



Universiteit
Leiden

The Netherlands

The interpretation, application and incorporation of international law into South Africa's domestic law by South African courts, within the framework of the South African Constitution

Coutsoudis, A.

Citation

Coutsoudis, A. (2026, September 9). *The interpretation, application and incorporation of international law into South Africa's domestic law by South African courts, within the framework of the South African Constitution*. Meijers-reeks. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4309497>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4309497>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Samenvatting

De interpretatie, toepassing en incorporatie van internationaal recht in het Zuid-Afrikaanse nationale recht door Zuid-Afrikaanse rechtbanken, binnen het kader van de Zuid-Afrikaanse Grondwet

De Zuid-Afrikaanse (post-apartheid) Grondwet omarmt het internationaal recht op veelzijdige en unieke (en onderbenutte) manieren. Zoals echter uit de studie blijkt, is de benadering van Zuid-Afrikaanse rechtbanken ten aanzien van het internationaal recht, ondanks de transformerende omarming van het internationaal recht door de Grondwet, niet altijd consistent of rigoureuus geweest, noch heeft deze altijd volledig uitvoering gegeven aan de omarming van het internationaal recht door de Grondwet. De studie beoordeelt de omvang van het probleem door de benadering van het internationaal recht binnen het nationale constitutionele kader van Zuid-Afrika te beschrijven, te theoretiseren en te systematiseren. Daarbij analyseert en bekritiseert het de benadering van de rechtbanken en doet het voorstellen om de weg vooruit uit te stippelen op een manier die consistent en trouw is aan het internationaal recht en de Grondwet (inclusief de grondwaarde van de rechtsstaat). Dit gebeurt om te waarborgen dat de Zuid-Afrikaanse rechterlijke macht de internationaalrecht-vriendelijke belofte van de Grondwet beter kan verwezenlijken. De belangrijkste onderzoeksvraag in deze studie luidt dan ook als volgt:

Hebben de Zuid-Afrikaanse rechtbanken de grondwettelijke omarming van het internationaal recht gerealiseerd?

In de studie wordt deze vraag behandeld in drie inhoudelijke hoofdstukken (die als artikelen zijn gepubliceerd) door de volgende deelvragen te beantwoorden:

- a) *Hoe hebben Zuid-Afrikaanse rechtbanken het gewoonterecht vastgesteld en toegepast?*
- b) *Hoe zijn Zuid-Afrikaanse rechtbanken omgegaan met de toepassing van niet-geïncorporeerde verdragen?*
- c) *Hoe hebben Zuid-Afrikaanse rechtbanken verdragen geïnterpreteerd die worden toegepast?*

Deze deelvragen gaan over de vaststelling en toepassing van het internationaal gewoonterecht en het verdragsrecht. Het serieus nemen van de integrale omarming van de Grondwet kent namelijk twee centrale kenmerken:

(a) het toepassen van het internationaal recht wanneer het van toepassing is en (b) het op de juiste wijze vaststellen van dat recht bij de toepassing ervan.

De deelvragen richten zich specifiek op de interactie met internationaal gewoonterecht en verdragsrecht als de twee primaire bronnen van internationaal recht. Bij de beantwoording van deze vragen wordt in de hoofdstukken ook gekeken of en hoe subsidiaire bronnen (zoals rechterlijke uitspraken en wetenschappelijke publicaties) worden gebruikt om internationaal gewoonterecht en verdragsrecht te bepalen.

