

Outeur: E Bertelsmann

**DIE ROL VAN EN BEPERKINGS OP DIE REGBANK OM SOSIALE VREDE IN SUID-
AFRIKA TE BEVORDER**

ISSN 1727-3781



2012 VOLUME 15 No 2

<http://dx.doi.org/10.4314/pelj.v15i2.1>

DIE ROL VAN EN BEPERKINGS OP DIE REGBANK OM SOSIALE VREDE IN SUID-AFRIKA TE BEVORDER

E Bertelsmann*

1 Opening

Dankie vir die onverdiende eer wat iemand ontvang wie se verbintenis met Potchefstroom tot 'n paar besoeke tydens diensplig in die sestigerjare, twee Rondgange en die bywoning van verskeie Aardklopfeeste beperk is. Ek wil nederig my erkentlikheid betoon.

My raakpunte met Oud-President F W de Klerk behoort my met die eerste oogopslag as 'n spreker by hierdie gedenkrede uit te sluit. Ek is oortuig daarvan dat ek die eerste gas is wat die Oud-President wat vanaand vereer word, gedagvaar het. Dit was darem slegs in my professionele hoedanigheid as advokaat. In 1992 het hy 23 senior Weermagoffisiere afgedank in die sogenaamde "Nag van die Generaals". Verskeie onder hulle was betrokke by die verrigtinge van die Harmskommissie, hoofsaaklik as getuies wat van medepligtigheid by onwettige moordbendes verdink was of oor inligting daaroor beskik het. Ek het voor die Harmskommissie vir Max du Preez, Die Vrye Weekblad, wyle dr Dullah Omar en die families van verskeie slagoffers van moordbendes opgetree. Daar was gerugte dat die BSB my op sy moordlys gesit het. Die generaals en ek was nie op goeie voet nie. Toe hulle afgedank word, vra hulle my om vir hulle in hulle skadevergoedingsaksie teen onder andere die destydse President op te tree. Ek was nie min verbaas nie en sê-vra toe dat ons nog heelyd in teenoorgestelde kampe was. Hulle leier antwoord toe "Ja, maar ons het nou 'n advokaat nodig wat nie met die baas se stem praat nie." Toe dagvaar ons "pienk Frikkie", soos my kliënte na die agbare Staatspresident verwys het. Ons het later geskik – toe blyk dit dat een van die manne wat ek verteenwoordig het, as lid van die BSB opdrag gehad het om my te skiet – wat hy dalk sou gedoen het as Mnr F W de Klerk se optrede nie 'n nuwe orde geskep het nie.

* Eberhard Bertelsmann. Regter van die Hooggeregshof, Noord-Gauteng. FW de Klerklesing gelewer te Potchefstroom op 20 Februarie, EBertelsmann@justice.gov.za.

Deur sy toedoen is ek tot die beste van my wete die enigste advokaat in die geskiedenis wat vir sy eie sluipmoordenaar in 'n hofgeding opgetree het en dit oorleef het.

2 Om nie met die baas se stem te praat nie

Hierdie treffende frase vat die belangrikste eienskap van die regsprofessie en die regbank pragtig raak. Dit is in ons huidige tydvak, waar ons tekens van 'n moontlik toenemende ongemoedelikheid in die interaksie tussen regbank en uitvoerende en wetgewende gesag waarneem, van toepassing. Onafhanklikheid ken geen baas nie en kan geen voorskrifte van buitestaanders verduur nie. In die agtste FW de Klerklesing¹ het Mnr de Klerk gesê:

Die konvensie waarop demokrasie rus is dat vrae rondom politieke mag nie beslis moet word deur verwoestende en verdelende konflik nie, maar deur vrye en regverdige verkiesings. Die noodsaaklike afleiding hiervan is dat wenners van verkiesings die burger- en politieke regte van die verloorders moet respekteer. Hierdie proses moet gereguleer word deur grondwette en handveste van regte en moet bereg word deur regverdige en onafhanklike howe. In 'n sin word grondwette hoofsaaklik opgestel om die belange van minderhede en individue wat nie mag besit nie te beskerm – aangesien meerderhede gewoonlik hul beheer van staatsmag kan gebruik om hul eie belange te beskerm. In die geval van Suid-Afrika is dit veral belangrik.

Die nuwe bedeling wat deur Staatspresident De Klerk se optrede teweeggebring is, het ontsaglike uitdagings gestel aan 'n Grondwet wat menswaardigheid, gelykheid en 'n verbod op diskriminasie as fundamentele regte in sy handves veranker. Die verskille tussen ras en klas, geleerd en ongeletterd, bevoorregtes en benadeeldes, tussen diegene wat toegang tot dienste het en diegene wat in krotbuurte bly, was en is kras. 'n Gemeenskap met elf amptelike tale, met hemelhoë werkloosheidssyfers, met 'n relatief klein aantal uitmuntende en baie swak skole wat hoofsaaklik op rasgrondslag verdeel was, is 'n potensiële resep vir onrus en opstand. Die feit dat daar na 21 jaar nog relatiewe vrede in ons land heers, is enersyds 'n wonderwerk en andersyds 'n pluimpie vir ons "regverdige en onafhanklike howe" wat in die twee dekades talle dispute moes oplos wat rondom maatskaplike geregtigheid – of die

1 De Klerk 2010 *PER*.

gebrek daaraan – ontstaan het; maar ook vir 'n gemeenskap wat ten spyte van ontsaglike frustrasies relatiewe vrede bewaar het.

