ASPEKTE VAN DIE ONAFHANKLIKHEID VAN DIE STRAFHOWE – 'N REGSVERGELYKENDE ONDERSOEK

deur

SUSANNA SOPHIA NEL

voorgelê luidens die vereistes vir die graad

DOCTOR LEGUM

aan die

UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA

PROMOTOR: PROF JJ JOUBERT

JUNIE 2000

VOORWOORD

Graag spreek ek my opregte dank en waardering uit teenoor die volgende persone en instansies vir hul bydraes tot hierdie proefskrif:

My promotor, professor JJ Joubert vir sy bekwame leiding, nuttige kommentaar en redigering.

Die Universiteit van Suid-Afrika en die National Research Foundation wat deur beurstoekennings dit vir my moontlik gemaak het om in die buiteland (hoofsaaklik aan die Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg, Duitsland, en die Institute of Advanced Legal Studies in Londen) navorsing te doen.

Die personeel van die Regsbiblioteek van die Universiteit van Suid-Afrika, en in besonder Mnr Nico Ferreira en Me Karen Breckon, vir die vriendelike wyse waarop hulle altyd bereid was om hulp te verleen.

My vriende, familie en kollegas vir hul ondersteuning en aanmoediging. 'n Spesiale woord van dank aan my eggenoot en my kinders vir hul verdraagsaamheid, opoffering en aanmoediging tydens die skryf van hierdie proefskrif. Hierdie proefskrif word opgedra aan my gesin en my ouers.

Ten slotte, is ek ewig dankbaar vir die genade en krag wat ek van Bo ontvang het om hierdie proefskrif te voltooi.

OPSOMMING

Die beginsel van die onafhanklikheid van die regbank word verskans in die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996. 'n Onafhanklike regbank is noodsaaklik ten einde te voldoen aan die primêre funksie van die regbank, naamlik die bewerkstelliging van geregtigheid. Openbare vertroue in die onafhanklikheid van die regbank verhoog die legitimiteit van hierdie instelling, wat noodsaaklik is vir nakoming en eerbiediging van die howe se beslissings deur die gemeenskap. In die verlede het kritici beweer dat die regbank 'n legitimiteitskrisis beleef op grond daarvan dat politieke oorwegings 'n rol gespeel het by die aanstelling van regsprekende amptenare, dat die regbank nie verteenwoordigend genoeg is van die bevolking wat betref ras en geslag nie en dat die howe in die verlede in sommige gevalle te owerheidsgesind was en soms diskriminerende wetgewing sonder veel skroom of teenspraak aanvaar en toegepas het. Kritici het daarop gewys dat die opbloei in die volkshowe as alternatief tot die formele howe, as voorbeeld dien van die algehele miskenning van en wantroue in die regbank. 'n Kritiese evaluering van hierdie aangeleenthede is gedoen aan die hand van 'n regsvergelykende ondersoek. Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat die Regterlike Dienskommissie en die Landdrostekommissie 'n belangrike hervorming teweeg gebring het op die gebied van aanstelling van regterlike amptenare. Verder is bevind dat die juriestelsel nie 'n realistiese oplossing bied om die regbank meer verteenwoordigend van die gemeenskap te maak nie, maar dat die assessorestelsel blyk 'n meer praktiese en geskikte alternatief te wees. Dit het verder geblyk dat daar van regterlike beamptes verwag word om, in die lig van die Grondwet van 1996 en 'n stelsel van grondwetlike oppermagtigheid, 'n aktivistiese waarde-geöriënteerde of waarde-aktiverende benadering by wets- en grondwetuitleg te volg. Daar is verder bevind dat die informele howe behoue moet bly, maar aangepas behoort te word by veranderende omstandighede, in die lig van die Grondwet en die handves van fundamentele regte. Ten slotte is voorstelle gemaak as moontlike oplossing vir bepaalde probleme wat geïdentifiseer is.

SUMMARY

The principle of the independence of the judiciary is entrenched in the Constitution of the Republic of South Africa of 1996. An independent judiciary is essential in order to fulfill the primary function of a judiciary, namely the realisation of justice. Public confidence in the independence of the judiciary increases the legitimacy of this institution, which is essential for respect for and compliance with the decisions of the court by the community. In the past critics maintained that the judiciary is experiencing a legitimacy crisis, due to the fact that political considerations have played a role in the appointment of judicial officials, that the judiciary is not representative of the community in respect of race and sex and that the courts have been too executive-minded in the past and have at times accepted and applied discriminatory legislation without much hesitation or contradiction. Critics alleged that the proliferation of people's courts as an alternative to the formal courts, was an indication of the general denial of and loss of confidence in the judiciary. A critical evaluation of these aspects was undertaken by way of a comparative study. It lead to the conclusion that the Judicial Service Commission and the Magistrates Commission brought about an important reform regarding the appointment of judicial officials. It was found that the jury system does not constitute a realistic solution to make the judiciary more representative of the community, but that the assessor system seems to be a more practical alternative. It became apparant that in view of the Constitution of 1996 and our system of constitutional supremacy, it is expected of judicial officals to follow an activistic value-orientated or value-activated approach during legislative and constitutional interpretation. It is furthermore concluded that the informal courts should be retained, but that they should be adapted to the changing circumstances in view of the Constitution and the bill of rights. Finally, suggestions are made in order to address certain problems which have been identified.

Key words:
judiciary; judicial independence; judicial activism; assessors; jury system; lay judges; informal courts; community courts; indigenous courts; legitimacy of courts.

INHOUDSOPGAWE

Bladsy

HOOFSTUK 1

INLEIDING

1.1 Agtergrond 1

1.2 Doelstelling en afbakening van onderwerp 5

1.3 Werkswyse 7

HOOFSTUK 2

FUNDAMENTELE BEGINSELS ONDERLIGGEND AAN DIE ONAFHANKLIKHEID VAN DIE REGBANK

2.1 Inleiding 11

2.2 Doel en funksie van die regbank 12

2.3 Onafhanklikheid van die regbank: Enkele voorlopige opmerkings 14

2.3.1 Persoonlike onafhanklikheid van die regbank 18

2.3.2 Saaklike onafhanklikheid van die regbank 18

2.3.2.1 Onafhanklikheid wat betref prosedure en administratiewe funksies 20

2.3.2.2 Regterlike aktivisme teenoor non-intervensie 21

2.4 Rule of law 23

2.5 Legaliteitsbeginsel 27

2.5.1 Die legaliteitsbeginsel in sy engere vorm: Wetmatigheid 28

2.5.2 Die legaliteitsbeginsel in sy omvattende vorm: Materiële geregtigheid 33

2.6 Verskillende prosesregtelike modelle 35

2.6.1 Drie modelle: Die *due process*-model, die *crime control*-model en die eenvoudige model aangetref by volkshowe 36

2.6.2 Die akkusatoriese en inkwisitoriese prosesstelsels 42

2.6.2.1 Die onderskeid tussen die twee stelsels 43

2.6.2.2 Kritiek teen die onderskeie stelsels 48

2.7 Die leerstuk van skeiding van magte 52

2.8 Die belang van die Grondwet en die handves van menseregte 55

Bladsy

2.9 Kontrole oor die regbank 60
2.10 Legitimiteit van die regbank 68
2.11 Tussentydse gevolgtrekkings en waardeskatting 81
2.11.1 Die doel en funksie van die regbank 82
2.11.2 Interaksie tussen die vereistes vir prosessuele en materiële geregtigheid 82

HOOFSTUK 3

DIE PERSOONLIKE ONAFHANKLIKHEID VAN DIE REGBANK

3.1 Inleiding 91
3.2 Seleksie en aanstelling 92
3.3 Ampsduur 94
3.4 Diensvoorwaardes 98
3.5 Verteenwoordigende kwaliteite 101
3.5.1 Wisselwerking tussen die beginsel van verteenwoordiging en die beginsel van legitimiteit van die regbank 103
3.5.2 Wisselwerking tussen die beginsel van onafhanklikheid van die regbank en die beginsel van verteenwoordiging op die regbank 107
3.6 Tussentydse gevolgtrekkings en waardeskatting 110

HOOFSTUK 4

DIE SAAKLIKE ONAFHANKLIKHEID VAN DIE REGBANK:

DIE ROL VAN REGTERLIKE DISKRESIE EN REGTERLIKE REGSVORMING

4.1 Inleiding 120
4.2 Regterlike diskresie 121
4.2.1 Die beperking op, uitsluiting van of kontrole oor regterlike diskresie 123
4.2.2 Algemene diskresionêre bevoegdhede van die regsprekende beampte 125

Bladsy

4.3 Die regspositivistiese teenoor die waarde-geöriënteerde benadering ... 127
4.3.1 Die regspositivistiese benadering ... 127
4.3.2 Toepassing van die regspositivisme in Suid-Afrika ... 128
4.4 'n Waarde-geöriënteerde benadering en die teks van die Grondwet ... 134
4.4.1 Die Suid-Afrikaanse Grondwet is die hoogste gesag in die staat ... 135
4.4.2 Die waardes wat die Grondwet onderskraag ... 140
4.4.3 Beginsels van wetsuitleg ... 143
4.5 Die rol van regterlike diskresie by regterlike aktivisme en regterlike regsvorming ... 145
4.5.1 Die tradisionele teksgebaseerde standpunt ... 147
4.5.2 Die normdoeldienende standpunt ... 148
4.6 Toepassing van die waarde-geöriënteerde benadering deur die howe sedert die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet ... 161
4.7 Begrensing van waarde-geöriënteerde grondwetuitleg ... 167
4.8 Regsvergelykende oorsig ten opsigte van Grondwetlike waardes ... 172
4.8.1 Die Verenigde State van Amerika ... 173
4.8.2 Duitsland ... 178
4.8.3 Namibië ... 182
4.9 Die Etos van die regbank ... 188
4.10 Tussentydse gevolgtrekkings en waardeskatting ... 190

HOOFSTUK 5

REGSVERGELYKENDE ONDERSOEK NA DIE ONAFHANKLIKHEID VAN REGSPREKENDE BEAMPTES MET REGSOPLEIDING

5.1 Inleiding ... 194
5.2 Engeland ... 195
5.2.1 Regsprekende beamptes met regsopleiding in die hoër howe bekend as *judges* ... 195
5.2.1.1 Persoonlike onafhanklikheid ... 196

Bladsy

5.2.1.1.1 Seleksie 197
(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie 197
(b) Wyse van seleksie 198
5.2.1.1.2 Diensvoorwaardes 201
5.2.1.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 203
5.2.1.2 Saaklike onafhanklikheid 205
5.2.1.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 205
5.2.2 Regsprekende beamptes met regsopleiding in die laer howe bekend as *stipendiary magistrates* 209
5.2.2.1 Persoonlike onafhanklikheid 210
5.2.2.1.1 Seleksie 210
(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie 210
(b) Wyse van seleksie 212
5.2.2.1.2 Diensvoorwaardes 215
5.2.2.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 215
5.2.2.2 Saaklike onafhanklikheid 216
5.2.2.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 216
5.3 Die Verenigde State van Amerika 218
5.3.1 Regsprekende beamptes met regsopleiding in sowel die hoër howe as laer howe bekend as *judges* of *justices* 218
5.3.1.1 Persoonlike onafhanklikheid 219
5.3.1.1.1 Seleksie 219
(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie 219
(b) Wyse van seleksie 221
(aa) Aanstelling 222
(bb) Verkiesing 230
(cc) Seleksie gebaseer op 'n kompromie tussen die verkiesingsmetode en die aanstellingsmetode 236
(dd) Die voor- en nadele van die drie stelsels in Amerika 242

Bladsy

5.3.1.1.2 Diensvoorwaardes 250
5.3.1.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 255
5.3.1.2 Saaklike onafhanklikheid 258
5.3.1.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 258
(a) Howe op federale vlak 258
(b) Howe binne die afsonderlike state 261
5.4 Duitsland 267
5.4.1 Regsprekende beamptes met regsopleiding in sowel die hoër howe as laer howe bekend as *Richter* 267
5.4.1.1 Persoonlike onafhanklikheid 268
5.4.1.1.1 Seleksie 268
(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie 268
(b) Wyse van seleksie 269
5.4.1.1.2 Diensvoorwaardes 273
5.4.1.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 278
5.4.1.2 Saaklike onafhanklikheid 278
5.4.1.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 279
5.5 Frankryk 286
5.5.1 Regsprekende beamptes met regsopleiding in sowel die hoër howe as laer howe bekend as *magistrat* 286
5.5.1.1 Persoonlike onafhanklikheid 287
5.5.1.1.1 Seleksie 288
(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie 288
(b) Wyse van seleksie 294
5.5.1.1.2 Diensvoorwaardes 303
5.5.1.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 306
5.5.1.2 Saaklike onafhanklikheid 307
5.5.1.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 308
5.6 Regsprekende beamptes met regsopleiding in ander Afrika-lande 324
5.6.1 Persoonlike onafhanklikheid 324
5.6.1.1 Seleksie 325

Bladsy

(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie 325
(b) Wyse van seleksie 329
5.6.1.2 Diensvoorwaardes 331
5.6.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 333
5.6.2 Saaklike onafhanklikheid 335
5.6.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 336
5.7 Evaluering: Regsprekende beamptes met regsopleiding in regsvergelykende perspektief 341
5.7.1 Persoonlike onafhanklikheid 341
5.7.1.1 Seleksie 341
(a) Aanstelling deur die staatshoof of die uitvoerende gesag of die wetgewende gesag 345
(b) Verkiesing deur die kieserskorps 347
(c) Aanstelling deur 'n gespesialiseerde kommissie 348
5.7.1.2 Diensvoorwaardes 350
5.7.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 355
5.7.2 Saaklike onafhanklikheid 356
5.7.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 356
5.8 Tussentydse gevolgtrekkings en waardeskatting 360

HOOFSTUK 6

REGSVERGELYKENDE ONDERSOEK NA REGSPREKENDE BEAMPTES SONDER REGSOPLEIDING

6.1 Inleiding 368
6.2 Leke-regters 369
6.2.1 Leke-regters in Engeland bekend as *justices of the peace* 369
6.2.1.1 Persoonlike onafhanklikheid 370
6.2.1.1.1 Seleksie 370
(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie 370
(b) Wyse van seleksie 374

Bladsy

6.2.1.1.2 Diensvoorwaardes 377
6.2.1.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 379
6.2.1.2 Saaklike onafhanklikheid 381
6.2.1.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 381
6.2.2 Leke-regters in Amerika bekend as *justices of the peace* 384
6.2.2.1 Persoonlike onafhanklikheid 386
6.2.2.1.1 Seleksie 386
(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie 386
(b) Wyse van seleksie 387
6.2.2.1.2 Diensvoorwaardes 388
6.2.2.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 391
6.2.2.2 Saaklike onafhanklikheid 392
6.2.2.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 392
6.2.3 Leke-regters in Duitsland bekend as *Schöffen* of *Laienrichter* 399
6.2.3.1 Persoonlike onafhanklikheid 401
6.2.3.1.1 Seleksie 402
(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie 402
(b) Wyse van seleksie 402
6.2.3.1.2 Diensvoorwaardes 405
6.2.3.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 406
6.2.3.2 Saaklike onafhanklikheid 408
6.2.3.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 408
6.3 Die juriestelsel 415
6.3.1 Die *grand jury* 416
6.3.2 Die verhoorjurie *(trial or petit jury)* 418
6.3.2.1 Die jurie in Engeland 419
6.3.2.1.1 Persoonlike onafhanklikheid 420
6.3.2.1.1.1 Seleksie 420
(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie 420
(b) Wyse van seleksie 421
6.3.2.1.1.2 Diensvoorwaardes 423

6.3.2.1.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 423
6.3.2.1.2 Saaklike onafhanklikheid 423
6.3.2.1.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 424
6.3.2.2 Die jurie in die Verenigde State van Amerika 426
6.3.2.2.1 Persoonlike onafhanklikheid 429
6.3.2.2.1.1 Seleksie 429
(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie 429
(b) Wyse van seleksie 431
6.3.2.2.1.2 Diensvoorwaardes 437
6.3.2.2.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 437
6.3.2.2.2 Saaklike onafhanklikheid 438
6.3.2.2.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 438
6.3.2.3 Die jurie in Frankryk 445
6.3.2.3.1 Persoonlike onafhanklikheid 445
6.3.2.3.1.1 Seleksie 445
(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie 445
(b) Wyse van seleksie 446
6.3.2.3.1.2 Diensvoorwaardes 449
6.3.2.3.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 449
6.3.2.3.2 Saaklike onafhanklikheid 450
6.3.2.3.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 450
6.4 Evaluering: Regsprekende beamptes sonder regsopleiding in regsvergelykende perspektief 454
6.4.1 Redes vir burgerlike inspraak in die regspraak 455
6.4.2 Persoonlike onafhanklikheid 457
6.4.2.1 Seleksie 457
6.4.2.1.1 Kwalifikasies vereis vir seleksie 457
6.4.2.1.1.1 Uitsluitingskategorieë 457
6.4.2.1.1.2 Diskresionêre verskonings 462
6.4.2.1.2 Wyse van seleksie 463
6.4.2.1.3 Opleiding na seleksie 471

Bladsy

6.4.2.2 Diensvoorwaardes 472
6.4.2.3 Verteenwoordigende kwaliteite 475
6.4.3 Saaklike onafhanklikheid 477
6.4.3.1 Bevoegdhede en verpligtinge 477
6.4.3.1.1 Leke-regters wat alleen of saam met ander leke-regters op die regbank dien 477
6.4.3.1.2 Leke-regters wat saam met professionele regters op gemengde regbanke dien 478
6.4.3.1.3 Leke-persone wat as deel van 'n jurie optree 479
6.4.3.2 Uitoefening van diskresie en die invloed van juries en leke-regters onderskeidelik op die beslissing 481
6.4.3.2.1 Leke-regters wat alleen of saam met ander leke-regters op die regbank dien 482
6.4.3.2.2 Leke-regters wat op 'n gemengde regbank dien . . . 486
6.4.3.2.3 Juries 491
6.4.3.2.4 Die jurie se rol as feite-bevinder 494
6.4.3.2.5 Die jurie se rol as toepasser van die reg op die feite 495
6.4.4 Nakoming van *due process*-waarborge 503
6.4.5 Tussentydse gevolgtrekkings en waardeskatting 509

HOOFSTUK 7

REGSVERGELYKENDE ONDERSOEK NA REGSPREKENDE BEAMPTES IN INFORMELE HOWE

7.1 Inleiding 517
7.2 Die inheemse howe van die Rooihuide in die VSA 519
7.2.1 Persoonlike onafhanklikheid 523
7.2.1.1 Kwalifikasies en wyse van seleksie 523
7.2.1.2 Diensvoorwaardes 524
7.2.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 525

Bladsy

7.2.2 Saaklike onafhanklikheid 525
7.2.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 525
7.2.3 Evaluering 527
7.2.3.1 Jurisdiksieprobleme 528
7.3 Die inheemse howe in Australië 532
7.3.1 Twee modelle van bestaande Australiese inheemse howe 536
7.3.1.1 Queensland 537
7.3.1.1.1 Persoonlike onafhanklikheid 537
7.3.1.1.1.1 Kwalifikasies en wyse van seleksie 538
7.3.1.1.1.2 Diensvoorwaardes 538
7.3.1.1 1 3 Verteenwoordigende kwaliteite 539
7.3.1.1.2 Saaklike onafhanklikheid 539
7.3.1.1.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 539
7.3.1.2 Wes-Australië 541
7.3.1.2.1 Persoonlike onafhanklikheid 542
7.3.1.2.1.1 Kwalifikasies en wyse van seleksie 542
7.3.1.2.1.2 Diensvoorwaardes 543
7.3.1.2.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 543
7.3.1.2.2 Saaklike onafhanklikheid 544
7.3.1.2.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 544
7.3.1.2.2.2 Beregting van geskille buite die trust-gebiede van die inheemse bevolkings 545
7.3.1.3 Evaluering van die stelsels in Queensland en Wes-Australië 546
7.3.1.3.1 Mindere status van die inheemse howe 546
7.3.1.3.2 Gebrek aan werklike invloed of beheer deur die *Aborigines* 547
7.3.1.3.3 Inagneming van plaaslike gebruike en tradisies ... 547
7.3.1.3.4 Afdwinging van vreemde strukture en waardes 548
7.3.1.3.5 Inheemse howe: Basiese standaarde volgens die Regskommissie 550

7.3.2 Voorgestelde model van Australiese inheemse howe: Die Yirrkala-stelsel ... 555
7.3.2.1 Persoonlike onafhanklikheid ... 556
7.3.2.1.1 Kwalifikasies en wyse van seleksie ... 557
7.3.2.1.2 Diensvoorwaardes ... 557
7.3.2.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite ... 558
7.3.2.2 Saaklike onafhanklikheid ... 558
7.3.2.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge ... 558
7.3.2.3 Evaluering van die Yirrkala-model: Bykomende vraagstukke ... 560
7.3.2.3.1 Bepaling van die reg en prosedure wat toegepas moet word ... 560
7.3.2.3.2 Bepaling van toepaslikheid van 'n model-stelsel ... 561
7.3.2.3.3 Jurisdiksie en die konsep van twee regstelsels ("two laws") ... 561
7.3.2.3.4 Jurisdiksie slegs oor minder ernstige aangeleenthede ... 562
7.3.2.3.5 Die keuse om nie onderhewig te wees aan die inheemse reg nie ... 562
7.3.2.3.6 Jurisdiksie oor besoekers ... 563
7.3.2.3.7 Geografiese beperkings op jurisdiksie ... 563
7.3.2.3.8 *Due process* ... 563
7.3.2.3.9 Appèlle na hoër howe ... 564
7.3.2.3.10 Handhawing van fundamentele menseregte ... 565
7.4 Die volkshowe in Papua New Guinea ... 567
7.4.1 Persoonlike onafhanklikheid ... 568
7.4.1.1 Kwalifikasies en wyse van seleksie ... 568
7.4.1.2 Diensvoorwaardes ... 569
7.4.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite ... 569
7.4.2 Saaklike onafhanklikheid ... 570
7.4.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge ... 570

7.4.3 Evaluering van die volkshowe van Papua New Guinea 573
7.5 Inheemse howe in Indië 578
7.5.1 Die *Lok Adalat*-howe 579
7.5.1.1 Persoonlike onafhanklikheid 586
7.5.1.1.1 Kwalifikasies en wyse van seleksie 586
7.5.1.1.2 Diensvoorwaardes 587
7.5.1.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 588
7.5.1.2 Saaklike onafhanklikheid 588
7.5.1.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 589
7.5.2 'n Alternatief tot die *Lok Adalat*-howe 593
7.5.3 Die onsuksesvolle voorloper: Die *Nyaya Panchayat* 595
7.5.4 Evaluering van die *Lok Adalat*-howe 597
7.6 Tussentydse gevolgtrekkings en waardeskatting 605
7.6.1 Tweeledige regstelsel 605
7.6.2 Behoud en erkenning van inheemse reg naas die dominante regstelsel 608
7.6.3 Formalisering: Praktiese uitvoerbaarheid en die aspek van legitimiteit 610
7.6.4 Persoonlike onafhanklikheid 616
7.6.4.1 Seleksie van regterlike amptenare, hul diensvoorwaardes en verteenwoordigende kwaliteite van die regbank 616
7.6.4.2 Regskwalifikasies of opleiding van regsprekende amptenare 618
7.6.5 Saaklike onafhanklikheid van die regbank: Bevoegdhede en verpligtinge van regterlike amptenare 620
7.6.5.1 Jurisdiksie 623
7.6.5.1.1 Aard van die reg wat toegepas word 624
7.6.5.1.2 Geografiese jurisdiksiegebied 624
7.6.5.1.3 Strafregtelike jurisdiksie en keuse van beskuldigde 626

Bladsy

7.6.5.1.4 Vonnisoplegging 626
7.6.5.2 Afdwinging van hofbevele 627
7.6.6 Kontrole oor die howe, appèl en hersieningsbevoegdhede 627
7.6.7 Regsverteenwoordiging 630
7.6.8 Die impak van informele howe teenoor formele howe 632

HOOFSTUK 8

DIE ONAFHANKLIKHEID VAN DIE REGBANK IN SUID-AFRIKA

8.1 Inleiding 634
8.2 Historiese oorsig 534
8.3 Die regbank in 'n krisis 641
8.4 Die huidige posisie: Die onafhanklikheid van die regbank 647
8.4.1 Regsprekende beamptes in die hoër howe: Persoonlike onafhanklikheid 648
8.4.1.1 Seleksie 648
(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie 648
(b) Wyse van seleksie 652
(aa) Die impak wat die samestelling van die Regterlike Dienskommissie het op sy besluite en werksaamhede 656
(bb) Evaluering van die werksaamhede van die Regterlike Dienskommissie 658
(cc) Die belangrikheid van aanstellings tot die Konstitusionele Hof 669
(dd) Vergroting van die "poel" van kandidate waaruit aanstellings gemaak kan word 670
8.4.1.2 Diensvoorwaardes 674
8.4.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite 680
8.4.1.3.1 Evaluering van hervormingsvoorstelle 687

Bladsy

(a) Die herinstelling van die juriestelsel 687
(aa) Gebrek aan ondersteuning vir die juriestelsel . 688
(bb) Probleme om die bewysstandaard aan jurielede te verduidelik en die afwesigheid van redes vir 'n beslissing 688
(cc) Manipulasie deur regspraktisyns 689
(dd) Juries in gefragmenteerde gemeenskappe . . . 690
(ee) Hoë administratiewe koste 692
(b) Die uitbreiding van die assessorestelsel 693
(aa) Die bestaande stelsel 693
(i) Gebruikmaking van assessore 696
(ii) Aanstellingsprosedure 697
(iii) Die invloed van assessore 698
(bb) Voorstelle ten opsigte van die hervorming van die assessorestelsel 700
(i) Die gebruikmaking van assessore 700
(ii) Die selekteer en toewys van assessore aan bepaalde sake 701
(iii) Die vergroting van die "poel" waaruit assessore geselekteer word 701
(iv) Evaluering van die funksie van assessore 709
8.4.2 Regsprekende beamptes in die hoër howe: Saaklike onafhanklikheid 711
8.4.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge 712
8.4.2.1.1 Diskresie-uitoefening 712
8.4.2.1.2 Onafhanklikheid wat betref prosedure en administratiewe funksies 715
8.4.3 Regsprekende beamptes in die laer howe: Persoonlike onafhanklikheid 720
8.4.3.1 Seleksie 720
(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie 720

Bladsy

(b) Wyse van seleksie 722
8.4.3.2 Diensvoorwaardes 726
8.4.3.3 Verteenwoordigende kwaliteite 732
8.4.3.3.1 Evaluering van hervormingsvoorstelle 733
(a) Die herinstelling van die juriestelsel 733
(b) Die assessorestelsel 734
(aa) Evaluering van die stelsel van assessore 739
(i) Onduidelikheid ten opsigte van die oogmerke met die stelsel 740
(ii) Probleme rondom die administrasie van die stelsel 743
(iii) Intimidasie en eksterne beïnvloeding 761
(iv) Betroubaarheid ten opsigte van bywoning van verhore 762
(v) Die koste-implikasies verbonde aan die stelsel 764
(vi) Ten opsigte van opleiding vir leke-assessore, regsprekende amptenare in die laer howe en die publiek 766
(vii) Rekusering 768
(bb) Die waarde van die stelsel van leke-assessore 771
8.4.4 Regsprekende beamptes in die laer howe: Saaklike onafhanklikheid 774
8.4.4.1 Bevoegdhede en verpligtinge 774
8.4.4.1.1 Diskresie-uitoefening 775
8.4.4.1.2 Onafhanklikheid wat betref prosedure en administratiewe funksies 776
8.5 Regsprekende amptenare in informele howe 779
8.5.1 Die ontstaan van die informele howe 781
8.5.2 Die behoud van die informele howe 784
8.5.3 Persoonlike onafhanklikheid 786

8.5.3.1 Seleksie van regterlike amptenare 786
8.5.3.1.1 Gebrek aan kwalifikasies van regsprekende amptenare 788
8.5.3.1.2 Toekomstige samestelling van die howe 789
8.5.3.2 Diensvoorwaardes 793
8.5.3.3 Verteenwoordigende kwaliteite 794
8.5.4 Saaklike onafhanklikheid 795
8.5.4.1 Bevoegdhede en verpligtinge 795
8.5.4.1.1 Diskresie-uitoefening, prosedure en administratiewe funksies 796
8.5.4.1.2 Jurisdiksie 799
(a) Die aard van die reg wat toegepas word 799
(b) Geografiese jurisdiksiegebied 800
(c) Strafregtelike jurisdiksie 801
(d) Vonnisoplegging 804
8.5.4.1.3 Die afdwinging van hofbevele 806
8.5.5 Kontrole oor die howe, appèl- of hersieningsbevoegdheid 806
8.5.6 Toeganklikheid van die howe 810
8.5.6.1 Toeganklik ten opsigte van afstand 810
8.5.6.2 Toeganklik ten opsigte van aard van verrigtinge 810
8.5.6.3 Toeganklik ten opsigte van taal 811
8.5.6.4 Toeganklik ten opsigte van koste 812
8.5.7 Gebrek aan regsverteenwoordiging 812
8.6 Samevatting, gevolgtrekkings en waardeskatting 817
8.6.1 Die waarde van informele howe en hul betekenis ten opsigte van die aspek van legitimiteit 824
8.6.2 'n Vergelyking van die impak van regsprekende beamptes met regsopleiding teenoor regsprekende beamptes sonder regsopleiding 825
8.6.3 Afweging van sekere waardes teenoor mekaar 827

HOOFSTUK 9

SAMEVATTING, GEVOLGTREKKINGS EN AANBEVELINGS

9.1 Inleiding 831

9.2 Samevatting en gevolgtrekkings 831

9.3 Aanbevelings 859

AFKORTINGS 874

BIBLIOGRAFIE 875

WETGEWING 914

VONNISREGISTER 916

BEGRIPSREGISTER 919

HOOFSTUK 1

INLEIDING

1.1 Agtergrond

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996,[1] wat 'n nuwe era in die demokrasie van Suid-Afrika ingelei het, bevat 'n algemene bepaling dat die regsprekende gesag onafhanklik en slegs aan die Grondwet en reg onderworpe is, wat sodanige amptenare onpartydig en sonder vrees, begunstiging of vooroordeel moet toepas.[2] Hierdie bepaling verwoord die beginsel van die onafhanklikheid van die regbank, welke onafhanklikheid noodsaaklik is ten einde te voldoen aan die primêre funksie van die regbank, naamlik die bewerkstelliging van geregtigheid,[3] oftewel die gee van 'n regverdige billike uitspraak in 'n gegewe feitestel.[4] In 'n demokrasie behoort die regsprekende gesag, volgens die leerstuk van skeiding van magte,[5] onafhanklik te funksioneer van die wetgewende en uitvoerende gesag. Die presiese grense waarbinne regterlike bevoegdhede uitgeoefen kan word, het al gewissel van tyd tot

---

1 Die 1996-Grondwet het gevolg op die oorgangsgrondwet, die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993. In navolging van Malherbe se voorstel word geen nommer gebruik in verwysing na die 1996-Grondwet nie. In "Die Nommering van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1996: Vergissing of Onkunde?" 1998 *TSAR* 140 wys hy daarop dat dit verkeerd is om 'n nommer aan die Grondwet toe te ken – dit skep die indruk dat die Grondwet 'n wet van die parlement is terwyl dit deur die grondwetlike vergadering ingevolge hoofstuk 5 van die oorgangsgrondwet aangeneem is. Hy voer aan die korrekte volledige verwysing na die Grondwet is: "Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1996".

2 A 165(2). Alhoewel hierdie proefskrif in Afrikaans geskryf word en daar dikwels na die bepalings van die Grondwet in Afrikaans verwys sal word (soos vervat in die sakgrootte weergawe van *Die Grondwet* wat in elf amptelike tale, waaronder Afrikaans, vertaal en by poskantore as inligtingstuk versprei is), sal aanhalings uit die Grondwet meerendeels in Engels gedoen word, omdat dit die amptelike weergawe van die Grondwet van 1996 is wat dan ook deur die President onderteken is.

3 Mahomed "The Role of the Judiciary in a Constitutional State"1998 *SALJ* 111 115; Shetreet "Judging in Society: The Changing Role of Courts" in Shetreet (red) *The Role of Courts in Society* 1988 467 468; Walker *The Rule of Law* 1988 30; Amerasinghe "Judicial Independence – Some Core Issues" 1997 *Journal of Judicial Administration* 74 75.

4 Shetreet "Judging in Society" 468. Sien die bespreking tov die funksie van 'n regbank in afd 2.2.

5 Die skeiding van regsprekende, wetgewende en uitvoerende bevoegdheid in die staat – sien die bespreking van hierdie aspek in afd 2.7.

tyd en van land tot land, maar die beginsel van 'n onafhanklike regbank is onderliggend aan die wese van 'n gevestigde demokrasie gebaseer op die *rule of law*.[6]

Die onafhanklikheid van die regbank beteken in beginsel die reg van en plig opgedra aan regsprekende amptenare om die funksie van geregtelike beregting uit te oefen, ooreenkomstig die voorskrifte van hul eie integriteit en die reg, sonder enige werklike of vermeende, direkte of indirekte inmenging deur of afhanklikheid van enige ander persoon of instansie.[7] By ontleding van die onafhanklikheid van die regbank, word onderskei tussen die onafhanklikheid van die individuele regters en die kollektiewe onafhanklikheid van die regbank as geheel. Die onafhanklikheid van die individuele regters bestaan uit twee belangrike komponente, naamlik persoonlike onafhanklikheid en saaklike (of substantiewe) onafhanklikheid.[8] Persoonlike onafhanklikheid[9] beteken dat die aanstelling, ampsduur en diensvoorwaardes van regsprekende beamptes nie willekeurig deur ander owerheidsorgane beheer word nie.[10] Die saaklike onafhanklikheid[11] van die regsprekende organe beteken dat hulle in die uitoefening van hulle pligte slegs onderworpe is aan die reg. Hierdie aspek het betrekking op die objektiwiteit van die regsprekende beamptes in die maak van beslissings – dit impliseer dat die administratiewe werksaamhede van die howe, die prosedure wat gevolg word tydens die verhoor van 'n saak asook die beslissings wat gegee word in 'n besondere geval in beginsel nie onderworpe mag wees aan die voorskrifte van

---

6 Mahomed "The Role of the Judiciary" 112; Walker *The Rule of Law* 30-31. Die Grondwet van 1996 bepaal ook in a 1(c) dat Suid-Afrika 'n soewereine, demokratiese staat is, gegrond op die oppergesag van die grondwet en die heerskappy van die reg (*rule of law*). Sien die bespreking tov die onafhanklikheid van die regbank in afd 2.3 en tov *rule of law* in afd 2.4.

7 Mahomed "The Role of the Judiciary" 112; Shetreet "Judging in Society" 594 ev.

8 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" in Shetreet (red) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 1985 590 598; Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 1996 237.

9 Sien die bespreking in afd 2.3.1.

10 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 237.

11 Sien die bespreking in afd 2.3.2.

enige ander owerheidsorgaan nie.[12]

Ten spyte daarvan dat die regbank sy magte en bevoegdhede verkry van die Grondwet en die wetgewer, is dit openbare vertroue in die regbank wat die bron van krag van hierdie instelling is.[13] Openbare vertroue in die onafhanklikheid van die regbank is nodig sodat die regbank legitimiteit geniet in die oë van die gemeenskap, wat weer noodsaaklik is vir gehoorsaamheid en nakoming van die howe se beslissings deur die gemeenskap.[14] Die regbank se uiteindelike mag berus dus op die aansien wat die regbank geniet in die psige en siel van die bevolking – daardie aansien is weer grootliks afhanklik van die regbank se onafhanklikheid en integriteit.[15] Alhoewel regsprekende amptenare by die maak van regterlike beslissings nie direk gebonde is aan die openbare mening nie, steun hulle op die morele gesag van openbare vertroue in die regbank wat in die gemeenskap geskep word deur die respek vir die belangrikheid van die regbank se funksie en die wyse waarop dit uitgevoer word.[16] Die regsprekende amptenare het dus 'n besondere belang daarby dat hul reputasie vir onafhanklikheid en integriteit verseker en gekoester word.[17]

In die laat 1980's en veral vanaf 1990 is baie kritiek teen die regbank uitgespreek.

---

12 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 238; Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 598-599.

13 Amerasinghe "Judicial Independence" 76.

14 "The judiciary has no army or police to execute its mandate to compel obedience to its decrees. It has no control over the purse-strings of government. Those two historical sources of power rest in other hands. The strength of the judiciary is in the command it has over the hearts and minds of men. That respect and prestige are the product of innumerable judgments and decrees, a mosaic built up from a multitude of cases decided. Respect and prestige do not grow suddenly; they are the products of time and experience. But they flourish when judges are independent and courageous." – hierdie realiteit is goed verwoord deur die Engelse regter William O'Douglas tydens 'n toespraak gelewer in 1954 (soos aangehaal in Amerasinghe "Judicial Independence" 76-77). Sien ook Mahomed "The Role of the Judiciary" 112.

15 Mahomed "The Role of the Judiciary" 112; Amerasinghe "Judicial Independence" 77. McGarvie "The Foundations of Judicial Independence in a Modern Democracy" 1991 *Journal of Judicial Administration* 3 4.

16 McGarvie "Judicial Independence in a Modern Democracy" 5.

17 Mahomed "The Role of the Judiciary" 112. Sien die bespreking tov die aspek van legitimiteit van die regbank in afd 2.10.

Weens die feit dat die kritiek teen die regbank so wydverspreid was en in so 'n ernstige lig beskou is, het baie kritici daarop gewys dat die regbank 'n krisis beleef.[18] Dit blyk dat wat die *persoonlike onafhanklikheid* van die regbank betref, die belangrikste besware wat geopper is, daarop neerkom dat politieke oorwegings 'n rol gespeel het by aanstelling van regsprekende amptenare in beide die hoër en laer howe, en dat die regbank nie verteenwoordigend genoeg is van die bevolking wat betref ras en geslag nie. Daar is veral klem gelê daarop dat die Swart bevolking uitgesluit is van die samestelling van die regbank en dat die regbank oorwegend uit blanke mans bestaan. Wat die *saaklike onafhanklikheid* van die regbank betref, is die beswaar geopper dat die regbank in sommige gevalle te owerheidsgesind (*executive-minded)* was en soms diskriminerende wetgewing sonder veel skroom of teenspraak aanvaar en toegepas het.[19] Sommige kritici het daarop gewys dat selfs waar die regbank voor 'n keuse te staan gekom het, was die neiging om die standpunt in te neem, wat die gunstigste vir die owerheid sou wees.[20]

Teen die einde van die 1980's en veral in 1990-1991 is daar algaande al hoe meer kritiek geopper dat die regbank geloofwaardigheid en algemene aanvaarding in die oë van die breë bevolking verloor het en derhalwe 'n legitimiteitskrisis beleef. Uit verskeie oorde is 'n behoefte geïdentifiseer dat die regbank meer verteenwoordigend moet wees van die bevolking wat betref ras en geslag. Die probleem is egter dat die "poel" waaruit potensiële kandidate vir regterlike aanstellings geselekteer word, nie groot genoeg is nie. Een van die voorstelle wat gemaak is ten einde die regbank meer verteenwoordigend te maak van die bevolking wat betref ras en geslag, en die bevolking se behoefte aan inspraak in die regspraak te bevredig, is die herinstelling van die juriestelsel, alternatiewelik, die uitbreiding van die assessore-stelsel.[21]

---

18 Sien die bespreking tov die kritiek teen die regbank in afd 8.3.

19 Kruger "Die Beregting van Fundamentele Regte gedurende die Oorgangsbedeling" 1994 *THRHR* 396 402.

20 Huebner "Who Decides? Restructuring Criminal Justice for a Democratic South Africa" 1993 *The Yale LJ* 961 966-969.

21 Sien die bespreking tov hierdie voorstelle in afd 8.3, en die evaluering van hierdie voorstelle in afd 8.4.1.4.1 (hoër howe) en afd 8.4.3.4.1 (laer howe).

Kritici het daarop gewys dat die opbloei in die sogenaamde volkshowe (*people's courts)* in die 1980's as alternatief tot die formele howe, as voorbeeld dien van die algehele miskenning van en wantroue in die regbank. Daar is aangevoer dat dit daarop dui dat die bevolking vertroue verloor het in die formele regstelsel wat by implikasie beteken dat die legitimiteit van die regbank bevraagteken word.[22]

1.2 Doelstelling en afbakening van onderwerp

'n Onafhanklike regbank is van kardinale belang vir die handhawing van 'n demokrasie – ondermyning van hierdie onafhanklikheid sal lei tot ondermyning van die fondament van die beskawing wat daardeur beskerm moet word.[23] In die lig van die nuwe konstitusionele bedeling met die inwerkingtreding van die Grondwet van 1996 en die handves van fundamentele regte, het dit nodig geword om die onafhanklikheid van die regbank te evalueer teen die agtergrond van die voorafgaande kritiek wat teen die regbank uitgespreek is.

By 'n studie na die onafhanklikheid van 'n regbank moet daar noodwendigerwys wyd uiteenlopende aspekte saamgetrek word ten einde 'n geheelbeeld van die regbank se posisie te kan vorm. Omdat die onafhanklikheid van die regbank in hierdie proefskrif ontleed word vanuit die hoek van die kritiek wat in die verlede geopper is, sal dit veral hierdie aspekte wees wat die hooffokus van hierdie ondersoek sal vorm. By ontleding van die persoonlike onafhanklikheid van die regsprekende amptenare, is dit veral die wyse van seleksie van hierdie amptenare en die daaropvolgende samestelling van die regbank ten einde verteenwoordigend te wees van die gemeenskap wat betref ras en geslag, wat van belang is. Die oogmerk tydens seleksie van regsprekende amptenare is gewoonlik om die beste moontlike kandidate te selekteer by wyse van 'n billike, deursigtige seleksieprosedure ten einde 'n

---

22 Sien die bespreking in afd 8.3 en afd 8.5.

23 Mahomed "The Role of the Judiciary" 112.

onafhanklike regbank saam te stel.[24] Die gedagte, wat hiermee saamhang, naamlik dat die regbank verteenwoordigend moet wees van die gemeenskap, is nie nuut nie en word in verskeie regstelsels aangetref. Daar word algemeen aanvaar dat 'n regbank wat verteenwoordigend is van die gemeenskap, 'n saak vanuit verskillende perspektiewe sal evalueer ten einde tot 'n beslissing te kom – dit lei tot 'n toename in openbare vertroue in die regbank, wat weer lei tot 'n verhoging in die legitimiteit van die regbank.[25] By ontleding van die saaklike onafhanklikheid van die regsprekende amptenare, sal die klem primêr val op regterlike beregting in die lig van die Grondwet en die handves van fundamentele regte.[26]

Die informele howe, en meer spesifiek die sogenaamde volkshowe, wat kritici bygetrek het as synde deel van die bewys van die formele howe se legitimiteitskrisis, val buite die normale hofhiërargie. Alhoewel hierdie howe 'n waardevolle rol kan vervul om reg en geregtigheid, en regsbeslissings rakende minder ernstige oortredings, nader aan die gemeenskap te bring, lê die gevaar daarin opgesluit dat daar geen werklike beheer oor hierdie howe is nie, wat beteken dat hulle deur politieke groeperinge en aktiviste misbruik kan word. Die probleem is hier om 'n middeweg te vind waar hierdie informele howe aangewend kan word tot voordeel van die gemeenskap, maar om terselfdertyd voorsiening te maak vir 'n beheermeganisme om te waak teen misbruik van gesag.[27]

As gevolg van die wye omvang wat 'n ondersoek na die onafhanklikheid van die howe tot gevolg sal hê en die beperkte omvang van hierdie proefskrif, sal die ondersoek in hierdie proefskrif beperk word tot strafhowe. Vir doeleindes van hierdie proefskrif sal alle verwysings na die *regbank* en na *howe* slaan op strafhowe.

Aangesien kritiek teen die regbank nie net beperk is tot Suid-Afrika nie, maar 'n aspek

---

24 Sien die bespreking in afd 3.2.

25 Sien die bespreking in afd 3.5.

26 Sien die bespreking in hoofstuk 4.

27 Sien die bespreking in afd 8.5.2.

is waarmee wêreldwyd geworstel word,[28] kan daar met vrug gekyk word na die wyse waarop ander regstelsels die problematiek rondom die onafhanklikheid van die regbank met verwysing na bogenoemde aspekte hanteer. Die oogmerk met hierdie proefskrif is dus om sekere aspekte van die onafhanklikheid van die strafhowe te bespreek en te evalueer aan die hand van 'n regsvergelykende ondersoek. Dit is nie die oogmerk van hierdie proefskrif om 'n deurtastende studie te doen om te bepaal of die uitsprake wat die regbank in die verlede gegee het aantoon dat die regbank te alle tye onafhanklik was nie. Kritiek wat spruit uit ondersoeke wat alreeds in hierdie verband onderneem is, is voldoende om die afleiding te regverdig dat 'n groot deel van die bevolking die onafhanklikheid van die regbank bevraagteken en dat die legitimiteit van die regbank gevolglik in gedrang is.[29]

1.3 Werkswyse

Hoofstuk 2 word gewy aan die toeligting van sekere begrippe en fundamentele beginsels onderliggend aan die onafhanklikheid van die regbank. Hierdie omskrywings is wenslik ten einde aan te toon watter betekenis bepaalde begrippe en beginsels in hierdie ondersoek dra, en die wisselwerking wat tussen hierdie begrippe en beginsels bestaan.

In hoofstuk 3 word die persoonlike onafhanklikheid van die regbank ontleed. Daar word onderskei tussen die seleksie en aanstelling van regterlike amptenare, hul ampsduur, diensvoorwaardes en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.

In hoofstuk 4 word die saaklike onafhanklikheid van die regbank ontleed met

---

28 Tov kritiek teen die regbank in Kanada en Nieu Zeeland, sien Downey "Judges, Independence and Accountability" 1992 *New Zealand LJ* 409. Sien in die algemeen Shetreet en Deschênes (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate.*

29 Raad op Geesteswetenskaplike Navorsing *Law and Justice in South Africa*. Volgens hierdie verslag word die legitimiteit deur 'n groot deel van die bevolking bevraagteken. Onder die blankes is die persepsie van die regbank die positiefste, onder die Swartes die negatiefste terwyl die Indiërs en Kleurlinge se persepsie daarvan tussen dié twee uiterstes val. Sien die volgende tov die rol en die legitimiteit van die regbank: Sachs *Justice in South Africa*; Dugard *Human Rights*; Corder *Judges at Work*; Forsyth *In Danger For Their Talents: A Study of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa 1950-1980.*

spesifieke verwysing na die rol van regterlike diskresie en die rol van regterlike regsvorming. Daar word verder onderskei tussen die regspositivistiese teenoor die waarde-geöriënteerde benadering in die lig van die Grondwet van 1996. Daar word aangedui dat met die inwerkingtreding van die interim- en finale Grondwet van 1996 en oorgaan na 'n stelsel van grondwetlike oppermagtigheid, daar van regterlike beamptes verwag word om 'n aktivistiese waarde-geöriënteerde of waarde-aktiverende benadering by wets- en grondwetuitleg te volg wat 'n inslag het op die diskresie-uitoefening deur regters.

Hoofstukke 5 tot 7 word gewy aan 'n regsvergelykende ondersoek, gerig op 'n ontleding van die onafhanklikheid van die howe, met verwysing na bogenoemde aspekte. In hoofstuk 5 word die onafhanklikheid van regsprekende beamptes met regsopleiding ontleed, terwyl hoofstuk 6 gewy word aan die onafhanklikheid van regsprekende beamptes sonder regsopleiding. Een van die hoofoogmerke van 'n regsvergelykende ondersoek is om 'n beter begrip van die reëling van sekere aspekte in vreemde regstelsels te bekom, ten einde groter insig en begrip ten opsigte van die eie huishoudelike reg te verkry. Op hierdie wyse kan bepaal word of die vreemde stelsels oplossings bied of as rigtingwysers kan dien met die oog op aanvulling van leemtes of gebreke in die eie reëling.

Die Suid-Afrikaanse reg het aanvanklik ontstaan uit die Romeins-Hollandse reg met latere beïnvloeding deur die Engelse reg.[30] Omdat 'n deel van die ondersoek gerig is op ontleding van die juriestelsel, sal daar ook gekyk word na lande wat ondervinding gehad het met die juriestelsel. In die lig van die aard van die ondersoek sal regsvergelykend gekyk word na Amerika en Brittanje as deel van die Anglo-Amerikaanse regsfamilie, na Duitsland as deel van die Germaanse regsfamilie en na Frankryk as deel van die Romaanse regsfamilie.[31] Omdat Suid-Afrika deel is van Afrika, wat vanweë sy rasse- en kultuursamestelling eiesoortige probleme ondervind,

---

30 Sien in die algemeen oor die geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg en van die invloed van Engelse reg in Suid-Afrika, Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg.*

31 Sien Van Zyl *Beginsels van Regsvergelyking* tov die standpunt dat 'n regsvergelykende ondersoek verteenwoordigend van die bekende regsfamilies moet wees.

sal ook na die posisie in ander Afrika-lande gekyk word.

Hoofstuk 7 word gewy aan 'n regsvergelykende bespreking oor die samestelling en funksies van inheemse howe met spesifieke verwysing na die informele howe in Amerika, Australië, Papua New Guinea en Indië. Hierdie stelsels is spesifiek betrek by hierdie ondersoek, omdat daar ooreenkomste bestaan tussen die informele howe in hierdie stelsels en die informele howe in Suid-Afrika. Soos in die geval van Suid-Afrika het al hierdie stelsels ook gebuk gegaan onder kolonialisering. 'n Nalatenskap van kolonialisering is gewoonlik 'n tweeledige regstelsel, bestaande uit die inheemse reg, van toepassing op die inheemse bevolking, en die dominante reg (ook bekend as die gemenereg) van toepassing op al die burgers van die land. Waar daar tans in Suid-Afrika debatvoering is ten opsigte van formalisering van die informele howe, bied die ondervinding wat in hierdie lande opgedoen is ten opsigte van pogings tot formalisering van die informele howe riglyne ten opsigte van die praktiese toepassing en gevolge van 'n beleid van formalisering, die struikelblokke wat moontlik oorbrug moet word en die gewenstheid van sodanige optrede. Hierdie riglyne sluit aspekte in soos die legitimiteit van die informele howe, die persoonlike en saaklike onafhanklikheid van die regsprekende amptenare, op welke wyse kontrole oor die howe uitgeoefen word en die belang van regsverteenwoordiging.

Hoofstuk 8 handel oor die regbank in Suid-Afrika. Daar word aangetoon in welke mate die historiese agtergrond die stand van die huidige regbank beïnvloed het. Daar word verwys na beïnvloeding deur die Romeins-Hollandse reg, sowel as na Britse en inheemse beïnvloeding. Die huidige posisie word in oënskou geneem met inagneming van die kritiek en die probleme wat daarmee saamhang. Voorstelle vir die hervorming van die huidige posisie word oorweeg in die lig van die Grondwet van Suid-Afrika van 1996. Daar word aangedui dat die Regterlike Dienskommissie en die Landdrostekommissie 'n belangrike hervorming teweeg gebring het op die gebied van aanstelling van regterlike amptenare, verdere probleme word uitgelig en voorstelle ten opsigte daarvan word gemaak. Daar word verder aangedui dat die juriestelsel nie 'n realistiese oplossing bied om die regbank meer verteenwoordigend van die gemeenskap te maak nie. Daarteenoor het die assessorestelsel geblyk 'n

meer praktiese en geskikte alternatief te wees. Hierdie hoofstuk word afgesluit met 'n ontleding van die informele howe in die Suid-Afrikaanse konteks. Daar word aangedui dat die informele howe behoue moet bly, maar aangepas word by veranderende omstandighede in die lig van die Grondwet van 1996 en die handves van fundamentele regte. Daar word verder aangedui dat dit wenslik is dat gemeenskapshowe deur die Staat erken en gedeeltelik gereguleer word by wyse van statutêre maatreëls, en dat 'n mate van finansiële ondersteuning gebied word.

Hoofstuk 9 bevat 'n samevatting van die belangrikste aspekte van hierdie ondersoek, asook die gevolgtrekkings en aanbevelings wat daaruit voortvloei.

HOOFSTUK 2

DIE FUNDAMENTELE BEGINSELS ONDERLIGGEND AAN DIE ONAFHANKLIKHEID VAN DIE REGBANK

2.1 INLEIDING

By ontleding van die verhouding tussen die staat en die individu, waar hulle in 'n gesagsverhouding teenoor mekaar te staan kom, kom leerstukke en beginsels van die publiekreg ter sprake. Omdat die individu inherent in 'n ondergeskikte posisie is teenoor die staat, kan die handhawing van die spanningsverhouding tussen die twee partye se belange problematies wees.[1] Aan die een kant moet 'n regbank op so 'n wyse saamgestel word en moet die regsprekende amptenare hul pligte op so 'n wyse uitoefen dat die strafreg en strafprosesreg suksesvol kan funksioneer en aan die ander kant moet geregtigheid geskied teenoor die individu. Alhoewel hierdie publiekregtelike leerstukke en beginsels in verskillende lande ontstaan het, het hulle een doelwit in gemeen: dat willekeurige gesagsuitoefening deur die owerheid in bedwang gehou moet word. Omdat hierdie leerstukke en beginsels gevorm is deur verskillende filosofiese denkrigtings en regsbenaderings, kan hulle nie sonder meer gelyk gestel word nie, maar daar is tog aspekte wat oorvleuel.[2] Die beginsels wat ter sprake kom by hierdie navorsingstuk is die fundamentele basis van die onafhanklikheid van die regbank,[3] regterlike aktivisme,[4] *rule of law*,[5] die

---

1 Rautenbach *Die Reg op Bewegingsvryheid* 375 verwys hierna as die onderdaan-staatsgesagproblematiek. Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 285 wys daarop dat owerheidsgesag beteken die bevoegdheid van die organe van die staat om dwingend te kan optree, met ander woorde, die bevoegdheid om ander te kan dwing om iets teen hulle sin te doen. Alhoewel die individu nie regteloos teenoor die staat staan nie en die uitgangspunt is dat die individu ook teenoor die staat moet kan optree, is die publiekregtelike verhouding tussen die staat en die individu per definisie 'n ongelyke verhouding waarin die staat die sterkste party is.

2 Rautenbach *Die Reg op Bewegingsvryheid* 375; Joubert *Die Legaliteitsbeginsel in die Strafprosesreg* 4.

3 Sien die bespreking in afd 2.3.

4 Sien die bespreking in afd 2.3.2 en hfst 4.

5 Sien die bespreking in afd 2.4.

legaliteitsbeginsel,[6] *due process of law*,[7] die leerstuk van skeiding van magte,[8] die begrip menseregte,[9] en die legitimiteit van die regbank.[10]

Die kerninhoud van hierdie beginsels, leerstukke, ensovoorts word vervolgens – by wyse van vertrekpunt – weergegee, sonder om telkens die belang daarvan vir en beïnvloeding van die onderhawige onderwerp aan te dui. Sodanige beïnvloeding en belang word samevattend in afdeling 2.11 (Tussentydse gevolgtrekkings en waardeskatting), hieronder aan die hand gedoen.

2.2 FUNKSIE EN DOEL VAN DIE REGBANK

Elke land het 'n struktuur van regsprekende organe wat op geografiese, spesialiteits- of ander grondslae gebaseer is.[11] Die funksie en doel van die regbank is om geregtigheid (*justice*) te bewerkstellig.[12] Geregtigheid in hierdie konteks verwys na die gee van 'n regverdige, billike uitspraak in 'n gegewe feitestel.[13] Ingevolge artikel 165(2)

---

6 Sien die bespreking by afd 2.5.

7 Sien die bespreking in afd 2.6.1.

8 Hierdie leerstuk is gerig op die skeiding van wetgewende, uitvoerende en regsprekende bevoegdhede in die staat. Sien die bespreking van hierdie aspek in afd 2.7. Sien ook Carpenter *Introduction to South African Constitutional Law* 156; Wiechers *Staatsreg* 48; Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 70.

9 Sien die bespreking in afd 2.8.

10 Sien die bespreking in afd 2.10.

11 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 221.

12 Sien in die algemeen Shetreet (red) *The Role of Courts in Society* 1988; Steyn "Oor die Taak van Regbank en Regsfakulteit" 101; Johnson "Civilization, Integrity, and Justice: Some Observations on the Function of the Judiciary" 1989 *Southwestern LJ* 645.

13 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" in Shetreet en Deschênes (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 597-598 omskryf die doel en funksie van die regbank soos volg: "The judiciary could be defined as the organ of government not forming part of the executive or the legislature, which is not subject to personal, substantive and collective controls, and which performs the primary function of adjudication. The function of adjudication can be exercised by direct resolution of disputes, between private parties, between state organs, or between a private party and a state organ." Sien ook Shetreet "Judging in Society" 468 voeg by dat "[i]n addition to the resolution of

van die Grondwet van 1996 "the courts are independent and subject only to the Constitution and the law, which they must apply *impartially and without fear, favour or prejudice*"– [eie kursivering].

Volgens die "Universal Declaration on the Independence of Justice"[14] sluit die doel en funksie van die regbank die volgende in:

"a) to administer the law impartially between citizen and citizen, and between citizen and state;
b) to promote, within the proper limits of the judicial function, the observance and the attainment of human rights;
c) to ensure that all people are able to live securely under the rule of law."[15]

Geregtigheid is soos volg omskryf deur hoofregter Mahomed:[16]

> "What is justice? It is that peculiarly human quality in civilization which seeks to regulate conflict between humans and between humans and collective institutions through solutions that are ethically defensible and coherent. The pursuit of justice is dominated by two components: justice which is procedurally fair and seen to be fair in its execution and justice which is substantially fair in its impact on those affected by its operation.
>
> Both these aims are capable of intelligible and rational articulation. The complexity lies in their attainment, because of the inherent difficulty involved in balancing competing interests and conflicting values of compelling weight.
>
> The secret of effective justice therefore lies in the capacity of judges to strike that balance ethically, coherently and fairly."