In hoofdstuk 2 geef ik een gedetailleerde beschrijving en analyse van de omgang van Zuid-Afrikaanse rechtbanken met het internationaal gewoonterecht (dat, volgens de Grondwet, 'recht is' in Zuid-Afrika), met name in de periode 2011-2021. Deze analyse laat zien dat belangrijke kwesties van internationaal gewoonterecht zich, en ongetwijfeld ook in de toekomst, voor Zuid-Afrikaanse rechtbanken zullen voordoen ter beoordeling en toepassing. Door middel van een systematische analyse van zaken die betrekking hebben op internationaal gewoonterecht in deze periode, identificeer ik de belangrijkste zaken waarin internationaal gewoonterecht werd toegepast en een significante impact had op de beslissing. Vervolgens identificeer en bespreek ik de belangrijkste kenmerken die uit de analyse van die hoofdzaken naar voren komen. Deze kenmerken tonen aan dat de omgang van Zuid-Afrikaanse rechtbanken met internationaal gewoonterecht baat zou hebben bij een meer reflectieve, rigoureuze en weloverwogen aanpak. Voortbouwend op de analyse en beschrijving van de identificatie en toepassing van gewoonterecht door Zuid-Afrikaanse rechtbanken, doe ik suggesties voor de manier waarop de weg vooruit moet worden bewandeld om te zorgen voor een aanpak die trouw is aan de eigen secundaire regels van het internationaal recht voor de identificatie van gewoonterecht en tegelijkertijd rekening houdt met het procesrecht en de praktische realiteit van Zuid-Afrika.

In hoofdstuk 3 beschrijf ik de veranderende aard van de toepassing van niet-geïncorporeerde verdragen door Zuid-Afrikaanse rechtbanken binnen het kader van de Grondwet. Ik geef een kritisch en beschrijvend verslag van hoe Zuid-Afrikaanse rechtbanken de toepassing van niet-geïncorporeerde verdragen hebben benaderd. Ik begin met een schets van de verschillende manieren waarop verdragen van toepassing zijn in het Zuid-Afrikaanse recht, waarna ik een kritische evaluatie geef van de benadering van de rechtbanken ten aanzien van de toepassing van niet-geïncorporeerde verdragen. De analyse laat zien hoe de toepassing door het Constitutionele Hof van de bepalingen van internationaal recht van de Grondwet in specifieke gevallen heeft geleid tot een evolutie in de manier waarop de rechtbanken niet-geïncorporeerde verdragen in de loop der tijd toepassen. De analyse laat zien hoe de jurisprudentie van het Constitutionele Hof zich in opeenvolgende zaken, zij het niet altijd consistent, heeft ontwikkeld tot de erkenning dat niet-geïncorporeerde verdragen in veel gevallen nationaal afdwingbare verplichtingen voor de overheid creëren, gezien de

integratieve internationaalrechtelijke bepalingen van de Grondwet. Na de veranderende benadering van de rechtbanken ten aanzien van de toepassing van niet-geïncorporeerde verdragen te hebben overwogen en kritiek te hebben geleverd op bepaalde regressieve beslissingen, betoog ik dat de rechtbanken een benadering van de toepassing van niet-geïncorporeerde verdragen moeten hanteren die gebaseerd is op beginselen die verankerd zijn in de Grondwet. Ik betoog dat deze benadering holistisch moet zijn (met inachtneming van de gehele Grondwet), harmoniserend (waarbij, waar mogelijk, nationaal recht en internationaal recht niet met elkaar in conflict komen), zeker en rigoureuus. Uitgaande van deze beginselen doe ik voorstellen om de toekomstige koers uit te zetten en ervoor te zorgen dat de open en integratieve benadering van het internationaal recht in de Zuid-Afrikaanse Grondwet in de praktijk op de juiste wijze wordt omarmd en ten volle effect sorteert.

