

Helena van Coller

Transformasie en die regbank: onafhanklikheid in gedrang?

Eerste voorlegging: Februarie 2007

Aanvaarding: Maart 2008

Die transformasie van die regbank in Suid-Afrika is 'n noodsaaklike en onvermydelike proses. Hierdie artikel poog om 'n verduideliking te gee van die begrip politieke transformasie en die rol daarvan in hierdie proses. Dit poog ook om vas te stel of 'n regmatige regsproses wat effektief, toeganklik, verantwoordbaar en verteenwoordigend van die Suid-Afrikaanse gemeenskap is, bereik en gehandhaaf kan word, binne die grondwetlike raamwerk en die demokratiese proses van transformasie. Die vraag is gevolglik nie of transformasie moet plaasvind nie, maar watter stappe geneem moet word om te verseker dat die transformasieproses effektief en deursigtig is en dat die onafhanklikheid van die regbank gerespekteer word.

Transformation and the judiciary: independence under threat?

The transformation of South Africa's judiciary is necessary and inevitable. This paper seeks to explain and discuss the concept of political transformation and its role in this process. It also seeks to establish whether a legitimate administration of justice that is efficient, accessible, accountable, just and representative of the South African community can be maintained, in the spirit of the Constitution and through a democratic process of transformation. The question is not whether transformation should occur, but what steps should be taken to ensure that transformation processes are effective, transparent and respect the independence of the judiciary.

April 1994 word dikwels gesien as die begin van 'n nuwe demokrasie in Suid-Afrika.¹ Dit is 'n nuwe fase wat die grondslag gevorm het waaruit die uitgebreide proses van politieke en sosiale transformasie geloods kon word (cf Venter & Landsberg 2006). Politieke transformasie vervul 'n essensiële politieke funksie wat gedryf word deur politieke druk en die bereiking van sekere politieke doelwitte. In baie opsigte word dit ook gesien as 'n metode waardeur die sogenaamde “magshefboom” van die staat beheer kan word (Venter 2001: 116).

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika (1996) is die grondliggende gesag van Suid-Afrika se nuwe demokrasie. Dit dien nie net as verwysingspunt in die proses van transformasie en as die begin van die proses om die ongelykhede van die verlede en Suid-Afrika se apartheidsgeskiedenis uit te wis nie, maar om 'n demokratiese bedeling te vorm op die basis van die oppergesag van die reg. Die proses van transformasie kan dus slegs suksesvol geskied binne hierdie raamwerk.

Vir 'n transformasieproses wat effektief en deursigtig is moet die regering, politieke leiers en die publiek hulleself verbind om die verdeeldheid van die verlede te heel en 'n samelewing gegrond op demokratiese waardes, maatskaplike geregtigheid en basiese mense-regte te skep. 'n Grondslag moet dus gelê word vir 'n samelewing waarin die regering nie gegrondves is op die wil van die politieke leiers nie, maar op die wil van die bevolking en waar elke burger in gelyke mate deur die reg beskerm word, soos wat dit pertinent in die aanhef van die Grondwet vereis word.

Transformasie is onvermydelik in die nuwe grondwetlike bedeling en die gevolge verreikend. Nêrens is die tweeledige politieke en regsraad van 'n demokratiese samestelling egter meer belangrik as by die effektiewe funksionering van die howe nie. Om hierdie rol suksesvol te vervul, moet die howe sensitief wees vir beide die politieke en regs-kundige aspekte van die betrokke bedeling.

1 Hierdie artikel is gebaseer op 'n lesing gelewer tydens die Suid-Afrikaanse Akademie vir Wetenskap en Kuns se jaarlikse simposium, Bloemfontein, Junie 2006.

Die doel van hierdie artikel is om 'n uiteensetting te gee van die proses van politieke transformasie binne die raamwerk van Suid-Afrika se grondwetlike demokrasie. Dit behels 'n omskrywing en ontleding van die proses in Suid-Afrika en 'n kritiese bespreking en evaluering van die rol van transformasie in die Suid-Afrikaanse regstelsel en die belangrikheid van en invloed daarvan op 'n onafhanklike regbank in Suid-Afrika.

1. Politieke transformasie en die rol van die staat

Politieke transformasie word onder andere beskryf as

... a rapid, progressive, comprehensive and fundamental change of society, which takes the form of central planning [...] with emphasis on the management of change in general and conflict management in particular (Duvenhage 2004: 6).

Die ontwikkeling van 'n demokratiese gemeenskap staan sentraal tot hierdie regerings- en transformasieproses wat hoofsaaklik gemik is daarop om die politieke, sosiale en ekonomiese probleme van die verlede te bowe te kom. Om hierdie proses van verandering te bestuur, met 'n demokratiese gemeenskap as doelwit, is verskeie beleide geformuleer om die Suid-Afrikaanse gemeenskap te herenig en op te bou (ANC 2002: 1). Van hierdie beleide sluit in die ANC se Rekonstruksie- en Ontwikkelingsprogram witskrif van 1994, wat gesien moet word binne die konteks van die breë visie van politieke transformasie in Suid-Afrika wat ook die volgende doelwitte as belangrike prioriteite uiteensit:

- demokratiese instellings met klem op deelname en verteenwoordiging;
- 'n vooruitstrewende gemeenskap wat fokus op volhoubaarheid en ontwikkeling;
- sosiale ontwikkeling en dienslewering (ANC 1994: 7-11).

