

Die basiese-struktuur-leerstuk: 'n basis vir die toepassing in Suid-Afrika, of 'n skending van die skeiding van magte?

Cecile van Schalkwyk

Cecile van Schalkwyk, Departement Publiekreg, Universiteit Stellenbosch

Opsomming

Die basiese-struktuur-leerstuk is in 1973 deur die hoogste hof van Indië ontwikkel in 'n poging om die misbruik van grondwetwysigings deur die dominante regerende party te voorkom. Die leerstuk bepaal dat, ten spyte daarvan dat die formele en prosedurele vereistes vir wysiging nagekom is, 'n wysiging ongrondwetlik sal wees indien dit die basiese struktuur van die Grondwet skend, negeer of vervang. Sedertdien het hierdie leerstuk 'n deurslaggewende rol gespeel in die beskerming van Indië se grondwetlike demokrasie en dit vind vandag ook aanwending in verskeie ander jurisdiksies. Of die leerstuk op dieselfde wyse in die Suid-Afrikaanse grondwetlike reg toepassing kan vind, is by geleentheid deur die konstitusionele hof oorweeg, maar geen finale beslissing bestaan in hierdie verband nie. Terwyl skrywers soos Samuel Issacharoff en Sujit Choudhry die oornam van die leerstuk in Suid-Afrika bepleit, is ander, soos Theunis Roux, nie so optimisties oor die moontlikheid van so 'n ontwikkeling nie. Sentraal tot die debat is die vraag of die leerstuk sal inbreuk maak op die skeiding van magte tussen die regsprekende gesag en die wetgewende gesag, aangesien dit aan die hof as 'n niedemokratiese verkose instelling die mag gee om wysigings deur die demokratiese verkose wetgewer te verwerp.

Hierdie artikel oorweeg die potensiële oornam van die leerstuk in Suid-Afrika met verwysing na die wisselwerking tussen die leerstuk en die skeiding van magte. Die rol van die leerstuk in Indië word ondersoek om te bepaal hoe die hoogste hof aldaar te werk gegaan het om die leerstuk met die skeiding van magte te versoen. Daar word dan regsvergelikend gewys op die tekstuele en kontekstuele verskille wat die oornam van die leerstuk in Suid-Afrika se grondwetlike reg bemoeilik, en meer spesifiek, die wyse waarop die Suid-Afrikaanse model van die skeiding van magte so 'n oornam weerstaan. Voorts sal die akademiese debat tussen Issacharoff en Roux oor die leerstuk krities ondersoek word.

Trefwoorde: basiese-struktuur-leerstuk; demokrasie; Grondwet; Indië; konstitusionele hof; skeiding van magte; staatsreg

Abstract

The basic structure doctrine: a basis for application in South Africa, or a violation of the separation of powers?

The basic structure doctrine was first introduced in 1973 by the Indian supreme court in an attempt to prohibit the dominant Congress Party from abusing its power to amend the Indian Constitution. The doctrine determines that an amendment is unconstitutional if it infringes,

negates or substitutes the basic structure of the Constitution, regardless of whether all the formal and procedural requirements for the amendment are met. In *Kesavananda Bharti v Union of India* (1973) 4 SCC 225 (India) the supreme court found that the word “amendment” does not entail the destruction of the fundamental characteristics of the Constitution, as they form part of an unamendable basic structure. The court also questioned whether amendments necessarily reflect the wishes of the electorate, as it is relatively easy to amend the Indian Constitution, leaving it vulnerable to abuse by a dominant party. What constitutes the “basic structure” of the Constitution became clear over time, as the doctrine was used in subsequent cases. However, in the *Kesavananda* case the court had already identified the power of judicial review, democracy, federalism, the separation of powers, the secular character of the state and certain fundamental rights such as freedom and equality as part of the basic structure doctrine.

The doctrine has elicited criticism, primarily as an infringement of the separation of powers between the judiciary and the legislature. By way of the basic structure doctrine, courts, as non-democratically elected bodies, are able to overrule a decision made by the democratically elected legislature. This is quite unconventional, as the Indian Constitution envisions a strict separation of powers between the legislature, the judiciary and the executive, comparable to the American system. Academics have, however, argued that the non-democratically elected Indian supreme court has replaced the doctrine of a separation of powers with a form of judicial supremacy – emphasising the role of the judiciary as the final protector of the Constitution. Traditionally, courts must, by way of checks and balances, ensure that the other spheres of government act in accordance with their functions and the Constitution. Indian courts have interpreted this duty very widely, arguing that there is no real difference between judicial review of normal legislation and judicial review of a constitutional amendment, as both these actions are aimed at the protection of the Constitution and the democratic state. In this sense, courts are only performing their traditional role, with the basic structure doctrine acting merely as a manifestation of the checks and balances that are central to India’s interpretation of the separation of powers.

Thus far this approach to the separation of powers has worked well in the Indian context, mainly as a result of an overwhelming public perception that the Indian legislature is ineffective, unstable and corrupt. In contrast, the judiciary is regarded as the only legitimate sphere of government and the guardian of the public’s fundamental rights. The question has long been debated whether the basic structure doctrine can be applied in the South African context, and while it has been considered by the constitutional court, no final decision has been taken in this regard. In *Premier, KwaZulu-Natal v President of the RSA* 1996 1 SA 769 (CC) and *Executive Council, Western Cape Legislature v President of the Republic of South Africa* 1995 4 SA 877 (CC), the court referred to the doctrine, hinting at the possible application in South Africa. In *UDM v President of the RSA* 2003 1 SA 495 (CC) the constitutional court, however, was unwilling to consider the basic structure doctrine, stating that an amendment passed in accordance with the formal and procedural requirements form part of the Constitution and cannot be challenged as an infringement of its basic structure. But these statements are *obiter* as the legislation in question was not regarded as a threat to the basic structure of the Constitution.

In this article it is suggested that there are certain textual and contextual differences between South Africa and India that hinder the application of the doctrine in South African law. From the outset it is important to note that it is much easier to amend the Indian Constitution than our Constitution. While the Indian Constitution can be amended by a simple majority, a much higher procedural threshold is set by the South African Constitution. The Indian Constitution is thus much more vulnerable to abuse by the legislature, justifying the judiciary’s legitimate concern in protecting the fundamental values and structure of the Constitution. Secondly,

the text of the South African Constitution allows for the amendment of even the founding provisions in section 1. This section is regarded as a surrogate for the basic structure doctrine as it contains most of the values that would form part of such a doctrine in South Africa. The fact that the constitutional assembly envisioned the amendment of section 1, and the decision was accepted by the constitutional court in *Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 1997 2 SA 97 (CC)* (the *Second Certification* judgment), indicates that it was never the intention that the basic structure of the Constitution be fully entrenched.

Thirdly, the South African judiciary do not have as liberal an interpretation of the separation of powers as their Indian counterpart. While the constitutional court in *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly of the Republic of South Africa: in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996 4 SA 744 (CC)* (the *First Certification* judgment) made it clear that there is no absolute separation between the different spheres of government, the model of separation of powers that has developed under the Constitution has always seen the judiciary acting very mindful of the unique roles and functions entrusted to the other spheres of government. Whereas the Indian courts are quick to intervene in the legislative process and even policy matters, the South African constitutional court has refrained from such an activist role. Roux (2014:27) refers to the South African constitutional court as a “constrained court” that attempts to justify their decisions with the text of the Constitution in order to protect their institutional independence. This is indicative of a very formalist legal culture and a conservative approach to the separation of powers. Unlike the Indian supreme court, the South African constitutional court will attempt to justify the application of the basic structure doctrine through the text of the Constitution – an unlikely development in light of the fact that the Constitution itself allows for the amendment of the entire Constitution.