3 Maatskaplike vrede – "social peace"

Die woord "peace" het sy ontstaan uit die Latynse *pax*, wat op die afwesigheid van maatskaplike konflik dui. *Wikipedia* definier vrede ("peace") as:²

... a state of harmony characterised by the absence of violent conflict. Commonly understood as the absence of hostility, peace also suggests the existence of healthy or newly healed interpersonal or international relationships, prosperity in matters of social or economic welfare, the establishment of equality, and a working political order that serves the true interests of all.

Die onlangse Arabiese revolusies het bewys gelever dat groot verskille tussen arm en ryk 'n groot bedreiging vir maatskaplike vrede inhou.

Die eise en aansprake wat tans die openbare debat oorheers, weerspieël hierdie uitdagings: nasionalisering van myne, banke en finansiële instellings, omgewingsbewaring, veral besoedeling en renoosterstropery, grondeise en herverdeling van "gesteelde" grond, onderwys en armoedeverligting, infrastruktuurontwikkeling, misdad en korrupsie, geweld teen vroue en kinders en, les bes, die magte van die Konstitusionele Hof: – "ieder woelt hier om verandering." Die Grondwet verklaar in die Aanhef dat bestaande ongelykhede uitgeskakel moet word om 'n regverdigde maatskaplike orde te skep waarin gelykheid 'n fundamentele waarde is.

The people of South Africa are committed to the attainment of social justice and the improvement of the quality of life for everyone. The preamble to our Constitution records this commitment. The Constitution declares the founding values of our society to be (h)uman dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms.³

2 Anon Date Unknown en.wikipedia.org.

3 *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* 2000 11 BCLR 1169 (CC) per Yacoob R.

In *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)* sê Hoofregter Chaskalson⁴ onder meer die volgende:

We live in a society in which there are great disparities in wealth. Millions of people are living in deplorable conditions and in great poverty. There is a high level of unemployment, inadequate social security, and many do not have access to clean water or to adequate health services. These conditions already existed when the Constitution was adopted and a commitment to address them, and to transform our society into one in which there will be human dignity, freedom and equality, lies at the heart of our new constitutional order. For as long as these conditions continue to exist that aspiration will have a hollow ring.

Die regbank het dus die opwindende en tegelykertyd soms skrikwekkende uitdaging om sosiale of maatskaplike vrede te bevorder deur gestalte en inhoud aan die grondliggende waardes te gee wat in die Grondwet veranker is. Hoe groter die rol wat hulle in die daaglikse lewe van die gemeenskap speel, hoe nader kom die ideal van maatskaplike vrede.

'n Oorsigtelike, gedeeltelike beskouing van die regspraak sedert die demokratiese bedeling tot stand gekom het, wat vanweë die raamwerk van hierdie lesing noodwendig erg oppervlakkig moet wees, toon aan dat die howe wel 'n nuwe bedeling tot stand help bring het.

Menswaardigheid, wat onbestaanbaar is met wrede en buitengewone strawwe, is reeds in die afskaffing van die doodstraf in *S v Makwanyane & Another* 1995 (3) SA 391 (KH) as die rigtinggewende beginsel van die Grondwet aanvaar en telkemale het die howe daarna beklemtoon dat mense in ooreenstemming daarmee behandel moet word:⁵

...courts need on the one hand to be aware of the enormity of the task that Governments perform in seeking to "(i)mprove the quality of life of all citizens" and be astute not to impair the government's ability to perform this task. On the other hand, courts must not permit government to treat citizens in a manner that is not consistent with human dignity while pursuing laudable programmes.

4 *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)* 1998 1 SA 765 (CC) para [8].

5 *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes* 2010 3 SA 454 (CC) per O'Regan R.

In hierdie beslissing is, soos ook in *Beja v Premier of the Western Cape* 2011 (10) BCLR 1077 (WCC) die nood van mense sonder heenkome en behuising - of menswaardige toilette – aangespreek. Vergelyk ook Ngcobo r (soos hy toe was) in *Hoffmann v South African Airways*:⁶

At the heart of the prohibition of unfair discrimination is the recognition that under our Constitution all human beings, regardless of their position in society, must be accorded equal dignity.

Gelykheid word dikwels aan menswaardigheid gekoppel en het eweneens die onderwerp van 'n veeltal beslissings gevorm.⁷

Deur Wet 4 van 200, die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*, is die Gelykheidshof geskep wat miskien minder prominent funksioneer as wat verwag is, maar nietemin belangrike bydraes gelewer het deur rassistiese uitlatings aan te spreek, die gebruik van Afrikaans in ouditeurseksamens te bevorder en om die gebruik van haatspraak te belet en vryheid van spraak daardeur in te kort.⁸

Die insluiting van die sosio-ekonomiese regte gee die Grondwet 'n duidelike transformatiewe karakter en funksie. Reeds in die sertifiseringsuitspraak het die KH bevind dat hierdie regte nie net riglyne daarstel nie, maar beregbaar en afdwingbaar is.⁹ Indien hulle nie positief afdwingbaar sou wees nie, moes hulle ten minste negatief teen vergrype beskerm word.