Om tot 'n regverdige en billike beslissing in 'n strafsaak te kan kom, moet die regsprekende beamptes die volgende aspekte in ag neem:

---

disputes, courts also help to shape society by pronouncing innovative and creative judgements. Courts also perform an important function of educating and reprimanding the parties before the court, and on occasion, the general public and the social and political institutions. The impact on the court system extends beyond the immediate parties to the cases. The knowledge of the very existence of the judicial system carries over and influences the conduct of members of society, in business as well as personal relationships. This impact has been referred to as the shadow of the law. Judicial decisions are thus able to shape societal ideas and mores, to create laws, as well as to resolve specific disputes."

14 Aangeneem in Montreal tydens die eerste wêreldseminaar oor die onafhanklikheid van die reg gehou op 10 Junie 1983 – Shetreet *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 447.

15 Anoniem "Universal Declaration on the Independence of Justice" in Shetreet en Deschênes (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 450.

16 "The Role of the Judiciary in a Constitutional State" 1998 *SALJ* 111 115.

- daar moet beslis word oor die feite wat voor die hof gelê word;
- erkende regsbeginsels moet op die feitestel toegepas word;
- daar moet ag geslaan word daarop of die korrekte prosedure te alle tye vanaf aanvang van die strafgeding nagevolg is (hierby word ingesluit reëls van die bewysreg by voorlegging van getuienis).

Daar moet nie alleen substantiewe geregtigheid geskied nie, maar ook prosessuele geregtigheid. Met ander woorde, daar moet aan die substantiewe[17] sowel as die prosessuele[18] aspekte van die strafreg en strafprosesreg voldoen word.

2.3 DIE ONAFHANKLIKHEID VAN DIE REGBANK

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 bevat 'n algemene bepaling dat die regsprekende gesag onafhanklik, onpartydig en slegs aan die Grondwet en reg onderworpe is.[19] Die onafhanklikheid van die regbank[20] behels onder

---

17 Volgens Abadinsky *Law and Justice: An Introduction to the American Legal System* 22 omskryf die substantiewe strafreg "...the elements that constitute a crime – for example, robbery, the unlawful taking of the property of another through the use or threat of force – and the penalties that attach for its commission".

18 Volgens Abadinsky *Law and Justice* 22 beheer die prosessuele strafreg "...the manner in which the substantive criminal law is invoked, for example, rules of evidence and due process; thus, in order for a criminal conviction to be lawful, it must follow the rules set out in the procedural law".

19 A 165 van die 1996-Grondwet bevestig die belangrikheid van die onafhanklikheid van die regbank:

> "(2) The courts are independent and subject only to the Constitution and the law, which they must apply impartially and without fear, favour or prejudice.
> (3) No person or organ of state may interfere with the functioning of the courts.
> (4) Organs of state, through legislative and other measures, must assist and protect the courts to ensure the independence, impartiality, accessibility and effectiveness of the courts."

20 Sien die volgende bronne vir 'n meer volledige bespreking van die aspekte betrokke by die onafhanklikheid van die regbank: Anoniem "International Bar Association Code of Minimum Standards of Judicial Independence" in Shetreet en Deschênes (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 388 ev; Shetreet "The Emerging Transnational Jurisprudence on Judicial Independence: The IBA Standards and Montreal Declaration" in Shetreet en Deschênes (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 393 ev; King "The IBA Standards on Judicial Independence: An Australian Perspective" in Shetreet and Deschênes (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 403 ev; Anoniem "Universal Declaration" 447 ev.

andere die volgende:

(1) regsprekende beamptes moet gesien word as onafhanklik[21] en nie bloot as politieke aanstellings nie;

(2) regsprekende beamptes moet beroepsekerheid geniet. Dit beteken dat:

- hulle lewenslank, oftewel vir nie-hernubare termyne aangestel moet word;
- hulle beskerm moet word teen arbitrêre afdanking;
- hulle diensvoorwaardes gewaarborg moet word.

Die onafhanklikheid van die regbank is dus een van die *essentialia* vir 'n regverdige verhoor en beslissing en is een van die hoekstene van 'n demokrasie. Hoofregter Mahomed wys daarop dat

> "[t]he exact boundaries of judicial power have varied from time to time and from country tot country, but the principle of an independent judiciary goes to the very heart of sustainable democracy based on the rule of law. Subvert it and you

---

21 Volgens die "Universal Declaration on the Independence of Justice" (hierna genoem die "Universal Declaration") beteken die onafhanklikheid van die regbank onder andere:

> "2.02 Judges individually shall be free, and it shall be their duty, to decide matters before them impartially, in accordance with their assessment of the facts and their understanding of the law without any restrictions, influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason.
>
> 2.03 In the decision-making process, judges shall be independent vis-a-vis [sic] their judicial colleagues and superiors. Any hierarchical organization of the judiciary and any difference in grade or rank shall in no way interfere with the right of the judge to pronounce his judgement freely.
>
> 2.04 The judiciary shall be independent of the Executive and Legislative.
>
> 2.05 The judiciary shall have jurisdiction, directly or by way of review, over all issues of a judicial nature.
>
> 2.06 a) No ad hoc tribunals shall be established...
>
> 2.07 a) No power shall be exercised so as to interfere with the judicial process.
> b) The Executive shall not have control over judicial functions.
> c) The Executive shall not have the power to close down or to suspend the operation of the courts.
> d) The executive shall refrain from any act or omission which pre-empts the judicial resolution of a dispute or frustrates the proper execution of a court decision.
>
> 2.08 No legislation or executive decree shall attempt retroactively, to reverse specific court decisions, nor to change the composition of the court to affect its decision-making.
>
> 2.09 Judges may take collective action to protect their judicial independence.
>
> 2.10 Judges shall always conduct themselves in such a manner as to preserve the dignity of their office and the impartiality and independence of the judiciary. Subject to this principle, judges shall be entitled to freedom of belief, expression, association and assembly." – sien Anoniem "Universal Declaration" 450-451.

subvert the very foundations of the civilization which it protects."[22]

Cox[23] omskryf die onafhanklikheid van die regbank soos volg:

> "...the idea of judicial independence implies: (1) that judges shall decide lawsuits free from any outside pressure: personal, economic, or political, including any fear of reprisal; (2) that the courts' decision shall be final in all cases except as changed by general, prospective legislation, and final upon constitutional questions except as changed by constitutional amendment; and (3) that there shall be no tampering with the organization or jurisdiction of the courts for the purposes of controlling their decisions upon constitutional questions.
>
> The independence of the judiciary also implies – in my view of thinking – at least two reciprocal obligations. First, judges must free themselves, not only from the crasser forms of obligation or commitment, but also, so far as humanly possible, from the ties of personal and group loyalties and implied commitment. A judge whose decisions are influenced by politics is putting the independence of the courts at risk.
>
> Second, judicial independence also implies a reciprocal obligation on judges to decide 'according to law,' according to a continuity of reasoned principle found in the words of the Constitution, statute, or other controlling instrument, in the implications of its structure and apparent purposes, and in prior judicial precedents, traditional understanding, and like sources of law."

Wanneer die onafhanklikheid van die regbank bespreek word, kom verskeie aspekte ter sprake. Shetreet[24] wys daarop dat wanneer die onafhanklikheid van die regbank ontleed word, moet daar 'n onderskeid gemaak word tussen die *onafhanklikheid van individuele regters* en die *kollektiewe onafhanklikheid van die regbank as geheel*.[25] Die onafhanklikheid van die individuele regters kan verder onderverdeel word in hul

---

22 "The Role of the Judiciary" 112. McGarvie "The Ways Available to the Judicial Arm of Government to Preserve Judicial Independence" 1992 *Journal of Judicial Administration* 236 beaam op 242 dat "[i]t is equally obvious that an independent judiciary is vital to the effective operation of a democracy".

23 "The Independence of the Judiciary: History and Purposes" 1996 *University of Dayton LR* 566.

24 "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 598.

25 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 599 verduidelik dat "[t]he concept of collective judicial independence may require a greater measure of judicial participation in the central administration of the courts, including the preparation of budgets for the courts, and depending on one's view of the nature of judicial independence, the extent of judicial participation may range from consultation, sharing responsibility with the executive (or the legislature) and exclusive judicial responsibility."

persoonlike onafhanklikheid (wat betrekking het op hul aanstelling, ampsduur en diensvoorwaardes) en hul *saaklike (substantiewe) onafhanklikheid* wat beteken dat by die maak van beslissings en uitvoering van ander amptelike pligte, individuele regterlike amptenare slegs onderhewig is aan die reg.

Daar word gewoonlik 'n onderskeid gemaak tussen *onafhanklikheid* en *onpartydigheid*,[26] waar onafhanklikheid verwys na die feit dat die regbank toegelaat moet word om sonder enige eksterne beïnvloeding tot 'n beslissing te kom en onpartydigheid dui op die ingesteldheid van die individuele regterlike amptenaar tydens beregting van 'n saak. Die ideaal is dat 'n regterlike amptenaar elke saak objektief en onpartydig bereg, alhoewel dit algemeen aanvaar word dat geen regter absoluut objektief en onpartydig kan wees nie, omdat elke persoon se persepsie en standpunte die produk is van sy of haar hele lewe en ondervinding. Lord MacMillan verwoord dit soos volg:

> "The judicial oath of office imposes on the judge a lofty duty of impartiality. But impartiality is not easy of attainment. For a judge does not shed the attributes of common humanity when he assumes the ermine. The ordinary human mind is a mass of prepossessions inherited and acquired, often none the less dangerous because unrecognized by their possessor. Few minds are as neutral as a sheet of plate glass, and indeed a mind of that quality may actually fail in judicial efficiency, for the warmer tints of imagination and sympathy are needed to temper the cold light of reason if human justice is to be done."[27]

Die konsep van persoonlike onafhanklikheid en saaklike (of substantiewe) onafhankliheid van die regbank word universeel erken deur die reg en deur skrywers.[28] Regters behoort beide persoonlike sowel as saaklike onafhanklikheid te geniet.

---

26 Albei hierdie begrippe kom voor in a 165(2) van die Grondwet van 1996 wat impliseer dat hulle nie presies dieselfde betekenis het nie.

27 Soos aangehaal in Wilson "Will Women Judges Really Make a Difference?" 1990 *Osgoode Hall LJ* 507 508-509.

28 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 599; Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 237.

2.3.1 Persoonlike onafhanklikheid van die regbank

Persoonlike onafhanklikheid beteken dat die bepalings en voorwaardes van regterlike diens voldoende sekuriteit bied om te verseker dat die individuele regters nie onderhewig is aan die uitvoerende gesag se beheer nie.[29] Die persoonlike onafhanklikheid van die regbank word in meer besonderhede bespreek in hoofstuk 3. Die saaklike onafhanklikheid van die regbank beteken dat hulle in die uitoefening van hulle pligte slegs onderworpe is aan die reg – hierdie vorm van onafhanklikheid beskerm die objektiwiteit van die regbank met die oog daarop dat beïnvloeding so ver as moontlik uitgeskakel word.[30]

2.3.2 Saaklike onafhanklikheid van die regbank

Soos hierbo verduidelik is,[31] beteken die saaklike onafhanklikheid van die regbank dat die regsprekende amptenare in die uitoefening van hulle pligte slegs onderworpe is aan die reg.[32] Soos Gilles[33] dit stel:

> "The essence of every democratic adjudicative process and a judiciary governed by the rule of law is the vital principle of judicial independence."

Die saaklike onafhanklikheid van 'n regter in die hof is uiteindelik afhanklik van die

---

29 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 237 bevestig hierdie omskrywing: "Die persoonlike onafhanklikheid van die howe beteken dat die aanstelling, ampsduur en diensvoorwaardes van die regsprekende beamptes nie willekeurig deur ander owerheidsorgane beheer word nie." Sien ook Laue "The Independence of the Judiciary in the Lower Courts" 1995 *De Rebus* 519; Mahomed "The Role of the Judiciary in a Constitutional State" 1998 *SALJ* 111 ev.

30 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 238.

31 Sien die bespreking by 2.3.2.

32 In a 97(1) van die Duitse Grondwet word hierdie aspek ondubbelsinnig gestel: "Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen." Engelse uitdrukkings wat in hierdie verband gebruik word is "substantive independence", "functional independence" en "decisional independence". Sien ook Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 238 ev.

33 "Germany: Judicial Independence and the Involvement of Judges in Party Politics and Trade Union Activities" in Shetreet en Deschênes (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 96 100.

kollektiewe onafhanklikheid van die regbank as geheel.[34] Die *International Bar Association* (hierna die *IBA* genoem) stel dit dan ook as een van die minimumstandaarde van regterlike onafhanklikheid dat die regbank as geheel outonomie en kollektiewe onafhanklikheid *vis-à-vis* die uitvoerende gesag behoort te geniet.[35] Deurdat beïnvloeding sover moontlik uitgeskakel word, word die objektiwiteit van die regbank beskerm. Die administratiewe werksaamhede van die regbank en veral die prosedure waarvan in 'n gegewe geval gebruik gemaak word sowel as die beslissings wat deur die regbank gegee word, mag in beginsel nie onderworpe wees aan voorskrifte deur enige ander owerheidsorgaan nie. Die feit dat die regbank wetgewing interpreteer en toepas en dat 'n hof ingevolge die presedenteleer gebonde kan wees aan die uitspraak van 'n hoër hof, doen nie afbreuk aan hierdie aspek van die regsprekende onafhanklikheid nie.[36] Die regbank word verder teen eksterne druk beskerm deur maatreëls oor die sivielregtelike immuniteit van regsprekende amptenare[37] en die misdaad *minagting van die hof*.[38]

---

34 King "Australian Perspective" 405.

35 Anoniem "IBA Minimum Standards" 388. Shetreet "Montreal Declaration" 396-397 states: "The aim of the IBA Project was to develop international, minimum standards of judicial independence. The aim was not necessarily to photograph or reflect the prevailing practice in the world today. Rather our aim was to formulate such standards that the nations of the world should strive to comply with. True minimum standards are not the ideal, most desirable standards, and they must not exceed the boundaries of feasibility and reasonableness."

"Among other things, the IBA Standards stress the importance of the collective independence of the judiciary vis-a-vis the Executive and the Legislature, and the need for judicial autonomy in matters of judicial administration and court budgets. They recommend selection committees for judicial appointments, and they stress the idea that judges are independent statutory officers of the state and not civil servants of the executive government. The Standards call for the security of terms of judicial office, the safeguard of adequate judicial salaries, and regular pay increases according to economic changes by constitutionally protected procedure. The Montreal Declaration generally follows the IBA lines of thinking..."

36 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 630; Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 239.

37 *May v Udwin* 1981 1 SA (A) 19; *Penrice v Dickenson* 1945 AD 6 14-15. Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 239.

38 Burchell en Milton *Principles of Criminal Law* 627 omskryf minagting van die hof as "...unlawfully and intentionally violating the dignity, repute or authority of a judicial body, or interfering in the administration of justice in a matter pending before it". Crone *Law and the Media* 140 verklaar:

"The essence of contempt of court has always been an improper interference with the administration of justice. Its origin lies in the adjunct to the rule of law that the court must be free to decide on those matters before it unhindered and unfettered by any outside influence. Both the law and the courts charged with its administration must be respected and obeyed.

The contempt laws are therefore aimed at those who undermine, obstruct or

Ten einde onafhanklikheid en onpartydigheid te verseker, bepaal die *IBA* se minimumstandaarde:

> "44. A judge shall enjoy immunity from legal actions in the exercise of his official functions.[39]
> 47. In the decision-making process, a judge must be independent vis-a-vis [sic] his judicial colleagues and superiors."

2.3.2.1 Onafhanklikheid wat betref prosedure en administratiewe funksies

Soos reeds hierbo genoem[40] is een van die aspekte inbegrepe by die saaklike onafhanklikheid van die regbank dat die regbank onafhanklik moet wees ten opsigte van hul administratiewe werksaamhede en die prosedure wat gevolg word tydens die verhoor van 'n saak.

Ingevolge artikel 173 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 het die Konstitusionele Hof, die Hoogste Hof van Appèl en die Hoë Howe die inherente bevoegdheid om hul eie prosedure te reël en beskerm.

Die *IBA* se minimumstandaarde bepaal dat judisiële aangeleenthede uitsluitlik die verantwoordelikheid van die regbank behoort te wees,[41] beide wat betref die sentrale administrasie en die administrasie op die vlak van die howe.[42] Die sentrale

---

interfere with the workings of the court. Hence it is a contempt to carry out any act calculated to prejudice the outcome of legal proceedings. Disobedience of orders made by the court is also contempt as is misbehaviour in, or 'scandalizing', the court. Similarly, to undermine the court's authority, e.g. by suggesting that the judge is biased or incompetent, is likely to be viewed as a contempt."

39 'n Soortgelyke bepaling word aangetref in klousule 2.24 in Anoniem "Universal Declaration" 452. Die "Universal Declaration" voeg verder by:

> "2.25 a) Judges shall be bound by professional secrecy in relation to their deliberations, and to confidential information acquired in the course of their duties other than in public proceedings.
> b) Judges shall not be required to testify on such matters."

40 Sien die bespreking by afd 2.3.2 hierbo.

41 'n Soortgelyke bepaling word aangetref in die "Universal Declaration" klousule 2.40 – sien Anoniem "Universal Declaration" 454.

42 Klousule 2.40 van die "Universal Declaration" bevestig dit: "The main responsibility for court administration shall vest in the judiciary."

verantwoordelikheid vir judisiële administrasie behoort verkieslik by die regbank te wees, alternatiewelik by die regbank en die Uitvoerende Gesag gesamentlik. Dit is die verantwoordelikheid van die staat om toe te sien dat daar voldoende finansiële bronne is vir regterlike administrasie.[43] Die toekenning van sake behoort ook by die regbank te setel:

"11.(a) Division of work among judges should ordinarily be done under a predetermined plan, which can be changed in certain clearly defined circumstances.

(b) In countries where the power of division of judicial work is vested in the chief justice, it is not considered inconsistent with judicial independence to accord to the chief justice the power to change the predetermined plan for sound reasons, preferably in consultation with the senior judges when practicable.

(c) Subject to (a), the exclusive responsibility for case assignment should be vested in a responsible judge, preferably the President of the Court."[44]

2.3.2.2 Regterlike aktivisme teenoor non-intervensie

Soos in 'n voorafgaande bespreking verduidelik is,[45] beteken saaklike onafhanklikheid dat die regbank toegelaat moet word om onafhanklik tot 'n beslissing te kan kom, die regters is slegs onderworpe aan die reg en nie onderworpe aan die voorskrifte van enige owerheidsorgaan nie. Regspraak is 'n owerheidsfunksie wat betrekking het op die oplossing van geskille in 'n gemeenskap. In alle gemeenskappe bestaan daar behoefte om geskille op te los deur 'n onafhanklike regbank. Regspraak behels die

---

43 Kousules 5, 8-10 Anoniem "IBA Minimum Standards" 389. Hierdie beginsel word bevestig in die "Universal Declaration":

"2.41 It shall be a priority of the highest order, for the state to provide adequate resources to allow for due administration of justice, including physical facilities appropriate for the maintenance of judicial independence, dignity and efficiency, judicial and administrative personnel, and operating budgets.

2.42 The budget of the court shall be prepared by the competent authority in collaboration with the judiciary. The judiciary shall submit their estimate of the budget requirements to the appropriate authority." – Anoniem "Universal Declaration" 454.

44 Anoniem "IBA Minimum Standards" 389. Die ooreenstemmende bepaling in die "Universal Declaration" lees soos volg: "2.43 The judiciary shall alone be responsible for assigning cases to individual judges or to sections of a court composed of several judges, in accordance with law or rules of court." – Anoniem "Universal Declaration" 454.

45 Sien die bespreking in afd 2.3.2.

interpretasie en toepassing van regsreëls op konkrete gevalle. Alhoewel die regbank se primêre funksie is om reg te spreek,[46] word dit algemeen aanvaar dat die howe ook reg kan skep.[47] Deur interpretasie en toepassing kan die regbank die reëls van die statutêre en gemenereg aanpas, aanvul en ontwikkel.[48] Die proses van regskepping deur die howe het egter altyd bestaande regsreëls as vertrekpunt; sodanige regskepping vind plaas in die proses van *interpretasie en toepassing*. Indien die regbank se regskeppende funksie vergelyk word met die wetgewer se regskeppende funksie, is dit duidelik dat in die geval van die regbank dit 'n baie meer beperkte regskeppende aksie is as dié van die wetgewer waarvan die belangrikste funksie is om bestaande reg deurlopend te hersien en indien nodig, te wysig of te vervang.[49] Hierdie regterlike funksie berus alleen by die regbank – die Uitvoerende Gesag behoort op geen manier hierdie regterlike funksie te kan beïnvloed nie.[50]

Holland[51] verduidelik regterlike aktivisme teenoor non-intervensie soos volg:

> "Those judges who believe that it is legitimate for them to formulate social policy are called judicial activists; their colleagues who would confine the judiciary to the

---

46 Steyn "Oor die Taak van Regbank" 101.

47 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 219; Holland *Judicial Activism* 1; Bond *The Art of Judging* 7ev; Abraham *Judicial Process* 323-327; Berat "Courting Justice: A Call for Judicial Activism in a Transformed South Africa" 1993 *Saint Louis University LJ* 849 868; Shaman "The Impartial Judge: Detachment or Passion" 1996 *De Paul LR* 605 ev.

48 Aa 8(3) en 173 van die Grondwet van 1996 verleen erkenning daaraan dat die howe die gemenereg ontwikkel.

49 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 219.

50 Die *IBA* se minimumstandaarde, vervat in Anoniem "IBA Minimum Standards" 389, bepaal soos volg:

> "16. The Ministers of the government shall not exercise any form of pressure on judges, whether overt or covert, and shall not make the statements which adversely affect the independence of individual judges, or of the judiciary as a whole.
>
> 17. The power of pardon shall be exercised cautiously so as to avoid its use as an interference with judicial decision.
>
> 18.(a) The Executive shall refrain from any act or omission which pre-empts the judicial resolution of a dispute, or frustrates the proper execution of a court judgment.
>
> (b) The Executive shall not have the power to close down, or suspend, the operation of the court system at any level."

51 *Judicial Activism in Comparative Perspective* vii.

> task of applying to specific cases laws and regulations made by the so-called 'political branches' of government are known as advocates of judicial restraint. The heart of the issue between them is the proper relationship between the courts, on the one hand, and the legislature and administration, on the other."

Die vraag of 'n regter, wanneer hy of sy 'n bepaling in die Grondwet teëkom waarmee hy of sy nie saamstem nie en wat tot 'n aanstootlike (*offensive*) gevolg sou lei, uitspraak moet gee volgens sy gewete en of hy eerder 'n uitspraak moet gee wat aanstootlik is, maar wat in ooreenstemming is met die Grondwet, word soos volg saamgevat deur Bork:[52]

> "In law, the moment of temptation is the moment of choice, when a judge realizes that in the case before him his strongly held view of justice, his political and moral imperative, is not embodied in a statute or in any provision of the Constitution. He must choose between his version of justice and abiding by the American form of government [original intent]."

Bork kom tot die gevolgtrekking dat vir 'n regter om te swig voor hierdie versoeking neerkom op oorskryding van die wetgewende prerogatief.

Omdat regterlike aktivisme integraal verbonde is aan die onafhanklikheid van die regbank en belangrike beginsels, byvoorbeeld dié ten opsigte van regterlike diskresie daaruit voortvloei, word hierdie aspek in meer besonderhede bespreek in hoofstuk 4.

2.4 RULE OF LAW

Artikel 1 van die Grondwet van 1996 bepaal dat een van die waardes waarop die Republiek van Suid-Afrika gegrond is, die oppergesag van die grondwet en die heerskappy van die reg is.[53] As sodanig is dit 'n waarde wat 'n *oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê* en moet dit by die uitleg van enige bepaling van die handves bevorder word.[54] Hierdie bepaling in die Grondwet regverdig dus ondersoek na presies wat die *rule of law*

---

52 *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* 1.

53 In a 1(c) word die waarde omskryf as die "[s]upremacy of the constitution and the rule of law".

54 A 39(1)(a) van die Grondwet van 1996. Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 287.

behels. Die *rule of law* word normaalweg as 'n versamelnaam gebruik vir die leerstukke en beginsels[55] oor die *prosedure*[56] wat owerheidsorgane behoort te volg wanneer hulle regte van die individu beperk. Alhoewel daar al dikwels verskillende standpunte was oor wat presies onder hierdie begrip verstaan word,[57] is al die omskrywings gerig op die onderdaan-staatsgesagproblematiek. In Engeland waar die begrip ontstaan het, word die inhoud daarvan weergegee as synde: die afwesigheid van willekeurige owerheids-gesagsuitoefening, die handhawing van persoonlike vryheid en gelykheid by beregting deur onpartydige en onafhanklike howe.[58] Alhoewel die *rule of law*-leerstuk beginsels bevat wat al sedert die dertiende eeu deel vorm van die Engelse reg, het Dicey eers werklik in 1885 die begrip *rule of law* gebruik om na hierdie beginsels te verwys. Volgens Dicey[59] se ontleding, het die begrip basies die volgende behels, naamlik dat

- niemand se regte en vryhede ontneem mag word deur die willekeurige uitoefening van wye diskresionêre bevoegdhede van die owerheid nie, maar dat dit slegs kan geskied deur gewone howe wat bevind het dat die persoon 'n regsreël verbreek het;
- niemand bo die reg verhewe is nie en dat almal onderworpe is aan dieselfde regsreëls en beregting deur die gewone howe;
- die persoonlike regte en voorregte van 'n individu voortvloei uit hofbeslissings en nie in een of ander grondwet gewaarborg word nie.[60]

---

55 Leerstukke en beginsels wat hier ter sprake kom is onder andere legaliteit, die leerstuk van skeiding van magte, *due process of law* en die begrip menseregte.

56 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 287 wys daarop dat omdat dit veral gaan oor die *prosedure* wat veral deur die uitvoerende gesag gevolg moet word om regte te beperk, bevat die *rule of law* nie riglyne oor watter substantiewe balans gehandhaaf moet word wanneer die staat (selfs volgens die regte prosedure) individuele regte beperk ter beskerming van sekere gemeenskapsbelange nie. Hulle wys daarop dat volgens die Britse staatsreg besluit die "soewereine" parlement daaroor.

57 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 5 ev; Walker *The Rule of Law* 10.

58 Wiechers *Staatsreg* 135; Joubert *Legaliteitsbeginsel* 7.

59 *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* 187. Vir interpretasie van Dicey se omskrywing, sien Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 286; Joubert *Legaliteitsbeginsel* 8-11.

60 Rautenbach en Malherbe 286-287 wys daarop dat by hierdie derde beginsel het Dicey die posisie in Brittanje vergelyk met die posisie op die Europese Vasteland waar verskillende Grondwette in daardie stadium uitvoerige handveste van regte gehad het sonder effektiewe

Sedert Dicey se ontleding is die leerstuk van die *rule of law* deur talle skrywers, ook in Suid-Afrika, bespreek.[61] Volgens Wiechers lê die eintlike betekenis van die *rule of law*-leerstuk dat sekere *waardes* vooropgestel word.[62]

Een van die mees omvattende omskrywings ten opsigte van die *rule of law*-leerstuk is dié voorgestel deur Raz.[63] Volgens hom kan meeste van die inhoud van die *rule of law*-leerstuk teruggevoer word na twee beginsels, naamlik (1) dat mense deur die reg beheer moet word en dit moet gehoorsaam en (2) dat die reg sodanig moet wees dat mense hul lewens ooreenkomstig daarmee kan rig. Mense kan slegs die reg gehoorsaam as deel van hul beweegrede vir gehoorsaming daarvan hul kennis van die reg is. Met ander woorde, indien die reg veronderstel is om gehoorsaam te word, moet dit in staat wees om die gedrag van mense te kan rig: hulle moet kan vasstel wat die reg is en ooreenkomstig daarmee kan optree. Die basiese beginsels wat Raz uit hierdie omskrywing aflei is die volgende:[64]

- *alle regsvoorskrifte moet prospektief, oop en duidelik wees* – 'n mens kan nie gerig word deur 'n regsvoorskrif wat retrospektief is nie (aangesien dit nie bestaan het op datum van die handeling nie) en ook nie deur regsvoorskrifte wat dubbelsinnig of onduidelik is nie;
- *regsvoorskrifte moet relatief-stabiel wees* – indien hulle te veel verander word sal mense dit moeilik vind om te weet wat die reg op 'n gegewe oomblik is en

---

meganismes vir die afdwinging daarvan. "Tans word algemeen aanvaar dat 'n geregtelike afdwingbare handves van regte beter beskerming aan die individu bied as 'n stelsel waarin die 'soewereiniteit van die parlement' die grondslag van die staatsreg vorm. Ook in Brittanje vind daar 'n debat plaas oor die wenslikheid om 'n handves van regte in te stel."

61 Vir bespreking van hierdie beginsel, sien oa Joubert *Legaliteitsbeginsel* 5 ev; Beinart "The Rule of Law" 1962 *Acta Juridica* 99.Sien ook Carpenter *Introduction to South African Constitutional Law* 84-92. Mathews "A Bridle for the Unruly Horse?" 1964 *SALJ* 312 omskryf hierdie begrip op 316 soos volg: "(i) in a decent society the idea that the state should wield arbitrary power over the individual is unthinkable; (ii) all persons, including government officials, are equally responsible to the law; (iii) effective judicial remedies afford the individual greater protection than constitutional declarations".

62 Staatsreg 140; Joubert *Legaliteitsbeginsel* 12.

63 Raz "The Rule of Law and its Virtue" 1977 *LQ Review* 195.

64 Ten opsigte van 'n bespreking van Raz se omskrywing en die onderstaande beginsels, sien Joubert *Legaliteitsbeginsel* 14 ev; Walker *The Rule of Law* 21 ev.

derhalwe nie hul lewens daarvolgens kan rig nie;

- *verordening van besondere regsvoorskrifte moet gerig word deur oop, stabiele, duidelike en algemene reëls*;
- *die onafhanklikheid van die regbank moet gewaarborg word*, anders kan die toepassing van die reg nie aan die regbank toevertrou word nie en die bugers sal nie hul lewens daarvolgens kan rig nie;
- *die beginsels van natuurlike geregtigheid* soos dat geregtelike verrigtings in 'n ope hof moet geskied, die afwesigheid van vooroordeel, en dies meer moet onderhou word;
- *die howe moet oor hersieningsbevoegdheid beskik ten aansien van die implementering van hierdie beginsels*;
- *die howe moet toeganklik wees* sodat 'n persoon se reg om staat te maak op sy of haar regte nie in 'n illusie ontaard as gevolg van lang vertragings of buitensporige kostes nie;
- *die diskresie van misdaadvoorkomingsfunksionarisse moet nie lei tot verdraaiing of misbruik van die reg nie*.

Raz wys self daarop dat hierdie lys nie uitputtend is nie – die insluiting van die agt beginsels is bloot gedoen om te wys op die krag en potensiële vrugbaarheid van die formele siening van die *rule of law*.[65] Die *rule of law* is in wese 'n negatiewe waarde – hiermee word bedoel dat waar die reg onvermydelik 'n gevaar vir arbitrêre gesagsuitoefening skep, is die *rule of law* daarop ingestel om die gevaar deur die reg self geskep binne perke te hou.[66]

Die kritiek wat geopper is teen bogenoemde beginsels is dat dit nie voorsiening maak vir materiële geregtigheid nie. In hierdie opsig is Dicey se teorie te verkies: dit het 'n materiële inhoud, alhoewel hierdie inhoud beperk is tot basiese burgervryhede,

---

65 Raz "Rule of Law and its Virtue" 202. Sien ook Joubert *Legaliteitsbeginsel* 16; Walker *The Rule of Law* 22.

66 Raz *The Rule of Law* 206.

naamlik dié ten opsigte van vryheid van die persoon, van uiting, van beweging en die reg om te vergader.[67]

Waar die funksie van die regbank is om geregtigheid te laat geskied, beide ten opsigte van die prosessuele as die materiële komponent daarvan, blyk dit dat die *rule of law* vir sover dit ingestel is op formele aspekte, slegs aan die prosessuele komponent voldoen. Indien fundamentele regte daarby betrek word, soos in die geval van Dicey se omskrywing waar die klassieke vryheidsregte, naamlik dié ten opsigte van vryheid van die persoon, van uiting, van beweging en die reg om te vergader betrek word, word ook voldoen aan materiële geregtigheid en dit blyk dan eintlik 'n meer betekenisvolle benadering te wees.[68]

In die lig van die bepaling in die Grondwet van 1996[69] word die *rule of law* as een van die waardes beskou wat by die uitleg van enige bepaling van die handves van menseregte bevorder moet word. By die uitleg van die handves van menseregte moet die hof dit as een van die waardes wat 'n *oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê* in ag neem en bevorder.[70] As sodanige waarde verwys dit na beide prosessuele en materiële geregtigheid.

2.5 DIE LEGALITEITSBEGINSEL

In die onderstaande bespreking oor die legaliteitsbeginsel sal eerstens gekyk word na die legaliteitsbeginsel in sy engere vorm, wat dui op wetmatigheid, en tweedens, na die legaliteitsbeginsel in sy omvattende vorm, in welke geval die materiële

---

67 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 19.

68 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 25; Walker *The Rule of Law* 23.

69 A 1(c) van die Grondwet van 1996.

70 A 39(1)(a) van die Grondwet van 1996. Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 287.

geregtigheid ter sprake kom. Nie alleen die formele sy van die legaliteitsbeginsel[71] nie, maar ook die materiële onderbou van die legaliteitsbeginsel in die strafproses is belangrik wanneer die onafhanklikheid van die regbank ter sprake kom en word bondig saamgevat in hierdie opmerking van Griswold, eertydse dekaan van Harvard Law School:

> "However fair and competent a court may be, if the underlying legal situation is deeply unsound, the court may, simply because it must act according to law, be compelled to unsound results."[72]

2.5.1 Die legaliteitsbeginsel in sy engere vorm: Wetmatigheid

In die lig van die feit dat die wisseling van gedagtes oor die legaliteitsbeginsel in die strafprosesreg tot dusver nog beperk was, kan die sienings wat tot dusver al geopper is oor die legaliteitsbeginsel in die strafreg, staats- en administratiefreg geraadpleeg word om 'n beter begrip te kry van gemelde beginsel in die strafprosesreg.[73]

Wat die strafreg betref, is die algemene standpunt in Suid-Afrika dat die funksie van die legaliteitsbeginsel is om arbitrêre bestrawwing van regsonderdane deur amptenare van die staat te verhoed, en om te verseker dat die vasstelling van strafregtelike aanspreeklikheid en die oplegging van straf geskied in ooreenstemming met duidelike en reeds bestaande regsreëls.[74]

---

71 Volgens Joubert *Legaliteitsbeginsel* 548 word die formele sy van die legaliteitsbeginsel, wat behels wetmatigheid, die vereiste van regsgereëlde owerheidsoptrede teenoor die regsonderdaan, vry-algemeen as grondslag van legaliteit aanvaar.

72 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 548.

73 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 130.

74 Snyman "Enkele opmerkings oor die legaliteitsbeginsel in die strafreg" 1991 *THRHR* 629; *The Law of South Africa* vol 6 par 22, 380-2; Burchell en Milton *Principles of Criminal Law* 54; Joubert *Legaliteitsbeginsel* 108 wys daarop dat hierdie benadering primêr ingestel is op die formele sy van die legaliteitsbeginsel in die strafreg aangesien dit geen voorsiening maak vir kwaliteits- of billikheidsstandaarde waaraan die genoemde regsreëls behoort te voldoen nie. Met ander woorde, die blote daarstelling van 'n regsreël sanksioneer dus owerheidsingryping in die lewe van die regsonderdaan. Op 114-122 bespreek Joubert die hoofkomponente van materiële legaliteit in die strafreg.

Snyman[75] omskryf die legaliteitsbeginsel soos volg:

> "'n Beskuldigde mag nie aan 'n misdaad skuldig bevind en gevonnis word nie tensy die soort gedrag wat hom ten laste gelê word (a) reeds voordat dit plaasgevind het, (b) in duidelike terme (c) deur die landsreg as misdaad erken is, (d) die bewoording van die misdaadomskrywing nie wyd vertolk hoef te word om die beskuldigde se gedrag te dek nie, en (e) na skuldigbevinding die strafoplegging ook beantwoord aan die vier pasgemelde beginsels."

Dat die legaliteitsbeginsel in die Suid-Afrikaanse reg geld, word algemeen aanvaar.[76] Volgens Snyman[77] kan die legaliteitsbeginsel in twee opsigte aan 'n regsreël gelykgestel word: ons howe mag nie misdade skep nie[78] en onduidelike strafbepalings moet in die guns van die beskuldigde uitgelê word.[79] Ingevolge artikel 35(3)(m)-(n) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 het elke beskuldigde die reg op 'n billike verhoor, waarby inbegrepe is die reg om nie skuldig bevind te word aan 'n oortreding ten opsigte van 'n handeling of versuim wat nie 'n oortreding was op die tydstip waarop dit begaan is nie, en om nie 'n swaarder straf opgelê te word as wat van toepassing was toe die oortreding gepleeg is nie. Joubert[80] kom tot die gevolgtrekking dat die legaliteitsbeginsel tans in verdere opsigte aan 'n regsreël gelykgestel kan word, naamlik misdade moet vooruitwerkend geskep word[81] en

---

75 *Strafreg* (4de uitg) 36. Burchell en Milton *Principles of Criminal Law* 54 omskryf die legaliteitsbeginsel soos volg: "In its simplest form the principle of legality proclaims that punishment may only be inflicted for contraventions of a designated crime created by a law that was in force before the contravention."

76 *LAWSA* vol 6 par 380.

77 *Strafreg* 37ev.

78 *Solomon* 1973 4 SA 644 (K).

79 *Ackermann* 1931 OPD 69; *Stassen* 1965 4 SA 131 (T) 134; *Von Molendorff* 1987 1 SA 135 (T).

80 *Legaliteitsbeginsel* 109.

81 Weens die beginsel van parlementêre soewereiniteit (sien Carpenter *Introduction to South African Constitutional Law* 133; Wiechers *Staatsreg* 334) was die Suid-Afrikaanse parlement in die vorige bedeling geoorloof om wette met terugwerkende krag te maak. Waar die terugwerkende werking nie uitdruklik verorden was nie, sou die howe dit egter nie as verorden aanvaar het nie – hierdie beginsel is toegepas weens die vermoede teen terugwerkendheid wat by die uitleg van wette geld (sien Steyn *Uitleg van Wette* 86 ev).

misdade behoort duidelik en ondubbelsinnig omskryf te word – nie vaag nie.[82] Voortvloeiend uit hierdie ondubbelsinnigheidsvereiste spruit die beginsel dat analoë of ekstensiewe uitleg waardeur die trefwydte van 'n misdaadsomskrywing vergroot word, ontoelaatbaar is. Joubert[83] kom tot die gevolgtrekking dat afgesien van die primêre betekenis van die legaliteitsbeginsel in die strafreg, naamlik owerheidsoptrede ooreenkomstig die reg, is daar nog nie in Suid-Afrika veel aandag gewy aan die onderskeid tussen die formele en materiële aspekte van die beginsel nie. Die gevolg is dat daar weinig ag geslaan is op die verband tussen die legaliteitsbeginsel en oorwegings van regverdigheid en billikheid. In sy toepassing van die gedagtes onderliggend aan die legaliteitsbeginsel in die strafreg op die legaliteitsbeginsel in die strafprosesreg toon Joubert[84] aan dat die gangbare Suid-Afrikaanse standpunt lui dat die funksie van die legaliteitsbeginsel in die strafreg is die ontmoediging van arbitrêre owerheidsoptrede asook regsgereëlde strafregtelike aanspreeklikheid en strafoplegging. Hy kom tot die gevolgtrekking dat die grondbeginsels en reëls ten aansien van die legaliteitsbeginsel in die strafreg, *mutatis mutandis* en geredelik aanwending vind in die strafprosesreg.

Wat die staats- en administratiefreg betref blyk dit uit Wiechers se standpunt dat dit by die legaliteitsbeginsel vir hom gaan om regsgebondenheid:[85]

> "According to (the principle of legality) all acts and procedures of the administration must have their foundation in law, ie either in an empowering statute or in the common law. Even the exercise of a discretionary power must be seen as the application of a legal competence and not as the power to act beyond the bounds of the law."

---

82 Ingevolge a 34(3) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1983 was dit nie moontlik vir die howe om wette van die parlement weens vaagheid ongeldig te verklaar nie. Ingevolge a 167(4)(b) van die huidige Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 het die Konstitusionele Hof jurisdiksie om te besluit oor die grondwetlike bestaanbaarheid van enige parlementêre of provinsiale wetgewing.

83 *Legaliteitsbeginsel* 129.

84 *Legaliteitsbeginsel* 123.

85 "*Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg*" 1967 *THRHR* 309 312.

Van Wyk[86] se standpunt is in ooreenstemming hiermee:

> "Die legaliteitsbeginsel verg dat alle administratiewe optredes in ooreenstemming met die reg moet geskied. Dit beteken egter meer as dat die administrasie aan wetsvoorskrifte gebonde is en alle handelinge na 'n magtiging moet kan terugvoer. Dit beteken ook dat die administrasie aan alle algemene regsbeginsels gebonde is."

Wat die strafprosesreg betref, bestaan die legaliteitsbeginsel volgens Strauss[87] uit die volgende twee elemente: wetmatigheid (wat neerkom op optrede in ooreenstemming met spesifieke reëls) en regterlike hersiening van optrede van owerheidsamptenare in die strafproses. Volgens Snyman en Morkel[88] beteken die legaliteitsbeginsel dat die optredes van uitvoerende beamptes aan die algemene voorskrifte van die reg, hetsy geskrewe of ongeskrewe moet voldoen.

Joubert[89] toon aan dat die legaliteitsbeginsel in sy engere of basiese vorm beteken:

- dat owerheidsoptrede moet voldoen aan voorafbepaalde en vasstaande regsvoorskrifte;
- owerheidsoptrede deur middel van die reg en sluit die volgende verwante veronderstellings en subreëls in:
  - die reg is oppermagtig
  - reg en orde bestaan
  - owerheidsbevoegdhede vloei voort uit gevestigde, redelik stabiele reg; en
  - die legaliteitsbeginsel is nie onversoenbaar met die beginsel van wetgewende oppergesag nie

Volgens hom is die onderskeidende kenmerk van legaliteit in engere sin legalisme[90]

---

86 *Persoonlike Status in die Suid-Afrikaanse Publiekreg* 315.

87 "Basic Values of the South African System of Criminal Procedure" in McQoid-Mason (red) *Legal Aid in South Africa* 177 178.

88 *Strafprosesreg* 197.

89 *Legaliteitsbeginsel* 135.

90 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 141 ev. Shklar *Legalism* 1 omskryf legalisme as "...the ethical attitude that holds moral conduct to be a matter of rule following, and moral relationships to consist of duties and rights determined by rules." Sy wys op regslui se voorliefde vir orde en formaliteit, en hul natuurlike geneigdheid vir ondersteuning van die heersende sosiale orde. Vir regslui is

en die hoofkomponent van legalisme in engere sin is wetmatigheid. Die kern van die leerstuk van wetmatigheid is die beveiliging van burgervryheid.[91] Alle staatsinmenging in die burgerlike vryheidsfeer moet meetbaar, berekenbaar en beheerbaar wees – met ander woorde, dit vereis die afwesigheid van owerheidswillekeur.[92] Die wetmatigheidsleerstuk erken die ondergeskiktheid van die uitvoerende gesag aan die wetgewende gesag,[93] maar Henning wys daarop dat dit onjuis is om diskresie as uitsondering op die wetmatigheidsleerstuk te beskou, omdat die persoon wat die diskresie moet uitoefen, *doelgebonde*[94] is. Volgens Henning is diskresie-aanwending 'n skeppende geesteswerksaamheid waardeur wetgewende en administratiewe funksies sinvol koördineer word.[95] Diskresie-aanwending vir doeleindes van hierdie navorsingstuk sal meer volledig bespreek word wanneer die aspek van regterlike aktivisme ter sprake kom in hoofstuk 4.[96] Daar sal hier volstaan word met 'n beknopte omskrywing van die aard van diskresie.

Wiechers[97] omskryf diskresie-uitoefening as "...'n regsbevoegdheid om 'n keuse tussen verskillende geoorloofde moontlikhede van optredes of nie-optredes te

---

konserwatisme en legalisme onafskeidbaar. Sy verduidelik egter verder op 10 dat die onbuigsaamheid van legalistiese denkrigtings die gevolg het dat die kwesbaarheid van bepaalde regsreëls en regsprosedures nie altyd ingesien kan word nie: "The dislike of vague generalities, the preference for case-by-case treatment of all social issues, the structuring of all possible human relations into the form of claims and counterclaims under established rules, and the belief that the rules are 'there' – these combine to make up legalism as a social outlook."

91 Henning "Die Administratiewe Staat" 1968 *THRHR* 1 14.

92 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 136.

93 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 137.

94 Henning *Oor die Begrip Diskresie in die Administratiefreg* 79.

95 Henning verduidelik op 21 in *Oor die Begrip Diskresie in die Administratiefreg*: "Diskresie-aanwending is 'n skeppende geesteswerksaamheid waardeur wetgewende en administratiewe funksies sinvol koördineer in die sin dat die administrasie hier handlanger van die wetgewer is, dit bly steeds die konkretisering van die algemene en abstrakte norme van die wetgewer op die besondere omstandighede van die individuele geval."

96 Ten opsigte van diskresie-uitoefening, sien ook afd 2.3.2.

97 "Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg" 325.

maak...". Baxter[98] omskryf dit soos volg:

> " 'Discretion' is a concept embracing a number of interrelated components. To 'exercise a discretion' describes a psychological process which commences with the separation or distinguishing of subject-matter by the exercise of discernment or judgment, upon which is based a choice from amongst alternative courses of action, which choice is expected to be made in a judicious or sagacious manner."

Die gevolgtrekking waaartoe gekom kan word wanneer verskeie van die omskrywings van diskresie-uitoefening[99] ontleed word, is dat keuse-uitoefening 'n wesenskenmerk van diskresie is.[100] Die verlening van diskresionêre bevoegdhede aan regsprekende amptenare is noodsaaklik vir staatsbestuur omdat die wetgewer nie deur middel van wetsvoorskrifte vir elke gebeurlikheid in 'n ingewikkelde samelewing kan voorsien nie.[101] Diskresie, wat behels die bevoegdheid om 'n vrye keuse te maak tussen moontlikhede wat die reg self stel, moet egter onderskei word van willekeur, wat behels ongebonde en onvoorspelbare optrede.[102]

2.5.2 Die legaliteitsbeginsel in sy omvattende vorm: Materiële geregtigheid

Joubert[103] is egter van mening dat die legaliteitsbeginsel meer behoort te omvat as blote voldoening aan voorafbepaalde en vasstaande regsvoorskrifte, en voer aan:

> "...die onderskeidende kenmerk van die legaliteitsbeginsel in sy omvattende strafprosessuele verskyningsvorm is die aandrang op regverdigheid van die

---

98 *Administrative Law* 80.

99 In die Engelse literatuur word die volgende omskrywing op 278 in De Smith's *Judicial Review of Administrative Action* aangetref: "The legal concept of discretion implies power to make a choice between alternative courses of action. If only one course can lawfully be adopted the decision is not the exercise of a discretion but the performance of a duty. To say that somebody has a discretion presupposes that there is no uniquely right answer to his problem." In die Amerikaanse literatuur omskryf Davis *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry* dit soos volg op 4: "A public officer has discretion whenever the effective limits of his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction."

100 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 153.

101 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 158; Henning *Oor die Begrip Diskresie in die Administratiefreg* 157.

102 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 158; Wiechers "Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg" 317.

103 *Legaliteitsbeginsel* 405-406.

regsreël. Sy komponente en attribute sluit al dié van die legaliteitsbeginsel in sy basiese verskyningsvorm in, en sy onderskeidende (*vis-à-vis* die engere verskyningsvorm) komponente is

- proposionaliteit of belange-afweging
- regterlike toesighouding en toetsing (hier speel regterlike aktivisme 'n rol)
- die regte van die individu teenoor die owerheid, die sogenaamde 'prosessuele menseregte', as wesensinhoud van die legaliteitsbeginsel in hierdie, sy mees gevorderde, gedaante.

Daar word dus aan die hand gedoen dat die legaliteitsbeginsel in sy omvattende vorm in die strafprosesreg vereis dat owerheidsoptrede moet voldoen aan vooraf bepaalde, vasstaande en regverdige voorskrifte wat behoorlik verorden is en volgens 'n definitiewe en vaste prosedure uitgeoefen word – behalwe in daardie gevalle waar owerheidsoptrede, in die afwesigheid van uitvoerige regsreëling deur toepaslike norme, gestruktureerde en gekontroleerde diskresie-uitoefening noodsaak."

Joubert kom tot die gevolgtrekking dat waar die formele kant van die legaliteitsbeginsel in die strafproses dui op wetmatigheid (met ander woorde, regsgereëlde owerheidsoptrede teenoor die regsonderdaan), die oplossing ten opsigte van die materiële kant van hierdie beginsel verband hou met die inhoud en kwaliteit van die regsnorm – met ander woorde, die eise van *geregtigheid*.[104] Alhoewel dit wil voorkom asof die oplossing in die prosessuele regte van die individu lê, het sommige van die prosessuele regte die materiële regte as fondament en staan nie los daarvan nie – absolute kompartementalisering is dus nie moontlik nie. Hy kom derhalwe tot die gevolgtrekking dat by hierdie beginsel daar gesoek word na 'n "stelsel van reëls wat die beste kans het op die bereiking van resultate wat klop met ons intuïtiewe opvattings (beïnvloed deur agtergrond, tradisie, godsdiens of persoonlike beginsels, ervaring, opvoedingspeil, ensovoorts: 'n proses van persoonlike osmose, dus) aangaande materiële geregtigheid". Die omvattende legaliteitsbeginsel in die strafprosesreg is derhalwe grootliks aangewese op die waardes onderliggend aan die reëls van die strafproses – met ander woorde, dit is *waarde-geöriënteerd*.[105]

---

104 *Legaliteitsbeginsel* 548.

105 *Legaliteitsbeginsel* 549.

Met die inwerkingtreding van die Grondwet van die Republiek Van Suid-Afrika van 1996 is die identifisering van hierdie waardes aansienlik vergemaklik. Dit is dus nie meer nodig om in elke geval te oorweeg welke onderliggende waarde ter sprake is nie, aangesien gelykheid, geregtigheid, billikheid, respek, sekuriteit, privaatheid en vele meer by name genoem word in die Grondwet en die handves van menseregte.[106] Die howe het die moeilike taak om bestaande en bekende reëls van die strafprosesreg by die waardes vermeld in die Grondwet in te pas, en omgekeerd. Volgens die bewoording in artikel 39, moet die bepalings van die handves van menseregte uitgelê word op so 'n mate dat dit die waardes bevorder wat 'n oop en demokratiese samelewing wat op menslike waardigheid, vryheid en gelykheid gebaseer is ten grondslag lê. Joubert doen aan die hand dat in die lig van die omvattende strafprosesregtelike legaliteitsbeginsel, die aspek van *billikheid* nog hier bygevoeg kan word.[107]

2.6 VERSKILLENDE PROSESREGTELIKE MODELLE

Wanneer besin word oor die onafhanklikheid van die regbank in 'n milieu waar die spanningsverhouding tussen die staat en die individu se belange gereguleer kan word, kom verskillende prosesregtelike modelle ter sprake, naamlik die *due process*-model, die *crime control*-model en die eenvoudige model wat aangetref word by volkshowe. Hierdie modelle sal vervolgens bespreek word met die klem op dié aspekte wat rigtinggewend is ten opsigte van die onafhanklikheid van die regbank, sowel as onafhanklike beregting.

---

106 Die belang van die Grondwet en die handves van menseregte sal meer volledigliik bespreek word in afd 2.7 hieronder.

107 *Legaliteitsbeginsel* 549. Joubert se voorstel is gemaak tov die bewoording in a 35 van die vorige Grondwet van 1993 wat lees "...die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing wat op vryheid en gelykheid gebaseer is ten grondslag lê" sal as vertrekpunt gebruik word by uitleg van die handves van menseregte. In 'n soortgelyke bepaling in a 39 van die huidige Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 is die woorde "menslike waardigheid" bygevoeg by vryheid en gelykheid. Aangesien menslike waardigheid en billikheid (oftewel regverdigheid) nie dieselfde betekenis dra nie, is Joubert se voorstel tov die invoeging van *billikheid* in die bewoording van die Grondwet myns insiens nog steeds geldig.

2.6.1 Drie modelle: die *due process*-model, die *crime control*-model en die eenvoudige model aangetref by volkshowe

Die *due process*-model[108] kom oorspronklik uit die Engelse reg van die twaalfde eeu.[109] Die doel van hierdie konsep is om te verhoed dat die regering die individu op 'n arbitrêre wyse van sy lewe, sy vryheid of sy eiendom ontneem. Die inherente ongelykheid wat ontstaan wanneer die Staat in 'n strafsaak te staan kom teenoor 'n individu, vereis dat sekere spesifieke prosedures nagekom moet word voordat 'n beskuldigde skuldig bevind en gevonnis kan word ooreenkomstig die reg. Daar is 'n inherente spanning tussen die gemeenskap se behoefte aan sekuriteit en veiligheid en die waarde wat ons heg aan vryheid. Packer[110] verwys hierna as die konflik tussen twee modelle van strafregtelike geregtigheid – die *crime control*-model en die *due process*-model.

Volgens Packer[111] is die *crime control*-model[112] gebaseer op die voorveronderstelling dat die onderdrukking van kriminele optrede by verre die belangrikste funksie van die proses van strafregtelike geregtigheid is. Abadinsky[113] wys daarop dat die klem val op die bereiking van die grootste mate van sekuriteit en veiligheid vir die gemeenskap. Die effektiewe beheer van misdaad (en gevolglike toepassing van die *crime control*-

---

108 Abadinsky *Law and Justice* 341 omskryf "due process" as "Those procedural guarantees to which every criminal defendant is entitled under the Constitution and its interpretation by the Supreme Court, for example, the right to remain silent, to a trial by jury." Waar konstitusionele aangeleenthede in Amerika deur die *Supreme Court* bereg word, word dit in Suid-Afrika deur die Konstitusionele Hof bereg. Hy omskryf die *due process*-model soos volg: "A theoretical construct which brings into question the ability of law enforcement officials to correctly identify criminals; it stresses painstaking procedures to ensure that errors are avoided, that the innocent are not found guilty, that the police do not abuse their authority. This very restrictive approach places roadblocks in front of the efficiency of the crime control model."

109 Abadinsky *Law and Justice* 215.

110 *The Limits of the Criminal Sanction.*

111 *Limits of the Criminal Sanction 158.*

112 Abadinsky *Law and Justice* 340 omskryf die *crime control*-model soos volg: "A teoretical construct which emphasizes efficiency as a vital factor in the detection, apprehension, and conviction of criminal offenders and views due process as impeding this efficiency."

113 *Law and Justice* 216.

model) vereis 'n hoë graad van effektiwiteit; die stelsel moet in staat wees om 'n groot hoeveelheid misdadigers aan te keer, te vervolg en skuldig te bevind. Die stelsel, wat op hierdie magdom van gevalle moet reageer, het egter beperkte fondse. Vir die stelsel om effektief te wees moet dit sake so spoedig moontlik en met die minimum formaliteite afhandel. Hierdie effektiwiteit kan slegs verkry word deur gebruik te maak van 'n vermoede van skuld: "The supposition is that the screening processes operated by the police and prosecutors are reliable indicators of probable guilt".[114] Om misdaad-beheer (die *crime control*-model) tot die maksimum toe te pas na hierdie siftingsproses, moet die stelsel so gou as moontlik oorgaan na skuldigbevinding en vonnis. Een van die eienskappe van die misdaad-beheermodel is 'n groot mate van vertroue in die vermoë van die polisie en die aanklaers om die skuldiges van die onskuldiges te onderskei. Dit is 'n model wat neig na die inkwisitoriese stelsel van geregtigheid en is in konflik met die *due process*-model.

In teenstelling hiermee is die *due process*-model ingestel op die beskerming van individuele vryhede. Daar word aanvaar dat die stelsel van strafregtelike geregtigheid ontoereikend is en die moontlikheid word beklemtoon dat foute kan inglip. Packer[115] verduidelik dit soos volg:

> "People are notoriously poor observers of disturbing events – the more emotion-arousing the context, the greater the possibility that recollection will be incorrect; confessions and admissions by persons in police custody may be induced by physical or psychological coercion so that the police end up hearing what the suspect thinks they want to hear rather than the truth; witnesses may be animated by a bias or interest that no-one would trouble to discover except one specially charged with protecting the interests of the accused (as the police are not)."

In teenstelling met die *crime control*-model wat effektiwiteit en spoed as onontbeerlike voorvereistes stel, staan die *due process*-model[116] wat die voldoening aan sekere

---

114 Packer *Limits of the Criminal Sanction* 160.

115 *Limits of the Criminal Sanction* 163.

116 Abadinsky *Law and Justice* 341 omskryf *due process* as "[t]hose procedural guarantees to which every criminal defendant is entitled under the Constitution and its interpretation by the Supreme Court, for example, the right to remain silent, to trial by jury." Hy omskryf dit verder soos volg: "A theoretical construct which brings into question the ability of law enforcement officials to correctly identify criminals; it stresses painstaking procedures to ensure that errors are avoided, that the innocent are not found guilty, that the police do not abuse their authority. This very

formaliteite, tegniese punte en burgerlike regte as onontbeerlike voorvereistes stel. Packer[117] verduidelik dat

> "[p]ower is always subject to abuse – sometimes subtle, other times, as in the criminal justice process, open and ugly. Precisely because of its potency in subjecting the individual to the coercive power of the state, the criminal justice process must...be subjected to controls that prevent it from operating with maximal efficiency".

Alhoewel die prosessuele *due process*-model ook in siviele sake toepassing vind, gaan dit by die onderhawige bespreking om die strafprosessuele *due process*-model.[118] Daar is gedagterigtings oor die *due process*-model wat oorvleuel met sienings van die legaliteitsbeginsel.

