend moet beskou, maar ek sien dit as uiters wyd.

- Dit verwys bloot onbepaald na “wetgewing” — in die Engels “any legislation” (dit wil sê alle wetgewing).
- Dit geld vir “elke hof” (dit wil sê van landdroshowe tot die Konstitusionele Hof).
- Dit praat van “enige redelike uitleg” (dws nie noodwendig die mees redelike nie).
- Dit geld by voorkeur vir (weer) **enige** ander uitleg wat nie met die internasionale reg bestaanbaar is nie.

Wanneer 'n hof dus 'n Parlements-wet uitlê, vereis (“moet”) hierdie artikel, wat skynbaar 'n interpretasie-artikel is, in werklikheid van die hof om voorkeur te verleen — dit wil sê dit toe te pas — aan die internasionaalregtelike uitleg van die begrip/term/

frase (of wat ook al) wat hy oorweeg — 'n ware “wolf in skaapsklere” vir anti-internasionaliste!

Dit bring ons aan die einde van ons bespreking van die rol van die internasionale reg in die Suid-Afrikaanse nasionale reg in die bedeling van die 1996-Grondwet (of minstens van dié aangeleenthede wat ons in besonderhede beskou). In die volgende afdeling gee ons u 'n aanduiding van u nou behoort te kan doen.

STUDIE-EENHEID 6

ASSESSERING

Wel, hier is ons nou by die vuurproef. Omdat u die werk bestudeer het, sê ons nou wat ons meen u moet kan doen.

Omdat dit 'n lang, ingewikkelde onderwerp was, het ons hier en daar praktiese oefeninge ingesluit in die studie-eenhede self. Die doel daarvan was hoofsaaklik om die eentonigheid van ononderbroke studie te breek en om u die geleentheid te gee om algaande seker te maak dat u op die regte spoor is.

U behoort nou dié oefeninge sonder te veel probleme te kan doen. Hieronder gee ons nog 'n paar sulke oefeninge.

Dit is tyd om eerlik met uself te wees en om te kyk wat u in hierdie onderwerp geleer het. As u dan vind dat u nie genoeg geleer het, moet u besef dat u moet teruggaan en weer (en weer) gaan leer. As u egter regtig vasbrand, vra hulp by ons!



Praktiese oefening 3

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 maak voorsiening vir beide die direkte as die indirekte toepassing van die internasionale reg. Verduidelik hierdie stelling met gebruik van artikels 39, 231, 232 en 233 van die Grondwet.



Praktiese oefening 4

Die twee hoof-teorieë wat die verhouding tussen die internasionale reg en die nasionale reg verduidelik, is monisme en dualisme.

Verduidelik wat met elkeen van hierdie benaderings bedoel word en verduidelik wat die praktiese uitwerking van hierdie benaderings is.

Ontleed artikels 39, 231, 232 en 233 van die 1996 Grondwet en verduidelik of u elkeen as monisties of dualisties beskou.



Praktiese oefening 5

Verduidelik die howe se gebruik van die internasionale reg ingevolge artikels 39 en 233 van die 1996 Grondwet.



Praktiese oefening 6

Verduidelik die rol wat die internasionale reg speel by die toepassing van artikel 39(2) van die 1996 Grondwet.

AFDELING B

Daar is vier onderwerpe in hierdie afdeling

Daar word een eksamenvraag gestel oor elk van die vier onderwerpe in hierdie afdeling.

Elkeen van die vier vrae tel 25% van u eksamenpunt aan die einde van die semester

U moet een vraag uit afdeling B beantwoord.

ONDERWERP 1

GEBIED IN DIE INTERNASIONALE REG

In hierdie onderwerp, skenk ons aandag aan die volgende:

Studie-eenheid 1: Inleiding

- 1.1 Intertemporale reg
- 1.2 *Uti possidetis*

Studie-eenheid 2: Tradisionele metodes van gebiedsverkryging of -verlies

Studie-eenheid 3: Die Suid-Afrikaanse reg en gebiedsverkryging

- 3.1 Inleiding
- 3.2 Moontlike grondwetlike implikasies van gebiedsverkryging of -verlies
 - 3.2.1 Gebiedsverkryging as 'n prerogatiewe handeling
 - 3.2.2 Gebiedsverkryging gebaseer op verdrag
 - 3.2.3 Gebiedsverkryging wat op wetgewing gebaseer word
 - 3.2.4 Gebiedsverkryging of -verlies wat Hoofstuk 2-regte raak
 - 3.2.5 Die uitwerking van artikel 233
- 3.3 Gebiedsverkryging vóór die Grodwet

Studie-eenheid 4: Assessering



Die volgende materiaal moet bestudeer word:

- Dugard 3de uitgawe hoofstuk 8
- Anyangwe C "African border disputes and their settlement by international adjudication" (2003) 28 *SAYIL* 29
- *Van Deventer v Hancke & Mossop* 1903 TS 401
- *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* 2004 ICJ Rep 136 (beskikbaar by www.icj-cij.org onder die 2004-vonnisllys)

STUDIE-EENHEID 1

INLEIDING

As 'n mens rondom jou kyk, merk jy dadelik dat gebied steeds in die moderne internasionale reg 'n baie netelige kwessie is. Die konflik tussen Israel en die Palestynse Bevrydingsorganisasie oor die Golan-hoogland en Oos-Jerusalem duur voort, en nader aan die tuisfront het Swaziland en Lesotho aanspraak gemaak op dele van Suid-Afrika.

By die beoordeling van hedendaagse aansprake op gebied is die konsep "intertemporale reg" van kardinale belang.

1.1 INTERTEMPORALE REG

Een van die belangrike kenmerke van gebiedsgeskille is dat dit meestal verband hou met gebeurtenisse in die verlede — soms net 'n paar dekades gelede, soms letterlik eeue gelede. Die vraag is natuurlik hoe om 'n gebeurtenis wat in die 1800's gebeur het, in die 21ste eeu te beoordeel. Pas 'n mens vandag se "wysheid" en insig toe op gister se handeling? Dit is waar die beginsel van intertemporale reg na vore kom. Dié konsep berus op die bevindinge van Max Huber, vervat in *Island of Palmas (United States v Netherlands)* (1928) 2 RIAA 829.

Twee beginsels vloei uit hierdie saak voort:

- (1) 'n Mens beoordeel die saak ooreenkomstig die reg wat gegeld het ten tyde van die verkryging van die gebied, en nie ooreenkomstig die reg wat gegeld het toe die geskil ontstaan het of die reg op die tydstip wanneer dit besleg moet word nie.
- (2) 'n Onderskeid moet gemaak word tussen die skep van regte en die bestaan van regte. Die skep van regte word beoordeel volgens die reg van toepassing ten tyde van die skepping daarvan; die voortbestaan van die reg word gereël deur die ontwikkelende reg.

Prakties beteken dit dat, volgens Huber se eerste beginsel, 'n geskil wat in 2009 ontstaan oor die verkryging van gebied in 1825, gereël word deur die regsposisie wat in 1825 gegeld het. Merk u hier iets onlogies in Huber se tweede beginsel? Ons hoop so. Volgens sy tweede beginsel kan die eerste heeltel "uitgewis" word, want dit is gewoonlik die voortbestaan van die reg wat voor die hof in geskil is. Huber se tweede beginsel moet dus met groot omsigtigheid toegepas word ten einde chaos te voorkom.

1.2 UTI POSSIDETIS

Dit is 'n relatief eenvoudige beginsel, wat verband hou met intertemporale reg. Kortliks beteken dit dat koloniale grense, hoe arbitrêr dit ook al mag wees, gerespekteer moet word. Die rede vir die reël is geheel en al prakties: as alle state nou hulle grense sou bevraagteken, sou die wêreld — en Afrika in die besonder — in chaos (of groter chaos) gedompel word.

Hierdie reël is natuurlik nie regtig "billik" nie, en dit is in stryd met volke se reg op selfbeskikking. Dit is erken in die *Frontier Dispute*-saak 1986 ICJ Rep 554, waar die hof, betreffende 'n geskil tussen Mali en Burkina Faso, verklaar dat *uti possidetis* "freezes the territorial title" en selfbeskikking slegs toelaat binne die grense bepaal deur die voormalige koloniale moondhede.



Praktiese oefening 1

In die internasionale reg word die konsep "gebied" onlosmaaklik gekoppel aan drie, dikwels teenstrydige, konsepte: intertemporale reg, *uti possidetis* en die reg op selfbeskikking.

Ontleed hierdie drie konsepte en bespreek bogenoemde stelling krities deur die interaksie tussen dié konsepte aan te toon, en te bespreek of hulle versoenbaar is. Gebruik praktiese voorbeelde ter illustrasie van u argumente.



Praktiese oefening 2

Soos Anyangwe in "African border disputes and their settlement by international adjudication" aantoon, is Afrika-state heel vertrouwd met grensgeskille, ten spyte daarvan dat hulle oënskynlik die *uti possidetis*-beginsel aanvaar.

Bespreek bogenoemde stelling krities in die lig van Anyangwe se voorgeskrewe artikel.

STUDIE-EENHEID 2

TRADISIONELE METODES VAN GEBIEDSVERKRYGING OF -VERLIES

Tradisioneel word die verkryging van gebied in die internasionale reg benader aan die hand van die oorweging van die vyf belangrikste maniere waarop gebied ooreenkomstig die Romeinse reg verkry kon word. Dié vyf, tesame met hulle vereistes, word in die diagram hieronder uiteengesit. Dit verskaf egter slegs die sleutelkonsepte; die res vind u in Dugard. Verder moet u self bepaal of dié verskillende metodes van gebiedsverkryging in die 21ste eeu ingevolge die internasionale reg geldig is.

Verkryging van gebied

Sessie (gebieds-afstand)	Anneksasie	Besetting	Verjaring	Aanwas
<p>1 Oordrag van soewereiniteit van een staat aan 'n ander.</p> <p>2 Albei moet <i>animus</i> (bedoeling) hê om te verkry en oor te dra.</p>	<p>Verkryging van soewereiniteit oor grondgebied van 'n ander deur militêre verowering</p> <p>1 Veroweraar moet die bedoeling hê om soewereiniteit te verkry.</p> <p>2 Grondgebied moet geheel en al onderwerp word.</p>	<p>Verkryging van soewereiniteit deur toe-eiening van grondgebied wat aan niemand behoort nie</p> <p>1 Moet gebied beset</p> <p>2 <i>Animas</i></p> <p>3 <i>Grond moet terra nullius</i> wees</p> <p>4 Besetter moet regerings-funksies uitoefen.</p>	<p>Verkryging van soewereiniteit deur deurlopende en ononderbroke besit oor 'n lang tydperk.</p>	<p>Let op dat daar volkeregterlik geen bepaalde tydperk is nie. Staat outomaties eienaar van grond wat by sy grondgebied gevoeg word deur natuurlike aanwas. Onderskei tussen <i>alluvio</i> en <i>avulsio</i>.</p>



Praktiese oefening 3

Die sentrale konsep wat by alle vorme van gebiedsverkryging aanwesig is, is soewereiniteit. Identifiseer die verskillende vorme wat soewereiniteit by elkeen van die volgende maniere van gebiedsverkryging aanneem: besetting, anneksasie/verowering, sessie en verjaring. Evalueer die lewensvatbaarheid van elkeen ooreenkomstig die internasionale reg in 2009.



Praktiese oefening 4

Een van die invloedryke sake waarin gebiedsverkryging deur middel van anneksasie of verowering uiteengesit word, is *Van Deventer v Hancke & Mossop* 1903 TS 401. Gee 'n uiteensetting van die omstandighede wat tot hierdie saak aanleiding gegee het en die geldigheid van die hof se bevinding ingevolge die internasionale reg. (Waar het u reeds hierdie saak teëgekomp?)



Praktiese oefening 5

Definieer die konsep *terra nullius* en verduidelik die belang daarvan in die vroeë internasionale reg deur middel van voorbeelde uit die Suid-Afrikaanse geskiedenis en hofbeslissings



Praktiese oefening 6

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory 2004 ICJ Rep 136 is die mees onlangse verklaring oor anneksasie deur die Internasionale Geregshof (IGH). Verduidelik Israel se handelinge as 'n voorbeeld van anneksasie en evalueer die hof se reaksie daarop.

STUDIE-EENHEID 3

DIE SUID-AFRIKAANSE REG EN GEBIEDSVERKRYGING

3.1 INLEIDING

Dugard behandel nie hierdie aangeleentheid onder 'n aparte opskrif nie. Daar is egter deurgaans in die werk wat u reeds bestudeer het, verwysings daarna. Oorweeg dit aan die hand van onderstaande raamwerk.

Alhoewel ons meen dat die Grondwet sake moontlik aanmerklik verander het, moet u egter, tot tyd en wyl ons weet hoe ons howe gaan reageer, steeds in staat wees om die aard van gebiedsverkryging in die Suid-Afrikaanse reg te bespreek, asook die relevante hofsake wat voor die inwerkingtreding van die finale Grondwet gegeld het.

Die verkryging van gebied is tradisioneel in die Suid-Afrikaanse reg as 'n staatshandeling beskou. Dit beteken dat dit 'n diskresionêre handeling van die uitvoerende gesag is by die uitoefening van sy prerogatief om buitelandse betrekkinge te voer. In die vorige bedeling en ooreenkomstig die Engelsregtelike beginsels wat tradisioneel ons "gemenerereg is" (wat die internasionale reg betref), het dit uitsluitlik by die uitvoerende gesag berus om na goeddunke ons gebied uit te brei of in te kort en die voorwaardes te bepaal waarvolgens dit moes geskied.

Die rol van die howe in hierdie verband was bloot om die wil (bedoeling) van die uitvoerende gesag vas te stel en uitvoering daaraan te gee. Die howe kon nie die internasionale reg toepas as dit in stryd was met die veronderstelde (of verklaarde) bedoeling van die uitvoerende gesag nie.

U sal merk dat ons hierbo die verlede tyd gebruik het, want ons huidige Grondwet het die potensiaal om dié stand van sake radikaal te verander.

3.2 MOONTLIKE GRONDWETLIKE IMPLIKASIES VAN GEBIEDSVERKRYGING OF -VERLIES

Aangesien gebiedsverkryging wesenlik op 'n uitvoerende handeling of prerogatief berus, moet 'n mens vasstel of die prerogatiewe of bevoegdhede die 1996-Grondwet oorleef het.

Aangesien gebiedsverkryging gewoonlik berus op 'n verdrag, moet die bepalings van die Grondwet oor die sluiting, internasionale toepassing en nasionale toepassing van verdrae ondersoek word.

Wanneer die gebiedsverkryging of -verlies op 'n suiwer wetgewende maatreël berus, moet oorweeg word of sodanige maatreël deur die howe getoets kan word.

Die uitwerking van artikel 2 van die Grondwet — wat bepaal dat die Grondwet die hoogste reg van die Republiek is en dat enige regsvoorskrif of optrede daarmee onbestaanbaar ongeldig is — moet oorweeg word.

Wanneer die gebiedsverkryging of -verlies menseregte raak, moet die bepalings van artikel 8(1) in oorweging geneem word.

Die uitwerking van artikel 233 van die 1996-Grondwet moet eweneens oorweeg word.

3.2.1 GEBIEDSVERKRYGING AS 'N PREROGATIEWE HANDELING

Tot dusver is daar nog geen klinkklare antwoord op die vraag of die prerogatiewe die Grondwet oorleef het nie. Een denkrigting voer aan dat aangesien die Grondwet nie die prerogatiewe uitdruklik afgeskaf het nie, hulle as deel van ons gemenerereg bly voortbestaan. Daar kan geen beswaar teen hierdie argument ingebring word nie, mits dit gesien word teen die agtergrond van die Grondwet as die hoogste reg van die land. Dit beteken dat wanneer 'n prerogatief in stryd is met die Grondwet, dit ondergeskik daaraan is. Daarenteen voer andere aan dat die prerogatiewe ingelyf is by en vervang is deur die Grondwet en dus nie meer 'n rol speel in ons reg nie.