Daar het egter nooit enige ernstige twyfel daaroor bestaan dat hulle wel positief afdwingbaar is nie. Hulle verleen stukrag aan die noodsaak om 'n maatskaplike orde teweeg te bring wat gelykheid nastreef en waar beskikbare hulpbronne op 'n eweredige wyse verdeel word. Juis daarom het verskeie juriste betoog dat elke sodanige reg 'n sogenaamde "core" of kerninhoud moet verkry wat 'n

6 *Hoffmann v South African Airways* 2001 1 SA 1 (CC) para [27].

7 Soos bv *Brink v Kitshoff* 1996 4 SA 197 (CC) en *Satchwell v The President of the Republic of South Africa* 2002 6 SA 1 (CC).

8 *Afriforum v Malema* 2011 (6) SA 240 (EqC).

9 *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 1996 4 SA 744 (CC) para [78].

minimumstandaard skep waarop elke individu by die verwesenliking daarvan kan aandrang.¹⁰

Die sosio-ekonomiese regte is egter deur die Konstitusionele Hof telkemale uitgelê op 'n wyse wat die historiese konteks by die toepassing daarvan in gedagte hou.¹¹ Die gevolge van apartheid moet reggestel word. Al verskyn die litigasie oor sosio-ekonomiese regte in die gewaad van 'n enkele eiser moet die regshulp daarop gemik wees om die belange van die gemeenskap as geheel, en die Staat se vermoë om maatskaplike en sosio-ekonomiese dienste te lewer, in aanmerking te neem. Die manier waarop die hof, en by name die Konstitusionele Hof, hierdie kwessie benader, is as "distributive" regspleging beskryf.¹² (Die Groot Woordeboek vertaal "distributive" met o.a. "verdelend" of "verpreidende". In ons konteks is "gemeenskapsbetrokke" m.i. nader aan die kol.)

Sosio-ekonomiese regte en gepaardgaande aansprake word in artikels 25 (grondregte), 26 (behuising), 27 (gesondheidsorg, voedsel, water en maatskaplike sekerheid) veranker, waarby die gewaarborgde onderwys en taalregte in artikels 29 en 30 gevoeg moet word. Kinders se belange geniet voorrang (artikel 28).

Die reg op behuising asook gesondheidsorg, voedsel, water en maatskaplike versorging is onderworpe aan die beperking dat die reg slegs toegang tot sodanige dienste waarborg en ondergeskik is aan die staat se vermoë om dit uit sy beperkte bronne te verskaf.

Maatskaplike ontwikkeling, basiese onderwys, armoedeverligting, regstellende aksie, grondeise en basiese onderwys is in die eerste instansie die owerheid se plig, wat beleid en dienslewering moet bepaal.

Die drie vernaamste beslissings wat met die toepassing van sosio-ekonomiese regte handel waarvan die reikwydte deur die Grondwet beperkend uitgelê word, is

10 Sien in hierdie verband Liebenberg 2002 *Law, Democracy and Development* 159.

11 De Vos 2001 *SAJHR* 262.

12 Mbazira 2008 *SALJ* 71.

Soobramoney,¹³ *Minister of Health v TAC (2)*,¹⁴ (die reg op gesondheidsorg) en *Grootboom* (die reg op behuising).¹⁵ In *Grootboom* het Yacoob R in paragraaf [94] bevestig dat hierdie fundamentele regte se verwesenliking in die Grondwet direk aan die Staat se vermoë gekoppel word om dit op 'n redelike basis te lewer, maar dat die howe nogtans kan toesien dat dit afgedwing word indien die Staat versuim om hierdie (beperkte) verpligting na te kom:

I am conscious that it is an extremely difficult task for the State to meet this obligation in the conditions that prevail in our country. This is recognised by the Constitution which expressly provides that the State is not obliged to go beyond available resources or to realise these rights immediately. I stress, however, that despite all these qualifications, these are rights, and the Constitution obliges the State to give effect to them. This is an obligation that the Courts can, and in appropriate circumstances, must enforce.

En in paragraaf [33]:

The determination of a minimum core in the context of "the right to have access to adequate housing" presents difficult questions. This is so because the needs in the context of access to adequate housing are diverse: there are those who need land; others need both land and houses; yet others need financial assistance. There are difficult questions relating to the definition of minimum core in the context of a right to have access to adequate housing, in particular whether the minimum core obligation should be defined generally or with regard to specific groups of people. As will appear from the discussion below, the real question in terms of our Constitution is whether the measures taken by the State to realise the right afforded by s 26 are reasonable. There may be cases where it may be possible and appropriate to have regard to the content of a minimum core obligation to determine whether the measures taken by the State are reasonable. However, even if it were appropriate to do so, it could not be done unless sufficient information is placed before a Court to enable it to determine the minimum core in any given context. In this case, we do not have sufficient information to determine what would comprise the minimum core obligation in the context of our Constitution. It is not in any event necessary to decide whether it is appropriate for a Court to determine in the first instance the minimum core content of a right.