Hierdie visie is in ooreenstemming met die Grondwet wat die grondslag lê vir 'n verenigde, nie-rassige, nie-seksistiese en demokratiese Suid-Afrika. Volgens Duvenhage (2004) word politieke transformasie verder verhef tot die enigste aanvaarbare norm vir politieke verandering in Suid-Afrika en gevolglik moet 'n omskrywing van

politieke transformasie geskied binne die konteks van politieke verandering, wat verwys na die

... political adjustment or alteration [...] that influences the status quo in which the change process brings its peculiarity to the fore in terms of its nature [...], the range which the change process embraces and the political implications for the state (Duvenhage 2004: 1).

Transformasie word verder gesien as 'n onnatuurlike proses wat "goes against the grain of [...] creatures of habit" (Human 1998: 23). Dit behels 'n vinnige, progressiewe, omvattende en fundamentele politieke verandering van die gemeenskap. Verder verwys dit egter ook na 'n veel dieper en fundamentele verandering "that will not only change the outward appearance, but also the whole society including the underlying value systems" (Duvenhage 2004: 6-7). In hierdie opsig word transformasie 'n integrale deel van die ontwikkelingsproses.

Die grootste uitdaging vir transformasie is die realisering van 'n daadwerklike skuif van afhanklikheid na een van onafhanklikheid in die verhouding tussen die staat en die publiek. Hierdie skuif kan slegs geskied "if the state plays a dominant role in the development of society" (Human 1998: 23). In Suid-Afrika word sterk klem geplaas op sosiale transformasie en dit behels 'n gekompliseerde kultuurveranderingsproses wat slegs kan plaasvind deur die deelname van die publiek aan die prosesse van transformasie en ontwikkeling. Die staat en staatsinstellings dra groot verantwoordelikheid om die nodige leierskap aan die gemeenskap te verskaf en om hulle te bemagtig deur deelname.

Die staat moet die funksie vervul

... to simultaneously illustrate, intervene, decide, and impose while at the same time listening to the people, responding to their demands and wishes, and participating as a stakeholder (Human 1998: 50).

Die Grondwet maak dit in artikel 1 duidelik dat Suid-Afrika 'n demokratiese staat is wat gegrond is op 'n regering wat verantwoordingspligtigheid, 'n responsiewe ingesteldheid en openheid moet verseker. Gevolglik bevestig die ANC (1997: 2) dat demokrasie en ontwikkeling onlosmaaklik deel is van mekaar en nie geskei kan word

nie. In terme van die Rekonstruksie- en Ontwikkelingsprogram witskrif van 1994, verklaar die ANC dat

... the purpose of transformation is to create a people centred society which measures progress by the extent to which it has succeeded in securing for each citizen liberty, prosperity and happiness (ANC 1994: 5).

Suid-Afrika se eerste tien jaar van demokrasie word gekenmerk deur heelwat merkwaardige pogings, onder andere:

- Die uitbouing van 'n nuwe demokrasie;
- Die hou van vry en regverdige verkiesings;
- Die formulering van beleidsraamwerke;
- Strukturele veranderinge in 'n groot instelling soos die staats diens oor 'n kort tydspanne;
- Die ANC se beleids- en wetgewende hervormingsprogram wat suksesvol van stapel gestuur is;
- Aansienlike vordering ten aansien van die ontwikkeling en implementering van beleide.
- Instellings ter ondersteuning van ons grondwetlike demokrasie wat effektief begin funksioneer en 'n onafhanklike regbank.

Ten spyte van hierdie merkwaardige pogings het dit egter ook nie aan kritiek ontbreek nie en ernstige probleme en uitdagings staan Suid-Afrika steeds in die gesig. Die grondwetlike transformasie het in die praktyk weinig effek gehad op die lewe en omstandighede van baie. Stemreg kompenseer nie vir 'n gebrek aan werk, behuising, voedsel of sanitasie nie en die reg op die beskerming van menseregte nie vir armoede en verwaarlosing nie.

Instellings ter ondersteuning van ons grondwetlike demokrasie is tans ook onder groot druk en die middelpunt van grootskaalse ondersoek en kritiek. Hierdie instellings, soos die Openbare Beskermer en die Mensregtekommissie, is in terme van hoofstuk 9 van die grondwet ingestel om die grondwetlike demokrasie van die Republiek te versterk en is verder veronderstel om onafhanklikheid, onpartydigheid, waardigheid en doeltreffendheid aan die dag te lê. Die Openbare Beskermer is onlangs in die parlement deeglik voor stok gekry oor trae optrede deur sy kantoor en oneffektiewe hantering van klagtes. Hierdie optrede is maar van die enkeles wat veroorsaak

dat die publiek hulle vertroue in Suid-Afrika se onafhanklike instellings verloor.

'n Verdere essensiële kenmerk van 'n suksesvolle demokrasie en 'n deursigtige politieke transformasieproses is 'n onafhanklike regbank wat grondwetlike geskille tussen regeringsvlakke beslis. Dit speel 'n onmisbare rol in die regulering van die skeiding van magte tussen die sentrale en regionale regerings. In hierdie opsig vervul die howe "the role of a national conscience and play the role of a national political engineer as they monitor the separation of powers"(Barrie 1994: 466). Die mening bestaan egter ook verder dat die samestelling van die Suid-Afrikaanse howe en die regbank in besonder, steeds Suid-Afrika se apartheidsgeskiedenis weerspieël (vgl Mpati 2004). Die vraag is gevolglik nie of transformasie moet plaasvind nie, maar watter stappe geneem moet word om te verseker dat die transformasieproses effektief en deursigtig is en dat die onafhanklikheid van die regbank gerespekteer word. Hierdie belangrike aspek van transformasie en die regbank sal nou verdere aandag geniet.