Die waarheid lê waarskynlik iewers tussen hierdie twee uiterstes. Dit is soms onprakties dat die uitvoerende gesag aan die wetgewer ondergeskik is met betrekking tot die hantering van buitelandse betrekkinge. Daarenteen het ons geskiedenis getoon dat staatsburgers beskerm moet word teen 'n uitvoerende gesag wat vrye teuels het. Wat waarskynlik sal gebeur, is dat dié funksie rakende buitelandse betrekkinge getoets sal word, nie noodwendig teen die letter van die Grondwet nie, maar teen die "gees en strekking" daarvan as 'n bemagtigende dokument in 'n moderne demokratiese staat.

3.2.2 GEBIEDSVERKRYGING GEBASEER OP VERDRAG

Hier moet 'n mens die vereistes wat die Grondwet vir die sluiting van 'n geldige verdrag stel (sien onderwerp 6), oorweeg. In die besonder moet aandag geskenk word aan artikel 231, wat bepaal hoe 'n verdrag in Suid-Afrika regsrag verkry. Aangesien 'n verdrag wat gebied afstaan, nie noodwendig "van tegniese, administratiewe of uitvoerende aard" is nie, sal die nasionale toepassing daarvan onderworpe wees aan die aanvaarding van 'n toepaslike parlementswet. So 'n Wet sal voor die howe bereikbaar wees

3.2.3 GEBIEDSVERKRYGING WAT OP WETGEWING GEBASEER WORD

Hier sal die wetgewing onderworpe wees aan die normale toetsingsbevoegdhede van die howe met betrekking tot die grondwetlikheid daarvan. Die howe sal gevolglik aansienlik meer doen as om bloot die wil van die uitvoerende gesag vas te stel en dit toe te pas.

3.2.4 GEBIEDSVERKRYGING OF -VERLIES WAT HOOFSTUK 2-REGTE RAAK

Dit is nie besonder moeilik om 'n situasie voor te stel waar die verlies van gebied die regte van die inwoners van so 'n land raak nie. Die mees tersaaklike reg wat geraak sal

word, is eiendomsreg. In so 'n geval sal die howe verplig wees om die Wet wat die individu se regte ontnem, in die lig van artikel 39 van die Grondwet te oorweeg.

3.2.5 DIE UITWERKING VAN ARTIKEL 233

Miskien kan die mees oortuigende argument aangevoer word aan die hand van artikel 233, ingevolge waarvan alle wetgewing (met inbegrip dus van wetgewing wat gebiedsverkryging of -verlies teweegbring of wat 'n verdrag inlyf wat vir verkryging of verlies voorsiening maak) so uitgelê moet word dat dit in ooreenstemming met enige moontlike uitleg ingevolge internasionale reg is. Die hof is nie net bevoeg om die wese van die staatshandeling te oorweeg nie, maar moet dit ook teen internasionaalregtelike interpretasies toets.

Hoe dit ook al sy, op die oomblik is alles spekulasie en ons sal eenvoudig moet wag om te sien wat die howe doen. Dit is dus noodsaaklik dat u die tradisionele benadering wat tot dusver gegeld het, bestudeer.

3.3 GEBIEDSVERKRYGING VÓÓR DIE GRONDWET

Die verkryging van gebied is 'n staatshandeling deur die uitvoerende gesag by die uitoefening van sy prerogatief om buitelandse betrekkinge te voer (*Van Deventer v Hancke & Mossop* 1903 TS 401). In hierdie opsig oefen die uitvoerende gesag 'n absolute diskresie uit.

Wat is dan die rol van die howe as daar probleme ontstaan oor die verkrygingshandeling? (*Post Office v Estuary Radio* 1967 3 All ER 663).

Hoe stel die howe vas wat die wil van die uitvoerende gesag is? Dit word gedoen op grond van verklarings deur die uitvoerende gesag, verdrae, of ander toepaslike oorwegings (*In re Southern Rhodesia* 1919 AC 211). Wanneer daar enige twyfel is, kan die hof 'n sertifikaat van die Departement van Buitelandse Sake aanvra (die sg uitvoerendegesag-sertifikaat), waaraan die hof dan gebonde is.

As die hof gebonde is om die vasgestelde wil van die uitvoerende gesag of, selfs meer beperkend, die bepalings van die uitvoerendegesag-sertifikaat toe te pas, is dit voor die hand liggend dat die rol van die internasionale reg erg beperk word (trouens, dit bestaan hoegenaamd nie). Die hof kan nie die geldigheid van die gebiedsverkryging of -verlies teen die vereistes van die internasionale reg toets nie.

'n Interessante vraag wat ontstaan, is die volgende: Wat gebeur as gebied op bepaalde voorwaardes verkry word? In 'n verdrag stem staat A in om 'n deel van sy gebied aan staat B af te staan op voorwaarde dat B voldoende skadevergoeding aan die inwoners van die betrokke gebied betaal. Kan die howe van staat A dié vergoeding teen staat B afdwing?

Die volgende twee vrae ontstaan:

- (1) Kan die howe die voorwaardes in ag neem?
- (2) Kan die howe die voorwaardes afdwing?

Die antwoord op die eerste vraag is dat hulle nie net kan nie, maar inderdaad moet — maar slegs om die wil van die uitvoerende gesag met betrekking tot die uitbreiding van sy gebied vas te stel.

Die antwoord op die tweede vraag is dat hulle dit nie kan doen nie — die voorwaardes is deel van 'n nie-ingelyfde verdrag wat, soos u sal onthou, nie in

nasionale howe afgedwing kan word nie. As daar egter (soos hierbo gesuggereer word) 'n uitleg van skending van 'n fundamentele reg moontlik is, kan die howe bes moontlik verplig wees om die voorwaardes te oorweeg en daarvoor uitspraak te lewer. Of hulle egter in staat sal wees om dit af te dwing, bly 'n ope vraag.



Praktiese oefening 7

In 'n formele sessieooreenkoms tussen staat A en staat B, staan A 'n deel van sy gebied aan B af op voorwaarde dat B R10 000 per hektaar betaal aan al die inwoners van die gebied wat as gevolg van die oordrag grond verloor. In 'n parlamentswet wat B egter daarna aanneem, lyf hy wel die verdrag by sy reg in, maar onderneem om slegs R5 000 per hektaar te betaal. Tot op hede het B nog niks betaal nie. X, wie se grond onteien is, wend hom tot die hof en eis R1 000 000 (vir 100 hektaar) van B ooreenkomstig die formele onderneming wat in die sessieooreenkoms gegee word.

Kan die hof X se eis van R1 000 000 afdwing?

Kan die hof B beveel om hoegenaamd 'n bedrag te betaal?

Verduidelik volledig en toon die verskil tussen die grondslae van die onderskeie eise aan.

DUS: Het die Grondwet enigiets in hierdie verband verander?

Wenke

- Wat is die vereistes vir sessie? (Nie regtig nie — ons maak net seker; nie deel van die antwoord nie!)
- Wat is die sessieooreenkoms?
- Van watter tipe ooreenkoms vorm die voorwaarde dus deel?
- Kan hierdie ooreenkomste deur 'n hof afgedwing word?
- Wat moet eers gedoen word?
- Is dit al gedoen?
- Waarom is die Wet aangeneem?
- Kan die hof die betaling van R5 000 afdwing? Waarom?
- Watter uitwerking het artikel 39 van die Grondwet op die situasie?
- Watter uitwerking het artikel 2 van die Grondwet op die situasie?



Praktiese oefening 8

In *Van Deventer v Hancke & Mossop* 1903 TS 401, verklaar die hof soos volg:

In its dealings with other states the Crown acts for the whole nation, and such dealings cannot be questioned or set aside by its courts. They are acts of state into the validity or invalidity, the wisdom or unwisdom, of which domestic courts have no jurisdiction to inquire.

Bespreek die voortgesette geldigheid al dan nie van hierdie stelling in die lig van die huidige Suid-Afrikaanse Grondwet krities.

Wenke

- Wat is die prerogatief?
- Bestaan dit nog?
- Waarom?
- Waarom nie?
- Artikel 2, 8(1) en 233 van die Grondwet, ensovoorts?

STUDIE-EENHEID 4

ASSESSERING

By hierdie onderwerp vorm die formatiewe assesseringsoefeninge deel van die teks.

Die algemene sommerende assessering (maw die eksamen) is in 'n soortgelyke formaat en dek die werk wat u in die algemene sommerende oefeninge gedoen het.

U moet egter in gedagte hou dat afdeling B ten doel het om u toe te rus om onafhanklik, en uit 'n verskeidenheid van bronne, te kan werk. Ons verwag dus inderdaad dat u die aangeduide bykomende bronne moet lees en in u antwoorde kan toon dat u die idees wat daarin vervat word, bemeester het.

ONDERWERP 2

IMMUNITEIT AS 'N UITSONDERING OP JURISDIKSIE: SOEWEREINE OF STAATSIMMUNITEIT

In hierdie onderwerp, skenk ons aandag aan die volgende:

Studie-eenheid 1: Inleiding

Studie-eenheid 2: Soewereine of staatsimmunititeit

- 2.1 Ontwikkeling en teorieë
- 2.2 Wet op die Immuniteite van Vreemde State 87 van 1981
 - 2.2.1 Afstanddoening (a 3 van Wet 87 van 1981)
 - 2.2.2 Handelstransaksies (a 4 van Wet 87 van 1981)
 - 2.2.3 Dienskontrakte (a 5 van Wet 87 van 1981)

Studie-eenheid 3: Diplomatieke en konsulêre immunititeit

- 3.1 Inleiding
- 3.2 Diplomatieke immunititeit
- 3.3 Konsulêre immunititeit

Studie-eenheid 4: Immunititeit, menseregte en internasionale misdade

- 4.1 Inleiding
- 4.2 Die immunititeit van staatshoofde

Studie-eenheid 5: Assessering



Verpligte leeswerk:

- Dugard 3de uitgawe bladsy 238-265
- International Court of Justice case 2002: *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium)* 2002 ICJ Rep 3:
 - (a) Uitspraak
 - (b) Afwykende uitspraak van *ad hoc*-Regter Van Den Wyngaert
(Hierdie saak is beskikbaar by www.icj-cij.org onder die 2002-vonnislys.)
- Wetgewing:
 - Wet op die Immuniteite van Vreemde State 87 van 1981
 - Wet op Diplomatieke Immuniteite en Voorregte 37 van 2001

STUDIE-EENHEID 1

INLEIDING

U het onderwerp 4 wat oor jurisdiksie handel, bestudeer, en vir doeleindes van hierdie gekose onderwerp (onderwerp 2) word daar aanvaar dat u jurisdiksie behoorlik verstaan. In hierdie onderwerp word immunititeit van jurisdiksie deeglik uiteengesit — soewereine immunititeit en diplomatieke immunititeit word ondersoek.

Immunititeit is een van die praktiese toepassings van die internasionale reg wat redelik dikwels in die howe ter sprake kom en wat heel moontlik sal toeneem weens die toename in die aantal diplomatieke missies in Suid-Afrika. Hoewel 'n staat jurisdiksie kan uitoefen oor alle gebeure en mense op sy gebied, is daar sekere gevalle waar hy verkies om dit nie te doen nie, en wel om verskillende (gewoonlik politieke) redes.

Hier moet 'n mens 'n belangrike onderskeid maak. Hoewel daar dikwels gesê word dat die staat nie jurisdiksie het oor vreemde soewereine nie, is dit streng gesproke nie waar nie. Die staat het wel jurisdiksie, en die vreemde staat is aanspreeklik vir sy handeling, MAAR die staat verkies of stem formeel in om in sekere omstandighede nie sy jurisdiksie uit te oefen nie. Hierdie "keuse" kan berus op wederkerigheid of wedersydse hoflikheid tussen nasies, (ek help jou, dan help jy my!) of dit kan formeel by wyse van wetgewing (bv die Wet op die Immunitete van Vreemde State en die Wet op Diplomatieke Immunitete en Voorregte) gedoen word.

STUDIE-EENHEID 2

SOEWEREINE OF STAATSIMMUNITEIT

2.1 ONTWIKKELING EN TEORIEË

Soos die naam te kenne gee, het soewereine immunititeit ontstaan uit die feit dat die handeling van die vors of soewerein van een staat nie in die howe van 'n ander vors of soewerein bevraagteken kon word nie. Nadat die vors "gedepersonaliseer" is, het dit die betekenis gekry dat die handeling van een staat nie in die howe van 'n ander staat betwis sou word nie. Die grondslag van immunititeit was aanvanklik geleë in die gelykheid van soewereine en internasionale hoflikheid.

Net soos die aard van immunititeit verander het met die verskuiwing van soewerein (in die "vorstelike" sin van die woord) na staat, het ook staatsimmuniteit verskuif, met die evolusie van die rol van die staat in die internasionale gemeenskap. Vandag is soewereine immunititeit van toepassing op die staatshoof, regering en staatsdepartemente van 'n vreemde staat. Hierdie verskuiwing word geïllustreer deur die twee (botsende) teorieë waarop immunititeit gebaseer is:

- die teorie van **absolute** soewereine immuniteit
- die teorie van **beperkte** soewereine immuniteit

Volgens die teorie van absolute immuniteit het 'n staat immuniteit teen die howe van 'n ander staat ten opsigte van al die handeling wat hy verrig. Daar hoef beswaarlik gesê te word dat namate state wêreldwyd kommersiële rolspelers geword het, dié teorie die potensiaal gehad het om tot grootskaalse chaos te lei vir die arme individu

wat in sulke omstandighede kontrakte moes sluit. Wanneer dit by die betaling van rekeninge kom, hoef 'n staat bloot op immunititeit aanspraak te maak en dan is die individu se arms gebind. Hierdie situasie moes verander.

In reaksie op hierdie onrealistiese stand van sake is die teorie van beperkte immunititeit ontwikkel. Volgens dié teorie behou state immunititeit wat openbare staatshandeling (*acta iure imperii*) betref, maar nie ten opsigte van handelsaktiwiteite (*acta iure gestionis*) nie.

Dugard argumenteer dat beperkte immunititeit waarskynlik met die aanname van die United Nations (UN) Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property die status van gewoonteregtelike internasionale reg verkry het. Die Aanhef tot dié Konvensie verklaar dat die jurisdiksionele immunitete van state en hul eiendom gewoonlik aanvaar word as 'n beginsel van gewoonteregtelike internasionale reg. Hierdie Konvensie keur beperkte immunititeit ten opsigte van handelstransaksies goed.

Die geskiedenis van die twee teorieë kan duidelik nagespoor word in die Suid-Afrikaanse regspraak, wat grotendeels parallel loop met die ontwikkeling in die Engelse reg.

Hierdie ontwikkeling in die howe is deur die wetgewende gesag nagevolg, en die Wet op die Immunitete van Vreemde State 87 van 1981 is aanvaar om die immunititeit van state te reël.

2.2 WET OP DIE IMMUNITEITE VAN VREEMDE STATE 87 VAN 1981

Ongelukkig laat die bestek van hierdie kursus nie 'n indringende studie van die hele Wet toe nie. Ons het derhalwe besluit om die basiese beginsel waarop die Wet berus, uit te lig en dan te fokus op drie praktiese situasies wat deur die Wet gedek word.

Die Wet is aanvaar om die omstandighede te reël waarin 'n staat voor 'n Suid-Afrikaanse hof op immunititeit kan aanspraak maak. Soos dikwels met wetgewing die geval is, is die Wet negatief bewoord. Dit wil sê, die Wet gaan van die standpunt uit dat 'n vreemde staat vrygestel is van die jurisdiksie van 'n Suid-Afrikaanse hof (maw absolute immunititeit) behalwe in die gevalle wat spesifiek in die Wet genoem word (beperkte immunititeit).

'n Staat kan in 'n aantal gevalle nie voor 'n Suid-Afrikaanse hof op immunititeit aanspraak maak nie. Vervolgens skenk ons aandag aan drie sulke gevalle.