En in paragraaf [38]:

Courts are ill-suited to adjudicate upon issues where court orders could have multiple social and economic consequences for the community. The Constitution contemplates rather a restrained and focused role for the courts, namely, to require the state to take measures to meet its constitutional obligations and to subject the reasonableness of the measures to evaluation. Such determinations of

13 *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)* 1998 1 SA 765 (CC).

14 *Minister of Health v TAC (No 2)* 2002 5 SA 721 (CC).

15 *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* 2000 11 BCLR 1169 (CC).

reasonableness may in fact have budgetary implications, but are not in themselves aimed at rearranging budgets. In this way the judicial, legislative and executive functions achieve appropriate constitutional balance.

Die Konstitusionele Hof het hom dus duidelik op die standpunt gestel dat daar geen sogenaamde fundamentele of minimum voldoeningsvereiste bestaan wat aan elke persoon in Suid-Afrika 'n minimum aanspraak ten opsigte van elke sosio-ekonomiese reg sou gee nie.

Die opsigtelike uitdaging wat daar vir sowel die howe en die gemeenskap in hierdie benadering vervat is, is die feit dat die redelikheidsmaatstaf waarmee die Staat se prestasie gemeet word, na gelang van ekonomiese omstandighede opwaarts of afwaarts aangepas sal moet word. Indien 'n kwaai resessie – of misplaaste politieke geïnspireerde projekte – die Staat se beursie leegtap, sal dit volgens huidige regspraak onredelik wees om 'n verlaging van die Staat se maatskaplike prestasie te voorkom. Die howe mag dus magteloos wees om menslike leed en lyding te voorkom.

Aan die ander kant egter het die howe in 'n reeks beslissings die negatiewe beskerming van die fundamentele reg op behuising gevestig wat uitsetting sonder 'n lasbrief toenemend in die ban gedoen het. In ten minste een van hierdie aangeleenthede het die Hof *mero motu* opgetree. Hierdie beskerming is uitsluitlik teen private besighede of persone gerig en het ekonomiese uitbuiting daardeur verhoed.¹⁶

Wat hierdie sosio-ekonomiese regte betref is die howe se magte beperk tot 'n analise van die redelikheid van die beleid wat die uitvoerende gesag bepaal. Ander, meer opsigtelike beperkings, is die feit dat dit die howe nie vrystaan om self litigasie van stapel te stuur en om partye te verplig om grondwetlike vraagstukke aan die orde te stel of beleidsmaatreëls aan die Grondwet se redelikheidsmaatstaf te toets nie. Al mag die kwessie hoe dringend wees en al is dit in die hoogste mate in die openbare belang dat openbare vraagstukke aangespreek word, kan howe nie pro-

16 *Jaftha v Schoeman*; *Van Rooyen v Stolz* 2005 2 SA 140 (CC); *Nedbank Ltd v Mortinson* 2005 6 SA 462 (W); *Standard Bank of South Africa Ltd v Saunderson* 2006 2 SA 264 (SCA); *Absa Bank Ltd v Ntsane* 2007 3 SA 554 (T); *Gundwane v Steko Development* 2011 3 SA 608 (CC).

aktief optree nie. Hulle is eers geroepe om op te tree as litigante 'n werklike geskilpunt vir beslegting aan die regsproses onderwerp. Dit moet 'n wesentlike en *bona fide* geskilpunt wees waarvan die oplossing 'n praktiese uitwerking vir die partye voor die hof het. Howe mag nie opinies vestrek of partye by wyse van hul werksaamhede van raad bedien nie.

Howe oefen egter gereeld 'n inherente hersieningsbevoegdheid uit wanneer dit op appél blyk dat daar 'n onreëlmatigheid in die verhoor van ander beskuldigdes, wat nie self appél aangeteken het nie, plaasgevind het. Dikwels word hierdie proses gevolg om geregtigheid te laat geskied selfs sonder dat die betrokke gevonniste oortreder ooit voor die Hof verskyn of bewus is daarvan dat 'n ingryping oorweeg word.

In die adversariese stelsel van geskilbeslegting is dit feitlik uitsluitlik die partye wat die regsgronde van die aksie of aansoek bepaal en wat die dispuut omskryf wat die hof moet uitklaar. Hierdie beginsel geld ook vir grondwetlike litigasie. Dit is net in uitsonderlike gevalle wat 'n hof in die verrigtinge mag ingryp om 'n regspunt of 'n grondwetlike aspek te opper waarop die saak belis kan en moet word. Ngcobo R (soos hy toe was) het die volgende hieroor in *Director of Public Prosecutions, Transvaal v Minister of Justice*¹⁷ verklaar:

[39] In our adversarial system, courts are required to be impartial and ordinarily only decide issues that the parties have properly raised and are properly before the court in terms of its factual underpinnings. This principle is subject to an exception. A court is not always confined to issues of law explicitly raised by the parties.³⁴ If a litigant overlooks a question of law which arises on the facts, a court is not bound to ignore the question of law overlooked.³⁵ Another equally relevant principle in this regard is that of the separation of powers. Courts should observe the limits of their powers. They should not constitute themselves as the overseers of laws made by the legislature. Ordinarily, therefore, they should raise and consider the constitutionality of laws that are properly engaged before them and where this is necessary for the proper resolution of the dispute before them.....