Volgens Packer vereis die *due process*-model dat die stelsel stadiger funksioneer totdat dit lyk soos 'n fabriek waar 'n groot deel van die rou stowwe wat in die masjinerie ingevoer word (*input*) aan kwaliteitbeheer onderwerp moet word.[119] Hierdie kwaliteitbeheer verwys na die waarborge inherent aan die *due process*-model (*due process guarantees*).

Waarborge inherent aan die *due process*-model[120] is byvoorbeeld:

(a) dat 'n skuldigbevinding in 'n strafsaak moet geskied bo redelike twyfel

---

restrictive approach places roadblocks in front of the efficiency of the crime control model."

117 *Limits of the Criminal Sanction* 166.

118 Grey "Procedural Fairness and Substantive Rights" in Pennock en Chapman (reds) *Due Process* 187 som dit soos volg op: "Principles of due process operate as an external moral or legal check upon the decision procedures adopted by authoritative deciders of disputes. They provide a counterweight to the natural interests of those decision makers. In the criminal process the natural interests of the state tend toward the punishment of offenders and the avoidance of cost. Due process checks are thus required to safeguard the more fragile interest of the defendant in the assurance that he will not be punished unless guilty. In the typical civil lawsuit, the interest of the state as a neutral third party adjudicator between private disputants is in minimizing the cost of decision. Thus, principles of due process are required to protect the interests of the disputants in the correct adjudication of their particular claims."

119 *Limits of the Criminal Sanction* 165.

120 Sien ook Tomlinson "Nonadversarial Justice: The French Experience" 1983 *Maryland LR* 131 164 ev; Carp en Stidham *Judicial Process in America* 157-160; Ferdico *Criminal Procedure* 16.

(*beyond reasonable doubt*).[121] Indien die regsprekende amptenaar nie tot die gevolgtrekking kan kom dat die beskuldigde, volgens die getuienis wat tydens die verhoor voorgelê is, bo redelike twyfel skuldig is aan die pleging van die beweerde misdaad nie, moet 'n beslissing van *onskuldig* gegee word.

(b) **die reg om stil te bly**.[122] Ingevolge artikel 35(3)(h) van die Grondwet van 1996 het 'n beskuldigde die reg om te swyg tydens pleitverrigtinge of verhoor en om nie tydens verhoor te getuig nie. Artikel 35(3)(i)-(j) bepaal verder dat 'n beskuldigde die reg het om getuienis aan te voer en te betwis en om nie 'n verpligbare getuie teen homself of haarself te wees nie. Selfs wanneer 'n persoon gearresteer word vir die beweerde pleging van 'n misdryf, het so 'n persoon die reg om ingelig te word dat hy of sy die reg het om te swyg en gewaarsku te word van die gevolge van die aflegging van enige verklaring.[123]

(c) **die reg op regsverteenwoordiging**. Elke aangehoudene[124] en elke beskuldigde[125] het die reg om deur 'n regspraktisyn van sy of haar keuse verteenwoordig te word en waar dit andersinds tot wesenlike onreg sou lei, op staatsonkoste van regsverteenwoordiging voorsien te word.

(d) **die reg op borgtog**. Elke persoon wat weens die beweerde pleging van 'n misdryf gearresteer word, het die reg om met of sonder borgstelling uit aanhouding vrygelaat te word, tensy in belang van geregtigheid anders vereis word.[126]

(e) **die reg op *audi alteram partem* en 'n vinnige, openbare verhoor.** Ingevolge die Grondwet het elkeen die reg om enige dispuut wat opgelos kan word deur die toepassing van die reg te laat beslis tydens 'n regverdige openbare verhoor

---

121 Kriegler *Hiemstra* 374; Du Toit *ea Commentary on the Criminal Procedure Act* 22-4A.

122 Ingevolge a 25(3)(c)-(d) het elke beskuldigde die reg om onskuldig geag to word en om te swyg tydens pleitverrigtinge of verhoor en om nie tydens verhoor te getuig nie. 'n Beskuldigde het verder die reg om nie 'n verpligbare getuie teen hom of haarself te wees nie.

123 A 35(1)(a)-(c) van die Grondwet van 1996.

124 A 35(2)(b)-(c) van die Grondwet van 1996.

125 A 35(3)(f)-(g) van die Grondwet van 1996.

126 A 35(1)(f) van die Grondwet van 1996.

voor 'n hof of 'n ander onafhanklike tribunaal.[127] Elke beskuldigde het die reg om in voldoende besonderhede van die aanklag verwittig te word[128] en om getuienis aan te voer en te betwis[129] om sy of haar kant van die saak te stel. Elke beskuldigde het die reg op 'n billike verhoor, waarby inbegrepe is die reg op 'n openbare verhoor voor 'n gewone geregshof binne 'n redelike tyd nadat hy of sy aangekla is.[130] Verder waarborg die Grondwet dat elke beskuldigde die reg het om binne 'n redelike tyd na skuldigbevinding gevonnis te word[131] en om by wyse van appèl of hersiening toegang te hê tot 'n hoër hof as die hof van eerste instansie.[132]

(f) **die waarborg dat 'n persoon nie opnuut vir 'n oortreding waaraan hy of sy voorheen skuldig bevind of vrygespreek is, aangekla kan word nie** (*double jeopardy*) – *atrefois convict et aquit.*[133]

Die model wat by volkshowe aangetref word, kan geklassifiseer word as 'n *eenvoudige model*. Die proses van verrigtinge volg die inkwisitoriese model en daar is geen streng prosessuele reëls wat nagekom moet word nie. Die verrigtinge word op 'n baie informele wyse gevoer en een van die hoofoogmerke is om versoening tussen die partye te bewerkstellig.[134]

---

127 A 34 van die Grondwet van 1996.

128 A 35(3)(a) van die Grondwet van 1996.

129 A 35(3)(i) van die Grondwet van 1996.

130 A 35(3)(c)-(d) van die Grondwet van 1996.

131 A 35(3)(d) van die Grondwet van 1996.

132 A 35(3)(o) van die Grondwet van 1996.

133 A 35(3)(m) van die Grondwet van 1996.

134 Sien in hierdie verband Burman "The Role of Street Committees: Continuing South Africa's Practice of Alternative Justice" in Corder (red) *Democracy and the Judiciary* 151; Schärf "People's Courts in Transitions" 167. Sanders "Principles for Procedural Law in a New South Africa" 1993 *THRHR* 95 98 wys daarop: "Along the lines of African tradition, an inquisitorial process and a free system of evidence formed the mode of operation of the people's courts. Interestingly, a like approach is characteristic of the Continental European or Civil Law tradition.

A fair trial proceeding without an ensuing fair verdict would, of course, be meaningless. What a fair verdict implies is that, in the words of Roscoe Pound, the courts should render 'moral' rather than 'mechanical' judgments. To this end, the people's courts' emphasis on

Samevattend kan daarop gewys word dat elkeen van hierdie drie modelle neerkom op 'n prosedure wat voorgeskryf is vir die beregting van 'n strafregtelike oortreding en die gee van 'n regverdige, billike beslissing sodat 'n balans gehandhaaf kan word tussen die gemeenskap se belange, die oortreder se belange en die staat se belange. Die hoek waaruit elke prosedure die beregting van die geskil benader verskil egter. By die *crime control*-model val die klem op die bekamping van misdaad en die grootste mate van sekuriteit en veiligheid vir die gemeenskap. By die *due process*-model val die klem op die beskerming van individuele vryhede en by die eenvoudige model aangetref by inheemse howe val die klem op versoening tussen die partye.

In die Amerikaanse regspraak is die *due process*-model al gelykgeskakel met omskrywings soos "a procedure that is fundamentaly fair"[135] en "a profound attitude of fairness between man and man, and more particularly between the individual and government".[136] Dit wil voorkom asof die standpunte in die Amerikaanse reg dui op aanvaarding van twee breë en verbandhoudende betekenisse van die *due process*-model:[137] ten eerste die afwesigheid van of beskerming teen willekeurige owerheidsgesaguitoefening en tweedens, prosessuele regverdigheid (oftewel billikheid).

Joubert toon aan dat die prosessuele menseregte, wat hieronder[138] behandel word en die legaliteitsbeginsel in sy omvattende vorm[139] merkwaardiglik ooreenstem met die verskyningsvorms van *due process*-beskerming in die verskillende stadiums van die

---

mediation, conciliation, compensation and rehabilitation will, it is hoped, serve as a pointer."

135 *Duncan v Louisiana* 391 US 145 (1968).

136 *Joint Anti-Fascist Refugee Comm v McGrath* 341 US 123,162 (1951). Die *due process*-model is ook al gelykgestel met "the opportunity to be heard" in *Grannis v Ordean* 234 US 385, 394 (1914); "what is implicit in the concept of ordered liberty" in *Palko v Connecticut* 302 US 319, 325 (1937) en "that which imports with the deepest notions of what is fair and right and just" in *Solesbee v Balkcom* 339 US 9, 16 (1950).

137 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 56.

138 Sien die bespreking by afd 2.8.

139 Sien die bespreking by afd 2.5 hierbo.

strafprosesreg:

> "Soos in die geval van prosessuele menseregte en die legaliteitsbeginsel in sy omvattende verskyningsvorm, vorm die geregtigheid en regverdigbaarheid van regsreëls 'n integrale deel van die ondersoek na die wese van die *due process of law*."

2.6.2 Die akkusatoriese en inkwisitoriese prosesstelsels

Met die aanvaarding van die *due process*-model[140] was die onderliggende gedagte dat niemand se vryheid, lewe of eiendom hom of haar ontneem kan word behalwe wanneer dit geskied ooreenkomstig bestaande voorgeskrewe regsprosedures nie. Dit het dus effektiewelik gedien as 'n kontrole oor willekeurige gesagsuitoefening, nie soseer ten opsigte van die aspekte vryheid, lewe en eiendom wat aangetas word nie, maar eerder ten opsigte van die proses wat gevolg moes word by verordening en afdwinging van inperkende maatreëls.[141]

Die akkusatoriese en inkwisitoriese prosesstelsels, wat hieronder meer volledig bespreek word, kom hier ter sprake. Die akkusatoriese stelsel[142] kom neer op 'n verhoor wat die vorm van 'n tipe swaardgeveg[143] aanneem – die partye probeer

---

140 Die *due process*-model kom oorspronklik uit die Engelse reg van die twaalfde eeu – Abadinsky *Law and Justice* 215.

141 Rautenbach *Die Reg Op Bewegingsvryheid* 131; Joubert *Legaliteitsbeginsel* 56.

142 Landsman verduidelik: "The central precept of the adversary process is that out of the sharp clash of proofs presented by adversaries in a highly structured forensic setting is most likely to come the information upon which a neutral and passive decision maker can base the resolution of a litigated dispute acceptable to both the parties and society" – *Readings on Adversarial Justice: the American Approach to Adjudication* 2. Vir 'n oorsig oor die akkusatoriese en inkwisitoriese stelses, sien Snyman "The Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure: Some Points of Comparison Between the South African and Continental Systems" 1975 *CILSA* 100; Doran ea "Rethinking Adversariness in Nonjury Criminal Trials" 1995 *American Journal of Criminal Law* 1; Damaska *Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*.

143 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 57 verwys daarna as "'n verhoor deur 'n reeks hindernisse. Die partye lê mekaar as 't ware voor...". Snyman "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure" 102 ev.

mekaar uitoorlê. In die geval van die inkwisitoriese stelsel[144] daarenteen, is daar 'n omvattende en puntenerige amptelike voorverhoorbewerking van die saak waardeur die verrassingselement grootliks uitgeskakel word.[145] Die samestelling asook die funksies van 'n regbank, veral wat betref die prosedure wat gevolg moet word gedurende 'n verhoor van 'n saak en die mate van regterlike diskresie wat uitgeoefen kan word, sal dus grootliks daarvan afhang of van die akkusatoriese of inkwisitoriese prosesstelsels gebruik gemaak word.

2.6.2.1 Die onderskeid tussen die twee stelsels

Indien 'n persoon aangekla word van 'n misdaad neem die prosedure wat daarop volg en veral tydens die verhoor hoofsaaklik een van twee vorms aan: 'n akkusatoriese of inkwisitoriese proses word gevolg.[146]

Snyman[147] wys daarop dat die mees ooglopende punt van verskil tussen hierdie twee prosesstelsels neerkom op die funksie of plig van die regsprekende beampte tydens die verhoor. Die regsprekende beampte in die akkusatoriese stelsel speel 'n veel meer passiewe rol in die proses as sy eweknie in die inkwisitoriese stelsel: in beginsel "he merely adjudicates upon the matter in the light of the evidence placed before him by the parties." In die geval van die akkusatoriese stelsel word die verhoor gekenmerk

---

144 Landsman som dit soos volg op: "The key factor in the inquisitorial process is the judge. It is her duty to investigate the facts and interrogate the witnesses as well as to formulate the decision. The entire adjudicatory process revolves around the judge. Because she is so important, lay juries are not favored. For the same reason party control of the proceedings is minimized. Generally, the parties initiate the proceedings and participate in the inquiry, but they are never allowed to control the fact-gathering process." – *Readings on Adversarial Justice: the American Approach to Adjudication* 38.

145 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 57.

146 Tov 'n bespreking van hierdie stelsels, sien Abraham *The Judicial Process* 96-100; Johnston "Trial by Dossier" 1992 *New LJ* 249; Abadinsky *Law and Justice* 19-20,33-35; Cooper "Criminal Investigations in France" 1991 *New LJ* 381; Monahan "Sanctioning Injustice" 1991 *New LJ* 679; Tomlinson "Nonadversarial Justice" 131; Darby "Lessons of Comparative Criminal Procedure: France and the United States" 1982 *San Diego LR* 277; Brouwer "Inquisitorial and Adversary Procedures – A Comparative Analysis" 1981 *The Australian LJ* 207; Kevorkian "The French Court System (Or Miracles Will Happen)" 1980 *Boston BJ* 5.

147 "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure" 103.

deur twee opponerende partye wat in 'n *geveg* betrokke is, soortgelyk aan 'n swaardgeveg, waar daar van elkeen verwag word om te veg vir sy eie belang. Elke kant word bygestaan deur regsverteenwoordigers ('n prokureur of advokaat of albei) terwyl die regsprekende beampte neutraal is, 'n tipe skeidsregter wat die reëls van die "geveg" afdwing.[148] Abraham[149] omskryf die uitgangspunt by die akkusatoriese stelsel as "innocent until proved guilty":

> "It is a cornerstone of Anglo-Saxon justice that an accused is presumed innocent unless and until proved guilty beyond a reasonable doubt. Few, if any concepts are more deeply rooted in our traditions...The layperson may quite naturally be quick to adjudge an accused guilty in his or her own mind and be sometimes joined by the press, particularly in America, but the Anglo-Saxon legal profession on both sides of the Atlantic Ocean, and throughout the English-speaking world, has done its best to adhere to the time-honored principle that an accused person is presumed to be innocent until proved otherwise beyond a reasonable doubt by due process of law."

Tydens die verhoor van 'n saak is die regsverteenwoordigers, en nie die regsprekende beampte nie, in beheer van die vloei van inligting en bewysstukke na die hof. Waar die paneel van die regbank byvoorbeeld bestaan uit 'n regter of verskeie regters, word dit aan hulle oorgelaat om te besluit oor feitelike vrae, regsvrae sowel as die vonnis wat toegedien moet word. Waar die paneel van die regbank bestaan uit die jurie (gewone burgers), besluit hulle in 'n strafverhoor oor feitelike vrae, met ander woorde, oor die skuld of onskuld van die beskuldigde. In appèlhowe ondervrae die regsprekende beamptes normaalweg die regsverteenwoordigers direk tydens 'n proses wat soortgelyk is aan die inkwisitoriese stelsel.[150]

Uit bogenoemde is dit duidelik dat die regsprekende beampte normaalweg nie toetree tot die substansiële kruisondervraging tydens die verhoor nie, behalwe in sekere

---

148 Snyman "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure" stel dit soos volg op 103: "The accusatorial system can indeed aptly be described as a process dominated by the principle of two equal parties opposing each other (*Parteiverfahren*) in which the judge is merely the umpire."

149 *Judicial Process* 96.

150 Abadinsky *Law and Justice* 35.

uitsonderingsgevalle[151]. Abraham[152] wys daarop dat die Engelse regsprekende beamptes egter meer geneig is om toe te tree tot die kruisondervraging as hul Amerikaanse eweknieë. Die regsprekende beampte moet natuurlik uitspraak gee op verskeie mosies, punte van orde en ander probleme wat gedurende die verhoor mag opduik. Die regsprekende beampte is in beheer van die prosedure wat tydens die verhoor in die hof gevolg word en in die uitoefening van sy of haar regterlike diskresie, sal die regsprekende beampte 'n getuie ondervra slegs indien hy of sy van mening is dat dit 'n ernstige ongeregtigheid (*grave injustice*)[153] sal afweer en nie met die doel om die saak van enige van die kante te bevorder nie. Die regsprekende beampte is in 'n strafsaak in effek 'n onafhanklike arbiter tussen die staat en die individu.[154]

In skerp kontras hiermee speel die regsprekende beampte in die inkwisitoriese prosesstelsel 'n baie meer aktiewe rol gedurende (en soms voor) die verhoor.[155] Die regsprekende beampte staan in die middelpunt van die proses op soek na die feite van die saak (*factgathering process*).[156] Dit is die regsprekende beampte (en nie die regsverteenwoordigers nie) wat die getuienis voor die hof plaas deur die getuies en beskuldigde te roep en te ondervra. Daarna, en dan slegs op versoek, kan hy die

---

151 Abraham *Judicial Process* 97 verduidelik dat sodanige toetrede deur die regsprekende beampte slegs geskied in "...rare instances in order to call forth certain types of evidence, usually of a technical nature...".

152 *Judicial Process* 97.

153 Abraham *Judicial Process* 97.

154 Abraham *Judicial Process* 97 bevestig dat die regsprekende beampte "... is not in any sense an active elicitor of truth regarding the testimony presented unless becoming convinced...that there were gross prevarications."

155 Snyman "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure" 103.

156 Snyman verduidelik die rol van die regsprekende beampte soos volg: "It is he, who, at the actual trial, introduces and elicits the evidence by first questioning the witnesses or the accused. Only after he had examined them, does he, upon demand, permit the prosecutor and the defence to put questions to the witnesses. He is in no way bound merely to consider the facts and the evidence adduced by the parties, but must (in accordance with the original meaning of the term *Inquisitio* – a searching after) himself see to it that the information and considerations necessary to decide the issue are investigated and bome out at the trial. Sometimes it is said that because of his wide powers, the continental judge searches for the *material* truth, whereas the judge in the accusatorial systems is merely bound to search for the *formal* truth, because he merely relies upon the information placed before him by the parties." – "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure" 103.

aanklaer en die verdediging toelaat om vrae aan die getuies en beskuldigde te stel. Hy kan ook die regsverteenwoordigers toelaat om voorstelle aan hom of haar voor te lê ten opsigte van sekere vrae wat gevra moet word.[157]

Hierdie stelsel word gebruik in die lande wat val onder die Romaans-Germaanse regstelsels (*civil law countries*) op die Europese kontinent en regdeur Latyns-Amerika.[158] Die regstelsels op die Europese kontinent maak gebruik van professionele beroepsregters. Die naspeur en voorbereiding van getuienis in geskrewe vorm word in Frankryk opgedra aan 'n regter met 'n lae rang, bekend as die ondersoekregter (*juge d'instruction)* en in Duitsland word hierdie funksie (wat aanvanklik uitgevoer is deur 'n ondersoekregter) sedert 1974 verrig deur die aanklaer.[159] Die ondersoekregter se funksie is nie dieselfde as dié van die voorsittende beampte by die verhoor nie: sy taak is nie om te besluit oor die skuld of onskuld van 'n beskuldigde nie, maar wel om te bepaal of daar voldoende gronde aanwesig is om 'n verhoor voor 'n bevoegde hof in te stel.[160] Die ondersoekregter is verplig om die beskuldigde die geleentheid te gee om sy samewerking te gee en kan om daardie rede die beskuldigde ondervra oor die tersaaklike feite, hoewel die beskuldigde die reg het om te weier om enige vrae te beantwoord. Die beskuldigde moet in kennis gestel word van sowel die aard van die bewerings wat hom ten laste gelê word, as die strafbepalings van toepassing op die bepaalde aanklag. Voorts moet hy in kennis gestel word van sy reg tot verkryging van regsverteenwoordiging en sowel die beskuldigde se regsverteenwoordiger as die

---

157 Volgens Abadinsky *Law and Justice* 34 moet 'n regsverteenwoordiger by die vra van 'n vraag die volgende prosedure volg: "An attorney who wishes to ask a question directly must submit a brief in the form of 'articles of proof,' describing the matter(s) to be subject to questioning; the 'articles' go to the court and opposing counsel".

158 Abadinsky *Law and Justice* 33.

159 Dubber "American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure" 1997 *Stanford LR* 547 579 verduidelik: "In 1974, the prosecutor officially assumed the pretrial investigatory powers which, until then, had been reserved for the investigating judge."

160 Snyman verduidelik dat die ondersoekregter se ondersoek "must be carried out strictly within the limits of the processual rules governing this part of the criminal procedure, and he carefully has to keep a record of all the steps he has taken and every investigation he has conducted." – "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure" 104. Ten opsigte van die voorlopige ondersoek deur die *juge d'instruction* sien ook Terrill *World Criminal Justice Systems* 141-143; *The American Series of Foreign Penal Codes: The French Code of Criminal Procedure* 12 ev.

aanklaer mag teenwoordig wees tydens ondervraging.[161] Tydens hierdie ondervraging word die beskuldigde die geleentheid gebied om sy weergawe van die feite te stel. Die hoofdoel met hierdie ondervraging is om die beskuldige op 'n vroeë stadium die geleentheid te gee om hom van enige suspisie te vrywaar. Al die vrae word deur die ondersoekregter gestel. Die beskuldigde se regsverteenwoordiger en die aanklaer mag slegs met die toestemming van die ondersoekregter vrae stel.[162] Alle getuienis moet in die lêer aangeteken word en uiteindelik aan die regters wat die saak gaan verhoor, oorhandig word. Volgens Abadinsky[163] "...the entire process ends in what appears to the unknowing observer to be a 'trial,' but it is simply the time when the court finally decides the case that has been developed by the opposing attorneys[164] and lower judges during a series of preliminary proceedings". Merryman[165] som die fases en verloop van die proses in die algemeen soos volg op:

> "There is a brief preliminary stage, in which the pleadings are submitted and a hearing judge (usually called the instructing judge) appointed; an evidence-taking stage in which the hearing judge takes evidence and prepares a written summary; and a decision-making stage, in which the judges who will decide the case consider the record transmitted to them by the hearing judge, receive counsel's briefs, hear arguments, and render decisions."

Die verhoor opsigself is dus nie die gebeurtenis waartydens al die getuienis wat in ag geneem sal word vir die beslissing van die saak aan die lig gebring word nie en wat onafhanklik staan van die voorafgaande verrigtinge nie.[166] Inteendeel, inligting wat aan die lig gekom het tydens die voorafgaande verrigtinge word onafhanklik van die

---

161 "First of all the accused is asked some personal details about himself, such as his name, age, profession, income and address. What is surprising...is that the accused can, at this stage be asked whether he has any previous convictions."

162 Snyman "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure" 105.

163 *Law and Justice* 34.

164 In die geval van 'n strafsaak is die partye natuurlik die beskuldigde en sy regsverteenwoordiger aan die een kant en die aanklaer aan die ander kant, maar die verloop van die prosedure bly dieselfde, hetsy dit 'n strafsaak of 'n siviele saak is.

165 *Civil Law Tradition* 111-112.

166 Damaska *Faces of Justice* 53.

inligting wat met verloop van tyd versamel en skriftelik in die lêer aangeteken en bewaar is, nagegaan deur regters. Abadinsky[167] wys daarop dat inligting wat deur regsverteenwoordigers voorgelê word met agterdog bejeën word. Om hierdie rede onderneem die regsverteenwoordigers selde 'n onafhanklike ondersoek en deskundige getuies word selde deur private partye geroep; om geloofwaardig te wees moet hulle deur die hof geroep word en word dan op dieselfde basis as judisiële assistente hanteer. Regters in die inkwisitoriese stelsels verrig dus baie van die funksies wat normaalweg deur regsverteenwoordigers in die akkusatoriese stelsel verrig word.

2.6.2.2 Kritiek teen die onderskeie stelsels

Tomlinson[168] vergelyk die Amerikaanse (akkusatoriese) en Franse (inkwisitoriese) regstelsels en kom tot die volgende gevolgtrekking:

> "Although in France all cases go to trial, there is a certain element of anticlimax to the trial because the dossier usually shapes its course and determines its outcome."

Johnston[169] se ontleding van die Franse (inkwisitoriese) stelsel lei hom tot die volgende opmerking:

> "Because the dossier has been compiled by a judge whose statutory functions is 'the manifestation of the truth', its authority, by the time of the trial, is almost incontestable. For the defence lawyer, there is little purpose in challenging a witness whose evidence has already been accepted by the ostensibly independent instruction judge. Effectively, therefore, French defence lawyers are confined to the world of comment."

Volgens Dubber word die meeste sake in die Duitse (inkwisitoriese) stelsel beslis op sterkte van die voorverhoorondersoek se resultate wat vervat is in die dossier wat voor die verhoor deur die aanklaer opgestel is. Die openbare verhoor dien dikwels

---

167 *Law and Justice* 35.

168 "Nonadversarial Justice" 195. Sien ook Aldisert "Rambling through Continental Legal Systems" 1982 *University of Pittsburgh LR* 935 991.

169 "Trial by Dossier" 250.

bloot as bevestiging van die voorsittende beampte se vooraf-beslissing gebaseer op sy of haar indrukke met die deurgaan van die dossier.[170]

Aan die ander kant weer, meen Erikson[171] dat skuldigbevindings op grond van gefabriseerde valse polisieverklarings in die akkusatoriese stelsel uitgeskakel sal kan word indien daar 'n voorverhoorondersoek gehou kan word deur 'n ondersoekregter soos die *juge d'instruction*.

Snyman[172] wys daarop dat die belangrikste punt van kritiek wat teen die inkwisitoriese stelsel geopper kan word, die dubbele rol is wat die regsprekende beampte noodwendig moet beklee. Hy moet optree as beide die *ondersoekbeampte* (wat op soek is na die materiële waarheid en daarmee gepaardgaande op soek is na alle feite en omstandighede om 'n saak teen die beskuldigde op te bou) en ook terselfdertyd as *arbiter* (wat objektief alle feite en bewerings moet evalueer). Hierdie twee funksies van die regsprekende beampte is in stryd met mekaar omdat dit die regsprekende beampte se onafhanklikheid ondermyn.[173]

---

170 "German Lay Judges" 578-579 stel dit soos volg: "One factor that has helped German criminal trials retain a measure of efficiency has been the extensive preliminary investigation conducted by the prosecution and the police, in which inculpatory and exculpatory leads are to be pursued with equal vigor. The results of this investigation are collected in the case file, called the dossier. At the trial the dossier permits the presiding judge to focus her interrogation and to decide on the relevance of evidence. The judge's heavy reliance on a case file prepared by the prosecution may, of course, accelerate the trial proceedings. This acceleration, however, may come at the price of turning the public oral proceedings into a farce, thereby deepening the sense of partiality that already pervades the inquisitorial German process, where judge and prosecutor cooperate as investigatory officers of the court.

For over a century, it has been no secret that many if not most cases are decided solely on the basis of the case file long before the trial has begun. Since the case file is prepared by the prosecution and may emphasize inculpatory interpretations of the evidence, the judge's reliance on the case file may result in a bias against the defendant. The German prosecutor can read novels (or even nap) in court, and indeed only possess a vague familiarity with the case because the presiding judge takes over the prosecution once the prosecutor's office has completed its preliminary investigation and submitted the dossier to the court."

171 "Confessions in Evidence: A Look at the Inquisitorial System" 1990 *New LJ* 884. Cooper "Criminal Investigations in France" is van mening dat die Engelse stelsel baie kan leer by die Franse stelsel van voorverhoor-ondersoek deur die *juge d'instruction*.

172 "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure" 107.

173 "These two functions of the judge contradict each other. It is difficult for the judge to be completely unprejudiced against the accused, if he virtually have to be both prosecutor and judge at the same time." – Snyman "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal

Die akkusatoriese stelsel, daarenteen word weer gekritiseer as synde te veel van 'n *Parteiverfahren* – 'n kompetisie tussen twee opponerende partye – te wees. Ten einde 'n uitspraak te kan lewer steun die regsprekende beampte op dit wat die onderskeie partye aan hom voorhou. Ten einde hul onderskeie sake te bevoordeel, kan die waarheid dikwels na willekeur gemanipuleer word. Die gevolg is dat die finale uitspraak van die regsprekende beampte nie beskou kan word as synde 'n weergawe van die materiële waarheid te wees nie, maar eerder die formele waarheid.[174]

Snyman[175] dui verder aan dat in Duitsland, waar die vervolging en die beskuldigde in beginsel nie twee opponerende partye tot die geding is nie, is kruisondervraging, anders as in die akkusatoriese stelsel, totaal onbekend. Hierdie praktyk word deur die Duitse regsgeleerdes gekritiseer as synde 'n poging om 'n getuie in 'n hoek te dryf deur middel van 'n metode wat die partye wat die kruisverhoor waarneem, vooraf self bepaal en beplan het, en voorts as 'n metode waardeur self die eerlikste getuie gedwing kan word om homself te weerspreek. In regstelsels waar die inkwisitoriese stelsel ingeburger is, kry die verhoorhof 'n meer volledige beeld van die beskuldigde, sy agtergrond, geskiedenis en karakter. In Frankryk byvoorbeeld, is dit verpligtend in alle sake van ernstige aard, dat 'n volledige dossier van die persoonlike agtergrond[176] van die beskuldigde saamgestel word vir gebruik deur die verhoorhof en wat geensins verband hou met die bewysmateriaal ten aansien van die beskuldigde se skuld nie. Snyman wys op die voordeel wat dit inhou:

> "This dossier is drawn up for the benefit of the trial court, and has nothing to do with the proof that the accused had committed the crime. With this more complete picture of the person of the accused, the continental systems have, to a certain extent, an advantage over the more accusatorial systems. Apart from better enabling the judge to form an assessment of the right punishment in a particular

---

Procedure" 108.

174 Snyman verduidelik: "In many instances, especially in the Unites States, the aim of each party is merely to 'win the case', regardless of whether the outcome of the case is in accordance with truth and real justice." – "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure" 108.

175 "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure" 109.

176 Dit kan inligting bevat "reflecting eg his relations to his family and to society in general. It can even entail a medical and psychological examination of the accused." Snyman "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure" 109.

> case, it can obviously be of much assistance to a judge in deducting the *mens rea* (*Schuld*) of the accused."[177]

Ten opsigte van die stelling dat die regsprekende beampte in die Anglo-Amerikaanse stelsel bloot 'n passiewe skeidsregter is, betoog Snyman dat so 'n stelling 'n oorvereenvoudiging en wanopvatting van die basiese kenmerke van die betrokke stelsel is. Dit is in hierdie stelsels ook die primêre taak van die regsprekende beampte om die waarheid te bepaal en om geregtigheid te laat geskied in ooreenstemming met die reg. Dit is verder die plig van die regsprekende beampte om, ooreenkomstig die toelaatbaarheid van die voorgelegde getuienis deur al die partye tot die geding, tot 'n regverdige beslissing te kom. Die regsprekende beampte is voorts by magte om getuienis ontoelaatbaar te verklaar ooreenkomstig die geldende toepaslike regsreëls, selfs in afwesigheid van 'n beswaar van 'n party tot die geding. Die regsprekende beampte is verder ook bevoeg om vrae aan getuies te stel en mag selfs 'n ondervraging deur een van die partye onderbreek, mits so 'n beampte nie "descend into the arena and be liable to have his vision clouded by the dust of the conflict" nie. Daarbenewens is die regsprekende beampte bevoeg om getuies te roep en te herroep wat noodsaaklik is vir die regverdige beregting van die saak en om onduidelikhede op te klaar. In jurieverhore het die Engelse regters die addisionele taak om aan die einde van die verhoor, die saak vir die jurie op te som en aan hulle sowel die geskilpunte as die algemene regsbeginsels te verduidelik.

Snyman kom tot die gevolgtrekking dat, nieteenstaande die verskil in die prosedure van die twee stelsels, het albei een gemeenskaplike doel, naamlik die vasstelling van die waarheid. Hy wys voorts daarop:

> "Whether the English or the Continental system presents the best way of achieving this aim, will probably always be the subject of debate. In this regard it is perhaps fitting to bear in mind that no system of procedure, being the product of human beings, can claim to be so devised as to reveal the absolute truth, or the truth at all costs. Every country's particular mode of searching for truth, still remains a mirror of the historical, sociological and cultural origins of its society."[178]

---

177 "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure" 110.

178 "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure" 111.

Ter samevatting: Beide die akkusatoriese en inkwisitoriese prosesstelsels het elkeen 'n eiesoortige prosedure en eiesoortige vereistes. Indien die samestelling en funksies van 'n betrokke regbank evalueer word, sal daar rekening gehou moet word met die prosesstelsel waarbinne die betrokke regbank funksioneer. Dit moet egter beklemtoon word dat in geen regstelsel word 'n prosedure aangetref wat suiwer akkusatories of suiwer inkwisitories is nie. In bykans al die lande word 'n hibriede (of gemengde) stelsel aangetref wat oorleuen na die een of die ander van hierdie prosesstelsels.[179] Waar die kontinentale stelsels gebruik maak van die inkwisitoriese benadering tot die verhoor van persone in 'n strafsaak, gebruik die regstelsels van die *common law*-lande die akkusatoriese benadering wat neerkom op 'n tipe tweegeveg ooreenkomstig bepaalde reëls met die oog op versekering van billikheid eerder as vasstelling van die waarheid as sulks. Die benaderings is verskillend, maar die doel in elke geval is 'n verhoor wat billik is teenoor die beskuldigde en billik teenoor die gemeenskap wat hulself teen misdaad wil beskerm.[180]

2.7 DIE LEERSTUK VAN SKEIDING VAN MAGTE

Die leerstuk van skeiding van magte, ook bekend as die *trias politica*, behels:

> "...dat die vryheid van 'n staat se burgers slegs verseker kan word indien magskonsentrasie, wat tot misbruik kan lei, verhoed word deur 'n verdeling van owerheidsgesag in wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag en die uitoefening daarvan deur verskillende owerheidsorgane."[181]

---

179 Snyman "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure" 101: "At the outset it must be stressed that in almost no civilised country to-day would one find a system which is purely accusatorial or purely inquisitorial. In almost all countries one invariably finds a mixed system with a marked emphasis or leaning towards either of the two approaches." Dit word bevestig deur Doran ea "Rethinking Adversariness in Nonjury Criminal Trials" 13: "Legal procedures in both Anglo-American and continental systems operate with a mixture of adversarial and inquisitorial, or contest and inquest, features". Sien ook Damaska *Faces of Justice* 6.

180 Walker *The Rule of Law* 11.

181 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 70. Sien ook *Regskommissieverslag: Grondwetlike Modelle* 727 ev; Van der Vyver "The Separation of Powers" 1993 *SAPR* 177.

Die leerstuk van skeiding van magte word gewoonlik verbind met Montesquieu[182] wat die leerstuk ontwikkel het op 'n enigsens foutiewe vertolking van die Westminsterstelsel, want die stelsel word juis gekenmerk deur 'n baie beperkte skeiding tussen die drie owerheidsvertakkinge.[183] Die leerstuk het nietemin 'n geweldige invloed uitgeoefen op die ontwikkeling van die moderne staatkunde en staatsreg. Rautenbach en Malherbe[184] verduidelik dat ten spyte van kritiek dat dit onmoontlik is om die wetgewende,[185] uitvoerende[186] en regsprekende gesag[187] in teorie of praktyk waterdig van mekaar te skei, het dit minstens formeel die mees algemene kenmerk van alle staatkundige stelsels geword. Daar is bykans geen grondwet waarin die onderskeid tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag nie formeel getref word nie en waarin daar nie formeel verskillende owerheidsorgane daarvoor ingestel word nie.

In die meeste grondwette word uitdruklik bepaal by wie die regsprekende bevoegdheid berus.[188] Die eerste gedeelte van artikel III(1) van die Amerikaanse Grondwet bepaal byvoorbeeld soos volg:

> "The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish."

Artikel 92 van die Duitse Grondwet bepaal dat die regsprekende gesag by die regters berus en dat dit uitgeoefen word deur die Federale Konstitusionele Hof, die Federale Hooggeregshof en die federale howe van die deelstate.

---

182 *De L'Esprit des Lois* Boek XI hfst VI.

183 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 71; Marshall *Constitutional Theory* 97 ev.

184 *Staatsreg* 71. Sien ook Henning "Die Administratiewe Staat" 1.

185 Die wetgewende gesag is die bevoegdheid om regsreëls te skep, te wysig en te herroep.

186 Die uitvoerende gesag is die bevoegdheid om regsreëls uit te voer en af te dwing.

187 Die regsprekende gesag is die bevoegdheid om in geskille te bepaal wat die reg is en hoe dit in spesifieke gevalle toegepas moet word.

188 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 220.

Die driedelingsleer, ingevolge waarvan die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag onafhanklik moet funksioneer, word bevestig in die Grondwet van Suid-Afrika van 1996.[189] Ingevolge artikel 165(1) van die Suid-Afrikaanse Grondwet berus die regsprekende gesag van die Republiek by die howe. Artikel 165(1) verleen derhalwe grondwetlike erkenning aan die regsprekende gesag as die derde been van die *trias politica*, oftewel die leerstuk van skeiding van magte.

Teoreties gesproke beteken die skeiding tussen die drie vertakkinge dat die owerheidsorgaan of -organe verantwoordelik vir die skep van regsreëls nie ook belas moet wees met die uitvoering daarvan of die regspraak daaroor nie. Op grond van dieselfde argument is die uitvoerende gesag ook nie veronderstel om reg te skep of reg te spreek nie en die regsprekende gesag is nie veronderstel om reg te skep of uit te voer nie. In die praktyk is daar egter geen stelsel waarin 'n totale en waterdigte skeiding van owerheidsgesag bestaan of waarin die verskillende owerheidsorgane in absolute isolasie van mekaar funksioneer nie.[190]

Ingevolge die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 berus die wetgewende gesag op nasionale vlak by die parlement,[191] die uitvoerende gesag by die President[192] en die regsprekende gesag by die howe.[193] Daar bestaan egter 'n groot mate van interafhanklikheid[194] – hierdie interafhanklikheid spruit voort uit die opvatting dat dit inherent aan die skeiding van magte is dat die drie vertakkinge

---

189 Ingevolge a 43 van die Grondwet van 1996 berus die wetgewende gesag tov die nasionale sfeer van die owerheid by die Parlement, die wetgewende gesag tov die provinsiale sfeer van die owerheid berus by die provinsiale wetgewers, en die wetgewende gesag tov die plaaslike sfeer van die owerheid berus by die munisipale rade. Ingevolge a 85(1) van die Grondwet berus die uitvoerende gesag by die President en ingevolge a 165(1) van die Grondwet berus die regsprekende gesag by die howe.

190 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 71. Hulle illustreer ook hierdie punt op 71-74 deur te verwys na die skeiding van magte in die Britse Westminster stelsel, die Amerikaanse stelsel en die Suid-Afrikaanse stelsel.

191 A 43(a).

192 A 85(1).

193 A 165(1).

194 Sien Rautenbach en Malherbe se bespreking van hierdie aspek in *Staatsreg* 73-74.

mekaar oor en weer moet kontroleer, die sogenaamde stelsel van kruiskontroles.[195] Dit is onnodig om hierdie onderwerp vir doeleindes van hierdie navorsingstuk hier meer volledig te bespreek. Die aspek wat wel hier van belang is en wat verdere bespreking noodsaak is die kontrole wat oor die regbank uitgevoer word, maar hierdie aspek word in afdeling 2.9 hieronder aangeraak.

Om saam te vat: Om die konsentrasie en potensiële wanaanwending van owerheidsgesag te voorkom, moet die owerheidsgesag ingevolge die leerstuk van skeiding van magte verdeel word in wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag en moet die uitoefening van hierdie gesag ook deur verskillende owerheidsorgane plaasvind. Die howe, by wie regsprekende gesag berus, het dus die bevoegdheid om in geskille te bepaal wat die reg is en hoe dit in 'n gegewe geval toegepas moet word. Die teoretiese implikasie van die leerstuk van skeiding van magte is dat die regsprekende gesag hom nie moet begewe op die terrein van die uitvoerende en wetgewende gesag nie en *vice versa*. Ten spyte daarvan dat die howe onafhanklik funksioneer, is daar tog 'n redelike mate van interafhanklikheid[196] tussen die drie vertakkinge, wat bekend staan as die stelsel van kruiskontroles.

2.8 DIE BELANG VAN DIE GRONDWET EN DIE HANDVES VAN MENSEREGTE

Uit die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996[197] en die handves van

---

195 *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 10 BCLR 1253 (KH) par 111. Daar word ook dikwels na hierdie stelsel van kruiskontroles verwys as die sogenaamde "checks and balances". Tov die aanvaarding van hierdie stelsel deur die *Supreme Court* van die VSA, sien *Ex parte Grossman* 267 US 119 (1925).

196 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 73.

197 By die opstel van die 1996-Grondwet is onderneem om nie af te wyk van sekere voorafgestelde en ooreengekome grondwetlike beginsels nie. Alhoewel hierdie beginsels nie positief deel van die 1996-Grondwet is nie, het hul steeds oorredende gesag. Sien in hierdie verband Butler "The 1996 Constitution Bill, its Amending Power and the Constitutional Principles" 1996 *Human Rights and Constitutionl LJ* Oktober 24; Henderson "Cry, the Beloved Constitution? Constitutional Amendment, the Vanished Imperative of the Constitutional Principles and the Controlling Values of Section 1" 1997 *SALJ* 542. In die lig van bogenoemde, kan gewys word op die volgende grondwetlike beginsels wat van belang is vir doeleindes van hierdie navorsingstuk soos vervat in bylae 4 tot die 1993-Grondwet:

- "IV Die Grondwet moet die hoogste reg van die land wees..."
- "V Die regstelsel moet die gelykheid van almal voor die reg en 'n regverdige regsproses

menseregte wat daarin vervat is, blyk dit dat daar 'n aantal waardes is om in ag te neem by die samestelling en funksionering van die regbank. In die bespreking wat hierop volg sal die waardes wat vervat is in die Grondwet onder die loep geneem word.

'n Omvattende bespreking van die oorsprong van die leerstuk van menseregte of 'n oorsig oor die internasionale literatuur daaroor is onnodig vir doeleindes van hierdie proefskrif.[198] Daar sal volstaan word met die volgende bondige uiteensetting van die ontstaan van hierdie begrip: Die leerstuk van menseregte het ontstaan as teenreaksie teen totalitêre staatsoorheersing en die arbitrêre optrede van staatsorgane.[199] Die leerstuk word dus gebruik om die selfstandigheid van die onderdaan teenoor die staat en die publiekregtelike verhouding te beklemtoon.[200] Hierdie regsverhouding impliseer dat die staat aan die reg gebonde is en die regte en vryhede van die onderdaan moet respekteer vir sover die objektiewe reg nie daardie beskerming teenoor die staat ingekort het nie.[201]

---

verseker. Gelykheid voor die reg sluit in wette, programme of bedrywighede wat gerig is op die verbetering van die omstandighede van die benadeeldes, met inbegrip van dié wat op grond van ras, kleur of geslag benadeel is."

- "VI Daar moet 'n verdeling van magte tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag wees, met gepaste wigte en teenwigte ten einde verantwoording, verantwoordbaarheid en openheid te verseker."
- "VII Die regsprekende gesag moet oor die toepaslike kwalifikasies beskik, moet onafhanklik en onpartydig wees en moet oor die gesag en jurisdiksie beskik om die Grondwet en alle fundamentele regte te beskerm en af te dwing."

Laasgenoemde aspek word bevestig deur die bewoording van die ampseed in bylae 2 tot die Grondwet van 1996 wat deur die regters afgelê word en waarin hulle onderneem om die Grondwet van die Republiek en die fundamentele regte daarin verskans te handhaaf en te beskerm en sodoende aan alle persone op gelyke voet reg te laat geskied sonder vrees, begunstiging of vooroordeel, ooreenkomstig die Grondwet en die reg van die Republiek."

198 Vir 'n oorsigtelike bespreking van hierdie onderwerp, sien oa Basson en Viljoen *Staatsreg* 251-256; Wiechers *Staatsreg* 142-156; Van der Vyver *Die Beskerming van Menseregte in Suid-Afrika* 1-19; Carpenter *Introduction to South African Constitutional Law* 100-132.

199 Neethling "Aard en Inhoud van Menseregte" 240; Van der Vyver *Seven Lectures on Human Rights* 57.

200 Rautenbach "Menseregte as Sistematiserende Faktor" 169. Sien ook Joubert *Legaliteitsbeginsel* 88.

201 Neethling "Enkele Gedagtes oor die Juridiese Aard en Inhoud van Menseregte en Fundamentele Vryhede" 1971 *THRHR* 242.

Neethling[202] omskryf menseregte soos volg:

> "Menseregte, vir sover hulle regtens erkenning geniet, is òf publieke vryhede, òf subjektiewe regte òf bevoegdhede binne die kader van die privaatreg wat die individu teen ongeoorloofde aantasting deur die staat beskerm."

Labuschagne[203] omskryf die begrip menseregte weer as

> "...'n menslike skepping wat basies ten doel het om die waardigheid, individualiteit en vryheid van die mens te waarborg."

Joubert[204] kom tot die gevolgtrekking dat

> "...menseregte is regte en vryhede wat ingestel is op die beskerming van die individu teen willekeurige owerheidsgesagsuitoefening, tensy sodanige beskerming deur die objektiewe reg ingekort word."[205]

'n Omvattende lys van menseregte is onnodig vir hierdie proefskrif en daar sal volstaan word met dié wat spesifiek van toepassing is op die onderwerp wat nagevors word. Die volgende vorm deel van die sogenaamde *klassieke* prosessuele menseregte:[206]

- die reg op 'n regverdige en openbare verhoor;

Die volgende menseregte vorm deel van die kategorie van menseregte wat vry-algemeen aanvaar word:[207]

- beregting deur 'n onafhanklike en onpartydige geregshof
- gelykheid voor die reg

---

202 "Aard en Inhoud van Menseregte" 248.

203 "Strafregtelike Menseregte" 1987 *TRW* 215. Vir verdere omskrywings, sien ook Van der Vyver *Seven Lectures on Human Rights* 57; Sanders " Die 'Rule of Law' – 'n Gemeenskaplike Westerse Gedragskode" 1971 *THRHR* 164 165.

204 *Legaliteitsbeginsel* 89-90.

205 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 90 wys daarop dat sodanige beperking uiteraard van stelsel tot stelsel sal verskil, maar dat dit noodsaaklik is om hierdie voorbehoud by te voeg. Versuim om dit te doen sou die veronderstelling meebring dat die oorkoepelende gemeenskapsbelange waarvan die staat die draer is, te alle tye vir individuele regte moet wyk – 'n onpraktiese ideaal. Rautenbach "Menseregte as Sistematiserende Faktor" 170.

206 Wiechers *Staatsreg* 148; Sanders "Rule of Law" 164; Van de Vyver *Seven Lectures on Human Rights* 88-89.

207 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 94.

Die Suid-Afrikaanse menseregte-handves word aangetref in hoofstuk 2 van die Grondwet van 1996. Die volgende aspekte is vir onderhawige doeleindes van besondere belang:

- Artikel 2 bevestig die oppergesag van die Grondwet.[208]
- Artikel 9 waarborg aan elke persoon die "reg op gelykheid voor die reg en op gelyke beskerming deur en gelyke voordeel uit die reg". Hierdie klousule het ten doel om gelyke behandeling te verseker: gelykheid voor die reg gebied die gelyke behandeling van alle persone deur 'n geregshof, terwyl gelyke beskerming deur die reg vereis dat die regte van almal in gelyke mate beskerm moet word[209] en dat almal gelyke voordeel moet put uit die toepassing van die reg.
- Artikel 35 waarborg sekere fundamentele regte van aangehoudenes, gearresteerdes en beskuldigdes. Ingevolge artikel 35(3) het elke beskuldigde die reg op 'n billike verhoor.[210]
- Ingevolge artikel 34 het elke burger die reg om 'n dispuut wat deur die toepassing van die reg opgelos kan word te laat beslis in 'n billike openbare verhoor in 'n hof of, waar toepaslik in 'n ander onafhanklike en onpartydige tribunaal of forum.

Die waarborg in artikel 34 (hierbo uiteengesit) het die volgende implikasies:[211]

- Om hierdie reg te kan uitoefen, moet daar in die eerste plek effektiewe howe of ander toepaslike tribunale of forums bestaan wat geskille kan bereg. Daar word derhalwe deur die reg 'n plig op die owerheid geplaas om howe en ander tribunale of forums in te stel en voorsiening te maak vir hulle behoorlike funksionering.[212]

---

208 "This Constitution is the supreme law of the Republic; law or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligations imposed by it must be fulfilled."

209 As algemene reël kan gestel word dat die regulering van vryheid slegs toelaatbaar is insoverre almal se vryheid op dieselfde wyse gereguleer word; wetgewing of reëls van die gemenereg of inheemse reg mag nie die reg van sekere kategorieë mense beperk en ander kategorieë mense daarvan vrystel nie.

210 Sien *supra* afd 2.6.1(a)-(f).

211 Sien ook Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 222-223.

212 Tov hierdie beginsel is in *Bernstein v Bester NO* 1996 4 BCLR 449 (KH), 1996 2 SA 751 (KH) par 51 (tov a 22 van die Oorgangsgrondwet) verklaar: "In all democratic societies the state has the duty to establish independent tribunals for the resolution of civil disputes and the prosecution of persons charged with having committed crimes. In a constitutional state that obligation is of

- Die individu het die reg dat beregbare geskille deur 'n hof, wat onafhanklik is, bereg word.[213] Alhoewel die onafhanklikheid van die howe deur die leerstuk van skeiding van magte teen inmenging van buite beskerm word,[214] het die individu nou ingevolge die waarborg van artikel 34 ook 'n aanspraak teenoor die howe dat hulle onafhanklik moet wees.[215] Van die regsprekende beamptes word verwag dat hulle nie ook ander beroepe sal beoefen nie.[216] By diensaanvaarding, onderneem hulle dat hulle aan alle persone op gelyke voet reg sal laat geskied sonder vrees, begunstiging of vooroordeel.[217] Daar bestaan verder ook 'n algemene reël teen vooroordeel waarvolgens 'n voorsittende regsprekende beampte in enige saak (uit eie beweging of op aansoek) aan die verrigtinge moet onttrek indien daar 'n redelike vrees bestaan dat die regterlike beampte weens partydigheid, vooroordeel of enige ander erkende grond dalk 'n ander beslissing sal gee as wat regtens gegee behoort te word.[218]
- Ingevolge sowel artikel 34 en 35(3) wat handel oor die regte van beskuldigde persone (albei artikels word hierbo genoem) word vermeld dat elke beskuldigde die reg op 'n billike verhoor het. Afgesien daarvan word meer as twintig regte in verband met aspekte van 'n billike verhoor uitdruklik gewaarborg.[219]
- 'n Aspek wat aansluit by die kwessie van 'n billike verhoor, is die bepalings rondom

---

fundamental importance and it is clearly recognised as such in our constitution."

213 Vergelyk ook a 165(2) van die Grondwet van 1996.

214 Sien die bespreking van die leersluk van skeiding van magte in afd 2.7.

215 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 223.

216 Ingevolge a 11 van Wet 56 van 1956 word die volgende tov hierdie aspek voorgeskryf: "Geen regter van die Hooggeregshof mag sonder die toestemming van die Minister 'n ander winsbetrekking aanvaar of beklee of daarin dien of ten opsigte van enige diens enige gelde, emolumente of ander besoldiging benewens sy salaris en enige toelaes wat in sy hoedanigheid as so 'n regter aan hom betaalbaar mag wees, ontvang nie."

217 A 174(8) en item 6(1) bylae 2 van die Grondwet van 1996.

218 Sien *S v Collier* 1995 8 BCLR 975 (K).

219 Sien die bepalings in aa 35(3)(a)-(o), asook aa 35(4)-(5). Die begrip billike verhoor is 'n begrip wat al dikwels omskryf is en nie beperk is tot regte wat uitdruklik gewaarborg word nie. Sien bv *S v Makhatini* 1995 2 BCLR 226 (D) 232D; *S v Zuma* 1995 4 BCLR 401 (KH), 1995 2 SA 642 (KH) par 16; *Shabalala v Attorney-General, Transvaal; Gumede v Attorney-General, Transvaal* 1995 1 SA 608 (T) 620F.

strafregtelike vervolgings. Artikel 179 van die Grondwet maak voorsiening vir 'n vervolgingsgesag wat die bevoegdheid het om namens die staat strafregtelike vervolgings in te stel.[220] In beginsel moet besluite om strafregtelike vervolgings in te stel, onpartydig en sonder inmenging deur die regering plaasvind.[221] Ten spyte daarvan dat die finale verantwoordelikheid met betrekking tot die vervolgingsgesag ingevolge die Grondwet by die Minister van Justisie berus,[222] word ook uitdruklik bepaal dat nasionale wetgewing moet verseker dat die vervolgingsgesag sy funksies vreesloos en sonder begunstiging of vooroordeel verrig.[223]

2.9 KONTROLE OOR DIE REGBANK

'n Ondersoek na die onafhanklikheid van die regbank sal egter onvolledig wees indien daar nie ook na die teenpool, naamlik die kontrole oor die regbank, verwys word nie. Maatreëls oor die onafhanklikheid van die howe weerspieël dikwels verskillende maniere waarop die regsprekende gesag gekontroleer kan word.[224] Geregtelike kontrole is in alle demokratiese state die mees effektiewe manier om te verseker dat die uitvoerende en wetgewende owerheidsorgane die reg nakom. Vir die individu is dit belangrik dat die regbank in alle gedinge onafhanklik optree, en soos reeds in 'n voorafgaande bespreking aangetoon,[225] word gepoog om dit te bewerkstellig deur die

---

220 Ingevolge die bepalings van a 179 van die Grondwet van 1996 word voorsiening gemaak vir 'n enkele nasionale vervolgingsgesag wat bestaan uit 'n nasionale direkteur wat deur die President saam met die kabinet aangestel word en direkteure van staatsvervolging en aanklaers wat ingevolge 'n parlementswet aangestel word.

221 Rautenbach en Malherbe *Staatstreg* 223. Kyk ook *Ex parte Attorney-General, Namibia, In re: The Constitutional Relationship between the Attorney-General and the Prosecutor-General* 1995 8 BCLR 1070 (NmSC) 1085–1086; *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 10 BCLR 1253 (KH) par 142.

222 Sien a 179(6) van die Grondwet van 1996.

223 Sien die bepaling in a 179(4) van die Grondwet van 1996. In die beslissing *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 10 BCLR 1253 (KH) par 146 word verklaar: "There is accordingly a constitutional guarantee of independence, and any legislation or executive action inconsistent therewith would be subject to constitutional control by the courts." Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 224.

224 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 239.

225 Sien die bespreking in afd 2.2 en 2.7.

onafhanklikheid van die regbank op verskillende manier te verseker.

Die vraag wat as teenpool ontstaan is: Wie kontroleer die regbank?[226] Rautenbach en Malherbe[227] omskryf die probleem soos volg:

> "Kontrole impliseer 'n sekere mate van beheer. Dit is dus 'n probleem om kontrole oor die regbank te versoen met die beginsel van regsprekende onafhanklikheid: meer kontrole impliseer minder onafhanklikheid en omgekeerd. Die meeste maatreëls waardeur die onafhanklikheid van die regbank verseker word, veronderstel egter dat daar kontrole oor die regbank bestaan en die besonderhede van die maatreëls weerspieël die balans (of wanbalans) wat in 'n bepaalde stelsel bereik word."[228]

Hulle noem die volgende voorbeelde:

- Die feit dat wetgewende organe op een of ander manier deelneem aan die aanstelling en ontslag van sekere regsprekende beamptes, veronderstel *verantwoordelikheid* teenoor die mense, wat per slot van rekening deur die betrokke wetgewers verteenwoordig word.[229] Verantwoordelike uitoefening van die regterlike funksie kan in die finale instansie afgedwing word deur ampsontheffing. Die gronde vir ampsontheffing word dikwels baie breed omskryf.[230] Om die misbruik wat moontlik kan spruit uit vae gronde vir

---

226 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 239-240. Sien die regsvergelykende bespreking van hierdie probleem in Cappelletti "Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility" in Shetreet en Deschênes (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 550. Tov die posisie in Duitsland, sien Rupp "Die Bindung des Richters an das Gesetz" 1973 *Neue Juristische Wochenschrifte* 1769 en Rheinstein "Wer wacht über die Wächter" 1974 *Juristische Schulung* 409.

227 *Staatsreg* 240.

228 In *S v Mhlungu* 1995 7 BCLR 793 (KH) 844H het regter Sachs die gedagte van regterlike kontrole uitgedruk as 'n proses van interpretasie en balanseer van mededingende bepalings teenoor mekaar wat die vorm aanneem van "...a principled judicial dialogue, in the first place between members of this Court, then between our Court and other courts, the legal profession, law schools, Parliament and, indirectly, with the public at large."

229 In sommige van die state van die VSA word sekere regsprekende amptenare direk deur die kiesers verkies wat neerkom op 'n direkte vorm van politieke kontrole wanneer die moontlikheid van 'n herverkiesing ter sprake kom – Cappelletti "Judicial Responsibility" 581 vn 31.