2.2.1 AFSTANDDOENING (a 3 van Wet 87 van 1981)

'n Staat geniet **nie** immunititeit nie indien hy van sy immunititeit afstand doen (dws sy immunititeit prysgee). Die afstanddoening moet **uitdruklik** wees. Dit kan op drie maniere bewerkstellig word:

- (1) Skriftelik, voordat die oorsaak van die verrigtinge ontstaan, byvoorbeeld 'n bepaling in 'n koopkontrak waarin die staat onderneem om hom nie op immunititeit te beroep nie indien probleme uit die kontrak voortspruit. (**Onthou dit indien u ooit 'n kontrak tussen 'n individu en 'n vreemde staat moet opstel!**)
- (2) Uitdruklik en skriftelik nadat die geskil ontstaan het.

- (3) Stilswyende afstanddoening of afstanddoening by implikasie is moontlik, maar oortuigende bewys van die bedoeling van die staat sal nodig wees, soos wanneer die vreemde staat die aksie ingestel het.

'n Belangrike punt om in verband met afstanddoening van immuniteit te onthou, is dat afstanddoening van immuniteit teen verhoor **nie** afstanddoening van immuniteit teen die afdwinging van enige uitspraak wat uit die hofverrigtinge voortspruit, **insluit nie**. Dit moet afsonderlik geskied (**nog iets om te onthou by die opstel van kontrakte en afstanddoenings waarby state betrokke is!**).

2.2.2 HANDELSTRANSAKSIES (a 4 van Wet 87 van 1981)

Dit is die belangrikste uitsondering wat in die Wet vervat word. Die eerste vraag wat ontstaan, is natuurlik: Wat is 'n handelstransaksie? Die Wet bepaal dat "handelstransaksie" die volgende beteken:

- (a) 'n kontrak vir die lewering van dienste of goedere
- (b) 'n lening of ander transaksie vir die voorsiening van finansies en 'n waarborg of vrywaring ten opsigte van so 'n lening of ander transaksie of van enige ander finansiële verpligting
- (c) enige ander transaksie of bedrywigheid van 'n kommersiële, industriële, finansiële, professionele of ander soortgelyke aard wat 'n vreemde staat aangaan of waarin hy betrokke is anders as in die uitoefening van soewereine gesag, maar sluit nie 'n dienskontrak tussen 'n vreemde staat en 'n individu in nie

Soos die meeste omskrywings, laat hierdie een net soveel vrae ontstaan as wat dit beantwoord! Die voor die hand liggende vraag is: Wat word bedoel met "anders as in die uitoefening van soewereine gesag"? Die uitoefening van soewereine gesag is wat ons hierbo as *iure imperii* geklassifiseer het. Daar is twee maniere om vas te stel of 'n handeling die uitoefening van soewereine gesag verteenwoordig:

- (1) 'n mens kan kyk na die doel van die handeling, of
- (2) 'n mens kan kyk na die aard van die transaksie beliggaam in die handeling

Die algemene reël in Wet 87 van 1981 is dat 'n mens die aard van die handeling eerder as die doel daarvan moet gebruik om vas te stel of dit as *imperii* geklassifiseer kan word al dan nie, en dus of dit 'n aanspraak op immuniteit ondersteun al dan nie. Die Amerikaanse saak *Victory Transport Inc v Comisaria General de Abastecimientos y Transportes 35 ILR 110* het egter sekere handeling vasgestel wat as *imperii* beskou kan word, naamlik

- interne administratiewe handeling
- wetgewende handeling
- handeling met betrekking tot die gewapende magte
- handeling met betrekking tot diplomatieke bedrywighe
- openbare lenings

2.2.3 DIENSKONTRAKTE (a 5 van Wet 87 van 1981)

Die laaste artikel wat ons in besonderhede behandel, is dié oor dienskontrakte.

Suid-Afrikaanse howe **oefen jurisdiksie uit** en die vreemde staat geniet **nie** immuniteit **nie** indien —

- die kontrak in Suid-Afrika aangegaan is; **en**

- die diens geheel of ten dele in Suid-Afrika verrig moet word, **en**
- die betrokke individu (met inbegrip van maatskappye, ens) ten tyde van die sluiting van die kontrak 'n Suid-Afrikaanse burger was of sy of haar gewone verblyf in Suid-Afrika gehad het, **en**
- die individu ten tyde van die instel van die verrigtinge nie 'n burger van die vreemde staat is nie

Suid-Afrikaanse howe **oefen nie jurisdiksie uit nie** en die vreemde staat **geniet wel** immunitet indien —

- die partye ooreenkom dat hul geskille deur 'n hof van 'n vreemde staat bereg sal word, **of**
- die verrigtinge betrekking het op die diens of werksaamhede van diplomatieke, konsulêre, administratiewe, tegniese of dienspersoneel van die vreemde (diplomatieke of konsulêre) missie

STUDIE-EENHEID 3

DIPLOMATIEKE EN KONSULÊRE IMMUNITEIT

3.1 INLEIDING

Diplomate en konsuls is verteenwoordigers van 'n staat wat aangestel word om hulle state vir spesifieke doeleindes in vreemde state te verteenwoordig.

Oor die algemeen verteenwoordig diplomate hulle staat, beskerm die belange van die burgers van hul land, voer onderhandelinge tussen hul regering en die regering van die gasheerland, lewer verslag oor toestande in die gasheerland en bevorder vriendskaplike betrekkinge.

Die taak van konsuls is om handel te bevorder, hul landsburgers te beskerm, paspoorte en visums uit te reik, ensovoorts. Die funksies van diplomate en konsuls kan oorvleuel. 'n Staat mag egter slegs een ambassade in 'n vreemde staat hê, maar kan verskeie konsulate daar hê.

Die beskerming van diplomate en konsuls word in die internasionale reg deur die volgende twee konvensies gereël:

- (1) die Weense Konvensie op Diplomatieke Betrekkinge, 1961
- (2) die Weense Konvensie op Konsulêre Betrekkinge, 1963

In Suid-Afrika word hierdie aangeleenthede gereël deur die Wet op Diplomatieke Immunitete en Voorregte 37 van 2001 (WDIV), wat op 28 Februarie 2002 in werking getree het. Hierdie Wet het die Wet op Diplomatieke Immunitete en Voorregte 74 van 1989 herroep en gee regsrag aan die twee Weense Konvensies, wat Bylaes 1 en 2 van die Wet uitmaak. Voorts het Suid-Afrika, nadat die parlement op 26 en 27 Junie 2001 goedkeuring verleen het vir toetreding tot die Konvensie op die Voorregte en Immunitete van die Verenigde Nasies, 1946, en die Konvensie op die Voorregte en Immunitete van die Gespesialiseerde Agentskappe, 1947, op 27 Augustus 2001 sy toetredingsinstrumente tot dié konvensies ingedien. Synde 'n party by hierdie konvensies het Suid-Afrika die nodige stappe gedoen om plaaslik regsrag aan die bepalings te gee deur hulle by die WDIV in te lyf as Bylaes 3 en 4. (Onthou wat ons in

onderwerp 6 sê oor die wyses waarop 'n verdrag by ons nasionale reg ingelyf kan word.)

3.2 DIPLOMATIEKE IMMUNITEIT

Ingevolge artikel 3(1) van die WDIV is die Weense Konvensie op Diplomatieke Betrekkinge, 1961 van toepassing op alle diplomatieke missies en lede van sodanige missies in die Republiek.

Die eerste vraag wat ontstaan, is waarom diplomate en hul ambassades immuniteit nodig het. As 'n mens kyk na die funksies van 'n ambassade soos reeds geskets, besef mens gou dat daar internasionale chaos kan ontstaan as die gasheerstaat volle toegang sou kon kry tot, byvoorbeeld, die evaluering van sy handeling deur die senderstaat se diplomatieke personeel. In sekere omstandighede kan dit ook vir die ambassade moeilik wees om sy beskermingsfunksie te verrig as hy nie immuniteit geniet nie. Die rede vir diplomatieke immuniteit is dus dat dit die missie in staat stel om sy funksies te verrig.

Diplomatiese immuniteit word gewoonlik in twee "bene" verdeel:

DIPLOMATIEKE PERSEEL	PERSOON VAN DIE DIPLOMAAT
<ul style="list-style-type: none"> Mag nie deur die gasheerstaat betree word sonder toestemming van die ambassadeur nie. 	<ul style="list-style-type: none"> Perseel, meubels, eiendom, motors, ens, mag nie deursoek, opgeëis, in beslag geneem of in eksekusie verkoop word nie.
<ul style="list-style-type: none"> Die ambassade se argiewe, korrespondensie, posakke, ens mag nie oopgemaak, deursoek of teruggehou word nie. 	<ul style="list-style-type: none"> LW: 'n Diplomatieke perseel bly deel van die gasheerstaat se gebied — dit word nie deel van die senderstaat nie (ongegag wat u in die media lees!)
<ul style="list-style-type: none"> Diplomate mag nie in hegtenis geneem of aangehou word nie (dit is 'n misdryf om dit te doen!) 	<ul style="list-style-type: none"> Hulle geniet algehele immuniteit teen strafregtelike jurisdiksie.
<ul style="list-style-type: none"> Hulle geniet immuniteit teen siviele jurisdiksie, behalwe: saaklike aksie vir onroerende eiendom gehou in persoonlike hoedanigheid, opvolgingsaangeleenthede in private hoedanigheid, professionele of handelsaktiwiteit buite amptelike funksies. 	<ul style="list-style-type: none"> Hierdie immuniteit dek ook die diplomaat se familie.

Die tegniese en administratiewe personeel van 'n ambassade (dws nie die ambassadeur en ander diplomate nie) geniet ook immuniteit, maar nie in dieselfde mate nie. Hulle immuniteit dek slegs siviele of administratiewe aanspreeklikheid wat voortspruit uit amptelike handeling wat gedurende die uitvoering van hul pligte ontstaan.

Soos in die geval van soewereine immuniteit kan daar ook van diplomatieke immuniteit afstand gedoen word, en wel onderworpe aan dieselfde vereistes as dié wat hierbo uiteengesit word.

3.3 KONSULÊRE IMMUNITEIT

Ingevolge artikel 3(2) van die WDIV is die Weense Konvensie op Konsulêre Betrekkinge, 1963 van toepassing op alle konsulêre poste en lede van sodanige poste in die Republiek.

Die argument onderliggend aan konsulêre immuniteit is dieselfde as dié onderliggend aan diplomatieke immuniteit. Omdat 'n konsulaat egter minder status as 'n ambassade het, word die omvang van sy immuniteit dienoooreenkomstig beperk. Ook hier is daar die onderskeid tussen die konsulêre perseel en die persoon van die konsul, sy of haar familie en die konsulêre personeel.

- Die konsulêre perseel geniet dieselfde immuniteite as dié van ambassades (hierbo genoem).
- Persoon van die konsul — 'n konsul, sy of haar familie en personeel
 - mag in hegtenis geneem word vir "ernstige misdrywe"
 - geniet immuniteit slegs ten opsigte van "handelinge wat in die uitvoering van konsulêre funksies verrig is"

STUDIE-EENHEID 4

IMMUNITEIT, MENSEREGTE EN INTERNASIONALE MISDADE

4.1 INLEIDING

U beskik nou oor 'n deeglike kennis van die immuniteite van vreemde state asook van diplomatieke en konsulêre immuniteit.

Vervolgens bespreek ons 'n meer onlangse, ingewikkelder ontwikkeling rakende immuniteit. In onderwerp 3 het u kennis gemaak met die individu in die internasionale reg en die ontwikkeling van menseregte. Internasionale strafreg vervul ook hier 'n rol. Skendings van menseregte bots met die leerstuk van immuniteit. Net soos immuniteit moes wyk voor handelsoorwegings, toon internasionale ontwikkelinge dat skendings van menseregte besig is om die grondslag van immuniteit te verswak.

Dugard bespreek sowel strafregtelike as siviele verrigtinge, maar ons konsentreer net op strafregtelike verrigtinge. Wat gebeur wanneer 'n lasbrief vir inhegtenisneming deur 'n vreemde staat uitgereik word ten opsigte van 'n dienende staatshoof (of senior regeringsamptenaar soos die minister van buitelandse sake)? Wat gebeur as daardie persoon 'n voormalige staatshoof is? Kan die staatshoof of voormalige staatshoof in 'n vreemde staat gearrester word met die doel om hom of haar in 'n derde staat te verhoor?

Ingevolge die stigtingsdokumente van internasionale howe (soos die Rome Statute) is dit duidelik dat staats- of regeringshoofde, of senior regeringsamptenare nie immuniteit geniet nie. Die beginsel van nie-immuniteit betreffende internasionale misdade geld eweneens met betrekking tot huidige of voormalige staatshoofde.

Op die nasionale vlak is dinge egter nie heeltemal so eenvoudig nie. Alhoewel die ideaal sou wees dat nasionale howe ook 'n nie-immuniteitsreël toepas, werk dit nie altyd so uit nie — die Internasionale Geregshof (IGH) beslis in die *Arrest Warrant*-saak dat kragtens gewoonteregtelike internasionale reg senior regeringsamptenare steeds, betreffende internasionale misdade, voor nasionale howe immuniteit geniet.

4.2 DIE IMMUNITEIT VAN STAATSHOOFDE

In hierdie stadium ondersoek ons die **immunititeit van staatshoofde** ooreenkomstig buitelandse reg en die internasionale reg, en daarna ingevolge die Suid-Afrikaanse reg.

Daar word onderskei tussen immunititeit *ratione personae* (immunititeit wat aan die persoon kleef op grond van sy of haar status of amp) en immunititeit *ratione materiae* (immunititeit wat verband hou met handeling wat in amptelike hoedanigheid uitgevoer word). Immunititeit *ratione personae* kleef aan senior regeringsamptenare terwyl hulle steeds die amp beklee. Immunititeit *ratione materiae* kleef aan amptelike handeling en sowel dienende as voormalige amptenare kan hulle daarop beroep ten opsigte van handeling uitgevoer tydens hul ampstermyn.

Die volgende vreemde sake illustreer onlangse staatsgebruik:

- *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate: Ex Parte Pinochet Ugarte (No 3)* 1999 2 All ER 97 (HL) — die *Pinochet*-saak

Pinochet, 'n voormalige Chileense staatshoof, is in hegtenis geneem terwyl hy op besoek in Brittanje was. Dit is gedoen op grond van 'n uitlewingsversoek deur Spanje. Pinochet het aangevoer dat hy absolute immunititeit teen die uitlewingsverrigtinge geniet. Die Britse Hoërhuis (House of Lords) bevind dat 'n dienende staatshoof op absolute immunititeit geregtig is, maar dat 'n voormalige staatshoof slegs geregtig is op immunititeit vir handeling verrig "in the exercise of his functions as head of state". Indien die handeling waarvoor gekla word (in hierdie geval grootskaalse marteling en menseregteskendings), nie handeling was wat binne die amp van staatshoof val nie, geniet die staatshoof nie meer immunititeit nie.

- Die *Ghaddafi*-saak: *Cour de Cassation* 13.3.2001 (2001) 12 *European Journal of International Law* 595

'n Klag is in die Franse *Cour de Cassation* aanhangig gemaak teen Ghaddafi, die Libiese leier. Daarin is aangevoer dat die Libiese regering betrokke was by die bomaanval op 'n UTA-vliegtuig in September 1989, wat gelei het tot die dood van 156 passasiers en 15 bemanningslede (wat Franse burgers ingesluit het). Die klag is deur 'n NRO en verskeie familielede van die slagoffers ingedien. Die Franse aanklaer het egter 'n mosie vir die nietigverklaring van die verrigtinge ingedien op grond van die beginsel van die immunititeit van staatshoofde. In hierdie geval het die hof die pleit van immunititeit aanvaar en jurisdiksie van die hand gewys.

Daar is toenemende internasionale druk dat staatshoofde aanspreeklik moet wees vir hulle handeling, wat beteken dat die onlangse resoluë van die Instituut vir Internasionale Reg, "The Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and Heads of Government in International Law", nogal interessant is. Tans is die bepalings van dié resoluë 'n bron van niebindende "sagte reg". Die resoluë, wat daarop aanspraak maak dat dit berus op huidige staatspraktyk, het ten doel om te verseker dat die staatshoof sy of haar werksaamhede en verantwoordelikhede doeltreffend kan uitvoer. Die immunitete word tot die minimum beperk. Die staatshoof bly onderworpe aan die privaatreg wat skuldeisers en ander individue beskerm. Dit bepaal ook dat die staatshoof geen immunititeit geniet met betrekking tot die wanbesteding van sy of haar eie staat se bates nie. Ander state word onder 'n verpligting geplaas om te help om sulke bates terug te gee aan die staat waaraan dit behoort.