2. Die regbank

Transformasie is nie 'n onbekende begrip nie. Reeds voor uniewording is die regbank gekonfronteer met die konsep van transformasie, hoewel nie na hierdie proses verwys is in dié betrokke terme nie. Dit is gekenmerk deur onder andere die oorgang van 'n grotendeels Engelse sisteem van prosesreg na 'n meer Romeins-Hollandse benadering en die daaropvolgende erkenning van Afrikaans as amptelike hoftaal naas Engels. Dit was ook opmerklik in die vyftigerjare van die vorige eeu met die afskaffing van die Britse Privy Council en die vervanging daarvan met die Appèlafdeling.

Hoewel vrou reeds met die inwerkingtrede van die Wet op Vroue Regspraktisyns (Wet 7 van 1923), toegelaat is om as advokate, prokureurs, aktebesorgers en notarisse toegelaat te word en te praktiseer, het dit steeds 46 jaar geneem vir die eerste vrou om as regter aangestel te word. Leo van den Heever word op 1 Julie 1969 die eerste vrou om as regter aangestel te word in die Noord-Kaapse afdeling van die hooggeregshof (Mpati 2004: 1-2).

Voor die inwerkingtrede van die Interim Grondwet (Wet 200 van 1993), is die aanstelling van regters gereguleer deur artikel 10 van die Wet op die Hooggeregshof (Wet 59 van 1959). Regters is aangestel deur die staatspresident op aanbeveling van die minister van Justisie, hoewel die mening bestaan het dat die minister in effek verantwoordelik was vir die aanstellings. Die eerste swart persoon wat as advokaat toegelaat is was Duma Nokwe, wat in 1956 lid van die Johannesburgse Balie geword het, gevolg deur onder andere Ismael Mahomed wat later Suid-Afrika se Hoofregter sou word (Bizos 2004: 23).

In die aanhef tot die Grondwet verbind die mense van Suid-Afrika hul om die grondslag te lê vir 'n demokratiese en oop samelewing waarin die regering gegrondves is op die wil van die bevolking en waar elke burger gelyk deur die reg beskerm word. Artikel 174(1) van die Grondwet bepaal uitdruklik dat enige toepaslik gekwalifiseerde vrou of man wat 'n geskikte en gepaste persoon is, as regterlike beampte aangestel kan word. Regters word nie meer deur die president op aanbeveling van die minister van Justisie aangestel nie, maar op aanbeveling van die Regterlike Dienskommissie, bestaande uit 23 afgevaardigdes wat die regsberoep in die breë verteenwoordig, insluitende die akademie, prokureursprofessie, advokateprofessie, en so meer.²

Een van die oogmerke van die Regterlike Dienskommissie is dus die transformasie van die regbank deur die aanstelling van gepaste swart- en vroue regspraktisyns, om gevolg te gee aan artikel 174(2) van die Grondwet wat bepaal dat die regbank in die breë die rasse- en geslagsamestelling van Suid-Afrika moet weerspieël. Dit kan saamgevat word in die volgende woorde:

[A] generally more diverse bench, with a wider range of backgrounds, experience and perspectives on life, might well be expected to bring about some collective change in empathy and understanding for the diverse backgrounds, experience and perspectives of those whose case come before them (Mpati 2004: 24).

2 Vir die aanstelling van regterlike beamptes en funksionering van die Regterlike Dienskommissie sien verder artikel 174(3) en (4) en artikel 178.

Die samestelling van die regbank het oor die afgelope meer as tien jaar aansienlik verander. Voor 1994 was daar maar twee senior swart regters, twee wit vroue regters en die res was almal wit manlike regters. Tien jaar later, teen Junie 2004, was daar 76 swart regters, 126 wit regters en 26 vroue regters waarvan 13 wit was en die res swart. Volgens statistiek van die Dept van Justisie en Grondwetlike Ontwikkeling is die regbank in 2005 saamgestel soos in Tabel 1 en Tabel 2.

3. Transformasie en die regbank

Regter Pius Langa, Suid-Afrika se eerste swart hoofregter beskou homself as 'n revolusionis as dit kom by transformasie. Volgens hom onderskryf die regbank enige prosesse wat transformasie fasiliteer en nie die onafhanklikheid van die howe in gedrang bring nie. Hy is oortuig daarvan dat die Suid-Afrikaanse regbank wel oor die nodige integriteit, onpartydigheid en onafhanklikheid beskik om die regstaatbeginsel sowel as die waardes van die Grondwet te erken en te eerbiedig, ten spyte van transformasie (Langa 2005: 1). In die praktyk lyk dit egter anders en die hoofregter het trouens onlangs opgemerk dat:

Justice had a white unwelcoming face with black victims at the receiving end of unjust laws administered by courts alien and generally hostile to them. The language of the courts was not that of the majority. Nor was the culture and social practises of the judicial officers that of the racial majority. The white face of justice was not only overwhelming and part of an oppressive discriminating system; it also failed to recognise the humanity of the victims of the apartheid system (Langa 2004: 1).