Roux (2014:23) suggests an alternative approach for the constitutional court in protecting the basic structure of the Constitution. He argues that the court must progressively strengthen its institutional role by shifting the borders of its traditional functions. Over time a legal culture will develop that is justified by the text of the Constitution and strong enough to withstand a challenge to the basic structure of the Constitution.

This argument is convincing in the sense that it is sensitive to the context within which courts function in different jurisdictions and states. It also has the effect of ensuring that the legal culture that does develop as a result of this process does not constitute a sudden departure from the existing legal culture. The problem is, however, that this approach takes time to develop and there is no guarantee that the development will be consistent enough to ensure that the court will be able to withstand an attack on the Constitution. It also makes no provision for a sudden attack on the basic structure of the Constitution. In this instance South Africa, much like the Indian supreme court, might be forced to accept the basic structure doctrine in order to protect the supremacy of the Constitution. Should such a decision be made, it would mean a significant departure from the existing South African model of separation of powers that may very well infringe on the delicate balance the constitutional court has tried to establish between the different spheres of government.

Keywords: basic structure doctrine; constitution; constitutional court; democracy; India; separation of powers

1. Inleiding

Die basiese-struktuur-leerstuk is in 1973 deur die hoogste hof van Indië ontwikkel as 'n skild teen die misbruik van grondwetwysigings om nedemokratiese uitkomst te bereik. Ingevolge die leerstuk het die Grondwet van Indië 'n basiese struktuur wat onwysigbaar is, ten spyte daarvan dat die formele en prosedurele vereistes vir wysiging nagekom is.¹ Die mag om die Grondwet te wysig is gevolglik beperk tot wysigings wat nie die basiese beginsels waarop die Grondwet gebaseer is, negeer, skend of substitueer nie, maar verseker dat die identiteit van die Grondwet substantief behoue bly.² Dit is gevolglik moontlik vir houe om, as nedemokratiesverkeuse instellings, die parlement se wysigings te hersien om te verseker dat die integriteit van grondwetlike demokrasie behoue bly. Die vraag of die leerstuk op soortgelyke wyse in Suid-Afrikaanse grondwetlike reg aangewend kan word, is by verskeie geleenthede deur die konstitusionele hof oorweeg, maar 'n finale beslissing ontbreek steeds in hierdie verband.

Hierdie artikel ondersoek die moontlike toepassing van die leerstuk in Suid-Afrika en meer spesifiek die wisselwerking daarvan met die skeiding van magte. Eerstens sal 'n oorsig gegee word van die ontstaan van die leerstuk en die rol daarvan in die Indiese regstelsel, waarna die Suid-Afrikaanse konstitusionele hof se hantering daarvan en die vooruitsigte vir die toepassing in Suid-Afrika ondersoek sal word. Die onlangse akademiese debat tussen Samuel Issacharoff en Theunis Roux oor die oornome van die leerstuk sal ook onder die loep geneem word om te bepaal watter bydrae dit lewer tot die dialoog in die geheel. Daar sal geargumenteer word dat dit uitdagend sou wees om die toepassing van die leerstuk te regverdig, gegewe die teks van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 en die betreklik tradisionele model van die skeiding van magte wat deur die regsprekende gesag in vergelyking met sy Indiese eweknie ontwikkel is.

2. Basiese-struktuur-leerstuk in Indië

2.1 Historiese agtergrond van die basiese-struktuur-leerstuk

Die ontwikkeling van die basiese-struktuur-leerstuk en die prominente rol wat die hoogste hof in die Indiese politieke, sosiale en maatskaplike landskap vervul, moet verstaan word teen die agtergrond van die land se stormagtige geskiedenis. Die magte van die regsprekende gesag in die Indiese Grondwet is vergelykbaar met die beperkte magte van die Amerikaanse Supreme Court.³ 'n Duidelike skeiding van magte tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag word in die Grondwet uiteengesit, met elke sfeer van die regering wat 'n uitdruklik omskrewe rol vertolk. Robinson⁴ voer egter aan dat, ten spyte van die beperkte rol wat die Grondwet vir die regsprekende gesag daarstel, politieke, sosiale en institusionele uitdagings gelei het tot 'n radikale hervorming en herinterpretasie van die rol van die regbank in Indië. Die ontwikkeling van die basiese-struktuur-leerstuk is 'n sentrale element van hierdie proses en illustreer hoe die regsprekende gesag nie die leerstuk van die skeiding van magte in 'n rigiede sin vertolk nie.⁵

Indië se basiese-struktuur-leerstuk het, ironies genoeg, nie ontwikkel uit vrees vir die misbruik van grondwetwysigings nie, maar in reaksie op 'n geskil tussen die hoogste hof van Indië en die Indiese parlement oor grondhervorming en eiendomsreg.⁶ In 1951 is die Grondwet gewysig om artikel 31A en 31B in te voeg. Artikel 31A het bepaal dat die verkryging van eiendom deur die staat nie aangeveg kon word onder die reg op eiendom, gelykheid of vryheid van spraak nie. Op sy beurt het artikel 31B voorsiening gemaak vir die skep van die sogenaamde Ninth Schedule, wat 'n lys wette bevat wat teen geregtelike hersiening beskerm is. In 1967 het die hoogste hof in *Golak Nath v State of Punjab*⁷ die wysigings nietig verklaar, omdat die

fundamentele regte in die Grondwet 'n transedentale posisie beklee en buite bereik van die parlement moet wees. Openbare teenkanting teen die *Golak*-uitspraak is effektief deur Indira Gandhi se Congress Party aangewend om 'n tweederde-meerderheid in die 1971 nasionale verkiesing te behaal.⁸Die nuutverkose regering het onmiddellik die Twenty-fourth Amendment Act 1971 aangeneem wat bepaal het dat wysigings wel op die fundamentele regte toegepas kan word en dat die parlement die mag het om enige sodanige wysiging aan te bring.⁹

Dit was 'n direkte aanval op die hoogste hof van Indië wat in 1973 op die spits gedryf is met die formulering van die basiese-struktuur-leerstuk in *Kesavananda Bharti v Union of India*.¹⁰ Die hoogste hof verwerp die uitspraak in *Golaken* die meerderheid bevind dat die fundamentele regte wel gewysig mag word. Dié regte beperk egter die wysigingsmagte wat in artikel 368 van die Grondwet aan die parlement toegeken is tot wysigings wat nie die basiese struktuur van die Grondwet skend nie.¹¹ Die hof bepaal dat die skrywers van die Grondwet nooit die bedoeling gehad het dat die woord "wysiging" die vermoë moet insluit om die fundamentele eienskappe van die Grondwet te vernietig nie.¹² Voorts wys hy daarop dat die voorwoord van die Grondwet ten doel het om Indië en sy mense se ware wil te weerspieël en daarom onwysigbaar is.¹³ Laastens bevraagteken die hof in watter mate latere grondwetlike wysigings die ware wil van die mense kan weerspieël, gegewe dat wysigings in Indië prosedureel makliker geskied as in ander grondwetlike demokrasieë.¹⁴ Wat presies met "basiese struktuur van die Grondwet" bedoel word, sou met verloop van tyd duideliker raak soos wat die leerstuk in verdere sake toegepas is. In *Kesavananda* het die hof egter reeds geregtelike hersiening, demokrasie, federalisme, die sekulêre karakter van die staat, die skeiding van magte en sekere fundamentele regte, soos vryheid en gelykheid, as behorende tot die leerstuk geïdentifiseer.