Zoals duidelijk gemaakt in hoofdstuk 3, is de toepassing van verdragen een steeds meer ingebed onderdeel geworden van de jurisprudentie van de Zuid-Afrikaanse rechtbanken; toch werd erkend dat de toepassing van verdragen in bepaalde van de behandelde zaken gepaard ging met een bijzonder oppervlakkige benadering van de interpretatie ervan. In het licht daarvan voer ik in hoofdstuk 4 een systematische beschrijvende beoordeling uit van de benadering van de Zuid-Afrikaanse rechtbanken ten aanzien van de interpretatie van verdragen die van toepassing waren in zaken in de periode 2018-2023. Ik begin met te onderzoeken hoe verdragen geïnterpreteerd zouden moeten worden, met bijzondere aandacht voor de regels van het gewoonterecht voor de interpretatie van verdragen. Vanuit die optiek schets ik vervolgens de relevante kenmerken van de benadering van de rechtbanken ten aanzien van de interpretatie van verdragen door alle zaken te analyseren die tussen 2018 en 2023 zijn beslist waarin verdragen op enigerlei wijze zijn overwogen en toegepast. Dit laat zien dat de benadering van de rechtbanken ten aanzien van de interpretatie van verdragen over het algemeen methodologisch niet rigoureuus is geweest vanuit een internationaalrechtelijk perspectief. Rechtbanken, met enkele opmerkelijke uitzonderingen, met name in de meest recente zaken, neigen ertoe een oppervlakkige benadering te hanteren die de interpretatieregels van het gewoonterecht (met name zoals vastgelegd in het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht) en de materialen die zij van toepassing verklaren negeert, ondanks de grondwettelijke verplichting om deze regels te gebruiken. Gezien deze trends doe ik aanbevelingen om ervoor te zorgen dat, nu Zuid-Afrika aan zijn vierde decennium van constitutioneel veranderde integratie van het internationaal recht begint, de verwaarlozing van de interpretatie van het verdragenrecht niet voortduurt.

Hoofdstuk 5 vormt de conclusie van deze studie. Ik bied een synthese van de overkoepelende kwesties en voorstellen uit de eerdere hoofdstukken. Ik vestig de aandacht op een reeks in de studie behandelde casussen, die duidelijk maken dat, ondanks de vastgestelde tekortkomingen in de benadering van het internationaal recht door de Zuid-Afrikaanse

rechtbanken, de rechtbanken, op hun best, een omarming van het internationaal recht zijn gaan faciliteren die ervoor heeft gezorgd dat de regering zich houdt aan de internationaalrechtelijke verplichtingen van Zuid-Afrika, waarmee uitvoering wordt gegeven aan de transformatieve belofte en de internationaalrechtelijke-integratie en rechtsstatelijkheidsverbintenissen van de Grondwet. Ik benadruk dat, hoewel de Zuid-Afrikaanse rechtbanken veel hebben gedaan om de omarming van het internationaal recht door de Grondwet te realiseren, de studie opmerkt dat, hoewel er vaak wordt verwezen naar internationaal recht (met name verdragen en soms internationaal gewoonterecht), dit over het algemeen gepaard gaat met een ongenueanceerde benadering van de vaststelling van dat recht (hetzij de interpretatie van verdragen of de identificatie van internationaal gewoonterecht). Ik betoog, in lijn met eerdere hoofdstukken, dat de Grondwet een betere aanpak van de Zuid-Afrikaanse rechtbanken vereist. Zij kunnen en moeten ervaren juristen zijn in de omgang met internationaal recht, die zorgvuldig, consistent en met de juiste aandacht voor de toepasselijke materialen het internationaal recht bepalen en toepassen dat relevant is voor de zaken die voor hen liggen. Ik vestig de aandacht op de suggesties die in elk hoofdstuk over de inhoud worden gedaan om ervoor te zorgen dat dit gebeurt op een manier die rechtbanken in staat stelt om zorgvuldiger en rigoureuzer te werk te gaan bij het bepalen en toepassen van internationaal recht. Dit is niet bedoeld om een onmogelijke standaard van perfectie of analytische zuiverheid te suggereren. Het is veeleer bedoeld om een benadering van internationaal recht aan te bevelen die constitutioneel vereist is en juridisch en praktisch haalbaar is. Dat kan de Zuid-Afrikaanse jurisprudentie, de partijen die voor de rechtbanken verschijnen en de goede trouw van Zuid-Afrika bij de naleving van zijn verplichtingen uit het internationaal recht alleen maar ten goede komen.