Die belangrikste bepalings van die resoluë is die volgende:

- Gedurende hul ampstermyn geniet staats- of regeringshoofde persoonlike onaantasbaarheid en absolute immunititeit teen strafregtelike jurisdiksie.

- 'n Voormalige staats- of regeringshoof geniet onaantasbaarheid of immuniteit slegs ten opsigte van handeling verrig in die uitvoering van hul amptelike werksaamhede (*ratione materiae*).
- Daar word uitdruklik verklaar dat hy of sy vervolgt kan word vir
 - handeling wat ingevolge die internasionale reg 'n misdryf uitmaak, of
 - die wanbesteding van staatsbates of -hulpbronne

Hierdie resolusie word steeds as sogenaamde sagte reg beskou en het nog nie die status van gewoonteregtelike internasionale reg bereik nie.

In **Suid-Afrikaanse wetgewing** bepaal artikel 4(1) van die DIPA dat 'n hoof van 'n staat vrygestel is van die kriminele en siviele jurisdiksie van die howe van die Republiek, en voorregte geniet —

- (a) wat hoofde van state geniet ooreenkomstig die reëls van gewoonteregtelike internasionale reg;
- (b) soos bepaal in enige ooreenkoms aangegaan met 'n ander staat of regering waardeur immuniteite en voorregte aan sodanige hoof van 'n staat verleen word; of
- (c) wat verleen mag word aan sodanige hoof van 'n staat uit hoofde van artikel 7 (2).

Tweedens, ingevolge artikel 4(2), is 'n spesiale gesant of verteenwoordiger van 'n ander staat, regering of organisasie vrygestel van die kriminele en siviele jurisdiksie van die howe van die Republiek, en geniet sodanige voorregte —

- (a) wat 'n spesiale gesant of verteenwoordiger geniet ooreenkomstig die reëls van die gewoonteregtelike internasionale reg;
- (b) soos bepaal in enige ooreenkoms aangegaan met 'n ander staat, regering of organisasie waardeur immuniteite en voorregte aan sodanige spesiale gesant of verteenwoordiger verleen word; of
- (c) wat verleen mag word aan hom of haar uit hoofde van artikel 7 (2).

Op die oog af lyk dit eenvoudig, nie waar nie? Dinge is egter nooit so eenvoudig soos dit voorkom nie. Suid-Afrika, toe dit die Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act van 2002 in artikel 4 geïnkorporeer het, het bepaal dat —

Despite any other law to the contrary, including customary and conventional international law, the fact that a person —

- (a) is or was a head of State or government, a member of a government or parliament, an elected representative or a government official:

...

is neither —

- (i) a defence to a crime; nor
- (ii) a ground for a possible reduction of sentence once a person has been convicted of a crime.

Dugard verklaar dat dit voorkom asof 'n hoof van 'n staat of 'n regering hom of haar nie kan beroep op immuniteit ten opsigte van misdade ingevolge die Rome Statute nie.

Boonop bepaal die DIPA duidelik dat hoofde van state vrygestel is van siviele en strafregtelike jurisdiksie ooreenkomstig die reëls van gewoonteregtelike internasionale reg. Sou hierdie reëls verander (bv indien die resolusie wat ons reeds bespreek het,

van sagte reg na gewoontereg verander), sou die aanvaarding van beperkende immunitetsreëls en die menseregte-verweer waarskynlik seëvier.

STUDIE-EENHEID 5

ASSESSERING

Wat u moet weet en kan doen:

Maak seker dat u hierdie onderwerp in detail bestudeer en moenie staats- of soewereine immunitet verwar met diplomatieke of konsulêre immunitet nie.

Konsepte

- absolute immunitet
- beperkte immunitet
- soewereine immunitet
- *actus iuris gestionis*
- *actus iure imperii*
- diplomatieke immunitet
- immunitet van hoofde van state
- Weense Konvensies — moet die bepalings kan toepas



Praktiese oefening 1

In *Liebowitz v Schwartz* 1974 2 SA 661 (T) erken die hof twee grondslae vir die immunitet van state. Bespreek in detail.



Praktiese oefening 2

Skryf 'n regsopinie, met gebruikmaking van hofbeslissings, wat aantoon hoe die beperkende benadering tot soewereine immunitet in die Suid-Afrikaanse howe aanvaar is. (Die sake wat u hiervoor nodig het, is in Dugard.)



Praktiese oefening 3

X, 'n Suid-Afrikaanse verfkontrakteur, gaan 'n kontrak met die Zimbabwiese regering aan om hul ambassade in Pretoria te verf. Hy voltooi die werk bevredigend, maar wanneer hy ingevolge die kontak betaling eis, weier Zimbabwe, wat in daardie stadium 'n kontantvloei-probleem ervaar, om hom te betaal. Wanneer X Zimbabwe vir betaling dagvaar, beroep dié land hom op immunitet, omdat die kontrak tot stand gekom het weens 'n handeling verrig deur die staat, en dus nie deur 'n Suid-Afrikaanse hof beregbaar is nie. Verduidelik deur middel van bogenoemde feite wat die resultaat sou wees as (1) die absolute-immunitet-teorie hier toegepas word, en (2) die beperkte-immunitet-teorie toegepas word.



Praktiese oefening 4

Maak gebruik van hofbeslissings om die volgende praktiese probleme te ontleed: eerstens, handeling wat met die weermag en diplomatieke aktiwiteit verband hou; tweedens, die konsepte *iure imperii*- en *iure gestionis*-handeling.



Praktiese oefening 5

Vergelyk die benadering van die meerderheidsbeslissing van die IGH in die *Arrest Warrant*-saak met dié van die minderheidsbeslissing deur *ad hoc*-Regter Van Den Wyngaert.

ONDERWERP 3

HUMANITÊRE REG

In hierdie onderwerp, skenk ons aandag aan die volgende:

Studie-eenheid 1: Inleiding

Studie-eenheid 2: Kort historiese agtergrond

Studie-eenheid 3: Die Haagse reg

Studie-eenheid 4: Die Geneefse reg

Studie-eenheid 5: Kernwapens

Studie-eenheid 6: Humanitêre ingryping

Studie-eenheid 7: Assessering



Verpligte Leesstof

- Dugard 3de uitgawe hoofstuk 24 "Humanitarian Law" bl 526-545
- Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (Eerste Geneefse Konvensie)
- Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (Tweede Geneefse Konvensie)
- The Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Derde Geneefse Konvensie)
- The Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Vierde Geneefse Konvensie)
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protokol I)
- 1977 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 1949 and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protokol II)

Die vier Geneefse Konvensies, asook die twee bykomende protokolle, kan bereik word by www.icrc.org

- *Prosecutor v Tadi (Jurisdiction)*, saaknommer IT-94-1-AR 72 (1996) 35 ILM 32
Kan ook bereik word by www.icty.org
- *Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons* 1996 ICJ Reports 257
Kan ook bereik word by www.icj-cij.org
- *Legal Consequences of the Construction of a Wall in die Occupied Palestinian Territory* 2004 ICJ Reports 136
Kan ook bereik word by: www.icj-cij.org

Addisionele leesstof

Indien u meer wil uitvind oor en beter insig wil verkry in die onderwerpe wat hier bespreek word, kan u die bronne raadpleeg waarop hierdie onderwerp gebaseer is:

- Slomanson WR (2005) *Fundamental perspectives on international law* bl 497-522
- Barrie GN "Forcible intervention and international law: legal theories and realities" 1999 (4) *South African Law Journal* bl 791-809
- Kalshoven F (2001) *Constraints on the waging of war* (Geneva: International Committee of the Red Cross) bl 10-18
- Shaw MN (2003) *International law* 5de uitgawe (Cambridge: Cambridge University Press) bl 1054-1081
- Stemmet A "From rights to responsibilities: the international community's responsibility to protect vulnerable populations" 2003 (12) *African Security Review* bl 117-123

STUDIE-EENHEID 1

INLEIDING

Internasionale humanitêre reg streef daarna om die wyse waarop gewapende konflik plaasvind so te reël dat die lyding wat daaruit voortspruit, tot die minimum beperk word. Dit verleen beskerming aan sowel die partye by die gewapende konflik as diegene wat nie regstreeks daarby betrokke is nie.

Dit is belangrik dat u reeds in hierdie vroeë stadium onderskei tussen *ius ad bellum* (die reg aangaande die reg om oorlog te maak of die gebruik van mag deur state, wat reeds elders bespreek is) en die *ius in bello*. Laasgenoemde vertakking van internasionale reg reël die gedrag van gewapende magte betrokke by gewapende konflik. Humanitêre reg reël byvoorbeeld die behandeling van burgerlikes, die behandeling van oorlogsgevangenes en die behandeling van siekes en gewondes. In hierdie kursus behandel ons ook die verskillende vorme van verbode oorlogvoering.

Humanitêre reg kan breedweg in die volgende verdeel word:

- die Haagse reg ("law of The Hague"), wat hoofsaaklik die uitvoering van militêre operasies reguleer, sodat dit op 'n humanitêre wyse geskied
- die Geneefse reg ("law of Geneva"), wat fokus op die beskerming van die slagoffers van gewapende konflik.

Hierdie twee vertakkinge van humanitêre reg word afsonderlik bespreek. Let egter daarop dat albei vertakkinge van humanitêre reg ter sprake kom by gewapende konflik en dus nie in isolasie bespreek kan word nie. Soos die Internasionale Geregshof (IGH) opgemerk het in sy adviserende opinie oor *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, is hierdie twee vertakkinge onderling verbonde en word dit gevolglik beskou as 'n enkele, komplekse stelsel.

Ter aanvang moet twee aangeleenthede opgeklaar word:

Eerstens, u moet weet wat "gewapende konflik" beteken. Die International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia verklaar in die *Tadic*-saak dat gewapende konflik bestaan wanneer —

- gewapende mag tussen state gebruik word, of
- gewapende mag gebruik word tussen regerings en georganiseerde gewapende groepe, of
- georganiseerde gewapende groepe binne 'n staat hul tot gewapende mag wend

Humanitêre reg geld ten opsigte van sowel internasionale as interne konflikte, hoewel dit nie altyd die geval was nie.

Tweedens moet u altyd 'n **fundamentele** reël van die humanitêre reg in gedagte hou, naamlik die basiese **onderskeid** wat daar tussen vegtende partye en burgerlikes gemaak word.

Vegtende partye is —

- geregtig daarop om by gewapende konflik betrokke te wees
- regmatige teikens gedurende gewapende konflik
- by gevangeneneming geregtig op die status van oorlogsgevangene

Burgerlikes mag nie gedurende gewapende konflik aangeval word nie. Die oorlogvoerendes moet onderskei tussen militêre teikens en burgerlike teikens en moet eersgenoemde as teiken hê. Boonop vereis die beginsel van proporsionaliteit dat,

wanneer 'n aanval waarskynlik burgerlike ongevallen of skade gaan veroorsaak wat nie in verhouding is tot die verwagte militêre voordeel nie, selfs militêre teikens nie aangeval mag word nie.

Burgerlikes mag nie by gewapende konflik betrokke raak nie. Indien dit wel plaasvind, kan hulle strafregtelik vervolgt word.

Vegtende partye is verplig om hulle van die burgerlike bevolking te onderskei as hulle die status van vegtende partye wil behou. Tydens militêre betrokkenheid moet hulle hul wapens openlik dra.

Bogenoemde reëls vorm deel van die Geneefse reg, waarna ons later terugkeer.

STUDIE-EENHEID 2

KORT HISTORIESE AGTERGROND

Die geskiedenis bevat talryke voorbeelde van wreedhede wat gedurende gewapende konflik plaasgevind het: die slagting van vyandelike prisoniers, verkragting, marteling, die plundering van stede — 'n eindelose lys afgryselike. By die aanvang van moderne internasionale reg — by die Vrede van Münster in die 17de eeu — het die konsep " 'n billike oorlog" reeds deel gevorm van die internasionale regsorde. Die uitvloeisel van hierdie konsep was dat as 'n mens 'n geregverdigde oorlog voer met die vyand, laasgenoemde onbillik opgetree het en gevolglik nie geregtig is op menslike behandeling nie. Gelukkig kon die kollektiewe menslike gewete nie onbepaald oorlogswreedhede verduur nie — ten minste in beginsel.

Daar kan lank geredeneer word oor wat die keerpunt was wat die weg gebaan het vir die ontwikkeling van humanitêre reg. Ons noem vervolgens 'n paar gebeurtenisse wat in hierdie verband 'n rol gespeel het.

Die Amerikaanse Burgeroorlog het plaasgevind van 1861 tot 1865. In 1863 het die President van die Noorde die sogenaamde Lieber Kode, ook bekend as Instructions for the Government of Armies van die United States in the Field, gepromulgeer. Hierdie Kode bevat reëls oor die manier waarop oorlog op land gevoer moet word, die behandeling van oorlogsprisoniers, die behandeling van die burgerlike bevolking in oorlogstye en die behandeling van gewondes. Dié Kode is opgestel vir, en toegepas op, interne konflik, maar het nietemin gedien as model vir latere 19de-eeuse pogings deur die internasionale gemeenskap om die reg betreffende oorlogswette en -gebruike te kodifiseer.

Intussen is die Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field in 1864 aanvaar. Hierdie Konvensie was die resultaat van Henry Dunant se baanbrekerswerk. Dié jong, Switserse bankier was geweldig geskok deur die wreedaardigheid van die slag van Solferino en die feit dat duisende van die vegtendes gesterf het weens 'n gebrek aan mediese sorg. Dunant se werk het ook aanleiding gegee tot die stigting van die Internasionale Komitee van die Rooi Kruis — 'n nieregteringsorganisasie wat vandag steeds hulp verleen aan die slagoffers van gewapende konflik.

In 1868 is die Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles under 400 Grams Weight in St Petersburg uitgevaardig, wat ten doel gehad het om 'n spesifieke projektiel te verban wat ernstiger wonde en swaarder lyding by slagoffers veroorsaak het as 'n gewone geweerpatroon.

Die Lieber Kode van 1863 het 'n groot invloed uitgeoefen op die Brusselse Verklaring wat opgestel is by die internasionale konferensie wat in 1874 daar gehou is. Hierdie Deklarasie het nie bindende krag verkry nie, maar was 'n tree in die rigting van die kodifisering van oorlogswette en -gebruike op land.

'n Ander inisiatief van die Russiese regering het gelei tot die Eerste Haagse Vredeskonferensie van 1899. Die deelnemers aan hierdie konferensie wou toestande skep wat toekomstige oorloë sou verhoed. Nie alle aspirasies van die afgevaardigdes is verwerklik nie (bv die idee dat state verplig moet word om geskille aan internasionale arbitrasie te onderwerp). By hierdie konferensie is egter die Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land en sy aangehegte Regulasies aanvaar. Die teks van hierdie Konvensie is deur die Lieber Kode, die Brusselse Deklarasie van 1874 en die St Petersburg Deklarasie van 1868 geïnspireer. Dit was die internasionale gemeenskap se eerste suksesvolle poging om die omvattende reëls van oorlogvoering te kodifiseer.

Die jaar 1899, die jaar waarin die Eerste Haagse Vredeskonferensie gehou is, was nog 'n keerpunt — dit was die jaar waarin Frederick de Martens (die Russiese minister en geleerde op die gebied van internasionale reg) die beroemde "De Martens"-klousule opgestel het, wat soos volg bepaal het:

Until a more comprehensive code of rules of war is prepared the people and belligerent parties are under the protection of principles of the law of nations stemming from the customs adopted by the civilized peoples, from the rights of humanity and public conscience.

Hierdie klousule is later geïnkorporeer in die Geneefse Konvensies van 1949 (wat verderaan bespreek word). Die Sluitingsakte van die Eerste Haagse Vredeskonferensie van 1899 het voorgestel dat 'n opvolgkonferensie gehou word om aangeleenthede te bespreek waarvoor daar nie ooreengekom kon word nie.