Die skep van die leerstuk is beskou as 'n definiërende oomblik vir die onafhanklikheid van die regsprekende gesag, wat onder sterk politieke druk in 'n dominante-party-staat die oppermagtigheid van die Grondwet gehandhaaf het.¹⁵Sedert die *Kesavananda*-uitspraak het die hoogste hof onder die vaandel van die leerstuk verskeie wysigings van die Grondwet ongeldig verklaar. In *Indira Nehru Gandhi v Raj Narain*¹⁶ is dit uitgebrei na die verkiesingsproses en in *Minerva Mills v Union of India*¹⁷ is die leerstuk aangewend om wysigings wat gepoog het om die hof se hersieningsmag in te perk, nietig te verklaar. Ook in *I.R. Coelho v State of TN*¹⁸ het die hof bevind dat die kontroversiële Ninth Schedule wel geregtelik hersien kan word omdat al die fundamentele regte deel vorm van die leerstuk.¹⁹ In die mees onlangse toepassing daarvan is die National Tax Tribunal Act, 2005 in *Madras Bar Association v Union of India*²⁰ongrondwetlik verklaar aangesien dit die skeiding van magte ondermyn deur geregtelike funksies aan tribunale te verleen wat eksklusief by die regsprekende gesag berus. Hoewel dit dus duidelik is dat die leerstuk 'n aktiewe deel van Indië se grondwetlike litigasie vorm, word dit met groot omsigtigheid aangewend en vind dit meestal toepassing in sake waar wysigings die skeiding van magte, die opperheerskappy van die reg, gelykheid of die onafhanklikheid van die regstelsel ondermyn.²¹ Die gevolg is dat die Indiese Grondwet as't ware "verskans" word teen wysigings deur politieke meerderhede, met die hof wat as die beskermheer van die grondwetlike bestel optree.²²Hoewel daar reeds vlugtig daarna verwys is, is dit belangrik om die presiese rol van die leerstuk in die Indiese regstelsel te bepaal en veral die wisselwerking met die skeiding van magte te ondersoek. Dit sal insig bied oor die voor- en nadele van die leerstuk en die agtergrond skep vir die ondersoek na 'n moontlike toepassing daarvan in die Suid-Afrikaanse regstelsel.

2.2 Rol van die leerstuk in die Indiese regstelsel en skeiding van magte

Soos reeds genoem, speel die regsprekende gesag 'n baie aktivistiese rol in Indië. Benewens die howe se regsprekende funksie is dit nie ongewoon vir die howe om aktief betrokke te raak by sowel die vorming van beleid as die bestuur van die land nie, en uitsprake het dikwels

betrekking op aangeleenthede wat tradisioneel vir die uitvoerende en wetgewende gesag gereserveer is.²³ Mehta²⁴ argumenteer dat demokraties onverkose regters in Indië effektief die idee van die skeiding van magte tussen die sferes van regering vervang het deur 'n vrye aanspraak op die oppermagtigheid van die regbank. Hierdie uitgebreide rol kan aan verskeie faktore toegeskryf word, waarvan die geskiedenis van die land slegs een is. Vandag is dit grootliks te danke aan die oorweldigende publieke persepsie dat die ander sferes van regering oneffektief, onstabiel en korrup is.²⁵ Daarteenoor geniet die regsprekende gesag 'n hoë vlak van legitimiteit onder die publiek as die finale beskermers van fundamentele regte.

Singh en Vijay²⁶ voer aan dat Indië eerder 'n skeiding van funksies volg, terwyl die beginsel van wigte en teenwigte as die belangrikste element van hierdie skeiding beskou word. Tradisioneel is dit die rol van die hof om in 'n moderne demokrasie die reg te interpreteer, die Grondwet te beskerm en te verseker dat die verskillende sferes van die regering nie hul onderskeie bevoegdhede oorskry nie.²⁷ In die lig hiervan argumenteer die Indiese regbank dat daar nie werklik 'n verskil is tussen geregtelike hersiening van die grondwetlikheid van gewone wetgewing en die hersiening van 'n grondwetwysiging nie.²⁸ In beide gevalle is hersiening daarop gemik om die Grondwet en demokrasie te beskerm, met die gevolg dat die hof sy tradisionele funksie vervul.²⁹ Dit is teen hierdie agtergrond dat die basiese-struktuur-leerstuk verstaan moet word. Die besluit deur die hof om 'n prosedureel korrekte grondwetlike wysiging as ongeldig te verklaar, is, teen die uitgebreide rol van die regsprekende gesag beskou, bloot 'n manifestasie van die wigte en teenwigte wat sentraal tot Indië se interpretasie van die skeiding van magte is.

Die aanwending van die leerstuk het voor- en nadele. Devenish³⁰ wys daarop dat die besluit om 'n Grondwet te wysig nie eksklusief op regsbeginne gebaseer is nie, maar ook op oorwegings van realpolitiek. Dit maak van die leerstuk 'n buigsame instrument wat deur die hof aangewend kan word om wysigings vir suiwer politieke gewin te voorkom.³¹ Sodoende word die heersende politieke situasie in ag geneem om ook ondersoek in te stel na die substantiewe redes vir die wysigings. Dit skep meer genuanseerde regspraak wat aktief poog om die waardes onderliggend aan grondwetlike demokrasie te beskerm. Die leerstuk het juis in die Indiese konteks ontstaan as 'n reaksie op politieke inmenging in die regstelsel, en in lande wat sedertdien die leerstuk aangeneem het, is hierdie tendens dikwels te bespeur. Die hof in Colombia het byvoorbeeld in 2009 'n grondwetwysiging wat ten doel gehad het om Alvaro Uribe se presidensiële termyn te verleng, ongrondwetlik verklaar ten spyte van oorweldigende politieke en populêre druk om aan hom 'n derde termyn te verleen. Die hof het bevind dat hierdie tipe politieke optrede 'n bedreiging vir die demokratiese waardes onderliggend aan die grondwetlike bestel inhou en die basiese struktuur van die Grondwet skend.³²

Daarteenoor is die primêre argument dat die leerstuk niedemokraties is omdat dit die hof, as 'n niedemokraties-verkose instelling, toelaat om die wil van die parlement te negeer. Die parlement verteenwoordig die meerderheidskiesers en die aanname is dat 'n wysiging die wil van dié kiesers weerspieël.³³ Enige inmenging deur die hof sal dus die skeiding van magte skend. Soos reeds vermeld, het die Indiese hof hierdie probleem oorkom deur eenvoudig 'n wye interpretasie te heg aan die rol wat hulle, as beskermers van die Grondwet, vervul. Die aanname dat die parlement die wil van die massas weerspieël, is ook net versoenbaar met 'n argaïese idee van verteenwoordigende demokrasie. Waar die wysigingsproses nie voorsiening maak vir die deelname van die kiesers in die vorm van referendums of openbare verhore nie, is wysigings bloot gebaseer op verteenwoordiging, 'n afgewaterde vorm van demokrasie wat geen versekering bied dat die wil van die meerderheid gedien word nie.

Daar word ook geargumenteer dat 'n grondwet 'n dinamiese instrument moet wees wat tred moet hou met veranderende waardes en werklikhede.³⁴ Die basiese-struktuur-leerstuk het die potensiaal om nodige politieke en sosiale vooruitgang te beperk en regte wat deur een

generasie as fundamenteel beskou is, kan deur 'n volgende as 'n onnodige beperking geag word.³⁵ Die gevaar is dat die howe ook legitieme wysigings ongeldig kan verklaar en daardeur nodige transformasie belemmer. Dit gee ook aan howe 'n basies onhersienbare mag om die inhoud van grondwetlike waardes te bepaal, terwyl sodanige waardes dikwels buigsaam en vatbaar vir interpretasie is.³⁶ Die bespreking van Indië skep 'n milieu vir 'n ondersoek na die aanwending van die leerstuk in die Suid-Afrikaanse konteks.

