

Die Gleichheitsrechtsprechung des südafrikanischen Verfassungsgerichts

Felix Oelkers*

Der *Constitutional Court of South Africa* (CC) hat zwei grundlegende Entscheidungen zur Auslegung der Gleichheitsnorm der Übergangsverfassung (ÜV)¹ getroffen. Die Urteile, *Hugo* und *Prinsloo*,² sind für den deutschen Rechtsvergleicher in dreierlei Hinsicht von Interesse.

* LL.M. University of Cape Town, Assessor in Berlin. Der Artikel entstand nach meiner Arbeit als *clerk* an den *Chambers* des Richters A.L. Sachs am südafrikanischen Verfassungsgericht. Verfassungsrichter Sachs, den anderen Richtern des Verfassungsgerichts, den *clerks* und weiteren Mitarbeitern bin ich für die äußerst herzliche und kollegiale Aufnahme am Gericht zu großem Dank verpflichtet. Für wertvolle Kritik und Anregungen danke ich ebenfalls Christoph Möllers, Kilian Bälz und Dagmar Rudolph.

Abkürzungen: AJ = Acting Judge; CILSA = Constitutional and International Law in Southern Africa; BCLR = Butterworths Constitutional Law Reports; J = Judge; P = Judge President; para = Paragraph; SA = South African Law Reports; SAJHR = South African Journal of Human Rights; Stell LR = Stellenbosch Law Journal; THRHR = Tydskrif vir die Hendaagse Romeins-Hollandse Reg; TSAR = Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg.

¹ Die sogenannte Übergangsverfassung (Constitution of the Republic of South Africa Act, No. 200 of 1993) ist das Ergebnis multilateraler Verhandlungen verschiedener politischer Parteien im Jahre 1993. Sie trat am Tage der ersten freien, allgemeinen und gleichen Wahlen in der Geschichte des Landes, dem 27.4.1994, in Kraft und sollte gemäß section 73(1) ÜV binnen zwei Jahren durch eine *final Constitution* unter Beachtung der in Liste 4 der Übergangsverfassung aufgezählten Verfassungsprinzipien ersetzt werden (section 71[1][a] ÜV). Die Erarbeitung des neuen Verfassungstextes oblag der *Constitutional Assembly*, die sich aus den Mitgliedern beider Parlamentshäuser zusammensetzte (section 68[1] ÜV). Nachdem die *Assembly* den Verfassungstext mit einer Zweidrittelmehrheit am 8.5.1996 verabschiedet hatte, überprüfte der CC, ob die Verfassungsprinzipien der Liste 4 in hinreichendem Maße beachtet wurden. Der CC lehnte den ersten Entwurf der *Assembly* aufgrund der unzulänglichen Umsetzung mehrerer Prinzipien ab; *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 (4) SA 744; 1996 (10) BCLR 1253 (CC). In seiner zweiten Entscheidung erkannte der CC den von der *Assembly* überarbeiteten Text als "verfassungsmäßig" an; *Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 (12) BCLR 1599 (CC). Siehe auch Karpen, Südafrika auf dem Weg zu einer demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung, JÖR NF 44 (1996), 609, 620ff., sowie Pippan, Südafrikas Verfassungswandel im Zeichen von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, ZaöRV 55 (1995), 993ff. Zur neuen Verfassung siehe Venter, Aspects of the South African Constitution of 1996: An African Democratic and Social Federal Rechtsstaat?, ZaöRV 57/1 (1997), 51 ff.

² *The President of the Republic of South Africa and Another v Hugo*, 1997 (6) BCLR 708 (CC); *Prinsloo v Van der Linde and Another*, 1997 (6) BCLR 759 (CC). Bestätigt durch

Zum einen wurde auf höchstrichterlicher Ebene erstmals in der (Verfassungs-)Geschichte Südafrikas eine Gleichheitsrechtsprechung eingeleitet, die gewisse Parallelen zu der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufweist. Da die nunmehr gültige, neue Verfassung (Verf.)³ jedenfalls hinsichtlich der Gleichheitsnorm mit der Übergangsverfassung fast völlig übereinstimmt, kommt den Entscheidungen nicht nur Übergangscharakter zu. Zum anderen ist die Entscheidung des Gerichts in *Hugo*, daß Hoheitsakte des Staatspräsidenten grundsätzlich justitiabel sind, für das südafrikanische Recht von immenser Bedeutung. Darüber hinaus setzt sich das *Hugo*-Urteil mit dem Gnadenrecht und dem Maßstab der richterlichen Überprüfbarkeit von Gnadenakten auseinander, wobei der CC unter anderem das deutsche Recht vergleichend heranzieht.⁴

1. In Anbetracht der Geschichte Südafrikas mag es erstaunen, daß der CC erst zwei Jahre nach seinem Entstehen⁵ die Gelegenheit bekam, die Gleichheitsnorm der Übergangsverfassung, section 8, auszulegen. Südafrika war das Land der *apartheid*, der gesetzlichen Ungleichbehandlung und Diskriminierung einer überwältigenden Mehrheit der Bevölkerung⁶ aufgrund "rassischer" Merkmale.⁷ Es verwundert daher nicht, daß als Reaktion hierauf sowohl die Präambel der Verfassungen (ÜV und Verf.) als auch die erste Norm des Grundrechtskatalogs die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz festschreibt und somit eine völlig neue Werteord-

Harksen v Lane NO and Others, Case CCT 9/97 (7.10.1997). Entscheidungen des CC sind am Tage nach ihrer Verkündung im Internet unter folgender Adresse verfügbar: <http://pc72.law.wits.ac.za> oder <http://sunsite.wits.ac.za/law>.

³ Constitution of the Republic of South Africa Act, No. 108 of 1996. Die Verfassung trat am 4.2.1997 in Kraft.

⁴ Section 35(1) ÜV bzw. 39(1)(c) Verf. erlauben es dem CC, ausländisches Recht zur Auslegung der Grundrechte vergleichend heranzuziehen. Hiervon macht der CC regelmäßig und ausgiebig Gebrauch. Für deutsches (Verfassungs-)Recht besteht unter den Richtern und *clerks* des Gerichts großes Interesse und in einigen Entscheidungen wurde auch bereits deutsches Recht herangezogen. Siehe etwa *Du Plessis and Others v De Klerk and Another*, 1996 (3) SA 850; 1996 (5) BCLR 658 (CC), para 40–41 per Kentridge AJ, der u. a. die *Lüth*-, *Blinkfüer*- und *Mephisto*-Urteile des Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 7, 198; 25, 256; 30, 173) zitiert und para 92–108 per Ackermann J, der sich eingehend mit dem Konzept der mittelbaren Drittwirkung auseinandersetzt.

⁵ Präsident Mandela weihte den CC am 14.2.1995 ein.

⁶ Etwa 80 % der Bevölkerung ist nicht "weiß".

⁷ Das politische und juristische System war eindeutig rassistisch; die Klassifizierung der Bevölkerung in "Weiße", "Farbige", "Inder" und "Schwarze" war – selbst innerhalb der Logik der *apartheid* – äußerst willkürlich. Siehe hierzu bereits J.C. Smuts im Jahre 1926 in Cameron, Jan Smuts, Cape Town, 1994, 112.

nung im südafrikanischen politischen und rechtlichen System schafft.⁸ Goldstone J beschreibt in *Hugo* Südafrikas Geschichte als "... our deeply inegalitarian past ..."⁹ und in *Prinsloo* stellen Ackermann, O'Regan, Sachs JJ fest: "While our country, unfortunately, has great experience in constitutionalising inequality, it is a newcomer when it comes to ensuring constitutional respect for equality."¹⁰

Section 8 ÜV lautet:

"(1) Every person shall have the right to equality before the law and to equal protection of the law. (2) No person shall be unfairly discriminated against, directly or indirectly, and, without derogating from the generality of this provision, on one or more of the following grounds in particular: race, gender, sex, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture or language. (3)(a) This section shall not preclude measures designed to achieve the adequate protection and advancement of persons or groups or categories of persons disadvantaged by unfair discrimination, in order to enable their full and equal enjoyment of all rights and freedoms. (3)(b) [behandelt die Rückübereignung von Land](4) *Prima facie* proof of discrimination on any of the grounds specified in subsection (2) shall be presumed to be sufficient proof of unfair discrimination as contemplated in that subsection, until the contrary is established." (Hervorh. im Text)

Dogmatisch kann man section 8 folgendermaßen unterteilen: Absatz 1 schreibt die Gleichheit vor dem Gesetz fest und ist somit allgemeine Gleichheitsnorm. Absatz 2 verbietet eine "unfair discrimination" aufgrund aufgezählter Kriterien, u. a. Rasse, Geschlecht, Alter, Behinderung. Besteht eine Ungleichbehandlung oder Diskriminierung iSd Absatz 2, so vermutet Absatz 4, daß diese Ungleichbehandlung "unfair" ist, es sei denn, die Vermutung kann widerlegt oder entkräftet werden.¹¹ In

⁸ Im politischen System deshalb, da – wie auch die *Hugo*-Entscheidung verdeutlicht – alle Staatsgewalt nunmehr an die Verfassung und die Grundrechte gebunden ist (sections 4 ÜV bzw. 8 Verf.), wobei zuvor das englische Prinzip der Souveränität des Parlaments galt. Bezüglich der Umwälzung des Rechtssystems und dessen Dogmatik siehe *S v Makwanyane and Another*, 1995 (3) SA 391; 1995 (6) BCLR 665 (CC) para 218, 262, 322; *Executive Council, Western Cape Legislature and Others v President of the Republic of South Africa and Others*, 1995 (4) SA 877; 1995 (10) BCLR 1289 (CC) para 61–62; *Shabalala and Others v Attorney-General, (Transvaal) and Another*, 1996 (1) SA 725; 1995 (12) BCLR 1593 (CC) para 26.