Vier-en-veertig state het dié konferensie in 1907 bygewoon. Hoewel daar nie 'n algemene ooreenkoms oor wapenbeperking bereik kon word nie, is daar nietemin 13 konvensies aanvaar. Die mees relevante konvensie vir ons doeleindes (Haagse Konvensie IV van 1907) word later bespreek. Hierdie konvensie is as 't ware die "erfgenaar" van die 1899-Konvensie. Die Nuremberg International Military Tribunal in 1946 het die Haagse Konvensie IV van 1907 erken as "declaratory of customary international law".

Die derde Haagse Vredeskonferensie, soos voorgestel in die Sluitingsakte van die Tweede Haagse Konferensie het nooit plaasgevind nie, hoofsaaklik weens die uitbreek van die Eerste Wêreldoorlog. Teen die einde van die Eerste Wêreldoorlog is die Volkebond tot stand gebring met die doel om internasionale vrede te handhaaf. Daar is dus gefokus op die bereiking van vrede, en nie op die reëls van oorlogvoering nie. Nietemin kan ons kennis neem van die Protokol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare. Die Haagse Regulasies van 1899 het reeds die weg gebaan vir die opstel van hierdie protokol, waardeur die gebruik van gif of giftige wapens verbied word. Tydens Wêreldoorlog I is egter reeds ander tipes chemiese oorlogvoering gebruik (bv chloor- en mosterdgas) en die internasionale gemeenskap het gevolglik besef dat dit dringend noodsaaklik was om hierdie aspek van oorlogvoering te reguleer.

Die Geneefse Konvensies van 1949, wat na die lyding en wreedhede van die Tweede Wêreldoorlog plaasgevind het, is gegrond op die Haagse Regulasies van 1907 en die Geneefse Konvensies van 1929 (wat handel oor die beskerming van oorlogsgevangenes, gewondes en siekes). Hierdie konvensies is aangevul deur twee Aanvullende Protokolle van 1977.

In 1954 het die United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) 'n konferensie gehou waarby The Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict aanvaar is.

Ander toepaslike internasionale instrumente op die gebied van humanitêre reg sluit die volgende in:

- 1972 Convention Prohibiting the Production and Stockpiling of Bacteriological Weapons
- 1980 Geneva Convention on the Prohibition or Restrictions on the Use of certain Conventional Weapons which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects
- 1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment
- 1993 Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction
- 1997 Ottawa Convention on the Prohibition of the Use, Production and Transfer of Anti-Personnel Landmines and on Their Destruction

STUDIE-EENHEID 3

DIE HAAGSE REG

U weet reeds dat hierdie vertakking van humanitêre reg in die algemeen handel oor die wyse waarop militêre operasies uitgevoer word en in die besonder oor die regte en pligte van oorlogvoerendes (dié term word verderaan omskryf) en hul wapenkeuse. Daar word gepoog om 'n ewewig te bereik tussen die eise weens militêre oorwegings en die noodsaak om menslike lyding te verlig.

Die Haagse Regulasies (Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land) is aangeheg by die Fourth Convention for Respecting the Laws and Customs of War on Land (Haagse Konvensie IV van 1907) en word tans aanvaar as deel van gewoonteregtelike internasionale reg. Ingevolge artikel 1 van hierdie konvensie moet 'n staatsparty se instruksies aan sy gewapende magte in ooreenstemming met die Haagse Regulasies wees.

Die Haagse Regulasies word in drie afdelings verdeel:

- Afdeling I: "Oor oorlogvoerendes/On Belligerents"
- Afdeling II: "Vyandelikhede/Hostilities"
- Afdeling III: "Militêre Gesag oor die Gebied van die Vyandelike Staat/Military Authority over the Territory van die Hostile State"

Kon ons bekyk die inhoud van die Haagse Regulasies deeglik.

U gaan moontlik sukkel om die teks van die Haagse Regulasies te vind; die opsomming hieronder is betreklik omvangryk en is voldoende vir eksamendoeleindes (in samehang met die ander voorgeskrewe studiemateriaal).

Adeling I: Oorlogvoerendes

Hoofstuk I beskryf die term "oorlogvoerendes" as nie slegs weermagte nie, maar ook burgermagte en vrywillige korps wat voldoen aan die volgende voorwaardes:

- Hulle word aangevoer deur 'n persoon wat verantwoordelik is vir sy of haar ondergeskiktes.
- Hulle het 'n vasgestelde, duidelike embleem wat op 'n afstand herken kan word.
- Hulle dra hul wapens openlik.
- Hul militêre operasies word ooreenkomstig oorlogswette en -gebruike uitgevoer.

Die inwoners van 'n onbesette gebied, wat spontaan wapens opneem om hulle te verset teen troepe wat hul gebied inval, sonder dat hulle tyd gehad het om hulself ooreenkomstig bogenoemde vereistes te organiseer, word as oorlogvoerendes beskou, mits hulle hul wapens openlik vertoon en die wette en gebruike van oorlog respekteer.

Die gewapende magte van die oorlogvoerende partye kan bestaan uit vegtende en nievegtende partye. In die geval van gevangene deur die vyand, is albei soorte partye geregtig daarop om as krygsgevangenes behandel te word.

Hoofstuk II van die Haagse Regulasies handel oor krygsgevangenes en bepaal onder andere soos volg:

- Krygsgevangenes is in die mag van die vyandelike regering en nie van die individue (of korps) wat hulle gevange neem nie.
- Krygsgevangenes moet menslik behandel word.
- Ten opsigte van kos, inwoning en klere moet krygsgevangenes op dieselfde wyse behandel word as die troepe van die regering wat hulle gevange geneem het, tensy die oorlogvoerendes anders ooreengekom het.
- Daar kan dissiplinêr opgetree word teen krygsgevangenes indien hulle opstandig is of weerspanning is.
- Individue wat 'n weermag volg sonder dat hulle deel is daarvan (bv perskorrespondente, joernaliste en kontrakteurs) en wat in die vyand se hande val, is geregtig om as krygsgevangenes behandel te word, mits hulle in besit is van 'n sertifikaat uitgereik deur die gesagvoerders van die betrokke weermag.
- Hulpverenigings vir krygsgevangenes mag tot die interneringskamp toegelaat word.
- Krygsgevangenes geniet volkome vryheid ten opsigte van die uitoefening van hul godsdiens, mits hulle voldoen aan die maatreëls vir orde en polisiëring wat deur die militêre gesagvoerders ingestel is.
- Na vredesluiting moet krygsgevangenes so gou moontlik repatriëer word.

Hoofstuk III verklaar dat die verpligtinge van oorlogvoerendes ten aansien van siekes en gewondes gereël word deur die Geneefse Konvensie (die Geneva Convention for the Amelioration van die Condition van die Wounded and Sick in Armies in die Field van 1906, wat die Geneefse Konvensie van 1864 vervang het).

Afdeling II: Vyandelikhede

Hoofstuk I handel oor die wyses waarop die vyand beseer kan word, asook oor beleërings en bombardemente. Hierdie hoofstuk **beperk** die regte van oorlogvoerendes ten opsigte van die maniere waarop 'n vyand beseer kan word. (Hierdie beginsel is later herbevestig in Resolusie XXVII van die 20ste Internasionale Konferensie van die Rooi Kruis in 1965 en in UN GA Res 2444.) Ingevolge hierdie hoofstuk word die volgende belet:

- Die gebruikmaking van gifgasse.
- Die verraderlike verwonding of doodmaak van individue van die vyandelike nasie of weermag deur, onder andere, die onbehoorlike gebruik van 'n vredesvlag, of die nasionale vlag of militêre kentekens van die vyand, of die onbehoorlike gebruik van die kentekens van die Geneefse Konvensie (armband met 'n rooi kruis of 'n rooi halfmaan).
- Die doodmaak of verwonding van 'n vyand wat vrywillig oorgee nadat hy die wapens neergelê het, of wat homself hoegenaamd nie langer kan verdedig nie. (Hierdie reël kan geïnterpreteer word as sou dit die Geneefse Konvensie se verbod op die doodmaak van krygsgevangenes insluit; dit vul die leemte tussen die oomblik wanneer 'n persoon die wapens neerlê en die oomblik wanneer hy werklik gevange geneem word.)
- Die aanwending van wapens, projektele of stowwe wat ten doel het om onnodige lyding te veroorsaak.
- Die vernietiging en beslaglegging van die vyand se eiendom, tensy dit genoodsaak word weens die oorlogsituasie.
- Aanvalle op of die bombardering van **onverdedigde** stede of dorpe. Indien dit wel gebombardeer gaan word, moet offisiere in bevel van die aanvallende mag die owerhede waarsku dat hul magte met bombardering gaan begin, behalwe by bestorming. Die nodige stappe moet gedoen word om tydens bombardering historiese monumente, hospitale, plekke van aanbidding, ensovoorts te spaar, mits dit nie vir militêre doeleindes gebruik word nie.
- Die plundering van stede of plekke word in alle omstandighede verbied.

Hoofstuk III handel oor vredesvlae. Volgens hierdie hoofstuk mag persone wat deur een van die oorlogvoerendes gemagtig word om met die ander oorlogvoerende party te begin kommunikeer en wat 'n wit vlag dra, nie aangeval word nie.

Ingevolge Hoofstuk IV moet daar ag geslaan word op die reëls van militêre eer.

Hoofstuk V reël wapenstilstande. 'n Wapenstilstand beteken dat militêre operasies gestaak word. 'n Algemene wapenstilstand skort die militêre operasies van alle oorlogvoerende state op. 'n Plaaslike wapenstilstand skort dit op tussen onderafdelings van die oorlogvoerende weermagte en binne 'n vasgestelde omtrek. Indien militêre operasies weer 'n aanvang gaan neem (bv waar die duur van die wapenstilstand nie vasgestel is nie), moet die vyand daarvan in kennis gestel word. Daar moet amptelik van 'n wapenstilstand kennis gegee word aan die gesagvoerende owerhede en die troepe. As die wapenstilstand verbreek word, sal die vyandelikhede hervat. Indien die wapenstilstand geskend word deur private persone wat onafhanklik optree, mag die benadeelde party eis dat die oortreders gestraf word (selfs vergoeding kan moontlik geëis word), maar vyandelike bedrywighede word nie hervat nie.

Afdeling III: Militêre gesag oor die gebied van die vyandelike staat

'n Gebied word as beset beskou wanneer dit werklik onder die gesag van die vyandelike weermag geplaas is. Die besettende mag moet alles in sy vermoë doen om maatreëls te tref om die openbare orde en veiligheid te herstel en te verseker. Verder moet dit die wette wat in daardie gebied geld, respekteer. Die besettende mag **mag nie** —

- Die inwoners van die besette gebied dwing om inligting oor die vyandelike weermag of sy verdedigingsmetodes te verskaf nie.
- Die inwoners van die besette gebied dwing om aan die vyandelike mag trou te sweer nie.
- Inbreuk maak op die inwoners se familie-eer en -regte, of hul lewens nie; hul godsdiensoortuigings en -praktyke moet gerespekteer word.
- Plundertogte uitvoer nie.

- Die bevolking van die besette gebied straf vir die optrede van individue waarvoor die bevolking nie verantwoordelik gehou kan word nie.
- Goedere en dienste van munisipaliteite of inwoners opeis nie, afgesien van wat nodig is vir die behoeftes van die besettingsweermag, en dit moet in verhouding wees tot die land se bronne.
- Beslag lê op privaat eiendom sonder vergoeding daarvoor wanneer vyandelike bedrywighede gestaak word nie. (Instellings gerig op godsdienste, liefdadigheid en opvoeding moet as private eiendom behandel word.)
- Beslag lê op historiese monumente of kuns- en wetenskapswerke nie.

STUDIE-EENHEID 4

DIE GENEEFSE REG

Die Geneefse reg beskerm veltende partye wat nie meer by konflik betrokke is nie, asook burgerlikes wat nie aan die vyandelikhede deelneem nie. Daar is vier Geneefse Konvensies (1949), asook twee Addisionele Protokolle (1977), wat opsioneel is. Laasgenoemde word hieronder gelys. Heelwat van die beginsels vervat in die Addisionele Protokolle kan na die Haagse reg teruggevoer word. (Hou in gedagte dat die twee vertakkinge nie heeltemal van mekaar losgemaak kan word nie.)

Verder moet u altyd die fundamentele beginsels van humanitêre reg onthou, wat ons aan die begin van hierdie onderwerp genoem het en wat gedurende oorlogvoering nagekom moet word: die beginsel van onderskeid (tussen burgerlikes en veltende partye) en die beginsel van proporsionaliteit. Vanselfsprekend vorm hierdie twee beginsels deel van die Geneefse reg. Byvoorbeeld, artikel 48 van Addisionele Protokol I bepaal soos volg:

[T]he parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and the combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.

Artikel 52(2) van dieselfde protokol bepaal:

Attacks shall be limited strictly to military objectives. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and those whose total and partial destruction, capture or neutralisation, in the circumstances ruling at the time, offer a definite military advantage.

Ons het al dikwels beklemtoon dat humanitêre reg ten doel het om die menslike behandeling van persone wat nie by oorlogvoering betrokke is nie te beskerm en te waarborg — burgerlikes, krygsgevangenes, gewondes — wat tydens gewapende konflik in 'n kwesbare posisie is. Die Geneefse Konvensies en Protokolle maak voorsiening vir die beskerming van hierdie kategorieë van kwesbare mense. Ons fokus dus nou op die essensie van die Geneefse reg.

Let asseblief daarop dat daar van u verwag word om die vier Geneefse Konvensies en die twee Addisionele Protokolle te lees en hul bepalings op te som. Die inligting hieronder is bloot 'n oorsig en is nie voldoende vir eksamendoeleindes nie.

Die Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (Eerste Geneefse Konvensie) sit die beskerming uiteen wat verleen word aan lede van gewapende magte wat siek is of verwond word.

Die Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (Tweede Geneefse Konvensie) handel oor die beskerming verleen aan gewonde, siek en gestrande lede van seemagte.

Die Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Derde Geneefse Konvensie) handel oor die regte verleen aan alle krygsgevangenes. Baie van hierdie regte kan ook in die Haagse Regulasies gevind word. Die belangrikste in hierdie verband is die volgende:

- Krygsgevangenes word gevange gehou uitsluitlik om te verhoed dat hulle weereens by die vyandelike weermag aansluit.
- Krygsgevangenes moet menslik behandel word.
- Krygsgevangenes moet nadat die oorlog afgehandel is, gerepatrieer word.

Die Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Vierde Geneefse Konvensie) handel oor die beskerming van die burgerlike bevolking in oorlogstyd. Burgerlikes —

- mag nie gemartel of onderwerp word aan ander vorme van wrede en onmenslike straf nie
- mag nie onderwerp word aan intimidasie, kollektiewe straf of weerwraak nie en mag nie as gyselaars geneem word nie
- se eiendom mag nie vernietig word nie, tensy sodanige vernietiging deur militêre operasies genoodsaak word
- mag nie na die gebied van die besettingsmag gedeporteer word nie
- se persoon en godsdiensvryheid moet gerespekteer word
- moet, indien verwond of siek, in die besonder gerespekteer en beskerm word.

Artikel 3 van al vier die konvensies geld ten opsigte van gevalle van **enige** gewapende konflik **wat nie internasionaal van aard is nie**. Ingevolge daarvan aanvaar elke party dat persone wat nie aan oorlogvoering deelneem nie, menslik behandel moet word en nie aan diskriminasie onderwerp moet word nie. Bo en behalwe die verbod op marteling, die neem van gyselaars en die skending van sulke persone se waardigheid, word gewaarborg dat daar gehou sal word by behoorlike regsproses. Onthou hierdie artikel, want ons keer binnekort daarna terug.

Die Protocol Additional to the Geneva Conventions of 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) verleen beskerming aan slagoffers van oorloë teen rassistiese regimes en oorloë oor selfbeskikking. Hierdie protokol vereis dat nasionale bevrydingsbewegings 'n verklaring by die Switserse Federale Raad indien waarin die verpligtinge gestel deur die Geneefse reg aanvaar word.