3. Die basiese-struktuur-leerstuk in Suid-Afrika

3.1 Suid-Afrika en Indië in regsvergelende perspektief

Twee belangrike verskille tussen Suid-Afrika en Indië moet uit die staanspoor duidelik gemaak word vir doeleindes van 'n bespreking van die leerstuk. Eerstens is dit aansienlik makliker om die Indiese Grondwet te wysig as die Grondwet van Suid-Afrika.³⁷ Ingevolge artikel 368 van die Indiese Grondwet word daar bloot 'n meerderheid in beide kamers van die parlement vereis en hoef slegs twee derdes van die lede teenwoordig te wees. Daarteenoor verskans artikel 74(1)³⁸ van die Suid-Afrikaanse Grondwet beide homself en die stigtingsbepalings wat in artikel 1 vervat is. Dit vereis dat enige wysiging van hierdie twee artikels moet geskied by wyse van 'n wetsontwerp wat deur minstens 75% van die Nasionale Vergadering en ses van die nege provinsies in die Nasionale Raad van Provinsies goedgekeur is. Tesame hiermee kan die handves van regte slegs gewysig word deur 'n wetsontwerp wat deur minstens twee derdes van die Nasionale Vergadering en ses van die nege provinsies ondersteun word. Ander wysigings van die Grondwet vereis ook 'n twee-derdes-meerderheid met betrokkenheid van die Nasionale Raad van Provinsies indien dit die provinsies raak.³⁹ Soos later sal blyk, kan hierdie onderskeid 'n rol speel by die aanvaarding van die basiese-struktuur-leerstuk in die Suid-Afrikaanse reg.

Tweedens is dit belangrik om te besef dat die Suid-Afrikaanse howe nie so 'n liberale interpretasie van die skeiding van magte volg as wat in Indië voorgestaan word nie. Die konstitusionele hof het dit in *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly of the Republic of South Africa: in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*⁴⁰ duidelik gemaak dat daar geen universele model vir die skeiding van magte bestaan nie en dat 'n absolute skeiding tussen die verskillende sferes van regering so te sê onmoontlik is. Regter Ackermann wys in *De Lange v Smuts*⁴¹ daarop dat howe met verloop van tyd 'n model van die skeiding van magte sal ontwikkel wat uniek tot die Suid-Afrikaanse konteks is en die regeringstelsel wat in die Grondwet voorsien is, sal weerspieël. Dit vereis 'n delikate balans tussen die behoefte om aan die een kant die regering te beheer deur die skeiding van magte gepaardgaande met die afdwinging van wigte en teenwigte, en aan die ander kant te voorkom dat die regering se magte in so 'n mate beperk is dat daar nie spoedig in die openbare belang opgetree kan word nie.⁴²

'n Oorsig van konstitusionele regspraak maak dit duidelik dat die model wat in Suid-Afrika ontwikkel het, baie agting toon vir die besondere funksionele rol wat deur elke sfeer van die regering vertolk word en nie so 'n geredelike skending van die tradisionele skeiding van magte voorsien soos in die Indiese konteks nie.⁴³ In *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly*⁴⁴ sê die konstitusionele hof dat die skeiding van magte vereis dat die ander sferes van die regering nie inmeng in parlementêre prosedures nie, tensy die Grondwet daarvoor voorsiening maak. Die hof wys daarop dat die Grondwet die opperste reg is en dat die parlement binne die beperkings van die Grondwet moet optree.⁴⁵ In Indië is dit egter nie ongewoon vir die regsprekende gesag om in te meng by die funksies van die ander sferes van die regering en selfs daardie funksies oor te neem nie. Een van die beste voorbeelde in hierdie verband is die uitspraak in *Vishaka v State of Rajasthan*,⁴⁶ waar die hoogste hof in 1997 noodgedwonge riglyne moes neerlê om vroue teen seksuele teistering by die werk te beskerm.

Ten spyte daarvan dat Indië die *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* geratifiseer het, het die wetgewer aanvanklik geen poging aangewend om wetgewing te promulgeer wat die probleem aanspreek nie. Die gevolg is dat hierdie saak vir meer as 'n dekade 'n kwasiwetgewende funksie vervul het. Dit was eers in 2013, met die promulgering van die *Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition and Redressal) Act*, dat die wetgewer gevolg gegee het aan die *Vishaka*-uitspraak. Hierdie wet is egter in 'n groot mate 'n kodifisering van die riglyne in die uitspraak en op ironiese wyse bly die regsprekende gesag se invloed 'n integrale deel van die wetgewende proses.

Die rasionaliteitstandaard wat in *Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa: In re President of the RSA*⁴⁷ geformuleer is vir die uitoefening van publieke mag, illustreer ook Suid-Afrika se tradisionele benadering tot die skeiding van magte. Al wat vereis word, is dat optrede rationeel moet wees en dat die hof nie sy opinie mag substitueer vir dié van die instelling waarin die mag gesetel is nie.⁴⁸ Die howe is gevolglik versigtig om in te meng in beleids- of politieke aangeleenthede, aangesien dit tradisioneel binne die ander twee sferes van die regering val. In die gevalle waar die hofsake wel oor hierdie kwessies handel, is die hof geneig om die rasionaliteitstoets toe te pas met verwysing na die belang van die skeiding van magte as 'n sentrale grondwetlike beginsel. Uitsprake soos *Affordable Medicines Trust v Minister of Health*,⁴⁹ *Democratic Alliance v President of the Republic of South Africa*⁵⁰ en *National Treasury v Opposition to Urban Tolling Alliance*⁵¹ is slegs enkele voorbeelde wat hierdie benadering illustreer.

Die toepassing van redelijkheidshersiening in die konteks van sosio-ekonomiese regte⁵² toon ook hierdie agting vir die skeiding van magte. Dit is 'n strengere standaard as rasionaliteit en by redelijkheidshersiening moet daar nie ondersoek ingestel word daarna of daar beter maniere was om die reg te verwesenlik nie, maar eerder of die meganisme wat wel gekies is, redelik in staat is om uitvoering aan die sosio-ekonomiese reg te gee.⁵³ Die verwerping van 'n sogenaamde "minimum core obligation" in die konteks van sosio-ekonomiese regte⁵⁴ en die konstitusionele hof se klem op die institusionele gebreke van die regsprekende gesag by die beoordeling van aangeleenthede met 'n sosiale of ekonomiese dimensie⁵⁵ illustreer iets van die beperkte en gefokuste rol wat die Grondwet vir die hof voorsien.⁵⁶ Op hierdie wyse word die skeiding van magte gerespekteer en laat die howe toe dat die wetgewende en uitvoerende gesag 'n hoë vlak van diskresie geniet met betrekking tot die funksies wat tradisioneel binne hul bevoegdheid val.