⁹ (Anm. 2), para 41.

¹⁰ (Anm. 2), para 20.

¹¹ Welcher Maßstab an diese Beweislastregelung angelegt wird, ist auch nach der *Hugo*-Entscheidung unklar. Fraglich bleibt insbesondere, ob das Gericht ohne jeden Zweifel davon überzeugt sein muß, daß keine "unfaire" Diskriminierung besteht oder ob ein Wahrscheinlichkeitsbeweis ausreicht. Da der Vorwurf einer "unfairen" Diskriminierung sehr

Absatz (3)(a) wird dem Staat und wohl auch Privaten¹² erlaubt, in der Vergangenheit "unfair" diskriminierte Personen(gruppen) durch eine Besserstellung oder "positive Diskriminierung"¹³ zu fördern. Wenngleich bislang unklar ist, welche Kriterien und Abwägungsmechanismen der CC zukünftig dem Ausgleich des Konflikts zwischen "positiver Diskriminierung" einerseits und dem allgemeinen Gleichheitssatz der section 8(1) ÜV bzw. 9(1) Verf. zugrunde gelegt wird,¹⁴ stellt jedoch Absatz (3)(a) zumindest klar, daß eine Bevorzugung in der Vergangenheit diskriminierter Per-

stark wiegt, kann man davon ausgehen, daß an die Entlastung ein hoher Maßstab anzulegen ist. Zumindest wird der Beklagte verpflichtet, Gründe für die Ungleichbehandlung anzuführen, an denen gemessen werden kann, ob diese ungerechtfertigt ist. Das Gericht ist jedoch nicht ausschließlich an diese Gründe gebunden; siehe hierzu *Hugo* (Anm.2), para 43–47 per Goldstone J.

¹² Die unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten zwischen Privatrechtssubjekten war und ist in Südafrika politisch und dogmatisch stark umstritten. Siehe hinsichtlich des Gleichheitssatzes J. Kentridge, in: Chaskalson [u.a.] (Hrsg.), *Constitutional Law of South Africa* (Loseblatt), Cape Town, Juni 1996, para 14/32. Der CC sprach sich unter Bezugnahme auf deutsches Verfassungsrecht in *Du Plessis and Others v De Klerk and Another*, 1996 (3) SA 850; 1996 (5) BCLR 658 (CC) para 64 per Kentridge AJ; para 84–86 per Mahomed DP; para 112 per Ackermann J; para 171 per Mokoro J; para 187 et seq. per Sachs J mehrheitlich für eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte aus. Siehe hierzu die polemische Kritik von Woolman/Davis, *The Last Laugh: Du Plessis v De Klerk*, *Classical Liberalism, Creole Liberalism and the Application of Fundamental Rights under the Interim and Final Constitution*, 1996 (12) SAJHR 361. Sections 8(2) und 9(4) Verf. machen deutlich, daß die *Constitutional Assembly* zumindest die mittelbare Drittwirkung ausweiten, wenn nicht gar eine unmittelbare Drittwirkung in der neuen Verfassung verankern wollte. Section 8(2) Verf. lautet: "A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of any duty imposed by the right." Section 9(4) lautet: "No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3) ...". Siehe zur Grundrechtsbindung der vollständig im Privatbesitz stehenden Südafrikanischen Zentralbank: Oelkers, *The South African Reserve Bank under the Interim Constitution*, 1996 (4) TSAR, 701, 702.

¹³ Im englischen und amerikanischen Recht wird der Begriff *affirmative action* benutzt, wobei es Stimmen gibt, die einen spezifisch südafrikanischen Ausdruck bevorzugen. Hierfür bietet sich *regstellende aksie* (Afrikaans) an, was mit *corrective action* übersetzt werden kann.

¹⁴ Das erste Urteil, welches sich mit einer *corrective action*-Klage befaßt, gab den "weißen" Klägern Recht in ihrer Beschwerde, sie seien verfassungswidrigerweise bei der Besetzung höherer Dienstposten in der Verwaltung zugunsten weniger qualifizierter "nicht-weißer" Kollegen übergangen worden, *The Public Servant's Association of South Africa and Another v The Minister of Justice and Others*, 1997 (5) BCLR 577 (T). Swart J hält die Konkurrentenklage deshalb für gerechtfertigt, da die Kläger einzig aufgrund ihrer Hautfarbe bzw. ihres Geschlechts abgelehnt wurden. Sollte dies zutreffen, so ist anzunehmen, daß der CC, der wahrscheinlich letztinstanzlich über den Fall zu entscheiden hat, in dem Ernennungsverfahren ebenfalls eine "unfaire" Diskriminierung sehen wird.

sonen nicht *per se* in Gleichheitsrechte Dritter eingreift oder diese gar verletzt.¹⁵

2. Bereits in früheren Entscheidungen hatte sich der CC mit section 8(1) und (2) ÜV befaßt. Von einer Gleichheitsrechtsprechung konnte jedoch deshalb keine Rede sein,¹⁶ weil die zu entscheidenden Fälle keine Gelegenheit zu einer eingehenden Auseinandersetzung mit der Gleichheitsnorm zuließen. In *S v Ntuli*¹⁷ erklärte der CC section 305 des Criminal Procedure Act (No. 51 of 1977) für verfassungswidrig, da die Berufung verurteilter Gefangener im Gegensatz zu Verurteilten, die sich auf freiem Fuß befanden, einer Vorprüfung durch einen Richter des *Supreme Court* bedurfte. Hierin lag vornehmlich eine Verletzung der section 25(3)(h) ÜV,¹⁸ da die Vorprüfung, anders als alle übrigen Berufungen, keinen Form- oder Verfahrensvorschriften unterlag und keine Vertretung durch einen Rechtsbeistand vorgesehen war. Somit hingen die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels, wie *Didcott J* eindringlich ausführte,¹⁹ von der Qualität der Berufungsschrift des Gefangenen und dem Interesse des angerufenen Richters an dem Fall ab. Da die Rechte des Beschwerdeführers bereits in einer spezielleren Norm, section 25(3)(h) ÜV, geschützt waren, erklärte *Didcott J* die Vorschrift nur sehr knapp auch aufgrund des Gleichheitssatzes für verfassungswidrig.²⁰ *Brink v Kitshoff NO*²¹ betraf eine klare gesetzliche Ungleichbehandlung von Frauen gegenüber Männern durch section 44 Insurance Act (No. 27 of 1943) hinsichtlich des Erbes oder der Schenkung von Versicherungspolicen, so daß es ebenfalls keiner grundlegenden Ausführungen über den Charakter der section 8(2) ÜV bedurfte. *O'Regan J* nutzte dennoch die Gelegenheit, die Gleichheitsnorm eingedenk der Geschichte Südafrikas, die patriarchalische Züge aufweise,²² als zentrale Grundrechtsnorm von herausragender Bedeutung zu

¹⁵ Siehe *Swart J*, in *The Public Servant's Association of South Africa and Another v The Minister of Justice and Others*, 1997 (5) BCLR 577 (T). Siehe auch *Brink v Kitshoff NO*, 1996 (4) SA 197; 1996 (6) BCLR 752 (CC) para 44 per *O'Regan J*.

¹⁶ Siehe auch *Didcott J* in *Prinsloo* (Anm. 2), para 52.

¹⁷ 1996 (1) SA 1207; 1996 (1) BCLR 141 (CC).

¹⁸ Dieser lautet: "Every accused person shall have the right to a fair trial, which shall include the right to have recourse by way of appeal or review to a higher court than the court of first instance."

¹⁹ *S v Ntuli*, 1996 (1) SA 1207; 1996 (1) BCLR 141 (CC) para 8–10. Die übrigen 10 Richter(innen) schlossen sich dem Urteil an.

²⁰ Siehe *S v Ntuli*, 1996 (1) SA 1207; 1996 (1) BCLR 141 (CC) para 18.

²¹ 1996 (4) SA 197; 1996 (6) BCLR 752 (CC).

²² Siehe hierzu die kritischen Bemerkungen in *S v Makwanyane and Another*, 1995 (3) SA 391; 1995 (6) BCLR 665 (CC) para 262 per *Mahomed DP*; *Brink v Kitshoff NO*, 1996 (4) SA 197; 1996 (6) BCLR 752 (CC) para 44 per *O'Regan J*.

bezeichnen.²³ Nach einer rechtsvergleichenden Analyse anderer Gleichheitsnormen²⁴ betonte die Richterin,²⁵ daß die Auslegung der section 8 ÜV mehr als andere Grundrechte die historisch-politischen Besonderheiten Südafrikas und den Wortlaut der Norm widerspiegeln muß²⁶ – ein Ansatz, der in *Prinsloo* ausdrücklich übernommen wurde,²⁷ und somit einer rechtsvergleichenden Verfassungsauslegung durch die Gerichte enge Grenzen setzt.²⁸

3. Die *Hugo*- und *Prinsloo*-Urteile wurden am 18. April 1997 verkündet. *Hugo* betrifft section 8(2) ÜV, *Prinsloo* section 8(1) ÜV. Der CC hatte somit nicht nur die Möglichkeit, die Normen auszulegen, sondern auch die schwierige Aufgabe, beide Absätze inhaltlich voneinander abzugrenzen. Gleichzeitig stellte sich aus dogmatischer Sicht die Frage, ob und, wenn ja, in welcher Weise die allgemeine Vorbehaltssnorm, section 33(1) ÜV, eine Ungleichbehandlung rechtfertigen kann. Die südafrikanische Verfassung hat sich, in Anlehnung an die kanadische *Charter of Rights and Freedoms* (Constitution Act, 1982) von wenigen Ausnahmen abgesehen,²⁹ gegen spezielle Gesetzesvorbehalte und für eine allgemeine Vorbehaltssnorm entschieden, an der somit (fast) alle Grundrechtsbeschränkungen gemessen werden.