[43] It must be stressed that the constitutional issue sought to be raised must arise on the facts of the case before the court. In addition, the parties must be afforded an adequate opportunity to deal with the issue. A court may not ordinarily raise and decide a constitutional issue, in abstract, which does not arise on the facts of the case in which the issue is sought to be raised. A court may therefore, of its own accord, raise and decide a constitutional issue where (a) the constitutional question

17 *Director of Public Prosecutions, Transvaal v Minister of Justice* 2009 4 SA 222 (CC).

arises on the facts; and (b) a decision on the constitutional question is necessary for a proper determination of the case before it; or it is in the interests of justice to do so.

(U sal onthou dat ek die uitspraak in eerste instansie gelewer het, wat die verwysing na die Konstitusionele Hof nie oorleef het nie). Die Konstitusionele Hof het egter uit eie beweging 'n toesighoudende bevel uitgevaardig om te verseker dat tussengangers beskikbaar is om kinderslagoffers van seksuele misdrywe in verhore by te staan.

Waar die regering egter versuim om enige stappe hoegenaamd te doen om gestalte aan 'n grondwetlike reg te gee, soos bv in die geval van die nog steeds omstrede Taalwet, kan die hof so ver gaan om die owerheid te gelas om die versuim op gepaste wyse reg te stel. In *Lourens v President van die Republiek van Suid-Afrika*¹⁸ illustreer Du Plessis R hoe 'n Hof te werk mag gaan wanneer hy voorskriftelik teenoor die wetgewende of uitvoerende gesag moet optree:

Die grondwetlike verpligting op die nasionale regering is om sy gebruik van amptelike tale te reel en te monitor. Dit moet die regering doen deur wetgewende en ander maatreels. Ek het reeds hierbo daarop gewys dat die maatreels waarna die respondente in die beantwoordende verklaring verwys nie nakoming van daardie verpligting daarstel nie. In kort het die nasionale regering begin om sy verpligting ingevolge artikel 6(4) van die Grondwet na te kom, maar die proses het tot stilstand gekom. *Die proses moet hervat word maar dit is nie vir hierdie hof om, voordat die nasionale regering sy verpligting nagekom het, voorskrifte te gee oor hoe dit gedoen moet word nie. In die konteks van die skeiding van regsprekende, uitvoerende en wetgewende magte, moet die nasionale regering se grondwetlike verpligting eers nagekom word. Daarna, indien dit aangevoer word dat selfs sodanige nakoming of gepoogde nakoming nie ooreenkomstig die Grondwet is nie, kan die hof dit wat ter nakoming gedoen is, aan die Grondwet toets.* (My beklemtoning)

...

Dit is gevestigde reg dat waar, soos in hierdie geval, versuim om die Grondwet na te kom vas staan, die hof gepaste regshulp moet formuleer. (D)it moet verklaar word dat die betrokke grondwetlike verpligting nie nagekom is nie en die nasionale regering moet gelas word om die verpligting binne 'n bepaalde tyd na te kom.

18 *Lourens v President van die Republiek van Suid-Afrika* Saakno 49807/09, Gauteng Noord Afdeling van die Hooggeregshof, Pretoria.

Die reg op onderwys is nie beperk nie. Dit het positiewe lasgewings om kinders in skole toe te laat in verskeie sake gemotiveer,¹⁹ – soms ten koste van moedertaalonderrig (wat aan die beperking van artikel 29(2) blootstaan dat dit redelik moontlik moet wees om te verskaf). Die ongekwalifiseerde reg op onderwys is egter ook uitgebrei om 'n negatiewe plig op private instansies te plaas om onderwys en skole nie te belemmer nie.²⁰

Wat kinders betref, het die hof reeds voor die instelling van die Grondwet die bevoegdheid gehad om *mero motu* te handel om kinders se belange te beskerm:²¹

[20] As the upper guardian of minors, this Court is empowered and under a duty to consider and evaluate all relevant facts placed before it with a view to deciding the issue which is of paramount importance: the best interests of the child. In *Terblanche v Terblanche* it was stated that when a Court sits as upper guardian in a custody matter –

..... it has extremely wide powers in establishing what is in the best interests of minor or dependent children. It is not bound by procedural strictures or by the limitations of the evidence presented or contentions advanced by the respective parties. It may in fact have recourse to any source of information, of whatever nature, which may be able to assist it in resolving custody and related disputes.

In *P and Another v P and Another* Hurt J stated that the Court does not look at sets of circumstances in isolation:

I am bound, in considering what is in the best interests of G, to take everything into account, which has happened in the past, even after the close of pleadings and in fact right up to today. Furthermore, I am bound to take into account the possibility of what might happen in the future if I make any specific order.