Volgens die hoofregter is dit dus nie 'n "question of changing [...] people" nie, maar "changing attitudes as well [...] the judiciary has got to be geared all the time to serving the people in terms of the values of the Constitution" (Langa 2005: 1). Op 'n vraag aan regter Chaskalson, voormalige hoofregter van Suid-Afrika, of die transformasieproses volgens hom op dreef is, het hy soos volg geantwoord:

Tabel 1: Rasse- en geslagsamestelling van die regbank in 2005

Hof	Swart		Wit		Indiër		Kleurling		Totaal
	Manlik	Vroulik	Manlik	Vroulik	Manlik	Vroulik	Manlik	Vroulik	
Konstitusionele Hof	5	1	3	1	1	-	-	-	11
Appèlhof	4	-	12	2	2	-	-	-	20
Noord-Kaap Hooggeregshof	2	-	2	-	-	-	1	1	6
Oos-Kaap Hooggeregshof (Grahamstad)	2	-	9	-	-	-	-	-	11
Port Elizabeth	-	1	3	-	2	-	-	-	6
Kaap Hooggeregshof	3	-	14	2	4	-	2	1	26
Vrystaat Hooggeregshof	2	-	9	-	-	1	-	-	12
Transvaal Hooggeregshof (Pretoria)	9	-	17	1	1	-	1	-	29
Johannesburg	5	3	14	3	3	1	-	-	29

Tabel 1: Rasse- en geslagsamestelling van die regbank in 2005 (vervolg)

Hof	Swart		Wit		Indiër		Kleurling		Totaal
	Manlik	Vroulik	Manlik	Vroulik	Manlik	Vroulik	Manlik	Vroulik	
Natal Hoogeregshof (Durban)	4	-	4	1	2	1	2	1	15
Pietermaritzburg	3	-	4	-	-	-	-	-	7
Bophuthatswana Hoogeregshof	2	2	1	-	-	-	1	-	6
Venda Hoogeregshof	2	-	-	-	-	-	-	-	2
Ciskei Hoogeregshof	2	-	1	-	1	-	-	-	4
Transkei Hoogeregshof	2	1	2	1	-	-	-	-	6
Grondseise hof	2	-	1	-	-	1	-	-	4
Arbeids- en Arbeids Appèlhof	1	-	-	1	-	1	1	-	4
Totaal	50	8	96	12	16	5	8	3	198

Tabel 2: Die rasse- en geslagsverdeling van advokate volgens statistiek van die Algemene Balieraad van Suid Afrika in 2004:

	Swart		Wit		Indiër		Kleurling		Totaal
	Manlik	Vroulik	Manlik	Vroulik	Manlik	Vroulik	Manlik	Vroulik	
SC	7	-	281	10	16	2	7	1	324
5 jaar en meer	58	8	670	89	37	8	9	4	883
Onder 5 jaar	115	27	215	69	33	28	15	11	513
Onafhanklik/nie-bydraend	21	5	68	38	4	2	8	5	151
Totaal	201	40	1234	206	90	40	39	21	1871

I think it is proceeding as quickly as it can. If you look at our history and go back to 1994, in the Supreme Court out of 200 judges there was only one black judge — the late Chief Justice Ismail Mahomed — and one woman judge, Leo van den Heever. There were two other black judges, Justice Madala in the Transkei and Justice Khumalo in Bophuthatswana. Today a third of the higher judiciary is black and 20% to 25% of judges are women. That is a significant change in a short period (Chaskalson 2002: 1).

Bo en behalwe die samestelling van die howe, moet die howe egter ook ten alle tye gerat wees om die gemeenskap te dien in terme van die waardes van die Grondwet. Bevoegdheid, integriteit en bekwaamheid is eweneens belangrike en noodsaaklike elemente en klem word gelê op verskeie eienskappe en kwaliteite waaroor regterlike beamptes moet beskik. Dit sluit in:

Experience, Scholarship, Dignity, Rationality, Forensic skill. Some measure of humility. Capacity for articulation. Discipline. Diligence. Intellectual integrity. Intolerance of injustice. Emotional maturity. Courage. Objectivity. Energy — both intellectual and physical. Rigour. Wisdom. Efficiency. A sense of relevance. The moral ability to distinguish right from wrong and sometimes the more agonizing ability to weigh two rights or two wrongs against each other (Mohamed 1998: 115).

Twee ander belangrike kwaliteite kan hierby gevoeg word, naamlik:

... a principled commitment to justice and the constitution and the rendering of justice in a comprehensible and accessible way (Cameron 2000: 141).

Die voormalige hoofregter van Zimbabwe, Enoch Dumbutshena, het eens gemeld dat:

It is up to the judges to make the legal system legitimate. Judges too must prove their own legitimacy. In order to be legitimate judges should see through their own eyes the condition of the ordinary people. When sitting on their high benches in the splendour of their robes, judges should look out through the window in order to see what is going on outside there, where their judgments have effect (Mpati 2004: 25).

Om die legitimititeit en onafhanklikheid van die regbank te handhaaf is egter nie net die plig van die hof of die betrokke regters self nie, maar ook van die politieke leiers en die publiek. Die Suid-Afrikaanse grondwet maak dit duidelik dat die regsprekende gesag

van die republiek by die howe berus. Die howe funksioneer onafhanklik en is slegs onderworpe aan die Grondwet en die reg en moet hulle funksies onpartydig en sonder vrees, begunstiging of vooroordeel toepas (artikel 165).