Section 33(1) ÜV lautet:

“The rights entrenched in this Chapter may be limited by law of general application, provided that such limitation – (a) shall be permissible only to the extent that it is – (i) reasonable; and (ii) justifiable in an open and democratic society based on freedom and equality; and (b) shall not negate the essential content of the right in question, and provided further that any limitation to ...

²³ *Brink v Kitshoff NO*, 1996 (4) SA 197; 1996 (6) BCLR 752 (CC) para 33.

²⁴ *Brinsloo* (Anm. 2), para 34–38: Artikel 7 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, 10.12.1948; Artikel 26 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politischen Rechte, 19.12.1966; weitere internationale Abkommen; das Vierzehnte *Amendment* der US-Verfassung; Artikel 14 und 15(1) der Verfassung Indiens; Artikel 15 der kanadischen *Charter of Rights and Freedoms*.

²⁵ Zwei der elf Richter sind Frauen.

²⁶ *Brink v Kitshoff NO*, 1996 (4) SA 197; 1996 (6) BCLR 752 (CC) para 40.

²⁷ *Prinsloo* (Anm. 2), para 21.

²⁸ In der *Prinsloo*-Entscheidung zitiert der CC ausländische Rechtsprechung denn auch vergleichsweise spärlich. Das Urteil von Richter Goldstone J im *Hugo*-Fall geht zwar ausführlich auf die ausländische Rechtsprechung und auch die der deutschen Verfassungsgerichte ein; die zitierte Rechtsprechung bezieht sich jedoch nicht auf die Frage der Gleichheit vor dem Gesetz, sondern auf die Justitiabilität von Gnadenakten.

²⁹ Sections 8(3) ÜV (*equality*), 14(2) ÜV (*religion, belief and opinion*), 26(2) ÜV (*economic activity*) und 28(3) ÜV (*property*).

[Liste bestimmter Grundrechte] ... shall, in addition to being reasonable as required in paragraph (a)(i), also be necessary.”³⁰

4. John Hugo wandte sich an den *Supreme Court* mit der Klage, aufgrund seines Geschlechts diskriminiert worden zu sein. Am Tage seiner Inauguration, den 27. Juni 1994, entließ Präsident Mandela in Form eines Presidential Act (No. 17 of 1994) jugendliche Gefangene unter 18 Jahren, Behinderte und Mütter von Kindern, die am Stichtag, dem 10. Mai 1994, jünger als 12 Jahre waren. Weitere Bedingung für die Freilassung war, daß die Gefangenen keine schweren Gewaltdelikte oder Betäubungsmitteldelikte begangen hatten.³¹ Hugo trat 1991 eine Freiheitsstrafe von fünfzehneinhalb Jahren wegen Raubes, Einbruchsdiebstahls und Ausbruches an. Aus seiner Ehe, die durch den Tod seiner Frau im Jahre 1987 beendet wurde, ging ein Kind hervor, das am 11. Dezember 1994, also erst nach dem Stichtag, zwölf Jahre alt wurde. Erinstanzlich gewann Hugo vor dem *Supreme Court* insoweit, als daß Magid J den *presidential pardon* oder Gnadenakt für diskriminierend hielt und dem Präsidenten eine Frist von sechs Monaten setzte, um die verfassungswidrige Rechtslage zu beseitigen.³² Zweck des *presidential pardon* war es, junge und deshalb besonders pflege- und liebesbedürftige Kinder nicht für die Vergehen ihrer Mütter zu bestrafen. Dabei ging der Präsident erklärtermaßen davon aus, daß Mütter die hauptsächlich Verantwortlichen für und Belasteten durch die Kindeserziehung sind. Magid J kam zu dem Ergebnis, daß der Präsident die Diskriminierungsvermutung der section 8(4) ÜV nicht wider-

³⁰ Im südafrikanischen Verfassungsrecht werden Grundrechte auf zwei Stufen geprüft: Zunächst muß eine Grundrechtsbeschränkung festgestellt werden (*definitional or threshold stage*), die dann gemäß section 33(1) ÜV bzw. nunmehr section 36(1) Verf. gerechtfertigt sein kann; siehe etwa *Prinsloo* (Anm. 2), para 35. Die Rechtfertigungsprüfung beinhaltet Werteentscheidungen (“open and democratic society”), eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (“justifiable in an open and democratic society” in section 33[1] ÜV und “... the relation between the limitation and its purpose” in section 36[1][d] Verf.) und die Garantie des Wesensgehalts bestimmter Grundrechte. Siehe auch *Brink v Kitchoff NO*, 1996 (4) SA 197; 1996 (6) BCLR 752 (CC) para 44–46 per O’Regan J; zur Verhältnismäßigkeit *S v Makwanyane and Another*, 1995 (3) SA 391; 1995 (6) BCLR 665 (CC) para 100, 104 per Chaskalson P; Du Plessis, Evaluative Reflections on the Final Text of South Africa’s Bill of Rights, 1996 (3) Stell LR 283, 292; Erasmus, in: Van Wyk [u.a.], Rights and Constitutionalism, Cape Town, 1994, 639, 640.

³¹ Ausgeschlossen waren Inhaftierte, die aufgrund folgender Delikte schuldig gesprochen wurden: Mord, Totschlag, schwerer Raub, vorsätzliche schwere Körperverletzung, Kindesmißbrauch, Vergewaltigung und alle übrigen Sexualstraftaten, Anbau von und Handel mit Drogen.

³² *Hugo v President of the Republic of South Africa and Another*, 1996 (4) SA 1012 (D&CLD) 1023C-G.

legen konnte; vielmehr würde gerade der Fall von Hugo zeigen, daß die Begnadigung Kinder alleinerziehender Väter weiterhin ohne jegliche elterliche Obhut ließe, während andere Kinder bestenfalls die Mutter neben ihrem Vater zurückerhielten.³³

Der CC gab mehrheitlich³⁴ dem Präsidenten auf dessen Beschwerde gegen dieses Urteil recht und erklärte den *presidential pardon* für verfassungsgemäß. Dabei setzte sich das Gericht mit zwei Problemen auseinander: zum einen stellte sich die Frage, ob und wenn ja, in welchem Umfang, Gnadenakte der richterlichen Kontrolle unterliegen; zum anderen galt es, einen Prüfungsmaßstab für section 8(2) ÜV zu entwickeln, der eine Konkretisierung des Begriffes *unfair discrimination* umfaßt.

Alle Richterinnen und Richter³⁵ stimmen darin überein, daß *presidential pardons* gerichtlich überprüfbar sind.³⁶ Ausgangspunkt des Urteils von Goldstone J, der das *majority judgment* verfaßte, ist die Bindung der drei Staatsgewalten an die Verfassung.³⁷ Den Presidential Act definiert er als Exekutivakt und nicht als Gesetz und kommt folglich zu dem Ergebnis, daß der Präsident in der Ausübung seines Amtes an die Grundrechte gebunden ist.³⁸ Diese Grundrechtsbindung wird auch nicht mehr durch die *royal prerogative powers*, einem englischen Verfassungsrechtsinstitut, nach dem die Krone ohne gesetzliche Ermächtigung gewisse hoheitliche Akte vornehmen darf, eingeschränkt. Das Gnadenrecht leitet

³³ *Hugo v President of the Republic of South Africa and Another*, 1996 (4) SA 1012 (D&CLD) 1022J-1023B.

³⁴ Die Entscheidung erging 10 zu 1, wobei Didcott J, Mokoro J und O'Regan J lediglich dem Tenor und nur teilweise der Begründung des *majority judgment* von Goldstone J zustimmten. Lediglich Kriegler J hielt den *presidential pardon* für diskriminierend. Dennoch wich er von Magid J's Urteil insofern ab, als daß er dessen Tenor ersetzte und sich darauf beschränkte, den *presidential pardon* für verfassungswidrig zu erklären. Eine solche *declaration of rights* ist unter section 7(4)(a) ÜV möglich.

³⁵ Das Urteil von Didcott J geht andere Wege und erklärt die Beschwerde von Hugo deshalb für unbegründet, da dessen Kind zur Zeit der Urteilsverkündung durch Magid J bereits älter als 12 Jahre war. Einzig Goldstone J geht auf das Urteil von Didcott J ein und lehnt dessen Ansatz ab, para 51.

³⁶ *Hugo* (Anm. 2), para 28 per Goldstone J; para 65 per Kriegler J; para 89 per Mokoro J; para 107 per O'Regan.

³⁷ Section 4(2) ÜV.