Die nuwe *Child Justice Act* is 'n welkome toevoeging tot ons wetgewing, wat die beginsels van versoenende regspleging op die strafreg van toepassing maak en op die lange duur hopelik 'n groot verskil aan kinders sal maak wat met die reg bots. Ongelukkig kan die hof nie self toesien dat daar genoeg proefbeamptes opgelei word om alle kinders by te staan nie, of dat daar voldoende kindervriendelike

19 *Laerskool Middelburg v Departementshoof: Mpumalanga Departement Onderwys* 2003 4 SA 160 (T); *Hoërskool Ermelo v Head of Department, Mpumalanga Department of Education* 2010 2 SA 415 (CC).

20 *Governing Body of the Juma Masjid Primary School v Essay* 2011 8 BCLR 761 (CC).

21 *J v J* 2008 6 SA 30 (C) para [20]. Sien verder *AD and DD v DW* 2008 3 SA 183 (CC) en *Director of Public Prosecutions, Transvaal v Minister of Justice* 2009 4 SA 222 (CC).

instellings bestaan waar hulle probleme aangespreek kan word sonder dat hulle aan 'n formele regsproses blootgestel word.

Ek het doelbewus nie met die strafreg en met administratiewe en uitvoerende magte en bevoegdhede wat eweneens aan regterlike kontrole onderworpe is, gehandel nie. Die uitoefening van hierdie hersieningsbevoegdhede mag wel direk of indirek bydra tot die skepping en handhawing van sosiale vrede.

Of die howe se bydraes voldoende sal blyk te wees om maatskaplike vrede vir ons gemeenskap te waarborg, sal die toekoms moet leer. 'n Mens sou dalk graag meer wou gedoen het, maar dit is 'n baie gesonde beginsel dat die skeiding van magte gehandhaaf moet word.

Daar is egter 'n ander aspek wat wel vermeld moet word.

Woodrow Wilson het in 1918 gesê:

I say plainly that every American who takes part in the action of a mob or gives it any sort of countenance is no true son of this great Democracy, but its betrayer, and does more to discredit her by that single disloyalty to her standards of law and of right than the words of her statesmen or the sacrifices of her heroic boys in the trenches can do to make suffering peoples believe her to be their savior.

'n Geloofwaardige regbank wat vanweë sy onafhanklikheid, integriteit, vaardigheid asook sy effektiwiteit en geloofwaardigheid die gemeenskap se vertrouwe geniet, is die beste bolwerk teen die chaos van eiereg, boendoehowe en bendegeweld. Om hierdie vertrouwe te verwerf en te behou is dit noodsaaklik dat die howe hul as betroubare diensleweraars handhaaf. Dit is noodsaaklik, maar nie genoeg om bloot 'n betroubare regbank te hê nie, wat Hoofregter Mahomed in Julie 1998 in sy toespraak voor die Internasionale Juristekommissie beskryf het as:

[S]ociety is ... entitled to demand from Judges fidelity to those qualities in the judicial temper which legitimize the exercise of judicial power. Many and subtle are the qualities which define that temper. Conspicuous among them are scholarship, experience, dignity, rationality, courage, forensic skill, capacity for articulation, diligence, intellectual integrity and energy. More difficult to articulate but arguably even more crucial to that temper, is that quality called wisdom, enriched as it must be by a substantial measure of humility, and by an instinctive moral ability to

distinguish right from wrong and sometimes the more agonising ability to weigh two rights or two wrongs against each other which comes from the consciousness of our own imperfection.

In wese is die regbank 'n instelling wat diens aan die gemeenskap lewer en as hierdie diens te wense oorlaat, is daar rede tot kommer.

Dit is gebrekkige dienslewering wat ons howe kniehalter. Ons howe is oorvol. Litigante moet soms jare vir hul beurt wag. Ek het in 2005 'n verkrachter vir 17 jaar tronk toe gestuur. In 2008 het hy aansoek gedoen om verlof om te appelleer. Hy is 'n kwalik geletterde leek wat in 'n maksimumveiligheidsgevangenis sit. Sy aansoek het tot in November 2011 tussen die kantore rondgeswerf voordat dit uiteindelik op die rol geplaas is. Niemand wou verantwoordelikheid vir die gemors aanvaar nie en geen verduideliking is ooit aan die applikant verstrekk nie.

Die hofadministrasie laat inderdaad veel te wense oor. Lêers raak weg of word verkwansel. Laasjaar is daar in ons Griffierskantoor verkeie egskeidingsbevele uitgereik waar daar nooit 'n saaklêer geopen is en geen party ooit in die hof verskyn het nie – en die verweerder(es) nooit meegedeel is dat hy of sy geskei is nie. Die alewige gesukkel om duplikaatlêers te moet open en vermiste dokumente te laat opspoor mors geld en tyd en laat mense aan die regsproses twyfel.

Die stelsel word daarbenewens gereeld deur litigante en praktisyns misbruik. Sake word doelbewus deur onnodige uitstelle of nuttelose twissiekerigheid in pleitbesorging vertraag, dikwels omdat die party wat die uiteindelijke uitslag vrees, sy bes doen om die onvermydelike so lank as moontlik uit te stel. Uitstelle word gereël om die persoonlike dagboeke van praktisyns te pas, met gepaardgaande vermorsing van geld en mannekrag.