Al beskik ons regterlike beamptes dus oor al die nodige eienskappe en kwaliteite, sal geregtigheid nooit seëvier sonder die publiek se vertroue in 'n onafhanklike regbank nie. Ten einde dit te verseker is dit essensieel dat die onafhanklikheid, onpartydigheid, waardigheid, toeganklikheid, doeltreffendheid en bo alles, die onkreukbaarheid van die howe verseker word. Geen persoon of staatsorgaan mag op die funksionering van die howe inbreuk maak nie en dit geld ook vir politieke partye en leiers.

3.1 Die onafhanklikheid van die regbank

Independence is a central tenet of the [judiciary]. It is demanded so that judges can discharge their constitutional duty of deciding cases impartially, without fear or favour [...] The public must be assured that judicial officers are not subject to influence from any source, that their decisions will be implemented whether they are perceived to favour or be against government or powerful institutions within society that may be affected by them, and that judicial officers will not suffer any adverse consequences, as a result of decisions given by them (Chaskalson 2003: 660).

Die beginsel van regterlike onafhanklikheid en onafhanklikheid van die howe word in 'n verskeidenheid van nasionale en internasionale dokumente en beleide bevestig en word onder andere gesien as 'n fundamentele element in die beskerming van menseregte. Artikel 10 van die Universele Deklarasie van Menseregte (VN 1948) maak dit duidelik dat:

Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.

Dit word verder bevestig in artikel 26 van die Afrika Handves van Fundamentele en Menseregte (1981) wat voorsiening maak dat:

State parties to the present Charter shall have the duty to guarantee the independence of the Courts and shall allow the establishment and improvement of appropriate national institutions entrusted with the promotion and protection of the rights and freedoms guaranteed by the present Charter (Van de Vijver 2006: 1).

Regterlike onafhanklikheid en verantwoordbaarheid is algemene terme wat hand aan hand gaan in besprekings oor die Suid-Afrikaanse howe en regspleging. Daar kan tereg gevra word wat hierdie twee begrippe presies behels. Regterlike onafhanklikheid word algemeen verstaan as 'n regbank wat met vertroue beslissings kan neem en die reg kan toepas sonder vrees vir inmenging vanaf die ander vlakke van regering of enige private belange. Volgens Dikgang Moseneke, adjunk-hoofregter, is daar geen enkele omskrywing van wat bedoel word met die institusionele en substantiewe onafhanklikheid van die regbank nie. Die toets vir substantiewe onafhanklikheid is egter relatief eenvoudig en verwys na “judges in a particular jurisdiction being hampered or influenced in a manner in which they arrived at a decision in the course of their tribunals” (Anon 2005).

Regterlike verantwoordbaarheid daarteenoor is heelwat moeiliker om te omskryf. Dit kan onder meer verwys na die volgende:

- die afwesigheid van vooroordeel of persoonlike belang van 'n regter by 'n betrokke saak;
- weerhouding van ongeoorloofde optrede in 'n amptelike hoedanigheid soos enige diskriminerende opmerkings;
- weerhouding van ongeoorloofde optrede in 'n persoonlike hoedanigheid soos teistering van kollegas;
- navolging van die waardes van die Grondwet en handhawing van etiese standaarde; en die
- behoorlike uitoefening van regterlike diskresie (Seedat 2005: 5).

Die rol van die uitvoerende gesag is om wetgewing en beleide te implementeer. Daarteenoor is die plig van die regsprekende gesag die interpretasie van nasionale beleide en wetgewing en vind uiting in die stelreël *ius dicere non facere* — regters spreek reg; hulle skeep dit nie. Blinde navolging van regeringsbeleide deur die howe maak beslis nie deel uit van wat die Suid-Afrikaanse Grondwet en demokrasie van die regbank vereis nie:

The independence of the judiciary from the executive branch of government is fundamental because the judiciary could never resolve disputes concerning the executive if it was part of the executive or answerable to it [...] The judiciary is concerned with government policy and action only to ensure the executive conforms with the requirements of legality and does not violate the bill of rights (Unterhalter & Fritz 2006).

Een van die pilare waarop Suid-Afrika se grondwetlike demokrasie rus is dus die skeiding van magte tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag wat verseker dat elke vlak van regering nie die magte wat aan hom toegedeel is oorskry nie.³ Hierdie skeiding verseker juis dat die onafhanklikheid van die howe beskerm word, maar in die praktyk is dit heelwat moeiliker om toe te pas. Dit blyk duidelik uit die kommer en kritiek wat na vore gekom het oor die voorgestelde wysigings aan die Grondwet en die moontlike inbreukmaking ten aansien van die onafhanklikheid van die howe wat dit tot gevolg kan hê.

3.2 Is die onafhanklikheid van die howe in gedrang?

Verskeie nuwe wetsontwerpe het onlangs die lig gesien waarvan verskeie handel met die hervorming met betrekking tot regterlike optrede, dissipline, en onderwys en die opleiding van regterlike beamptes. Kommer oor die onafhanklikheid van die howe het veral ontstaan met die publikasie van die Veertiende Wysigingswet op die Grondwet en die voorgestelde Wet op Hooggeregshowe.