230 Cappelletti "Judicial Responsibility" 559-560 verduidelik soos volg: "Hence the 'legal' character of such violations is greatly blurred; behaviour that is politically, rather than strictly legally, condemnable can be rather easily included in the constitutional sanction." Hy noem as voorbeelde die gronde vir ampsontheffing in die VSA en a 98 van die Duitse Grondwet waarvolgens die nie-nakoming van die "beginsels van die Grondwet" 'n grond vir ampsontheffing

ampsontheffing en die betrokkenheid van politieke ampsbekleërs teë te werk, kan voorsiening gemaak word vir 'n besonder moeilike prosedure vir ampsontheffing waarin die politieke ampsbekleërs nie 'n oorheersende rol speel nie. 'n Balans tussen kontrole oor en die onafhanklikheid van die howe kan sodoende bereik word.

- Ter wille van die onafhanklike funksionering van die regbank word die reg op vryheid van meningsuiting en die pers beperk deur die misdaad minagting van die hof.[231] Daarmee word kritiek teen die howe as 'n vorm van *openbare kontrole* nie heeltemal uitgesluit nie. In *S v Van Niekerk*[232] het die Suid-Afrikaanse Hoogste Hof van Appèl verklaar: "First, it is important to bear in mind that the true basis of punishment for contempt of court lies in the interests of the public, as distinct from the protection of any particular injured Judge or Judges...Secondly, unless those last-mentioned interests clearly so require, genuine criticism, even though it be somewhat emphatically or unhappily expressed, should...preferably be regarded as an exercise of the right of free speech rather than as 'scandalous comment' falling within the ambit of the crime of contempt of court."
- Regsprekende organe is onderworpe aan verskillende vorms van *geregtelike kontrole*. Die omvattende stelsel van appèl en die hersiening van die beslissings van die laer howe deur hoër howe kom neer op uitvoerige geregtelike kontrole. Ook die immuniteit van regsprekende beamptes teen siviele aksies na aanleiding van hulle regspraak, is nie absoluut nie. Die immuniteit geld slegs indien daar te goeder trou opgetree is. Indien daar met kwaadwillige motief opgetree is, kan die regsprekende beampte aanspreeklik gehou word.

---

is.

231 Sien ook die bespreking van Marcus en Spitz "Expression" in Chaskalson ea *Constitutional Law of South Africa* 20 par 20.8(c).

232 1972 3 SA 706 (A) 720-721.

Hoofregter Mahomed[233] wys daarop dat die openbare vertroue in die onafhanklikheid van die regbank en in die regbank se bekwaamheid om sy regterlike funksie uit te voer, ook beïnvloed word deur die kontrolemeganismes wat die regbank se funksies reguleer – tydens evaluering van die kontrole oor die regbank, kom verskeie aspekte ter sprake:

- Word regsprekende amptenare voldoende verantwoordbaar gehou vir hulle optrede?
- Is die meganismes vir appèl en hersiening voldoende om verkeerdelike uitsprake, waar die uitoefening van diskresie 'n dominante rol speel, reg te stel?
- Is die uiterste remedie van ondersoek van 'n aanklag (*impeachment*) 'n voldoende praktiese en afdwingbare remedie om die publiek teen 'n onbekame regterlike beampte te beskerm?
- Hoe word die publiek beskerm teen regterlike beamptes wie se optrede nie 'n aanklag (*impeachment*) regverdig nie, maar wat desnieteenstaande onbeskof, onsensitief, nors, of andersins van so 'n aard is dat beswaar daarteen gemaak kan word en die partye voor die hof baie ontevrede laat met die wyse waarop hulle behandel is?
- Is dit nodig dat daar 'n sanksie bestaan vir sodanige optrede en, indien wel, behoort enige liggaam van persone anders as regters oor die verantwoordelikheid te beskik om so 'n sanksie op te lê?
- Wat is die remedie teen 'n heeltemal pligsgetroue en *bona fide* regter wat tot so 'n mate empatie het met die partye dat dit vir hom of haar moeilik is om 'n finale besluit te neem, wat regspraak vir jare voorbehou en sodoende die bewerkstelliging van geregtigheid belemmer sonder dat dit ooit sy of haar bedoeling was?
- Lei die gedurige gebruikmaking van waarnemende regters in enige opsig tot die aftakeling van openbare persepsies ten opsigte van die onafhanklikheid van die regbank?
- Het die stelsel van volbank appèlle wat aangehoor word in die Hoë Hof deur die mederegters (*peers*) van die regter wie se uitspraak aangeveg word op appèl in

---

233 "The Role of the Judiciary" 114.

enige opsig enige effek op die persepsie van die onafhanklikheid van die regbank?

Ten opsigte van oproepe vir regterlike verantwoordbaarheid (*accountability*) en die stelsel van appèl teen 'n beslissing in geval van ontevredenheid met die beslissing, wys Downey[234] op die volgende:

> "The inability of politicians and journalists among others to understand that Judges are not personally irresponsible, continues to be astonishing. The cry of accountability presumes of course that they are irresponsible. The judicial system, however, with tiers of appeals constitutes a self-correcting system. There is a sense in which it can be said that every Judge is on trial in every trial he or she presides over. The way they behave and the decisions that they give are always subject to appeal if Counsel in the case considers the Judge unreasonable or wrong. This fact in itself acts as a control mechanism that makes the individual Judge accountable in a very real practical sense."

Die *IBA*-standaarde ten opsigte van dissiplinering van regsprekende amptenare[235]

---

234 "Judges, Independence and Accountability" 411.

235 Soortgelyke bepalings tov die dissiplinering van regters word aangetref in die "Universal Declaration":

"2.32 A complaint against a judge shall be processed expeditiously and fairly under an appropriate practice, and the judge shall have the opportunity to comment on the complaint at the initial stage. The examination of the complaint at its initial stage shall be kept confidential, unless otherwise requested by the judge.

2.33 a) The proceedings for judicial removal or discipline, when such are initiated, shall be held before a court or a board predominantly composed of members of the judiciary and selected by the judiciary.

b) However, the power of removal may be vested in the Legislature by impeachment or joint address, preferably upon a recommendation of a court or board as referred to in 2.33(a).

[Explanatory Note: In countries where the legal profession plays an indispensible role in maintaining the rule of law and judicial independence, it is recommended that members of the legal profession participate in the selection of the members of the court or board, and be included as members thereof.]

2.34 All disciplinary action shall be based upon established standards of judicial conduct.

2.35 The proceedings for discipline of judges shall ensure fairness to the judge and the opportunity of a full hearing.

2.36 With the exception of proceedings before the Legislature, the proceedings for discipline and removal shall be held in camera. The judge may, however, request that the hearing be held in public, subject to a final and reasoned disposition of this request by the disciplinary Tribunal. Judgments in disciplinary proceedings, whether held in camera or in public, may be published.

2.37 With the exception of proceedings before the Legislature or in connection with them, the decision of a disciplinary Tribunal shall be subject to appeal to a court.

2.38 A judge shall not be subject to removal except on proved grounds of incapacity or

bepaal soos volg:

"27. The proceedings for discipline and removal of judges should ensure fairness to the judge, and adequate opportunity for hearing.

28. The procedure for discipline should be in camera: however, judgments in disciplinary proceedings may be published.

29. (a) The grounds for removal of judges shall be fixed by law and shall be clearly defined.

(b) All disciplinary action shall be based upon standards of judicial conduct promulgated by law, or in established rules of court.

30. A judge shall not be subject to removal unless, by reason of a criminal act or through gross or repeated neglect or physical or mental incapacity, he has shown himself manifestly unfit to hold the position of judge.

31. In systems where the power to discipline and remove judges is vested in an institution other than the legislature, the tribunal for discipline and removal of judges shall be permanent, and be composed predominantly of members of the Judiciary.

32. The head of the court may legitimately have supervisory powers to control judges on administrative matters."

Ten opsigte van die uitvoerende gesag en dissiplinering word bygevoeg:[236]

"4.(a) The Executive may participate in the discipline of judges, only in referring complaints against judges, or in the initiation of disciplinary proceedings, but not the adjudication of such matters. The power to discipline or remove a judge must be vested in an institution which is independent of the Executive.

(b) The power of removal of a judge should preferably be vested in a judicial tribunal.

(c) The Legislature may be vested with the powers of removal of judges, preferably upon a recommendation of a judicial commission."

Ten opsigte van aanvaarbare en onaanvaarbare optrede (met ander woorde, redes vir diskwalifikasie) van regters, bepaal die *IBA* se minimumstandaarde:[237]

"36. Judges may not, during their term of office, serve in Executive functions, such as ministers of the government, nor may they serve as members

---

misbehaviour, rendering him unfit to continue in office.

2.39 In the event that a court is abolished, judges serving in this court shall not be affected, except for their transfer to another court of the same status." – sien Anoniem "Universal Declaration" 453-454.

236 Anoniem "IBA Minimum Standards" 388.

237 Anoniem "IBA Minimum Standards" 391.

of the Legislature or of municipal councils, unless by long historical traditions these functions are combined.[238]

37. Judges may serve as chairmen of committees of inquiry in cases where the process requires skill of fact-finding and evidence-taking.[239]
38. Judges shall not hold positions in political parties.[240]
39. A judge, other than a temporary judge, may not practice law during his term of office.[241]
40. A judge should refrain from business activities, except his personal investments, or ownership of property.[242]
41. A judge should always behave in such a manner as to preserve the dignity of his office and the impartiality and independence of the Judiciary.[243]
42. Judges may be organized in associations designed for judges, for furthering their rights and interests as judges.
43. Judges may take collective action to protect their judicial independence and to uphold their position."[244]

Om saam te vat: Die onafhanklikheid van die regbank is van kardinale belang en die maatreëls om dit te verseker veronderstel ook dat daar kontrole oor die regbank bestaan. Van die kontrolemeganismes wat algemeen gebruik word om te verseker dat regters onbevooroordeeld en onafhanklik optree,[245] is byvoorbeeld:

---

238 Klousule 2.26 van die "Universal Declaration" lees: "Judges may not serve in an executive capacity unless it is clear that these functions are combined, without compromising judicial independence" – Anoniem "Universal Declaration" 453.

239 'n Soortgelyke bepaling word gevind is klousule 2.27 van die "Universal Declaration"– sien Anoniem "Universal Declaration" 453.

240 Die bepaling in die "Universal Declaration" lees: "Judges shall not be active members of , or hold positions in, political parties. [Explanatory Note: This text is not intended to permit membership of judges in political parties in countries where under law or practice such is excluded, but to lay down standards limiting the scope of judicial involvement in countries where such membership is permissible.]" – Anoniem "Universal Declaration" 453.

241 Dit stem ooreen met klousule 2.29 in Anoniem "Universal Declaration" 453. Die hoofrede vir hierdie bepaling is waarskynlik om belangekonflik te vermy in 'n situasie waar een persoon die een week as praktisyn optree en die volgende paar weke as regsprekende beampte optree en dan weer skielik as praktisyn optree. Daar word duidelik neergelê dat in sulke omstandighede behoorlike veiligheidskleppe in werking gestel moet word om onafhanklikheid en onpartydigheid te versker en 'n belangekonflik te vermy.

242 'n Soortgelyke bepaling word aangetref in klousule 2.30 Anoniem "Universal Declaration" 453.

243 Vergelyk met kousule 2.10 in Anoniem "Universal Declaration" 451.

244 Vergelyk ook klousule 2.09 in Anoniem "Universal Declaration" 451.

245 "Judicial Independence and Accountability" 404.

- geregtelike verrigtinge vind gewoonlik in die openbaar plaas;
- van regsprekende amptenare word verwag om redes vir hul beslissings te gee;
- hofbeslissings is onderhewig aan appèl of hersiening;
- hofbeslissings is onderhewig aan kritiek byvoorbeeld deur akademiese regsgeleerdes mits sodanige kritiek binne die perke bly wat deur die reg gestel word vir minagting van die hof ;
- geregtelike verrigtinge is normaalweg oop vir die media.
- van regters word verwag dat hulle hul buite-aktiwiteite sal beperk tot aktiwiteite wat nie die waardigheid van hul amp en onafhanklikheid van die regbank sal aantas nie;
- in gevalle waar regters byvoorbeeld 'n persoonlike belang het by 'n betrokke saak of verwant is aan een van die partye[246] word daar van regters verwag om gedurende die beregting van 'n saak hulself te rekuseer of daar kan aansoek gedoen word dat regters hulself rekuseer;[247]
- verantwoordelike uitoefening van die regterlike funksie kan afgedwing word deur ampsontheffing;
- die immuniteit van regsprekende amptenare teen siviele aksies na aanleiding van hul regspraak geld slegs indien daar te goeder trou opgetree is.

---

246 Indien 'n regter in bv die Konstitusionele Hof in Duitsland versuim om hom- of haarself vrywilliglik te verwyder wanneer sodanig versoek deur een van die partye gerig word, besluit die volle senaat (mede-regters) oor die aangeleentheid in die afwesigheid van die betrokke regter (die Wet op die Federale Konstitusionele Hof). Volgens Van der Westhuizen "Protection of Human Rights and a Constitutional Court for South Africa: Some Questions and Ideas, with reference to the German Experience (Part 1)" 1991 *De Jure* 1 21 is daar tot dusver twee regters uitgesluit nadat hulle onbesonne kommentaar in die openbaar gelewer het oor die meriete van 'n saak wat hangend was.

247 Ten einde te verseker dat regters onpartydig is tydens die verhoor van 'n saak en indien nie, gronde daar te stel vir die rekusering van so 'n regter, bepaal die *IBA* se minimumstandaarde soos volg:

"45. A judge shall not sit in a case where there is a reasonable suspicion of bias or potential bias.

46. A judge shall avoid any course of conduct which might give rise to an appearance of partiality." – Anoniem "IBA Minimum Standards" 388 ev wat ooreenstem met klousule 2.31 in Anoniem "Universal Declaration" 453.

2.10 DIE LEGITIMITEIT VAN DIE REGBANK[248]

Die alombekende stelling van Lord Hewart[249] oor die "...fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done..." verwoord die kerngedagte rondom die geloofwaardigheid van die strafprosesstelsel en die regbank wat beslissings maak: dit is nie alleen belangrik dat regverdige uitsprake gegee word nie, maar ook dat *gesien* word dat sodanige uitsprake gegee word.

Abadinsky[250] verduidelik die rede waarom die legitimiteit (of aansienstatus) van die regbank so belangrik is, soos volg:

> "It is important to recall here that the judiciary is the 'least dangerous branch,' having no powers of enforcement beyond that offered by the other branches of government. And the presedential effect of most court decisions can be nullified by subsequent legislation. Even decisions based on the Constitution can be nullified, albeit with great difficulty, by constitutional amendment. Thus, the judicial branch is dependent on a perception of legitimacy surrounding its decisions."

Abadinsky[251] gaan verder en voer aan dat die howe nie vry is om hul eie weergawe van sosiale reëls neer te lê nie, maar dat hulle aan bande gelê word deur vier basiese beginsels, naamlik:

- *Objektiwiteit*. Die howe verkry hul legitimiteit in 'n groot mate van 'n persepsie dat hulle strewe na objektiwiteit. Dit beteken dat regters onpartydig sal wees en geen bande sal hê met enige van die partye betrokke by 'n dispuut nie. Objektiwiteit behels ook dat die hof *ad hoc* geregtigheid vermy, met ander woorde, dat dispute

---

248 Die begrip *legitimiteit* wat hier gebruik word, verwys na die geloofwaardigheid en algemene aanvaarding wat die regbank en dié se beslissings in die oë van die breë bevolking geniet. Kruger "Die Beregting van Fundamentele Regte gedurende die Oorgangsbedeling" 1994 *THRHR* 398 401 vn 27 wys tereg daarop dat hierdie begrip met groot omsigtigheid gebruik moet word: "Die begrip 'legitimiteit' (of liewer die beweerde gebrek daaraan) word deesdae te gerieflik en te dikwels as 'n wapen tot verdagmakery gebruik. Wanneer 'n instansie na struktuur of personeel nie presies na die sin van 'n belangegroep of organisasie is nie, word dit as 'illegitiem' afgemaak. Dié begrip moet daarom met groot verantwoordelikheid, omsigtigheid en die hoogste moontlike mate van objektiwiteit aangewend word."

249 *R v Sussex Justices: Ex parte McCarthy* (1924) 1 KB 256.

250 *Law and Justice* 131. Sien in die algemeen Burton *An Introduction to Law and Legal Reasoning*.

251 *Law and Justice* 131-132.

opgelos word nie deur die toepassing van reëls wat spesifiek gerig is op die saak wat bereg word nie, maar ooreenkomstig universele reëls wat toegepas kan word op alle soortgelyke gevalle.

- *Ondersteuning.* Die universele reëls wat deur die hof toegepas word moet deur algemene gemeenskapsstandaarde of die besondere standaarde van die betrokke regstelsel ondersteun word.
- *Herhaling* (*Replicability*). Dit verseker dat die partye tot 'n dispuut weet hoe om voor te berei vir 'n saak, aangesien hulle kennis dra van die tipe bewys en argumente wat deur die howe vereis word om hulle in staat te stel om tot 'n beslissing te kan kom.
- *Reaksie* (*Responsiveness*). Die howe is verplig om te reageer nie op die burgery in die algemeen nie, maar op die regsprofessie. Alhoewel die howe nie verplig om dit na te volg nie, moet dit reageer op regsopinies en mondelinge vertoë, materiaal wat in regsoorsigte (*law reviews*) bespreek word, proefskrifte en monografieë, beslissings wat deur ander howe op dieselfde vlak en in dieselfde regstelsel gegee is, voordragte gelewer deur akademici en praktiserende regsgeleerdes by regsverenigings en ander professionele konferensies.

Hy kom tot die gevolgtrekking dat: "[t]o the extent that courts fail to adhere to these principles, they undermine a rational system of law and move in the direction of *kadi* justice; and they erode the legitimacy of the judicial decision".[252]

McGarvie[253] ('n regter van die *Supreme Court* van Victoria) wys daarop dat 'n demokratiese gemeenskap en sy regbank 'n gemeenskaplike en 'n onontbeerlike behoefte deel, naamlik dat die gemeenskap vertroue moet hê in die regbank. Hy verwys na Clark[254] wat aanvoer dat "confidence in its law is one of the basic requirements of a civilisation" en kom tot die gevolgtrekking dat "[a] civilisation will not have confidence in its laws unless the judges have the confidence of the community". Hy wys daarop dat hierdie standpunt soos volg verwoord is deur die *Appeal Division*

---

252 Abadinsky *Law and Justice* 132.

253 "Judicial Independence in a Modern Democracy" 4.

254 *Civilisation* 1969 4.

of the Supreme Court van Victoria:

> "Confidence in those who constitute its courts and tribunals is a basic necessity for a successful civilised democracy."

Byrne[255] is egter van mening dat die bestaan van 'n onafhanklike regsprekende gesag streng gesproke nie 'n *sine qua non* vir die menslike gemeenskap is nie. Dit het egter hierdie status gekry omdat dit in die oë van die gemeenskap beter in staat is om geskille te beredder as die uitvoerende of wetgewende gesag. Hy vra vervolgens die vraag waarom dié persepsie bestaan en bied die volgende antwoord aan:[256]

> "I believe it is because of the credibility of the judiciary in the eyes of the general public. Of the three branches of government, the judiciary is the only one which claims to make its decisions based on permanent objective standards divorced from democratic or majoritarian political processes. Opinions of courts are, at least in theory, based upon an objective analysis of the facts of each case, compared with existing law or constitutional mandates and expressed in a logical and well-reasoned statement supporting the judgement. The strength of the judiciary has been its ability to base decisions on this mystical combination of objectivity and permanence. While finding the law is no simple task, there remains this public acceptance that judges interpret a higher law which is fixed and certain and fair."

Om hierdie status in die gemeenskap se oë te behou, moet 'n regsisteem sy legitimiteit behou.[257] Die gemeenskap moet die regbank, met ander woorde, die regsprekende amptenare as onafhanklik en onpartydig[258] beleef:

---

255 "The Role of the Judiciary in the Modern Institutional State" 1981 *Seton Hall LJ* 653 655.

256 "Role of the Judiciary" 655; Labuschagne "Kontrolemeganismes" 349.

257 Labuschagne "Kontrolemeganismes" 349; Klug "The South African Judicial Order and the Future: A Comparative Analysis of the South African Judicial System and Judicial Transitions in Zimbabwe, Mozambique and Nicaragua" 1988 *Hastings International and Comparative LR* 173; Didcott "Salvaging the Law" 1988 *SAJHR* 355.

258 Shimba "The Status and Rights of Judges in Commonwealth Africa: Problems and Prospects" 1987 2 *Lesotho LJ* 13 35; Denning "The Independence and Impartiality of Judges" 1954 *SALJ* 355. Shetreet "Who Will Judge: Reflections on the Process and Standards of Judicial Selection" 1987 *Australian LJ* 766 774 wys daarop dat "[i]n the assurance of the freedom of the judge from any irrelevant controls, over or covert, two dimensions should be distinctly recognised. First, there is a significant social interest of attaining actual impartiality and neutrality of the judge. Second, but no less important, is the appearance of impartiality. The necessity of maintaning not only the actual but also the appearance of impartiality is mandated by the value of public confidence in the courts, the judges and the judicial process. From this emanates a theoretical approach, which requires the creation of an envelope of rules, which covers the judge and protects his substantive sphere of activity and shields his substantive freedom of influence from dependencies, associations or even less intensive involvements which might cast doubts on his

"Judges embody the law. If the law is august, majestic, mysterious, impersonal, objective, above party or ideology, and immune to fear of favor, our judges must be the same. On the bench we cloak them in black, raise them above litigants and lawyers, and equate them with the court itself. Off the bench, the judges are anonymous, and some critics would cloister them in social, economic and professional monastery, allowing them to talk only to other lawyers or perhaps only to other judges.

The legal profession has furthered this image of isolation to enhance the judicial office with dignity, to foster the moral authority and suasion of the law, and to protect judges from controversy or involvement off the bench which might pose a threat to these objectives. The idea that the myth of blind justice, the office not the person, or the disinterested judge renders judgment in a case lends legitimacy and credibility to the judiciary."[259]

McGarvie[260] stel dit reguit dat "[j]udges earn community confidence by deciding cases impartially and doing their judicial work carefully, fairly and well". Amerasinghe[261] wys daarop dat "[j]udicial independence is critical to the public's perception of impartiality". Hy kom tot die gevolgtrekking dat:

"The powers of the judiciary may be conferred upon it by the Constitution or by the legislature...yet it is public confidence in the judiciary that is the source of its strength".

Hoofregter Mahomed[262] wys daarop dat onafhanklike uitoefening van die regbank se gesag van kardinale belang is vir die legitimiteit van die gesag en voeg die volgende by as rede waarom legitimiteit nodig is:

"There is an inherent paradox about all this power. Unlike parliament or the executive, the court does not have the power of the purse or the army or the police to execute its will. The superior courts and the Constitutional Court do not have a single soldier. They would be impotent to protect the Constitution if the agencies of the state which control the mighty physical and financial resources of the state refused to command those resources to enforce the orders of the courts. The courts could be reduced to paper tigers with a ferocious capacity to roar and to snarl but no teeth to bite and no sinews to execute what may then become a piece

---

neutrality."

259 Tucker "The Judge's Role in Educating the Public about the Law" 1982 *Catholic University LR* 201 203.

260 "Judicial Independence in a Modern Democracy" 5.

261 "Judicial Independence" 77.

262 "The Role of the Judiciary" 112.

of sterile scholarship."

Hy kom tot die gevolgtrekking dat die regbank se

> "...ultimate power must therefore rest on the esteem in which the judiciary is held within the psyche and soul of a nation. That esteem must substantially depend on its independence and integrity".

Met ander woorde, ten spyte van die feit dat die regbank sy magte en bevoegdhede verkry van die Grondwet en die wetgewer, is dit openbare vertroue in die regbank wat die bron van hierdie instelling se krag is.[263] Openbare vertroue in die onafhanklikheid van die regbank verhoog die legitimiteit van die regbank in die oë van die gemeenskap, wat weer noodsaaklik is vir nakoming en eerbiediging van die howe se beslissings deur die gemeenskap.[264] Alhoewel regsprekende amptenare by die maak van regterlike beslissings nie direk gebonde is aan openbare mening nie,[265] "the judiciary draws a moral authority from the confidence in it which is produced in the community by respect for the importance of its function and the way it performs it".[266] Die regsprekende amptenare het dus 'n besondere belang daarby dat hul reputasie vir onafhanklikheid en integriteit verseker en gekoester word.[267]

Labuschagne[268] wys daarop dat drie faktore van belang is sover dit die gemeenskap se persepsie van die regsprekende gesag betref:

(a) Die eienskappe wat die regbank moet reflekteer – daar word dikwels beweer dat die regbank verteenwoordigend moet wees van al die rasse, klasse,

---

263 Amerasinghe "Judicial Independence" 76.

264 Amerasinghe "Judicial Independence" 76-77; Mahomed "The Role of the Judiciary" 112; McGarvie "Judicial Independence in a Modern Democracy" 4.

265 "In making judicial decisions, judges, quite properly, are not directly responsive to public opinion." – McGarvie "Judicial Independence in a Modern Democracy" 5.

266 "When a court makes a decision against the powerful executive, the executive complies through a respect for the law and also from a knowledge that it would otherwise incur serious community disapproval." – McGarvie "Foundations of Judicial Independence" 5.

267 Mahomed "The Role of the Judiciary" 112.

268 "Kontrolemeganismes" 350.

geslagte, geloofsoortuigings en geografiese gebiede binne 'n staatsbestel;[269]

(b) Lojaliteit teenoor die grondbeginsels van die reg – in die lig van die moderne liberale staatsfilosofie behoort die regbank ingestel te wees op die beskerming van menslike vryheid, waardigheid en individualiteit.[270] Wacks[271] is van mening dat regters (as laaste uitweg) eerder moet bedank as om regsnorme toe te pas wat gebaseer is op 'n stelsel wat elementêr-fundamentele regte skend. Politieke of kosmetiese aanstellings met die oogmerk om 'n sekere dogma of beleid te bevorder, is derhalwe in beginsel onaanvaarbaar, omdat dit die status van die howe ondermyn.[272]

(c) Gevaar van openbare onkunde oor die regsprekende gesag – Gordon wys daarop dat die publiek minder kennis het van die regsprekende gesag as van enige ander vertakking van die staatsgesag en beveel aan dat meer aandag gegee word aan inligtingsessies aan volwassenes en kinders.[273]

Cardozo[274] noem 'n vierde faktor wat hier bygevoeg kan word, naamlik ongeregverdigde en persoonlike aanvalle op regters deur die media en politici:

> "Attacks on judges not only threaten to impair a judge's independence in deciding cases, but pose another very significant threat to our society. I speak here of the loss of public confidence in our decision makers. If the integrity of our judges is

---

269 Sien ook Gibbs "The State of the Judicature" 1985 *Law Institute Journal* 971; Shetreet "Judicial Selection" 776.

270 Cowling "Judges and the Protection of Human Rights in South Africa: Articulating the Inarticulate Premiss" 1987 *SAJHR* 177.

271 "Judges and Injustices" 266.

272 Labuschagne "Kontrolemeganismes" 35; Olivier "Aanstelling van Regsprekende Amptenare" 124; Marcus "Respect for the Courts: Myth and Reality" 1985 *SAJHR* 236.

273 "The Judicial Image: Is a Facelift Necessary?" 315; Cardozo "Address on Judicial Independence to the Association Reception in Honor of New York Supreme Court Judges" 1997 *Record of the Association of the Bar of the City of New York* 264 268: "We must in particular make a greater effort to educate the general public on the role of the courts, the function of bail, and why judicial independence is so important. Last year Judges Barry Cozier and Pauline Mullings and I spoke at Baruch College explaining the issues of judicial independence. At the end of a one hour discussion, as distinct from a ten second sound bite, I believe the students began to understand why it is important to have a free and independent judiciary. Judge Kaye has called on bar associations to try to forge further links with the schools to better educate students on the role of the courts. We must reach into the schools and communities and explain what a court does, and why we are at risk when judges are improperly attacked."

274 "Address on Judicial Independence" 265.

> subject to constant barrage in the media the public will question the legitimacy of those to whom we have delegated the task of deciding disputes. Chief Judge Judith Kaye recently warned: 'When name-calling and labels replace thoughtful comment, the public can't help but form a negative, distorted view of what courts do and the role they play in our system of government. This...undermines respect for the law. And the public's respect for law is – in the end – the cornerstone of a peaceful, orderly, and law-abiding society.' "

Cardozo voeg verder by:

> "Let me emphasize that in no way do I mean that judicial decisions cannot be criticized. But 'there is an important line between legitimate criticism of a decision and illegitimate attacks upon a judge. Criticism of a decision can illuminate issues and sometimes point the way toward better decisions. Attacks on a judge risk inhibition of all judges as they conscientiously endeavor to discharge their constitutional responsibilities.' "

Met ander woorde, die media en politici moet verantwoordelik gehou word indien hulle die grense van geregverdigde kritiek teen 'n hofbeslissing oorskry, en oorgaan na ongeregverdigde en persoonlike aanvalle op die regsprekende amptenare.[275] Die media moet verantwoordelik gehou word vir onbillike en onakkurate verslagdoening.[276] Dit is belangrik dat politieke leiers die finale uitspraak van die hoogste hof ten opsigte van die betrokke aangeleentheid aanvaar en die algemene publiek aanmoedig om dit

---

275 Cardozo "Address on Judicial Independence" 267: "But when the politicians and the press go beyond the bounds they must be held accountable. It is wrong, for example, for a politician, especially one who is an attorney, to say that a defendant should not have been released on bail, when the official knows perfectly well the law required that release on bail be permitted." Dan gaan hy voort met die volgende insiggewende verduideliking wat as stof tot nadenke tov die Suid-Afrikaanse posisie kan dien: "Let me note here that political officials who are lawyers remain bound by the Code of Professional Responsibility. A report of the Association's Committee on Government Ethics, which appeared as an opinion column in the August 1996 *National LJ*, pointed out that lawyers who are public officials nevertheless remain subject to professional discipline if they improperly and unfairly criticize judges."

276 Cardozo "Address on Judicial Independence" 267: "The media must also be called to account for unfair and inaccurate reporting. For example, in the Appellate Division school expulsion case a New York tabloid called the Appellate Division judges who rendered the decision 'mental patients' and 'judicial kooks'. The paper did not even bother to report that one of the principal issues in the case – whether a gun found on the student had been obtained improperly – had been decided in an earlier case which the City had not bothered to appeal. In a subsequent letter to the editor that the newspaper, to its credit, did print, the Chair of the Association's Council on Judicial Administration wrote: 'While journalists have an absolute right to disagree with judicial decisions, and to criticize their reasoning, they are not doing their job when they give an incomplete version of the facts, ignore the law, fail to note that the actions of the police, prosecutor and others may have led to those decisions and personally insult the judges involved.' "

ook te doen, ongeag hoe teleurgesteld in die beslissing die leier ook al mag wees.[277] Wanneer die howe besig is met die funksie van grondwetuitleg in ooreenstemming met die waardes en beginsels wat daarin vervat is, verwys sommige daarna as 'n *standard setting exercise* wat in effek beteken dat die regbank vooruit moet loop om die regsorde en die gemeenskap na die ideale waardes te lei.[278] Hierdie taak van die hof is 'n tweesnydende swaard, sover dit die legitimiteit van die regbank betref: indien die hof te vinnig vooruit beweeg en die gemeenskap so-te-sê *agterlaat*, kan die gemeenskap vertroue in die regbank verloor – aan die ander kant, kom die regbank te staan voor die *druk-van-onder*-sindroom en word daar van die regbank verwag om te voldoen aan veranderende eise en omstandighede.[279] Die hof moet dus gevoelig wees vir die openbare mening van die gemeenskap. Die probleem wat ontstaan is om te bepaal op watter stadium *gevoeligheid* verander in *beïnvloeding*.[280]

Carpenter[281] wys daarop dat die begrip legitimiteit op twee bene staan: ten eerste moet daar voldoen word aan formele legaliteit of geldigheid en tweedens, moet daar voldoen word aan die aspek van *moral authority*:

> "As a constitutional concept, therefore legitimacy requires both formal legality or validity and moral authority. The latter presupposes both the normative acceptability of the constitutional order and the actual acceptance of the order by those who are subject to it. To be legitimate, a constitutional dispensation must measure up to objectively determined principles (those of the rule of law, democracy, the *Rechtsstaat*); it must also be perceived by the people to conform to such principles."

Carpenter wys egter daarop dat legitimiteit 'n sterk subjektiewe komponent het en dat

---

277 Toe die Konstitusionele Hof belangrike wetgewing, wat van kritieke belang was vir die Suid-Afrikaanse President Nelson Mandela se regering en ten opsigte waarvan die regering sterk ten gunste was, as ongrondwetlik verklaar het, het President Mandela aangekondig: "The court has spoken and its decision must be implemented, no matter how we may disagree with it." – Bright "Political Attacks on the Judiciary" 1997 *Judicature* 165 173.

278 Villa-Vicencio beskryf dit as 'n "positive incentive which draws society forward to greater possibilities" – "Whither South Africa?: Constitutionalism and Law-making" 1991 40 *Emory LJ* 141 142.

279 Sien in die algemeen Eskridge *Dynamic Statutory Interpretation*.

280 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg: Vergestalting van die Materiële Regstaat* 275.

281 "Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy" 110.

openbare persepsies en menings ongetwyfeld 'n rol speel. Die vraag wat ontstaan, is watter ander aspekte moet in ag geneem word by beoordeling van die aspek van legitimiteit.[282] Die rol wat openbare mening behoort te speel het pertinent ter sprake gekom in *S v Makwanyane*[283] toe die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof moes besluit of die doodstraf in stryd is met die bepalings van die Interimgrondwet.[284] Een van die argumente wat geopper is ten gunste van die behoud van die doodstraf, was dat die openbare mening ten gunste daarvan was.[285] Verskeie van die regters het sterk opinies oor die onderwerp gehad – hulle het egter almal beklemtoon dat hulle taak was om die Grondwet te interpreteer en derhalwe om te bepaal of die doodstraf toelaatbaar is ingevolge die Grondwet self. Volgens Regter Kriegler[286] is die vraag nie of die regters self ten gunste van of teen die doodstraf is nie, ook nie of die openbare mening of die parlement dit steun nie, maar wat die Grondwet daaroor sê. Die metodes wat gebruik word om hierdie vraag te beantwoord is in essensie regsmetodes (*legal methods*), nie morele of filosofiese metodes nie. Dit beteken nie dat die reg in 'n morele of etiese vakuum funksioneer nie; daar is nog altyd van die howe verwag om waarde-beslissings (*value judgments*) te maak, maar die begin-punt, die raamwerk en die uiteinde van die oefening moet vanuit 'n regsoogpunt geskied. Regter Madala het saamgestem en het dit pertinent gestel dat die funksie van die Konstitusionele Hof is om die Grondwet te interpreteer in ooreenstemming met die beginsels in die Grondwet, en *nie* om die openbare mening rakende konstitusionele aangeleenthede vas te stel nie.[287]

---

282 "Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy" 111: "It is clear that legitimacy has a strong subjective component, and that public perceptions (and consequently public opinion as well) cannot but play a part. The question is, however, whether a judiciary operating within a system that is generally regarded as legitimate, will automatically also be seen to be legitimate, or whether there are other factors that may affect this issue."

283 1995 6 BCLR 665 (KH).

284 Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1993.

285 'n Soortgelyke argument is ook geopper is *S v Williams* 1995 7 BCLR 861 (KH) met betrekking tot die grondwetlikheid van lyfstraf vir jeugdiges wat deur die hof gemagtig word.

286 Op 747G.

287 Regter Mahomed het beklemtoon dat daar 'n verskil is tussen 'n politieke keuse deur 'n wetgewende orgaan en 'n beslissing deur 'n regsprekende orgaan. In die geval van eersgenoemde speel politieke voorkeure en openbare mening 'n belangrike, soms

Regter Mokgoro het dit duidelik gestel dat die grondwetlikheid van die doodstraf ter sprake is en dat dit nie 'n debat is oor die wenslikheid daarvan nie.[288] Feitlik al die regters het na die openbare mening verwys, en almal het saamgestem dat sou die hof deur die openbare mening gelei word, dit maar net 'n terugkeer na parlementêre soewereiniteit in 'n ander vorm sou wees.

Hier kom egter 'n teenstrydigheid na vore: aan die een kant weerspieël die Grondwet die waardes en aspirasies van die gemeenskap – 'n grondwet is tog immers die *mirror reflecting the national soul*,[289] maar aan die ander kant beslis die Konstitusionele Hof dat die openbare mening nie 'n rol by Grondwetuitleg behoort te speel nie. Tog moet die regbank nie net bewus wees van gemeenskapswaardes nie, maar daardie waardes moet ook verwoord en gehandhaaf word. Met ander woorde, die openbare mening kan nie eenvoudig deur die howe tydens 'n waarde-aktiverende grondwetuitleg geïgnoreer word nie, want fundamentele waardes het op die mense se regte en aspirasies betrekking[290] Zlotnick[291] voer aan dat die openbare mening wel deur die howe in ag geneem kan word by grondwetuitleg, mits dit met internasionaal-aanvaarde waardes en norme ooreenstem.[292]

---

deurslaggewende rol. In geval van laasgenoemde, naamlik waar die regsproses van toepassing is, moet die hof die volgende in ag neem:
"...the relevant provisions of the Constitution, both text and context; the interplay between the various provisions; legal precedent both in South Africa and abroad; domestic common law and public international law relating to the problem; factual and historical considerations having a bearing on the issue; the significance and meaning of the language used in the provisions being considered; the content and sweep of the ethos expressed in the Constitution; and the balance that needs to be struck between different and potentially conflicting interests and considerations reflected in the text. After a judicious interpretation and assessment of all these factors, the court must determine what the Constitution permits and what it prohibits." – Op 759F-I.

288 Par 305.

289 WnR Mahomed in *S v Acheson* 1991 2 SA 805 (NmHC) 813B.

290 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg: Vergestalting van die Materiële Regstaat* 275.

291 "The Death Penalty and Public Opinion: *S v Makwanyane*" 1996 *SAJHR* 70 75.

292 Hierdie standpunt is in beginsel in ooreenstemming met dié uitgespreek in *Ex Parte Attorney-General, Namibia: In re Corporal Punishment by Organs of the State* 1991 3 SA 76 (NmHC) 86J deur WmR AR Mahomed dat die "...emerging consensus of values in the civilised international community..." in ag geneem moet word.

Braithwaite[293] is van mening dat 'n onderskeid gemaak moet word aan die een kant tussen die opvattings van 'n gemeenskap (*community attitudes*), wat bloot neerkom op wisselende opinies oor bepaalde aangeleenthede wat dikwels oorheers word deur media-stereotipes en wat gewoonlik van verbygaande aard is, en aan die ander kant, gemeenskapswaardes (*community values*,) wat omskryf word as standaarde wat bepaalde situasies transendeer, wat meer permanent van aard is en daarom op uiteindelike oogmerke en doelstellings gemik is. Ingevolge hierdie onderskeid is die openbare mening dus eerder 'n weerspieëling van gemeenskapsopvattings as gemeenskapswaardes. Carpenter[294] is van mening dat hierdie verduideliking inpas by die Konstitusionele Hof se hantering van die *Makwanyane*-saak:

> "This would fit perfectly with what the Constitutional Court purported to do in *Makwanyane*. It would also seem to provide an answer to the difficulties by an originalist approach to constitutional interpretation: courts may deviate from older judgements which reflect obsolete attitudes, because the underlying values which have remained constant, require that judicial decisions be brought in line with contemporary manifestations of these values."

Carpenter[295] kom tot die gevolgtrekking dat:

> "...while courts cannot base their decisions on public opinion (whether accurate evidence of this can be obtained or not), public opinion is nevertheless not irrelevant to judicial legitimacy because '[t]he authority of the law rests on public confidence'. The interaction between and influence of matters such as public opinion and public confidence, values and attitudes, legal traditions and methods, representativeness and equality, democracy and transparancy, constitutional doctrines (such as the rule of law and separation of powers) and political realities, cannot but have an impact on judicial decision-making. It is not that adjudication has suddenly become more complex since the introduction of a supreme Constitution; merely that the complexity has at long last been recognised."

Die legitimiteit van die regsprekende gesag sal volgens Shetreet[296] gemeet word aan sekere onderliggende fundamentele waardes. Hierdie waardes sluit in:

---

293 "Community Values and Australian Jurisprudence" 1995 *Sydney LR* 351 352-353.

294 "Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy" 116.

295 "Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy" 122.

296 "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 592.

"...the value of the quality of adjudication and fairness of the judicial process, the value of efficiency of the court system and judicial proceedings, the value of accessibility of the justice system and the value of maintaining public confidence in the courts and the judiciary."

Die rede waarom dit by 'n ondersoek na die onafhanklikheid van die regbank nodig is om te kyk na die aspek van legitimiteit van die regbank, is omdat dit (of liewer die sogenaamde gebrek daaraan) een van die punte van kritiek is wat teen die Suid-Afrikaanse regbank geopper word.[297] Die gevolgtrekking waartoe gekom word is dat:

- hierdie punt van kritiek in perspektief gesien moet word – dit is 'n algemene verskynsel, want wêreldwyd is daar 'n besorgdheid oor die rol wat openbare mening moet speel by die maak van beslissings;[298]
- in die lig van die uitspraak in *Makwanyane*[299] is dit duidelik dat die howe nie deur die openbare mening van die gemeenskap beïnvloed moet word nie – openbare opvattings oor die regsorde word oor die algemeen nie op juridiese beredenerings gebaseer nie, maar op gevolge en resultate van regsprosesse. Hier kom egter 'n teenstrydigheid na vore: aan die een kant weerspieël die Grondwet die waardes en aspirasies van die gemeenskap, maar aan die ander kant behoort die openbare mening nie 'n rol by grondwetuitleg te speel nie – tog word van die regbank verwag om nie net bewus te wees van gemeenskapswaardes nie, maar ook om daardie

---

297 Carpenter "Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy" 113 verduidelik: "It has further been averred that South African judges, being predominantly white, male, middle-aged to elderly and middle-class are insufficiently representative of South African society as a whole. This means they are out of touch with the realities of the community they serve, which detracts from their credibility".

298 Carpenter "Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy" 113 : "That this is a common phenomenon in the rest of the world as well, is reflected in the fact that concern about the proper role of public opinion in informing judicial decisions is not confined to South Africa. Nor is this concern a feature which is peculiar either to systems of legislative supremacy or to systems of constitutional supremacy." In 'n toespraak oor 'n soortgelyke probleem in New York wys Cardozo daarop: "Over the last 15 months another crisis has confronted the judiciary in this State. The issue is not corruption on the bench. Instead, the crisis today is that the public is calling for removal of judges, or impugning their integrity, because of disagreement with court decisions." Dan verklaar hy verder: "Judicial independence is not a complicated concept. Simply put, judicial independence is the principle that a judge must be free to decide individual cases according to his or her view of the facts and the law, not the perceived public opinion about the case." – "Address on Judicial Independence" 264-265.

299 1995 3 SA 391 (CC).

waardes te verwoord en te handhaaf;

- met verwysing na Braithwaite[300] se onderskeid tussen gemeenskapswaardes en gemeenskapsopvattings, kan openbare mening geklassifiseer word as 'n weerspieëling van gemeenskapsopvattings, wat neerkom op wisselende opinies oor bepaalde aangeleenthede;
- alhoewel openbare mening nie 'n deurslaggewende rol behoort te speel by die maak van regterlike beslissings nie, kan dit ook nie heeltemal geïgnoreer word nie, want openbare persepsie kan die legitimiteit van 'n regstelsel beïnvloed en 'n openbare persepsie dat die regbank oneffektief is kan daartoe lei dat die burgery die reg in eie hande kan neem;[301]
- wanneer die howe 'n beslissing moet maak ten opsigte van 'n saak behoort dit vanuit 'n regsoogpunt benader te word: Die Grondwet en die beginsels daarin vervat is van primêre belang en eers daarna kom 'n wisselwerking ter sprake tussen aspekte soos die openbare mening en openbare vertroue, waardes en opvattings, verteenwoordiging en gelykheid, demokrasie en deursigtigheid, benaderings en politieke realiteite;
- die legitimiteit van die regsprekende gesag sal gemeet word aan fundamentele waardes soos die kwaliteit van die regspraak en die billikheid van die regsproses, die effektiwiteit van die hofstelsel en geregtelike verrigtinge, die toeganklikheid van die howe en die behoud van openbare vertroue in die howe;[302]

---

300 "Community Values and Australian Jurisprudence" 351.

301 Carpenter "Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy" 113 : "...courts should not be swayed by public opinion, which is not only fickle and changeable, but may even be irrational. But it is equally certain that public perceptions may affect the legitimacy of a legal system, and public perceptions are formed to a large extent by outcomes rather than by argument based on process. A judicial system that is perceived as ineffectual could result in members of the public taking the law into their own hands, as the court pointed out (and has already happened in some communities in South Africa)."

302 Carpenter " Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy" 122 wys daarop dat "the authority of the law rests on public confidence". Daar word aan die hand gedoen dat waar die Minister van Justisie sy politieke belang bo sy pligte as minister van die regsprekende gesag stel, dit nadelig is vir die persepsie van die regbank as 'n onafhanklike instelling. Sien Anoniem "Dullah Omar, Witness for the Accused" *Sunday Times* (23 Maart 1997) 20 ten opsigte van die geval toe Minister Dullah Omar (wat op daardie stadium Minister van Justisie was), sy politieke belang as leier van die ANC in die Wes-Kaap gestel het voor sy pligte as Minister van Justisie en sy steun openlik bevestig het aan Dr Allan Boesak, wat verhoorafwagtend was ten opsigte van aanklagte van diefstal en bedrog. In die redakteur se kommentaar word daarop gewys dat "[i]f Boesak is acquitted it will be widely assumed that it was because of political pressure. Already the attorney

- daar behoort meer aandag gegee te word aan inligtingsessies aan volwassenes en kinders om hulle in te lig aangaande die rol van die regbank, hoe dit funksioneer en die belangrikheid van onafhanklikheid van die regbank;
- alhoewel die media en politici hofbeslissings mag kritiseer, behoort sodanige kritiek beperk te word tot geregverdigde kritiek ten opsigte van die beslissings self en behoort dit nie oor te gaan na persoonlike aanvalle teenoor die regsprekende amptenare nie – dit is ook belangrik dat politieke leiers 'n finale hofbeslissing aanvaar en deur hul voorbeeld die publiek, en veral hul politieke volgelinge, aanmoedig om dit ook te doen.

2.11 TUSSENTYDSE GEVOLGTREKKINGS EN WAARDESKATTING

Die onderskeie leerstukke en beginsels wat in die voorafgaande gedeelte bespreek is, het betrekking op die onafhanklikheid van die regbank, die doel van die regbank om geregtigheid te bewerkstellig en onderdaan-staatsgesagproblematiek. Alhoewel daar dikwels meningsverskil is ten opsigte van die inhoud van sommige van hierdie begrippe en die toepassing daarvan in die regstelsels van verskeie lande nie identies mag wees nie, dui die interaksie van hierdie beginsels op die wyse waarop geregtigheid behoort te geskied by beregting van 'n strafsaak sodat die eindresultaat nie alleen 'n regverdige billike uitspraak is nie, maar dat die wyse waarop dit bereik is neerkom op 'n billike verhoorprosedure. Dit is derhalwe die rede vir insluiting van hierdie bepaalde begrippe by hierdie navorsingstuk en die wisselwerking tussen hierdie leerstukke en beginsels word kortliks hieronder aangedui.

---

general has been obliged to warn potential witnesses not to be impressed by the support the ruling party and its ministers have given the accused.

If Boesak is convicted, it will mean the minister of justice aligned himself with a man who was party to the theft of foreign aid money meant for the poorest of the poor. Either way, justice loses."

2.11.1 Die doel en funksie van die regbank

Die funksie en doel van die regbank is om geregtigheid (*justice*) te bewerkstellig.[303] Die strewe na geregtigheid berus op twee komponente, naamlik prosessuele geregtigheid (*justice which is procedurally fair and seen to be fair in its execution*) en substantiewe geregtigheid (*justice which is subtantially fair in its impact on those affected by its operation*).[304] Geregtigheid in hierdie konteks verwys dus nie alleen na die gee van 'n regverdige, billike uitspraak in 'n gegewe feitestel[305] nie, maar ook na 'n billike verhoorprosedure.

2.11.2 Interaksie tussen die vereistes vir prosessuele en materiële geregtigheid

Daar is verskeie leerstukke en beginsels wat ter sprake kom by die bepaling van prosessuele geregtigheid, byvoorbeeld die *rule of law*-leerstuk, die legaliteitsbeginsel, prosesregtelike modelle, bepalings van die Grondwet en handves van menseregte ten opsigte van prosessuele vereistes.

- ***Rule of law***[306]

Artikel 1 van die Grondwet van 1996 bepaal dat een van die waardes waarop die

---

303 Sien in die algemeen Shetreet *The Role of Courts in Society;* Steyn "Oor die Taak van Regbank en Regsfakulteit" 101; Johnson "Civilization, Integrity, and Justice: Some Observations on the Function of the Judiciary" 1989 *Southwestern LJ* 645.

304 Mahomed "The Role of the Judiciary" 115.

305 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" in Shetreet en Deschênes (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 597-598 omskryf die doel en funksie van die regbank soos volg: "The judiciary could be defined as the organ of government not forming part of the executive or the legislature, which is not subject to personal, substantive and collective controls, and which performs the primary function of adjudication. The function of adjudication can be exercised by direct resolution of disputes, between private parties, between state organs, or between a private party and a state organ."

306 Ten opsigte van die vraag waarom dit nodig is dat *rule of law* omskryf word, gee Walker *The rule of Law* 8 as antwoord dat dit eerstens nodig is om aan te dui dat dit 'n "genuine and living juristic principle" en tweedens kan dit gesien word as 'n tipe ideaal waarteen 'n regstelsel gemeet kan word.

Republiek van Suid-Afrika gegrond is, die "[s]upremacy of the constitution and the rule of law" is. Die *rule of law* word normaalweg as 'n versamelnaam gebruik vir die leerstukke en beginsels[307] oor die prosedure wat owerheidsorgane behoort te volg wanneer hulle regte van die individu beperk.

Alhoewel daar nie eenstemmigheid is oor die presiese inhoud van hierdie leerstuk nie, kom dit in wese daarop neer dat owerheidsoptrede teenoor die onderdaan moet geskied ingevolge algemene en duidelike reëls wat vooraf kenbaar gemaak is en op onkreukbare wyse deur onafhanklike en toeganklike howe ooreenkomstig billike verhoorprosedures toegepas word.[308] Dit blyk egter dat hierdie omskrywing van *rule of law* gerig is op prosessuele geregtigheid. In die lig van die feit dat die doel van die regbank is om, nie alleen prosessuele geregtigheid te laat geskied nie, maar ook materiële geregtigheid is Dicey se omskrywing van die *rule of law* wat voorsiening maak vir insluiting van die klassieke vryheidsregte 'n meer sinvolle benadering.[309]

Die *rule of law*-leerstuk toon egter ooreenkomste met die beginsel van legaliteit van sy formele kant benader. Die basiese elemente van legaliteit (voorafbepaalde, duidelik en algemene norme aangewend deur onafhanklike howe wat billike prosedurereëls toepas) lê opgesluit in *rule of law*. Die *rule of law*-leerstuk dui egter verder daarop dat basiese gewaarborgde vryhede alleen beperk moet word ooreenkomstig spesifieke reëls wat deur onafhanklike howe ooreenkomstig 'n billike proses toegepas word.[310]

- **Legaliteitsbeginsel**

Die strafprosesregtelike legaliteitsbeginsel dui vanaf sy formele kant benader op

---

307 Leerstukke en beginsels wat hier ter sprake kom is onder andere legaliteit, die leerstuk van skeiding van magte, *due process of law* en die begrip menseregte.

308 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 16.

309 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 25; Walker *The Rule of Law* 23.

310 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 544.

wetmatigheid – met ander woorde, die vereiste van regsgereëlde owerheidsoptrede teenoor die regsonderdaan (anders gestel: owerheidsoptrede moet voldoen aan voorafbepaalde en vasstaande regsvoorskrifte).[311] Hierdie beginsel word algemeen as grondslag van legaliteit aanvaar.[312] Joubert wys daarop dat die legaliteitsbeginsel in die strafprosesreg in sy omvattende vorm nie alleen verwys na voldoening aan voorafbepaalde en vasstaande regsvoorskrifte nie (met ander woorde, soos hierbo aangedui nie), maar dat die essensie daarvan is: aandrang op *regverdigheid* van die reëls wat die strafproses beheers[313] – met ander woorde, 'n soeke na *geregtigheid*.[314] Bykomend hiertoe omsluit dit ook

- *proposionaliteit of belange-afweging*[315]– hierdie beginsel word ook vervat in artikel 36 van die Grondwet van 1996, maar beperking van fundamentele regte mag slegs geskied op die voorwaardes gestel in artikel 36;[316]
- *regterlike toesighouding en toetsing* – die Konstitusionele Hof het byvoorbeeld die bevoegdheid om optrede van owerheidsorgane aan die Grondwet te toets en indien dit strydig is daarmee, ongrondwetlik te verklaar (by uitleg van die Grondwet speel regterlike aktivisme en 'n waarde-geöriënteerde benadering ook 'n rol);
- *die regte van die individu teenoor die owerheid, die sogenaamde 'prosessuele*

---

311 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 399 verwys hiema as strafprosesregtelike legaliteit in sy engere vorm.

312 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 548.

313 *Legaliteitsbeginsel* 547.

314 *Legaliteitsbeginsel* 548.

315 Die beginsel van proporsionaliteit behels gewoonlik dat die regte van die individu nie meer beperk mag word as wat noodsaaklik is onder die omstandighede nie. Sien Joubert *Legaliteitsbeginsel* 448-452 en die gesag daar aangehaal.

316 A 36 van die Grondwet van 1996 bepaal dat fundamentele regte slegs beperk kan word kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore, met inbegrip van –
(a) die aard van die reg;
(b) die belangrikheid van die doel van die beperking;
(c) die aard en omvang van die beperking;
(d) die verband tussen die beperking en die doel daarvan; en
(e) 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik.

menseregte' – Hierdie regte word vervat in hoofstuk 2 van die Grondwet van 1996 (die handves van menseregte).

Die omvattende legaliteitsbeginsel in die strafprosesreg is derhalwe grootliks aangewese op die waardes onderliggend aan die reëls van die strafproses – met ander woorde, dit is *waarde-geöriënteerd.*[317] Sedert die inwerkingtreding van die Grondwet van 1996 het die howe die moeilike taak om bestaande en bekende reëls van die strafprosesreg by die waardes vermeld in die Grondwet in te pas, en omgekeerd. Volgens die bewoording in artikel 39, moet die bepalings van die handves van menseregte uitgelê word op so 'n mate dat dit die waardes bevorder wat 'n oop en demokratiese samelewing wat op menslike waardigheid, vryheid en gelykheid gebaseer is ten grondslag lê. Vanweë die omvattende aard van die strafprosesregtelike legaliteitsbeginsel, kan die aspek van *billikheid* nog hier bygevoeg kan word.[318]

- **Verskillende prosesregtelike modelle**

Verder is daar die prosessuele *due process*-model[319] wat die voldoening aan sekere formaliteite, tegniese punte en burgerlike regte as onontbeerlike voorvereistes tot die verhoor stel. Die waarborge inherent aan die *due process*-model sluit die volgende in: skuldigbevinding in 'n strafsaak geskied *bo redelike twyfel*, die beskuldigde se reg om stil te bly, die beskuldigde se reg op regsverteenwoordiging, die reg op borgtog, die reg op *audi alteram partem* en 'n vinnige, openbare verhoor en die waarborg dat 'n persoon nie twee keer vir dieselfde misdaad aangekla en skuldig bevind kan word nie.

---

317 *Legaliteitsbeginsel* 549.

318 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 549. A 39 van die Grondwet van 1996 bepaal dat die hof by uitleg van die Handves van menseregte "die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê" as vertrekpunt moet gebruik." Aangesien nie een van hierdie waardes dieselfde betekenis dra as *billikheid* nie, is Joubert se voorstel tov die invoeging van *billikheid* in die bewoording van die Grondwet myns insiens nog steeds geldig.

319 Sien afd 2.6.

Soos aangedui in die voorafgaande bespreking[320] word die *due process*-waarborge meestal alreeds in die bepalings van die Grondwet van 1996 vervat.

Alhoewel die omstandighede en instellings verskil van land tot land, is dit tog moontlik om ten spyte van verskille op 'n hoër vlak ooreenkomste te vind – veral as 'n mens fokus nie soseer op die instelling nie, maar op die doel wat dit veronderstel is om te dien.[321] Waar die kontinentale stelsels gebruik maak van die inkwisitoriese benadering tot die verhoor van persone in 'n strafsaak, gebruik die regstelsels van die *common law*-lande die akkusatoriese benadering wat neerkom op 'n tipe tweegeveg ooreenkomstig bepaalde reëls met die oog op versekering van billikheid eerder as vasstelling van die waarheid as sulks. Die benaderings is verskillend, maar die doel in elke geval is 'n verhoor wat billik is teenoor die beskuldigde en billik teenoor die gemeenskap wat hulself teen misdaad wil beskerm. Dit beteken nie dat al die benaderings wat in al die verskillende lande gevolg word ten einde *rule of law* te handhaaf noodwendig effektief is nie – dit is egter 'n aanduiding dat die billike verhoor van strafsake 'n instelling is wat gemeenskaplik is aan baie lande waar die *rule of law* heers.[322]

- **Die onafhanklikheid van die regbank**

Die vereiste dat die regbank onafhanklik en onpartydig moet optree, is nie alleen vervat in die voorskrifte van die Grondwet[323] nie, maar is ook een van die vereistes wat algemeen ingesluit word by die *rule of law*-leerstuk. Die persoonlike en saaklike onafhanklikheid van die regbank word universeel erken deur die reg en deur regskrywers.[324] By eersgenoemde kom aspekte soos diensvoorwaardes, vergoeding

320 Sien afd 2.6.1.

321 Walker *The Rule of Law* 10.

322 Walker *The Rule of Law* 11.

323 Sien a 165(2)-(3) van die Grondwet van 1996.

324 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 599.

en ampsduur ter sprake en die vraag is tot welke mate enige van hierdie aspekte aangewend kan word deur die owerheid om regterlike amptenare te dwing om beslissings te maak in die guns van die owerheid. By laasgenoemde kom regterlike diskresie en regterlike aktivisme, sowel as die beheer oor die prosedure en administratiewe funksies ter sprake. Ook hier is die vraag of eksterne faktore van so 'n aard is dat daar druk op regterlike amptenare uitgeoefen kan word om sake te beslis met die oog op 'n bepaalde uitslag.