³⁸ *Hugo* (Anm. 2), para 10-13. Das Urteil stützt sich dabei auf sections 4(1), (2); 7(1); 75; 76; 81(1), (2); 98(2)(a), (b) ÜV. Man kann zusätzlich den Amtseid heranziehen, der den Präsidenten verpflichtet, die Verfassung zu schützen (section 78 ÜV iVm Liste 3 Übergangsverfassung).

sich nunmehr einzig aus section 82(1)(k) ÜV³⁹ ab, so daß Gnadenakte grundsätzlich der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Vor dem 27. April 1994 gab es im südafrikanischen Recht drei Möglichkeiten, Exekutiventscheidungen der gerichtlichen Kontrolle zu entziehen, nämlich die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Indemnitätsklauseln in Ermächtigungsnormen sowie der *royal prerogative powers*. Obwohl sich Südafrika 1961 zur Republik erklärte und damit ostentativ von der Krone lossagte, wurden die *royal prerogative powers* in den Verfassungen von 1961 und 1983 ausdrücklich auf den südafrikanischen Staatspräsidenten übertragen.⁴⁰ Das *apartheid*-Regime nutzte gerade in politisch umstrittenen Gesetzen die Möglichkeit, die Überprüfbarkeit von Hoheitsakten der Judikative zu entziehen.⁴¹ Gnadenakte des Präsidenten fielen jedoch weniger aus politischen denn aus historischen Gründen unter das königliche Privileg und waren somit rechtlich nicht überprüfbar. Die *Hugo*-Entscheidung stellt nun klar, daß die Übergangsverfassung und nicht ein ungeschriebenes Rechtsprinzip die Grundlage staatlichen Handelns ist.⁴² Dabei nimmt Goldstone J auf die erste *Certification*-Entscheidung des CC Bezug, in der das Gericht unter anderem die Rechtsnatur von Gnadenakten unter der Verf. definierte.⁴³

³⁹ Section 82(1)(k) ÜV lautet: "The President shall be competent to exercise and perform the following powers and functions, namely – to pardon or reprieve offenders, either unconditionally or subject to such conditions as he or she may deem fit, and to remit any fines, penalties or forfeitures."

⁴⁰ Section 7(4) Republic of South Africa Constitution Act, No. 32 of 1961 und section 6(4) Republic of South Africa Constitution Act, No. 110 of 1983. Carpenter, Introduction to South African Constitutional Law, Durban, 1987, 171–174.

⁴¹ Siehe insbesondere Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems*, Oxford, 1991, 159–176, 178–184; Nienhaber, *Discretion, Ouster Clauses and the Internal Security Act, 1983* (46) THRHR 211; Haysom/Plasket, *The War against Law: Judicial Activism of the Appellate Division*, (1988) 4 SAJHR 303.

⁴² Siehe bereits Carpenter, *Prerogative powers – an Anachronism?*, Vol. XXII CILSA 1989, 192, und Breitenbach, *The Sources of Administrative Power: the Impact of the 1993 Constitution on the Issues Raised by Dilokong Chrome Mines (Edms) Bpk v Directeur-Generaal, Departement van Handel en Nywerheid*, 1992 (4) SA 1 (A), 1994 (2) Stell LJ 187.

⁴³ *Hugo* (Anm. 2), para 13. *In Re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 1996 (4) SA 744; 1996 (10) BCLR 1253 para 116. Diese Entscheidung betrifft die neue Verfassung und somit ein aus Sicht der *Hugo*-Entscheidung zukünftiges Gesetz. Rechtsdogmatisch ist das problematisch. Da der Wortlaut der Verf. hinsichtlich des Gnadenrechts des Präsidenten jedoch substantiell gleich ist und die geringfügigen Abweichungen in der neuen Verfassung auf keine Rechtsänderung im Vergleich zur Übergangsverfassung hindeuten, ist aus materiell-rechtlicher Sicht Goldstone J's Bezugnahme unbedenklich.

Goldstone J sucht seine Auffassung zusätzlich durch einen rechtsvergleichenden Überblick zur richterlichen Überprüfbarkeit von Gnadenakten zu unterstützen.⁴⁴ Dabei setzt er sich unter anderem mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1969 auseinander, die zu Art. 60 II GG Stellung bezog.⁴⁵ Nach der das Urteil tragenden Meinung von vier Verfassungsrichtern fällt das Gnadenrecht nicht unter Art. 19 IV GG und ist somit nicht justitiabel. Goldstone J zitiert darüber hinaus die Entscheidungen des hessischen und bayrischen Staats- bzw. Verfassungsgerichtshofes, in denen eine rechtliche Kontrolle von Gnadenakten unter den jeweiligen Landesverfassungen bejaht wurde.⁴⁶ Dabei wird aus dem Aufbau des *Hugo*-Urteils und der Zustimmung Goldstones J zu den beiden Entscheidungen der Landesverfassungsgerichte deutlich, daß sich der südafrikanische Richter auf der Seite der vier unterlegenen Bundesverfassungsrichter wiederfindet.

Der zweite Teil des Urteils befaßt sich mit den Fragen, in welchem Ausmaß Gnadenakte überprüfbar sind, wie der Begriff *unfair discrimination* auszulegen ist und ob der *presidential pardon* den Beschwerdegegner in seinem Grundrecht auf Gleichbehandlung verletzt.

Hinsichtlich der ersten Frage sah sich Goldstone J mit dem Problem konfrontiert, daß die Übergangsverfassung zwar eine Grundrechtsbeschränkung aufgrund eines allgemeinen Gesetzes, nicht aber durch Exekutivakte vorsieht.⁴⁷ Der *presidential pardon* enthält zwar abstrakt-generelle Kriterien und ist insbesondere deshalb gerichtlich überprüfbar,⁴⁸ gleichzeitig ist er jedoch rein retrospektiv, betrifft eine definierbare Gruppe und ist somit nach Auffassung des Richters nicht als Gesetz zu qualifizieren. Schränkt ein "normaler" Exekutivakt ein Grundrecht ein, so

⁴⁴ *Hugo* (Anm. 2), para 18–28. Goldstone J zieht englisches, US-amerikanisches, kanadisches, israelisches, neuseeländisches, australisches, irisches und deutsches Recht vergleichend heran.

⁴⁵ *Hugo* (Anm. 2), para 25. BVerfGE 25, 352. Das BVerfG hat in *obiter dicta* diese Entscheidung bestätigt, siehe BVerfGE 30, 108 – Widerruf eines Gnadenaktes – und BVerfGE 45, 187 (243) – lebenslange Freiheitsstrafe –. Siehe auch BVerwGE DVBl 1982, 1147. Hervorzuheben ist allerdings, daß eine Maßnahme wie der *presidential pardon* von Staatspräsident Mandela im deutschen Recht nicht unter Art. 60 II GG fallen würde. Dieser spricht nämlich vom Begnadigungsrecht im Einzelfall. Siehe auch BVerfGE 2, 213 (218–219).

⁴⁶ HessStGH NJW 1974, 791 (793); BayVerfGHE NF 18, 140 (146–149) mwN zur Rechtsprechung über Gnadengesuche.

⁴⁷ Section 33(1) ÜV; siehe den Wortlaut oben im Text, insbesondere den Passus "... law of general application ...".

⁴⁸ *Hugo* (Anm. 2), para 29 per Goldstone J, wo der Richter ausführt, daß die Überprüfung von Gnadenakten gegenüber einzelnen Gefangenen nur in Ausnahmefällen, wie etwa Willkürakten, möglich sei.

wird nach südafrikanischem Recht die ermächtigende Norm entsprechend der Kriterien der section 33(1) ÜV gegen das in der Verfassung garantierte Recht abgewogen. Dies war im *Hugo*-Fall jedoch deshalb nicht möglich, da die Ermächtigung des Präsidenten aus der Verfassung und nicht einem einfachen Gesetz herrührt, und section 33(1) ÜV nicht auf solche Fälle zugeschnitten ist. Goldstone J geht nicht explizit auf dieses Problem ein. Vielmehr prüft er, ob der Präsident die Vermutung der section 8(4) ÜV, "unfair" diskriminiert zu haben, widerlegen kann. Dabei wird deutlich, daß eine Abwägung zwischen dem Recht des Präsidenten, Gnadenakte zu erlassen, und einer Grundrechtsbeschränkung durch Gnadenakte möglich ist.⁴⁹ Zudem legt Goldstone J dieser Prüfung keinen strikten Maßstab zugrunde, woraus gefolgert werden kann, daß dem Präsidenten ein gewisser Ermessensspielraum zusteht, der von den Gerichten nicht überprüft wird.

Goldstone J wendet sich dann der Frage zu, was unter dem Begriff *unfair discrimination* zu verstehen ist. Aus section 8(3) ÜV folgert er, daß Gleichbehandlung nicht mit identischer Behandlung verwechselt werden darf: Die Bestimmung einer "unfairen" Ungleichbehandlung muß vielmehr in jedem einzelnen Fall bestimmt werden, wobei zu beachten ist, welche Bevölkerungsgruppe in welchen Rechten betroffen ist, wie stark sie betroffen ist und welche Rechtsnatur die verletzende Handlung hat.⁵⁰ Entscheidendes Kriterium ist, ob Menschen in ihrer Würde gleichbehandelt werden. Dazu führt Goldstone J aus: "At the heart of the prohibition of unfair discrimination lies a recognition that the purpose of our new constitutional and democratic order is the establishment of a society in which all human beings will be accorded equal dignity and respect regardless of their membership of particular groups."⁵¹ Nachdem der Richter auf die traditionelle Benachteiligung von Frauen in der südafrikanischen Gesellschaft und ihre Mehrfachbelastungen eingeht und anerkennt, daß die Kindeserziehung *de facto* größtenteils den Frauen obliegt,⁵² setzt er sich mit der Rechtmäßigkeit des *presidential pardon* gemäß

⁴⁹ Es würde in der Tat wenig Sinn ergeben, an die Handlungen des Präsidenten unter section 82 ÜV einen strengeren Maßstab anzulegen als an "normale" Exekutivakte. Als dogmatischer Aufhänger für eine Güterabwägung bietet sich section 35(2) ÜV an, der für Exekutivakte des Präsidenten dieselbe Rolle übernehmen kann wie section 33(1) für Gesetze und "normale" Exekutivakte.