Die Veertiende Wysigingswet op die Grondwet, 2005, is gepubliseer by wyse van 'n Algemene Kennisgewing op 14 Desember 2005 in die Staatskoerant. Hoewel die minister van Justisie, me Brigitte Mabandla, en haar adjunk, mnr Johnny de Lange van mening was dat die wysigingswet niks sal verander aan die onafhanklikheid van die howe en die skeiding van magte nie, was dit egter nie so maklik om die lede van die regbank en regsakademië daarvan te oortuig nie. Konsensus bestaan steeds onder dié geledere dat die belangrike grondwetlike pilare van die demokrasie inderdaad in gedrang is (Du Plessis 2006: 14).

3 Die skeiding van magte vereis dat daar 'n onafhanklike regbank is. Vergelyk die beslissing in *In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, 1996 (4) SA 744 (CC) (The First Certification — beslissing) op 814E para [123]. Die beginsel is verder beklemtoon deur regter Chaskalson in die beslissing van *South African Association of Personal Injury Lawyers v Heath and Others* 2001 (1) SA 883 (CC) op para 25 en 26.

Die wysigingswet maak onder andere voorsiening daarvoor dat:

- die betrokke Minister van Justisie gesag sal hê oor die administrasie en begrotings van alle howe;
- die Hoofregter aan hoof sal staan van die regterlike gesag en verantwoordelik sal wees vir die instelling van norme en standarde vir die uitoefening van judisiële funksies van alle howe;
- die President die alleenreg sal hê om senior waarnemende regters- en regters-presidente aan te stel;
- die Konstitusionele Hof se jurisdiksie uitgebrei word om die aanhoor van gewone appèlle in te sluit waar dit in die belang van geregtigheid is;
- geen Hof enige aangeleentheid wat betrekking het op die opskorting van 'n parlements wet of provinsiale wet mag aanhoor nie, en ook geen bevel mag maak vir die opskorting van sodanige wette nie (Anon 2006a).

Hierdie wysigings sal nou in nadere besonderhede bespreek word.

Die wysigingswet maak voorsiening dat die minister van Justisie gesag sal hê oor die administrasie en begrotings van alle howe. Tot nou toe was die administrasie van die howe die plig van die hoofregter, die president van die Appèlhof en die onderskeie regter-presidente. Regter Bertelsman, regter van die Hooggeregshof in Pretoria, is van mening dat geen verandering aan die huidige sisteem genoodsaak word nie, maar dat dit in teendeel 'n fundamentele inbreukmaking op die onafhanklikheid van die howe daar kan stel (Bertelsmann 2006: 2).

Kommer bestaan dat dit ook kan beteken dat die betrokke minister of amptenaar deur haar aangewys, kan bepaal wie watter sake moet aanhoor en die mening bestaan dat dit die deur wyd sal ooplaai vir politieke manipulasie van die regspraak, al bevestig die minister wel dat dit nie die bedoeling is nie (Du Plessis 2005: 14). Die blote feit dat so 'n moontlikheid wel deur die wetgewing geskep word, is myns insiens reeds voldoende grond vir beswaar.

Verder is dit belangrik om te besef dat die uitoefening van die hof se regterlike funksie onlosmaaklik deel vorm en afhanklik is van die wyse waarop howe self funksioneer en geadminestreer word. Administratiewe onafhanklikheid van die howe was en is 'n belangrike komponent van regterlike onafhanklikheid.

In terme van die voorgestelde wysiging van artikel 174 en 175 van die Grondwet, met betrekking tot die aanstelling van regterlike beamptes en waarnemende regters, word slegs vereis dat die president oorleg pleeg met die hoofregter in teenstelling met die instemming van die hoofregter wat tans vereis word.

Verder kan geen waarnemende regter van die Konstitusionele Hof tans aangestel word deur die president tensy sodanige persoon aanbeveel is vir aanstelling deur die kabinetslid wat vir die regspleging verantwoordelik is nie, en handelend met die instemming van die hoofregter (Artikel 175(1)). Daarteenoor bepaal die wysigingswet dat die president die waarnemende adjunk-hoofregter, 'n regter van die Konstitusionele Hof, adjunk-president van die Appèlhof of enige adjunk-regterpresident van 'n afdeling van die Hooggeregshof kan aanstel na slegs die nodige oorlegpleging met die hoofregter.

Hierdie wysigings maak dus duidelik voorsiening vir politieke aanstellings en kan derhalwe beskou word as 'n klap in die gesig van die hoofregter. Dit is duidelik dat:

... the executive wants the power to override an objection by the Chief Justice to an appointment to, *inter alia*, the highest courts of the country. It must be borne in mind that the appointees to the Constitutional Court need not even be judges — they could be political cronies (Bertelsmann 2006: 4).

Die wysigingswet beoog ook verder om artikel 172 van die Grondwet, wat handel met die bevoegdhede van die houe in grondwetlike aangeleenthede te wysig deur die invoeging van subartikel (3), wat soos volg lees:

Despite any provision of the Constitution, no court may hear a matter dealing with a suspension of, or make an order suspending, the commencement of an Act of Parliament or a provincial Act.