Die onafhanklikheid van die regbank kom ter sprake by beide prosessuele geregtigheid as materiële geregtigheid. Daar word nie alleen gevra of die regbank die saak onpartydig (*impartially*)[325] benader het nie, maar of die regbank onafhanklik en vry is van enige druk wat deur die uitvoerende of wetgewende gesag op die regbank uitgeoefen kan word. Met ander woorde, was die verhoorverrigtinge billik deurdat die regbank die saak op 'n onpartydige en onbevooroordeelde wyse bereg het (prosessuele geregtigheid) en was die uiteindelike beslissing billik (materiële geregtigheid). Dit is juis hier waar die leerstuk van skeiding van magte ter sprake kom.

- **Die leerstuk van skeiding van magte**

Die leerstuk van skeiding van magte[326] ingevolge waarvan die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag onafhanklik moet funksioneer, word bevestig in die Grondwet van 1996.[327] Daar bestaan egter 'n groot mate van interafhanklikheid[328] – hierdie interafhanklikheid spruit voort uit die opvatting dat dit inherent aan die skeiding van magte is dat die drie vertakkinge mekaar oor en weer moet kontroleer,

---

325 Onpartydigheid word gesien as 'n "state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case" gekoppel aan die tradisionele besorgdheid tov die "absence of bias, actual or perceived". Laue "Judicial Independence and Accountability" 96.

326 Sien afd 2.7.

327 A 43 van die Grondwet van 1996 saamgelees met a 85(1) en a 165(1).

328 Sien Rautenbach en Malherbe se bespreking van hierdie aspek in *Staatsreg* 73-74.

die sogenaamde stelsel van kruiskontroles.[329] Die beweegrede agter die leerstuk van skeiding van magte is om enige inmenging met die regbank in die uitoefening van die regterlike funksie deur die uitvoerende of wetgewende gesag te vermy. Hierdie onafhanklikheid van die regsprekende gesag word gesien as een van die elemente van *rule of law*[330] en dra by tot beide prosessuele as materiële geregtigheid.

- **Grondwet en handves van menseregte**

Artikel 1 van die Grondwet van 1996 bepaal dat een van die waardes waarop die Republiek van Suid-Afrika gegrond is, die "[s]upremacy of the constitution" is. In artikel 2 word dan verduidelik dat wette of gedrag wat strydig is met die Grondwet, ongrondwetlik is. Dit blyk uit bogenoemde uiteensetting dat baie van die beginsels en leerstukke wat ter sprake kom by die onafhanklikheid van die regbank, by prosessuele en materiële geregtigheid en die onderdaan-staatsgesagproblematiek ook in die Grondwet beliggaam is.

Die vereiste van 'n billike verhoor kom ter sprake in artikel 34 en artikel 35(4) van die Grondwet. Verder word daar bepaalde fundamentele regte gewaarborg in die Grondwet. Beperking van enige fundamentele regte kan slegs geskied ooreenkomstig artikel 36 en grondwetuitleg moet geskied ooreenkomstig aetikel 39. Die vereistes ten opsigte van die prosesregtelike aspekte van 'n *billike verhoor* verseker voldoening aan prosessuele geregtigheid. Die handves van menseregte en die feit dat daar by grondwetuitleg 'n waarde-aktiverende rol gespeel moet word dra by tot materiële geregtigheid.

---

329 *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 10 BCLR 1253 (KH) par 111. Daar word ook dikwels na hierdie stelsel van kruiskontroles verwys as die sogenaamde "checks and balances". Tov die aanvaarding van hierdie stelsel deur die *Supreme Court* van die VSA, sien *Ex parte Grossman* 267 US 119-120 (1925).

330 Walker *The Rule of Law* 30 ev.

- **Legitimiteit van die regbank**

Walker[331] toon in sy omskrywing van die *rule of law* insluiting van die volgende beginsel, naamlik algemene ooreenstemming van die reg met sosiale waardes:

> "There must be some mechanism for ensuring that the law is, and remains, reasonably in accordance with public opinion. Otherwise, there may be wide spread disrespect for the law and pressures for violent change may build up and find expression in arbitrary and lawless actions."

Laue[332] toon dit soos volg aan:

> "A supplement to such guarantees is the requirements that the court or tribunal be reasonably perceived by the reasonable and informed person as independent; for the reason that the goal of the guarantees is to ensure not only that justice is done, but that the public has confidence in the justice system."

Volgens Devlin,[333] 'n Engelse regter, moet 'n regbank onpartydig wees ten einde 'n onpartydige beslissing te kan gee, maar die persepsie van onpartydigheid is van kardinale belang:

> "[t]he social service which the judge renders to the community is the removal of a sense of injustice. To perform this service the essential quality which he needs is impartiality. I put impartiality before the appearance of it simply without the reality the appearance would not endure. In truth, within the context of service to the community the appearance is the more important of the two. The judge who gives the right judgement while appearing not to do so may be thrice blessed in heaven, but on earth he is of no use at all."

Die aspek van legitimiteit van die regbank word betrek by hierdie bespreking omdat dit betrekking het op die persepsie van die regbank in die oë van die algemene publiek. Dit is belangrik dat die howe as onafhanklik gesien word, omdat alleen dan is daar 'n algemene gevoel van nakoming van hofbevele van die regbank deur die publiek.[334]

---

331 *The Rule of Law* 27.

332 "Judicial Independence and Accountability" 96.

333 *The Judge* 1979 3.

334 Mahomed "The Role of the Judiciary" 112.

- **Kontrole oor die regbank**

Kontrole oor regterlike amptenare is die teenpool van regterlike onafhanklikheid. Sodanige kontrole word uitgeoefen deur byvoorbeeld die prosedure van appèl en hersiening, deur die vereiste dat regters redes moet gee vir hul beslissings, deur die rekuseringsprosedure. Die kontrole-meganismes kan verskillende vorms aanneem, maar "their nature and application must of necessity be in turn limited to the extent that they do not undermine judicial independence. It is exactly here that a point of tension exists between the two concepts".[335] Regterlike diskresie en bevoegdhede kan nie onbeperk uitgeoefen word nie. Dit word in toom gehou ingevolge die beginsel van regterlike kontrole, maar te veel regterlike kontrole kan weer lei tot 'n inbreukmaking op die onafhanklikheid van die regbank. Daar is dus 'n spanningsverhouding tussen hierdie twee begrippe.

---

335 Sien Laue "Judicial Independence and Accountability" 97 en die verdere voorbeelde daar aangehaal.

HOOFSTUK 3

DIE PERSOONLIKE ONAFHANKLIKHEID VAN DIE REGBANK

3.1 INLEIDING

Wanneer die onafhanklikheid van die regbank bespreek word, kom verskeie aspekte ter sprake. By die evaluering van die onafhanklikheid van die individuele regters, word onderskei tussen hul persoonlike onafhanklikheid en saaklike (of substantiewe) onafhanklikheid.[1] Regters behoort oor beide persoonlike sowel as saaklike onafhanklikheid te beskik ten einde voldoende ampsekuriteit te geniet sodat hulle in die uitvoering van hul regterlike funksies nie onderhewig is aan die uitvoerende gesag of enige ander onbehoorlike beïnvloeding nie. Die bespreking in hierdie hoofstuk sal gewy word aan die persoonlike onafhanklikheid van die regbank deur te verwys na onder andere die seleksie van regterlike amptenare, hulle ampsduur, hul diensvoorwaardes en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank. Tydens die bespreking sal telkens verwys word na die minimumstandaarde vir regterlike onafhanlikheid soos opgestel deur die *IBA*, asook die minimumstandaarde vervat in die dokument getiteld "Universal Declaration" wat opgestel is tydens 'n internasionale kongres in Montreal, Kanada.

Soos reeds verduidelik beteken persoonlike onafhanklikheid[2] van die regbank dat die bepalings en voorwaardes van regterlike diens voldoende sekuriteit bied om te verseker dat die individuele regters nie onderhewig is aan die uitvoerende gesag se beheer nie. Die persoonlike onafhanklikheid van die regbank kan teen die uitvoerende gesag beskerm word in gewone wetgewing en teen die wetgewende gesag in

---

1 Sien die bespreking van persoonlike en saaklike onafhanklikheid in afd 2.3.

2 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 237 bevestig hierdie omskrywing: "Die persoonlike onafhanklikheid van die howe beteken dat die aanstelling, ampsduur en diensvoorwaardes van die regsprekende beamptes nie willekeurig deur ander owerheidsorgane beheer word nie." Sien ook Laue "Independence of the Judiciary" 519; Mahomed "The Role of the Judiciary" 111 ev.

beregbare en verskanste grondwette.[3]

3.2 SELEKSIE EN AANSTELLING

Soos later ook uit die bespreking in hierdie proefskrif[4] sal blyk, is daar dikwels in dieselfde staat verskillende prosedures wat gevolg word vir die aanstelling van regsprekende amptenare van onderskeidelik die hoër en laer howe. Volgens Shetreet[5] is dit hoogs uitsonderlik dat die aanstelling van regters aan die howe self oorgelaat word. In sommige gevalle speel 'n liggaam wat spesiaal vir die doel saamgestel word (wat dikwels bekend staan as 'n regterlike dienskommissie) 'n belangrike rol, in dié opsig dat so 'n liggaam self die aanstellings doen,[6] of deurdat die aanstellings formeel deur die staatshoof gedoen word op aanbeveling van die besondere liggaam.[7] Daar is ook gevalle waar aanstellings gemaak word deur die staatshoof op aanbeveling van die Minister van Justisie,[8] of aanstelling deur die uitvoerende president onderworpe aan die goedkeuring deur die wetgewer.[9]

Ten opsigte van die seleksie van regsprekende amptenare bepaal die *IBA* se minimumstandaarde:[10]

> "3(a) Judicial appointments and promotions by the Executive are not inconsistent with judicial independence.
> (b) Except for countries where by long historic and democratic tradition judicial appointments operate satisfactorily, judicial participation in the process of judicial appointments and promotions, whether by judicial

---

3 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 237.

4 Sien hfst 4 tot 6 en hfst 8.

5 "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 624.

6 Sien die voorbeelde genoem deur Shetreet op 669 vn 133 in "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges".

7 Soos bv in Namibië die geval is – aa 82(1) en 85(1) van die Namibiese Grondwet. Sien ook a 174(3)-(4) en (6) van die Grondwet van Suid-Afrika van 1996.

8 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 237.

9 Soos bv met die aanstelling van die federale regters in die VSA.

10 Anoniem "IBA Minimum Standards" 388.

commission or otherwise, is imperative for the maintenance of judicial independence.

26. Selection of judges shall be based on merit."

Die "Universal Declaration" se minimumstandaarde ten opsigte van die kwalifikasies, seleksie en opleiding van regsprekende amptenare, lees soos volg:

"2.11 Candidates for judicial office shall be individuals of integrity and ability, well-trained in the law. They shall have equality of access to judicial office.

2.12 In the selection of judges, there shall be no discrimination on the grounds of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or status, subject however to citizenship requirements.

2.13 The process and standards of judicial selection shall give due consideration to ensuring a fair reflection by the judiciary of the society in all its aspects.

2.14 a) There is no single proper method of judicial selection provided it safeguards against judicial appointments for improper motives.
b) Participation in judicial appointments by the Executive or Legislature is consistent with judicial independence, so long as appointments of judges are made in consultation with members of the judiciary and the legal profession, or by a body in which members of the judiciary and the legal profession participate.

2.15 Continuing education shall be available to judges."[11]

Voorts, ten opsigte van die aanstelling in poste en bevordering van regsprekende amptenare, bepaal die "Universal Declaration":

"2.16 The assignment of a judge, to a post within the court to which he is appointed is an internal administrative function to be carried out by the judiciary.[12]

2.17 Promotion of a judge shall be based on an objective assessment of the candidate's integrity and independence of judgment, professional competence, experience, humanity and commitment to uphold the rule of law. Article 2.14 shall apply to promotions."

Met ander woorde, regsprekende amptenare behoort op grond van meriete

---

11 Anoniem "Universal Declaration" 451.

12 Die verduideliking wat gegee word vir hierdie bepaling lees: "Unless assignments are made by the court, there is a danger of erosion of judicial independence by outside interference. It is vital that the court not make assignments as a result of any bias or prejudice or in response to external pressures. These comments are not intended to exclude the practice in some countries of requiring that assignments be approved by a Superior Council of the judiciary or similar body." – Anoniem "Universal Declaration" 451.

geselekteer te word en die prosedure vir aanstelling tot die regbank behoort billik, deursigtig en redelik te wees.[13] Dit dra by tot die onafhanklikheid van die regbank in die sin dat gepoog word om die beste kandidate te selekteer vir regterskap[14] en dat die prosedure vir sodanige seleksie deursigtig en billik is. Die prosedure vir seleksie van regsprekende amptenare word ook dikwels verskans in 'n land se grondwet.[15] Die gedagte dat die samestelling van die regbank verteenwoordigend moet wees van die gemeenskap word dikwels geopper in verskillende regstelsels. Hierdie aspek hou direk verband met die seleksie van regterlike amptenare en word meer volledig bespreek in afdeling 3.5.

3.3 AMPSDUUR

Die *IBA* se minimumstandaarde bepaal soos volg ten opsigte van die aard van regterlike aanstellings:[16]

> "22.(a) Judicial appointments should generally be for life, subject to removal for cause and compulsory retirement, at an age fixed by law at the date of appointment.
>
> (b) Retirement age shall not be reduced for existing judges.[17]
>
> 23.(a) Judges should not be appointed for probationary periods except for in legal systems in which appointments of judges do not depend on having practical experience in the profession as a condition of appointment.
>
> (b) The institution of temporary judges should be avoided as far as

---

13 Mahomed "The Role of the Judiciary" 113.

14 Amerasinghe "Judicial Independence" 78 wys daarop dat die seleksieproses wat die seleksie van die beste moontlike kandidate tot gevolg het nodig is *to promote the optimum performance*.

15 Ten opsigte van die aanstelling van regterlike amptenare, sien a 174 van die Grondwet van 1996. Waarborge ten opsigte van die aanstelling en ontslag van regterlike amptenare ook vervat in die grondwette van Australië, Spanje en Duitsland – Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 236.

16 Anoniem "IBA Minimum Standards" 390.

17 In Anoniem "Universal Declaration" 452 word soortgelyke bepalings aangetref:

> "2.19 a) The term of office of the judges, their independence, security, adequate remuneration and conditions of service shall be secured by law and shall not be altered to their detriment.
>
> b) Judges, whether appointed or elected, shall have guaranteed tenure until a mandatory retirement age or expiry of their term of office, where such exists."

In klousule 2.22 word bygevoeg dat "[r]etirement age shall not be altered for judges in office without their consent".

possible except where there exists a long historic democratic tradition.[18]

24. The number of the members of the highest court should be rigid and should not be subject to change, except by legislation.

25. Part-time judges should be appointed only with proper safeguards.

26. Selection of judges shall be based on merit."

Met ander woorde, regsprekende amptenare behoort vir 'n vasgestelde tydperk aangestel te word. By permanente aanstellings kom dit dikwels neer op aanstelling vir 'n lewenslange termyn of tot bereiking van die aftree-ouderdom. Hierdie voorskrifte dra by tot die onafhanklikheid van die regbank in die sin dat regsprekende amptenare nie bloot deur die owerheid ontslaan kan word op grond van ongunstige uitsprake nie. Hierdie aspek word dikwels ook gewaarborg in die Grondwet van 'n bepaalde land.[19]

Dit blyk asof daar wêreldwyd uiteenlopende standpunte en praktyke is ten opsigte van tydelike aanstellings. Die hoofpunt van kritiek teen tydelike aanstellings, is die feit dat sodanige regterlike amptenare wat hul poste bekleë op sterkte van die goedgunstigheid van (*during the pleasure of*) die owerheid, vatbaar is vir eksterne beïnvloeding en dat sodanige aanstellings derhalwe strydig is met die beginsel van onafhanklikheid wat nodig is vir uitvoering van die regterlike funksie.[20] Ten spyte van

---

18 Die ooreenstemmende bepaling in die "Universal Declaration" lees:

"2.20 The appointment of temporary judges and the appointment of judges for probationary periods is inconsistent with judicial independence.Where such appointments exist, they shall be phased out gradually."

Dan word verder verduidelik:

"[Explanatory Note: This text is not intended to exclude part-time judges. Where such practice exists, proper safeguards shall be laid down to ensure impartiality and avoid conflict of interests. Nor is this text intended to exclude probationary periods for judges after their initial appointment, in countries which have a career judiciary, such as in civil law countries.]" Sien Anoniem "Universal Declaration" 452.

19 Ten opsigte van die ampsduur van regters, sien a 176(1)-(2) van die Grondwet van 1996. Ander lande waar die grondwette waarborge bevat ten opsigte van die ampsduur van regsprekende amptenare is byvoorbeeld Brasilië, Oostenryk en België – Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 236.

20 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 624-625 verwys na regter Deschênes se verwoording van die risiko's tov regterlike onafhanklikheid verbonde aan tydelike aanstellings in sy "Report on Independent Judicial Administration in Canada": "In this way, the Executive hangs a sword of Damocles over the head of a new judge. A judge who accepts a one year appointment is, in all likelihood, interested in

hierdie standpunt, is daar in die praktyk heelwat lande wat wel aanstelling van regterlike amptenare vir 'n proeftydperk vereis voordat sodanige amptenare permanent aangestel word.[21] Dit blyk dat daar in beginsel regverdiging kan wees vir proeftydperk-aanstellings in lande soos Duitsland en Frankryk (van die *civil law*-tradisie) waar die gewone regterlike aanstelling gedoen word direk na voltooiing van regsopleiding. In sulke stelsels waar daar 'n beroepsregbank bestaan, mag 'n siftingsproses by wyse van proeftydperk-aanstellings moontlik nodig wees om te bepaal welke persone ongeskik is vir die regterlike amp.[22] Die *IBA* se standaarde verbied aanstellings vir proeftydperke tensy praktiese ondervinding in die professie nie 'n voorwaarde is vir aanstelling nie.[23] Die rede vir die uitsondering blyk te wees om voorsiening te maak vir proeftydperk-aanstellings in lande wat beskik oor 'n beroepsregbank. Artikel 2.20 van die Montreal- "Universal Declaration" bepaal onomwonde dat tydelike aanstellings strydig is met regterlike onafhanklikheid en doen 'n beroep op die uitfasering daarvan – volgens die verduidelikende nota is dit egter toelaatbaar in lande wat beskik oor 'n beroepsregbank.[24] Alhoewel deeltydse aanstellings nie deur die Montreal-"Universal Declaration" of die *IBA*-standaarde

---

carrying out a career in the judiciary but his career will hinge on the goodwill of the Prince. Clearly, a judge on probation is not independent and there is a risk that his decision may be coloured by his plans for the future. Could he rule against a government from whose 'pleasure' his appointment derives? And in private litigation, could he take the position that the law and his conscience dictate but that might displease the government of the day? Then too, what criteria will the government apply in deciding after one year of probation, whether a judge merits a permanent appointment?"

21 In Duitsland word regters aanvanklik vir 'n proeftydperk van drie jaar aangestel en in Frankryk vir twee jaar (by die regter-skool met praktiese werk). Sien die bespreking in afd 5.4.1.1.1 (tov Duitsland) en afd 5.5.1.1.1 (tov Frankryk). Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 670 vn 142 voeg by dat ander lande met soortgelyke praktyke insluit Brasilië (twee jaar-tydperk), Griekeland (een jaar tydperk), Italië (twee jaar opleiding met 'n dienende regter) en Nederland (twee jaar-tydperk na ses jaar opleiding).

22 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 625 voeg by dat "in those countries society certainly pays a price of a chilling effect on the independence of the judges. The psychological process described by Justice Deschênes must have its impact." Sien ook Aldisert "Rambling Through Continental Legal Systems" 935 958.

23 Sien bepaling 23(a) hierbo in teks aangehaal.

24 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 625.

aangespreek word nie, keur Shetreet[25] hierdie praktyk af "because of the public perceptions of independence which might cast doubt on the impartiality and independence of the judge." Ten opsigte van tydelike aanstellings tot die hoër howe, wys hy daarop dat in lande wat in panele sit en nie as volbank nie (soos die praktyk ten opsigte van appèlhowe in baie lande is), beskik die hoofregter oor aansienlike beheer oor die besluit oor die samestelling van die panele, wat inmeng met die beginsel van objektiwiteit van geregtigheid en wat al tot misbruik gelei het.[26] Alhoewel tydelike aanstellings as waarnemende regters[27] (gewoonlik vanuit die geledere van die balie) in sekere lande toelaatbaar is, keur Shetreet hierdie praktyk af op grond daarvan dat "this can lead to a questioning of judicial impartiality by the public, since the motives for the appointment of such temporary judges may be influenced by political and other pressures and not from purely judicial interests." Shetreet[28] kom tot die volgende gevolgtrekking ten opsigte van tydelike aanstellings, wat myns insiens, 'n sinvolle riglyn bied:

> "It would appear that if temporary appointments are to be allowed, there must exist mechanisms such as a procedure of approval by a judicial council so as to ensure that temporary appointments are made only when they are vital for efficient judicial administration in almost emergency situations."

---

25 "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 625-626 wys op die posisie in Engeland waar deeltydse aanstellings as *recorders* al eeue lank bestaan. "It is efficient, as it allows at short notice the temporary recruitment of lawyers to the bench to help with increasing caseloads. It is also cost-effective as it does not require long-term commitment of budgets, accommodations and support staff. These advantages, however, must be considered against the flaws of such a system. As the Beeching Commission in England found it 'has led to criticism that second-rate justice is disposed thereby'. The Commission also found that predominant use of part-time judges was incompatible with an orderly sequence of court sittings within an area, and militated against consistency in sentencing. It, therefore, recommended a considerable reduction of part-time appointments."

26 "In regard to the English practice, there is documented evidence of facts and allegations on the issue of conscious allocation of cases to certain judges so as to affect the outcome of the cases. The mechanism of temporary appointments tends to aggravate this problem, and may undermine the public confidence in the objectivity of appellate justice." – "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 627.

27 A 175 van die Grondwet van 1996 bepaal onder watter omstandighede waarnemende regters aangestel kan word.

28 "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 628.

3.4 DIENSVOORWAARDES

Daar word oor die algemeen aanvaar dat regters voldoende vergoeding behoort te ontvang wat nie sommer goedsmoeds deur die Uitvoerende Gesag verander kan word nie. Die *IBA* bepaal:

> "14. Judicial salaries and pensions shall be adequate, and should be regularly adjusted to account for price increases independently of Executive control.[29]
> 15.(a) The position of the judges, their independence and their adequate remuneration shall be secured by law.
> (b) Judicial salaries cannot be decreased during the judge's service except as an overall public economic measure."[30]

Regsprekende amptenare behoort goeie salarisse betaal te word sodat die beste beskikbare persone bekom kan word[31] en sodat regsprekende amptenare 'n waardige lewensstandaard kan handhaaf sodat hulle nie vatbaar word vir beïnvloeding van buite nie.[32] Salarisse van regsprekende amptenare behoort nie gedurende hulle ampstermyn verminder te word nie.[33] Indien hierdie twee beginsels nie aanvaar word nie bestaan die gevaar dat die regering 'n vermindering van salaris kan gebruik om 'n regsprekende amptenaar te straf vir ongunstige uitsprake.

---

29 In Anoniem "Universal Declaration" 452 word bepaal:

> "2.21 a) During their terms of office, judges shall receive salaries and after retirement, they shall receive pensions.
> b) The salaries and pensions of judges shall be adequate, commensurate with the status, dignity and responsibility of their office, and be regularly adjusted to account fully for price increases."

30 Anoniem "IBA Minimum Standards" 389. Klousule 2.21 c), vervat in die "Universal Declaration", bepaal dat "[j]udicial salaries shall not be decreased during the judges' term of office, except as a coherent part of an overall public economic measure"– sien Anoniem "Universal Declaration" 452.

31 Bhagwati "Pressures and Obstacles to an Independent Judiciary" 1989 *Law and Justice* 44 51; Kahn "The Judges – VI" 1989 *Businessman's Law* 85; Labuschagne "Kontrolemeganismes" 362.

32 Mahomed "The Role of the Judiciary" 113.

33 Volgens Mahomed "The Role of the Judiciary" 113 behoort die volgende aspekte hierby ingesluit te word: "Are there effective mechanisms to provide security for judges in old age and retirement? In the event of the death of a judge, does his or her spouse enjoy sufficient security?"

Ten opsigte van die aspek van verplasing van regsprekende amptenare, bepaal die *IBA* se minimumstandaarde:[34]

> "12. The power to transfer a judge from one court to another shall be vested in a judicial authority and preferably shall be subject to the judge's consent, such consent not to be unreasonably withheld."[35]

Die rede vir hierdie beginsel blyk die volgende te wees: Tensy hierdie bepaling aanvaar word, kan verplasing gebruik word om 'n onafhanklike en dapper regsprekende beampte wat beslissings gee volgens die moed van sy of haar oortuiging en nie beïnvloedbaar is nie, te straf en om andere af te skrik om nie sy of haar voorbeeld te volg nie. Hierdie beginsel moet egter onderskei word van verplasing van jong regsprekende amptenare wat as deel van hul opleidingsproses van pos tot pos verplaas word met die uitsluitlike doel om ondervinding op te doen.

Die *IBA*-standaarde ten opsigte van dissiplinering en afdanking van regsprekende amptenare bepaal soos volg:

> "27. The proceedings for discipline and removal of judges should ensure fairness to the judge, and adequate opportunity for hearing.
> 28. The procedure for discipline should be in camera: however, judgments in disciplinary proceedings may be published.
> 29. (a) The grounds for removal of judges shall be fixed by law and shall be clearly defined.
> (b) All disciplinary action shall be based upon standards of judicial conduct promulgated by law, or in established rules of court.
> 30. A judge shall not be subject to removal unless, by reason of a criminal act or through gross or repeated neglect or physical or mental incapacity, he has shown himself manifestly unfit to hold the position of judge.
> 31. In systems where the power to discipline and remove judges is vested in an institution other than the legislature, the tribunal for discipline and removal of judges shall be permanent, and be composed predominantly of members of the Judiciary.
> 32. The head of the court may legitimately have supervisory powers to control judges on administrative matters."

---

34 Anoniem "IBA Standards" 390.

35 Die bepaling in die "Universal Declaration" is soortgelyk: "2.18 Except pursuant to a system of regular rotation, judges shall not be transferred from one jurisdiction or function to another without their consent, but such consent shall not be unreasonably withheld." Sien Anoniem "Universal Declaration" 452.

Ten opsigte van die uitvoerende gesag en dissiplinering word bygevoeg:[36]

> "4.(a) The Executive may participate in the discipline of judges, only in referring complaints against judges, or in the initiation of disciplinary proceedings, but not the adjudication of such matters. The power to discipline or remove a judge must be vested in an institution which is independent of the Executive.
> (b) The power of removal of a judge should preferably be vested in a judicial tribunal.
> (c) The Legislature may be vested with the powers of removal of judges, preferably upon a recommendation of a judicial commission."

Soortgelyke bepalings word ook aangetref in die minimumvoorskrifte vervat in die Montreal-deklarasie.[37] Met ander woorde, die prosedure en gronde vir dissiplinering en ontslag behoort regtens vasgestel te wees en behoort die regsprekende beampte voldoende geleentheid te gee om sy kant van die saak te stel. Waar dissiplinering

---

36 Anoniem "IBA Minimum Standards" 388.

37 Soortgelyke bepalings tov die dissiplinering van regters word aangetref in Anoniem "Universal Declaration" 453-454:

> "2.32 A complaint against a judge shall be processed expeditiously and fairly under an appropriate practice, and the judge shall have the opportunity to comment on the complaint at the initial stage. The examination of the complaint at its initial stage shall be kept confidential, unless otherwise requested by the judge.
>
> 2.33 a) The proceedings for judicial removal or discipline, when such are initiated, shall be held before a court or a board predominantly composed of members of the judiciary and selected by the judiciary.
> b) However, the power of removal may be vested in the Legislature by impeachment or joint address, preferably upon a recommendation of a court or board as referred to in 2.33(a).
>
> [Explanatory Note: In countries where the legal profession plays an indispensible role in maintaining the rule of law and judicial independence, it is recommended that members of the legal profession participate in the selection of the members of the court or board, and be included as members thereof.]
>
> 2.34 All disciplinary action shall be based upon established standards of judicial conduct.
> 2.35 The proceedings for discipline of judges shall ensure fairness to the judge and the opportunity of a full hearing.
> 2.36 With the exception of proceedings before the Legislature, the proceedings for discipline and removal shall be held in camera. The judge may, however, request that the hearing be held in public, subject to a final and reasoned disposition of this request by the disciplinary Tribunal. Judgments in disciplinary proceedings, whether held in camera or in public, may be published.
> 2.37 With the exception of proceedings before the Legislature or in connection with them, the decision of a disciplinary Tribunal shall be subject to appeal to a court.
> 2.38 A judge shall not be subject to removal except on proved grounds of incapacity or misbehaviour, rendering him unfit to continue in office.
> 2.39 In the event that a court is abolished, judges serving in this court shall not be affected, except for their transfer to another court of the same status."

deur 'n liggaam uitgevoer word wat spesiaal vir hierdie doel saamgestel is, behoort hierdie liggaam oorwegend uit lede van die regbank te bestaan.

Ten einde die onafhanklikheid van die regbank te verseker word gepoog om die diensvoorwaardes op so 'n wyse te formuleer dat dit sodanige amptenare beskerm teen enige eksterne beïnvloeding of beïnvloeding deur die uitvoerende gesag. Waarborge ten opsigte van diensvoorwaardes word ook dikwels verskans in 'n land se grondwet.[36]

3.5 VERTEENWOORDIGENDE KWALITEITE

Die gedagte dat die regbank verteenwoordigend moet wees van die gemeenskap,[39] is nie nuut nie en word wêreldwyd aangetref.[40] Hierdie beginsel word egter verskillend geïnterpreteer en toegepas.[41] Klousule 26 van die *IBA* se minimum vereistes bepaal dat die seleksie van regters op meriete behoort te geskied. Shetreet[42] wys daarop dat

---

36 A 176(3) van die Grondwet van 1996 mag die salarisse, toelaes en ander voordele van regsprekende amptenare nie verminder word nie. Bepalings ten opsigte van dissiplinering en ontslag word vervat in a 177 van die Grondwet van 1996. Ander lande wat waarborge in hul grondwette bevat ten opsigte van diensvoorwaardes is Brasilië, Frankryk, België en Spanje – Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 236.

39 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 634 verwys daarna as die *principle of fair reflection of society by the judiciary* en verduidelik in "Judging in Society" 479 dat daaronder verstaan word dat "the judiciary must be fairly reflective of the society it judges in terms of ideological inclinations, geographical distribution, cultural traditions and ethnic composition. I preferred the term 'reflective' to the term 'representative,' since the judges, unlike legislators or elected executives, do not represent. Likewise, the courts should not be numerically representative; 'reflective,' therefore, is a more appropriate term to indicate this idea".

40 Shetreet "Judging in Society" 479 wys daarop dat hierdie beginsel algemeen voorkom in Amerika: "The United States in not unique in its concern for a fairly reflective judiciary and particularly in its Supreme Court." Hy gaan verder voort en wys daarop dat "this concern is shared by the Federal Republic of Germany where the Federal Constitutional Court is elected in a process which maintains a careful ideological balance in the composition of that Court." In "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 634 wys hy daarop dat in België, Brasilië en Uganda die *fair reflection*-beginsel ook aangetref word.

41 Tov die vereiste dat die regbank verteenwoordigend moet wees, sien die bespreking van hierdie aspek in die regsvergelykende afd in oa afd 5.2.1.1.3 (Engeland), afd 5.3.1.1.3 (Amerika), afd 5.4.1.1.3 (Duitsland) en afd 5.5.1.1.3 (Frankryk).

42 "Montreal Declaration" 401.

die kommentaar op hierdie aspek was dat

> "...the selection process of judges should take into account the fair representation on the bench of the various social classes, ethnic groups, geographical regions and ideological inclinations, so as to ensure *equality of access* to judicial office, and a *broad spectrum of community attitudes and feelings among the persons holding judicial office*." [eie kursivering]

Gedurende die bespreking van die *IBA*-standaarde tydens 'n internasionale seminaar in Montreal is besluit dat hierdie beginsel ingesluit behoort te word in die bepaling ten opsigte van die seleksie van regters deur by te voeg dat

> "[t]he process and standards of judicial selection shall give due consideration to ensuring a *fair reflection by the judiciary of the society in all its aspects*."[43] [eie kursivering]

Shetreet[44] wys daarop dat 'n soortgelyke, meer volledige bepaling in vroeëre weergawes van die *IBA* se "Code of Minimum Standards" verskyn het en dat buiten die bepaling ten opsigte van die verteenwoordiging wat betref sosiale klasse, etniese en sosiale groepe, ideologiese standpunte en geografiese gebiede, dit ook pertinent bepaal het dat "[t]he representation should be *fair and not numerical or accurately proportional*." [eie kursivering]

Dit moet myns insiens saamgelees word met die minimumstandaard in klousule 2.11 van die "Universal Declaration" wat bepaal:

> "Candidates for judicial office shall be individuals of integrity and ability, well-trained in the law. They shall have equality of access to judicial office."[45]

Volgens Shetreet kom steun vir die *fair relection*-beginsel ook as gevolg van kritiek wat in baie lande uitgespreek is, nie alleen teen die sosiale samestelling van die regbank wat grootliks kom uit die geledere van die "upper middle class" nie, maar ook

---

43 Anoniem "Universal Declaration" 451; Shetreet "Montreal Declaration" 401.

44 "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 634.

45 Anoniem "Universal Declaration" 451.

vanweë kritiek teen die ideologiese of geografiese agtergrond van die regters.[46]

Die beginsel van verteenwoordiging word ook aangetref in die Suid-Afrikaanse Grondwet van 1996. Ingevolge artikel 174(2) moet "the need for the judiciary to reflect broadly the *racial and gender composition* of South Africa" by die aanstelling van regterlike amptenare in gedagte gehou word.

3.5.1 Wisselwerking tussen die beginsel van verteenwoordiging en die beginsel van legitimiteit van die regbank

Die beginsel van verteenwoordiging van die gemeenskap (oftewel die *fair reflection*-beginsel) is van belang by die samestelling van die regbank en word vereis deur die "doctrine of substantive independence and the value of public confidence in the courts".[47] In die lig hiervan kom Shetreet[48] tot die gevolgtrekking dat:

> "An important duty lies upon the appointing authorities to ensure a balanced composition of the judiciary, ideologically, socially, culturally and the like. This is based on the doctrinal ground, which has been suggested: the principle of fair reflection. This doctrinal approach may be supported by additional arguments. The judiciary is a branch of the government, not merely a dispute resolution institution. As such, it cannot be composed in total disregard of the society. Hence, due regard must be given to the consideration of fair reflection. There are other grounds for ensuring well balanced composition of the judiciary. First, the need to preserve public confidence in the courts. Secondly, the need to ensure balanced panels in appellate courts, particularly in cases with public or political overtones.
>
> I believe that a reflective judiciary is an imperative factor for maintaining the important value of *public confidence* in the courts...The process and standards of judicial selection must ensure *fair relection* of social classes, ethnic and religious groups, ideological inclinations and, where appropriate geographical areas. The reflection should be *fair and not numerical or accurately proportional*. Likewise, the compliance with this principle of a

---

46 Hy wys daarop dat kritiek van hierdie aard aangeteken is in lande soos Engeland, Kanada, Griekeland, Frankryk, Wes-Duitsland en in sekere Afrika-lande – "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 634.

47 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 634.

48 "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 635.

> reflective judiciary is subject to the requirements of *maintaining the professional quality and the moral integrity of the judiciary.*" [eie kursivering]

Volgens Mtshaulana[49] moet die beginsel van verteenwoordiging ten opsigte van *ras* vervat in artikel 174(2) van die Grondwet[50] gelees word teen die agtergrond van artikel 9(2) van die Grondwet[51] wat transformasie van die regsprofessie by wyse van regstellende aksie beoog. Hy wys verder daarop dat artikel 9(2) 'n oorgangsbepaling is wat later verwyder sal word "as soon as the abnormal situation existing in the country has been corrected." Hy omskryf die proses van transformasie om die situasie te normaliseer as synde

> "...transforming the legal profession and the judiciary so that they represent in broad terms the people to whom they are dispensing justice. It means legitimising the judiciary in the eyes of the black people and making them identify with it, no longer seeing themselves as 'blackman in a whiteman's court'.[52] Transformation means and must mean that the legal profession and the judiciary must be a mirror of the entire rainbow nation."

Uit laasgenoemde sin blyk dit dus dat Mtshaulana 'n voorstander is van *demografiese verteenwoordiging*[53] van die regbank. Die impak wat die toepassing van die beginsel van regstellende aksie (*affirmative action*) oor 'n bepaalde tydperk op die onafhanklikheid van die regbank kan hê, is 'n afsonderlike navorsingsveld, wat buite die omvang van hierdie proefskrif val en derhalwe nie volledig bespreek sal word nie.

---

49 "Transformation of the Legal Profession: Some Thoughts" 1999 *Consultus* 25.

50 A 174(2) van die Grondwet van 1996 bepaal dat "[t]he need for the judiciary to reflect broadly the racial and gender composition of South Africa must be considered when judicial officers are appointed."

51 A 9(2) van die Grondwet van 1996 lees soos volg: "Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken."

52 Hy verwys hier na Nelson Mandela se woorde toe hy in 1962 voor die hof moes verskyn op aanklag dat hy die land wil verlaat sonder 'n permit. "In this court address Mandela was expressing not only his but the black people's perception that the legal profession and the judiciary in particular was an instrument of the system. Mandela argued then that the domination of the courts by whites tended to lower the standards of fairness and justice applied with respect to black litigants; it made Africans not to regard the courts as impartial tribunals dispensing justice without fear or favour."

53 Maw dat die regbank die gemeenskap statisties (persentasiegewys) getrou reflekteer.

Dit is egter 'n aspek wat verdere navorsing regverdig, veral in regstelsels waar die beginsel al geruime tyd geïmplementeer word.[54]

Net soos 'n muntstuk twee kante het, kan hierdie argument ten opsigte van die demografiese verteenwoordiging van die regbank ook van 'n ander kant af beskou word. Gauntlett[55] wys daarop dat sommige mense argumenteer dat die *legitimiteit* van die regbank *aanvaarding deur die publiek* beteken: met ander woorde, tensy 'n instelling wye ondersteuning deur die publiek geniet, voldoen so 'n instelling nie aan die beginsel van legitimiteit nie. Verder word geargumenteer dat dit beteken dat die instelling *verteenwoordigend* moet wees, wat weer verder beteken dat dit 'n akkurate refleksie van die *demografiese samestelling van die gemeenskap* moet wees. Daar word dan verder geargumenteer dat indien in ag geneem word dat die Swart gedeelte van die bevolking statisties gewys in die meerderheid is, beteken dit dat die regbank oorwegend Swart moet wees. Gauntlett wys daarop dat so 'n benadering sinvol is in die sin van 'n demokrasie "where a winner may take all", maar dat dit nie die geval is in 'n konstitusionele demokrasie nie.

> "What makes something legitimate in South Africa now, I suggest, is its acceptance because it is institutionally respected, not because it is immediately popular. The Constitutional Court's decisions on the death penalty, and in relation to gay rights, are respected (it is evident from the response to them), but they are probably not popular. They are nonetheless not considered to be illegitimate, simply because they do not reflect the view of most people. The essence of constitutionalism is indeed that we are ruled by law, not in terms of numbers. The decisions are legitimate because they are respected for their fealty to constitutionalism, not because of a weekly Markinor poll."

---

54 Met die oog op 'n *regverdige* implementering van die beginsel van regstellende aksie, kan oorweging geskenk word aan die ontwikkeling van programme wat nie gebaseer is op kriteria soos ras of geslag nie, maar op *ekonomiese agterstand*, maw persone "who suffered disadvantage economically or in terms of their social environment". Voorstanders van *economically based affirmative action* in Amerika wys daarop dat dit, in teenstelling met *race based affirmative action*, direk daarop ingestel is om die "burdens that have been unfairly placed in...individual's paths" aan te spreek. "Justice, it is held, calls for benefits and opportunities to be distributed to those who perform best in fair competition, and it enhances fairness to compensate for handicaps associated with poverty." – Fallon "Affirmative Action Based on Economic Disadvantage" 1996 *UCLA LR* 1913. Sien in die algemeen Smith "Affirmative Action under the New Constitution" 1995 *SAJHR* 84; Van Reenen "Equality, Discrimination and Affirmative Action: An Analysis of Section 9 of the Constitution of the Republic of South Africa" 1997 *SAPR* 151.

55 "A Matter of Race?" 25.

Hy kritiseer bogemelde argument van demografiese verteenwoordiging omdat die aanhangers daarvan nie konsekwent is nie: daar word net vereis dat die regbank ten opsigte van *ras* demografies ooreenstem met die gemeenskap – volgens hom vereis konsekwentheid van bogemelde argument dat die regbank ook demografies ooreen moet stem met betrekking tot *geslag*; waarom kan hierdie argument dan nie ook uitgebrei word om godsdiens en seksuele oriëntasie in te sluit nie, en wie word almal betrek onder die benaming *Swartes*? Ten opsigte van die legitimiteit van instellings en die vereiste van verteenwoordiging op grond van ras, kom hy tot die gevolgtrekking:

> "The legitimacy of public institutions is a complex thing. It has everything to do with a moral authority derived from fidelity to the Constitution. Obviously that is weakened if the composition of a body, its decisions and the way it functions are seriously out of kilter with the society it serves (like the old Appellate Division in the emergency years). But it is not all about race. The Constitution is, in fact, undermined when demographics – and these with broad, selective and inexact brushstrokes – are used to overpaint the core values of the Constitution. One such value is explicitly 'non-racialism' (section 1(b)). It is reinforced by section 7 and of course the equality clause (section 9). Indeed, in authorising racial redress, the Constitution stresses that this *'is to promote equality'* (section 9(2)). These provisions are the antithesis of a mere numbers game."[56]

Volgens Gauntlett beteken *transformasie* nie bloot verandering nie, maar "changing for the better". Dit word gemeet deur eerstens te erken dat daar nog te min vroulike en persone afkomstig uit een van die ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep is, wat as regterlike amptenare en regspraktisyns kan optree. Verder moet daar 'n toegewydheid wees om dit so spoedig moontlik te verander – dit mag egter nie uit die oog verloor word dat enige verandering 'n *verbetering* moet wees nie; nie 'n verslegting van die situasie nie:

> "...we need to recruit, train and advance in a way which redresses current imbalances in race and gender. But we must not lose sight of the fact that the ultimate requirement is the capacity to *improve* the justice system. Nothing less will meet the injunction in the last words of the President's inaugural address to *'get South Africa working'*."

---

56 "A Matter of Race?" 4. Hy wys daarop dat indien 'n briljante Suid-Afrikaner, bekend vir sy toewyding aan konstitusionalisme, sy kundigheid en toewyding oorgesien word deur die President vir aanstelling tot die Konstitusionele Hof, word legitimiteit nie bevorder nie en ook nie die instelling nie; daar word slegs voldoen aan 'n kwota tov ras.

3.5.2 Wisselwerking tussen die beginsel van onafhanklikheid van die regbank en die beginsel van verteenwoordiging op die regbank

Ten opsigte van die aspek van regterlike onafhanklikheid tydens beregting van 'n saak, stel regter Arbour[57] ('n regter van die Kanadese Hof van Appèl) dit soos volg:

> "Impartiality, as a judicial virtue, is often used to mean the opposite of bias. That is, judges should not hear a case if they have a personal interest in the outcome or if they have a preconceived view about what the outcome should be. I like to think that this is the limited extent to which justice should be blind. Impartiality in that sense refers to a conscious choice, an alertness and a striving for neutrality between the litigants, and openmindedness towards their respective factual positions. It has been suggested that judicial impartiality requires more than the avoidance of conscious bias. In the American Judicature Society's 1975 Handbook for Judges, Judge Shientag writes that judges must constantly strive to neutralize the unconscious effect of their baggage of values, assumptions, attitudes and beliefs so as to recognize and overcome their true liability to prejudice."

Sy wys daarop dat daar 'n wisselwerking is tussen die beginsel van die *onafhanklikheid* van die regbank en die beginsel van *verteenwoordiging* op die regbank. Volgens Arbour[58] moet regsprekende amptenare, in 'n poging om onafhanklik te wees, hul eie onbewustelike vooroordele te bowe kom en debatvoering vanuit ander perspektiewe lei dikwels tot evaluering van bepaalde vooroordele en verhoog uiteindelik die onafhanklikheid van die regbank:

> "This hidden threat to judicial neutrality is sometimes referred to as cultural bias or cultural blindness. It is clear to me that the more homogeneous the judiciary is, the easier it is for judges to believe that they have achieved the ideal of impartiality. Impartiality becomes quickly equated with uniformity. A somewhat facile syllogism comes into play: judges are impartial, I am like the other judges, therefore, I am impartial. Not only do individual judges then cease to examine their own cultural biases, but the judiciary as a whole becomes convinced of its logical, dispassionate, cold neutrality.
>
> The arrival on the bench, in significant numbers, of members of the legal community who have not historically acceded to the judiciary, challenges the settled understanding of the notion of impartiality, if only by disturbing the homogeneity of the bench."

---

57 "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 1992 *Consultus* 13 14.

58 "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication"14-15.

Sy vra die vraag of die aanstelling van vroue en verskillende rassegroepe sal lei tot die persepsie dat die regbank gepolitiseer is deur die handves van menseregte en dat die regbank gevolglik daardeur van sy noodsaaklike onafhanklikheid moes inboet en kom tot die gevolgtrekking dat die teenoorgestelde eintlik die geval is. 'n Regbank wat verteenwoordigend is van die gemeenskap wat betref ras en geslag hou twee voordele in: eerstens, verhoog dit die gemeenskap se persepsie dat die regbank regverdig is en gehoor sal gee aan hul probleme; dit dui op 'n regverdige gemeenskap waar mag gedeel word, en tweedens, die belangrikste voordeel is dat dit *verskillende standpunte na die regbank bring* sodat die debatvoering op kollegiale vlak vanuit verskillende perspektiewe benader kan word wat 'n bydrae kan maak tot beter regspleging en die onafhanklikheid van die regbank as geheel verhoog.[59] Daar word aangevoer dat 'n regbank wat gebalanseerd saamgestel is sal lei tot 'n groter refleksie van gemeenskapswaardes tydens die regterlike besluitnemingsproses.[60]

Daar word aan die hand gedoen dat die beginsel van verteenwoordiging *nie* beteken demografiese verteenwoordiging van die gemeenskap nie (met ander woorde, dit beteken *nie* dat die regbank die gemeenskap, wat betref ras en geslag, persentasiegewys met betrekking tot hul statisties vasgestelde gedeelte in die gemeenskap, moet reflekteer nie – dit kom in die praktyk daarop neer dat die regbank die gemeenskap hoogstens in die breë (in die algemeen) sal reflekteer.[61] Daar is 'n bepaalde standpunt dat die beginsel van *verteenwoordiging* van die gemeenskap eerder beteken dat *verskillende perspektiewe* op die regbank verteenwoordig moet

---

59 "For one thing, pluralism on the bench can only increase the public's perception that the courts are a fair and responsive forum. It testifies to a just society in which power is shared. More importantly, it brings to official adjudication a point of view that would otherwise be absent. The capacity to listen to a different point of view, particularly in appellate adjudication where collegial deliberation is the norm, can only increase impartiality by forcing a confrontation with cultural bias." – Arbour "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 15.

60 Marfording "The Need for a Balanced Judiciary: The German Approach" 1997 *Journal of Judicial Administration* 33 42.

61 A 174(2) van die Grondwet 108 van 1996 vereis dat die behoefte, naamlik dat die regbank die gemeenskap *broadly* reflekteer in ag geneem word. Sien ook Gauntlett "A Matter of Race?" 1999 *Consultus* 3-4.

wees.[62] Ingevolge hierdie standpunt behoort regsprekende amptenare dus *nie* aangestel te word bloot omdat hulle van 'n bepaalde ras of geslag is (wat neerkom op 'n tipe kwota-stelsel) nie, maar omdat hulle, synde van 'n bepaalde ras of geslag, *'n bepaalde persepsie* na die regbank bring waaroor die regbank nie alreeds beskik nie, in die lig van die feit dat dit nodig is dat die regbank alle persepsies in die gemeenskap moet reflekteer. Dit beteken egter verder dat sekere persone, afgesien van hul ras of geslag, nie tot die regbank aangestel behoort te word nie, omdat hulle *geen nuwe persepsie* na die regbank bring nie. Harris doen aan die hand dat regsprekende amptenare *op meriete* aangestel moet word en dat die teenwoordigheid van die bepaalde kwaliteit, naamlik 'n *sosiale waarnemingsvermoë*,[63] by die kriteria vir oorweging van 'n aanstelling ingesluit behoort te word.

Om saam te vat: die standpunt dat regsprekende amptenare op so 'n wyse geselekteer moet word ten einde te verseker dat die regbank verteenwoordigend is van die gemeenskap ingevolge die *fair reflection*-beginsel, kom kortliks neer op die volgende:

- 'n regbank wat redelik verteenwoordigend is van die gemeenskap lei tot

---

62 Arbour "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 14-15; Harris "Appointments to the Bench – The Role of a Judicial Services Commission" 1993 *Adelaide LR* 191 198. Shetreet "Judging in Society" 480 ondersteun ook hierdie standpunt: "The detailed analysis of Justice Barak of the process of judicial reasoning clarifies the importance of fair reflection of the judiciary. As Justice Barak explains, judges decide cases upon background understandings based on fundamental values of the system. Those understandings are judge-made and are based on the interpretation of the judge. If the judiciary is not reflective of society as a whole, the adjudication may be based on background understandings strongly coloured by a narrower set of values."

63 Hy verduidelik die kriterium van sosiale waarnemingsvermoë (*social perceptiveness*) soos volg: "The difference can be illustrated by taking gender as an example. Although it is likely that by taking social perceptiveness into account one will arrive at a bench that is more balanced...(subject to the limitations imposed by the composition of the pool of practitioners from which one is drawing judges), a woman appointed under the new selection procedure would be appointed not because she is a woman but because as a woman her perception of society is different from that of a man, and it is necessary that the bench reflects that perception. But it is also possible that there may be women who are not and ought not to be appointed because they bring no new perception to the bench, and men who may be appointed because they are found to have a wider perception of issues affecting women than do other candidates. This illustrates the difference in conceptual basis between appointing judges for who they are (as would be the case under a quota system) and appointing them on the basis of what they know and perceive." – "Appointments to the Bench" 198.

openbare vertroue in die regbank – dit verhoog die gemeenskap se persepsie (wat dui op 'n verhoging in legitimiteit van die instelling) dat die regbank regverdig is en dat regterlike beregting op 'n onafhanklike en onpartydige wyse sal geskied met die oog op 'n regverdige billike uitspraak;[64]

- dit bring *verskillende standpunte na die regbank* sodat die debatvoering op kollegiale vlak vanuit verskillende perspektiewe benader kan word wat 'n bydrae kan maak tot beter regspleging en die onafhanklikheid van die regbank as geheel verhoog;[65]
- dit beteken verteenwoordiging in die algemeen en *nie* demografiese verteenwoordiging van die gemeenskap nie.[66]

3.6 TUSSENTYDSE GEVOLGTREKKING EN WAARDESKATTING

Die onafhanklikheid van die regbank is een van die belangrikste hoekstene van 'n demokrasie gebaseer op die *rule of law*.[67] Dit impliseer dat die regbank in die uitvoering van hul regterlike funksie vry moet wees van enige inmenging deur die uitvoerende of wetgewende gesag of deur enige ander instelling of persoon:

> "What judicial independence means in principle is simply the right and the duty of judges to perform the function of judicial adjudication, through an application of their own integrity and the law, without any actual or perceived, direct or

---

64 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 634-635; Arbour "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 15. Volgens Mahomed "The Role of the Judiciary" 113 is die vraag "[d]oes the gender, colour and class composition of the Bench conduce to public confidence in its objectivity and capacity to dispense justice?"

65 Arbour "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 14-15; Harris "Appointments to the Bench" 198; Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 634-635; Shetreet "Judging in Society" 480.

66 Gauntlett "A Matter of Race?" 3-4; Harris "Appointments to the Bench" 197-198; Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 634-635.

67 "The exact boundaries of judicial power have varied from time to time and from country to country, but the principle of an independent judiciary goes to the very heart of sustainable democracy based on the rule of law. Subvert it and you subvert the very foundations of the civilization which it protects."– Mahomed "The Role of the Judiciary" 112. Sien ook McGarvie "The Foundations of Judicial Independence in a Modern Democracy" 1991 *Journal of Judicial Administration* 1; Walker *The Rule of Law* 29.

indirect interference from or dependence on any other person or institution."[68]

Daar word gewoonlik 'n onderskeid gemaak tussen die persoonlike en saaklike onafhanklikheid van die regbank. Die persoonlike onafhanklikheid van die howe beteken dat die aanstelling, ampsduur en diensvoorwaardes van regsprekende beamptes nie willekeurig deur ander owerheidsorgane beheer word nie.[69] Die riglyne ten opsigte van die aanstelling van regterlike amptenare is geformuleer sodat die beste moontlike kandidate geselekteer kan word by wyse van 'n billike en deursigtige prosedure. Die riglyne ten opsigte van die ampsduur en diensvoorwaardes van regterlike amptenare is geformuleer met die oog daarop dat dit aan sodanige amptenare ampsekuriteit verleen ten opsigte van hulle poste sodat hulle weet dat hulle sake kan beslis volgens die moed van hul oortuiging sonder vrees dat hulle afgedank kan word of een of ander nadelige gevolg op die hals kan loop indien hul beslissings nie die uitvoerende gesag welgeval nie.

Daar is basies twee metodes vir die seleksie van regterlike amptenare: aanstelling en verkiesing, afgesien daarvan deur wie die eintlike aanstelling of verkiesing gedoen word. Daar kom egter verskeie variasies op hierdie tema voor: globaal beskou kom die seleksiemetodes basies neer op 'n wisseling tussen aanstelling (wat kan geskied deur die wetgewende of uitvoerende gesag (met of sonder die vereiste van bekragtiging deur die wetgewende gesag) of aanstelling deur 'n liggaam spesiaal saamgestel vir hierdie doel soos 'n regterlike dienskommissie) en verkiesing, en selfs 'n metode van seleksie wat neerkom op 'n kompromie tussen aanstelling en verkiesing.[70] Ten spyte van die feit dat daar verskille is in die seleksiemetodes en bepalings ten opsigte van ampsduur en diensvoorwaardes in die verskillende lande, het hulle een gemeenskaplike ideaal: daar word van regterlike amptenare verwag om onafhanklik te wees – hulle moet derhalwe die versekering gegee word van

---

68 Mahomed "The Role of the Judiciary" 112.

69 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 237. Sien ook Mahomed "The Role of the Judiciary" 113 ten opsigte van aspekte wat by die persoonlike onafhanklikheid van regsprekende amptenare in ag geneem moet word.

70 Harris "Appointments to the Bench" 199 ev; Abraham *Judicial Process* 21; Carp en Stidham *Judicial Process* 262-268.

onafhanklikheid, sekuriteit en waardigheid van hul amp.[71] Of die seleksiemetode in elke geval effektief is om hierdie doelwit te bereik, is 'n ander vraag wat verdere ondersoek noodsaak.

Inmenging deur die uitvoerende of wetgewende gesag met die onafhanklikheid van die regbank kan die vorm aanneem van onder andere politieke aanstellings, bevorderings op grond van ander redes as meriete en versuim om salarisse aan te pas by hoër inflasie- en belastingskoerse.[72] Ampsekuriteit is belangrik vir die onafhanklikheid van die regbank: sonder 'n redelike lang ampstermyn (of vooraf-vasgestelde ampstermyn soos in die geval van tydelike aanstellings), voldoende vergoeding en vasgestelde konstitusionele en/of statutêre waarborge teen afdanking, is die ideaal van regterlike onafhanklikheid nie veel werd nie.[73]

Die reëls van natuurlike geregtigheid sluit onder andere die vereistes in van 'n onpartydige regbank, 'n toeganklike hof waar albei partye voor die hof die geleentheid kry om hul saak te stel en 'n vermoede van onskuld in geval van strafsake.[74] Dit stem baie ooreen met die vereiste van 'n onafhanklike regbank. Die funksie van hierdie reëls is om legitimiteit aan die verrigtinge te verleen, om die aanvaarbaarheid van die hof as regsprekende liggaam te verseker "by requiring rational and even-handed procedures that demonstrate a concern for individuals and for the individual's problems".[75] Die regbank moet dus as onpartydig beskou word – om vry te wees van vooroordeel is tot 'n groot mate 'n karakter-eienskap van die persone wat aangestel word op die regbank. Die onpartydigheid van die regbank is dus baie nou verweef met

---

71 Walker *Rule of Law* 11; Abraham *Judicial Process* 22.

72 Walker *Rule of Law* 35 ten opsigte van die posisie in Australië wys daarop dat "[g]overnment fiscal policies, including increased taxation and severe inflation, have meant that judicial remuneration has declined automatically without any need for the government to infringe the convention against reducing judicial remuneration during the term of office of a judge. Governments can bring pressure to bear on the judiciary to conform with government policy by simply not increasing their remuneration to compensate for higher inflation and taxation."

73 Abraham *Judicial Process* 40.

74 Walker *The Rule of Law* 37.

75 Walker *The Rule of Law* 38.

die tipe persone wat aangestel word tot die regbank. Soos by enige instelling is die effektiwiteit van die instelling net so goed of slegs soos die personeel wat die instelling beman.[76] Die wyse van seleksie en aanstelling van regsprekende amptenare is dus van die uiterste belang.