⁵⁰ *Hugo* (Anm. 2), para 43; J. Kentridge (Anm. 12), para 14–17, meint, section 8(2) ÜV diene vornehmlich der Differenzierung zwischen positiver und negativer Diskriminierung. In *Hugo* mißt der CC section 8(2) ÜV allerdings eine größere Bedeutung zu.

⁵¹ *Hugo* (Anm. 2), para 41 (Hervorh. des Autors).

⁵² *Hugo* (Anm. 2), para 37.

section 8(2) ÜV auseinander. Dabei stellt er zunächst fest, daß der Gnadenakt von Geschlechterstereotypen ausgeht, führt dann jedoch mehrere Argumente für seine Verfassungsmäßigkeit ins Feld. Erstens sei es aus praktischen Gründen unmöglich gewesen, den Begnadigungsgrund "Kind unter 12 Jahren" auf alle männlichen Häftlinge anzuwenden. 1994 waren 108.006 Häftlinge männlich und 2867 weiblich und der Präsident hätte somit vor der Wahl gestanden, die Frauen oder niemanden zu begnadigen.⁵³ Goldstone J stellt zudem darauf ab, daß Väter in der Regel eine geringere Rolle in der Kindeserziehung spielen, und daß der Präsident in "gutem Glauben" handelte, d. h. von der Rechtmäßigkeit des *presidential pardon* überzeugt war.⁵⁴ Ferner argumentiert Goldstone J, daß die Begnadigung der Mütter die Stellung der inhaftierten Väter nicht verschlechtert. Ein Recht auf Gnade kennt die Verfassung nicht, und den Vätern steht es weiterhin frei, um Gnade zu bitten.⁵⁵

O'Regan J geht in ihrem Urteil detaillierter auf die Belastungen von Frauen und die diskriminierende Wirkung der Begnadigung ein.⁵⁶ Sie betont, daß die Diskriminierung der Frauen sich auf ihre Klassifizierung als "Mütter" beschränkt, während inhaftierte Väter durch den *presidential pardon* stärker belastet seien, da sie nicht in den Genuß der Begnadigung kamen. Doch auch diese Form der Diskriminierung hält O'Regan J nicht für "unfair", da den Vätern durch die Begnadigung keine Rechte genommen würden, und sie letztlich ihre Inhaftierung selbst verschuldet hätten.⁵⁷ Ähnlich wie Goldstone J stellt die Richterin zur Bestimmung, ob eine Diskriminierung "unfair" ist, auf die Bevölkerungsgruppe und deren Rechte ab: Je verletzlicher eine Gruppe ist und je stärker ihre Rechte oder Interessen beeinträchtigt werden, um so eher ist ihre Ungleichbehandlung "unfair".⁵⁸

Nur Mokoro und Kriegler JJ sehen in der Begnadigung eine "unfaire" Diskriminierung. Mokoro J betont die Rolle, die Väter in der Kindeserziehung spielen können⁵⁹ und sieht als einzige in dem Presidential Act ein Gesetz, welches der Vorbehaltsnorm der section 33(1) ÜV unterfällt. Die Richterin erklärt den *presidential pardon* letztlich mit dem

⁵³ Es wurden 440 Frauen freigelassen.

⁵⁴ *Hugo* (Anm. 2), para 46.

⁵⁵ *Hugo* (Anm. 2), para 47.

⁵⁶ *Hugo* (Anm. 2), para 109–110.

⁵⁷ *Hugo* (Anm. 2), para 114.

⁵⁸ *Hugo* (Anm. 2), para 112 per O'Regan J: "[T]he more vulnerable the group adversely affected by the discrimination, the more likely it will be held to be unfair."

⁵⁹ *Hugo* (Anm. 2), para 92–93.

Argument, der Präsident habe vor der Wahl gestanden, niemanden oder lediglich die Mütter zu begnadigen, für verfassungsgemäß.⁶⁰ Kriegl er J hält die Argumente der Mehrheit seiner Kollegen, daß Präsident Mandela guten Glaubens handelte und die Begnadigung der männlichen Häftlinge aufgrund des "Kind unter 12 Jahren"-Kriteriums praktisch nicht durchführbar gewesen sei, für nicht überzeugend⁶¹ und erklärt als einziger Richter den *presidential pardon* für verfassungswidrig.⁶² Hierfür ausschlaggebend ist, daß die Begnadigung in den Augen Kriegl er J patriarchalisch ist und an der faktischen und rechtlichen Situation der Frauen im Lande nichts verändert.⁶³ Zudem könne die generelle Benachteiligung von Frauen nicht die Privilegierung einiger weniger Frauen rechtfertigen.⁶⁴

5. Offensichtlich hatte der CC eine äußerst schwierige Aufgabe zu erfüllen: Er mußte über einen großzügigen, sozialen und für die Strafgefangenen bedeutenden Akt des hochangesehenen Staatspräsidenten Mandela entscheiden, der mit dem denkwürdigen Tag seiner Inauguration zusammenfiel. Sollte der *presidential pardon* deshalb rechtswidrig sein, weil er gut war, aber nicht gut genug? Zwar sind auch in Südafrika beide Eltern und nicht nur Mütter erziehungsberechtigt.⁶⁵ Der CC – und der Präsident – bezogen in ihre Entscheidungen jedoch die gesellschaftliche Realität ein, daß Frauen die Hauptlast der Kindeserziehung und -pflege tragen und allzuoft von ihren zahlungsunfähigen oder -unwilligen Partnern im Stich gelassen werden.⁶⁶ Wohl das überzeugendste Argument der Mehrheit der Richterinnen und Richter ist, daß die Begnadigung der Mütter keinen Nachteil für die Väter mit sich bringt. Ein solcher Nachteil ließe sich höchstens aus einem subjektiv-öffentlichen Recht auf Begnadigung begründen, und dies läuft dem Rechtsgedanken der Begnadigung, einem *actus contra legem*,⁶⁷ diametral entgegen. Die Diskussion, ob Männer oder

⁶⁰ Hugo (Anm. 2), para 106.

⁶¹ Hugo (Anm. 2), para 78.

⁶² Siehe oben Anm. 34.

⁶³ Hugo (Anm. 2), para 80, 83.

⁶⁴ Hugo (Anm. 2), para 84.

⁶⁵ Section 30(1)(b) ÜV lautet: "Every child shall have the right to parental care." Kriegl er J in Hugo (Anm. 2), para 85, formuliert dies so: "Constitutionally the starting point is that parents are parents."

⁶⁶ Siehe Burman/Berger, When Family Support Fails: The Problems of Maintenance Payments in Apartheid South Africa, (1988) 4 SAJHR 194 und 334, die auf eine Studie Bezug nehmen, nach der auf der Kaphalbinsel 85,5% der Unterhaltsansprüche von Kindern gegenüber ihren Vätern nicht gezahlt werden.

⁶⁷ BVerfGE 25, 352, 355 f.

Frauen diskriminiert werden, lenkt ein wenig von dem eigentlichen Zweck des *presidential pardon*, der Sorge um die Kinder, ab.⁶⁸ Goldstone J setzt sich allerdings mit dem Argument von Magid J, die Begnadigung lasse Kinder alleinerziehender Väter, wie das von Hugo, gänzlich ohne elterliche Sorge, auseinander. Er entkräftet es mit dem überzeugenden Hinweis, der Präsident habe vor der Entscheidung gestanden, niemanden oder nur die Mütter zu entlassen. Insbesondere ist zu bedenken, welche Probleme eine Differenzierung zwischen Strafgefangenen anhand des Merkmals "alleinerziehendes Elternteil" geschaffen hätte.⁶⁹

Der CC hat section 8(2) ÜV intelligent und aufschlußreich ausgelegt. Statt zu versuchen, den unbestimmten Begriff *unfair discrimination* ausschließlich durch andere, ebenso unbestimmte zu definieren und so den Weg der Begriffsjurisprudenz einzuschlagen, stellt das Gericht auf die Auswirkungen des diskriminierenden Akts und den wertenden Aspekt der Menschenwürde als Grundkonzept der Norm ab. Aus den Urteilen von Kriegler J und O'Regan J wird nicht deutlich, ob sie der Auffassung Mokoro J's folgen, daß eine "unfaire" Diskriminierung unter section 33(1) ÜV gerechtfertigt werden kann. Die Auffassung erscheint deshalb als unglücklich, weil der Begriff *unfair discrimination* bereits eine deutliche Unrechtswertung enthält.⁷⁰

Die grundsätzliche Entscheidung, Gnadenakte der richterlichen Kontrolle zu unterziehen, rechtfertigt sich in einem Verfassungsstaat aus dem Prinzip der *checks and balances* und verhindert Willkürakte des Staatsoberhauptes, die den Glauben in die Verfassungsordnung erheblich er-

⁶⁸ Kriegler J erinnert in para 81 der *Hugo*-Entscheidung hieran.