Die gevaar wat hierdie wysiging vir die onafhanklikheid van die houe inhou is duidelik. Hoewel die bevoegdheid van die Konstitusionele Hof om 'n betrokke wet ongrondwetlik te verklaar of die nodige tussentydse bevel te maak nie geraak word nie, word hierdie bevoegdhede tog in 'n mate beïnvloed deur die feit dat nie alle aangeleenthede — selfs al is dit van 'n grondwetlike aard — aangehoor en gefinaliseer kan word as 'n saak van dringendheid nie. Hangende

die finale bevel van ongeldigverklaring, kan onherroeplike skade aan duisende mense berokken word deur hierdie onvermoë van die howe om die inwerkingtrede van 'n duidelik ongrondwetlike parlements- of provinsiale wet te verhoed. Bertelsman (2006: 4) verklaar soos volg in hierdie verband:

It is difficult to understand why a government that prides itself on its democratic roots, heritage and history, would wish to introduce an amendment as controversial as this into what has been hailed worldwide as a truly democratic Constitution. The intended amendment of section 72 of the Constitution represents a very real danger that the first, albeit small, step will be taken away from a constitutional dispensation.

In die lig van bogenoemde wysigings is dit duidelik dat daar rede tot kommer kan wees. Dit is egter duidelik dat die regering hom vasgeloop het in 'n muur van verset oor die voorgename grondwetlike wysigings oor die bestuur en struktuur van die land se howe. Voorbehoude deur van die land se voorste juriste, onder andere hoofregter Pius Langa, oud-hoofregter Arthur Chaskalson en oud-regter Johann Kriegler, sal hopelik die skaal swaai teen die voorgename wysigings (Du Toit 2006: 2). Langa, Chaskalson, Kriegler, en die bekende adv George Bizos, SC, is van die vooraanstaande juriste wat hulle stemme op 'n konferensie van die Balieraad van Suid-Afrika (BSA) gevoeg het by dié van die toenemende aantal regters, regsgeleerdes, regsakademië en burgerlike organisasies met wesenlike voorbehoude oor die wysigings (Du Toit 2006: 2). Chaskalson is van mening dat “the rule-making process has been taken away from the court” en dat “the evolving process of independence has been stopped and reversed” (Chaskalson 2006: 3).

Die Algemene Balieraad van Suid-Afrika het hulle ook duidelik geskaar agter die kritici en die feit beklemtoon dat die voorgename grondwetlike wysigings 'n inmeniging in die onafhanklikheid van die howe daarstel:

There is a legitimate concern that the executive is centralising and taking over functions in a way that either directly or indirectly impacts upon judicial independence and upon the perception of judicial independence (Anon 2006b).

Uit senior regskringe is die mening gelug dat 'n mate van magsbehepthheid beslis steeds aanwesig is en dat die huidige gebeure maar net 'n voortsetting is van die ou magstryd tussen die regbank en die politici oor bepaalde terreine (Du Toit 2006: 2). Dit is duidelik dat dit nie gaan oor transformasie nie, maar oor beheer en dat hierdie betrokke beheer in die hande van die minister geplaas word:

[T]hese bills have got nothing to do with transformation, but everything to do with control, which is now the minister's responsibility (Chaskalson 2006: 3).

Volgens die minister was die *rationale* vir die Wysigingswet die hervorming van die regstelsel op 'n wyse "... that is lasting and durable. What we looked at was transformation. We hoped this would enable the fast-tracking of that" (*The Citizen* 2006). Geen verstandige regsgeleerde ontken die behoefte aan transformasie nie, en soos regter Krieglter tereg opmerk "facilitating transformation did not mean the independence of the judiciary had to be sacrificed" (Chaskalson 2006: 3). Die beginsel van skeiding van magte, waarvan die onafhanklikheid van die howe 'n belangrike element is, is die enigste wyse van beskerming teen die misbruik van staatsgesag.

Die Grondwet skep dus 'n grondwetlike demokrasie gebaseer op die beginsel van *trias politica*. Vir die regbank om sy hersieningsbevoegdhede ten aansien van die ander vlakke van regering effektief uit te oefen, is dit onontbeerlik dat enige voorgestelde prosesse deursigtig en deeglik getoets moet wees om toe te sien dat die onafhanklikheid van die regbank in die proses behoue bly.

4. Gevolgtrekking

It is political leadership, the privileged, the skilled, business people, leaders in civil society, universities, labour unions, and most important of all, the public manager, who carry the burden of the future. They have to effect transformation, with all the sacrifice this entails, not for themselves, but for the future of their society. It is they who have to take the road less travelled (Human 1998: 22).

Human (1998: 4) blyk korrek te wees in sy waarneming dat "not only institutions, but people matter. Institutions and organizations are only as effective as the people who run them".

Vir gemeenskapsontwikkeling en die effektiewe proses van transformasie is die betrokkenheid en deelname van die gemeenskappe noodsaaklik en die onderskeie vlakke van regering moet erns maak met die klem wat in die Grondwet geplaas word op samewerking en koördinasie ten einde effektiewe regering, doeltreffende administrasie en goeie dienslewering te bevorder:

The process of transformation cannot be solely entrusted to those in national government, and until the ownership of government is a practical reality at local community level the transformation of the society will not be complete (CDRA 1998: 6).

Dit word verder bevestig deur regter Chaskalson (2002: 1) in die volgende woorde:

I believe that there is a need for positive action to ensure that the transformation keeps underway. It is a situation which will be rectified over a period of time if the necessary action is taken. It is important that this action should be taken.