Verder vereis hierdie protokol dat vegtende partye verplig is om hulle van die burgerlike bevolking te onderskei terwyl hulle besig is met 'n aanval of daarvoor voorberei. Hulle moet ten minste hul wapens openlik dra om hul status as vegtende partye te behou. Indien dit onduidelik is wat die status van 'n persoon is, moet hy of sy as 'n krygsgevangene behandel word (en dus ingevolge die Derde Geneefse Konvensie beskerm word) totdat die persoon se status deur 'n bevoegde tribunaal bepaal is.

Die Protocol Additional to the Geneva Conventions of 1949 and Relating to the

Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) verleen beskerming aan slagoffers van **interne konflikte**.

In hierdie stadium moet genoem word dat die gemeenskaplike artikel 2 van die Geneefse Konvensies die Geneefse reg van toepassing maak op state wat onderling betrokke is by gewapende konflik, naamlik op **internasionale gewapende konflikte**. Protokol II is van toepassing op **interne konflikte**. Die Geneefse reg is van toepassing indien hierdie interne gewapende konflikte plaasvind binne 'n staat waar —

- daar 'n **gewapende teenstander** is wat **in beheer is van gebied**, en
- die teenstander gemagtig is om **voortdurende** en **volgehoue** militêre operasies uit te voer

Protokol II vul die gemeenskaplike artikel 3 wat hierbo vermeld word aan, maar beperk dit ook, omdat —

- Protokol II net geld as 'n staat gekies het om 'n party by die protokol te word
- dit nie van toepassing is op **sporadiese**, interne onrus en opstande nie (onthou dat die gemeenskaplike artikel 3 van toepassing is op enige **gewapende konflik van nie-internasionale** aard, sonder die bykomende voorbehoud dat die gebied deur die afvalliges beheer moet word).

Ernstige skendings van die Geneefse Konvensies word as oorlogsmisdade beskou. Nazi-amptenare wat deelgeneem het aan die wreedhede van die Tweede Wêreldoorlog is daarna vervolg weens hul aandeel daaraan.

Die gebied "internasionale strafreg" het ontwikkel uit die vervolging van oorlogsmisdadigers gedurende die Nuremberg-verhore (vir misdade gepleeg gedurende internasionale gewapende konflik) en het gelei tot die skepping van die ad hoc-tribunaal, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda. Laasgenoemde het diegene vervolg wat in Rwanda deelgeneem het aan volksmoord en misdade teen die mensdom tydens die interne gewapende konflik daar. Die Internasionale Strafhof/International Criminal Court is in 2002 in Den Haag tot stand gebring. Dit beskik oor jurisdiksie om die ernstigste misdade te verhoor wat van belang is vir die internasionale gemeenskap as 'n geheel, naamlik volksmoord, misdade teen die mensdom en oorlogsmisdade. Die opkomende gebied "internasionale strafreg" is 'n fassinerende onderwerp, maar val buite die omvang van hierdie onderwerp.

STUDIE-EENHEID 5

KERNWAPENS

In 1993 het Suid-Afrika die Non-proliferation of Weapons of Mass Destruction Act aangeneem, ingevolge waarvan die regering hom daartoe verbind om stappe te doen om die uitbreiding van wapens van massavernietiging te voorkom en om alle kernontploffings en -toetse te verbied. Hoewel dit die posisie in Suid-Afrika is, ondersteun nie alle ander state hierdie doelwit nie. (Goeie voorbeelde van sulke state is waarskynlik Iran, Pakistan en Noord-Korea. Dit staan u natuurlik vry om 'n ander standpunt hieroor te hê.)

Wat is die posisie in internasionale reg oor die kwessie van kernwapens en hul gebruik? U sal onthou dat daar 'n algemene verbod is op wapens wat onnodige lyding veroorsaak. Die omvang van die verbod op kernwapens is egter nie altyd heeltemal duidelik nie. Daar bestaan 'n aantal verwante verdrae daarvoor, byvoorbeeld —

- 1971 Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons on the Sea Bed and the Ocean Floor and the Sub-Soil Thereof
- 1997 Treaty of Pelindaba (African Nuclear-Weapon-Free Zone Treaty).

In 1996, in die adviserende opinie van die IGH oor *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, verklaar die IGH:

- Die bedreiging of gebruik van kernwapens word nóg spesifiek gemagtig, nóg wêreldwyd verbied in die internasionale reg (hetsy in 'n verdrag, of ingevolge gewoontereg).
- Die bedreiging of gebruik van geweld deur middel van kernwapens, wat in stryd is met artikel 2(4) van die United Nations (UN) Charter en nie al die vereistes ingevolge artikel 51 nakom nie, is onregmatig.
- Die bedreiging of gebruik van kernwapens moet in ooreenstemming met internasionaalregtelike vereistes oor gewapende konflik en ander verwante verdragverpligtinge geskied.
- Die bedreiging of gebruik van kernwapens is oor die algemeen in stryd met reëls van die internasionale reg, en in die besonder van die humanitêre reg, maar dit is onseker of sodanige gebruik in uiterste gevalle van selfverdediging, waar dit om die staat se oorlewing handel, regmatig sou wees.
- Daar rus 'n verpligting op state om te probeer onderhandel oor kernontwapening, betreffende alle aspekte daarvan wat internasionaal gereguleer word.

STUDIE-EENHEID 6

HUMANITÊRE INGRYPING

Dit kom dalk voor asof hierdie afdeling meer gepas sou wees vir 'n bespreking van die gebruik van mag in internasionale reg, maar 'n mens moet nie die reg spesifiek in algemene en internasionale reg indeel nie. Laat ons dus kortliks kyk na die voortdurende debat oor die twyfelagtige reg op, of betwisbare behoefte aan, humanitêre ingryping.

Dit is onseker of gewelddadige ingryping deur 'n staat op grond van humanitêre redes geregverdig kan word. Teen hierdie tyd behoort u te weet dat artikel 2(4) van die VN-Handves die bedreiging of die gebruik van geweld teen die gebiedsintegriteit of politieke onafhanklikheid van enige staat verbied. Boonop verbied artikel 2(7) enige ingryping in die wesenlik huishoudelike aangeleenthede van 'n staat. Oor die algemeen mag geweld net aangewend word indien —

- daar vooraf magtiging daarvoor verleen is deur die Veiligheidsraad (VR) ingevolge Hoofstuk VII van die VN-Handves (nadat die bestaan van 'n bedreiging vir die vrede, 'n verbreking van die vrede, of 'n handeling van aggressie, bepaal is), of
- 'n staat in selfverdediging optree **binne die betekenis** van en die **vereistes** bepaal deur artikel 51 van die VN-Handves

Sommige akademici het voorgestel dat humanitêre ingryping 'n uitsondering is op die reël van nie-ingryping. Hierdie stelling moet egter gekwalifiseer word.

Humanitêre ingryping deur individuele state is in die verlede misbruik en die regmatigheid daarvan is betwyfelbaar. Volgens Barrie is dit egter aanvaarbaar wanneer state dit **kollektief of gesamentlik** doen, omdat die optrede dan gebaseer word op 'n basiese reël van georganiseerde samelewings. Daar word toenemend gemeen dat humanitêre ingryping geregverdig kan word wanneer 'n staat die fundamentele menseregte van sy burgerlikes skend en daardeur die gewete van die mensdom skok, en deesdae kan voorbeelde van optrede in hierdie verband in die praktyk waargeneem word.

Stemmet is 'n ander outeur wat die verskillende sienings bespreek wat ontwikkel het in die debat oor die regverdiging al dan nie van humanitêre ingryping. Hy wys daarop dat sommige navorsers dit benader deur die tradisionele posisie te verdedig, naamlik dat ontwikkelinge betreffende die invloed van menseregte op die belang en uitleg van artikel 2(4) van die VN-Handves nie voldoende is om humanitêre ingryping in die oë van die internasionale reg te regverdig nie. Ander akademiërs regverdig so 'n ingryping eerder op morele gronde as op regsgronde: ingryping moet selde toegelaat word — slegs in uiterste gevalle van menslike lyding.

Hieronder volg 'n opsomming van al die vereistes (soos opgenoem deur Stemmet) waaraan voldoen moet word voordat humanitêre ingryping regmatig kan plaasvind:

1. **Growwe menseregteskendings** (wat neerkom op misdade teen die mensdom) word gepleeg deur die staatsowerhede self, of met hulle steun; of anders, die owerhede is te swak om sulke handeling te verhoed.
2. Weens die uitoefening van vetomagte is die Veiligheidsraad (VR) **nie in staat** om dwingend op te tree nie.
3. State besluit **kollektief**, met die steun van die meerderheid van die VN-state, om die wreedhede wat gepleeg word, te probeer stop.
4. Mag word slegs gebruik om die wreedhede te stop en respek vir menseregte te herstel.

Daar is gesê dat Navo (Noord-Atlantiese Verdragsorganisasie) se bombardering van Kosovo in 1999 weens humanitêre oorwegings uitgevoer is. Die Kosovo Verslag van 2000, opgestel deur die Independent International Commission on Kosovo verklaar soos volg:

[T]he NATO campaign was illegal, yet legitimate. Such a conclusion is related to the controversial idea that a "right" of humanitarian intervention is not consistent with the UN Charter if conceived as a legal text, but it may, depending on the context, nevertheless reflect the spirit of the Charter as it relates to the overall protection of people against abuse.

Let daarop hoe die Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty van 2001 daaraan erkenning verleen dat die primêre verantwoordelikheid vir die beskerming van landsburgers, by die staat berus. Indien die bevolking egter ernstig benadeel word tydens interne oorlogvoering, opstand, onderdrukking of staatsversuim, en daardie staat onwillig is, of nie in staat is nie, om sulke benadeling te verhoed of te beëindig, "the principle of non-intervention yields to the international responsibility to protect".

STUDIE-EENHEID 7

ASSESSERING



Praktiese oefening 1

Lees *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* 2004 ICJ Reports 136 en verduidelik hoekom die hof Israel se aanspraak dat die Vierde Geneefse Konvensie nie van toepassing is op die gebiede van die Wes-Bank en Gaza nie, verwerp.



Praktiese oefening 2

Lees die saak, *Prosecutor v Tadi (Jurisdiction)*, saaknommer IT-94-1-AR 72 (1996) 35 ILM 32, en som die uitspraak op: fokus op die kwessie of, en in watter mate, humanitêre reg van toepassing is op sowel interne as internasionale gewapende konflik.



Praktiese oefening 3

Die Verenigde State van Amerika het geweier om vegters van die Taliban wat in Afghanistan gevange geneem is (en in Guantanamo Bay aangehou is) as krygsgevangenes te behandel. Is dit in ooreenstemming met die beginsels van humanitêre reg? Verduidelik hoekom, of hoekom nie. Sal u antwoord anders wees as u daardie beginsels moet toepas op dieselfde houding van die VSA teenoor lede van Al Qaeda?



Praktiese oefening 4

Skryf 'n opstel waarin u die belang bespreek van die onderskeid tussen burgerlikes en vegters tydens oorlogvoering.



Praktiese oefening 5

Staat A and staat B is buurstate wat jarelank al haaks is. Staat B word geïntimideer deur staat A se voortdurende "gunboat diplomacy". Laasgenoemde word duidelik getoon deur die voortdurende aanwesigheid van gewapende magte by die grens, wat volgens staat B, geheel en al staat A se redelike verdedigings-behoefte oorskry. Die voortdurende ontplooiing van troepe en die verkryging van chemiese wapens deur staat A, ontsenu staat B. Staat A se handeling word deur staat B as vyandig ervaar en hy besluit dat dit tyd geword het om 'n

voorspringsaanval te loods. Staat B bombardeer die grensgebied en omgewing. Paaie, brûe en stede word vernietig. Heelwat van staat A se burgerlikes, insluitende 'n aantal vroue, kinders en ou mense, word gedood. Alhoewel staat B pamflette versprei wat burgerlikes aanspoor om die gebied te verlaat, het hulle nie genoeg tyd om hul wonings te verlaat nie, en gevolglik sterf baie van hulle in die aanvalle.

Evalueer staat B se handeling in die lig van wat u uit hierdie onderwerp geleer het.

ONDERWERP 4

STAATSAANSPREEKLIKHEID

In hierdie onderwerp skenk ons aandag aan die volgende:

Studie-eenheid 1: Inleiding

- 1.1 Basiese konsepte
- 1.2 Regstreekse en onregstreekse staatsaanspreeklikheid
 - 1.2.1 Regstreekse staatsaanspreeklikheid
 - 1.2.2 Onregstreekse staatsaanspreeklikheid
- 1.3 Toerekenbaarheid

Studie-eenheid 2: Internasionale Regskommissie se konsepartikels oor staatsverantwoordelikheid

Studie-eenheid 3: Staatsaanspreeklikheid en die individu

- 3.1 Inleiding
- 3.2 Nasionaliteit as die saambindende faktor
- 3.3 Het die staat 'n afdwingbare plig om op te tree?
- 3.4 Die behandeling van vreemdelinge
 - 3.4.1 Fisiese benadeling of dreigement van fisiese benadeling
 - 3.4.2 Die benadeling/nasionalisering van vreemdelinge se eiendom
- 3.5 Nasionalisering ingevolge die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika

Studie-eenheid 4: Remedies

Studie-eenheid 5: Assessering



Verpligte Leesstof

Dugard 3de uitgawe hoofstuk 13

Crawford J 'The ILC's draft articles on diplomatic protection (2006) 31 South-African Yearbook of International Law 19-51

Die volgende Suid-Afrikaanse sake:

- *Nduli v Minister of Justice* 1978 1 SA 893 (A)
- *S v Ebrahim* 1991 2 SA 893 (A)
- *Kaunda v President of the Republic of South African* 2004 10 BCLR 1009 (CC) — lees beslis ook die afsonderlike uitspraak, veral dié van O'Regan R
- *Van Zyl v Government of RSA* 2007 SCA 109 (RSA)
- *Crawford von Aho v Govt of RSA* case no 3106/2007 (TPD) 24.7.2008.

STUDIE-EENHEID 1

INLEIDING

1.1 BASIESE KONSEPTE

Staatsaanspreeklikheid is een van die onderwerpe wat u vanjaar sal bestudeer met die meeste praktiese waarde. Dit is belangrik om te onthou dat ons met die internasionale reg te doen het. Tensy ons te doen het met 'n misdaad teen die mensdom — een van die sogenaamde “internasionale misdade” — gaan dit dus hier nie oor die aanspreeklikheid wat 'n staat teenoor sy eie onderdane kan oploop nie, want dít ressorteer onder die nasionale reg.

As die Suid-Afrikaanse regering 'n Suid-Afrikaanse burger se plaas onteien kragtens 'n grondherverdelingsbeleid, is sy of haar remedie in die Suid-Afrikaanse reg geleë. As die regering egter mnr Schultz, wat 'n Duitse burger is, se plaas nasionaliseer sonder om hom daarvoor te vergoed, is die internasionale reg ter sake — nie omdat die staat Schultz se regte as individu geskend het nie, maar omdat Duitsland se reg in sy burger deur die staat geskend is.

Wat is staatsaanspreeklikheid en wanneer ontstaan dit?

Staatsaanspreeklikheid ontstaan wanneer een staat die internasionale reg skend in sy omgang met 'n ander staat.

Staatsaanspreeklikheid is die versteuring van die ewewig in die internasionale betrekkinge tussen twee state, of tussen 'n staat en die internasionale gemeenskap as geheel. Die internasionale reg word dan aangewend om die balans te herstel.

Wat word bedoel met 'n skending van die internasionale reg? Volkereg moet hier beskou word as óf 'n verdrag óf 'n gewoonteregtelike reël. In die geval van 'n verdrag is dinge betreklik eenvoudig — baie soos by kontrakbreuk in die nasionale reg. 'n Gewoonteregtelike reël is egter 'n heeltmaal ander saak. Hier word 'n onderskeid gemaak tussen verpligtinge wat vir die algemene belange van die internasionale gemeenskap noodsaaklik is, en verpligtinge wat nie so verreikend is nie.