Waar seleksie geskied deur 'n liggaam wat spesiaal vir hierdie doel saamgestel word, byvoorbeeld 'n regterlike dienskommissie, is verskeie persone betrokke by die seleksieproses wat die kans verhoog dat 'n meer gediversifiseerde groep regters geselekteer sal word – die *samestelling* van hierdie liggaam is dan ook van belang,[77] want die standpunte en persepsies van die onderskeie lede gaan weer 'n effek hê op die besluitnemingsproses van die liggaam. Die voordeel van gebruikmaking van 'n kommissie-model is dat dit 'n baie plooibare tipe instelling is – met ander woorde, die samestelling daarvan kan aangepas word by die behoeftes van die betrokke land:[78] die profiel van so 'n kommissie behoort dus te verskil afhangende van die belangegroepe wat die gemeenskap voel op die kommissie verteenwoordig behoort te wees.[79] Tot welke mate die besluite van so 'n kommissie bindend of bloot adviserend sal wees op die staatshoof of parlementslid wat verantwoordelik is vir regterlike aanstellings, sal ook afhang van die betrokke regstelsel.[80] So 'n kommissie

---

76 "Thus, the basic problem of the law is to a great extent a personnel problem. As Sir Karl Popper remarked, the functioning of even the best institutions will always depend, to a considerable degree, on the persons involved. 'Institutions are like fortresses. They must be well designed *and* manned'" – Walker *The Rule of Law* 38.

77 Harris "Appointments to the Bench" 205.

78 Ten opsigte van die liggame wat verantwoordelik is vir regterlike seleksie in Duitsland en Frankryk, sien Bell *Policy Arguments in Judicial Decisions* 1983 258-264. Harris "Appointments to the Bench" 205.

79 Ten opsigte van moontlike verteenwoordiging op so 'n kommissie, is Harris van mening dat "[t]he government, legal practitioners and serving members of the judiciary are obvious categories, but it would be through the inclusion of interest groups representing the public as a whole that the greatest impact would likely to be made on the composition of the bench. It may be difficult to decide which interest groups should have the opportunity to nominate Commission members. This adds strength to the argument that at least some seats on the Commission should be directly elected by the voting population as a whole." – Harris "Appointments to the Bench" 205-206.

80 In a 84(1) van die *Constitution of Zimbabwe* word bepaal dat die regters van die *Supreme* en *High Courts* aangestel word deur die President na oorlegpleging (*after consultation*) met die Regterlike Dienskommissie – dit dui daarop dat die beslissings van die kommissie nie bindend

behoort dan dieselfde seleksiekriteria toe te pas as wat die geval is by ander seleksiemetodes: volgens die voorafgaande internasionale standaarde behoort seleksie te geskied op meriete.[81] Die seleksieproses deur so 'n kommissie behoort ook te steun op onderhoude met kandidate om vas te stel welke kandidate oor die regte eienskappe vir aanstelling as regterlike beamptes beskik. Ten opsigte van deursigtigheid van die proses en vertroue in die keuses wat gemaak word, stel Harris[82] voor dat:

> "it would also be necessary to publicise whatever selection criteria the Commission used, so that the public was aware that judges appointed under the... system were being chosen on the basis of merit rather than tokenism and because their background and experience enabled them to bring the quality of social perceptiveness to the bench".

Hoofregter Mahomed[83] wys daarop dat geregtigheid wat deur die regbank bewerkstellig moet word, beide prosessueel en substantief billik moet wees. Die probleem lê nie by die identifisering van hierdie oogmerk nie, maar in die toepasssing daarvan omdat kompeterende belange en waardes teenoor mekaar opgeweeg moet word. Hy doen derhalwe aan die hand dat:

> "[t]he secret of effective justice therefore lies in the capacity of judges to strike that balance ethically, coherently and fairly. That capacity for balance requires a subtle and creative combination of a number of crucial qualities which need consciously to be identified, articulated and nurtured. More than twenty such qualities seem relevent. They are: Experience. Scholarship. Dignity.

---

is nie. Daarteenoor bepaal a 82(1) van die *Constitution of the Republic of Namibia* dat regterlike aanstellings gemaak word deur die President op die aanbeveling *(on the recommendation)* van die Regterlike Dienskommissie – die bewoording dui daarop dat die President in effek 'n besluit wat deur die Regterlike Dienskommissie gemaak is, moet bekragtig. Harris "Appointments to the Bench" 202-203. Op 206 stel hy egter voor dat die besluite van so 'n kommissie bindend behoort te wees: "It would subvert the purpose of having a Commission if its recommendations could be overridden by the executive".

81 Harris is van mening dat "[o]ne would expect that in choosing judges, the Commission would be restricted to selecting from among practitioners of several years standing, but in deciding on their suitability for appointment it should have regard to a wide range of factors, such as their academic background (and in particular any non-legal disciplines they may have studied), their professional reputation, and their involvement in the wider community" – "Appointments to the Bench" 206. Waar hy skryf ten opsigte van die perspektief in Nieu-Seeland en Australië, wys hy in vn 51 daarop dat "it is heartening to note that the government is now prepared to appoint able lawyers even if they have not been recently active in court work".

82 "Appointments to the Bench" 206.

83 "The Role of the Judiciary" 115.

> 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."

Dit blyk uit die voorgaande bespreking dat een van die ideale wat gestel word is dat die samestelling van die regbank verteenwoordigend moet wees van die gemeenskap. Die mate waartoe dit verteenwoordigend moet wees word uitgedruk in terme van "*fair reflection* of the society in all its aspects",[84] "*fair representation*...of the various social classes, ethnic groups, geographical regions and ideological inclinations"[85] en "*reflect broadly* the racial and gender composition of South Africa".[86] Dit blyk duidelik hieruit dat *demografiese verteenwoordiging nie* as die ideaal gestel word nie. Daar word aan die hand gedoen dat die rede waarom verteenwoordiging van die gemeenskap as 'n ideaal gestel word, opgesluit lê in die volgende aanhalings:

> "...to ensure equality of access to judicial office, and a broad spectrum of community attitudes and feelings among the persons holding judicial office"[87]

en die vereiste soos verwoord deur Hoofregter Mahomed:[88]

> "Does the gender, colour and class composition of the Bench conduce to public confidence in its objectivity and capacity to dispense justice?"

Dit blyk uit bogenoemde dat die rede waarom verteenwoordiging van die gemeenskap as 'n ideaal gestel word, is ten einde as riglyn te dien dat die regbank op so 'n wyse saamgestel behoort te word dat dit *verteenwoordigend is van die*

---

84 Anoniem "Universal Declaration" 451.

85 Volgens Shetreet "Montreal Declaration" 401 behoort die regbank 'n *fair representation* van die gemeenskap te wees.

86 A 174(2) van die Grondwet van 1996.

87 Shetreet "Montreal Declaration" 401.

88 "The Role of the Judiciary" 113.

verskillende standpunte (perspektiewe)[89] in die gemeenskap. In so 'n milieu kan vraagstukke wat opduik vanuit alle hoeke bespreek en insette vanuit alle persepsies gelewer word ten einde objektief tot die mees regverdige beslissing te kom. Objektiewe, onpartydige, en billike beslissings deur 'n onafhanklike regbank lei weer tot vertroue in die regbank en legitimiteit van die instelling in die oë van die algemene publiek.[90] Regter McGarvie wys daarop dat tensy die regbank onpartydig is by die neem van beslissings, sal die regbank nie oor die vertroue van die gemeenskap beskik nie.[91] Daar word aan die hand gedoen dat daar in hierdie konteks verwys kan word na die *onafhanklikheid* van die regbank, aangesien die onafhanklikheid van die regbank 'n wyer begrip is wat onpartydigheid insluit.[92] In die nuwe konstitusionele bedeling is die mag van die howe verrykend,[93] maar *onafhanklikheid* by die uitoefening

---

89 Arbour "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 14-15; Harris "Appointments to the Bench" 198.

90 "Judges earn community confidence by deciding cases impartially and doing their judicial work carefully, fairly and well" – McGarvie "Judicial Independence in a Modern Democracy" 5.

91 Regter McGarvie "Judicial Independence in a Modern Democracy" 6 verduidelik dit soos volg: "The value to the community of a judicial system may be measured by the extent to which citizens trust it to decide cases fairly, impartially and correctly. A community can retain trust in a judicial system which sometimes acts unfairly and which sometimes makes errors of fact or law, but never in a judicial system which acts partially. It is at the very heart of a successful civilised community that the judges and magistrates should, obviously and beyond question, be impartial. A most effective inducement against violent retribution is the promise of impartial judges.

Because a successful democratic system of government depends on an acceptance by the community of its government and its laws, an impartial judiciary is fundamental to it."

92 In *Bangindawo and Others v Head of the Nyanda Regional Authority and Another* 1998 3 BCLR 314 (TK) het regter Madlanga die verskil tussen hierdie twee begrippe soos volg opgesom: "Although there is obviously a close relationship between independence and impartiality, they are nevertheless separate and distinct values or requirements. Impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and parties in a particular case. The word 'impartial'...connotes absence of bias, actual or perceived. The word 'independent'...reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence. As such, it connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees."

93 "The growth of constitutional democracies, with constitutionally entrenched fundamental rights, protected from legislative invasion, has very substantially enhanced the potency of judicial authority, effectively making it the ultimate and unchallenged power to decide what laws even a democratically elected Parliament can or cannot make, and in the case of South Africa the unprecedented power to decide whether the Constitution itself was lawfully made in terms of the principles set out in the interim Constitution." – Mahomed "The Role of the Judiciary" 112.

van hierdie mag is van die uiterste belang vir die legitimiteit van hierdie mag.[94] Regter Mahomed kom derhalwe tot die gevolgtrekking dat hierdie mag van die regbank setel in die "esteem in which the judiciary is held within the psyche and soul of a nation. That esteem must substantially depend on its independence and integrity."

Met ander woorde, die feit dat die regbank in die breë verteenwoordigend is van die gemeenskap wat betref onder andere ras en geslag dra eerstens by tot die *persepsie* dat die regbank onafhanklik en regverdig is en objektief, met verwysing na verskillende perspektiewe, 'n saak sal bereg ten einde tot 'n regverdige beslissing te kom. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie persepsie bevestiging in die praktyk nodig het om te bly voortbestaan (*justice must be seen to be done*): onafhanklike en onpartydige uitsprake deur die regbank behoort hierdie persepsie te bevestig. In die tweede plek, bring dit verskillende perspektiewe na die regbank wat 'n bydrae kan maak tot beter beregting en die onafhanklikheid van die regbank as geheel verhoog.[95]

Samevattend kom die belangrikste riglyne wat in die voorafgaande bespreking uitgekristalliseer het neer op die volgende:

- Die meeste state het tot 'n sekere mate waarborge ten opsigte van die onafhanklikheid van die regbank in hul grondwette vervat. Die hoofpunte ten opsigte van die persoonlike onafhanklikheid van die regbank wat gewoonlik sodanig gewaarborg word het betrekking op die aanstelling van regterlike amptenare, hul ampsduur, diensvoorwaardes (wat aspekte insluit soos salarisse en pensioene, dissiplinering en ontslag).[96]

---

94 "There is an inherent paradox about all this power. Unlike Parliament or the executive, the court does not have the power of the purse or the army or the police to execute its will. The superior courts and the Constitutional Court do not have a single soldier. They would be impotent to protect the Constitution if the agencies of the state which control the mighty physical and financial resources of the state refused to command those resources to enforce the orders of the courts. The courts could be reduced to paper tigers with a ferocious capacity to roar and to snarl but no teeth to bite and no sinews to execute what may then become a piece of sterile scholarship." – Mahomed "The Role of the Judiciary" 112.

95 Arbour "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 15.

96 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges"591; Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 236.

- Daar is verskeie metodes van seleksie van regsprekende amptenare wat as aanvaarbaar gekenmerk kan word, mits daar 'n waarborg ingebou is teen aanstellings op grond van onbehoorlike motiewe. Regterlike deelname aan die seleksie-proses by aanstellings en bevorderings (hetsy by wyse van regterlike kommissies of in konsultasies by aanstellings deur die uitvoerende of wetgewende gesag) word as noodsaaklik beskou vir die behoud van die onafhanklikheid van die regbank.
- Die seleksie van regterlike amptenare ten opsigte van aanstelling en bevordering behoort te geskied op meriete en op grond van 'n objektiewe evaluering van onder andere die kandidaat se integriteit, professionele bekwaamheid, regsopleiding en ondervinding.
- Kandidate behoort gelyke toegang te hê tot die regterlike amp en daar behoort geen diskriminasie van enige aard te wees nie, afgesien van die vereiste van burgerskap.
- Daar behoort voorsiening gemaak te word vir voortgesette opleiding vir regterlike amptenare.
- By die seleksieproses behoort oorweging geskenk te word daaraan dat die samestelling van die regbank verteenwoordigend is van die gemeenskap. Daar word aan die hand gedoen dat verteenwoordiging in hierdie sin nie verwys na demografiese verteenwoordiging nie, maar verteenwoordiging van die gemeenskap in die algemeen ten opsigte van aspekte soos byvoorbeeld ras en geslag. Sodanige verteenwoordiging dra eerstens by tot die *persepsie* dat die regbank onafhanklik en regverdig is en objektief, met verwysing na verskillende perspektiewe, 'n saak sal bereg ten einde tot 'n regverdige beslissing te kom; en tweedens, bring dit in effek verskillende perspektiewe na die regbank wat 'n bydrae kan maak tot beter beregting en die onafhanklikheid van die regbank as geheel verhoog.[97]

Ten opsigte van diensvoorwaardes van regterlike amptenare, word algemeen aanvaar dat:

---

97 Arbour "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 15.

- die vergoeding en pensioene betaalbaar aan regsprekende amptenare redelik en billik behoort te wees sodat hulle waardig kan lewe en nie vatbaar is vir beïnvloeding van buite nie. Salarisse behoort nie tydens so 'n amptenaar se ampsduur verminder te word nie – die uitvoerende gesag behoort dit nie as hefboom te kan gebruik as straf vir ongunstige uitsprake nie.
- Die bevoegdheid tot verplasing van regters behoort te setel by die regsprekende gesag en behoort verkieslik onderhewig te wees aan die instemming van die betrokke regterlike amptenaar.
- Die prosedure en gronde vir dissiplinering en ontslag behoort regtens vasgestel te wees en behoort 'n regsprekende beampte voldoende geleentheid te bied om sy kant van die saak te stel. Waar dissiplinering deur 'n liggaam uitgevoer word wat spesiaal vir hierdie doel saamgestel is, behoort hierdie liggaam oorwegend uit lede van die regbank te bestaan.

HOOFSTUK 4

DIE SAAKLIKE ONAFHANKLIKHEID VAN DIE REGBANK: DIE ROL VAN REGTERLIKE DISKRESIE EN REGTERLIKE REGSVORMING

4.1 INLEIDING

In hierdie hoofstuk sal die klem val op die saaklike onafhanklikheid van die regbank in Suid-Afrika na die inwerkingtreding van die nuwe grondwetlike bedeling[1] en die bespreking sal plaasvind teen die agtergrond van die kritiek wat in die verlede uitgespreek is teen die regbank se owerheidsgesinde (*executive-minded)* beslissings.[2] In 'n neutedop kom die kritiek daarop neer dat sommige regters in die verlede[3] in hul beslissings beïnvloed is deur partydigheid en dienstigheid aan die uitvoerende gesag en dat sodanige beslissings die regbank se onafhanklikheid ondermyn het.[4]

'n Regbank behoort op so 'n wyse saamgestel te word en te funksioneer dat dit te alle

---

1 Die nuwe grondwetlike bedeling is ingelyf deur die Grondwet van 1993, en daarna die Grondwet van 1996.

2 Sien die bronne aangehaal in die verslag van die Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1112 vn 10. Hlophe "The Role of Judges in a Transformed South Africa – Problems, Challenges and Prospects" 1995 *SALJ* 22 24-25 stel dit soos volg:
"It is common cause that the courts tended to favour the executive, particularly in matters concerning so-called national security. The obvious hostility of the Appellate Division towards natural justice in the 1960s clearly illustrates how the pro-executive interpretation of statutory provisions was deeply rooted in South African law...The point to stress, however, is that judges often justified their pro-executive interpretation by arguing that they were simply declaring the obvious intention of the legislature as evident from the relevant statutory provisions, and therefore did not wish to trespass upon the functions of the legislature, thereby involving themselves in political controversy." Dugard *Human Rights and the South African Legal Order*; Pitts "Judges in an Unjust Society: the Case of South Africa" 1986 *Denver Journal of International Law and Policy* 49 65 ev.

3 Dié kritiek het oor die algemeen verwys na regters wat aangestel is voor 27 April 1994 (maw voor die demokratisering van Suid-Afrika en die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet) – Van Zyl "The Present Status of the South African Judiciary in a New Constitutional Dispensation" 1995 *Consultus* 133.

4 Hlophe "The Role of Judges in a Transformed South Africa" 22 26 stel dit soos volg: "By pro-executive judgments the courts do injustice not only to the parties involved but, more important, to themselves. They undermine their reputation for independence and impartiality; and the public loses confidence in their fair decisionmaking."

tye onafhanklik, onpartydig en onbevooroordeeld is. Soos reeds verduidelik word die onafhanklikheid van die howe onderverdeel in hul persoonlike onafhanklikheid en saaklike onafhanklikheid. Die saaklike onafhanklikheid van die regbank beteken in beginsel dat die regsprekende amptenare in die uitoefening van hulle pligte slegs onderworpe is aan die reg. Dit is hierdie saaklike onafhanklikheid, en meer spesifiek die rol van regterlike diskresie, regterlike aktivisme, regterlike regsvorming en 'n waarde-geöriënteerde grondwetuitleg wat die onderwerp vorm van die ondersoek in hierdie hoofstuk.[5]

In die afdeling wat hierop volg word regterlike diskresie bespreek met verwysing na die beperking op, uitsluiting van of kontrole oor regterlike diskresie. Daarna sal die algemene diskresionêre bevoegdhede van regsprekende amptenare onder die soeklig kom.

4.2 REGTERLIKE DISKRESIE

Ter aanvang sal die begrip *regterlike diskresie* ontleed word en daar sal aangedui word dat dit normaalweg in drie gevalle ter sprake kom: by die vasstelling van feite, by die interpretasie van regsnorme en by regterlike regsvorming (waarna ook dikwels verwys word as regterlike aktivisme).

Regterlike diskresie is al op verskillende maniere omskryf:

> "...At least the concept involves a considerable latitude of individual choice of a conclusion – a right in the tribunal, adhering to certain general principles, and taking into account relevant factors, to decide nevertheless according to its individual opinion."[6]

Volgens Barak[7] is regterlike diskresie "...the power the law gives the judge to choose among several alternatives, each of them being lawful." Wat wel duidelik blyk is dat

---

5 Die onafhanklikheid van die howe met betrekking tot administratiewe werksaamhede en beskerming teen eksterne druk, sien die bespreking in afd 8.4.2.

6 Pattenden *The Judge, Discretion and the Criminal Trial* 9.

7 *Judicial Discretion* 7.

die siening dat die regter net reg spreek en daardeur bloot meganies die reg verwoord[8] 'n verouderde benadering is wat nie meer geld nie.[9] Barak som die bestaansrede vir regterlike diskresie soos volg op:

> "Where judicial discretion exists, it is though the law were saying, 'I have determined the contents of the legal norm up to this point. From here on, it is for you, the judge, to determine the contents of the legal norm, for I the legal system, am not able to tell you which solution to choose.' It is as though the path of the law came to a junction, and the judge must decide – with no clear and precise standard to guide him – which road to take."[10]

Die regter se diskresie draai in die eerste plek om die vasstelling van feite,[11] maar dit word gedoen onderhewig aan twee kategorieë van beperkings. In die eerste kategorie word die regsprekende amptenaar beperk deur die reëls van die bewysreg ten aansien van die toelaatbaarheid van getuienis[12] en in die tweede kategorie val beperkings wat bepaal dat die regsprekende amptenaar glad nie sy diskresie oor sekere aspekte mag aanwend nie.[13]

Regterlike diskresie draai in die tweede plek om die interpretasie van regsnorme – dit is onmoontlik dat normatiewe voorskrifte vir elke individuele geval voorsiening kan maak. Regterlike diskresie word dus gebruik om by die toepassing van die voorskrifte die probleme van elke individuele geval aan te spreek:

> "The chief advantage of discretion can be summed up in one word: flexibility. Discretion enables the law to take into account the features of the individual case: 'Rules without discretion cannot fully take into account the need for tailoring results to unique facts and circumstances in particular cases. The justification for discretion is often the need for individualized justice.' "[14]

---

8 Dit is in ooreenstemming met Montesquieu se siening – *De L'Esprit des Lois* Boek VI, 226.

9 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 339.

10 Barak *Judicial Discretion* 8.

11 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 340.

12 'n Bespreking van hierdie aspek val egter buite die omvang van hierdie ondersoek.

13 Sien die beperkings op regterlike diskresie in afd 4.2.1 hieronder.

14 Pattenden *The Judge, Discretion and the Criminal Trial* 35.

'n Regstelsel wat nie voorsiening maak vir die aanwending van regterlike diskresie by die interpretasie van regsnorme nie, is onbuigsaam en derhalwe onwenslik.[15] Volgens Joubert[16] kan regterlike diskresie-aanwending in drie hoofkategorieë ingedeel word:

- eerstens, kan regsprekende amptenare hul diskresie aanwend om tot 'n beslissing te kom wanneer regsnorme en reëls nie duidelik of volledig is nie – die sogenaamde geïmpliseerde diskresie;
- tweedens, kan regsprekende amptenare hul diskresie aanwend om die bestaande reg te verander – dit kan op twee wyses gebeur: (i) die hof kan van die geykte leer afwyk ten einde reg en geregtigheid te laat geskied of om 'n absurde resultaat te vermy (in hierdie geval bly die betrokke reël staan, behalwe dat die afwyking 'n presedent skep vir toekomstige afwykings) of (ii) die hof kan op meer algemene wyse 'n besondere leerstelling omverwerp ten einde die reg met die heersende benadering of omstandighede in ooreenstemming te bring of om 'n gewenste regsontwikkeling te inisieer (in hierdie geval word die afwyking wat op diskresionêre vlak begin is dikwels in die loop van 'n reeks hofbeslissings ingeburger as gevestigde reëls, beginsels en standaarde);
- derdens, word diskresionêre bevoegdhede uitdruklik aan regsprekende amptenare gedelegeer deur wetgewing of deur die gemenereg.[17]

Regterlike diskresie word in die derde plek aangewend by regterlike regsvorming (ook bekend as regterlike aktivisme) wat in meer besonderhede hieronder bespreek word by afdelings 4.5, 4.6 en 4.8.

4.2.1 Die beperking op, uitsluiting van of kontrole oor regterlike diskresie

Omdat die beperkings op, uitsluiting van en die kontrole oor regterlike diskresie dui

---

15 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 340. Sien ook Barak *Judicial Discretion* 262.

16 *Legaliteitsbeginsel* 341-344.

17 Regterlike diskresie word bv verleen deur sinsnedes soos "indien dit aan die hof blyk" of "indien die hof van oordeel is" wat onderskeidelik vervat is in aa 153 en 174 van die Strafproseswet 51 van 1977. Sien ook Galligan *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*.

op die funksies van die regbank en in sekere gevalle die grense waarbinne die regbank sodanige funksies mag uitoefen, kan dit derhalwe 'n invloed uitoefen op die wyse waarop die regbank saamgestel behoort te word – alhoewel hierdie aspekte nie in diepte bespreek sal word nie, is dit tog van belang om vir die onderhawige ondersoek te verwys na sekere aspekte wat hier van belang is.

Regterlike diskresie word beperk of uitgesluit deur onder andere die werking van die reëls van die bewysreg in verband met die toelaatbaarheid van bepaalde getuienis[18] en die wese van die akkusatoriese strafprosesstelsel.[19] Soos reeds in 'n voorafgaande bespreking verduidelik is,[20] is een van die hoofkenmerke van 'n akkusatoriese verhoor die passiewe rol wat die regsprekende beampte speel en die aanbieding van getuienis deur twee teenpartye. By die akkusatoriese stelsel lê die regsprekende beampte minder inisiatief aan die dag as in die geval van die inkwisitoriese strafprosesstelsel, alhoewel 'n soek na die waarheid en geregtigheid steeds sy taak bly. Waar diskresie-aanwending en die neem van inisiatief dikwels hand aan hand loop, is die akkusatoriese strafprosesstelsel 'n beperkende faktor by regterlike diskresie-aanwending.[21]

Kontrole oor regterlike diskresie[22] geskied by wyse van:[23]

- interne kontrole deur 'n hoër regbank oor diskresie-uitoefening deur howe laer af in die hiërargie in ooreenstemming met die bepalings in die Strafproseswet van 1977[24] soos aangevul deur die beginsels ontwikkel deur die howe van

---

18 Schmidt *Bewysreg* 349 ev. Sien ook Barak *Judicial Discretion* 261.

19 Sien Snyman "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure" 110.

20 Sien die bespreking in afd 2.6.2 hierbo.

21 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 346-7.

22 Beperking op diskresie moet nie verwar word met kontrole oor diskresie-uitoefening nie. Kontrole oor diskresie kan omskryf word as 'n regstellende beïnvloeding wat toegepas word nadat regterlike diskresie inderdaad uitgeoefen is. (Sodanige beïnvloeding kan moontlik slegs toekomstige werking hê.)

23 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 376-377.

24 Aa 302-324 van die Strafproseswet 51 van 1977.

hersiening en appèl – verkeerde diskresie-uitoefening kan byvoorbeeld deur appèl reggestel word.[25]

- voorskriftelike bepalings wat deur die wetgewer neergelê word ten opsigte van die omvang[26] van strafoplegging, dat strafoplegging byvoorbeeld beperk kan word tot een tipe straf of dat die doel wat deur strafopleggings nagestreef moet word, neergelê kan word;[27]
- onregstreekse kontrole deur die uitvoerende gesag wanneer begenadiging, vrywaring of kwytskelding ter sprake kom.[28]

4.2.2 Algemene diskresionêre bevoegdhede van die regsprekende beampte

Die algemene diskresionêre bevoegdhede wat hier ter sprake kom, word uitgeoefen binne die beperkings-, uitsluitings en kontrolemeganismes wat in die voorafgaande afdeling bespreek is. Hierdie algemene diskresionêre bevoegdhede van die regsprekende beampte hou verband met die beampte se eie waarneming en die opper van aangeleenthede uit eie beweging[29] sonder dat dit op 'n spesifieke fase van die proses betrekking het. Voorbeelde daarvan is onder andere:

---

25 In *Pieters* 1987 3 SA 717 (A) 727 is beslis die gedagte onderliggend aan 'n appèl teen vonnis is dat "...daar ruimte is vir ('n hof van appèl) om 'n Verhoorregter se vonnis te verander alleenlik as dit blyk dat hy sy diskresie op 'n onbehoorlike of onredelike wyse uitgeoefen het. Dit is die grondbeginsel wat alle appèlle teen vonnis beheers."

26 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 368 ev.

27 Terblanche *Die Boete as Strafvorm* 106 ev.

28 Sien Joubert *Legaliteitsbeginsel* se bespreking van hierdie aspekte op 382-386. Begenadiging, vrywaring of algehele kwytskelding kom neer op grasieverlening deur die uitvoerende gesag waardeur die straf vir 'n misdaad verminder of opgehef word. Ingevolge a 327 van die Strafproseswet van 1977 beteken algehele kwytskelding dat die persoon in die posisie is asof hy nooit skuldig bevind is nie – so 'n persoon kan hom of haar ingevolge a 106(1)(e) by wyse van pleit op die kwytskelding beroep indien hy of sy ooit weer aangekla sou word. Ingevolge a 84(2)(j) van die Grondwet van Suid-Afrika van 1996 word aan die President die bevoegdheid verleen om oortreders te begenadig of aan hulle grasie te verleen en om boetes, strawwe en verbeurings kwyt te skeld. Die President het verder ingevolge die Wet op Vrywaring 35 van 1990 en die Wet op Verdere Vrywaring 151 van 1992 die diskresionêre bevoegdheid tot verlening van tydelike vrystelling of voorwaardelike of onvoorwaardelike vrywaring van arrestasie, vervolging en aanhouding van sekere persone.

29 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 348.

- rekusering deur die regsprekende beampte[30] – met ander woorde, 'n regsprekende beampte wat daarvan bewus is dat hy partydig[31] is (of dat die blote skyn daarvan bestaan[32]) of deur enige ander motief beïnvloed word, sal hom of haar uit eie beweging onttrek.[33] Rekusering is in ooreenstemming met die riglyne van die Grondwet[34] sowel as die regspraak[35] ten opsigte van 'n onafhanklike en onpartydige regbank.
- die skeiding van verhore of terugroep, van getuies deur die regsprekende beampte;[36]
- 'n besluit deur die regsprekende beampte ten opsigte van die stappe wat gedoen moet word ter regstelling van die effek van byvoorbeeld die onbekwaamheid van 'n regsverteenwoordiger[37] of die onbeholpe optrede van 'n beskuldigde wat sonder regsverteenwoordiging verskyn.

Joubert[38] gee 'n volledige bespreking van al die moontlikhede van diskresie-

---

30 Rekusering beteken dat iemand wat 'n belang het by of bevooroordeeld is tov 'n saak wat verhoor moet word, nie deel behoort te neem aan die beregting daarvan nie en hom of haar daarvan behoort te onttrek – Joubert *Legaliteitsbeginsel* 348; Joubert *Strafprosesreg-handboek* 203.

31 Sien Ferreira *Strafproses in die Laer Howe* 48 ev vir 'n klomp voorbeelde wat op regterlike partydigheid sal dui.

32 *Malindi* 1990 1 SA 962 (A) 969.

33 Joubert *Strafprosesreg-handboek* 204 en die regspaak waarna verwys word.

34 A 165(2) van die Grondwet van 1996 bepaal: "The courts are independent and subject only to the Constitution and the law, which they must apply impartially and without fear, favour or prejudice." Verder bepaal a 9(1) dat "[e]veryone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law" en ingevolge a 35(3) "[e]very accused person has the right to a fair trial".

35 In *Radebe* 1973 1 SA 796 (A) 812 beslis die hof dat 'n regsprekende beampte nie 'n saak behoort te verhoor nie "...wanneer dit gesê kan word dat daar omstandighede is waardeur die regterlike onpartydigheid, in die algemeen, wesenlik benadeel sou kon word, en dit is die taak van die regter self, in elke konkrete geval, om te oordeel of die omstandighede van so 'n aard is dat daardie benadeling sou kon gebeur".

36 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 348 ev.

37 Pattenden *Judicial Discretion and Criminal Litigation* 136.

38 *Legaliteitsbeginsel* 349-375.

uitoefening deur die regsprekende beampte tydens die verhoor, asook die remediërende diskresie van die regsprekende beampte (dit wil sê, diskresie-uitoefening deur die regsprekende beampte ná skuldigbevinding en strafoplegging by wyse van die aanhoor van appèlle en hersienings).[39]

4.3 DIE REGSPOSITIVISTIESE TEENOOR DIE WAARDE-GEÖRIËNTEERDE BENADERING

Regterlike diskresie kom veral ter sprake by wets- en grondwetuitleg. In die afdeling wat hieronder volg word die regspositivistiese benadering en die waarde-geöriënteerde benadering, wat ter sprake kom by wets- en grondwetuitleg, bespreek asook die inslag wat hulle gevind het by die Suid-Afrikaanse regbank.

4.3.1 Die regspositivistiese benadering

Joubert,[40] wat die standpunte van 'n aantal van die kampvegters van die regspositivistiese denkrigting ontleed, kom tot die gevolgtrekking dat die regspositiviste se standpunt kiem lê op

> "die onderskeid tussen reg en moraliteit en betwyfel dit dat daar 'n noodwendige verband tussen hierdie twee normatiewe stelsels is: die gebied van die positiewe reg (bestaande reg) moet geskei word van dié van waardebepalende of morele beoordelings (die reg soos dit behoort te wees). Waar regspositivisme daarop aandring dat bepaling van wat die reg is, nougeset geskei moet word van die beoordeling of dit regverdig of onregverdig, goed of sleg is, gee dit dus voor om 'n metode tot neutrale beskrywing van die reg te ontwikkel: 'n ware regswetenskap dus. Die regspositivisme ontken dit trouens nadruklik dat ontleding van die reg aandag aan die inhoud van regsnorme vereis. Volgens die iusnaturaliste, daarteenoor, vereis beskrywing van die reg noodwendig morele waarde-oordele en keuses of – van die negatiewe kant gestel – tradisionele natuurregsteorieë beklemtoon dit dat die inhoud van regsnorme nie immorele eise mag stel nie."[41]

---

39 *Legaliteitsbeginsel* 373 ev.

40 *Legaliteitsbeginsel* 407 ev.

41 Hart *The Concept of Law* 253 ev gee 'n samevatting van wat onder die begrip "positivisme" in die Anglo-Amerikaanse literatuur verstaan word. Sien ook Pitts "Judges in an Unjust Society" 66 ev; Southwell "Working for Progressive Change in South African Courts" 1995 *CILSA* 261.

Botha omskryf regspositivisme soos volg:

> "Positivism, in a nutshell, refers to the belief that a strict separation should be maintained between the law as it is and the law as it ought to be. The task of the courts, then, is to pronounce the law as found in legislative texts and previous court decisions, and not to pronounce on questions of political morality."[42]

Hierdie definisie moet saamgelees word met dié van Hahlo en Kahn:

> "Legal positivism had once again come into its own, rejecting all notions of a higher, natural law...What the State decrees or accepts, and only what the State decrees or accepts, is law."[43]

4.3.2 Toepassing van regspositivisme in Suid-Afrika

Die verandering van parlementêre tot grondwetlike oppermagtigheid is ongetwyfeld een van die belangrikste veranderings wat plaasgevind het in Suid-Afrika gedurende die oorgang na 'n demokrasie. Tot en met die inwerkingtreding van die Grondwet[44] in April 1994, was die parlement oppermagtig – die gevolg was dat die parlement enige wetgewing kon aanneem en die howe het slegs beskik oor 'n prosessuele hersieningsfunksie.[45] Regter Didcott het in 1976 opgemerk dat:

> "...under a constitution like ours, Parliament is sovereign...Our courts are constitutionally powerless to legislate or to veto legislation. They can only interpret it, and then implement it in accordance with the interpretation of it."[46]

---

262 ev.

42 Botha "The Values and Principles Underlying the 1993 Constitution" 1994 *SAPR* 233 234. Dugard "The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty" 1971 *SALJ* 181.

43 Hahlo en Kahn *The South African Legal System and its Background* 1973 19. Sien ook Devenish *Interpretation of Statutes* 1992 32; Dyzenhaus "Why Positivism is Authoritarian" 1992 *American Journal of Jurisprudence* 83; Raath "Die Opkoms van 'n Neo-positivisme in die Suid-Afrikaanse Regsleer" 208.

44 Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993.

45 Sarkin "The Political Role of the South African Constitutional Court" 1997 *SALJ* 134.

46 *Nxasana v Minister of Justice & another* 1976 3 SA 745 (D) op 747G.

Sarkin[47] som die posisie, voor die inwerkingtreding van die Grondwet,[48] soos volg op:

> "Thus the effect of parliamentary supremacy was to ensure that judges were mere technicians who could mitigate the effects of unjust laws only on procedural and technical grounds. In the main, judges attempted to explain their role in the positivist tradition, as declarers of the law and not its makers. Criticism of the judges, however, has often been predicated on a wider view of the judicial function. Whatever their personal political preferences, judges spent their years on the Bench submitting to the heavy hand of the executive. While there were judges who were outspoken in their criticism of the system, there were others who were devout adherents of the regime."

Van Blerk[49] bevestig die posisie waarin die howe hul bevind het tydens die Westminster-stelsel van parlementêre oppermagtigheid wat geheers het voor die inwerkingtreding van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1993:

> "In its proper historical application, Parliament is assumed to represent the wishes of the majority of society and can therefore make any law it likes. Within such a system, the role of the judiciary is simply to interpret and apply the law. While such judicial deference to Parliament, with its built-in predisposition towards the *status quo*, may hold advantages in a democratic society, under a racially oppressive political structure, in which the views of the majority do not prevail, it renders the judiciary's position highly invidious: If the wording of a statute is clear, the judge has no option but to give effect to it. Given the fact that, in the past, the South African Parliament *has* intended to curb individual liberty and, given also that Parliament has tended not to mince its words in its enactments, judges have had little option but to apply the law, however discriminatory, unfair or unjust it has been."

---

47 "The Political Role of the South African Judiciary" 134.

48 200 van 1993.

49 "A Legitimacy Crisis" 137. Sy voer verder aan: "To be true, where ambiguity or obscurity in the language of the statute permits, the courts may construe it, if it is restrictive in regard to individual liberty, to provide for the least interference with that liberty. The question which becomes acutely important here is, on what basis other than alleged personal political predilections of judges, does one judge find a restrictive statute to be crystal clear, which perforce means a finding against individual liberty, while another judge finds the same enactment sufficiently obscure or ambiguous to give a judgment in favour of individual liberty." Dyzenhaus "The Disappearance of Law" 1990 *SALJ* 277 is ook van mening dat indien 'n regter 'n streng (*harsh*) uitspraak gee, dan is dit omdat die regter geen onduidelikheid of dubbelsinnigheid in die statuut kon vind nie. Die regter mag moontlik teësinnig bevind dat die statuut nie dubbelsinnig is nie, maar so 'n regter sal besef dat hy of sy geen keuse het nie. Hierdie siening van die rol van regters onder parlementêre oppermagtigheid was ook nie beperk tot blanke regters nie. Volgens Dhlamini "Apartheid and the Black Judge" 1989 *SAJHR* 246 250 sou Swart regters onder die ou bedeling nie anders opgetree het as blanke regters nie. Hy voer aan dat die strenge of toegeeflike interpretasie van die apartheid-wetgewing nie afhanklik is van die kleur of ras van die regter nie, maar toegeskryf kon word aan die "nature of the judicial role vis-à-vis Parliamentary sovereignty."

Hoofregter Steyn het verklaar dat die enigste taak van die hof is om te bepaal wat die bedoeling van die parlement is soos dit uiting vind in wetgewing en dat dit nie die taak van die hof is om daaraan te verander nie.[50]

Dugard[51] omskryf die benadering ingevolge waarvan die regbank slegs een taak het by die uitleg van wetgewing, en dit is om die bedoeling van die wetgewer vas te stel aan die hand van reëls van uitleg – met ander woorde, die hof het bloot 'n meganiese of fonografiese funksie – as die tradisionele, eng benadering tot die uitleg van wetgewing. Die gevolg van so 'n meganiese soektog na die bedoeling van die wetgewer is dat die regsprekende beampte enige regskeppende funksie ontsê word en dat beleidsoorwegings wat op tradisionele regswaardes gegrond is as onbelangrik geag word. Volgens Dugard[52] is hierdie benadering onjuis, omdat die wetgewer nooit voorsiening kon gemaak het vir alle moontlike toepassings van 'n betrokke stuk wetgewing nie – dit gebeur dikwels dat die wetgewer ten opsigte van 'n spesifieke onderwerp geen bedoeling gehad het nie en dat die hof dan moet probeer vasstel wat die bedoeling van die wetgewer sou wees in so 'n geval. Hy is van mening dat alhoewel die regsprekende beampte hom of haar beroep op reëls van wetsuitleg ter stawing van sy of haar beslissing, sodanige reëls dikwels nie as gids tot uitleg van die betrokke wetgewing aangewend word nie, maar eerder as regverdiging gebruik word ter stawing van 'n uitleg wat die regsprekende beampte reeds aan die hand van regterlike intuïsie bereik het. Hy voer aan dat die regsprekende beampte dus 'n skeppende rol speel in die aanvul van leemtes wat in die betrokke wetgewing mag

---

50 "Oor die Taak van Regbank" 107. In *Tuhadeleni* 1969 1 SA 153 (A) verklaar die hof op 172 dat dit nie bereid is om te "...sit in judgment on matters of policy" nie. Sien verder in hierdie verband *Minister of the Interior v Lockhat* 1961 2 SA 587 (A) 602; *Publications Control Board v William Heinemann Ltd* 1965 4 SA 137 (A) 156; *Goldberg v Minister of Prisons* 1979 1 SA 14 (A); *Adams; Werner* 1981 1 SA 187 (A).

51 "The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty" 1971 *SALJ* 181 182; Joubert *Legaliteitsbeginsel* 425. Alhoewel Forsyth en Schiller "The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty II" 1981 *SALJ* 218 ook die fonografiese benadering verwerp, stem hulle nie saam dat die regspositivisme regters regskeppende bevoegdhede ontsê of hulle van die morele gevolge van die toepassing van onregverdige wetgewing kwytskeld nie. Sien ook Joubert *Legaliteitsbeginsel* 426 vn 88.

52 "The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty" 183.

bestaan. Hy kom tot die gevolgtrekking dat die enigste rede waarom die fonografiese teorie van die regterlike funksie nog gehuldig word, is die voortgesette aanvaarding van regspositivisme as rigtinggewende regsteorie.[53]

Dugard verduidelik die verloop van die resepsie van positivisme in Suid-Afrika soos volg: as gevolg daarvan dat die herlewing, elders, van die natuurregtelike regsteorieë[54] in die vorige eeu nie na Suid-Afrika oorgewaai het nie, het die howe verknogt vasgeklou aan die twee beginsels wat positivisme onderlê, naamlik eerstens, die bevelsteorie ingevolge Austin se standpunt dat die reg 'n bevel is van 'n politieke meerdere aan 'n politieke mindere en tweedens, die behoefte aan 'n defnitiewe skeiding tussen reg en moraliteit. Die gevolg hiervan was dat die regbank die onderskeiding tussen die wetgewende en regsprekende funksies onderliggend aan die bevelsteorie aanvaar het en hul plig gesien het as die blote ontleding en uitleg van die wil van die wetgewer, sonder om dit ooit te bevraagteken – enige stuk wetgewing, hoe ongenadig of onregverdig ook al kon gevolglik met 'n rein gewete toegepas word. Die feit dat die skeidslyn tussen reg en moraliteit as onbuigbaar beskou is, het tweedens, gelei tot die verwerping van regswaardes (laasgenoemde is onderskei van positiewe reëls), wat die repudiëring van beleidsoorwegings in die regterlike proses tot gevolg gehad het.[55] Dugard stel egter voor dat die regbank moet erken dat die rol van elke regsprekende beampte nie maar bloot meganies is nie, maar dat hulle wel regskeppend kan optree in die sin dat elke regsprekende beampte,

---

53 Sien ook Joubert *Legaliteitsbeginsel* 426 ev.

54 Pitts "Judges in an Unjust Society" 69 wys op die natuurregteorie as "the most potent historical alternative to positivism, because it manifests our constant striving for objective and universal values natural to all men."

55 Dugard wys daarop dat die howe in navolging van Austin se bevelsteorie hulself gebonde gevoel het aan die strenge skeidslyn tussen die wetgewende en regterlike funksies en hul plig gesien het as die blote ontleding en uitleg van die wil van die wetgewer. Sodoende het hulle gewoond daaraan geraak om onregverdige wetgewing gedwee te gehoorsaam. Hierdie toedrag van sake het egter dikwels gelei tot versuim om gemeenregtelike vermoedens en beginsels toe te pas ter versagting van die werking van statutêre bepalings. Die meganiese benadering wat sodoende toegepas is, het hand aan hand gegaan met die toepassing van 'n nougesette onderskeid tussen reg en regswaardes onderliggend aan die gemene reg. – "Some Realism about the Judicial Process and Positivism" 376 ev. Sien ook Dugard *Human Rights* 105-106 en 397; Joubert *Legaliteitsbeginsel* 427; Southwell "Working for Progressive Change in South African Courts" 262 ev..

by die uitleg van wetgewing die leemtes wat daarin voorkom kan aanvul deur te verwys na tradisionele regswaardes.[56] Die regsprekende beampte behoort dus ten gunste van bepaalde juridiese waardes[57] te kies (in plaas daarvan om terug te val op onderbewuste voorkeure) waar so 'n regsprekende beampte by die toepassing van die reg op feitebevindings verplig word om te kies tussen kompeterende presedente en regsbeginsels.[58] Dugard[59] verwerp derhalwe regspositivisme (dit wil sê, die verouderde en ongesofistikeerde verskyningsvorm daarvan wat verantwoordelik was vir die stand van die regterlike proses in Suid-Afrika gedurende die sewentiger en tagtiger jare van die twintigste eeu) en spreek sy voorkeur uit ten gunste van 'n realis-*cum*-natuurreg-benadering wat klem lê op die noodsaaklikheid van 'n waarde-geörienteerde benadering tot die regterlike proses en burgervryheid.[60] Die waarde-geörienteerde benadering, wat neerkom op 'n moderne, aangepaste oplewing van die

---

56 Dugard "The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty" 195-199.

57 Sekere juridiese waardes spruit voort uit ons Romeins-Hollandse regstradisie en sluit byvoorbeeld in beskerming teen aanhouding sonder verhoor en wrede of buitengewone straf, die reg om jou saak te stel en die reg op regsbystand. Dugard "The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty" 197. Sien Gauntlett "Aspects of the Value Problem in Judicial Positivism" 1972 *Responsa Meridana* 201 215 wat daarop wys dat erkenning van hierdie juridiese waardes nie noodwendig in stryd met regspositivisme hoef te wees nie.

58 Dugard *Human Rights* 298; Joubert *Legaliteitsbeginsel* 429.

59 Dugard "The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty" 199. Sien ook Raath "Die Opkoms van 'n Neo-positivisme in die Suid-Afrikaanse regsleer" 1988 *TRW* 208 221 ev; Joubert *Legaliteitsbeginsel* 429.

60 Dugard *Human Rights* 398 som dit soos volg op: "A realist approach on its own is inadequate. Inevitably its painful revelations will destroy cherished myths and this may prove to be destructive unless it is coupled with an antidote. The suggested antidote is modern natural law...the new relativist natural law that stresses the need for a value-orientated approach to law, that recognizes the intersection of law and legal values." Joubert *Legaliteitsbeginsel* 411 stel die natuurregtelike benadering en die positivistiese benadering soos volg teenoor mekaar: "Vir aanhangers van die natuurreg (in teenstelling met die regspositiviste) is reg sonder 'n morele inhoud ondenkbaar: vir hulle bestaan daar dus 'n absolute teorie van geregtigheid waaraan onregverdige of immorele regsreëls getoets kan word. Sodanige regsreëls kan dan nie as *reg* in die fundamentele betekenis van die woord kwalifiseer nie en ten aansien van hierdie reëls is daar nie 'n regsnalewingsplig op die regsonderdaan nie. Die regspositivis, daarteenoor, erken die onregverdige of immorele regsreël wel as geldige reg aangesien dit die formele stempel van geldigheid dra – ofskoon hy moontlik sal weier om dit te gehoorsaam op grond van die immoraliteit daarvan." Vir 'n oorsig oor die ontwikkeling van die positivistiese benadering en die natuurregbenadering, en die neerslag daarvan in Suid-Afrika, sien Joubert *Legaliteitsbeginsel* 410-430.

natuurregteorie lê klem op die waardes onderliggend aan die regsreëls.[61]

Joubert[62] evalueer verskeie standpunte ten opsigte van die invloed van regspositivisme en kom tot die gevolgtrekking dat daar 'n besliste behoefte bestaan aan die tempering van die hoofmomente van regspositivisme. Hy verwys onder andere na die standpunt van Dugard,[63] wat van mening is dat regspositivisme sterk beïnvloed word deur die stelsel waarbinne dit sigself bevind: Dit kan in een regstelsel (byvoorbeeld Engeland)[64] onskadelik wees, terwyl dit in 'n ander regstelsel

---

61 Sien die bespreking van die waarde-geöriënteerde benadering in afd 4.4.

62 *Legaliteitsbeginsel* 431-434. Een van die besware wat blyk uit sy ontleding is dat die regspositivistiese benadering die morele verpligting tot geregtigheid (wat die natuurregbenadering ten grondslag lê) vervang met die oogmerk van 'n waarde-vrye, effektiewe regstelsel – maw geregtigheid word deur effektiwiteit vervang, wat herinner aan Packer (*Limits of the Criminal Sanction)* se opmerkings oor effektiwiteit as die deurslaggewende komponent van sy *crime control*-model waarna verwys is in afd 2.6.1. Dit kan gesien word as 'n maklike uitweg vir 'n aanhanger van die regspositivisme om sy (morele) plig oor die hoof te sien om 'n morele standpunt oor 'n betrokke regspunt in te neem. Volgens Joubert is hierdie ingesteldheid al bestempel as "die *reductio ad Hitlerum* van positivisme: die tese dat positivisme berusting in elke effektiewe regsvoorskrif predik, selfs indien dit moreel-gesproke so boos as die mees verregaande stuk Nazi-wetgewing sou wees; die benadering wat...'n beduidende aantal regslui in Nazi-Duitsland gekondisioneer het 'to accept "as law" anything that called itself by that name, was printed at government expense, and seemed to come *von oben herab*' ". Sien ook Pitts "Judges in an Unjust Society" 69; Southwell "Working for Progressive Change in South African Courts" 262 ev.

63 Dugard "Some Realism about the Judicial Process and Positivism – A Reply" 1981 *SALJ* 372.

64 Terrill *World Criminal Justice Systems* 36 wys daarop dat daar wel al kritiek uitgespreek is teen die Engelse regters vir hul gebrek aan regterlike aktivisme. Hy noem dan ook verskillende redes wat waarskynlik daartoe bydra, naamlik (1) die feit dat regters in Engeland geselekteer word uit 'n beperkte poel van regsgeleerdes ("Most judges have come from the upper or upper-middle classes. Generally they attend exclusive boarding schools and continued education at either Oxford or Cambridge..."); (2) omdat dit 'n eenheidstaat (in teenstelling met byvoorbeeld 'n federasie) word 'n dergelike toepassing van die reg bestudeer ("Because Britain is a unitary country rather than a federated state, the future judges study a unitary application of the law, rather than a multi-jurisdictional approach. This political fact lends itself to a system of legal education that is based on learning a specific approach for resolving each legal problem confronted. This method has a tendency to foster, among students, a more certain and assured view of their legal system."); (3) die eng onderrigondervinding van die reg word verder versterk deur die feit dat die regters elkeen aan een van die antieke *Inns of Court* behoort; (4) regters word eers in hul 40's of vroeë 50's geselekteer as regters en gevolglik bevestig hul jare ondervinding as praktiserende *advocates* hul vertroue in die goeie hoedanighede van die regstelsel sowel as hul begeerte om die *status quo* te handhaaf; (5) as rede vir *judicial restraint* onder appèlregters word aangevoer dat hulle self verhoorregters was, besef met watter probleme verhoorregters te kampe het en gevolglik onwillig is om nuwe regsreëls te skep om laerhof beslissings, wat gebaseer is op gepaste presedent omver te werp, ongeag hoe oud die presedent ook al mag wees; (6) die siening van Engelse regters is dat hul rol die toepassing van bestaande reg is en nie die skepping van nuwe reg nie; (7) die oppermagtigheid van die Parlement verseker dat geen Engelse hof 'n wet as ongrondwetlik sal verklaar nie – Engelse regters interpreteer en

(byvoorbeeld dié van Nazi-Duitsland of Suid-Afrika van die tagtiger jare) hoogs skadelik kan wees. Die gevolgtrekking waartoe geraak word is dat die aansprake van positivisme ten aansien van die voordele van waarde-neutrale ontleding dus elders gewig kan dra, maar in die Suid-Afrikaanse konteks bestaan daar 'n behoefte aan openlike en ondubbelsinnige kritiek op die inhoud van die regsreël en die toepassing daarvan wat binne die sfeer van die regspositivistiese benadering nie haalbaar is nie. Joubert se ontleding en gevolgtrekking is heel oortuigend en dit is derhalwe onnodig om hier verder op hierdie betrokke aspek uit te brei.[65]

4.4 'N WAARDE-GEÖRIËNTEERDE BENADERING EN DIE TEKS VAN DIE GRONDWET

In die afdeling wat hieronder volg sal aangedui word dat die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, wat oppermagtig is, vereis dat regsprekende beamptes 'n waarde-geöriënteerde benadering volg by grondwetuitleg. 'n Breë raamwerk vir 'n *aktivistiese* waarde-gebaseerde benadering sal voorgestel word en daar sal aangetoon word dat die grondslae van so 'n waarde-gebaseerde benadering reeds aanwesig is as gevolg van:

- die bestaan van 'n beregbare oppermagtige grondwet wat 'n handves van fundamentele regte insluit;
- die bepaling in artikel 39 van die Grondwet wat voorskryf dat die howe sekere fundamentele waardes tydens wets- en grondwetuitleg in ag moet neem en moet bevorder;
- die feit dat daar, afgesien van die waardes vervat in die handves van fundamentele regte ook die volgende is wat in aanmerking geneem moet word:

---

pas die reg toe; hulle skep nie reg nie, want laasgenoemde is die verantwoordelikheid van die wetgewer.

65 Vir 'n ondersoek na die geskiedenis van grondwetuitleg in Suid-Afrika sedert Uniewording, veral ten opigte van die rol van die regbank as beskermer van fundamentele regte en waardes, asook die mate waarin die leerstuk van parlementêre soewereiniteit die howe se grondwetlike toetsingsrol ingekort het en die rol van regspositivisme, sien Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 129-199.

die norme van internasionale menseregte, die beginsels van *ubuntu*[66] (waarna verwys word in die 1993-Grondwet) en die sogenaamde *ongeskrewe* waardes, waarna ook verwys word as die *ongeskrewe teks* van die grondwet,[67] wat insluit die geregtigheidsgerigte beginsels van die Romeins-Hollandse reg, die natuurreg, billikheid (*equity*), ensovoorts.

4.4.1 Die Suid-Afrikaanse Grondwet is die hoogste gesag in die staat

Ingevolge die 1993-Grondwet[68] is die beginsel van parlementêre soewereiniteit deur grondwetlike oppergesag vervang. Hierdie beginsel is ook vervat in artikels 1(c) en 2 van die 1996-Grondwet[69] wat bepaal dat die Grondwet die hoogste reg van die Republiek is, dat enige reg of optrede wat met die Grondwet bots, ongeldig is en dat die pligte deur die Grondwet opgelê, nagekom moet word. Afgesien daarvan is die Grondwet verskans[70] en word die howe formeel met die bevoegdheid beklee om enige owerheidsoptrede aan die Grondwet te toets.[71] Daarmee het Suid-Afrika

---

66 Dit kom in beginsel neer op 'n praktiese humanistiese houding teenoor die wêreld, en verwys na deernis, medemenslikheid, verdraagsaamheid en billikheid. Die hof het in *Makwanyane* 1995 3 SA 391 (KH) 501 daarop gewys dat dit dui op versoening eerder as konfrontasie.

67 Kruger "Regspositivisme en die 'Ongeskrewe Teks' van die Nuwe Grondwet" 1991 *SAPR* 229 233-234 omskryf die "ongeskrewe teks" van die grondwet as daardie agterliggende, onderliggende en geïmpliseerde waardes wat om regshistoriese en regstradisionele redes, maar ook as gevolg van die aard van die grondwetlike regsorde wat deur die grondwet self ingestel word, implisiet deel van die grondwet uitmaak.

68 Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 200 van 1993.

69 Ingevolge a 1(c) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 "[t]he Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values: Supremacy of the constitution and the rule of law". A 2 bepaal: "This Constitution is the supreme law of the Republic; law or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligations imposed by it must be fulfilled".

70 A 74. Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 22.

71 A 172(1)(a). Joubert *Legaliteitsbeginsel* 454 verduidelik:
"Tot 1994 was die posisie in Suid-Afrika dat die howe se toetsing van parlementêre wette beperk was tot kontrole van nakoming van die reëls ter regulering van die wyse waarop die parlement by die uitoefening van sy wetgewende funksies optree. Die howe kon dus weier om 'n *onkonstitusionele* wet (in die sin dat aan die reëls wat die 'manner and form of legislating' beheers nie nagekom is nie) toe te pas, maar hulle toetsingsbevoegdheid het nie sover as die materiële inhoud van wetgewing gestrek nie. Die howe het wetgewing toegepas sonder om na die regverdigheid, redelikheid of wysheid daarvan te vra."

formeel afstand gedoen van die stelsel van parlementêre soewereiniteit:[72] die standpunt dat die parlement die hoogste gesag in die staat is wat aan geen ander gesag ondergeskik is nie, is nie meer van toepassing nie en wette van die parlement sal soos die handelinge van enige ander owerheidsliggaam ongeldig verklaar kan word as dit in stryd met die Grondwet bevind word.[73]

Artikel 39 (die uitlegklousule) het egter 'n direkte invloed op wets- en grondwetuitleg en bepaal:

> "(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum–
> (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;
> (b) must consider international law; and
> (c) may consider foreign law.
> (2) When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.
> (3) The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill."

Die volgende aspekte moet uitgelig word:

- Artikel 39(2) is 'n gebiedende bepaling wat aan die howe voorskryf dat alle wetgewing in die lig van die gees, strekking en oogmerke van die handves van menseregte (fundamentele regte), vervat in hoofstuk 2 van die 1996-Grondwet, uitgelê moet word. Die effek van artikel 39(2) is dat die regsprekende beampte by die uitlê van 'n betrokke stuk wetgewing sekere faktore buite die blote teks van die wetgewing (onder andere, die Grondwet self, die fundamentele regte, asook die waardes onderliggend aan die Grondwet) by die uitlegproses moet betrek, nog voordat die wetsteks op sigself bestudeer word.[74] In 'n neutedop kom dit daarop neer dat wetsuitleg begin met

---

72 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 457; Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 22.

73 Vir 'n toepassing van hierdie beginsel, sien *Executive Council, Western Cape Legislature v President of the Republic of South Africa* 1995 10 BCLR 1289 (KH); 1995 4 SA 877 (KH).