Hierdie pogings kan groter deursigtigheid, deelname en verantwoordheid tot gevolg hê en demokrasie in Suid-Afrika versterk. Vir 'n deursigtige transformasie-proses wat die demokratiese waardes en ontwikkeling in Suid-Afrika steun en versterk, benodig ons wyse, weldeurdagte en deursigtige leierskap. Nie net vanaf die regbank, die balie en regsakademië nie, maar spesifiek van politieke partye en leiers. Dit is nie die proses van transformasie wat die vertroue van die publiek in die regsisteem en ons demokratiese bedeling as geheel ondermyn nie, maar die ondeurdagte woorde en optrede aan die kant van politieke leiers en regspraktisyns.

Bibliografie

AFRICAN NATIONAL CONGRESS [ANC]

1994. Reconstruction and Development Programme (RDP) White Paper. Discussion paper. September 1994.

<<http://www.anc.org.za/ancdocs/policy/white.html>>

1997. Draft strategy and tactics of the African National Congress.

<http://www.anc.org.za/show.php?doc=./ancdocs/ngcouncils/2005/strat_tactics.html>

2002. Transforming the state and governance.

<<http://www.anc.org.za/ancdocs/pubs/umrabulo/umrabulo16/transformation.html>>

ANONIEM

2005. Most judges 'support change'. *News24*, 27 Mei 2005.

<http://www.news24.com/News24/South_Africa/News/0,6119,2-7-1442_1711660,00.html>

2006a. Flak on courts bill 'rubbish'. *News24*, 16 Januarie 2005.

<http://www.news24.com/News24/South_Africa/Politics/0,2-7-12_1864007,00.html>

2006b. Bar Council 'concerned'. *News24*, 30 Januarie 2005.

<http://www.news24.com/News24/South_Africa/News/0,6119,2-7-1442_1872258,00.html>

BARRIE G

1994. A plea for federalism in the final constitution. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 57(3): 461-7.

BERTELSMANN E

2006. Comments on the Constitutional Fourteenth Amendment Bill, 2005. *De Rebus* March 2006.

<<http://www.derebus.org.za/nxt/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=derebus:10.1048/enu>>

BIZOS G

2004. The Johannesburg Bar and Others v Apartheid. Eiselen (ed) 2004: 23.

CAMERON E

2000. A 'single judiciary': some comments. *South African Law Journal* 117(1): 141-51.

COMMUNITY DEVELOPMENT RESOURCE ASSOCIATION, THE (CDRA)

1998. Transformation and development: a South African perspective.

<<http://www.cdra.org.za/articles/Transformation%20and%20Development%20-%20A%20South%20African%20Perspective%20-%20by%20James%20Taylor.htm>>

CHASKALSON A

2002. Extract of interview with Chief Justice Arthur Chaskalson, *De Rebus* March 2002.
<http://www.probono.org.za/news_interview.htm>

2003. Address at the opening of the Judges' Conference. *South African Law Journal* 120(4): 657-63.

2006. Judges' bills worry. *Business Day* 20 Februarie 2006: 3.

DU PLESSIS T

2006. Howe bedreig. *Rapport* 5 Februarie 2006: 14.

DU TOIT Z B

2006. Regtersprotes stuit dalk wysiging van Grondwet. *Rapport* 19 Februarie 2006: 2.

DUVENHAGE A

2004. Political transformation: a conceptual orientation and South African application. Unpubl presentation at the conference of the South African Association of Sociology, University of the Free State, Bloemfontein, 27-30 June 2004.

EISELEN S (ed)

2004. *The Johannesburg Bar — 100 years in pursuit of excellence*. Durban: Lexis Nexis, Butterworths.

HUMAN P

1998. *Yenza: a blueprint for transformation*. Cape Town: Oxford University Press.

LANGA P

2004. Judging in a democracy: the challenge of change. Unpubl inaugural lecture, University of the Free State, Bloemfontein, 6 October 2004.

2005. Langa confident about independence of judiciary. *SABC News* 4 Maart 2005.

MOHAMED I

1998. The role of the judiciary in a constitutional state. *South African Law Journal* 115(4): 658-68.

MPATI L

2004. Transformation in the judiciary — a constitutional imperative. Inaugural lecture, University of the Free State, Bloemfontein, 6 October 2004.

SEEDAT S

2005. Debating the transformation of the judiciary: rhetoric and substance. *ePolitics* 2005(3): 1-19.

THE CITIZEN

2006. Judges need to adhere to ethical codes: Minister. *The Citizen* 13 Februarie 2006.
<http://www.citizen.co.za/index/popup.aspx?Type=PrintPage&pD_esc=13337,1,22>

UNTERHALTER D & N FRITZ

2006. ANC confuses compliance with constitutional fidelity. *Business Day* 14 Jan 2006: 4.

VAN DE VIJVER L (ed)

2006. *The judicial institution in Southern Africa*. Cape Town: SiberInk.

VENTER A

2001. *Government and politics in the new South Africa*. Johannesburg: Van Schaik.

VENTER A & C LANDSBERG (eds)

2006. *Government and politics in the new South Africa*. 3rd ed. Pretoria: Van Schaik.

VERENIGDE NASIES (VN)

1948. Universal Declaration of Human rights, adopted and proclaimed by general Assembly resolution 217 A (III) of 10 December 1948. <<http://www.un.org/Overview/rights.html>>