Eersgenoemde word beskou as internasionale misdade en laasgenoemde as internasionale delikte. In afdeling A, onderwerp 5, waar ons aandag skenk aan die afdwinging van internasionale reg, het u internasionale misdade bestudeer. In hierdie onderwerp konsentreer ons op die “ander helfte”: 'n staat se aanspreeklikheid vir delikte met 'n internasionale verband.

1.2 REGSTREEKSE EN ONREGSTREEKSE STAATSAANSPREEKLIKHEID

Daar moet onderskei word tussen regstreekse en onregstreekse staatsaanspreeklikheid. Let daarop dat hoewel daar seker prosessuele verskille tussen die betrokke twee vorme van staatshandeling is, die resultaat dieselfde is wat die uiteindelijke aanspreeklikheid betref, ongeag of die staat regstreeks of onregstreeks aanspreeklik bevind is.

1.2.1 REGSTREEKSE STAATSAANSPREEKLIKHEID

'n Staat is regstreeks aanspreeklik wanneer hy (vanselfsprekend handelende deur sy verteenwoordigers) 'n verpligting ingevolge die internasionale reg teenoor 'n ander staat skend. Dit kan byvoorbeeld die skending van die territoriale soewereiniteit van 'n ander staat behels (deur die gevangening van 'n persoon in 'n vreemde staat sonder toestemming); die beskadiging van 'n ander staat se eiendom (deur die afskiet van 'n vliegtuig van daardie staat); of die veronregting van 'n staat se diplomate (deur hulle gyselaar te hou of te martel). Dugard noem die sake wat ons hieronder lys. Kan u die skending in elke geval uiteensit?

- *Rainbow Warrior case* 1987 26 ILM 1346
- *Corfu Channel case* 1949 ICJ Rep 4 en 244
- *United States Diplomatic & Consular Staff in Tehran case* 1980 ICJ Rep
- *Trail Smelter case* 1935, 3 UNRIAA 1945
- *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals* 2004 ICJ Rep 12
- *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* 1986 ICJ Rep 14

1.2.2 ONREGSTREEKSE STAATSAANSPREEKLIKHEID

Onregstreekse staatsaanspreeklikheid ontstaan hoofsaaklik in twee gevalle:

- die staat benadeel die persoon of beskadig die eiendom van 'n buitelandse burger op sy gebied; of
- die staat tree nie self in 'n positiewe (of negatiewe!) sin op nie, maar versuim om die skadelike handeling te voorkom of die skade vir die "slagoffer" tot die minimum te beperk

Indien 'n eis in 'n internasionale forum ingestel word weens benadeling van 'n individu, is dit dan nie 'n weerspreking van wat ons vroeër gesê het, naamlik dat die individu nie 'n subjek van die internasionale reg is nie? Die antwoord hierop kan gevind word in die *Panevyezys-Saldutiskis Railway*-saak PCIJ Rep Ser A/B No 76 (1939).

[I]n taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a state is in reality asserting its own rights, the right to ensure in the person of its nationals respect for the rules of international law.

Die verskil is geleë in die feit dat voordat 'n staat 'n eis namens een van sy burgers kan instel op grond van die burger se benadeling in 'n ander staat, daardie burger eers die beskikbare plaaslike remedies moet uitput. In die geval van regstreekse aanspreeklikheid hoef die staat nie plaaslike remedies uit te put nie. (Hoekom is dit die geval, meen u?)

Die vorm van die aanspreeklikheid wat 'n staat kan oloop, is nie onveranderlik nie. Die *Tehran hostages*-saak (hierbo) bied 'n interessante voorbeeld van hoe 'n staat se aanspreeklikheid kan verander namate omstandighede verander.

Aksie 1

Iraanse studente het die VSA-ambassade in Teheran bestorm en 'n aantal diplomate en burgerlikes van verskillende lande gyselaar geneem. In daardie stadium het die Iraanse regering geen aanspreeklikheid opgehoop nie, aangesien die handeling van individue nie aanspreeklikheid vir hulle staat veroorsaak nie.

Aksie 2

Die situasie het egter verder ontwikkel, en in plaas daarvan om die gyselaars te help, het die Iraanse regering niks gedoen nie. Deur so op te tree, is 'n internasionale verpligting om die ambassade en sy personeel te beskerm, geskend. Die aanspreeklikheid van die Iraanse regering was hier onregstreeks omdat dit nie berus het op 'n positiewe handeling nie, maar eerder op 'n versuim om te handel.

Aksie 3

Die situasie het verder versleg toe die Iraanse regering sy steun vir die optrede van die studente laat blyk het. Die onregstreekse aanspreeklikheid van die regering het toe in regstreekse aanspreeklikheid verander weens dié staat se goedkeuring van die aanvanklike handeling van die studente.

Die aanspreeklikheid van die Iraanse regering in hierdie geval was onregstreeks deurdat dit nie op 'n positiewe handeling gebaseer was nie, maar eerder op die regering se versuim om te handel.

1.3 TOEREKENBAARHEID

Vanselfsprekend kan 'n staat nie self optree nie; die werklike fisiese handeling moet deur 'n persoon uitgevoer word. As 'n mens die *Tehran hostages*-saak beskou, merk jy dat die staat aanvanklik nie aanspreeklik was vir die oorspronklike handeling van die studente nie, maar later wel aanspreeklik geword het. Wat is dus die grondslag waarop 'n staat vir sekere handeling aanspreeklik gehou kan word, maar nie vir ander nie?

Dit bring ons by die beginsel van toerekenbaarheid, wat deur Dugard "attribution" genoem word. Toerekenbaarheid behels die proses waardeur sekere handeling wat deur individue verrig word, die staat toegerekend word — dit word geag handeling deur die staat self te wees. 'n Staat kan slegs aanspreeklik wees as die handeling verrig word deur 'n staatsorgaan of 'n individu wat optree in sy of haar hoedanigheid as werknemer van die staat. Eenvoudig gestel, daar moet 'n voldoende *nexus* (band/verbinding) wees tussen die persoon wat die handeling verrig en die staat.

In beginsel kan alle staatsorgane en -amptenare aanspreeklikheid vir die staat oploep wanneer hulle in hul amptelike hoedanigheid optree. Dit geld vir alle vertakkinge van die staat: die wetgewende, die regsprekende en die uitvoerende gesag, met inbegrip van sowel sentrale as plaaslike owerhede. Daarenteen kan die handeling van 'n individu wat in sy of haar individuele hoedanigheid handel, nie die staat toegerekend word nie.

Soos egter uit die *Tehran Hostages*-saak blyk, kan die staat inderdaad aanspreeklikheid oploep indien die handeling van 'n individu gepaardgaan met 'n handeling of versuim van die staat. Die algemeenste vorme van so 'n handeling of versuim is —

- wanneer die staat individue aanmoedig om vreemdelinge (buitelanders) aan te val
- wanneer die staat versuim om "redelike voorsorg" te tref om vreemdelinge te beskerm
- wanneer daar 'n duidelike versuim is om die individue te straf
- wanneer 'n vreemdeling toegang tot die howe ontsê word sodat hy of sy nie regstelling kan eis nie
- wanneer die staat voordeel trek uit die onwettige handeling van die individu
- wanneer die staat die handeling van die individu uitdruklik goedkeur

In die Suid-Afrikaanse reg het alle aspekte van aanspreeklikheid en toerekenbaarheid ter sprake gekom in *Nduli v Minister of Justice* 1978 (1) SA 893 (A) en is dit in 'n meer korrekte perspektief geplaas.



Praktiese oefening 1

X is lid van 'n ekstremistiese regse groep en word in Suid-Afrika gesoek op 'n aanklag van terrorisme. Omdat hy meen dat hy op die punt staan om gearresteer te word, vlug hy na Swaziland en vestig hom daar. Die Swazi-owerheid is bewus van sy teenwoordigheid in die land en laat hom toe om daar te woon met 'n tydelikeverblyf-permit. Daar bestaan 'n geldige uitlewingsverdrag tussen Swaziland en Suid-Afrika.

Die Suid-Afrikaanse polisie-offisier wat in beheer van die saak is, nader sy Swazi-ampsgenoot en vra of hy Swaziland mag binnegaan om X gevange te neem. Die Swazi-beampte weier en sê dat die korrekte prosedure ooreenkomstig die uitlewingsverdrag gevolg moet word. Die Suid-Afrikaanse offisier dra dié nuus aan sy manskappe oor en sê dat hulle X nie in Swaziland gevange mag gaan neem nie.

Ondanks hierdie opdrag gaan konstabels A en B een nag, in hul polisievoertuig en geklee in polisie-uniforms, Swaziland binne, vang X en bring hom terug na Suid-Afrika, waar hy in hegtenis geneem en aangekla word.

Ontleed die feite wat hier gegee word en bespreek die vraag of Suid-Afrika aanspreeklikheid teenoor Swaziland opgeloop het, en indien wel, watter vorm dié aanspreeklikheid aanneem en op watter grond dit berus.

Sou u antwoord anders gelui het as: A en B broers was wie se vader deur X vermoor is; hulle Swaziland met toeristevisums binnegegaan het, oënskynlik om deel te neem aan 'n gholftoernooi by die Royal Swazi Sun, en siviele klere aangehad het toe hulle X gegryp het.

STUDIE-EENHEID 2

INTERNASIONALE REGSKOMMISSIE SE KONSEP-ARTIKELS OOR STAATSVERANTWOORDELIKHEID

Die Internasionale Regskommissie se "Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts" is in 2001 aangeneem. (Sien GAOR 56th Session, Supp 10 (A/56//10, wat u by www.un.org/documents/ga/docs/56/a56586.pdf kan bereik.)

Hierdie gedeelte van die werk skep geen besondere probleme nie. As u die konsepartikels saam met die voorgeskrewe gedeeltes in Dugard bestudeer, behoort u dit te verstaan.

Daar word van u verwag om Dugard se opsomming (bl 271–281) van hierdie bepalinge aan te vul deur die dokument self te lees. Wat is die huidige status daarvan — onthou u nog die ontluikende bronne van die internasionale reg in onderwerp 2?



Praktiese oefening 2

Hier moet u in staat wees om die benadering wat in Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts voorgestaan word, met betrekking tot die volgende aspekte te bespreek:

- wanneer onregmatigheid uitgesluit word
- noodsaak as 'n grond vir die uitsluiting van staatsaanspreeklikheid weens 'n onregmatige handeling
- ernstige skendings van verpligtende norme (ons ou "vriende", *ius cogens* en verpligtinge *erga omnes*)
- teenmaatreëls as antwoord op 'n aanklag van staatsaanspreeklikheid.

Let daarop dat ons in 'n sommerende assesseringsoefening die vraag en die aantal punte wat daarvoor toegeken word kan afwissel deur net op een of meer van bogenoemde elemente te fokus, of dalk op almal!



Praktiese oefening 3

Suid-Afrika en Zimbabwe het 'n bilaterale verdrag gesluit ingevolge waarvan die twee state se vliegtuie binne die twee lande se onderskeie lugruime mag vlieg. Omdat Suid-Afrika ontsteld is oor die toenemende agteruitgang van die menseregtesituasie in Zimbabwe — wat volgens Suid-Afrika nou die omvang van volksmoord begin aanneem, en in elk geval beslis growwe skendings van die menseregte van Zimbabwiese burgers is — verbied Suid-Afrika Zimbabwe om verder binne die Suid-Afrikaanse lugruim te vlieg. Zimbabwe voer aan dat, omdat Suid-Afrika deur hierdie optrede 'n internasionale verpligting ingevolge 'n verdrag verbreek, hy aanspreeklikheid opgedoen het ten opsigte van die verliese wat Zimbabwe as gevolg daarvan gely het. Suid-Afrika voer egter aan dat, hoewel hy 'n verdragsverpligting geskend het, dié skending geregverdig word deur Zimbabwe se veel ernstiger skending van 'n internasionale norm verskuldig aan alle volke.

Bespreek die geldigheid van Suid-Afrika en Zimbabwe se onderskeie aansprake.

STUDIE-EENHEID 3

STAATSAANSPREEKLIKHEID EN DIE INDIVIDU

3.1 INLEIDING

In die vorige studie-eenheid het ons oorweeg wanneer 'n staat aanspreeklikheid teenoor 'n ander staat oploop as gevolg van die handeling van 'n individu. Hier kyk ons na die ander kant van die munt: Wanneer lei die handeling van 'n staat ten opsigte van 'n vreemdeling op sy gebied tot aanspreeklikheid teenoor daardie vreemdeling se staat, en wanneer kan daardie staat teen die oortredende staat optree?

Natuurlik moet daar die een of ander verband wees tussen die individu en die staat wat hom of haar wil beskerm. Hierdie saambindende faktor kan gevind word in die nasionaliteit van die betrokke individu.

3.2 NASIONALITEIT AS DIE SAAMBINDENDE FAKTOR

'n Staat sal net optree namens 'n individu wat as gevolg van 'n internasionale onreg op die gebied van 'n ander staat benadeel is, as die persoon 'n burger van daardie staat is. Nasionaliteit op sigself is gewoonlik, maar nie sonder uitsondering nie, 'n voldoende *nexus*. Daar kan probleme ontstaan wanneer 'n individu burgerskap van meerdere lande het.

Die standaardzaak in hierdie verband is die *Nottebohm*-zaak 1955 ICJ Rep. Maak seker dat u daardie beslissing begryp.

Verder moet u seker maak dat u in staat is om die nasionaliteit van sowel natuurlike persone (u en ek) as regspersone (maatskappye, korporasies, trusts, ens) vas te stel en redes vir u bevinding te verskaf.

Noudat ons vasgestel het dat daar 'n voldoende verband tussen 'n persoon wat op ander gebied is as dié van sy eie land en sy of haar staat moet wees om laasgenoemde in staat te stel om namens die individu op te tree, ondersoek ons twee voorbeelde van sulke optrede.

So, ons het nou die volgende twee dinge vasgestel:

- Daar was 'n skending van internasionale reg (in een van sy vorme).
- Die persoon wat benadeel is, is 'n burger van die staat wat versoek word om teen die skendende staat op te tree, of wat daarteen wil optree.

Ons moet vervolgens die volgende twee vrae stel:

- Het die staat 'n afdwingbare plig om op te tree?
- Watter voorwaardes moet nagekom word voordat die staat mag optree?

3.3 HET DIE STAAT 'N AFDWINGBARE PLIG OM OP TE TREE?

Diplomatiese beskerming het die afgelope paar jaar in Suid-Afrika 'n taamlike turksvy geword.

Hier moet u die volgende bronne, wat aan die begin van die onderwerp voorgeskryf word, integreer:

- Dugard, in die besonder bladsy 290 ev
- Prof James Crawford se artikel in volume 31 van die *South African Yearbook of International Law*
- *Kaunda v President of the Republic of Suid-Afrika* 2004 10 BCLR 1009 (CC) — lees beslis ook die afsonderlike uitsprake, veral dié van O'Regan R
- *Van Zyl v Government of RSA* 2007 SCA 109 (RSA) — dit is die appèl van die saak wat deur Dugard bespreek word, so u moet weer lees wat hy oor die beslissing van die Transvaalse Provinsiale Afdeling sê.
- *Crawford von Abo v Government RSA* case no 3106/2007 (TPD) 24.7.2008



Praktiese oefening 4

Bespreek volledig, deur middel van 'n ontleding van Suid-Afrikaanse hofbeslissings, wat met diplomatieke beskerming bedoel word, wanneer daar 'n behoefte daaraan kan ontstaan, watter vorme dit kan aanneem, of die staat gedwing kan word om sulke bystand te lewer, en, indien wel, wat die omvang van die staat se plig is. Laastens moet u assesseeer of die Suid-Afrikaanse benadering soos dit in die *Kaunda-*, *Van Zyl (Swissborough-)* en *Von Abo-sake* blyk, in ooreenstemming is met huidige internasionale reg.