So het die konstitusionele hof in *Mazibuko v City of Johannesburg*⁵⁷ geweier om 'n minimum hoeveelheid water per persoon per dag vas te stel, aangesien die hof nie oor die bevoegdheid beskik om te bepaal watter stappe die regering moet doen om uitvoering aan die sosio-ekonomiese regte in die Grondwet te gee nie. In teenstelling hiermee het die hoogste hof van Indië in 'n soortgelyke uitspraak beslis dat die regering daagliks minstens 300 kalorieë aan kinders in staatskole moet verskaf.⁵⁸ Dit blyk dus dat die Suid-Afrikaanse regstelsel, anders as sy Indiese eweknie, nie so gewillig is om die tradisionele skeiding van magte te minag nie en daarom 'n model ontwikkel het wat meer konserwatief daar uitsien.⁵⁹ Dit sal later duidelik word hoe hierdie model die toepassing van die basiese-struktuur-leerstuk kan belemmer.

3.2 Die basiese-struktuur-leerstuk in die konstitusionele hof

Die konstitusionele hof se hantering van die basiese-struktuur-leerstuk was tot op hede teenstrydig en gefragmenteerd, en soos reeds genoem, is die leerstuk nóg uitdruklik aanvaar nóg verwerp. Die hof verwys die eerste keer in *Premier, KwaZulu-Natal v President of the RSA*⁶⁰ na die leerstuk toe die geldigheid van sekere wysigings aan die Tussentydse Grondwet aangeveg is. Adjunk-regterpresident Mahomed voer aan dat indien 'n prosedure

vir die wysiging van die Grondwet voorgeskryf is, so 'n prosedure gevolg moet word en dat die nakoming daarvan sal beteken dat die wysiging geldig is.⁶¹ Die hof voeg egter by dat 'n prosedureel korrekte wysiging dalk nie as 'n "wysiging" kan kwalifiseer indien dit op 'n radikale en fundamentele herstrukturering van die basis van die Grondwet neerkom nie, maar sy opmerkings in dié verband is bloot *obiter*.⁶² In *Executive Council, Western Cape Legislature v President of the Republic of South Africa*⁶³ blyk dit dat ook regter Sachs die moontlikheid van die leerstuk in die Suid-Afrikaanse konteks voorsien. Hy argumenteer dat daar sekere basiese beginsels in 'n parlementêre demokrasie bestaan wat nie noodwendig uitdruklik in die Grondwet verskyn nie, maar wat inherent is tot die aard, ontwerp en doel van die Grondwet.⁶⁴ So sal die parlement nie daarop geregtig wees om homself af te skaf, ewigdurende bestaansreg te verklaar of te weier om die basiese wetgewende funksies wat aan hom toegeken is, uit te oefen nie, aangesien dit 'n skending van die basiese struktuur van die Grondwet sou wees.⁶⁵

Beide sake staan egter in kontras met die hof se bevinding in *UDM v President of the RSA*,⁶⁶ wat allerweë as 'n laagtepunt in die Suid-Afrikaanse grondwetlike regspraak beskou word. Hier is grondwetwysigings wat politieke oorloperij in die parlement toegelaat het, aangeveg op grond van die reg om te stem en die beginsel van proporsionele verteenwoordiging. Daar is aangevoer dat hierdie beginsels deel vorm van die basiese struktuur van die Grondwet en dat 'n wysiging ontoelaatbaar is omdat dit die skeppingsbepalings in artikel 1 skend. Die konstitusionele hof bevind egter dat wysigings wat op een lyn met die vereistes in artikel 74 aangebring is, deel word van die Grondwet en daarom nie in stryd kan wees met ander bepalinge van die Grondwet nie.⁶⁷ Daar bestaan dus baie min, indien enige, ruimte vir die aanvegting van 'n prosedureel korrekte wysiging.⁶⁸ Die hof verwerp ook die argument dat die reg om te stem en proporsionele verteenwoordiging essensiële komponente van die Grondwet is en vind dit nie nodig om ondersoek in te stel na wysigings wat die demokrasie sal ondermyn en die Grondwet vernietig nie.⁶⁹ Of so 'n situasie werklik die bedoeling van die opstellers van die Grondwet kon gewees het, is onseker, aangesien dit 'n ernstige bedreiging vir Suid-Afrika se demokratiese bestel sou inhou. Deur die wysiging slegs met verwysing na prosedurele voldoening te evalueer sal in stryd wees met die wye en doelmatige benadering tot die interpretasie van die Grondwet en dit weerloos teen ondemokratiese politieke aanslae laat.⁷⁰ Teen hierdie agtergrond moet daar ondersoek ingestel word na die beperkings teen die toepassing van die basiese-struktuur-leerstuk en of so 'n leerstuk, in die lig van Suid-Afrika se regspraak met betrekking tot die skeiding van magte, enigsins moontlik is.

3.3 Toepassing in Suid-Afrika

As vertrekpunt vir 'n bespreking van die leerstuk in Suid-Afrika is dit nuttig om te bepaal wat akademië voorsien dat die basis en inhoud van die leerstuk sal wees. Samuel Issacharoff⁷¹ voer met verwysing na die *UDM*-uitspraak aan dat die Indiese benadering die konstitusionele hof 'n strukturele meganisme kan bied om die effek van die wysiging aangaande oorloperij te evalueer. So sou die deelname van minderheidspartye, wat in die teks van die Grondwet gewaarborg word en afkomstig is van die oorspronklike 34 grondwetlike beginsels, 'n sterk basis vir die bewering van 'n geregtelike waarborg van die demokratiese proses bied.⁷² Hy verwys voorts na die *Eerste Sertifisering*-uitspraak en argumenteer dat die konstitusionele hof hierdie moontlikheid stilswyend bevestig het deur die belang van grondwetlike oppergesag onderhewig aan geregtelike hersiening sentraal tot die grondwetlike bepalinge te stel.⁷³ Issacharoff se argument is kompleks, maar dit lyk of hy aanvoer dat die 34 grondwetlike beginsels as die basis onderliggend aan die Grondwet moet dien en dat 'n wysiging in stryd hiermee ongeldig sal wees. Die hof in die *Eerste Sertifisering*-uitspraak⁷⁴ maak dit egter duidelik dat sodra die finale teks van die Grondwet gesertifiseer is, die grondwetlike beginsels nooit weer as substantiewe grond kan dien vir 'n ondersoek na die grondwetlikheid van die

teks nie. Gevolglik sal dit baie moeilik wees om die grondwetlike beginsels as die substantiewe basiese struktuur van die Grondwet te beskou. Daar kan egter geargumenteer word dat hierdie beginsels as instrumente van interpretasie kan dien om die basis van die Grondwet te bepaal. Op so 'n wyse verrig die beginsels 'n interpretatiewe eerder as 'n substantiewe funksie.⁷⁵

Issacharoff⁷⁶ voer tweedens aan dat nog 'n potensiële basis vir die toepassing van die leerstuk dalk die hof se status as die bewaarder van die konstitusionele projek is. Dit beteken dat die hof hul mag en bevoegdheid vir die toepassing van die leerstuk ontleen uit die natuurlike rol wat hofe in moderne demokrasieë vertolk, naamlik die beskerming van die Grondwet en die voorkoming van magmisbruik deur ander grondwetlike instellings.⁷⁷ Selfs al is so 'n besluit dan politiek van aard, sal die hof besig wees om demokrasie te beskerm, wat deel vorm van hul mandaat.⁷⁸ Dit is die basis waarop die Indiese hof die leerstuk regverdig en Issacharoff is dit eens dat waar die uitvoerende en wetgewende gesag deur dieselfde dominante party, soos die ANC, beheer word, die hof die leerstuk as 'n teenwrig vir die konsentrasie van mag en potensiële misbruik van demokratiese prosesse moet gebruik.⁷⁹ Die argument is dat diegene wat die Grondwet se basiese struktuur wil verander, dit nie deur wysigings moet vermag nie, maar eerder 'n nuwe grondwet moet skep.⁸⁰