⁶⁹ Zwar führt Goldstone J eher praktische Argumente ins Feld und stellt auf die enorme Anzahl der männlichen Inhaftierten ab, die eine schnelle Entlassung aufgrund aufwendiger Prüfungen durch die Haftanstalten unmöglich gemacht hätte. Dies vermag deshalb nicht ganz zu überzeugen, da eine späte Entlassung immer noch besser ist als gar keine. Hätte der Präsident jedoch, um eine Diskriminierung zu minimieren und der Forderung Magid J's zu entsprechen, neben den Müttern auch alleinerziehende Väter einbezogen, so hätte sich die Diskriminierungsproblematik lediglich verschoben. Ist nur alleinerziehend, wer von seiner Frau geschieden ist? Wenn eine faktische Trennung ausreicht, wie lange muß sie währen, um dem Erfordernis "alleinerziehend" zu genügen? Muß es sich überhaupt um ein eheliches Kind handeln? Diese und noch weitere Fragen hätten neue und vielleicht sogar noch schwierigere rechtliche Probleme aufgeworfen als sie im *Hugo*-Fall zur Entscheidung standen.

⁷⁰ J. Kentridge (Anm. 12), para 14/15; para 14/31–32, diskutiert das Verhältnis der sections 8(2) und 33(1) ÜV. Sie kommt zu dem Ergebnis, daß eine *unfair discrimination* unter bestimmten Umständen gerechtfertigt sein kann, etwa wenn die Diskriminierung indirekte und ungewollte Nebenfolge einer Handlung ist. Dieser Auffassung liegt eine engere Auslegung des Begriffes "*unfair discrimination*" zugrunde als sie der CC vornimmt.

schüttern können. Kalt⁷¹ erörtert den (fiktiven) Fall der Rechtmäßigkeit einer Eigenbegnadigung des Präsidenten Nixon für dessen Beteiligung an den Watergate-Verbrechen. Folgt man dem Bundesverfassungsgericht, so wäre eine solche Eigenbegnadigung gerichtlich nicht überprüfbar. Dieses Szenario zeigt, wie fragwürdig die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist.⁷² Man kann sich unschwer vorstellen, daß eine Eigenbegnadigung nicht nur dem Amt des Bundespräsidenten, sondern auch dem Ansehen eines Gerichtes enormen Schaden zufügen würde, das einem solchen Willkürakt nichts entgegensetzt. Dasselbe gilt für willkürliche Begnadigungen etwa von Angehörigen oder (politischen) Freunden des Bundespräsidenten.

Was bedeutet die *Hugo*-Entscheidung für künftige Amtshandlungen des Präsidenten? Dem Präsident muß bewußt sein, daß seine Entscheidungen Gegenstand von Klagen vor dem CC werden können. Das südafrikanische Verfassungsgericht wird also nicht Fälle aufgrund ihres überwiegend politischen Inhalts ablehnen.⁷³ Dabei erscheint es als sehr unwahrscheinlich, daß jede Amtshandlung des Präsidenten künftig gerichtlich überprüft wird. Kabinettsentscheidungen, Anweisungen des Präsidenten an seine Minister und andere interne Amtshandlungen haben schon keine direkte Außenwirkung.⁷⁴ Gleichzeitig zeigt die *Hugo*-Entscheidung, daß das Gericht an politische Exekutivakte, wie sie der Präsident unter section 82 ÜV erlassen darf, schon allein wegen des allgemein gehaltenen Wortlauts der Ermächtigungsnorm, vielleicht aber auch wegen ihres politischen Gehaltes, einen weniger strengen Prüfungsmaßstab anlegt als an andere Exekutivakte.

6. Die Entscheidung des CC in *Prinsloo*⁷⁵ ist inhaltlich weniger interessant als der *Hugo*-Fall. Rechtsdogmatisch allerdings ist sie für die Ent-

⁷¹ Pardon me?: The Constitutional Case Against Presidential Self-Pardons, (1996) 106 No. 3 Yale Law Journal 779.

⁷² Siehe auch die Kritik von Knemeyer, Auf dem Wege zur Justitiabilität von Gnadenakten, DÖV 1970, 121 ff.; Müller, Anfechtbarkeit von Gnadenentscheidungen, DVBl. 1963, 18 ff.; Brandt, Überlegungen zur gerichtlichen Überprüfbarkeit negativer Gnadenentscheidungen, DVBl. 1974, 925 ff.

⁷³ Der CC folgt somit nicht der *political question*-Doktrin, wie sie vom *US Supreme Court* teilweise vertreten wurde. Siehe etwa *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973).

⁷⁴ Section 8(2) ÜV schützt allerdings auch vor indirekter Diskriminierung. Fraglich ist, wie unmittelbar eine diskriminierende Handlung sein muß, damit sie einen solchen Grundrechtseingriff darstellen kann.

⁷⁵ Das *leading judgment* wurde von drei Richtern gemeinsam verfaßt, Ackermann, O'Regan und Sachs JJ. Didcott J verfaßte ein eigenes Urteil, in dem er mit einer an-

wicklung der Gleichheitsrechtsprechung in Südafrika vielleicht von größerer Bedeutung. Der Fall wurde von der *Transvaal Provincial Division* an den CC verwiesen, da der Richter die streitentscheidende Norm, section 84 Forest Act (No. 122 of 1984), für verfassungswidrig hielt.⁷⁶ Section 84 vermutet bei Ausbruch eines Feuers außerhalb eines kontrollierten Gebietes ein Verschulden des Grundstückseigentümers. Der Beschwerdeführer,⁷⁷ der wegen eines von seinem Grundstück ausgehenden Feuers zivilrechtlich von seinem Nachbarn auf Schadensersatz verklagt wurde, führte an, die Regelung würde zum einen gegen die verfassungsrechtliche Unschuldsvermutung und zum anderen gegen das Recht auf Gleichbehandlung verstoßen.

Nachdem die Richter, ohne gänzlich überzeugt zu sein, die Verweisung annehmen,⁷⁸ lehnen sie recht knapp eine Verletzung der Unschuldsvermutung ab. Dabei unterstellen sie zugunsten des Beschwerdeführers, daß section 84 seinem Wortlaut nach neben der zivilrechtlichen auch eine strafrechtliche Verschuldensvermutung enthalten kann.⁷⁹ Doch selbst wenn man diese, wie die Richter betonen, zu weite Auslegung heranzieht, ist die in der Verfassung explizit garantierte Unschuldsvermutung deshalb nicht verletzt, weil section 35(2) ÜV die Gerichte zu einer verfassungs-

deren Begründung, jedoch ohne auf Gleichheitsaspekte einzugehen (para 52), zu demselben Ergebnis kommt. Die sieben übrigen Richter schließen sich dem *leading judgment* an.

⁷⁶ Eine solche Verweisung ist aufgrund section 102(1) ÜV möglich. Interessanterweise wurde ein fast identischer Fall, der vor der *Orange (Free) State Provincial Division* von Wright J entschieden wurde, nicht an den CC verwiesen, da der Richter wie auch der CC in *Prinsloo* zu dem Ergebnis kamen, section 84 sei nicht streitentscheidend, *Stevens v Stevens*, 1996 (3) BCLR 384 (O) 390E-G.

⁷⁷ Das Verfassungsgericht kann von jedermann mit der Beschwerde, in Grundrechten verletzt zu sein, entweder nach Erschöpfung des Rechtswegs oder direkt angerufen werden. Der CC prüft die Zulässigkeit der Klage vorab; section 167(6) Verf. Die direkte Anrufung des CC ist die Ausnahme (Nr. 17 der Rules of the Constitutional Court), da in der Regel zumindest eine Entscheidung eines High Court (ehemals *Provincial Division of the Supreme Court*) vorliegen muß (Nr. 18 und 19 Rules of the Constitutional Court; Government Notice R5; Government Gazette 16204 of 6 January 1995). Siehe zur Rechtslage unter der Übergangsverfassung: Holle, Das Verfassungsgericht der Republik Südafrika, 1997; Karpen (Anm. 1), 617. Siehe zur direkten Anrufung des Gerichts insbesondere: *Executive Council, Western Cape Legislature and Others v President of the Republic of South Africa and Others*, 1995 (4) SA 877; 1995 (10) BCLR 1289 (CC) para 15–17 per Chaskalson P; *Transvaal Agricultural Union v Minister of Land Affairs and Another*, 1996 (12) BCLR 1573 (CC), para 16–23 per Chaskalson P.

⁷⁸ *Prinsloo* (Anm. 2), para 8. Die Richter(in) schlossen nicht aus, daß die Verweisung gerechtfertigt war. Gleichzeitig meldeten sie jedoch Zweifel an, ob Van der Walt DJP in Betracht gezogen hatte, daß die Verweisung unnötig gewesen wäre, wenn der Kläger ein Verschulden des Beklagten/Beschwerdeführers hätte beweisen können.

⁷⁹ *Prinsloo* (Anm. 2), para 10.

konformen Auslegung anhält.⁸⁰ Eine solche Auslegung läßt jedoch die Anwendung der section 84 im Strafrecht nicht zu, so daß die Norm weder *in abstracto* noch in dem vorliegenden Zivilrechtsstreit unter dem Aspekt der strafrechtlichen Unschuldsvermutung zu beanstanden ist.