De studie benadrukt dat de verwaarlozing van de bepaling van internationaal gewoonterecht en verdragsrecht, die in de studie aan het licht komt, op dit moment bijzonder opmerkelijk is. We bevinden ons drie decennia in het post-apartheidstijdperk van Zuid-Afrika. Een nieuwe generatie Zuid-Afrikaanse advocaten en rechters heeft een groot deel van hun professionele leven doorgebracht met het praktiseren onder de nieuwe (internationaalrecht-integrerende en rechtsstatelijke) Grondwet. De rechtbanken hebben de tijd gehad om een methodologie voor de bepaling van internationaal recht uit te leggen, vast te stellen en, in ieder geval in de praktijk, te gebruiken. Toch werd, toen deze studie onderzocht hoe Zuid-Afrikaanse rechtbanken internationaal recht bepalen, nog steeds over het algemeen een wijdverbreide en wezenlijke ambivalentie waargenomen ten aanzien van een duidelijke, zekere of juiste methodologie voor de bepaling van internationaal recht. Dit is evident met betrekking tot zowel het internationaal gewoonterecht (waar de primaire vaststellingsvraag is hoe internationaal gewoonterecht moet worden geïdentificeerd, zoals besproken in hoofdstuk 2) als het verdragsrecht (waar de primaire vaststellingsvraag is hoe de geschreven verdragstekst moet worden geïnterpreteerd, zoals besproken in hoofdstuk 4).

Nu Zuid-Afrika zijn vierde decennium van constitutionele democratie ingaat, heeft deze studie getracht een duidelijk beeld te schetsen van hoe ver de rechtbanken zijn gekomen met het waarborgen dat de Grondwet het internationaal recht omarmt (d.w.z. de internationaalrechtelijke-integratieve verplichting van de Grondwet serieus neemt) en het volledige transformatieve en rechtsstatelijke potentieel ervan ten uitvoer brengt. Veel hiervan, op enkele opmerkelijke uitzonderingen na, zijn de rechtbanken al begonnen te doen. Ondanks de vastgestelde tekortkomingen in de benadering van het internationaal recht door de Zuid-Afrikaanse rechtbanken, zijn de rechtbanken, op hun best, begonnen een omarming van het internationaal recht te faciliteren die ervoor heeft gezorgd dat de regering beter wordt gehouden aan de internationaalrechtelijke verplichtingen van Zuid-Afrika, en dat de transformatieve belofte en integratieve en rechtsstatelijke verplichtingen van de Grondwet worden nageleefd (waardoor het internationaal recht de cruciale rol kan spelen die de Grondwet beoogt). Dit heeft ertoe geleid dat Zuid-Afrika zich in de praktijk, en niet alleen wat betreft de Grondwet, bijzonder gunstig ontwikkelt ten opzichte van het internationaal recht. En deze vriendelijkheid in de praktijk, zoals de besproken gevallen aantonen, heeft aanzienlijke gevolgen voor de verantwoordingsplicht van de uitvoerende macht en voor de bescherming van democratisch bestuur, mensenrechten en de rechtsstaat. Maar om te voorkomen dat Zuid-Afrika slechts een vriend van het internationaal recht wordt, en zijn vermeende openheid slechts een *fata morgana* of een gemaksvriendschap wordt (waarbij het internationaal recht alleen wordt gebruikt wanneer dat opportuun is, of ter ondersteuning van een reeds bepaald standpunt), doet deze studie, nu het zijn vierde decennium ingaat, een oproep tot methodologische nauwkeurigheid en consistentie in de toepassing en vaststelling van het internationaal recht door Zuid-Afrikaanse rechtbanken, met de jurisprudentiële verfijning, focus en het respect die het verdient en de Grondwet vereist. Dit kan alleen maar in het voordeel zijn van Zuid-Afrika (het waarborgen van respect voor de rechtsstaat, verantwoordingsplicht, nakoming van verplichtingen op het gebied van het internationaal recht, en het toestaan dat het internationaal recht de transformerende rol speelt die de Grondwet beoogt), evenals de internationale gemeenschap en het internationaal recht in het algemeen.