Met betrekking tot die inhoud van die leerstuk stel hy voor dat dit die uitdaging van elke hof gaan wees om 'n konteks-spesifieke weergawe van die leerstuk te ontwikkel wat die demokratiese kultuur van die land weerspieël.⁸¹ Eerder as om uit die staanspoor sekere waardes as fundamenteel te identifiseer, laat die leerstuk hofe toe om met verloop van tyd die basiese struktuur vas te stel.⁸² Dit is die wyse waarop die leerstuk in Indië ontwikkel het, met sekere fundamentele regte wat eers later bygevoeg is as behorende tot die basiese struktuur van die Indiese Grondwet. Hoewel hierdie model waarskynlik die mees buigsame en reaktiewe manier is om op die uitdagings van grondwetwysigings te reageer, is daar wel sekere waardes wat reeds van meet af beskou kan word as sentraal tot so 'n potensiële leerstuk in Suid-Afrika. Choudhry⁸³ wys daarop dat die skeppingsbepalings in artikel 1 van die Grondwet onvermydelik sal deel vorm van so 'n leerstuk, aangesien dit beskou word as die basis waarop die demokratiese grondwetlike bestel berus. Indien Issacharoff se model gevolg word, sal daar met verloop van tyd sekere waardes, beginsels en regte gevoeg word om uiteindelik 'n unieke leerstuk te skep wat die Suid-Afrikaanse konteks weerspieël.

Teen die agtergrond van hierdie bespreking is dit nou nodig om te oorweeg of daar ruimte in Suid-Afrika vir die aanvaarding van die leerstuk is. Een van die algemeenste argumente teen 'n oornamen van die leerstuk is die teks van die Grondwet self, en spesifiek die verskansing van artikel 1. Budlender⁸⁴ en Choudhry⁸⁵ wys daarop dat die feit dat artikel 1 wysigbaar is deur 'n spesiale meerderheid en prosedure, dit moeilik maak om te argumenteer dat ander bepalinge van die Grondwet onwysigbaar is omdat dit die basiese struktuur van die Grondwet skend. Die beginsels in artikel 1 word beskou as 'n surrogaat vir die basiese-struktuur-leerstuk en die idee is dat wysigings wat dit skend, nietig is indien dit nie ingevolge artikel 74(1) aangeneem is nie.⁸⁶ Aangesien Indië nie 'n ekwivalent van artikel 1 in sy Grondwet het nie en wysigings daar baie makliker geskied, is die leerstuk dalk regverdigbaar, omdat die basiese struktuur van sy Grondwet meer weerloos is as die Suid-Afrikaanse ekwivalent.

Dit is ook geldig om te argumenteer dat die opstellers van die Grondwet die geleentheid gehad het om, soos in die geval van die Duitse Grondwet, sekere waardes absoluut te verskans en dit totaal buite die bereik van die wetgewer te plaas. Artikel 74 is juis een van die gronde waarop die hof in die *Eerste Sertifisering*-uitspraak⁸⁷ die aanvanklike teks van die Grondwet verwerp het. Dit het, in stryd met grondwetlike beginsel XV, nie voorsiening gemaak vir spesiale prosedures en meerderhede by die wysiging van die Grondwet nie. Daar was dus meer as genoeg geleentheid vir die hof om sekere grondwetlike waardes ten volle teen wysiging te verskans. Die feit dat die grondwetlike vergadering egter hierteen besluit en die

hof dit uiteindelik in die *Tweede Sertifisering*-uitspraak⁸⁸ aanvaar het, dui op 'n bedoeling dat selfs hierdie fundamentele waardes steeds wysigbaar moet wees. Die inmenging deur die howe in hierdie omstandighede sal dan beskou kan word as 'n skending van die skeiding van magte en 'n negering van die bedoeling van die grondwetlike vergadering.

Die oorname van die leerstuk word ook sterk deur Theunis Roux⁸⁹ gekritiseer. Hy wys daarop dat Issacharoff se regverdiging vir die aanvaarding van die leerstuk in die Suid-Afrikaanse reg nie konteks-sensitief is nie en gevolglik nie ag slaan op die feit dat sekere konstitusionele howe 'n minder aktivistiese rol binne die demokratiese bestel vertolk nie. Hy tipeer die Suid-Afrikaanse konstitusionele hof as 'n "constrained court", waar die verwagting is dat dié hof die demokratiese stelsel moet beskerm en terselfdertyd sy institusionele onafhanklikheid moet behou.⁹⁰ Die hof se vermoë om dit te vermag, hang saam met sy vermoë om voortdurend sy beslissings met die reg te regverdig. Die konstitusionele hof se benadering is gevolglik baie formalisties en 'n teoretisering oor sy mandaat wat nie deur die teks van die Grondwet ondersteun word nie, is volgens Roux onwaarskynlik.⁹¹ Waar Issacharoff aanvoer dat dit in 'n dominante-party-staat soos Suid-Afrika nodig is dat die howe aktief ingryp in die land se politieke situasie en dit dan regverdig as deel van die howe se konstitusionele mandaat, sal so 'n ingryping, in die lig van Suid-Afrika se formalistiese regskultuur, in die teks en struktuur van die Grondwet gefundeer moet wees.⁹² Die implikasie van hierdie beskouing is dat dit waarskynlik nie gepas sal wees om die basiese-struktuur-leerstuk in Suid-Afrika aan te neem nie, omdat dit eenvoudig nie op een lyn sal wees met die grondwetlike teks wat vir wysigings van selfs die skeppingsbepalings voorsiening maak nie.

Hierdie beskouing eggo my argument oor die konstitusionele hof se betreklik konserwatiewe benadering tot die skeiding van magte. Terwyl die Indiese howe nie skroom om 'n akteur te wees in die land se politieke dialoog en sy aanwending van die leerstuk te regverdig aan die hand van 'n baie wye demokratiese mandaat nie, is Suid-Afrika se howe nie so liberaal in die rol wat hulle vir hulself voorsien in vergelyking met die ander staatsinstellings nie. Die howe se pogings is eerder gevestig op neutraliteit en die beperking van 'n verpolitiserings van hul rol. Die hofuitsprake – en *UDM* is 'n goeie voorbeeld in hierdie verband – is gefundeer in die teks van die Grondwet en teen hierdie agtergrond is dit onwaarskynlik dat die hof in hierdie stadium vir homself 'n rol sal toe-eien waar hy die mag van die wetgewer om die Grondwet te wysig, substitueer met sy eie interpretasie van watter wysigings toelaatbaar is. Dit sou beteken dat die hof die teks van die Grondwet in artikel 74 gedeeltelik ignoreer en sy beslissing baseer op buitetekstuele oorwegings, wat 'n aansienlike transformasie van die bestaande regskultuur sal vereis. Toegegee, die basiese struktuur van die Grondwet in Suid-Afrika is nog nooit ná die oorgang na demokrasie in so 'n mate deur 'n wysiging bedreig dat dit die aanneem van die leerstuk regverdig nie. In die aangesig van so 'n bedreiging kan dit wel wees dat die hof sy benadering kan verander en die wysiging as ongeldig verklaar, maar dit sou ook 'n beweging weg van sy tradisionele beskouing van sy rol en die skeiding van magte moet beteken.