Der Entscheidung, ob Prinsloo in seinem Recht auf Gleichbehandlung verletzt ist, stellen die Richter die bislang eingehendste Analyse der section 8 ÜV voran. Dabei standen zwei Fragen im Vordergrund: Wie grenzen sich Absatz (1) und (2) voneinander ab, und welche Kriterien müssen an eine Prüfung des Gleichheitssatzes in section 8(1) ÜV angelegt werden?

Die beiden Absätze unterscheiden sich dadurch, daß der eine positiv formuliert ist und das Recht auf Gleichbehandlung gebietet und der andere negativ formuliert ist und eine Diskriminierung verbietet.⁸¹ Absatz (2) enthält im Gegensatz zu Absatz (1) die Qualifizierung, daß eine Diskriminierung und nicht nur eine Ungleichbehandlung vorliegen muß, die darüber hinaus auch noch "unfair" ist. Zudem listet Absatz (2) bestimmte persönliche Eigenschaften auf, die somit einen besonderen Schutz genießen, wobei Absatz (1) allgemein gehalten ist. Die Richter kommen zu dem Ergebnis, daß section 8(1) ÜV Maßstab für Gesetze und Hoheitsakte ist, die um eines bestimmten Zweckes willen regulierend in die Sozial- oder Wirtschaftsordnung eingreifen, während section 8(2) ÜV anerkennt, daß alle Menschen hinsichtlich ihrer Würde gleich sind.⁸²

Prinsloo ist kein Fall, der die Menschenwürde einer der beiden Parteien betrifft, und die Richter prüfen demzufolge ausschließlich section 8(1) ÜV, den sie so verstehen, daß einerseits die Gleichheit vor den Gerichten, also prozessuale Rechte, geschützt und andererseits die Gleichbehandlung vor dem Gesetz, also eine materielle Gleichheit, garantiert wird.⁸³ Diese materielle Gleichheit muß wertebezogen⁸⁴ und nicht formal bestimmt werden oder, wie Ackermann, O'Regan und Sachs JJ den Rechts-

⁸⁰ *Prinsloo* (Anm. 2), para 11–12. Dabei ist auch eine Teilnichtigerklärung einer Norm möglich, section 98(5) ÜV.

⁸¹ *Prinsloo* (Anm. 2), para 22.

⁸² *Prinsloo* (Anm. 2), para 24 und 31, 33.

⁸³ *Prinsloo* (Anm. 2), para 22, unter Bezugnahme auf *S v Ntuli*, 1996 (1) SA 1207; 1996 (1) BCLR 141 (CC), para 18 per Didcott J.

⁸⁴ *Prinsloo* (Anm. 2), para 32 und 19, wo die Auslegungsnorm der ÜV, section 35(1), zitiert wird. Diese ist werteorientiert und lautet: "In interpreting the provisions of this Chapter [3] a court of law shall promote the values which underlie an open and democratic society based on freedom and equality ...". Siehe auch Du Plessis, *The Interpretation of Bills of Rights in South Africa: Taking Stock*, in: Kruger/Currin (Hrsg.), *Interpreting a Bill of Rights*, Cape Town, 1994.

philosophen Dworkin⁸⁵ zitieren: "... the right to equality means the right to be treated as equals, which does not always mean the right to receive equal treatment."⁸⁶ Nach Auffassung der Richter läßt sich der allgemeine Gleichheitssatz negativ als Willkürverbot und positiv als Rationalitätsgebot definieren. Den Gerichten obliegt es somit, die im staatlichen Handeln enthaltene Differenzierung zwischen Personen an dem Zweck des Gesetzes zu messen. Wenn dieses Verhältnis rational ist, bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken.⁸⁷

Diesen Rationalitätstest besteht section 84 Forest Act: Zweck des Gesetzes ist es, Feuersbrünste zu bekämpfen. Dies soll einerseits durch besondere (staatlich vorgeschriebene) Schutzmaßnahmen in gefährdeten Gebieten erreicht werden; andererseits sollen Grundeigentümer außerhalb dieser Gebiete aufgrund des gesetzlich vermuteten Verschuldens aus dem Eigeninteresse, nicht haften zu müssen, zu erhöhter Aufmerksamkeit angehalten werden.⁸⁸ Da das Gericht einen Verstoß gegen section 8(1) ÜV aufgrund der Rationalität der section 84 nicht zu erkennen vermag, kommt es nicht mehr zu der Frage, welche Rolle die Vorbehaltsnorm der section 33(1) ÜV im Verhältnis zu dem allgemeinen Gleichheitssatz spielt.

Somit ist nicht klar, wie detailliert der CC zukünftig Gesetze an der allgemeinen Gleichheitsnorm messen wird. Wie frei ist der Gesetzgeber in der Wahl des zu erreichenden Zweckes, und wie frei ist er in der Wahl der Mittel? Es kann vermutet werden, daß der CC einen Prüfungsmaßstab entwickeln wird, der dem des Bundesverfassungsgerichts⁸⁹ nahe kommt, d.h. der sich nicht auf ein Willkürverbot beschränkt, sondern die Ungleichbehandlung an dem gesetzgeberischen Ziel mißt. Zum einen deutet die Referenz zur Kommentierung der Europäischen Menschenrechtskonvention durch Van Dijk/Van Hoof⁹⁰ in para 25 der *Prinsloo*-

⁸⁵ Taking Rights Seriously, Cambridge, Mass., 1977, 227.

⁸⁶ *Prinsloo* (Anm. 2), para 32.

⁸⁷ *Prinsloo* (Anm. 2), para 25, 26. J. Kentridge (Anm. 12), para 14/8; 14/15 legt das Kriterium der "illigimacy of differentiation" zugrunde, um eine Ungleichbehandlung gemäß section 8(1) ÜV festzustellen. Dabei bleibt im einzelnen unklar, wie der Begriff "illigimate" zu verstehen ist.

⁸⁸ *Prinsloo* (Anm. 2), para 40, wo der bekannte Fall *Quathlamba (Pty) Ltd v Minister of Forestry*, 1972 (2) SA 783 (N) 788B-D per Fannin J zitiert wird, der wiederum, was im südafrikanischen Recht nicht ungewöhnlich ist, auf Voet Bezug nimmt. Siehe hierzu: R. Zimmermann, Das römisch-holländische Recht in Südafrika, Darmstadt, 1983, 58-62.

⁸⁹ BVerfGE 55, 72 (88); 82, 60 (86); Gubelt, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Bd. 1, 4. Aufl., Art. 3 RN 14.

⁹⁰ Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl., Deventer, 1990, 539.

Entscheidung darauf hin; zum anderen wird der CC nicht umhin können, anders als im Falle der section 8(2) ÜV, die allgemeine Vorbehaltsnorm (section 33[1] ÜV bzw. section 36[1] Verf.) und somit ein Verhältnismäßigkeitslement zu berücksichtigen. Alternativ bietet sich an, section 8(2) ÜV weit auszulegen, um so einen strengeren Prüfungsmaßstab an Gesetze anlegen zu können, die Personen ungleich behandeln.⁹¹

7. Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Gleichheitsrechtsprechung des CC unterschiedliche Maßstäbe anlegt:⁹² Je stärker die Würde von Menschen durch Ungleichbehandlungen – des Staates oder Privater – betroffen wird, um so kritischer werden die Richter(innen) den Fall betrachten. Aus rechtsvergleichender Sicht läßt sich somit eine gewisse Parallelität der Gleichheitsrechtsprechungen des US Supreme Court, BVerfG und des CC erkennen,⁹³ obwohl der CC wiederholt darauf hingewiesen hat, daß die südafrikanische Gleichheitsrechtsprechung die nationale Geschichte widerspiegeln soll.

Section 8(1) ÜV bietet Schutz in prozessualer Hinsicht, jedenfalls im Strafrecht und wohl auch im Zivilprozeßrecht.⁹⁴ Gleichzeitig beinhaltet die Norm einen Schutz vor Willkürakten und eventuell auch vor unverhältnismäßiger Ungleichbehandlung. Interessanterweise sieht die Gleichheitsnorm der neuen Verfassung in section 9(1) zusätzlich zum Wortlaut der section 8(1) ÜV vor, daß ein "Recht auf gleiche Vorteilsgewährung" besteht.⁹⁵ Dies kann die Einführung subjektiv-öffentlicher Rechte in das

⁹¹ *Harksen v Lane NO and Others*, Case CCT 9/97 (7.10.1997), para 94–111 per O'Regan J.

⁹² Siehe die Zusammenfassung der Prüfung von section 8 ÜV durch Goldstone J in *Harksen v Lane NO and Others*, Case CCT 9/97 (7.10.1997), para 53.

⁹³ Siehe für die USA: Stone [u.a.], *Constitutional Law*, 2. Aufl., Boston, 1991, 532–565; Tribe, *Constitutional Law*, 2. Aufl., Mineola, N.Y., 1988, 1436–1445; *New York City Transit Authority v. Beazer*, 440 U.S. 568 (1979); *City of Cleburne v. Cleburne Living Centre*, 473 U.S. 432 (1985); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944); *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144 (1938); *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976). Siehe für Deutschland: BVerfGE 55, 72 (88); 82, 60 (86). Zur Parallelität der Rechtsprechungsentwicklung in den USA und der BRD: Gubelt (Anm. 89), Art. 3 RN 14; Schuppert, *Self-restraints der Rechtsprechung*, DVBl. 1988, 1191, 1193; Maaß, *Die neue Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz – Ein Neuansatz?*, NVwZ 1988, 14, 17. Die Parallelität zu der Rechtsprechung in den USA mag dem CC durchaus bewußt sein, ohne daß dies erkennbar aus den Entscheidungsgründen im *Prinsloo*-Urteil hervorgeht.