3.4 DIE BEHANDELING VAN VREEMDELINGE

3.4.1 FISIESE BENADELING OF BEDREIGING VAN FISIESE BENADELING

Een van die algemeenste gevalle waarin aanspreeklikheid ontstaan, is wanneer een staat 'n onderdaan van 'n ander staat mishandel. Oor die algemeen kan 'n staat besluit wie hy op sy gebied wil toelaat, maar selfs al is 'n staat soewerein op sy eie gebied, beteken dit nie dat hy kan doen wat hy wil nie. 'n Staat moet voldoen aan sekere minimum standaarde betreffende die behandeling van individue, en in die besonder van vreemdelinge.

Die staat se optrede teenoor vreemdelinge moet aan die volgende twee standaarde gemeet word:

Minimum nasionale standaard	Minimum internasionale standaard
Hoofsaaklik Derdewêreld-/ontwikkelende state	Hoofsaaklik Westerse state
Behandel vreemdelinge soos jou eie onderdane.	Behandel die individu soos 'n redelike man dit in 'n beskaafde staat sal verwag.
Voordeel: kan maklik vasgestel word	Probleem: wesenlik 'n subjektiewe toets

Indien 'n staat die vereiste standaarde vir die behandeling van 'n burger van 'n ander staat op sy gebied skend, begaan hy 'n internasionale delik en is hy daarvoor aanspreeklik om die ander staat te vergoed.

Let daarop dat die staat die geding ten behoeve van homself instel — dit is sy belang in sy burger wat geskend is. Indien vergoeding toegestaan word, word dit aan die staat betaal en nie aan die individu nie. Dit berus dan by die ontvangerstaat om die vergoeding aan sy burger oor te betaal. Daar rus egter geen regsverpligting op die staat om dit te doen nie.

Of 'n staat deur sy burger verplig kan word om ten behoeve van hom of haar op te tree, is reeds onder diplomatieke beskerming bespreek. Hier het ons te make met die praktiese toepassing van diplomatieke beskerming en die voorwaardes wat nagekom moet word voordat 'n staat gaan optree, indien hy besluit om wel op te tree. 'n Mens moet egter ook die sogenaamde Calvo-leerstuk of Calvo-klausule met betrekking tot

'n kontrak tussen 'n staat en 'n individu in gedagte hou. Volgens hierdie leerstuk word 'n klousule in dié kontrak ingevoeg ingevolge waarvan die individu onderneem om enige eis wat hy of sy moontlik kan hê, te beperk tot plaaslike remedies en hom of haar nie te beroep op die diplomatieke beskerming van sy of haar staat nie. Dit is egter algemeen deur Westerse nasies verwerp op grond daarvan dat dit die individu sou toelaat om die staat se regte weg te teken.

Dit is egter logies dat indien die individu nie mag afstand doen van die regte van die staat nie, hy of sy mag aandrang op die afdwinging van daardie regte?



Praktiese oefening 5

Op 10 Maart 1998 is Robert McBride, 'n Suid-Afrikaanse diplomaat, in Maputo in hegtenis geneem in verband met bewerings van wapensmokkelary. Hy is vir ongeveer twee maande in haglike omstandighede aangehou in 'n gevangenis in Maputo, in 'n sel wat veels te klein was vir die 50 Mosambiekse aangehoudenenes, sonder dat hy aangekla is. Hy is verder nie toegelaat om met sy regsverteenvoordiger of die Suid-Afrikaanse diplomatieke of konsulêre vertevooordigers in verbinding te tree nie.

Kan Suid-Afrika 'n eis instel teen Mosambiek op grond van die behandeling van sy Suid-Afrikaanse burger? Sou McBride se vrou die Suid-Afrikaanse regering kon dwing om namens haar eggenoot op te tree?

Wenke:

- Is 'n internasionale norm geskend?
- Watter kriteria kan toegepas word om dit te bepaal?
- Wat is die grondslag van Suid-Afrika se belang?
- Kan die staat gedwing word om op te tree?
- Indien wel, op grond waarvan?
- Indien nie, waarom nie?

3.4.2 DIE BENADELING/NASIONALISERING VAN VREEMDELINGE SE EIENDOM

'n Mens moet onderskei tussen die onteiening van die eiendom van 'n landsburger van jou eie staat en die nasionalisering van die eiendom van 'n burger van 'n ander staat op jou gebied. Eersgenoemde behels die nasionale reg en laasgenoemde die internasionale reg.

Nasionalisering word nie deur die internasionale reg verbied nie. Om ooreenkomstig die internasionale reg geldig te wees, moet nasionalisering egter aan die volgende vereistes voldoen:

- Die nasionalisering mag nie diskriminerend wees nie.
- Die nasionalisering moet vir openbare doeleindes geskied.
- Vergoeding moet betaal word.

Die eerste twee vereistes is redelik eenvoudig. Staat X mag nie slegs Duitse burgers se eiendom op sy gebied nasionaliseer en die ooreenstemmende eiendom van Franse burgers onaangeraak laat nie. Dit is diskriminerend en sou veroorsaak dat staat X internasionale aanspreeklikheid ooploop. Die vereiste betreffende openbare doeleindes is taamlik vaag. Die nasionalisering moet die hele land tot voordeel strek — dit moet deel uitmaak van die "groot plan" vir die opheffing van die nasie.



Praktiese oefening 6

Die nuwe Suid-Afrikaanse Parlement is in Midrand geleë, halfpad tussen Pretoria en Johannesburg. Omdat die meeste parlamentslede óf in Johannesburg óf in Pretoria woon, daag hulle gereeld laat op vir debatte, of daag glad nie op nie. Vervoerprobleme word gewoonlik as verskoning aangebied. Die regering besluit dat nuwe motors aan alle parlamentslede verskaf moet word om te verseker dat hulle betyds opdaag. Indien hy dié motors op die ope mark koop, sou die koste geweldig hoog wees. Die parlement besluit dus om BMW se bedrywighede in Suid-Afrika te nasionaliseer ten einde 'n nuwe BMW aan elke parlamentslid te kan verskaf. Toe hierdie optrede bevestig word, voer die parlement aan dat die nasionalisering aan 'n openbare doel beantwoord aangesien die gladde werking van die parlement in die nasionale belang is.

Kyk nou na die volgende situasie:

As deel van sy grondherverdelingsplan, wat daarop gemik is om onregte van die verlede reg te stel en die land se hulpbronne billik te herverdeel, nasionaliseer die regering 'n enorme groenteplaas wat aan 'n Portugese burger behoort. Die grond word met aangrensende staatsgrond geamalgameer en toe in bestaansboerderyeenhede onderverdeel. Dié eenhede word gegee aan persone wat voorheen van hul grondregte ontnem is.

Vergelyk bogenoemde twee feitestelle en toon duidelik aan watter feitestel (indien enige) voldoen aan die vereiste van openbare doeleindes, en hoekom.

Dit sal u nie verbaas nie dat die mees kontensieuse vereiste vir geldige nasionalisering dié is wat met vergoeding verband hou. In dié opsig is die kloof tussen Noord en Suid, die Weste en die Derde Wêreld, die duidelikste. Die vraag betreffende vergoeding handel wesenlik oor wat met spoedige, voldoende en effektiewe vergoeding bedoel word, maar natuurlik veral oor die vraag met betrekking tot voldoende vergoeding. Wat die betreklik welvarende Westerse nasies as voldoende vergoeding beskou (volle markwaarde), kom nie noodwendig ooreen met wat 'n arm Derdewêreldnasie as voldoende beskou nie. Bestudeer in hierdie verband die volgende:

- UN Resolution on Permanent Sovereignty over Natural Resources, GA Res 1803 (XVII) 1962
- Charter of Economic Rights and Duties of States, GA Res 3281 (XXIX) of 1974.

U sal merk dat die Ekonomiese Handves melding maak van "all circumstances that the [nationalising] state considers pertinent". As gevolg van die nadraai van kolonialisme, waarvolgens die kolonialiserende moondhede en hul burgers beskou is as magte wat lande ingekom met die doel om vinnig 'n klomp geld te maak, en wat daarna weer landuit is met bultende geldkoffers, is een van die belangrikste faktore wat die Derdewêreldlande in ag neem by die evaluering van vergoeding, die voordeel wat die natuurlike of regspersoon reeds uit sy investering verkry het. Die markwaarde van die eiendom word dus verreken teen die opbrengs wat die eienaar reeds uit sy of haar belegging gekry het. Dit kan weer verreken word teen die voordele wat die gemeenskap (en die staat) regstreeks toegeval het uit die onderneming (bv opleiding, behuising, onderwys en opheffingskemas deur die eienaar); dit word die "voordeleteorie" genoem.

3.5 NASIONALISERING INGEVOLGE DIE GRONDWET VAN DIE REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

Regte op eiendom word behandel in Hoofstuk 2 van die 1996-Grondwet, waarvan artikel 25 ten dele soos volg lui:

- (1) Niemand mag eiendom ontnem word nie behalwe ingevolge 'n algemeen geldende regsvoorskrif, en geen regsvoorskrif mag arbitrêre ontneming van eiendom veroorloof nie.
- (2) Eiendom mag slegs ingevolge 'n algemeen geldende regsvoorskrif onteien word —
 - (a) vir 'n openbare doel of in die openbare belang; en
 - (b) onderworpe aan vergoeding waarvan die bedrag en die tyd en wyse van betaling óf deur diegene wat geraak word, aanvaar is óf deur 'n hof bepaal of goedgekeur is.
- (3) Die bedrag van die vergoeding en die tyd en die wyse van betaling moet regverdig en billik wees, en moet 'n billike ewewig toon tussen die openbare belang en die belange van diegene wat geraak word, met inagneming van alle tersaaklike omstandighede, met inbegrip van —
 - (a) die huidige gebruik van die eiendom;
 - (b) die geskiedenis van die verkryging en gebruik van die eiendom;
 - (c) die markwaarde van die eiendom;
 - (d) die omvang van regstreekse belegging en subsidie deur die staat ten opsigte van die verkryging en voordelige kapitale verbetering van die eiendom; en
 - (e) die doel van die onteiening.



Praktiese oefening 7

Aangesien artikel 39 vereis dat, by die uitleg van die bepalings van Hoofstuk 2, die internasionale reg in ag geneem moet word, moet u teen daardie agtergrond en in die lig van die internasionaalregtelike vereistes vir die nasionalisering van eiendom wat aan vreemdelinge behoort, die geldigheid van artikel 25 assesseeer. Watter een van die standarde vereis dié artikel?

Wenke:

- Watter maatstawwe vervat in die VN-resolusie word in aktiwiteit 5 hierbo geïllustreer?
- Is daar 'n universele standaard waarop almal ooreenkom?
- Indien nie, watter standarde is daar?
- Kwalifiseer hierdie standarde as internasionale reg?
- Onder watter een van die bronne sou u hierdie standarde plaas?
- Verduidelik weereens wat "sagte reg" behels?
- Toets nou artikel 25 teen elkeen van hierdie standarde.
- Waaraan is dit die naaste?
- Stem u saam dat dit 'n billike standaard is?

STUDIE-EENHEID 4

REMEDIES

Die laaste kwessie wat ons onder staatsaanspreeklikheid gaan behandel, is die remedies wat vir 'n staat beskikbaar is.

Soos ons aan die begin van hierdie onderwerp gesê het, is die doel van staatsaanspreeklikheid om 'n wanbalans in die internasionale gemeenskap, wat veroorsaak word deur 'n staat se skending van 'n internasionaalregtelike reël, te herstel. Ideaal gesproke moet dit gedoen word deur terug te keer na die *status quo* voordat die internasionale delik begaan is. Ongelukkig is dit dikwels nie moontlik nie, en gevolglik word daar teruggeval op die vertroude oplossing vir die meeste probleme: geld!

'n Staat wat internasionaalregtelik aanspreeklik is vir die benadeling van 'n ander staat, moet daardie staat vergoed. Dit is waar die onderskeid tussen regstreekse en onregstreekse aanspreeklikheid ter sprake kom. Indien 'n mens met regstreekse aanspreeklikheid te doen het, is dit nie nodig dat die benadeelde staat eers alle beskikbare plaaslike remedies uitput nie. Die benadeelde staat kan hom regstreeks tot die betrokke internasionale tribunaal wend. As onregstreekse aanspreeklikheid egter ter sake is (dws 'n onderdaan van die staat wat vergoeding wil eis, is benadeel), moet die betrokke individu eers alle beskikbare plaaslike remedies uitput (of minstens probeer uitput). Eers as dit gedoen is, kan die internasionale tribunaal genader word, nie deur die individu self nie, maar deur die staat waar die individu 'n staatsburger is.

Nog iets wat oorweeg moet word, is die vraag of skuld, hetsy in die vorm van opset of nalatigheid, vereis word voordat 'n staat aanspreeklik sal wees. De Groot het wel skuld vir aanspreeklikheid vereis, maar die hedendaagse tendens is om te volstaan met absolute aanspreeklikheid: wanneer 'n internasionaal onregmatige daad begaan word, lei dit tot aanspreeklikheid. Dit is veral relevant betreffende die jongste ontwikkelinge in die omgewingsreg, waar die staat aanspreeklikheid oploop vir oorgrensbesoedeling. Indien skuld inderdaad vereis word, is 'n mens terug by die ou probleem waarmee u reeds in die kursus, Uitleg van Wette, te doen gekry het: Hoe bepaal 'n mens die wil van 'n amorfte objek soos 'n staat?

Die toonaangewende saak oor die kwessie van aanspreeklikheid en vergoeding is die *Chorzow Factory (Indemnity)*-saak 1928 Ser A no 17.

STUDIE-EENHEID 5

ASSESSERING

Weereens, ek het 'n aantal formatiewe assesseringsoefeninge by die teks ingesluit.

Onthou dat ons in hierdie afdeling van die studiegids (afdeling B) op die uitkyk is vir aanduidings dat u sowel Dugard as die addisionele voorgeskrewe studiemateriaal bestudeer het en dit begryp. Ons eksamenvrae neem die formaat aan van die formatiewe assesseringsoefeninge en word sodanig saamgestel dat hierdie vereiste daarin vervat word.

Hetsy in 'n besprekingsvraag, of by die oplossing van 'n probleem, sal daar van u verwag word om al die bronne daarby te integreer — dit vorm tog 25% van die kursus!

STUDENTASSESSERING VAN STUDIEGIDS LCP401H

OPSIONEEL

Naam

Studentenommer

Tegniese aspekte

1. Was dit 'n maklike gids om te lees en deur te werk?
2. Wat is u mening oor die uitleg van die gids?
3. Het u die assesseringsoefeninge nuttig gevind, of het dit u geïrriteer?
4. Sou u graag meer diagram- of tabeltype-verduidelikings wou hê?

Inhoud

1. Is u tevrede met die onderwerpe wat in afdelings A en B gedek word?
2. Is daar ander onderwerpe wat u graag by afdeling B sou wou insluit?
3. Meen u dat enige van die onderwerpe in afdeling A of B omgeruil moet word?
4. Het dit wat u geleer het praktiese waarde?
5. Is die gids omvattend genoeg? (en nee, ons kan nie die handboek uit die prentjie laat nie!)?
6. Het u enige spesifieke onderwerp besonder moeilik of maklik gevind?
7. Word daar 'n balans gehandhaaf tussen die onderwerpe?
8. Is daar genoeg/te veel addisionele leesstof, veral hofbeslissings (vgl asb hierdie module met ander finalejaar-LLB-modules)?
9. Het u opgemerk dat die gids deur drie verskillende outeurs geskryf is? Indien wel, was dit steurend?
10. Meen u dat u by die bestudering van hierdie kursus baat gevind het?
11. Het u die kursus geniet/gehaat?
12. Sou u 'n kollega aanbeveel om die kursus te volg (hoewel u dit almal in elk geval moet volg)?
13. Het u al vroeër hierdie kursus gevolg?
14. Indien u antwoord op vraag 14 bevestigend is, dink u dat die kursus verbeter het, of het dit versleg? Gee redes vir u mening.

U kan enigeen of al hierdie vrae beantwoord, in enige vorm wat u verkies. Die belangrikste is dat u ons moet laat weet hoe u die vak ervaar en hoe ons dit, na u mening, beter kan aanbied.

Dankie

Neville Botha; Mirelle Ehrenbeck; Polina Dlagnekova