In sy bespreking oor die "constrained court" stel Roux 'n alternatiewe benadering vir howe in die posisie van die Suid-Afrikaanse konstitusionele hof voor. Hy voer aan dat hierdie howe progressief hul institusionele rol moet versterk deur voortdurend die grense van hul tradisionele rol te verbreed.⁹³ Die doel is om die bestaande regskultuur te hervorm om die hof se posisie as beskermers van die konstitusionele projek te versterk. So moet elke uitspraak wat die demokratiese stelsel aanspreek, ten doel hê om die grondslag te lê vir meer omvangryke inmenging in die toekoms en die verbreding van die rol van die konstitusionele hof.⁹⁴ Die idee is, soos ek dit verstaan, dat die hof met verloop van tyd 'n nuwe regskultuur sal ontwikkel wat genuanseerd genoeg is om wysigings wat die basiese struktuur van die Grondwet skend, te weerstaan sonder om noodwendig die basiese-struktuur-leerstuk in ons reg te aanvaar. Hoewel die uitsprake steeds betreklik formalisties in die teks gefundeer is, word ook politieke en sosiale oorwegings in ag geneem om die beslissing te regverdig en op kreatiewe wyse

die spanning tussen die reg en politiek te hanteer.⁹⁵ Dié benadering sal onvermydelik ook 'n impak hê op die wyse waarop die howe die skeiding van magte benader en die rol wat die regsprekende gesag vis-à-vis die ander sferes van die staat speel. 'n Uitbreiding van die mandaat van die regsprekende gesag, wat geregverdig word met verwysing na bestaande regsbeginsels, sal beteken dat die konstitusionele hof 'n aansienlik wyer grondslag sal hê waarop sy inmenging by prosedureel korrekte maar ondemokratiese wysigings regverdig kan word.

Roux se argument is oortuigend in dié sin dat hy die kontekstuele verskille tussen nie net howe nie, maar ook state uitwys en aanspreek. Dit versterk my argument dat daar sekere tekstuele, regs-kulturele en kontekstuele onderskeide tussen Indië en Suid-Afrika bestaan wat die blote aanvaarding van die leerstuk in Suid-Afrika problematies maak. Sy benadering het ook die effek dat regspraak wat as 'n gevolg daarvan ontstaan, nie 'n skielike wegbreek van die bestaande regs-kultuur sal beteken nie, maar, indien korrek aangepak, 'n geleidelike en weldeurdagte regs-kultuur sal skep wat uitvoering gee aan die wye en doelmatige interpretasie van die Grondwet. Die probleem is egter dat so 'n benadering tyd neem om te ontwikkel, en daar is ook geen versekering dat die uiteindelige model noodwendig sterk genoeg gaan wees om 'n aanslag teen die basiese struktuur van die Grondwet te weerstaan nie. Daar is dikwels 'n gebrek aan kontinuïteit in die konstitusionele hof se rekord – oorweeg slegs die uitsprake oor die leerstuk as voorbeeld – en daar is geen waarborg dat die ontwikkeling sal verloop soos verwag word nie. Indien dit wel suksesvol is, is dit ook belangrik om te oorweeg of daar dan werklik 'n verskil is tussen Indië se basiese-struktuur-leerstuk en Roux se benadering, wat net 'n kwasileerstuk skep wat toevallig oor 'n tydperk deur die teks van die Grondwet geregverdig word.

Dit is ook 'n benadering wat nie noodwendig voorsiening maak vir onverwagse politieke aanslae op die grondwetlike demokratiese bestel nie. Soos gesien, het die hoogste hof in Indië aanvanklik 'n baie verswakte posisie beklee en dit was in die aangesig van 'n skielike politieke aanval op die onafhanklikheid van die instelling dat die leerstuk oorspronklik ontwikkel is. Ook in Colombia was dit die geval, waar die hof eintlik uit nood die leerstuk aangeneem het in 'n desperate poging om die basiese struktuur van die Grondwet te beskerm. In Suid-Afrika is dit 'n belangrike oorweging, waar die onderskeid tussen politiek en reg toenemend vervaag. Die konstitusionele hof word al hoe meer gekonfronteer met sake wat vereis dat optrede wat tradisioneel in die ander sferes van die regering val, ondersoek of hersien moet word, en politieke oorwegings word verweef met die reg.⁹⁶ Die waarheid is dat die Suid-Afrikaanse politieke landskap teen 'n vinnige pas verander en dat howe, spesifiek die konstitusionele hof, se rol sal moet aanpas by die politieke klimaat waarin hy gesitueer is. 'n Toenemende afname in die kieserstal van die ANC en 'n grootliks gefragmenteerde opposisie maak dit onwaarskynlik dat 'n grondwetswysiging wat die basiese struktuur van die Grondwet skend, deur die parlement aangeneem sal word. Die opspraakwekkende wyse waarop die 2015 presidensiële staatsrede verloop het, laat egter kommer ontstaan oor die gesondheid van Suid-Afrika se grondwetlike demokrasie en moet as waarskuwing dien oor die gevare wat ons dominante-party-stelsel en die gepaardgaande magsmisbruik inhou vir die behoud van die Grondwet. Soos reeds genoem, is dit onwaarskynlik dat die basiese-struktuur-leerstuk die meganisme sal wees waarmee die hof dié uitdagings sal aanpak, maar of die bestaande regs-kultuur en die benadering tot die skeiding van magte voldoende sal wees om so 'n aanslag te weerstaan, is eweneens onseker.

5. Gevolgtrekking

Die basiese-struktuur-leerstuk word in die Indiese regstelsel geprys as 'n oorwinning vir grondwetlike demokrasie en die oppermagtigheid van die Grondwet. Dit is 'n simbool van die mate waartoe die regsprekende gesag sy rol kan herdefinieer om as bewaarder van

die Grondwet die magismisbruik deur die ander sferes van die regering te weerstaan. Dit het egter ook die potensiaal om 'n oppermagtige regbank te skep wat die skeiding van magte, 'n sentrale element van demokrasie, ondermyn. Hoewel dit in Indië moontlik as 'n nodige stap geregtig kan word, is daar kontekstuele verskille wat die toepassing van die leerstuk in Suid-Afrika minder waarskynlik maak. Die teks van die Grondwet en die model van die skeiding van magte wat deur die konstitusionele hof ontwikkel is, laat nie werklik ruimte vir die hof om hul magte so uit te brei dat dit 'n inmenging met 'n prosedureel korrekte wysiging veroorloof nie. Hoewel die konstitusionele hof aanvanklik 'n oornameword van die leerstuk voorsien het, het die UDM-uitspraak hierdie vooruitsig merkbaar belemmer. Ek is gevolglik oortuig daarvan dat Issacharoff se argument vir die oornameword van die leerstuk in hierdie stadium deur die teks van die Grondwet, en die konteks waarin dit funksioneer, gekelder word, en dat sy benadering nie noodwendig genuanseerd genoeg met die Suid-Afrikaanse posisie omgaan nie. Groot skaalse politieke veranderinge plaas egter toenemend druk op die regsprekende gesag om meer aktivisties op te tree in 'n poging om die onderliggende waardes van Suid-Afrika se grondwetlike demokrasie te beskerm. Roux se voorstel vir die geleidelike verbreding van die hof se institusionele rol bied 'n moontlike basis vir die beskerming van die basiese struktuur van die Grondwet, maar die probleme met dié model kan ook nie as gering geag word nie. 'n Wysiging wat op onverwagse wyse die basiese struktuur van die Grondwet in die gedrang bring, kan 'n desperate situasie skep waar die regsprekende gesag, soos in Indië, genoodsaak sal wees om in stryd met sy tradisionele benadering die leerstuk te aanvaar. Die enigste wyse waarop dit dan geregtig kan word, is om op baie kragtige wyse die institusionele rol van die regsprekende gesag te herdefinieer as die uiteindelijke bewaker van Suid-Afrika se grondwetlike demokrasie. Hoewel dit lynreg in stryd met die skeiding van magte sou wees, sou so 'n stap die enigste manier wees om die grondwetlike demokrasie waarvoor Suid-Afrika so lank moes veg, vir toekomstige geslagte te bewaar.