⁹⁴ Siehe zum Zivilprozeßrecht: *Besserglik v. Minister of Trade, Industry and Tourism and Others (Minister of Justice intervening)*, 1996 (6) BCLR 745 (CC), para 11 per O'Regan J.; J. Kentridge (Anm.12), para 14/14.

⁹⁵ Section 9(1) Verf. lautet: "Everyone is equal before the law and has the the right to equal protection and *benefit of the law*." (Hervorh. des Autors.)

südafrikanische Recht bedeuten.⁹⁶ Den striktesten Prüfungsmaßstab wird das Gericht in solchen Fällen anwenden, in denen eine in section 8(2) ÜV enumerierte Eigenschaft als Unterscheidungskriterium benutzt wird. Dabei wird dem Diskriminierten durch die Vermutung der section 8(4) ÜV die Beweisführung, daß die Diskriminierung "unfair" ist, wesentlich erleichtert. Gleichzeitig deutete das Gericht bereits an, daß es einer Politik der "positiven Diskriminierung" wohlwollend gegenübersteht. Es ist daher gut denkbar, daß solche gleichstellenden Maßnahmen nicht als Diskriminierung iSd section 8(2) ÜV angesehen werden, es sei denn, sie ergeben ausschließlich aufgrund eines oder mehrerer der section 8(2)-Kriterien (Rasse, Geschlecht etc.), d.h. unter Ausblendung objektiver, etwa leistungsorientierter Kriterien. Denn ansonsten wäre *apartheid* auch im "neuen Südafrika" rechtmäßig, und gerade dies soll die Verfassung ausschließen.

Summary⁹⁷

The Equality Caselaw of the South African Constitutional Court

Two years passed before the South African Constitutional Court (CC) had the opportunity to interpret the equality clause of the interim Constitution. The judgments in *Hugo* and *Prinsloo* lay down an equality doctrine for the first time in South African history – a history that was characterised by systematic, legalised discrimination under *apartheid*. In earlier decisions, namely *S v Ntuli* and *Brink v Kitshoff NO*, the CC already dealt with cases that involved questions of equality. However, neither case required an in-depth analysis of section 8 of the interim Constitution, i.e. the equality provision. Hence, the decisions did not sum up to an equality caselaw.

Section 8 can be briefly described as follows: Section 8(1) guarantees the right to equality before the law and equal protection of the law. Section 8(2) declares

⁹⁶ Siehe zur Rechtslage unter der Übergangsverfassung: Oelkers (Anm. 12), 705–709. J. Kentridge (Anm. 12), und Davis (Anm. 29), 207, gehen in dieselbe Richtung. Zur neuen Verfassung siehe: Du Plessis, Evaluative Reflections on the Final Text of South Africa's Bill of Rights, 1996 (3) Stell LR 283, 295, der sagt "(t)he equal benefit entitlement makes it clear that different categories of persons are to receive an equal share of advantages provided by the state."

⁹⁷ Summary by the author.

“unfair discrimination” on various grounds, such as race, sex, age, or disability to be unlawful. Once discrimination is established, section 8(4) presumes that it is “unfair” until the contrary is established. Section 8(3)(a) allows “affirmative” or “corrective actions”, that is a preferential treatment of groups that were historically unfairly discriminated against. *Hugo* deals with section 8(2) while *Prinsloo* deals with section 8(1).

In *Hugo*, the CC considered the constitutionality of a pardon of President Mandela who, on the day of his inauguration, rescinded the sentence of adolescent prisoners under the age of 18 years, disabled prisoners, and mothers with children under the age of twelve. The appellant, John Hugo, was a single-parent father to a child under the age of twelve years. He claimed to be discriminated against by the presidential pardon. The CC – in a 10:1 vote – rejected Hugo’s claim and declared the pardon constitutional. Goldstone J stated that a presidential pardon is reviewable under the interim Constitution because it is an executive act and all state organs are bound by the Constitution. Additionally, judicial review is not excluded: the power to pardon derives from section 82(1)(k) of the interim Constitution and no longer stems from the royal prerogative powers which exclude judicial review. Thereafter, the learned judge proceeded to interpret the term “unfair discrimination”. He stressed that at the very heart of this term lies the recognition of a person’s human dignity and that equal treatment has to be measured by a person’s dignity and worth. This does not, however, mean identical treatment under all circumstances. Goldstone J described the historical discrimination against women in South Africa and the multiple burdens placed on mothers. He concluded that, because of the considerably higher numbers of male prisoners in comparison to female prisoners, the President was confronted with the alternative of releasing the (few) mothers or no prisoners at all. Additionally, the President’s power to pardon is highly discretionary. Taking all these arguments into account Goldstone J came to the conclusion that the discrimination against the appellant was not “unfair”.

O’Regan J stressed that the presidential pardon was discriminatory in principle. She laid down a test of section 8(2) similar to that applied by Goldstone J stating “[t]hat the more vulnerable the group adversely affected by the discrimination, the more likely it will be held to be unfair.” O’Regan J concluded that it is not unfair to release women but not men; they are separated from their children primarily because of their unlawful conduct, and they can still apply for remission with the President. Accordingly, the release of the women did not infringe the father’s rights.

Mokoro and Kriegler JJ both held the pardon to constitute unfair discrimination. Mokoro J, however, considered the pardon a law of general application that could be saved from being unlawful under the limitation clause, section 33(1) of the interim Constitution. Kriegler J considered the pardon pater-

nalistic, stated that women do not deserve compensatory benefits in any context because they have suffered discrimination generally and declared the pardon unconstitutional.

The CC faced an intricate problem: it had to decide on the constitutionality of a generous, social and yet stereotyping act connected with the historical inauguration of the highly respected State President Mandela. However intricate, the CC delivered a judgment that contains a sound interpretation of section 8(2) and that marks one step forward on South Africa's way to becoming a *Rechtsstaat*. Section 8(2) was interpreted according to a value-based approach that concentrates on human dignity. The legal and moral statement of section 8(2) is very strong. Accordingly, it is hard to imagine how an action that discriminates and is unfair can be saved under the limitation clause. The decision to hold presidential pardons reviewable by a court of law shows that the President no longer stands outside or even above the legal order. *Hugo* may be seen as demonstrating to the President that his or her future actions can be brought before court. In most cases, however, the CC will not declare presidential actions unconstitutional, as they usually do not have a direct bearing on individual citizens or concern beneficial acts such as appointing ambassadors or pardoning of prisoners.

The article mentions the CC's referral to the decision of the German Constitutional Court, the *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE 25, 352). There, presidential pardons were excluded from judicial review. This is criticised by the author with the argument that the *Bundespräsident* could pardon himself/herself or his or her (political) friends without having to fear a legal attack under current German law. This, however, could lead to a drastic loss of credibility of both the *Bundespräsident* and the *Bundesverfassungsgericht*.

In *Prinsloo* the CC dealt with a referral from the Transvaal Provincial Division where the constitutionality of section 84 of the Forest Act was questioned. Section 84 presumes negligence if fire spreads from land situated outside a fire control area. The appellant, who was sued by his neighbour for damages, claimed that the provision violated his right to be presumed innocent and to be treated equally. The Court hesitantly accepted the referral; it then disagreed that section 84 violates the presumption of innocence. In relation to section 8(1) of the interim Constitution, Ackermann, O'Regan and Sachs JJ, who delivered a joint leading judgment, developed what can be called a rationality test: in order to enhance the coherence and integrity of law-making there must be a rational relationship between the differentiation in question and the governmental purpose of the legislation. The judges concluded that section 84 meets this test because it is not arbitrary and does not show "naked preferences". As the appellant's right to equal protection of the law is not infringed, the justification of section 84 under the limitation clause of the interim Constitution should not be investigated.

This leaves the question of how the CC will, in future cases, review laws that are rational but unproportional, i.e. that achieve their goals by means that are

over-broad or over-intensive. In the article, it is argued that the concept of proportionality could become part of the rationality test.

The equality caselaw of the CC shows some similarities to the equality caselaw of both the US Supreme Court and the *Bundesverfassungsgericht*. It can be summarised as follows: Section 8(1) gives procedural protection in criminal and civil cases and obliges the legislature to act in a rational and, it is argued here, in a proportional way. It is the sword in the hands of the individual. A novelty in the final Constitution is that section 9(1), the new equality clause, acknowledges the “right to equal ... benefit of the law.” This, it seems, introduces public subjective rights to the South African legal system. Section 8(2) inherently values the right to human dignity by prohibiting any acts that treat individuals unequally as concerns their worth. It is the shield and the strongest protection of every individual against any form of unfair discrimination by the state or a private (juridical) person. Section 8(3)(a) allows “corrective actions” that are *per definitionem* not discriminatory. However, those actions should not be based solely on one or more grounds listed in section 8(2), i.e. objective reasons must exist to justify “corrective actions”. Otherwise, *apartheid* would paradoxically be lawful under the celebrated constitution that introduced a new and just order to South Africa.