74 Botha *Wetsuitleg: 'n Inleiding vir Studente* 1998 39ev.

die Grondwet, en nie met die betrokke wetsteks nie.[75] Die teks van die handves van fundamentele regte en die Grondwet word gebruik as vertrekpunt om die taalkundige betekenis van die woorde wat gebruik word en die samehang van die bepaling met ander bepalings en die Grondwet as geheel te bepaal.[76]

- Ingevolge artikel 39(1)(a) moet die howe tydens die uitleg van die fundamentele regte die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid, gelykheid en menswaardigheid ten grondslag lê, bevorder. Regterlike diskresie moet derhalwe teen die agtergrond van die bepalings van die Grondwet uitgeoefen word.[77]

- Ingevolge artikel 39(1)(b) is dit gebiedend dat 'n regsprekende beampte[78] volkereg (*international law*) in ag neem tydens die uitleg van die fundamentele regte. Die ooreenstemmende bepaling in die 1993-Grondwet het verwys na die beginsels van die volkereg van toepassing op die beskerming van fundamentiele regte (*international human rights*). Botha kritiseer hierdie aspek in die 1996-Grondwet en wys daarop dat slegs 'n sekere vertakking van die volkereg op 'n fundamentele regtebedeling van toepassing is – dit kan lei tot onsekerheid oor welke aspekte van die volkereg relevant is en hier toegepas moet word met die verdere probleem dat die aanwending van die volkereg 'n

---

75 Kruger "Is Interpretation a Question of Common Sense? Some Reflections on Value Judgments and Section 35" 1995 *CILSA* 1 9; Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 86.

76 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 295. Vergelyk ook par 17 in die uitspraak van *Zuma* 1995 4 BCLR 401 (KH), 1995 2 SA 642 (KH).

77 Dit is in ooreenstemming met die beslissing gegee in *Acheson* 1991 2 SA 805 (NmHC) 813B-D: "The spirit and tenor of the constitution must therefore preside and permeate the processes of judicial interpretation and judicial discretion... I think Mr Grobbelaar was correct in submitting that I should have regard to these provisions in exercising my discretion. They constitute part of the constitutional culture which should influence my discretion. No judicial officer should ignore that culture, where it is relevant, in the interpretation or application or in the exercise of a discretion."

78 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 90 wys tov hiedie bepaling daarop dat die begrip "geregshof" (*court of law*) in artikel 35 van die 1993-Grondwet verbreed is om te lees *every court, tribunal of forum* in die 1996-Grondwet wat sal verseker dat regstoepassing in sogenaamde kwasi-judisiële liggame ook aan die hand van grondwetlike waardes sal geskied.

gebiedende bepaling is.[79] Alle internasionale verklarings en konvensies oor menseregte sal vir hierdie doeleindes in aanmerking geneem kan word. Die Grondwet bepaal ook dat die reëls van die internasionale gewoontereg wat Suid-Afrika bind, deel uitmaak van die Suid-Afrikaanse reg, tensy dit onbestaanbaar is met die Grondwet of 'n parlementswet.[80]

- Die Grondwet bepaal verder dat, by uitleg van die handves van fundamentele regte, buitelandse reg (*foreign law)* in ag geneem *kan* word.[81] Die ooreenstemmende bepaling in die 1993-Grondwet het verwys na vergelykbare buitelandse hofbeslissings (*comparable foreign case law*). Botha kritiseer hierdie aspek in die 1996-Grondwet deur daarop te wys dat nie alle buitelandse regsbeginsels relevant is by die uitleg van 'n oppermagtige grondwet nie. Hy is van mening dat hierdie bepaling weer eens tot onsekerheid kan lei, omdat nie alle uitleggers en aanwenders van die Grondwet sal weet dat dit *vergelykbare* buitelandse reg is wat ter sprake is nie.[82] Vermoedelik sal die sogenaamde *international human rights law*, wat bestaan uit verskeie dokumente waarin fundamentele regte en vryhede vervat is,[83] ook hier van toepassing wees. Volgens die South African Law Commission Draft Constitution vorm hierdie dokumente 'n sogenaamde *international code*. Oor die jare heen het reëls en bepaalde werkswyses ontwikkel met betrekking tot

---

79 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 91.

80 A 232. Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 295.

81 A 39(1)(c).

82 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 91.

83 Sechel "Vertolking van die Grondwet" 1996 *Die Landdros* 32 37 wys daarop dat 'n hele nuwe sfeer van die reg, die sogenaamde *international human rights law*, nou van toepassing is in Suid-Afrika. Hierdie *international human rights law* bestaan uit verskeie dokumente waarin fundamentele regte en vryhede vervat is, onder andere *The Bermuda Constitution Act* (1967); *The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1953) (Cmd 8969); *United Nations' Universal Declaration of Human Rights* (1948); *American Convention*, ook gedeeltes van die *American Constitution*. Bovermelde dokumente vorm 'n sogenaamde *international code* wat gereflekteer word in die South African Law Commission Draft Constitution.

die toepassing en interpretasie van die *international code*.[84] Die howe beklemtoon deurgaans dat die reg van ander state nie deurslaggewend kan wees vir die uitleg en toepassing van die Suid-Afrikaanse handves nie – tog word in baie sake op groot skaal na hofbeslissings uit ander stelsels verwys.[85]

Rautenbach en Malherbe[86] is van mening dat, benewens bogenoemde, die volgende aspekte ook in aanmerking geneem moet word by grondwetuitleg:

- Die Konstitusionele Hof het dit al dikwels gestel dat die betekenis van die regte in die handves bepaal kan word met verwysing na die menseregteskendings in die verlede – die Grondwet poog om die skade te herstel en om herhalings daarvan te voorkom.[87]

- Inligting oor die onderhandelings oor die Grondwet mag gebruik word om te bepaal waarom sekere bepalings ingesluit of uitgelaat is indien die inligting *duidelik, onomstrede en relevant* is. Volgens gemelde skrywers behoort 'n verdere vereiste te wees dat die inligting *algemeen toeganklik* moet wees – hulle voer tereg aan dat dit onbillik sou wees indien bronne gebruik word wat slegs vir sommige partye beskikbaar is.

---

84 Volgens Sechel "Vertolking van die Grondwet" 37 is daar in sommige gevalle selfs betekenisse aan woorde geheg wat drasties verskil van die gewone woordeboekbetekenisse. Uit *ANC (Border Branch) v Chairman, Council of the State of Ciskei* 1992 4 SA 434 (CKGD) 445B blyk dit dat: "From the authorities...it is clear that not only have certain rules of international law developed over the past two decades, but the application and interpretation thereof have become generally accepted. So too have certain words obtained specific meanings, which in certain circumstances even vary or deviate from the ordinary dictionary meaning thereof.

This acceptance is clearly illustrated by the South African Law Commissions' Draft Constitution and Report published earlier this year for public information and comment. From a reading thereof, it is clear that the Draft Constitution incorporated many of the fundamental rules and the interpretation of the international 'code'."

85 Sien bv die verwysing in par 23 in die saak van *Williams* 1995 7 BCLR 861 (KH), 1995 3 SA 632 (KH).

86 *Staatsreg* 296.

87 In hierdie verband, sien *Mhlungu* 1995 7 BCLR 793 (KH), 1995 3 SA 867 (KH) par 7 en 111.

- Die sertifisering van die 1996-grondwetlike teks deur die Konstitusionele Hof het daarop neergekom dat die Hof bevind het dat elke bepaling van die Grondwet voldoen aan die grondwetlike beginsels in die Oorgangsgrondwet (1993-Grondwet). In die toekoms moet interpretasies gevolg word wat bestaanbaar is met die grondwetlike beginsels in die Oorgangsgrondwet.[88]

4.4.2 Die waardes wat die Grondwet onderskraag

In die voorrede van die 1996-Grondwet word dit uitdruklik gestel dat een van die oogmerke van die grondwet is die daarstelling van 'n *society based on democratic values, social justice and fundamental human rights*. Artikel 1 verwys voorts na Suid-Afrika as 'n *sovereign democratic state* wat gebaseer is op sekere waardes.[89] Een van hierdie waardes, die *rule of law*, word dikwels as versamelnaam gebruik vir onder andere die volgende leerstukke, beginsels en waardes:[90] *due process of law*,[91] die

---

88 *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 10 BCLR 1253 (KH) par 43. Die Kanadese benadering om tydens die uitlegproses die *doel* van 'n bepaling in die handves vas te stel (die sogenaamde "purposive"-benadering, is gewild onder die Suid-Afrikaanse skrywers (sien bv Kentridge en Spitz "Interpretation" in Chaskalson ea *Constitutional Law of South Africa* 11-8 en Basson *South Africa's Interim Constitution: Text and Notes* 58) en word deur die Konstitusionele Hof onderskryf in *Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH) par 9. Om die *doel* van 'n bepaling vas te stel, moet die bepaling uitgelê word, en met die uitleg (om die doel vas te stel) word die volgende in ag geneem: die handves as geheel, die taal wat gebruik word, die geskiedenis van die bepaling en die betekenis en doel van ander regte, dit wil sê, deur die aanwending van die riglyne hierbo genoem.

89 A 1 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 lees soos volg:
"The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values:
(a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms.
(b) Non-racialism and non-sexism.
(c) Supremacy of the constitution and the rule of law.
(d) Universal adult suffrage, a national common voters roll, regular elections and a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness."

90 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 5 voeg ook nog hier by: die beginsel van wetmatigheid van die administrasie wat hy bespreek op 136-137. Tov *rule of law*, sien afd 2.4.

91 Sien die bespreking in afd 2.6.1.

leerstuk van skeiding van magte,[92] die legaliteitsbeginsel,[93] konstitusionalisme[94] en die begrip menseregte.[95] Die Grondwet is dus 'n waarde-belaaide dokument: dit word deur 'n aantal uitdruklik geformuleerde sowel as ongeskrewe waardes en norme onderskraag. Die fundamentele beginsels is nie alleen 'n vergestalting van die ideale waartoe die gemeenskap in Suid-Afrika verbind is nie, maar dit stel ook riglyne daar waaraan owerheidsoptrede moet voldoen. Daar word ook van die howe vereis om ingevolge artikel 39(1)(a) en 39(2) waarde-oordele te vel in die lig van die grondwetlike waardes.

Afgesien van die waardes hierbo vermeld (die waardes vervat in die voorrede en die verwysing na *rule of law*) bevat artikel 1 waardes soos *human dignity* (menswaardigheid), *the achievement of equality* (gelykheid), *the advancement of human rights and freedoms* (menseregte en vryheid). Daar word ook na soortgelyke waardes verwys in artikel 39(1)(a) waar vereis word dat die howe die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op *human dignity* (menswaardigheid), *equality* (gelykheid) en *freedom* (vryheid) ten grondslag lê, moet bevorder.

Die Grondwet word ook onderskraag deur ongeskrewe waardes wat nie uitdruklik in die teks van die Grondwet voorkom nie.[96] By hierdie ongeskrewe waardes word

---

92 Sien die bespreking in afd 2.7.

93 Sien die bespreking in afd 2.5.

94 Bryner "Constitutionalism and the Politics of Rights" in Bryner en Reynolds *Constitutionalism and Rights* 7 stel dit soos volg: "Constitutionalism has at its roots the idea of protecting the rights of individuals and minorities from majoritarian actions." Rosenbaum *Constitutionalism – The Philosophical Dimension* 4 som dit op: "Constitutionalism has evolved to mean the legal limitations placed upon the rightful power of government in its relationship to citizens. It includes the doctrine of official accountability to the people or to its legitimate representatives within the framework of fundamental law for better securing citizens' rights" – (redakteursinleiding); Joubert *Legaliteitsbeginsel* 5.

95 Sien die bespreking in afd 2.8.

96 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 89 verwys hierna as die "...ekstratekstuele faktore (die Grondwet se kontekstuele omgewing) wat nie uitdruklik in die teks gesetel is nie. Kruger "Is Interpretation A Question of Common Sense?" 15 omskryf dit as die "constitutionally relevant existential environment". Sien in hierdie verband ook Wiechers "The Fundamental Laws behind our Constitution" in Kahn *Fiat Iustitia: Essays in Memory of Oliver Schreiner* 1985 383 ev; Kruger "Regspositivisme en die 'Ongeskrewe' Teks van die (Nuwe) Grondwet" 229 ev.

ingesluit die natuurregbasis van die Romeins-Hollandse reg,[97] die algemene Westerse liberale regsidee en Suid-Afrikaners se politieke en konstitusionele geskiedenis.[98] Volgens Botha[99] kan die beginsels en waardes inherent aan die Afrika-begrip *ubuntu* ook as 'n hulpmiddel gebruik word by wetsuitleg.[100] Dit kom in beginsel neer op 'n praktiese humanistiese houding teenoor die wêreld, en verwys na deernis, medemenslikheid, verdraagsaamheid en billikheid. Die hof het in *Makwanyane*[101] daarop gewys dat:

> "Generally, *ubuntu* translates as 'humaneness'. In its most fundamental sense, it translates as 'personhood' and 'morality'."

Die hof het voortgegaan:

> "While it envelops the key values of group solidarity, compassion, respect, human dignity, conformity to basic norms and collective unity, in its fundamental sense it denotes humanity and morality. Its spirit emphasises respect for human dignity, marking a shift from confrontation to conciliation."

Kruger[102] verwys ook na die *ongeskrewe teks* van die Grondwet en omskryf dit as dié agterliggende, onderliggende en geïmpliseerde waardes wat as gevolg van regshistoriese en regstradisionele redes, maar ook as gevolg van die aard van die grondwetlike regsorde wat deur die grondwet self ingestel word, implisiet deel van die grondwet uitmaak. Hy is van mening dat dit aan die howe oorgelaat word om, met inagneming van byvoorbeeld faktore en oorwegings soos *tradition and usages*,

---

97 Devenish "The Interpretation of Justiciable Rights in South Africa's Interim Constitution" 1995 *De Jure* 249 276.

98 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 89. Die hof het in *Diepsloot Residents' and Landowners Association v Administrator, Transvaal* 1994 3 SA 336 (A) die agtergrond van die ontwikkelings om apartheid af te skaf, in ag geneem as hulpmiddel by wetsuitleg.

99 *Wetsuitleg: 'n Inleiding vir Studente* 111-112; Kentridge "Bills of Rights – the South African Experiment" 1996 *LQ Review* 237 261; Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 88.

100 Die slotrede van die Engelse weergawe van die 1993-Grondwet verwys na die Afrika-begrip *ubuntu* (in die Afrikaanse weergawe word dit vertaal met medemenslikheid). Ten opsigte van *ubuntu* sien verder ook English "*Ubuntu*: The Quest for an Indigenous Jurisprudence" 1996 *SAJHR* 641.

101 1995 3 SA 391 (KH) 501D-E.

102 "Regspositivisme en die 'Ongeskrewe Teks" van die (Nuwe) Grondwet" 333-234.

recognition of character and origin en *fundamental rights and freedoms*[103] die

> "...sodanige 'ongeskrewe grondwet' te vind, aan te dui, betekenis daaraan te verleen en toe te pas. Deur aldus 'aktivisties' te werk te gaan, 'aktiveer' die regspreker as 't ware regswaardes wat nie uitdruklik in die primêre teks neergelê is nie, maar wat tog 'n geïmpliseerde deel van die teks uitmaak."

Dit word aan die howe opgedra om die waardes wat die Grondwet onderskraag, te beskerm.[104] Die noodwendige gevolg hiervan is dat die howe sekere waarde-oordele tydens die uitleg en toepassing van alle wetgewing moet vel. Die uiteindelike beslissing sal die resultaat wees van 'n proses van afweging van botsende belange en regte omdat geeneen van die waardes wat die Grondwet onderskraag, absoluut is nie. Botha kom tot die slotsom dat wetsuitleg gevolglik nie langer 'n meganiese herkonstatering van 'n parlementêre *bedoeling* kan wees nie, maar 'n dinamiese en beoordelende aktiwiteit is.[105]

4.4.3 Beginsels van wetsuitleg en die oppermagtige Grondwet

Sonder om in diepte in te gaan op die verskillende metodes van wetsuitleg,[106] wat in elk geval buite die omvang van die onderhawige ondersoek val, sal die volgende afdeling gewy word aan enkele geselekteerde beginsels van wetsuitleg wat in die verlede 'n impak op wets- en grondwetuitleg gehad het en in die toekoms moontlik ook kan hê, en wat spesifiek verband hou met die aspek van diskresie-aanwending

---

103 In hierdie verband verwys hy na *Mwandingi v Minister of Defence, Namibia* 1991 1 SA 851 (NmH) waar die hof op 858 verklaar:
"A constitution is a legal instrument giving rise, amongst other things, to individual rights capable of enforcement in a court of law. Respect must be paid to the language which has been used and the tradition and usages which have given meaning to that language. It is quite consistent with this and with the recognition that rules of interpretation may apply, to take as a point of departure for the process of interpretation a recognition of the character and origin of the instrument, and to be guided by the principle of giving full recognition and effect to those fundamental rights and freedoms with a statement of which the Constitution commences."

104 Die hof het in *A Juvenile* 1990 4 SA 151 (ZSC) 176B daarop gewys dat die Grondwet, as hoogste reg in die land, 'n onskendbare verpligting (*sacred trust*) op die howe plaas om die fundamentele regte te beskerm.

105 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 89. Sien ook Kruger "Is Interpretation a Question of Common Sense?" 11-19.

106 Vir 'n bespreking van hierdie aspek, sien Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 60 ev en die bronne daar aangehaal.

van regsprekende amptenare.

Alhoewel die Grondwet oppermagtig is, kan grondwetuitleg nie as geskeie van die uitleg van gewone wetgewing gesien word nie, aangesien die grondwet ook 'n wetsteks is en sekere beginsels van wetsuitleg[107] in 'n mindere of meerdere mate daarop van toepassing sal wees – onderhewig natuurlik aan die kwalifikasie dat 'n oppermagtige grondwet die hoogste reg in die regsorde beliggaam.[108] As gevolg van die besondere status van die oppermagtige grondwet, is grondwetuitleg[109] ook nie identies aan gewone wetsuitleg[110] nie.[111] 'n Grondwet is *sui generis*:[112] dit omvat die gemeenskapswaardes waaraan alle ander wetgewing en owerheidsoptredes moet voldoen[113] – dit is 'n waarde-belaaide verwysingsraamwerk waarbinne alles moet

---

107 Devenish "The Interpretation of Justiciable Rights in South Africa's Interim Constitution" 260-268.

108 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 62 wys daarop dat enige toepaslike beginsel van gewone wetsuitleg nogtans by die aard van die grondwet moet aanpas en verwys na die uitspraak in *Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison* 1994 4 SA 592 (SO) 597F wat verduidelik dat "[t]he interpretive notion of ascertaining 'the intention of the Legislature' does not apply in a system of judicial review based on the supremacy of the Constitution, for the simple reason that the Constitution is sovereign and not the Legislature. This means that both the purpose and method of statutory interpretation should be different from what it was before the commencement of the Constitution on 27 April 1994."

109 Grondwetlike interpretasie is *sui generis* van aard. Sien in hierdie verband Joubert *Legaliteitsbeginsel* 438; Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 60 ev; Kruger "Is Interpretation A Question of Common Sense?" 2; Du Plessis "The Interpretation of Bills of Rights in South Africa: Taking Stock" in Kruger en Currin *Interpreting A Bill of Rights* 1994 1 5; Kruger "Towards A New Interpretive Theory" in Kruger en Currin *Interpreting A Bill of Rights* 103 109; *Ntenteni v Chairman, Council of State* 1993 4 SA 546 (Ck); *Matinkinca v Council of State Ciskei* 1994 1 BCLR 17 (Ck).

110 In hierdie verband sien Du Plessis "The Interpretation of Bills of Rights in South Africa" 1; Trakman "Interpreting a Bill of Rights: Canada and South Africa Compared" in Kruger en Currin *Interpreting a Bill of Rights* 1994 26; Erasmus "Limitations and Suspension" in Van Wyk ea (reds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* 1994 633 ev.

111 Die verskil tussen grondwetuitleg en gewone wetsuitleg is soos volg verduidelik deur die hof: "The interpretation of the Constitution will be directed at ascertaining the foundational values inherent in the Constitution, whilst the interpretation of the particular legislation will be directed at ascertaining whether that legislation is capable of an interpretation which conforms with the foundational values or principles in the Constitution." – *Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison* 1994 4 SA 592 (SO) 597G-H.

112 *Minister of Home Affairs (Bermuda) v Collins MacDonald Fisher* [1980] AC 319 (PC) 328-9.

113 *Executive Council, Western Cape Legislature v The President of the Republic of South Africa* 1995 4 SA 877 (KH) par 62; *Nortje v Attorney General, Cape* 1995 2 SA 460 (K) op 471D-F.

funksioneer, waarteen alle optredes getoets moet word en die instrument waarvolgens kompeterende regte, waardes en belange beoordeel moet word.[114] Die aard van 'n grondwet is oor die algemeen toekomsgerig en die taalgebruik is soepel sodat dit kan ontwikkel om aan toekomstige veranderinge en eise te voldoen.[115]

Sekere regskrywers[116] huldig egter ook die standpunt dat die verskille tussen grondwetuitleg en gewone wetsuitleg nie oorbeklemton moet word nie – hulle gee toe dat in beide gevalle daar sprake is van wetgewende instrumente wat uitgelê moet word en dat die tradisionele wetsuitlegmetodiek wat in 'n bepaalde regsorde gebruik word noodwendig aanvanklik 'n invloed sal hê op die metode van grondwetuitleg wat deur die howe gebruik sal word. Botha wys daarop dat in hierdie opsig het "artikel 35(3) van die 1993-Grondwet, en die identiese artikel 39(2) van die 1996-Grondwet nie net die grense tussen grondwetuitleg en 'gewone' wetsuitleg laat vervaag nie, maar ook wets- en grondwetuitleg in Suid-Afrika binne dieselfde 'familie' van uitlegmetodiek geplaas".[117]

4.5 DIE ROL VAN REGTERLIKE DISKRESIE BY REGTERLIKE AKTIVISME EN REGTERLIKE REGSVORMING

In die afdeling wat hieronder volg word die begrippe regterlike aktivisme en regterlike regsvorming onder die loep geneem. Daar word gekyk na die omstandighede wat aanleiding gee tot regterlike aktivisme en regterlike regsvorming en die rol wat die diskresie van die regsprekende amptenaar speel.

Regterlike aktivisme kom gewoonlik ter sprake wanneer verwys word na die rol van

---

114 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 61. *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (KH) par 302; *Qozeleni v Minister of Law and Order* 1994 3 SA 625 (O) 634F.

115 *Edwards v Attorney General of Canada* [1930] AC 124 136.

116 Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights*" 88.

117 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 62.

die howe tydens wetsuitleg.[118] Herdegen[119] wys daarop dat die siening van regterlike aktivisme verskil van regstelsel tot regstelsel as gevolg van eiesoortige omstandighede:

> "The qualification of a judicial attitude as 'activist' rather than 'restrained' is strongly influenced by the political, cultural and jurisprudential environment and related to certain expectations emanating from other organs of state, political associations and academic lawyers."

Die Amerikaanse regsliteratuur word gekenmerk deur 'n onderskeid tussen *judicial activism* en *judicial restraint*: aktivisme word gedefinieer deur te verwys na die grense van die regbank se diskresie-uitoefening, maar daar word ook dikwels verwys na die *original intent of the Framers*, asook regters se standpunte oor meerderheidsregering en politieke instellings.[120] Parde[121]stel dit soos volg:

> "Although scholars have frequently commented on judicial activism, no single definition of 'judicial activism' has been widely accepted. Commentators have variously defined judicial activism as occurring when a court forsakes 'neutral principles' when deciding an issue, when a court unnecessarily creates policy in an area which should be left for the legislature, or when a court nullifies legislation. Other discussions of judicial activism generally focus on the judges' ideologies: liberal decisions are associated with activism and conservative decisions are associated with restraint."

Holland[122] omskryf dit soos volg:

> "Those judges who believe that it is legitimate for them to formulate social policy are called judicial activists; their colleagues who would confine the judiciary to the task of applying to specific cases laws and regulations made by the so-called 'political branches' of government are known as advocates of judicial restraint."

---

118 Labuschagne "Vrees, Selfbedrog, Pretensie en die Dinamiese Aard van Geregtigheid: 'n Regsantropologiese Evaluasie van die Evolusie van die Reëls van Wetsuitleg" 1994 *SAPR* 1.

119 "The Activist Judge in a "Positivistic" Environment – European Experiences" 1990 *Stell LR* 336 340.

120 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 10. Sien ook Wolfe *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security* 2-5.

121 "Judicial Decision Making: A Statistical Analysis of the Tennessee Supreme Court – 1992 Term" 1994 *Memphis State University LR* 325.

122 In die redakteursvoorwoord tot sy boek, *Judicial Activism in Comparative Perspective* vii.

Volgens Botha[123] is daar binne die onderskeie wetsuitlegbenaderings nie eenstemmigheid oor die aard en omvang van regterlike regsvorming nie. Hy wys daarop dat:

> "[V]oorstanders van 'n ortodokse resgpositivistiese en 'bedoeling-in-teks'-benadering beskou enige regterlike regsvorming as 'aktivisties', terwyl die voorstanders van doeldienende en teleologiese uitleg (wat wél regterlike regsvorming tydens wetsuitleg erken) op hul beurt die uitgangspunte van die vrye regsleer as 'aktivisties' sal kritiseer."

Vir doeleindes van hierdie bespreking kan die argumente oor regterlike regsvorming in twee opponerende standpunte ingedeel word: die tradisionele teksgebaseerde standpunt en, die normdoeldienende standpunt (wat die wyer uitlegbenaderings omvat).[124]

4.5.1 Die tradisionele teksgebaseerde standpunt

Hierdie standpunt blyk onder andere uit *Bulawayo Municipality v Bulawayo Waterworks Ltd*:[125] die duidelike woorde van die wetgewing moet as die bedoeling van die wetgewer aanvaar word. Slegs indien die teks onduidelik en dubbelsinnig is, mag die hof ander sekondêre en tersiêre hulpmiddels ondersoek om die bedoeling van die wetgewer vas te stel. Die regsprekende amptenaar mag slegs die wetgewing uitlê in die lig van die woorde wat die wetgewer self gebruik het. Enige veranderings, regstellings of aanvullings word aan die wetgewer oorgelaat in ooreenstemming met die sogenaamde *iudicis est ius dicere sed non dare*-reël.[126] Die aanhangers van hierdie standpunt is van mening dat regterlike regsvorming tydens wetsuitleg daartoe

---

123 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 10.

124 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 92.

125 1915 CPD 435 445: "The intention of the legislature can alone be gathered from what it has actually said, and not from what it may have intended to say, but has not said."

126 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 93. In *Engels v Allied Chemical Manufaturers (Pty) Ltd* 1993 4 SA 45 (Nm) 54A-B verduidelik die hof dat die beweegrede agter hierdie standpunt is dat "...by remedying a defect which the Legislature could have remedied the court is usurping the function of the Legislature and making law, not interpreting it".

aanleiding kan gee dat regsprekende amptenare die reg sal kan verander met "oewerlose diskresionêre uitsprake".[127]

4.5.2 Die normdoeldienende standpunt

Botha[128] verduidelik dat die aanhangers van hierdie standpunt van mening is dat die uitlegger wel 'n regsvormende funksie tydens wetsuitleg het – só 'n skeppende rol van die howe is nie 'n oorname van die wetgewer se wetgewende funksie nie, want dit word beperk tot skeppende regsvorming aan die sy van die wetgewer binne die deur-die-wet-gegewe raamwerk.[129] Volgens Labuschagne[130] vervul die regsprekende amptenaar 'n periferiese en ondergeskikte regskeppende funksie en derhalwe vorm die hof in 'n bepaalde konkrete geval onvermydelik deel van die wetgewingsproses, met die oog op bevrediging van die wetgewingsproses binne die regsorde om 'n sogenaamde allesomvattende wetsomskrywing te voorkom, en in elke konkrete geval die geregtigheidsideaal te verwesenlik:

> "Die howe is na alles die laaste skakel in die wetgewingsproses en dit behoort ook hulle taak te wees om toe te sien dat die wetgewingsproses 'n sinvolle en geregtigheidsgerigte einde het."[131]

Volgens Holland[132] ontstaan regterlike aktivisme wanneer howe hulself nie beperk tot die beregting van regsgeskille nie, maar hul wend tot die maak van sosiale beleid, waardeur baie meer mense geraak word as wat die geval sou wees indien die

---

127 Visser "A Successful Constitutional Invasion of Private Law" 1995 *THRHR* 745; Lane "The Changing Role of the High Court" 1996 *Australian LJ* 246.

128 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 93.

129 Sien ook Henning *Oor die Begrip Diskresie in die Administratiefreg* 242.

130 "Die Uitlegsvermoede teen Staatsgebondenheid" 1978 *TRW* 42 62; Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 94.

131 Labuschagne "Die Leemtebegrip by Wetsuitleg" 1985 *TSAR* 55 60; Henning *Oor die Begrip Diskresie in die Administratiefreg* 252.

132 *Judicial Activism* redakteursinleiding 1.

regbank hom beperk het tot die beslegting van afgebakende geskille.[133] 'n Regsvergelykende ondersoek na die posisie van regterlike aktivisme in verskillende regstelsels[134] het aangetoon dat:

- regterlike aktivisme as teenstaander van regspositivisme[135] beskou moet word en neig om die parlementêre stelsel van meerderheidsoorheersing te ondermyn;
- toestande en faktore wat geblyk het regterlike aktivisme te bevorder onder andere insluit:[136] federalisme, 'n geskrewe grondwet, regterlike onafhanklikheid, die afwesigheid van afsonderlike administratiewe howe, 'n mededingende politieke partystelsel, vrye toegang tot die howe en openbare vertroue in die howe;[137]
- regterlike aktivisme gestimuleer word deur:[138]
  - politieke en sosiale omwentelinge,

---

133 Holland *Judicial Activism* 1 wys daarop dat die VSA beskou word as die voorloper op die gebied van regterlike aktivisme: "Judges in the United States, especially justices of the Supreme Court, have been making law for more than a century. The best example from the antebellum period is *Dredd Scott v Sandford*...in which the Court established a national policy of permitting the extension of slavery to all the western territories, regardless of the wishes of the territorial legislatures, the Congress, or the president. During the Progressive Era, the Court established a policy of free labor markets and vetoed efforts of the state and federal legislatures to restrict liberty of contract through minimum wage, maximum hour, and child labor legislation. More recently, the Supreme Court has made national policies regarding the racial composition of schools and work places, school prayer, capital punishment, apportionment of seats in the legislature, birth control, and abortion."

134 Sien in hierdie verband ook die insiggewende studie deur Cappelletti "The Law-Making Power of the Judge and its Limits: A Comparative Analysis" 1981 *Monash University LR* 15.

135 Die howe wat die voorlopers was op die gebied van regterlike aktivisme openbaar 'n neiging tot erkenning van 'n hoër reg, terwyl regspositivisme vermy word. Die *Supreme Court* van die VSA het bv verkondig dat die bron van die Grondwet se gesag "was not that it was the will of the sovereign people but that it coincided with the higher law of nature". Regspositivisme is daarenteen gesien as "...the view that the law is the will of the sovereign backed by force." Holland *Judicial Activism* 4-5.

136 Holland *Judicial Activism* 7: "Among the structural features associated with judicial activism are federalism, a written constitution, judicial independence, a lack of separate administrative courts, a competitive political party system, and generous rules of access to the courts. Certain traditions, doctrines, and ideas also can galvanize the courts: the common law tradition, the concept of limited government, high esteem for judges, and a social consensus on fundamental regime questions."

137 Holland *Judicial Activism* 7-10.

138 Holland *Judicial Activism* 26-29.

- huiwering van die wetgewer om netelige kwessies in wetgewing aan te spreek en dit liewer aan die regbank oor te laat vir oplossing daarvan,
- die sogenaamde legitimiteitskrisis: 'n algemene ontnugtering aan die kant van die gemeenskap oor die waarde en rol van tradisionele politieke instellings lei gewoonlik daartoe dat die uitvoerende gesag genoodsaak is om die howe sover moontlik by beleidsbesluite te betrek.

Die teenpool van die benadering van regterlike aktivisme is die benadering van non-intervensie of regterlike selfbeheersing (huiwering, onaktivisme, positivistiese tradisionalisme) en hou verband met die regspositivistiese benadering wat reeds vroeër in hierdie hoofstuk bespreek is.[139] Op die middeweg tussen hierdie twee uiterstes vervul die regbank 'n belangrike rigtinggewende en regsvormende rol in die gemeenskap.[140] Goldstone is van mening dat 'n regsprekende amptenaar wel in 'n gepaste geval 'n aktivistiese rol het om te vervul met die voorbehoud, dat die regsprekende amptenaar in die voor-die-hand-liggende gevalle nie vooroordeel moet toon of opmerkings moet maak wat aanvaarde morele standaarde sou te na kom of in 'n openbare debatvoering betrokke moet raak nie:[141]

> "Frequently it is difficult to decide where moral precepts and standards end and where strictly political doctrine begins. In that area, in my view, if a judge is to err, it should be on the side of defending morality. By doing so he or she will be protecting the integrity of the judiciary."

---

139 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 460. Dit verwys ook na die siening van regters dat hul funksie is om reg te spreek (*ius dicere)* en nie om reg te skep nie (*ius facere*) – *Seluka v Suskin and Salkow* 1912 TPD 258 270. Sien ook Steyn "Oor die Taak van Regbank" 107.

140 Bell *Policy Arguments in Judicial Decisions* 248 som dit soos volg op: "If the values of the system are considered in society as those which will achieve justice, then society needs to require that they be enforced. The most effective means of achieving this is to appoint as officials of the system those who believe that the system is justified as a means of achieving that goal and are politically committed to it. Such a commitment seems implied in the judicial oath to do 'justice according to law'." Dhlamini "The Political Nature of the Judicial Function" 1992 *THRHR* 411.

141 "Do Judges Speak Out?" 1994 *SALJ* 258 266 noem 'n paar voor-die-hand-liggende gevalle: "Judges should avoid becoming or giving the appearance of being committed to a political party or policy. They should not show prejudice against particular persons or groups of persons. They should not make comments offending against generally accepted moral standards. They should avoid gratuitous controversy. These are the obvious cases." Sien ook Joubert *Legaliteitsbeginsel* 461; *Govender* 1986 3 SA 969 (T).

Hierby kan gevoeg word die uitspraak van regter Didcott, wat per geleentheid moes verklaar of die toepassing van 'n wet op 'n lid van die Swart gemeenskap in ooreenstemming met geregtigheid (*in accordance with justice*) was, het verklaar:

> "It may have been in accordance with the legislation and, because what appears in legislation is the law, in accordance with that too. But it can hardly be said to have been 'in accordance with justice.' Parliament has the power to pass the statutes it likes, and there is nothing the courts can do about that. The result is law. But that is not always the same as justice. The only way that Parliament can ever make legislation just is by making just legislation."[142]

Botha[143] wys egter daarop dat ingevolge die Grondwet die regbank verplig is om die fundamentele waardes aktief te vestig en te bevorder:

> "...fundamentele regte is nie absoluut nie en kan beperk word, maar die beskerming en afdwinging van fundamentele regte vorm een van die grondslae van 'n fundamentele regtebedeling: om ten gunste van grondwetlike waardes en regte te beslis, kan nie as 'aktivisties' beskryf word nie...die howe moet daardie waardes wat uitdruklik in die Grondwet gepositiveer is (asook die sg 'ongeskrewe' waardes wat die geskrewe waardes en regte onderskraag), aktief in die regsorde vestig en bevorder. Die aktivering ('animering') van die fundamentele grondwetlike waardes is dus nie aktivisties in die Amerikaanse sin van die woord nie: dit is bloot die materiële regstaat-in-aksie."

Die howe se toetsingsbevoegdheid asook hul funksie van regterlike regsvorming blyk duidelik uit die beslissing van *Matiso v The Officer Commanding, Port Elizabeth Prison*.[144] Die hof, by monde van regter Melunsky, het daarop gewys dat in die lig van die oorgang in Suid-Afrika van 'n stelsel van parlementêre soewereiniteit na 'n stelsel gebaseer op die opperheerskappy van die Grondwet, dit belangrik is om te verstaan waarom die Grondwet anders as "gewone" wetgewing geïnterpreteer moet word: grondwetlike interpretasie impliseer die toetsing van wetgewing teen die waardes en beginsels vervat in die Grondwet (saam met die bepaling van die inhoud van hierdie fundamentele waardes). Die interpretasie van ander wetgewing is gerig op vasstelling

---

142 *In re Dube* 1979 3 SA 820 (N). Neier "Judiciary's Role in South Africa" 1169; Stephen "Judicial Independence" 530.

143 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 11-12.

144 1994 3 BCLR 80 (SOK).

of dit vatbaar is vir interpretasie wat voldoen aan die fundamentele waardes en beginsels van die Grondwet. Dit blyk dus dat grondwetlike interpretasie in hierdie sin nie gemoeid is met die letterlike betekenis van wette nie.[145] Die waardes en beginsels in die Grondwet vervat is (weens hulle algemene gelding) wyd en algemeen verwoord – derhalwe rus die verantwoordelikheid by die howe om in enige gegewe situasie 'n spesifieke inhoud aan hierdie waardes en beginsels te gee. Juis deur dit te doen sal regsprekende amptenare, sonder uitsondering, nuwe reg skep.[146] Die Grondwet gee uitdruklik erkenning aan regterlike regsvorming deur voorsiening te maak vir regterlike kontrole gegrond op die opperheerskappy van die Grondwet en deur die grondliggende sorgsaamheid om 'n konstitusionele stelsel tot stand te bring wat gebaseer is op onder andere openheid, demokratiese beginsels en menseregte. Vergelyk ook die bespreking ten opsigte van waarde-geöriënteerde grondwetuitleg hierbo.

Voorts kan ook gewys word op die verband tussen regterlike diskresie en regterlike regsvorming. Hart[147] verwys soos volg na die omstandighede wat aanleiding gee tot die regsprekende amptenaar se regsvormende rol:

> "...in the vast majority of cases that trouble the courts, neither statutes nor precedents in which the rules are allegedly contained allow of only one result. In most important cases there is always a choice...all rules have a penumbra of uncertainty where the judge must choose between alternatives."

Volgens Barak kom regterlike diskresie in beginsel neer op regterlike regsvorming wanneer die regsprekende amptenaar tussen geoorloofde[148] moontlikhede die een enkele opsie kies wat bindend is op die onderskeie partye – sodoende word nuwe reg geskep.[149] Barak verwys na verskeie bronne en toon aan dat die standpunt dat

---

145 87H.

146 87I.

147 *The Concept of Law* 12.

148 Barak *Judicial Discretion* 7 wys op die belangrikheid dat die moontlikhede waaruit gekies moet word *geoorloof* moet wees.

149 *Judicial Discretion* 108.

regterlike diskresie bevorderlik is vir regsvorming vry algemeen aanvaar word.[150]

Aan die ander kant van die spektrum is daar ook kritici wat regterlike aktivisme nie as positief beskou nie, maar eerder sien as aanmatiging van wetgewersbevoegdhede, manipulasie van wetgewing[151] en verlies aan onpartydigheid.[152] Verder word die standpunt gehuldig dat, indien die wetgewende en uitvoerende gesag hul plig versuim en die hantering van netelige sosiale en politiese aspekte oorlaat aan die howe, is die howe genoodsaak om by wyse van regsvorming besluite te neem ten opsigte van hierdie aangeleenthede wat vervat word in hul hofbeslissings[153] – die beswaar is dan eintlik dat die regbank die legitieme ontwikkeling van die reg oorskry het en die wetgewer se funksies oorgeneem het,[154] wat weer vrae laat ontstaan oor die howe se

---

150 Sien die literatuurlys op 109-110. Hy wys bv na die Engelse beslissing *Jones v Secretary of State* [1972] All ER 145 198 (HL) waar die hof beslis: "In this country it was long considered that judges were not makers of law but merely its discoverers and expounders. The theory was that every case was governed by a relevant rule of law, existing somewhere and discoverable somehow, provided sufficient learning and intellectual rigour were brought to bear...But the true, even if limited, nature of judicial law-making has been more widely acknowledged of recent years."

151 Lasser *The Limits of Judicial Power* 2, 226 ev; Wright "A Call for Judicial Responsibility: The Need for Reasoned Restraint of Judicial Activism" 1986 *Ohio Northern University LR* 165; Meese en DeHart "Reining in the Federal Judiciary" 1997 *Judicature* 178.

152 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 464. Hy verwys ook na die standpunt van Devlin *The Judge* 4: "If a judge leaves the law and makes his own decisions, even if in substance they are just, he loses the protection of the law and sacrifices the appearance of impartiality which is given by adherence to the law." Sien ook Bennett "Judicial Activism and the Concept of Original Intent" 1986 *Judicature* 219 220.

153 Graglia "Do Judges Have a Policy-Making Role in the American System of Government?" 1994 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 119 120 verklaar: "The paradox is that although judicial policy-making is both oxymoronic and unconstitutional, it is one of the most prominent and distinguishing features of our present system of government. Asking whether judges have a policy-making role in the American system of government is like asking whether gravity has a role in the solar system."

154 Meese en DeHart "Reining in the Federal Judiciary" 1997 *Judicature* 178 kritiseer die regsprekende beamptes in die federale howe in die VSA omdat hulle hul regsvormende rol oorskry het deur hul eie persoonlike standpunte en vooroordele in die Grondwet in te lees: "America's founders created a democratic republic in which elected representatives were to decide the important issues of the day. In the framers' view, the role of the judiciary, although crucial, was to interpret and clarify the law – not to make law. The framers recognized the necessity of judicial restraint and the dangers of judicial activism. James Madison wrote in *The Federalist Papers* that to combine judicial power with executive and legislative authority was 'the very definition of tyranny'. Thomas Jefferson believed that '[i]t is a very dangerous doctrine to consider the judges as the ultimate arbiters of all constitutional questions. It is one which would place us under the despotism of an oligarchy'.

onafhanklikheid – die regbank se belangrikste eienskap is derhalwe afgetrokkenheid gebaseer op onafhanklikheid.[155] In *Dennis v United States* 341 US 494 (1957) stel die hof dit soos volg:

> "History teaches that the independence of the judiciary is jeopardized when courts become embroiled in the passion of the day and assume primary responsibility in choosing between competing political, economic and social pressures."

Regterlike inisiatief word nie net aan bande gelê deur 'n regspositivistiese regsorde[156] nie, maar daar is ook skrywers[157] wat meen dat regterlike aktivisme gekortwiek word deur die twee leidende dogmas van die moderne konstitusionele teorie: interpretivisme en die neutrale beginsels-teorie. Joubert[158] verduidelik[159] dat interpretivisme poog om die *rule of law* te bevestig deur die aanvaarding dat begrippe en reëls vir 'n geruime tyd 'n vasstaande betekenis sal dra; neutrale beginsels[160] doen

---

> Unfortunately, the federal judiciary has strayed far beyond its proper functions, in many ways validating Jefferson's warnings about judicial power. In no other democracy in the world do unelected judges decide as many vital political issues as they do in America. Supreme Court decisions based on the Constitution cannot be reversed or altered, except by a constitutional amendment. Such decisions are virtually immune from presidential vetoes or congressional legislation. Abraham Lincoln warned of this in his first inaugural address when he wrote:
>
> > '[T]he candid citizen must confess that if the policy of the government, upon vital questions, affecting the whole people, is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court...the people will have ceased to be their own rulers, having, to that extent, practically resigned their government into the hands of that eminent tribunal.' "

155 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 465.

156 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 465. Sien ook die bespreking tov regspositivisme vroeër in die hfst.

157 Tushnet "Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles" 1983 *Harvard LR* 781 782.

158 *Legaliteitsbeginsel* 465.

159 Hy verwys na Ely *Democracy and Distrust* 1 se verduideliking dat interpretivisme daarop neerkom dat regters hulle moet beperk tot die afdwing van norme wat in die grondwet verwoord is of wat implisiet maar kennelik daarby inbegrepe is.

160 Tov hierdie aspek verwys hy na Wechsler *Principles, Politics and Fundamental Law* 21 wat verduidelik dat die neutrale beginsel-teorie beteken dat die kern van die regterlike proses juis is dat dit werklik beginselgerig moet wees, en dat elke stap wat op die beslissing toegespits is moet berus op

- ontleding en redenering wat verder strek as die grense van die onmiddellike resultaat wat beoog word en
- gronde wat genoegsaam neutraal en algemeen is en wat getoets is, nie alleen aan die onmiddellike aanwending daarvan nie, maar ook aan die ander toepassings waartoe die betrokke beginsel hulle leen.

dieselfde deur te aanvaar dat almal wat in dieselfde kultuur deel, sal weet wat beteken die woorde en reëls wat deur regters aangewend word.

As gevolg van die inherente beperkings van taal en die geskrewe woorde waarin wetgewing beliggaam is behels wetsuitleg noodwendig 'n sogenaamde delegasie deur die wetgewer aan die regsprekende amptenaar vir die uiteindelike toepassing van 'n algemene reël. Alhoewel die opstel van wetgewing die primêre funksie van die wetgewer is, is daardie funksie nie eksklusief nie, aangesien die howe 'n sekondêre regsvormende rol vervul. Die regter is die sogenaamde eindregsvormer, en die wetgewer die sogenaamde hoofwetgewer.[161] Du Plessis[162] verduidelik hierdie standpunt soos volg:

> "The interpretation of statutes invariably – and by its very nature – involves much more than the mere reproduction of either the (supposed) plain meaning of language or the (supposed) intention of a legislature. It is much more a reconstruction of the generally framed provisions of an enactment with a view to their actual and specific application to and in a particular (and unique) concrete situation. This can still be done with due respect for the authority of the legislature, as long as the court bears in mind that its function is to interpret (ie to creatively reconstruct) the enactment without repromulgating it (ie making a 'new' one instead)."

Die wysiging of aanpassing van die voorlopige teksbetekenis behels die uitoefening van 'n regsvormende diskresie.[163] Henning[164] is weer van mening dat die aanvullende regsvorming slegs plaasvind nadat die uitlegsfeer verlaat is. Hy voer aan dat die regsvormende diskresie-uitoefening begin wanneer wetsuitleg eindig. Hy beklemtoon

---

Sien ook Christie "Objectivity and the Law" 1989 *Yale LJ* 1311 1312.

161 Labuschagne "Die Woord as Kommunikasiebasis in die Wetgewingsproses" 1988 *SAPR* 34 35. Dugard "The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty" 1971 *SALJ* 181 195 verwys na hierdie regsvormende diskresie as 'n "limited legislative function" terwyl Payne "The Intention of the Legislature in the Interpretation of Statutes" 1956 *Current Legal Problems* 91 105 na die regsprekende amptenaar verwys as die "junior vennoot" en Devenish *Interpretation of Statutes* 6 na hierdie funksie van die regsprekende amptenaar verwys as 'n "quasi-legislative competence".

162 *The Interpretation of Statutes* 143.

163 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 94.

164 *Oor die Begrip Diskresie in die Administratiefreg* 230.

egter dat hierdie diskresie neerkom op regsaanwending: dit is nie 'n willekeurige uitoefening van 'n persoonlike keuse nie, maar 'n diskresie-uitoefening binne die grense van die deur-die-wet-gegewe raamwerk (oftewel oogmerk).[165]

Dit is derhalwe duidelik dat oewerlose regterlike aktivisme die potensiaal inhou om regsekerheid te ondermyn.[166] Daarom moet die spanningsmoment[167] tussen individualiserende en veralgemenende tendense gevind en gehandhaaf word. Die spanningsveld word gevorm deur *billikheid* aan die een kant *en regsekerheid* aan die ander kant: tussen hierdie twee pole moet 'n balans gesoek word.[168] Joubert[169] verduidelik hierdie spanningsveld soos volg: die wetgewer het tipiese, normale gevalle in gedagte, nie uitsonderingsgevalle nie; die individualiteit van die besondere geval word nie beklemtoon nie. Die regter, weer, kom soms met die werklik-eensoortige geval in aanraking en moet die besondere omstandighede wat die enkelgeval van die tipe of klas onderskei in aanmerking neem. Die regsprekende amptenaar moet nogtans die betrokke geval in die lig van die algemene voorskrif benader. Hoe meer seker en ondubbelsinnig die stand van die regsreëling is, hoe minder val die klem op die behoefte aan individualisering, en omgekeerd. In gevalle van onsekere reg, tree die regter dus as regsvormer op en watter reg geskep sal word is nie voorspelbaar nie: regsekerheid, die vooruitberekenbaarheid van die reg, word ondermyn. Die onderliggende gedagte by regterlike aktivisme en regsvorming

---

165 *Oor die Begrip Diskresie in die Administratiefreg* 242.

166 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 466-467; Cox "The Independence of the Judiciary: History and Purposes" 1996 *University of Dayton LR* 566 567; Bond *The Art of Judging* ii; Wright "A Call for Judicial Responsibility" 166 ev.

167 Henkel *Einführung in die Rechtsphilosophie* 1964 Deel 3 351-364.

168 Henning beskryf die dilemma wat die spanningsveld tussen billikheid en regsekerheid veroorsaak soos volg: "Onwrikbare deurvoering van die regsekerheid sou gevalgeregtigheid elimineer, waaruit volg: *summum ius, summa iniuria*. Oormatige klem op die billikheidsgedagte weer sou die regsaanwendingsproses versnipper en die regsaanwender aan volslae kasuïstiek uitlewer." – "Reg, Billikheid en in verband daarmee Regterlike Regsvorming" 1968 *THRHR* 242 250.

169 *Legaliteitsbeginsel* 466.

blyk dus te wees dat die regter *geroepe tot leemtevulling* in wetgewing is.[170] Berat[171] stel dit soos volg:

> "As statutory law does not address every situation that arises before a court, the judge, of necessity, must act to fill the gap through his decision making in which he presumably will draw upon societal values; even as he does this, the judge must recognize his lawmaking role as essential to the functioning of the legal system."

Volgens Bond[172] moet die regsprekende amptenaar sy diskresie uitoefen tussen twee teenoorstaande pole, naamlik die *impossible dream* aan die een kant en die *recurrent nightmare* aan die ander kant. Die *impossible dream* verteenwoordig die standpunt dat die regsprekende amptenaar altyd die betekenis van 'n wetsteks kan bepaal deur bloot net na die bewoording van die teks te kyk, omdat alle woorde 'n vaste en presies bepaalbare betekenis het.[173] Die *recurrent nightmare* verteenwoordig die standpunt dat omdat die bepalings in wetgewing dikwels nie spesifiek en duidelik verwoord is nie, dat die regsprekende amptenaar na goeddunke enige betekenis daaraan kan toedig.[174] Bond stel voor:

---

170 Henning "Reg, Billikheid en in verband daarmee Regterlike Regsvorming" 243 bespreek hierdie aspek tov die Europese vasteland. Sien ook Deschênes "The Judge as Lawmaker" in Linden (red) *The Canadian Judiciary* 57 tov die posisie van regterlike regsvorming in Engeland, Frankryk, die Verenigde State van Amerika en Kanada. Bennett "Judicial Activism and the Concept of Original Intent" omskryf dit soos volg: "...the majesty of judicial decisionmaking lies in the accommodation of change within a framework of stability. Our society requires both, and asks of judges a sensitive accommodation of the two. That is not an easy task, for stability and change are in constant tension, so that heeding the call of the one exposes one to the critical glare of champions of the other."

171 "Courting Justice: A Call for Judicial Activism in a Transformed South Africa" 1993 *Saint Louis University LJ* 849.

172 *The Art of Judging* (outeursinleiding).

173 Die *impossible dream* impliseer dat "the judge should determine the meaning of the clause in question by reading the language of that clause. That might be possible in 'the lawyer's paradise' where...'all words have a fixed, precisely ascertained meaning...where a lawyer may sit in his chair, inspect the document referred to him, and answer all questions without raising his eyes'. The view that judges can invariably determine meaning from language alone is self-evident nonsense – an 'impossible dream'."

174 Hy wys daarop dat die howe meestal die betekenis van wetgewing moet verklaar wat vaag en onduidelik verwoord is. "This very lack of specificity and clarity has caused some to argue that the judge can therefore give any meaning he wishes to the clause in question. In this view, the Constitution is an empty bottle into which the Court may pour whatever meaning it wishes. I call this view 'the recurrent nightmare.' Its implications are frightening. After all, the only justification for the extraordinary discretion which the Court exercises is the belief that it is circumscribed by

> "The real choice is between *looking backward* for guidance or *looking forward* for inspiration, between deciding as a *craftsman* or deciding as a *statesman*...the better choice is to look backward for guidance, to decide as a craftsman."

Henning skets die ontwikkelingsgang van die billikheidsgedagte en wys daarop dat selfs Plato en Aristoteles die positiewe reg as onvolkome beskou het en in die *billikheid* 'n middel gesien het om die positiewe reg te verbeter waar dit in besondere gevalle tot onregverdige gevolge sou lei – dit blyk dus asof die gedagte aan 'n billikheidsreg gebore is uit die oortuiging dat dit onmoontlik is om die regslewe volledig te reglementeer.[175] Henning kom tot die gevolgtrekking dat by regterlike regsvorming veronderstel die aanwending van die billikheidsreg derhalwe "'n individualiseringsopdrag en 'n poging om geregtigheid vir die besondere geval te verwesenlik".[176] Ten opsigte van die Konstitusionele Hof in Suid-Afrika se siening aangaande die regsprekende amptenaar se rol as regsvormer, sien die bespreking in afdeling 4.6 hieronder. Cappelletti,[177] wat hierdie aspek regsvergelykend ontleed het, wys egter daarop dat "[t]here can be little doubt that a judicially enforceable Bill of Rights, particularly if organically entrenched, adds greatly to the potential of creativity of judges."[178]

Botha[179] doen die volgende riglyne aan die hand om te bepaal waar die grens lê tussen die legitieme ontwikkeling van die reg deur die howe, en die sogenaamde

---

> the law. If that belief be mere myth, then the Justices' discretion is circumscribed only by political realities, and the Justices may decide the meaning of the Constitution on the basis of whim, passion, prejudice or – if they are in a sporting mood – by the flip of a coin. That would be intolerable, and no Justice admits to deciding cases on any such bases."

175 "Reg, billikheid en in verband daarmee Regterlike Regsvorming" 247 en die bronne daar aangehaal.

176 "Reg, billikheid en in verband daarmee Regterlike Regsvorming" 248-249.

177 "The Law-Making Power of the Judge and its Limits 16.

178 Regsvergelykende studie het aangetoon dat die skepping van 'n konstitusionele hof bevorderlik was vir regterlike aktivisme in Italië (Volcansek "Judicial Activism in Italy" in Holland (red) *Judicial Activism* 119 ev) en in Frankryk (Morton "Judicial Activism in France" in Holland *Judicial Activism* 136 ev.)

179 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 95.

oorname van die wetgewer se funksies:

- Gedurende die regsvormingsproses moet die uitlegger hom wend tot "common sense, legal principle and public policy in that order".[180]
- Die aanvaarding deur die regsprekende amptenaar dat persoonlike opvattings en waarnemings onvermydelik subjektief is, en dat persoonlike voor- en afkeure beteuel moet word. Die regsprekende amptenaar moet ook besef dat die reg nie finale en "korrekte" antwoorde bied nie en dat dit die hof se taak is om die reg so vasstelbaar moontlik vir die huidige omstandighede te maak.
- Die oogmerk van die wetgewing, asook billikheidsoorwegings, is die rigtingaanwysers gedurende die regsvormingsproses.[181]
- Die wetgewer kan beskou word as *functus officio* nadat die wetgewing gepromulgeer is[182] – die regsprekende amptenaar word dan as die wetgewer se gedelegeerde beskou om die wetgewing in die bepaalde individuele geval te *vorm*. Die regsprekende amptenaar is daarom gebonde aan 'n besondere *ultra vires*-beginsel: die regsvorming moet binne die deur-die-wet-gegewe-raamwerk plaasvind.[183]
- In die afwesigheid van 'n handves van fundamentele regte behoort hierdie regsvorming gelei te word deur heersende etiese waardes en maatskaplike behoeftes.[184]
- Hy wys daarop dat die regsvormende funksie van die howe nou saamhang met die toekomsdimensie van wetgewing. Wetsuitleg is 'n verbeeldingryke projeksie van die doel van die wetgewing op toekomstige situasies. Die regsreël is ontwerp om in 'n toekomstige situasie te geld en moet in die huidige

---

180 Lord Reid "The Judge as Law Maker" 1972 *Journal of Public Teachers of Law* 22 25 en 27 (soos aangehaal in Lester "English Judges as Law Makers" 1993 *Public Law* 269 289 vn 19).

181 Lester "English Judges as Law Makers" 278 wys daarop dat die regsprekende beamptes in Engeland die moeilike taak het "...of developing coherent legal principles to protect fundamental rights and freedoms where the common law suffers from ethical aimlessness or worse."

182 Payne "The Intention of the Legislature in the Interpretation of Statutes" 105.

183 Cowen "The Interpretation of Statutes and the Concept of 'the Intention of the Legislature' " 1980 *THRHR* 374 389 verwys hierna as *rule-bound evaluation*. Cardozo *The Nature of the Judicial Process* 102-103.

184 Lester "English Judges as Law Makers" 289.

tydsgewrig verstaan word.[185]

- Botha wys daarop dat regsprekende amptenare op drie vlakke aanspreeklik en verantwoordelik (*accountable*) vir hulle optrede is: eerstens, persoonlike aanspreeklikheid, want hulle moet persoonlike morele verantwoordelikheid neem vir hulle bevindings; tweedens, formele verantwoordelikheid, wat uit die institusionele kontroles oor die regbank wat in die Grondwet en ander wetgewing aangetref word, bestaan; en, derdens, substantiewe verantwoordelikheid, wat daaruit bestaan dat hofbeslissings blootgestel is aan openbare bespreking en akademiese kritiek (in aansluiting by die neergelegde grondwetlike beginsels[186] van *accountability, responsiveness and openness*).