Neem 'n mens in aanmerking dat net 10% van alle misdade wat jaarliks gepleeg word, tot 'n vervolging lei, en dat strafverhore dan nog by herhaling vertraag word omdat getuies nie by die hof opdaag nie, ondersoekbeamptes op ander tonele besig is en dossiere soek raak, moet 'n mens nie verbaas wees as die publiek se vertrouwe in ons howe taan nie.

Dit is nie al nie. Die regstelsel is onlangs besoedel met die skrapping of skorsing van 13 hoëprofiel advokate van die Pretoriase Balie omdat hulle die Padongelukkefonds letterlik met miljoene bedrieg het deur vals eise in te dien vir werk wat nooit gedoen is nie.²² Dit is duidelik dat hierdie voorval net die klein ore van 'n baie groot seekoei is; immers kon hulle nie sonder prokureurs se opragte en bystand die skyn verwek dat hulle werklik professionele dienste tydens hulle dubbelbreveterings gelewer het nie. Die georganiseerde oneerlikheid is klaarblyklik ook nie tot Pretoria beperk nie. Daar is ongelukkig nog voorbeelde wat 'n mens tot onrustigheid stem. Gedurende November verlede jaar het Tuchten R en ek 'n aansoek om skorsing van 'n prokureur verhoor. Dit was onverdedig, maar het nogtans langer as 'n jaar na betekening van die aansoek op die respondent op die rol verskyn. Ons het navraag oor hierdie vertraging gedoen. Dit blyk toe dat die Prokureursorde van die Noordelike Provinsies aan die einde van 2011 nie minder nie as 4590 hangende klagtes van professionele wangedrag teen lede van die prokureursprofessie in hierdie vier provinsies moes verwerk. Slegs 417 hiervan is gereed om deur die dissiplinêre komitee verhoor te word. Die balans is nog glad nie ondersoek nie. Intussen is daar 58 aansoeke hangende voor ons hof vir die skorsing en 121 vir die skrapping van die respondente. Daar is groot vertraging met die afhandeling van hierdie aansoeke, onder andere omdat daar volgens konvensie altyd twee regters in 'n dissiplinêre aansoek sit en die sake dus nie maklik op die hofrol ingepas kan word nie.

As regters is ons verantwoordelik vir die twee vertakkings van die regsberoep wat verreweg die meeste regters oplewer. Die Hooggeregshof het inherente jurisdiksie om die geskiktheid van 'n persoon te beoordeel om as 'n beampete van die Hof toegelaat of geskrap te word.²³ As die professies se integriteit en onkreukbaarheid betwyfel moet word, is dit net 'n kwessie van tyd voordat dieselfde met die regbank gebeur.

Geen wonder nie dat die regstelsel onder druk is.

Die regbank slaan hierdie toedrag van sake nie met gevoude hande gade nie. Ons is besig met daadwerklike optrede. Die afgelope jaar of wat is daar 'n komitee onder

22 *Pretoria Society of Advocates v Geach* 2011 6 SA 441 (GNP).

23 *Prokureursorde van Transvaal v Kleynhans* 1995 1 SA 839 (T) 851 F.

leiding van die Agbare Hoofregter besig om die wyse waarop sake bestuur word, radikaal te verander deur 'n model soortgelyk aan die Amerikaanse hofprosedures in te voer. Binnekort sal daar in verskeie sentra begin word om die bestuur van litigasie uit die hande van die griffierskantoor direk aan die regters oor te dra. Die tradisie om gedingvoering in die hande van die partye te laat sonder om met die bestuur van die sake in te meng, het ons uit die Engelse adversariese prosedure oorgeneem. Soos reeds gesê, maak die partye dikwels nie erns met 'n spoedige afhandeling van die saak nie. Daarom word sakebestuur nou die regters en voorsittende beamptes se plig.

Sodra 'n saak bestrede word, word die lêer of dossier aan 'n regter toevertrou, wat verantwoordelik is daarvoor dat dit so spoedig moontlik afgehandel moet word. Die regter sal toesien dat pleitstukke betyds afgelewer word, dat daar reeds na 'n paar weke voorverhoorkonferensies onder haar of sy leiding plaasvind en dat die werklike geskilpunte in die litigasie op die vroegste moontlike tydstip uitkristalliseer. Tegniese punte wat geen betrekking op die kern van die saak het nie, onnodige twissiekerigheid en voetesleep sal nie geduld word nie – die regter moet toesien dat geen saak langer as twee jaar, verkieslik na 18 maande na uitreiking van dagvaarding, afgehandel word nie. In die VSA word regters skerp dopgehou wat sake nie met bekwame spoed afhandel nie en word daar dikwels in die media gewag van ongewenste vertragings gemaak – met vermelding van die regter wat die saak moet afhandel se naam.

Niemand anders as ons self sal kan toesien dat toeganklikheid tot die howe verbeter word nie. Litigante en getuies moet op 'n wyse behandel word wat voldoen aan die eise van menswaardigheid wat ons in die Grondwet op ons vaandels geskryf het. Dit is totaal onaanvaarbaar dat getuies, veral getuies wat nie Afrikaans of Engels as moedertaal besig nie, deur aanklaers of regsvertegenwoordigers op die voornaam aangespreek word, soos ek dit hierdie jaar nog in 'n appelnotule van 'n landdroshof gelees het. Uitsprake moet spoedig gelewer word, en op 'n wyse gemotiveer en geformuleer word sodat dit vir leke volkome toeganklik is.