Bibliografie

- Barak, A. 2011. Unconstitutional constitutional amendments. *Israel Law Review*,44(3):321–41.
- Bekink, B. 2004. Balancing constitutional stability and flexibility: An evaluation of the constitutional amendment procedures. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*,2:657–74.
- Bilchitz, D. 2013. Constitutionalism, the global south and economic justice. In Maldonado (red.) 2013.
- Budlender, S. 2009. Substantive constraints on legislative authority. In Woolman e.a. (reds.) 2009.
- Choudhry, S. 2009. “He had a mandate”; The South African constitutional court and the African National Congress in a dominant party democracy. *Constitutional Court Review*,2:1–86.
- Currie, I. en J. de Waal. 2005. *Bill of Rights handbook*. Claremont: Juta.
- Devenish, G.E. 2005. A jurisprudential assessment of the process of constitutional amendment and the basic structure doctrine in South African constitutional law. *Tydskrif vir die Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 68(2):243–52.
- Dixon, R. en D. Landau. 2014. Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment. *Inaugural AALS Academic Symposium*, 1–30. Beskikbaar by: <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws11/w11-dixon&landau.pdf>.

- Issacharoff, S. 2011. Constitutional courts and democratic hedging. *The Georgetown Law Journal*, 99(4):961–1014.
- . 2013. The democratic risk to democratic transitions. *Constitutional Court Review*, 5:1–35.
- Mate, M. 2010. Two paths to judicial power: The basic structure doctrine and public interest litigation in comparative perspective. *San Diego International Law Journal*, 12(1):75–85.
- Mehta, P.B. 2007. The rise of judicial sovereignty. *Journal of Democracy*, 18(2):6585.
- Maldonado, D.B. 2013. *Constitutionalism of the global south: The activist tribunals of India, South Africa, and Columbia*. New York: Cambridge University Press.
- O'Regan, K. 2005. Checks and balances: reflections on the development of the doctrine of separation of powers under the South African Constitution. *Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 8(1):120–50.
- Robinson, N. 2009. Expanding judiciaries: India and the rise of the good governance court. *Washington University Global Studies Law Review*, 8(1):60–84.
- Roux, T. 2014. The South African constitutional court's democratic rights jurisprudence: A response to Samuel Issacharoff. *Constitutional Court Review*, 5:1–36.
- Singh, N. en A. Viljay. 2013. Separation of powers: constitutional plan and practice. *International Journal of Scientific and Research Publications*, 3(11):1–6.
- Woolman, S., T. Roux en M. Bishop (reds.). 2009. *Constitutional law of South Africa*. 2de uitgawe. Claremont: Juta

Eindnotas

- ¹ *Kesavananda Bharti v Union of India* (1973) 4 SCC 225 (India).
- ² Bekink (2004:669).
- ³ Robinson (2009:4).
- ⁴ Robinson (2009:5).
- ⁵ Singh en Viljay (2013:1).
- ⁶ Dixon en Landau (2014:11).
- ⁷ (1967) 2 SCR 762, 819.
- ⁸ Dixon en Landau (2014:30).
- ⁹ *Ibid.*
- ¹⁰ (1973) 4 SCC 225 (India).
- ¹¹ 1461.
- ¹² 1499.
- ¹³ 1534.
- ¹⁴ 1535.
- ¹⁵ Choudhry (2009:46).

- ¹⁶ AIR 1975 SC 2299.
- ¹⁷ AIR 1980 SC 1789.
- ¹⁸ AIR 2007 SC 861.
- ¹⁹ 706.
- ²⁰ Transferred Case (C) no. 150 of 2006, decided on 25.09.2014.
- ²¹ Budlender (2009:17.3.).
- ²² Mate (2010:185).
- ²³ Mehta (2007:63).
- ²⁴ Mehta (2007:70).
- ²⁵ Mehta (2007:63).
- ²⁶ (2013:6).
- ²⁷ Barak (2011:336).
- ²⁸ *Ibid.*
- ²⁹ *Ibid.*
- ³⁰ (2005:243).
- ³¹ Bekink (2004:673).
- ³² Corte Constitucional [CC], Febrero 26, 2010, Sentencia C-141/10 (Colombia).
- ³³ Bekink (2004:673).
- ³⁴ Devenish (2005:247).
- ³⁵ *Ibid.*
- ³⁶ Dixon en Landau (2014:15).
- ³⁷ Issacharoff(2011:99).
- ³⁸ Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.
- ³⁹ Art. 74(3) van die Grondwet.
- ⁴⁰ 1996 4 SA 744 (KH) parr. 108–9 (*Eerste Sertifisering-uitspraak*).
- ⁴¹ 1998 7 BCLR 779 (KH) par. 60.
- ⁴² Par. 60.
- ⁴³ O'Regan (2005:146).
- ⁴⁴ 2006 6 SA 416 (KH).
- ⁴⁵ Par. 38.
- ⁴⁶ (1997) 3 Supp. SCR 404.
- ⁴⁷ 2000 2 SA 674 (KH).

⁴⁸ Par. 69.

⁴⁹ 2006 3 SA 247 (KH).

⁵⁰ 2013 1 SA 248 (KH).

⁵¹ 2012 6 SA 223 (KH) parr. 47, 65, 87.

⁵² *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* 2001 1 SA 46 (KH) par. 41.

⁵³ Par. 41.

⁵⁴ Par. 33; *Minister of Health v Treatment Action Campaign (No 2)* 2002 5 SA 721 (KH) par. 37.

⁵⁵ Par. 38.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ 2010 4 SA 1 (KH) par. 66.

⁵⁸ *People's Union for Civil Liberties v Union of India* 196/2001.

⁵⁹ Bilchitz (2013:91).

⁶⁰ 1996 1 SA 769 (KH).

⁶¹ Par. 47.

⁶² *Ibid.*

⁶³ 1995 4 SA 877 (KH).

⁶⁴ Par. 204.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ 2003 1 SA 495 (KH).

⁶⁷ Par. 12.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Par. 17.

⁷⁰ Bekink (2004:668).

⁷¹ (2011:1000).

⁷² Issacharoff (2011:1001).

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Par. 18.

⁷⁵ Currie en De Waal (2005:7).

⁷⁶ Issacharoff (2011:1002).

⁷⁷ Barak (2011:336).

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Issacharoff (2013:30).

⁸⁰ Barak (2011:336).

⁸¹ Issacharoff (2011:1002).

⁸² *Ibid.*

⁸³ (2009:47).

⁸⁴ Budlender (2008:17.3).

⁸⁵ (2009:47).

⁸⁶ Choudhry (2009:47).

⁸⁷ *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996* 1996 4 SA 744 (KH).

⁸⁸ *Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1997 2 SA 97 (KH).

⁸⁹ (2014:27).

⁹⁰ Roux (2014:23).

⁹¹ Roux (2014:27).

⁹² Roux (2014:32).

⁹³ Roux (2014:23).

⁹⁴ Roux (2014:24).

⁹⁵ Roux (2014:25).

⁹⁶ Sien in hierdie verband uitsprake soos *Democratic Alliance v President of the Republic of South Africa* 2013 1 SA 248 (KH); *Glenister v The President of the Republic of South Africa* 2011 7 BCLR 651 (KH); *Ramakatsa v Magashule* 2013 2 BCLR 202 (KH).