Ons het reeds begin om die nuwe bedeling toe te pas. Veral ingewikkelde sake en aangeleenthede waarin kinders se belange ter sprake kom, word reeds aan 'n individuele regter toevertrou om as saakbestuurder op te tree en die aangeleentheid te bespoedig. Ons voorlopige resultate is baie bemoedigend – in siviele sake het ons in Pretoria die waglys van meer as twee jaar na minder as een jaar verminder en dikwels kan ons reeds feitlik onmiddellik nadat die voorverhoorreëlings afgehandel is, 'n verhoordatum binne 'n paar weke toeken. Waar advokate en prokureurs in die verlede oor verdragings gekla het, brom hulle nou soms al dat hulle nie voldoende tyd vir voorbereiding vir die verhoor het nie. Die verdragings in die dissiplinêre sake word in samewerking met die prokureursorde aangespreek. Ons is in die bevoorregte posisie dat die Agbare Adjunk-Regterpresident, regter W J van der Merwe ARP, persoonlik toesig oor die nuwe bedeling in ons afdeling hou.

Natuurlik kan ons hierdie proses nie alleen deurvoer nie. Ons moet staatmaak op die samewerking van alle rolspelers in die regsproses, die praktisyns, die polisie, die Vervolgingsgesag en Legal Aid SA, die betrokke staatsdepartemente en die hofpersoneel. Almal het reeds aangedui dat hulle die voorgename veranderinge ondersteun. Ook die nodige elektroniese hulpmiddele, waarsonder geen sodanige vernuwing effektief deurgevoer kan word nie, sal in plek gestel word.

Die belangrikste bydrae wat ons kan maak, is egter om te midde van alle uitdagings en te midde van felle debat oor die plek wat ons in die samelewing moet beklee, ons werk – om regverdige, verstaanbare, voorspelbare en spoedige uitsprake te gee – sonder vrees, sonder aansien des persoon en sonder vooroordeel te verrig. Dit is ons enigste bydrae tot die debat, maar dit is die beste waarborg wat 'n regter kan gee dat die demokrasie behoue sal bly en dat sosiale vrede gehandhaaf kan word.

Bibliografie

De Klerk 2010 *PER*

De Klerk FW "A future perspective on constitutional stability" 2010 *PER* (13)2
15-28

De Vos 2001 *SAJHR*

De Vos P "Grootboom, the right to housing and substantive equality as contextual fairness" 2001 *SAJHR* 258-276

Liebenberg 2002 *Law, Democracy and Development*

Liebenberg S "South Africa's evolving jurisprudence on socio-economic rights: An effective tool in challenging poverty?" 2002 *Law, Democracy and Development* 159-191

Mbazira 2008 *SALJ*

Mbazira C "Appropriate, just and equitable relief in socio-economic rights litigation: the tension between corrective and distributive forms of justice" 2008 *SALJ* 71-94

Register van sake

Absa Bank Ltd v Ntsane 2007 3 SA 554 (T)

AD and DD v DW 2008 3 SA 183 (CC)

Afriforum v Malema 2011 6 SA 240 (EqC)

Brink v Kitshoff 1996 4 SA 197 (CC)

Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 1996 4 SA 744 (CC)

Director of Public Prosecutions, Transvaal v Minister of Justice 2009 4 SA 222 (CC)

Governing Body of the Juma Masjid Primary School v Essay 2011 8 BCLR 761 (CC)

Government of the Republic of South Africa v Grootboom 2000 11 BCLR 1169 (CC)

Gundwane v Steko Development 2011 3 SA 608 (CC)

Hoërskool Ermelo v Head of Department, Mpumalanga Department of Education
2010 2 SA 415 (CC)

Hoffmann v South African Airways 2001 1 SA 1 (CC)

J v J 2008 6 SA 30 (C)

Jaftha v Schoeman; Van Rooyen v Stolz 2005 2 SA 140 (CC)

Laerskool Middelburg v Departementshoof: Mpumalanga Departement Onderwys
2003 4 SA 160 (T)

Lourens v President van die Republiek van Suid-Afrika Saakno 49807/09, Gauteng
Noord Afdeling van die Hooggeregshof, Pretoria

Minister of Health v TAC (No 2) 2002 5 SA 721 (CC)

Pretoria Society of Advocates v Geach 2011 6 SA 441 (GNP)

Prokureursorde van Transvaal v Kleynhans 1995 1 SA 839 (T)

Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes 2010 3 SA
454 (CC)

Satchwell v The President of the Republic of South Africa 2002 (6) SA 1 (CC)

Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal) 1998 1 SA 765 (CC)

Standard Bank of South Africa Ltd v Saunderson 2006 2 SA 264 (SCA)

Register van internetbronne

Anon Date unknown en.wikipedia.org

Anon Date unknown Peace en.wikipedia.org/wiki/Peace [datum van gebruik
21 Mei 2012]

Lys van afkortings

PER	Potchefstroom Electronic Law Journal
SAJHR	South African Journal on Human Rights
SALJ	South African Law Journal