In antwoord op die vraag "about the boundary separating the legitimate development of the law by the judges from impermissible legislation" wys Lester[187] daarop dat die regsprekende amptenaar ook pragmaties moet wees, die regterlike diskresie oordeelkundig moet uitoefen en "must not throw to the winds the advantages of consistency and uniformity to do justice in the particular case". In dié verband verwys hy na Cardozo se verduideliking van wat "justice according to law" beteken:

> "The judge, even when he is free, is still not wholly free. He is not to innovate at pleasure. He is not a knight-errant roaming at will in pursuit of his own ideal of beauty or of goodness. He is to draw his inspiration from consecrated principles. He is not to yield to spasmodic sentiment, to vague and unregulated benevolence. He is to exercise a discretion informed by tradition, methodized by analogy, disciplined by system, and subordinated to 'the primordial necessity of order in the social life.' Wide enough in all conscience is the field of discretion that remains."[188]

Om kortliks saam te vat: regterlike aktivisme en regsvorming kom ter sprake wanneer 'n regter van mening is dat 'n bepaalde leemte in wetgewing of in 'n bepaalde

---

185 Lategan "Die Uitleg van Wetgewing in Hermeneutiese Perspektief" 1980 *TSAR* 107 114; Du Toit "The Dimension of Futurity in the Law: Towards a Renewal of the Theory of Interpretation" 1977 *TRW* 11 15.

186 Vergelyk a 1(d) van die 1996-Grondwet.

187 "English Judges as Law Makers" 290.

188 Cardozo *The Nature of the Judicial Process* 102-103.

regsreëling aangevul moet word ten einde voorsiening te maak vir die individuele geval. Hierdie leemtevulling moet egter binne bepaalde grense geskied.

4.6 TOEPASSING VAN DIE WAARDE-GEÖRIËNTEERDE BENADERING DEUR DIE HOWE IN SUID-AFRIKA SEDERT DIE INWERKINGTREDING VAN DIE 1993-GRONDWET

In die afdeling wat hieronder volg, word kortliks verwys na 'n paar hofbeslissings om te bepaal wat die howe se siening is ten opsigte van die waarde-geöriënteerde benadering. Die nuwe grondwetlike bedeling wat 'n aanvang geneem het met die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet (op 27 April 1994) en die daaropvolgende 1996-Grondwet het 'n nuwe tydvak vir die regspleging in Suid-Afrika ingelei: Die Grondwet is die hoogste reg in die regsorde, en die howe het 'n uitdruklike hersieningsbevoegdheid[189] om alle wetgewing en owerheidshandelinge teen die bepalings van die Grondwet te toets.[190]

Botha[191] ondersoek die uitsprake van 'n hele aantal hofbeslissings om te bepaal wat

---

189 Grondwetlike toetsing (*constitutional review*) verwys na die regbank se bevoegdheid om die grondwetlike geldigheid van wetgewing en uitvoerende handelinge binne die raamwerk van 'n oppermagtige grondwet te toets. Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 7; Cockrell "Rainbow Jurisprudence" 1996 *SAJHR* 1. (*Constitutional review* moet onderskei word van *judicial review* wat 'n enger begrip is en bloot dui op geregtelike hersiening van administratiewe handelinge. Vir 'n bespreking van die onderskeid tussen hierdie twee begrippe, sien McWhinney *Supreme Courts and Judicial Law-Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review* xi-xvi. Corder "Towards a South African Constitution" 1994 *Modern LR* 517 gebruik ook die begrip wanneer hy verwys na die *testing power of constitutional review*.

190 Aa 2 en 8(1) van die 1996-Grondwet (dit bevestig die bepalings in aa 4 en 7(2) van die 1993-Grondwet). Alhoewel net die Konstitusionele Hof, die verskillende afdelings van die Hoë Hof en die Hoogste Hof van Appèl jurisdiksie het oor die grondwetlike geldigheid van wetgewing, het artikel 39(2) van die 1996-Grondwet tot gevolg dat alle howe in die toekoms grondwetuitleg sal moet toepas. Alhoewel die laer howe nie jurisdiksie ten opsigte van die geldigheid van wetgewing het nie, het hulle 'n diskresie om vrae oor die geldigheid van wetgewing na die Konstitusionele Hof vir 'n beslissing daaroor te verwys (a 170 van die 1996-Grondwet). Ten einde hierdie diskresie uit te oefen, sal die laer howe noodwendig 'n mate van grondwetuitleg moet toepas. Alhoewel die Hoë Hof en die Hoogste Hof van Appèl kan beslis oor die geldigheid van wetgewing, is sodanige beslissing slegs van krag indien dit bevestig word deur die Konstitusionele Hof (a168(3) en 172(2)(a) van die 1996-Grondwet).

191 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 180 ev.

die regbank se benadering is tot grondwetuitleg (met besondere verwysing na die uitdruklik-gepositiveerde grondwetlike waardes, asook die sogenaamde ongeskrewe teks van die Grondwet) en die rol van die howe sedert die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet. Hy kom tot die gevolgtrekking[192] dat die regbank oor die algemeen wegbeweeg het van regspositivisme en parlementêre soewereiniteit en dat veral die *executive-minded* uitsprake van die tagtigerjare deur grondwet-geïnspireerde beslissings vervang is. Hy wys egter daarop dat die aktivering en verlewendiging van fundamentele grondwetlike waardes in artikel 35 van die 1993-Grondwet[193] vervat, nog nie plaasgevind het nie. Met die uitsondering van 'n paar beslissings (onder andere van regters Froneman en Friedman in onderskeidelik die sake van *Qozoleni*[194] en *Baloro*[195]) is die grondwetlike waardes bloot as 'n vae normatiewe riglyn deur die howe gebruik.

In *Qozoleni v Minister of Law and Order*[196] het regter Froneman gewaarsku dat die deurslaggewende rol wat die gepositiveerde grondwetlike waardes tydens grondwetuitleg behoort te speel, nie uit die oog verloor moet word in 'n poging om 'n konseptuele raamwerk vir grondwetuitleg te formuleer nie.[197] Hy het egter ook uitdruklik na die waarde-aktiverende rol van die regbank verwys:

> "If the Constitution is to fulfil its stated purpose, it must not only be interpreted in such a manner as to give clear expression to the values it seeks to nurture for a future South Africa, but this should be done in a way which makes it a living document for all the citizens of the country, and not only for the chosen

---

192 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 200 ev.

193 Huidiglik vervat in a 39 van die 1996-Grondwet.

194 1994 3 SA 625 (OK).

195 1995 4 SA 197 (B).

196 1994 3 SA 625 (OK).

197 Op 633G-I van die verslag stel Regter Froneman dit soos volg:
"In my view it serves little purpose to characterise the proper approach to constitutional interpretation as liberal, generous, purposive or the like. These labels do not in themselves assist in the interpretation process and carry the danger of introducing concepts or notions associated with them which may not find expression in the Constitution itself. Far more useful it is to recognise that, because the Constitution is the supreme law of the land against which all law or conduct is to be tested, it must be examined with a view to extracting from it those principles or values against which such law or conduct can be measured."

few who deal with it in courts of law."[198]

In *Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison*[199] moes regter Froneman regterlike regsvorming toepas om verdere skending van fundamentele regte te voorkom. Ten opsigte van hierdie kreatiewe uitleg van die Grondwet verduidelik hy:

> "The values and principles contained in the Constitution are, and could only be, formulated and expressed in wide and general terms, because they are to be of general application. In terms of the Constitution the Courts bear the responsibility of giving specific content to those values and principles in any given situation. In doing so, Judges will invariably 'create' law. For those steeped in the tradition of parliamentary sovereignty, the notion of Judges creating law, and not merely interpreting and applying law, is an uncomfortable one. Whether that traditional view was ever correct is debatable, but the danger exists that it will inhibit Judges from doing what they are called upon to do in terms of the Constitution. This does not mean that Judges should now suddenly enter into an orgy of judicial law-making, but that they should recognise that their function of judicial review, based on the supremacy of the Constitution, should not be hidden under the guise of simply seeking and giving expression to the will of the majority in Parliament."[200]

Een van die uitsprake waarin die hof hom sterk uitspreek ten gunste van die aktivistiese rol van die howe is *Baloro v University of Bophuthatswana*.[201] In die woorde van regter Friedman:

> "[D]ue cognisance must also be taken of the underlying ideals, principles and concepts. These factors implicitly influence those who operate within the said system. In terms of s 35 the Courts, and I deal here specifically with Judges, are cast in the additional role of social engineers, social and legal philosophers in order to 'promote the values which underlie an open and democratic society based on freedom and equality' "[202]

Regter Friedman het die fundamentele grondwetlike waardes as riglyn tydens grondwetlike toetsing gebruik, maar meer nog, hy het dit uitdruklik gestel dat die

---

198 Op 634F-G van die verslag.

199 1994 4 SA 592 (SO).

200 Sien 597I-598B van die verslag.

201 1995 4 SA 197 (B). Vir 'n bespreking van hierdie saak, sien ook Mbao "The Province of the South African Bill of Rights Determined and Redetermined: A Comment on the Case of *Baloro v University of Bophuthatswana*" 1996 *SALJ* 33.

202 Sien 244A-B van die verslag.

regbank aktief by die vestiging van waardes betrokke moet wees:

> "This Constitution has a dynamic tension because its aims and purport are to metamorphose South African society in accordance with the aims and objects of the Constitution. In this regard it cannot be viewed as an inert and stagnant document. It has its own inner dynamism, and the Courts are charged with effecting and generating changes."[203]

Verder, blyk die volgende uit hierdie beslissing:[204] Ingevolge die bepalings van artikel 35 van die 1993-Grondwet (huidiglik artikel 39 van die 1996-Grondwet) word daar 'n verpligting op die regbank geplaas om betrokke te raak by die verandering van die Suid-Afrikaanse gemeenskap. Aangesien die Grondwet nie outomaties en meganies funksioneer nie is die howe en die regsprekende amptenare die instrumente waardeur die gees en strekking van die grondwetlike waardes geaktiveer word en toepassing vind. Die rol van die regbank is derhalwe nie net tot uitleg beperk nie, maar sluit noodwendig die skepping van nuwe reg in, wanneer die hof van mening is die bestaande reg "unjust, ambiguous, inefficient, or simply obsolete due to changing circumstances" is. Die bepalings van artikel 35 (artikel 39 van die 1996-Grondwet) verleen aan die regsprekende beampte 'n omvattende bevoegdheid om volgens die beginsels van die natuurreg, billikheid (*equity*), regverdigheid en natuurlike geregtigheid te beslis. In dié verband beteken die bevordering van die grondwetlike waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing ten grondslag lê (artikel 35(1)) ook om die waardes te ontwikkel (*develop*) te ondersteun en te laat vorder (*further* en *advance*), te versprei (*propagate*), aan te help (*expedite*) en te "vergemaklik" (*facilitate*).[205] Om die bepalings van artikel 35 (artikel 39 in die 1996-Grondwet) behoorlik na te kom, mag die hof onder andere kennis neem van die volgende:

- die gebeure en omstandighede wat die aanname van die Grondwet voorafgegaan het;
- die bedoeling van sowel die opstellers, as die politieke liggaam wat die dokument aanvaar het;

---

203 Sien 241B van die verslag.

204 Sien ook Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 186-187.

205 Op 244D-G van die verslag. Sien ook Kruger "Regspositivisme en die 'Ongeskrewe Teks' van die (Nuwe) Grondwet" 229.

- die doelstellings en oogmerke wat tot die opstelling en aanvaarding van die Grondwet aanleiding gegee het;
- die menslike en sosio-ekonomiese faktore wat relevant vir die hof se beslissing mag wees;
- asook die bevordering van waardes om aan die doelstellings van die Grondwet gevolge te gee (insluitende die standaarde en beginsels wat uitdruklik in artikel 35 genoem word).[206]

In die eerste beslissing van die Konstitusionele Hof, naamlik die *Zuma*-saak,[207] is die volgende beginsels ten opsigte van grondwetuitleg neergelê: die Grondwet is die hoogste reg in die regsorde, en daarom vereis dit unieke beginsels van wetsuitleg; aangesien alle wetgewing teen die Grondwet opgeweeg moet word, moet die waarde en beginsels wat as maatstaf gebruik word, uit die Grondwet afgelei word, en die uiteindelike uitleg moet uitdrukking gee aan daardie grondwetlike waardes; die Grondwet moet ruim (*generous*) en doeldienend uitgelê word om te verseker dat alle individue ten volle in die fundamentele regte en vryhede kan deel.[208]

In die saak van *Makwanyane*[209] het elkeen van die elf konstitusionele regters verwys na grondwetlike waardes[210]– Botha is van mening dat die uitspraak nie heeltemal oortuig sover dit waarde-aktiverende grondwetuitleg betref nie. In die uitspraak word

---

206 Sien 245E-F van die verslag. Die regter het verwys na Kanadese gesag en was van mening dat doeldienende uitleg die waardes sal saamvat, weerspieël en bevorder. Regter Friedman gebruik die doeldienende uitleg binne 'n waardebelaaide raamwerk met geregtigheid as vertrekpunt (op 244G-D van die verslag). Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 187. Sien ook Mureinik "Administrative Law in South Africa" 1986 *SALJ* 615 620 en Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 85 wat wys op die leemtes en tekortkominge van die doeldienende benadering.

207 1995 4 BCLR 401 (KH).

208 Sien par 14-17 van die verslag. Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 191. Vir 'n bespreking van hierdie saak sien ook Gutto "The Constitutional Court's first salvo in confronting the fundamental 'mischief' of the past and sowing the seeds for the new South African jurisprudence: *S v Zuma*" 1996 *SAJHR* 47.

209 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH).

210 Sien die bespreking van hierdie saak deur Carpenter "Constitutional Court Sounds the Death Knell for Capital Punishment" 1996 *THRHR* 145 en Klug "Striking Down Death: *S v Makwanyane*" 1996 *SAJHR* 61.

baie verwys na die fundamentele waardes wat die basis vorm van die nuwe grondwetlike bedeling en daar is bevind dat die doodstraf in stryd is met die fundamentele regte, maar daar word nêrens uitdruklik aangedui "dat dit nie net die plig van die hof is om van die grondwetlike waardes kennis te neem nie, maar ook om hulle aktief te vestig."[211] In hierdie beslissing word egter die eerste keer verwys na die inheemse begrip *ubuntu*[212] as een van die waardes waarop gesteun kan word tydens grondwetuitleg. Toepassing van *ubuntu* beteken dat 'n praktiese humanistiese houding teenoor die wêreld ingeneem word. Dit verwys na deernis, medemenslikheid, verdraagsaamheid, sosiale geregtigheid en billikheid.[213] Volgens Botha is die uitdruklike koppeling van *ubuntu* as 'n inheemse waardebegrip met grondwetuitleg te verwelkom:

> "Indien daar erns met die fundamentele grondwetlike waardes gemaak wil word, sal dit ook die inheemse waardestelsels moet weerspieël. Die 'ongeskrewe teks' van die Grondwet verwys nie net na *equity*, die geregtigheidsbegrip in die Romeins-Hollandse reg of die Westerse natuurregteorieë nie, maar ook na *ubuntu* en ander Afrika-waardestelsels wat vergelykbaar is met die grondwetlike waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing ten grondslag lê."[214]

Daar bestaan geen twyfel dat die regbank wel sedert die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet fundamentele regte beskerm en afgedwing het nie. Wat egter nog ontbreek is 'n uitdruklike aanvaarding van die aktivistiese waarde-geöriënteerde rol (of wat Botha noem die *waarde-aktiverende* rol) deur die howe. In *Coetzee v Government of the Republic of South Africa; Matiso v Commanding Officer, Port*

---

211 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 194.

212 Die slotrede van die Engelse weergawe van die 1993-Grondwet verwys na *ubuntu* (in die Afrikaanse weergawe van die teks word die begrip met die woord medemenslikheid vertaal): "[T]here is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for *ubuntu* but not for victimisation."

213 In par 308 van die verslag word die *ubuntu*-begrip soos volg omskryf:
"Generally *ubuntu* translates as 'humaneness'. In its most fundamental sense, it translates as 'personhood' and 'morality'...While it envelops the key values of group solidarity, compassion, respect, human dignity, conformity to basic norms and collective unity, in its fundamental sense it denotes humanity and morality. Its spirit emphasises respect for human dignity, marking a shift from confrontation to conciliation."

214 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 195. Hierdie standpunt van hom word gesteun deur regter Sachs in die *Makwanyane*-saak (par 358-387) wat 'n groter bewuswording van inheemse waardes en die Afrika-jurisprudensie bepleit.

Elizabeth Prison het die Konstitusionele Hof die posisie ten opsigte van 'n aktivistiese waarde-geöriënteerde uitleg soos volg saamgevat:

> "[F]aithfulness to the Constitution is best achieved by locating the two-stage balancing process within a holistic, value-based and case-orientated framework. The values that must suffuse the whole process are derived from the concept of an open and democratic society based on freedom and equality, several times referred to in the Constitution. The notion of an open and democratic society is thus not merely aspirational or decorative, it is normative, furnishing the matrix of ideals within which we work, the source from which we derive the principles and rules we apply, and the final measure we use for testing the legitimacy of impugned norms and conduct. If I may be forgiven the excursion, it seems to me that it also follows from the principles laid down in *Makwanyane* that we should not engage in purely formal or academic analysis, nor simply restrict ourselves to *ad hoc* technicism, but rather focus on what has been called the synergetic relation between the values underlying the guarantees of fundamental rights and the circumstances of the particular case. There is no legal yardstick for achieving this. In the end, we will frequently be unable to escape making difficult value judgments, where...logic and precedent are of limited assistance."[215]

4.7 BEGRENSING VAN DIE WAARDE-GEÖRIËNTEERDE GRONDWETUITLEG

In hierdie afdeling word kortliks aangedui dat die benadering van 'n aktivistiese waarde-geöriënteerde (oftewel waarde-aktiverende) grondwetuitleg begrens word deur onder andere faktore soos die balansering en afweging van kompeterende belange en waardes, die balans tussen teks en konteks, *stare decisis* en die invloed van openbare mening en politieke faktore.

'n Aktivistiese waarde-geöriënteerde grondwetuitleg is 'n oorkoepelende raamwerk waarbinne alle betekenisse, beperkings en interpretasies van grondwetuitleg moet plaasvind – dit is nie 'n omvattende, gedetailleerde bloudruk met stap vir stap grondwetlike antwoorde nie.[216] Daar sal telkens praktiese oplossings gevind moet

---

215 1995 4 SA 631 (KH) par 46.

216 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 270. Du Plessis omskryf die proses van grondwetlike interpretasie soos volg:
"Constitutional interpretation is an intricate process. It is no linear succession of obligatory procedures. No single method of reading the text is therefore sovereign or can be 'proved' to be 'the correct' one. Constitutional (and indeed, statutory) interpretation is a disciplined art which

word in die lig van die feite van elke geval, die veranderende omstandighede en die grondwetlike dinamiek. Om saam te vat: waarde-geöriënteerde grondwetuitleg is net 'n raamwerk waarbinne die ander metodes van grondwetuitleg gebruik moet word.

Daar moet 'n balans gehandhaaf word tussen die howe se regsvormende (oftewel aktiverende) funksie en die wetgewer se wetgewende funksie. Dit word soos volg verduidelik in *Du Plessis v De Klerk*:[217]

> "The Constitution contemplates a democracy functioning within a constitutional framework, not a dikastocracy within which Parliament has certain residual powers. The role of the courts is not effectively to usurp the functions of the legislature, but to scrutinize the acts of the legislature. It should not establish new, positive rights and remedies on its own. The function of the courts, I believe, is, in the first place, to ensure that legislation does not violate fundamental rights, secondly, to interpret legislation in a manner that furthers the values expressed in the Constitution, and, thirdly, to ensure that common law and custom outside of the legislative sphere is developed in such a manner as to harmonise with the Constitution. In this way, the appropriate balance between the legislature and the judiciary is maintained."

Om hierdie balans te handhaaf, is die waarde-geöriënteerde grondwetuitleg aan sekere beperkings onderworpe:[218]

- Daar moet eerstens 'n balans wees tussen die teks van die grondwet en die omringende konteks waarbinne dit uitgelê moet word.
- Tweedens moet kompeterende waardes en belange teenoor mekaar afgeweeg en gebalanseer word. Die proporsionaliteitsbeginsel[219] kom hier ter

---

actuates well-tried guidelines of understanding and application to concretise a reality modelled on the exigiencies of an authoritative text as programmatic point of departure." – "Legal Academics and the Open Community of Constitutional Interpreters" 1996 *SAJHR* 214 221.

217 1996 5 BCLR 658 (KH) par 181.

218 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 271 ev.

219 Die proporsionaliteitsbeginsel berus op die standpunt dat die regte van die individu slegs beperk mag word in die mate wat dit onontbeerlik is vir die beskerming van die openbare belang. Met ander woorde, deur gebruik te maak van hierdie beginsel kan die howe toesien dat die owerheid nie groter inbreuk maak op die regte van die regsonderdaan as wat in die omstandighede noodsaaklik is nie. Joubert *Legaliteitsbeginsel* 448; Rautenbach *Algemene Bepalings van die Suid-Afrikaanse Handves van Regte* 104.

sprake.[220]

- Grondwetlike *stare decisis* speel 'n rol: dit is 'n erkende beginsel van die Suid-Afrikaanse reg dat howe aan beslissings van ander howe, hoër op in die hiërargie, gebonde is en slegs van hul eie beslissings sal afwyk indien dit ooglopend verkeerd is. Die presedenteleer, wat 'n beperking op die waarde-geöriënteerde grondwetuitleg plaas, is wat die Konstitusionele Hof betref dus ietwat problematies, want meganiese en slaafse navolging van vorige beslissings mag meebring dat die dinamiese aard van grondwetuitleg, veral wat die normvae *(open-ended)* fundamentele waardes betref, uit die oog verloor sal word. Botha[221] voer aan dat net so seker soos wat dit is dat omstandighede gaan verander en dat die Konstitusionele Hof in die toekoms 'n verwisseling van regters sal ondervind, net so seker is dit dat bestaande beslissings een of ander tyd onder die soeklig sal kom. Hy kom tot die slotsom dat grondwetlike *stare decisis* onontbeerlik vir die legitimiteit van grondwetlike

---

220 A 36 van die 1996-Grondwet handhaaf die proporsionaliteitsbeginsel deur te bepaal dat die fundamentele regte van die individu slegs beperk kan word in die mate wat die beperkings:
- redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, en
- om te bepaal of beperkings redelik en regverdigbaar is, moet alle relevante faktore in ag geneem word, insluitende:
  (a) die aard van die reg;
  (b) die belangrikheid van die doel van die beperking;
  (c) die aard en omvang van die beperking;
  (d) die verband tussen die beperking en die doel daarvan; en
  (e) minder beperkende maniere om die doel te bereik.

Vir 'n bespreking van hierdie artikel, sien Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 318 ev.

221 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 273. Rycroft "The Doctrine of *Stare Decisis* in Constitutional Court Cases" 1995 *SAJHR* 857 verwys na 'n aantal faktore wat die hof in aanmerking kan neem voordat die hof van 'n vorige beslissing afwyk: is 'n bepaalde neergelegde beginsel steeds prakties uitvoerbaar?; is die bestaande beginsel reeds so in die regsorde verweef dat daar in 'n groot mate daarop staatgemaak word?; het verwante regsreëls reeds tot so 'n mate ontwikkel dat dit ooglopend duidelik is dat die bestaande reël tuishoort by 'n denkrigting wat in onbruik verval het?; het daar reeds so 'n verandering in die feite en omstandighede plaasgevind dat die bestaande reël nie meer toepaslik is nie?; is die nuutste gesag in stryd met 'n vroeëre, maar inherent beter, leerstuk?; en is die heersende gesag 'n struikelblok vir die bereiking van oogmerke wat in ander wetgewing vervat is? Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 273 vn 53 bevraagteken heeltemal tereg laasgenoemde aspek op grond daarvan dat indien 'n beslissing op die Grondwet gebaseer is, kan die belangrikheid van ander wetgewingsoogmerke nie 'n rol speel nie, want die Grondwet is die hoogste regsnorm, en word nie deur ander wetgewing gekwalifiseer nie. Peters "Foolish Consistency: On Equality, Integrity, and Justice in Stare Decisis" 1996 *Yale LJ* 2031 is van mening dat *stare decisis* funksioneel en pragmaties benader moet word: *stare decisis* moet telkens aan die eise van geregtigheid, ondervinding en gesonde verstand onderwerp word.

toetsing is, want dit verseker dat veranderinge, regterlike regsvorming en waarde-oordele nie oorhaastig en arbitrêr gemaak word nie, maar slegs na verantwoordelike beredenering met inagneming van die regbank se institusionele funksie plaasvind. Dit verseker dat soortgelyke gevalle op dieselfde wyse hanteer word, en dat die regter op die kennis van hulle voorgangers kan staatmaak. Hy waarsku egter, dat daarteen gewaak moet word dat dit nie die natuurlike dinamiek van die grondwetlike jurisprudensie vertraag en in die wiele ry nie. Gevolglik behoort grondwetlike *stare decisis* slegs as oorredende getuienis gebruik te word.

- Openbare mening kan ook 'n beperkende invloed op waarde-geöriënteerde grondwetuitleg uitoefen. Die rol en invloed van openbare mening kan nie eenvoudig geïgnoreer word nie, want die Grondwet reflekteer die burgery se regte en aspirasies.[222] Alhoewel die regbank nie deur die openbare mening beïnvloed mag word nie, speel openbare mening tog 'n belangrike rol by grondwetuitleg, aangesien dit in noue verband staan met openbare vertroue in die regstelsel.[223]
- Die rol van politieke faktore: onder 'n oppermagtige grondwet moet die howe wetgewing en owerheidsoptrede aan die hand van 'n oppermagtige grondwet toets. Die vraag wat ontstaan is: wanneer oortree die regbank op die terrein van die wetgewer en die uitvoerende gesag ten aansien van beleidsbesluite?[224] As algemene riglyn kan gestel word dat die regbank, sover dit grondwetlike toetsing betref, nie buite die grondwetgegewe raamwerk moet optree nie – die regbank moet met ander woorde nie die wetgewer se wetgewende funksie oorneem nie. Volgens Botha[225] moet in gedagte gehou word dat grondwetlike toetsing 'n duidelik politieke dimensie het. In dié verband verwys hy na Du

---

222 In *Acheson* 1991 2 SA 805 (NMHC) 813B word na 'n grondwet verwys as 'n *mirror reflecting the national soul*.

223 Sien ook die bespreking van die invloed van openbare mening in afd 2.10.

224 In 'n stelsel van parlementêre soewereiniteit is die standpunt dat die howe bloot die reg uitlê en nie skep nie – beleidsaspekte is gevolglik buite perke vir die regbank.

225 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 277 ev.

Plessis en De Ville[226] se standpunt dat 'n fundamentele regtebedeling nie net politiek onder die reg geplaas het nie, maar dat die regbank noodwendig ook gepolitiseer word:

> "[A] bill of rights judicialises politics, because it requires the judiciary to act as an independent referee who keeps (party) political actors to the basic 'rules of the (political) game' enshrined in the bill of rights. This in turn calls for political skills on the part of the 'referee' itself – a *politicisation of the judiciary* in other words."

Indien beleidsaspekte egter neerkom op 'n skending van fundamentele regte en waardes, het die hof 'n plig om in te gryp en dit ongrondwetlik te verklaar. Hierdie optrede van die hof is dan nie aktivisties en politieke *second guessing* nie: indien owerheidsoptrede die grondwetlike waardedrumpel oorsteek, is dit nie meer 'n suiwer politieke beleidsaspek nie, maar 'n materiële vraagstuk, waar fundamentele regte en waarde-oordele noodwendig ter sprake kom.[227]

Hier moet egter ook die volgende bygevoeg word: die rol van die howe se verantwoordelikheid en verantwoordbaarheid. Regsprekende amptenare is op drie vlakke aanspreeklik en verantwoordelik vir hulle optrede:

- persoonlike aanspreeklikheid, want hulle moet persoonlike morele verantwoordelikheid neem vir hulle beslissings;
- formele verantwoordelikheid, wat bestaan uit die institusionele kontroles oor die regbank wat in die grondwet en ander wetgewing aangetref word;
- substantiewe verantwoordelikheid, wat beteken dat hofbeslissings blootgestel is aan openbare bespreking en akademiese kritiek.[228]

Sien ook die bespreking ten aansien van kontrole oor die regbank in afdeling 2.9.

Samevattend kan daarop gewys word dat die 1996-Grondwet onderskraag word deur uitdruklike en "ongeskrewe" fundamentele waardes. Dit word aan die regbank

---

226 "Bill of Rights Interpretation in the South African Context (1): Diagnostic Observations" 1993 *Stell LR* 63.

227 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 279.

228 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 279.

opgedra om die betekenis van die Grondwet uit te lê: dit beteken nie net die identifisering en handhawing van voormelde fundamentele waardes nie, maar ook die aktivering, vaslegging en toepassing daarvan – kortom, die aktivistiese bevordering daarvan.[229]

4.8 REGSVERGELYKENDE OORSIG TEN OPSIGTE VAN GRONDWETLIKE WAARDES

In die afdeling wat hieronder volg word slegs sekere regsvergelykende aspekte ten opsigte van die posisie in die VSA,[230] Duitsland[231] en Namibië,[232] wat van belang is vir die onderhawige ondersoek, uitgelig om die howe se toepassing van die waarde-geöriënteerde benadering in perspektief te stel. Ingevolge artikel 39(1) van die 1996-Grondwet mag 'n hof gedurende grondwetuitleg verwys na buitelandse beslissings – sedert 1994 het die hof dan ook gereeld na buitelandse beslissings oor grondwetuitleg verwys.

---

229 In *Qozoleni v Minister of Law and Order* 1994 3 SA 625 (OK) 633G-I wys die hof daarop dat die fundamentele waardes die deurslaggewende rol moet speel tydens grondwetuitleg:
"In my view it serves little purpose to characterise the proper approach to constitutional interpretation as liberal, generous, purposive or the like. These labels do not in themselves assist in the interpretation process and carry the danger of introducing concepts or notions associated with them which may not find expression in the Constitution itself. Far more useful it is to recognise that, because the Constitution is the supreme law of the land against which all law or conduct is to be tested, it must be examined with a view to extracting from it those principles or values against which such law or conduct can be measured."
Dieselfde beginsel is vervat in die saak van *Mhlungu* 1995 3 SA 867 (KH) par 127:
"We should not rush to lay down sweeping and inflexible rules governing our mode of analysis. We need to develop an appropriately South African way of dealing with our Constitution, one that starts with the Constitution itself, acknowledges the way it came into being, its language, spirit, style and inner logic, the interests it protects and the painful experiences it guards against, its place in the evolution of our country, our society and legal system, and its existence as part of a global development of constitutionalism and human rights."
Tov *Mhlungu*, sien ook Motala "The Constitution is not Anything the Court Wants it to be: the *Mhlungu* Decision and the Need for Disciplining Rules" 1998 *SALJ* 141 en Davis "The Need for Disciplining Rules: A Reply to Ziyad Motala" 1999 *SALJ* 157.

230 Vir 'n bespreking van ander aspekte van die saaklike onafhanklikheid van professionele regterlike amptenare in Amerika, sien afd 5.3.1.2.

231 Tov ander aspekte van die saaklike onafhanklikheid van professionele regsprekende amptenare in Duitsland, sien afd 5.4.1.2.

232 Tov ander aspekte van die saaklike onafhanklikheid van professionele regterlike amptenare in Namibië, sien afd 5.6.2.

4.8.1 Die Verenigde State van Amerika

Na evaluering van die posisie in die VSA, kom Kruger[233] tot die gevolgtrekking dat desnieteenstaande die feit dat die VSA se "Bill of Rights" reeds meer as tweehonderd jaar bestaan, worstel die regbank in dié land steeds om objektiewe maatstawwe vir die aanwending van waarde-oordele by die uitleg van sodanige handves van fundamentele regte te vind. Daar word gangbaar onderskei tussen regters met 'n formalistiese benadering en dié met 'n instrumentalistiese benadering.[234] Die instrumentaliste is voorstanders van die aanwending van waarde-oordele. Die kernprobleem wanneer waarde-oordele aangewend word, is dat laasgenoemde ewe maklik kan bestaan uit die subjektiewe waardes van elke individuele regter. Kruger wys daarop dat daar die afgelope aantal jare 'n denkskool in die VSA ontstaan het wat poog om die subjektiewe elemente uit die aanwending van waarde-oordele te weer. Die bekendste voorstander van dié denkskool is waarskynlik Robert Bork, wat poog om objektiewe maatstawwe te vind in die "intent of the original framers" van die Grondwet van die VSA.[235]

Botha[236] wat 'n regsvergelykende ondersoek gedoen het na die mate waarin en die wyse waarop regterlike regsvorming *(judicial law making)* en regterlike aktivisme *(judicial activism)* tydens grondwetuitleg[237] gebruik word om die fundamentele grondwetlike waardes te aktiveer en te vestig, kom tot die volgende gevolgtrekkings

---

233 "Beregting van fundamentele regte" 407.

234 Tushnet "The Judiciary and Institutions of Judicial Review" 1992/1993 *The American University Journal of International Law and Policy* 510 ev; Van der Vyver "Sovereignty and Human Rights in Constitutional and International Law" 1991 *Emory International LR* 321.

235 Bork *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* 160 ev.Tov die Amerikaanse benadering, sien ook Van der Vyver "Sovereignty and Human Rights in Constitutional and International Law" 375 ev.

236 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 203-261.

237 Sien Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's transitional bill of rights* 73-74 vir 'n uiteensetting van die vyf tradisionele metodes van grondwetuitleg, naamlik die grammatikale uitleg, die sistematiese uitleg, die teleologiese uitleg, die historiese uitleg en die vergelykende uitleg.

ten opsigte van die posisie in die VSA:[238]

- Alhoewel die Amerikaanse Grondwet die langste geskiedenis het van enige fundamantele regte-instrument en in baie opsigte wêreldwyd 'n simbool van vryheid en gelykheid geword het, skep die Amerikaanse grondwetlike debat as rigtingwyser vir Suid-Afrikaanse grondwetuitleg sekere probleme. Die Amerikaanse handves van fundamentele regte is bondig en onvolledig opgestel, asook baie wyd en vaag verwoord, wat tot verskillende interpretasies aanleiding kan gee. Afgesien van die minimalistiese taalgebruik in die Amerikaanse Grondwet, is daar veral een verdere aspek wat vir ons van belang is: die regbank is nie verplig om enige fundamentele grondwetlike waardes te beskerm of te handhaaf nie. Daarbenewens, is die Amerikaanse *Supreme Court* se bevoegdheid tot grondwetlike toetsing ook nie uitdruklik deur die Amerikaanse Grondwet verleen nie. Ten spyte daarvan dat die hof in *Marbury v Madison*[239] só 'n bevoegdheid afgelei het en dat die beginsel van grondwetlike toetsing dus deur hierdie saak in die VSA gevestig is, het baie akademici nog nie met hierdie beslissing vrede gemaak nie. Hierdie beslissing het aanleiding gegee tot die *countermajoritarian*-argument dat 'n nie-verkose regbank die demokratiese wil van die staatsvolk kan dwarsboom. Hierdie gebrek aan demokratiese legitimiteit van grondwetlike toetsing het veroorsaak dat daar steeds nie eenstemmigheid is oor die mees geskikste metode van grondwetuitleg deur die Amerikaanse regbank nie. Alhoewel die *original intent*-benadering die meeste erkenning in regspraak geniet, stroom daar aanhoudend nuwe teoretiese argumente van grondwetuitleg vanuit die Amerikaanse regsfakulteite in.[240]

---

238 Die VSA word deur 'n relatiewe evolusionêre grondwetlike ontwikkelingsgang gekenmerk: alhoewel die VSA sedert die aanvaarding van die Grondwet te kampe gehad het met 'n burgeroorlog, twee wêreldoorloë, die konflikte in Korea en Suid-Oos Asië, rassediskriminasie en die burgerregtebeweging van die sestigerjare, was die Grondwet nie die direkte gevolg van volgehoue en traumatiese menseregteskendings nie, maar eerder die afloop van 'n geleidelike proses van politieke emansipasie in die agtiende eeu. Veral sedert die aanvang van die twintigste eeu het die Amerikaanse howe stelselmatig 'n *constitutional jurisprudence* ontwikkel. Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 203-204.

239 1 Cranch 137, 5 US 87 (1803).

240 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 206.

- Alhoewel die debat oor grondwetuitleg in die VSA deur die *countermajoritarian*-argument oorheers word, verwys hy na Schauer[241] se standpunt, naamlik dat daar een deurlopende tema in al die Amerikaanse uitlegteorieë is, naamlik die *Supreme Court* – waardeur hy verwys na die vrees vir *judicial supremacy*. Daar word gevrees dat 'n onbeteuelde aktivistiese regbank wat nie aan die kiesers verantwoordelik is nie, tot regterlike oppergesag sal lei, wat die besluite van politieke liggame sal veto deur middel van skeppende interpretasie van sogenaamde *open-ended* bepalings.
- Hy wys daarop dat die gebrek aan 'n algemeen-aanvaarde paradigma vir grondwetuitleg in die VSA nie net aan die beheptheid met 'n republikeinse *majoritarianism* toegeskryf kan word nie. Die normvae aard van die Amerikaanse Grondwet (asook die feit dat dit nie op eietydse internasionale menseregte gebaseer is nie) speel in dié opsig 'n belangrike rol: Die Amerikaanse Grondwet bevat nie 'n uitlegklousule (soos artikel 39 van die 1996-Grondwet van Suid-Afrika) wat die regbank verplig om sekere fundamentele grondwetlike waardes tydens wets- en grondwetuitleg in ag te neem en te bevorder nie en ook nie 'n beperkingsklousule (soos artikel 36 van die 1996-Grondwet van Suid-Afrika) in die Grondwet nie.

Botha wys daarop dat die afwesigheid van 'n uitlegklousule en 'n beperkingsklousule in die Amerikaanse Grondwet tot gevolg het:

> "dat die uitbreiding en beperking van fundamentele regte, asook waarde-gerigte beslissings, aan die regbank se diskresie oorgelaat word. Dit, gekoppel aan die *countermajoritarian*-argument, het daartoe gelei dat die howe self 'n middeweg tussen *judicial activism* (bevordering van fundamentele waardes) en *judicial self-restraint* (die sg *deference* van beleidsaspekte aan die wetgewer) moes vind. Die feit dat regters op hulself aangewese is om hierdie balans te vind, het ook nie daartoe bygedra om die vrese van regterlike oppergesag te besweer nie."[242]

Hy kom derhalwe tot die gevolgtrekking:

> "Dit is dus duidelik dat die Amerikaanse jurisprudensie geen algemeen-

---

241 "The Occasions of Constitutional Interpretation" 1992 *Boston University LR* 729.

242 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 223-224.

> aanvaarde benadering oor grondwetuitleg het nie, alhoewel dit wil voorkom asof *originalism* die oorheersende teorie is. In die lig hiervan behoort Amerikaanse regspraak oor die beskerming van bepaalde fundamentele regte deur die Suid-Afrikaanse regbank slegs in beperkte mate, en met omsigtigheid, gebruik te word (artikel 35(1) van die 1993-Grondwet, en art 39(1) van die 1996-Grondwet). As gevolg van die gebrek aan 'n oorheersende *Leitmotiv* (oftewel grondtema) is die Amerikaanse grondwetlike jurisprudensie derhalwe nie geskik as 'n algemene paradigma vir waarde-aktiverende grondwetuitleg nie."[243]

Ten einde 'n oomblik stil te staan by die regsvormende (regskeppende) rol van die regbank, word teruggekeer na die standpunt van Schauer[244] waar hy na die *Supreme Court* verwys as dié een deurlopende tema in al die Amerikaanse uitlegteorieë – en waardeur hy verwys na die vrees vir *judicial supremacy*. Soos reeds vermeld kom hierdie vrees daarop neer dat 'n onbeteuelde aktivistiese regbank wat nie aan die kiesers verantwoordelik is nie, tot regterlike oppergesag sal lei, wat die besluite van politieke liggame sal veto deur middel van skeppende interpretasie van sogenaamde *open-ended* bepalings van die Grondwet. Botha[245] wys daarop dat dit ironies is dat die wêreld se oudste bestaande grondwet, wat vir miljoene dwarsoor die wêreld die simbool van vryheid, gelykheid en *limited government* is, steeds in die skadu van 'n soewereine wetgewer is. Schachter[246] stel hierdie situasie gelyk aan *legislative supremacy:*

> "The impulse to reconcile the enterprise of statutory interpretation with the idea of legislative supremacy has a kind of primal quality and reflects the central preoccupation in American law with constraining judicial discretion because of the fear that judicial lawmaking will compromise democracy and undermine the rule of law. Fidelity to the legislature is thought to satisfy the demands of democratic theory by allowing popularly elected officials, presumed to be accountable to their constituents, to make policy decisions."

---

243 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 224.

244 "The Occasions of Constitutional Interpretation" 729.

245 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 222.

246 "Metademocracy: The Changing Structure of Legitimacy in Statutory Interpretation" 1995 *Harvard LR* 593 594.

Hierdie vrees vir *judicial supremacy*[247] waarna herbo verwys is, word vererger deur die politieke strominge wat heers rondom die aanstellingsprosedure van federale regters. Ingevolge die bepalings van die Grondwet word federale regters deur die President genomineer, onderhewig aan die goedkeuring van die Senaat se *Judiciary Subcommittee.* In die verlede is hierdie aanstellingsproses al gebruik deur die Presidente in 'n poging[248] om ideologies-aanvaarbare kandidate vir die *Supreme Court* te nomineer. Dit wil voorkom asof die regbank as 'n politieke speelbal gebruik word.[249] Botha kom egter tot die gevolgtrekking dat daar nie 'n waardegerigte paradiga van grondwetuitleg in die VSA te bespeur is nie.[250] Hy wys daarop dat alhoewel die Amerikaanse Hooggeregshof in die verlede sekere *aktivistiese* uitsprake op fundamentele beginsels gebaseer het en in die proses nuwe standaarde daargestel het, is die waardebasis van hierdie *aktivisme* tot 'n groot mate deur die politieke aanstellings op die regbank geneutraliseer: dit wil voorkom asof die hof slegs binne 'n gegewe ideologiese raamwerk *aktivisties* sal wees. Uiteindelik is daar geen werklike waardegebaseerde riglyne uit grondwetlik-gepositiveerde waardes af te lei nie.

---

247 Ely "Another Such Victory: Constitutional Theory in a World Where Courts are No Different from Legislatures" 1991 *Virginia LR* 833 864-865; Choper *Judicial Review and the National Political Process* 2. Sien die standpunt van regter Sachs in *Du Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (KH) par 181 waar hy 'n juridies gefundeerde waarskuwing gee teen die gevaar van regterlike oppergesag.

248 Sien Davis ea "Democracy and Constitutionalism: The Role of Constitutional Interpretation" in Van Wyk ea *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* 7. Corder "Lessons from (North) America: Beware the 'Legalization of Politics' and the 'Political Seduction of the Law' " (1992) *SALJ* 204 207 wys op die pogings van presidente Nixon, Reagan en Bush om die *Supreme Court* se sogenaamde *aktivistiese* uitgangspunte dmv konserwatiewe aanstellings te temper, en Ashenfelter ea "Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes" 1995 *Journal of Legal Studies* 257-258 wys op President Clinton en die polemiek oor sogenaamde *liberale* aanstellings.

249 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 223. Bork *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* 1. Daarenteen wys Ashenfelter ea "Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes" 257 ev daarop dat daar volgens empiriese navorsing wat gedoen is geen merkbare korrelasie is tussen die uitsprake van federale regters en die politieke affiliasie van die Presidente deur wie hulle aangestel is nie.

250 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 259-260 wys daarop dat die Amerikaanse grondwetlike jurisprudensie wel sekere riglyne vir die Suid-Afrikaanse howe kan bied, maar dat dit beperk is tot die aard, inhoud en toepassing van bepaalde regte.

4.8.2 Duitsland

Die Duitse Demokratiese Republiek (Oos-Duitsland) het formeel met die Federale Bondsrepubliek (Wes-Duitsland) herenig en binne die trefwydte van die *Grundgesetz (*of *Basic Law* synde die Grondwet van die eertydse Wes-Duitsland) gekom toe die wetgewers van beide state die *Unification Treaty* in 1990 geratifiseer het.[251]

Die Duitse Grondwet (*Grundgesetz*) is die hoogste reg in Duitsland – met ander woorde, daar heers grondwetlike oppergesag.[252] Die leerstuk van skeiding van magte, wat vervat word in artikel 20(2), word bevestig deur die bepaling in artikel 92 dat regterlike gesag in die regters van die verskillende howe sal setel en die uitdruklike opdrag in artikel 97(1) dat die regbank onafhanklik en slegs aan die reg onderworpe moet wees; ingevolge artikel 20(3) is die regbank en uitvoerende gesag aan reg en geregtigheid gebonde.[253] Wat hofbeslissings betref, bestaan daar nie 'n formele presedenteleer (stelsel van *stare decisis*) in Duitsland nie – tog is beslissings van die Konstitusionele Hof (*Bundesverfassungsgericht*, hierna na verwys as die *BVerfG*) bindend op ander howe en ander grondwetlike instellings, en in sekere gevalle het die beslissings van die *BVerfG* dieselfde status as wetgewing. Die *BVerfG* is gebonde aan sy eie beslissings, maar mag regsvrae waaroor reeds voorheen beslis is, in die lig van veranderende omstandighede heroorweeg.[254] Botha[255] wys daarop dat die sogenaamde *countermajoritarian*-vraagstuk nie in Duitsland ter sprake kom nie, aangesien die *Grundgesetz* self die kwessie opgelos het: geen teoretisering oor

---

251 "Germany was divided for forty-five years. The East – the German Democratic Republic – was a typical Communist state modeled after the Soviet Union until the people put an end to it in 1989. The West – the Federal Republic of Germany – adopted a Basic Law (Grundgesetz) based upon democracy, freedom and the rule of law, which for more than forty years it has respected and enforced." – Currie *The Constitution of the Federal Republic of Germany* xi.

252 Ingevolge a 1(1) is die wetgewer, die uitvoerende gesag en die regbank gebonde aan die Grondwet.

253 Currie *Constitution of Germany* 153 ev; Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 226.

254 Van der Westhuizen "The Protection of Human Rights and a Constitutional Court for South Africa: Some Questions and Ideas, with reference to the German Experience (1)" 1991 *De Jure* 1 22.

255 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 226.

grondwetlike hersiening is nodig om die uitoefening van regterlike bevoegdhede te regverdig nie.

Die rol van die hof ten opsigte van politieke vraagstukke en regterlike regsvorming tydens grondwetuitleg word as deel van die grondwetlike werklikheid erken en aanvaar: volgens die *BVerfG*[256] is 'n regter nie net verplig nie, maar ook bevoeg om reg te skep.[257] Botha[258] wys daarop dat dit die hof se plig is om alle fasette van die grondwetlike staat te handhaaf, en in die proses moet die politieke verloop aan die oppergesag van die *Grundgesetz* besgee.[259] Daar word algemeen aanvaar dat daar 'n onderskeid tussen die reg en politieke kwessies is en dat die hof prakties 'n middeweg tussen die reg en politiek volg – tog is daar uiteenlopende standpunte ten opsigte van hierdie *middeweg*. Aangesien die regters erken dat hierdie regskeppende bevoegdheid 'n geweldige verantwoordelikheid op die hof plaas, word 'n Duitse weergawe van *judicial self-restraint* toegepas wat daarop neerkom dat die interne eenheid (*internal unity*) van die hof nagestreef word – dit beteken dat individuele regters hulle eie persoonlike politieke oortuigings ter wille van die hof se onafhanklikheid en outonomie, asook 'n juridies-gefundeerde beslissing, opoffer.[260]

Botha verduidelik dat die fundamentele grondwetlike waardes 'n sentrale rol in die

---

256 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 227.

257 Van der Westhuizen "The Protection of Human Rights and a Constitutional Court for South Africa: Some Questions and Ideas, with reference to the German Experience (2)" 1991 *De Jure* 245 verwys na die standpunt van 'n vorige president van die *BVerfG*, regter Benda, op 248: "[I]t represents a very interesting variation of the concept of separation of powers, that the Constitution allows the weakest of the state powers the last word in its interpretation."

258 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 228.

259 Hy verwys na die uitspraak van nog 'n vorige president van die *BVerfG* tov die waarde-belaaide en dinamiese rol van hierdie hof: "[T]he decisions of this court...should underscore more or less clearly not only the ideas which remain constant with changing times but also those ideas which move a particular generation. All persons working together to achieve the *common goals of a nation* should be familiar with those ideas."

260 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 229. Van Niekerk "Social Engineering in the German Constitutional Court – Some Reflections on a Recent Judgment" 1975 *SALJ* 298 ev bespreek die *Group University Case BVerfGE* (35) 79 (1973) en wys daarop dat dit 'n sprekende voorbeeld is van uitgebreide regterlike aktivisme en eksperimentele *social engineering* gebaseer op politieke, sosiale en filosofiese waarde-oordele.

Duitse grondwetlike jurisprudensie speel: Ingevolge artikel 1 van die *Grundgesetz* is die menswaardigheid van die mens onskendbaar;[261] die fundamentele menseregte vorm die grondslag van vrede, geregtigheid en die gemeenskap; en hierdie fundamentele regte bind die wetgewer, uitvoerende gesag en die regbank. Hierdie bepaling vorm die kern van die *Grundgesetz*: die burger is nie daar om die staat te dien nie, maar die staat bestaan om die burger te dien.[262] Ten opsigte van 'n waarde-geöriënteerde benadering by grondwetuitleg blyk die volgende uit regspraak: volgens die *BVerfG*[263] moet die regbank die waardes wat die grondwetlike orde onderlê (dws, nie in die geskrewe wetgewing gepositiveer is nie) blootlê en daaraan gevolg gee. Die *BVerfG*[264] het ook al uitdruklik daarop gewys dat wetgewing aan die ongeskrewe fundamentele beginsels, sowel as die geskrewe bepalings van die *Grundgesetz* moet voldoen.

Botha[265] wys daarop dat alhoewel daar kompeterende benaderings en botsende standpunte oor grondwetuitleg in Duitsland is, is daar nietemin 'n sentrale waardegebaseerde paradigma vir grondwetuitleg: 'n logies-teleologiese benadering,[266]

---

261 Currie *Constitution of Germany* 10-11 verduidelik ten opsigte van fundamentele regte: "The Basic Law begins with a Bill of Rights (Grundrechtskatalog) in order to emphasize that human rights are not a mere appendage to the Constitution but (as Article 1(2) expressly provides) the very 'basis of every community, of peace, and of justice throughout the world.' At the head of the list, in Article 1(1), stands human dignity, the most fundamental of all rights, which as the framers were well aware had been utterly trampled by the Nazis, which the state is directed both to respect ('achten') and affirmatively to protect ('schützen'), and which Article 79(3) protects even against constitutional amendment." Vir 'n verdere bespreking van die fundamentele regte, sien 12-17.

262 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 236-237. Hierdie aspek moet teen die agtergrond van Duitsland se totalitêre geskiedenis uitgelê word: respek vir menswaardigheid is die hoogste waarde in die Grondwet, die uiteindelike basis van die grondwetlike orde en die grondslag van fundamentele regte en moet te alle tye deur die staat beskerm word. Dit is op hierdie punt wat die *BVerfG* menswaardigheid (a 1) en die *Sozialstaatprinzip* (ingryping deur die staat) met mekaar versoen het: die individu se waardigheid kan slegs ten volle ontwikkel indien die sosiale omstandighede van die gemeenskap regverdig (*equitable*) is.

263 *BVerfGE* (34) 269 287 (1972); Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 237.

264 *BVerfGE* (6) 32 41 (1957); Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 237.

265 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 238.

266 Op 235 verduidelik hy dat die *Grundgesetz* 'n strukturele eenheid van waardes en beginsels is, en die logies-teleologiese benadering van grondwetuitleg is 'n metode om die teks van die Grondwet en die fundamentele grondwetlike waardes met mekaar te versoen. Geen

wat 'n metode is om die teks van die Grondwet en die fundamentele grondwetlike waardes met mekaar te versoen, wat verder deur die teorieë van 'n hiërargie van objektiewe waardes en die strukturele eenheid van die Grondwet[267] onderskraag word.[268]

Hierby kom ook die beginsels van toepassing op die *Rechtsstaat* en *Sozialstaat* ter sprake. Die regstaat (*Rechtsstaat*) verwys nie net na die formele institusionele aspekte van owerheidsgesag en die legaliteitsbeginsel nie, maar verwys na 'n materiële regsorde wat op fundamentele regte en waardes gebaseer is.[269] Wat die *Sozialstaat* betref, wys Currie[270] daarop dat die *Sozialstaat*-beginsel geanker is in artikels 20 en 28 van die *Grundgesetz* "...which essentially commits the Federal Republic to the welfare state". In die sosiale welvaartstaat word sosiale geregtigheid beklemtoon, wat beteken die staat het 'n grondwetlike plig om aan die basiese

---

grondwetlike bepaling mag onafhanklik van die res van die Gondwet uitgelê word nie, want elkeen moet in samehang met ander bepalings, sowel as die Grondwet in geheel beoordeel word.

267 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 237-238 verduidelik dat die *Grundgesetz* as 'n strukturele eenheid van materiële (substantiewe) waardes beskou word. Hierdie uitgangspunt word verder uitgebrei deur die beginsel van 'n objektiewe waarde-orde: die opstellers van die Grondwet het sekere waardekeuses gemaak. Hierdie waardes is in hiërargiese orde gestel, waarin die beginsel van demokrasie (dws 'n liberale, verteenwoordigende, federale parlementêre stelsel die belangrikste is met menswaardigheid as die hoeksteen daarvan. Die *BVerfG* (*BVerfGE* (3) 225 231 (1953)) het beslis dat die waarde-orde nie 'n abstrakte rangorde is nie, want alle waardes het in beginsel dieselfde gewig: die balansering van waardes mag nietemin in bepaalde gevalle tot 'n praktiese rangorde aanleiding gee. Hierdie waardes is objektief, want hulle is onafhanklik in die *Grundgesetz* gepositiveer, en gevolglik moet hulle op 'n positiewe wyse deur alle owerheidsorgane afgedwing en gehandhaaf word. Die *BVerfG* (*BVerfGE* (30) 1 19 (1970)) het beslis dat alle grondwetlike bepalings só uitgelê moet word dat hulle met die Grondwet se fundamentele waardes ooreenstem .

268 Sien ook die hoofpunte tov die Duitse benadering in Kruger "Beregting van Fundamentele Regte" 408. Sien in die algemeen Blaauw-Wolf "The 'Balancing of Interests' with Reference to the Principle of Proportionality and the Doctrine of *Güterabwegung* – A Comparative Analysis" 1999 *SAPR* 178.

269 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 226. Currie *Constitution of Germany* 20 wys daarop dat die *Rechtsstaatprinzip* die proporsionaliteitsbeginsel insluit, met ander woorde, enige beperking van fundamentele regte moet redelik wees.

270 *Constitution of Germany* 20-21. Hy verduidelik die aard van hierdie beginsel soos volg: "The Sozialstaat provisions, which had no precise antecedents in earlier German Constitutions, reflect the growing conviction – expressed by Montesquieu as early as 1748 – that it was not enough for the state to protect citizens from one another and to protect the individual from the state; the state should also be required affirmatively to promote the public weal."

behoeftes van die burgery te voldoen. Die *Sozialstaatprinzip* is nie een van die onafhanklike gronde waarop wetgewing ongeldig verklaar kan word nie, want die wetgewer moet die nodige stappe doen om die sosiale welvaartstaat te realiseer.[271] Die samevoeging van die *Rechtsstaat* en *Sozialstaat* het verder tot gevolg dat die fundamentele grondwetlike waardes nie net tot *rights rhetoric* beperk word om die *status quo* te handhaaf nie, maar dat die regbank (as deel van die staat se etiese missie) aktief by die verwerkliking van daardie waardes betrokke moet raak.[272] In die Duitse Grondwet, wat gevolg het op die ergste menseregteskendings in die geskiedenis, word demokratiese beginsels uitdruklik aan fundamentele grondwetlike waardes van menswaardigheid en sosiale geregtigheid gekoppel.[273]

4.8.3 Namibië

Die Grondwet van Namibië is op 9 Februarie 1990 eenparig aangeneem deur die Namibiese grondwetgewende vergadering en op 21 Maart 1990 het Namibië onafhanklik geword.[274] Die 1982-Grondwetlike Beginsels vorm die internasionaal-

---

271 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 226-227; Currie *Constitution of Germany* 23. Op 22 vn 114 wys hy daarop dat die hof in *BVerfGE* (1) 91 105 (1951) beslis het "[o]nly the legislature can do what is essential to the realization of the social welfare state." Die hof het bygevoeg dat slegs indien die wetgewer "arbitrarily neglected" om hul verpligting na te kom, mag die individu by die hof beswaar maak.

272 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 227 verduidelik dit soos volg: "Die Duitse dualistiese *Rechtsstaat-cum-Sozialstaat* staan dus simpatiek teenoor die idee dat die staat die verwesenliking van persoonlike vryhede en regte moet vergemaklik. Individuele vryheid moet in sintese met die gemeenskap verwerklik word: nie net die vryheid van die individu nie, maar ook die werklikhede van 'n multikulturele samelewing word erken. Gevolglik rus daar nie net 'n grondwetlike plig op die owerheid om die sosiale orde te vorm nie, maar word die owerheid ook gemagtig om sosiaal aktief te raak. Duitsland is 'n unieke voorbeeld van 'n *sozialer Rechtsstaat*: dis 'n sintese van die eise van individuele vryhede en dié van 'n multikulturele gemeenskap – 'n beskermer van die individu en voorsiener aan die gemeenskap...Dit beteken dat die regbank nie net tradisionele liberale regte van die individu *(Abwehrrechte)* teen inbreukmaking deur die owerheid moet beskerm nie, maar ook moet verseker dat die owerheid se positiewe rol ten opsigte van die sosiale opheffing van die gemeenskap nagekom word."

273 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 260-261.

274 Sien Erasmus "Die Grondwet van Namibië: Internasionale Proses en Inhoud" 1990 *Stell LR* 277 vir 'n bespreking van die geskiedkundige verloop en onafhanklikwording van Namibië.

onderhandelde grondslag van die Grondwet[275] en Namibië se geskiedenis van menseregteskendings wat voortgevloei het uit kolonialisme, rassediskriminasie en apartheidheidsmaatreël blyk duidelik uit die fundamentele waardes en aspirasies (wat ook as riglyne in die loop van grondwetuitleg gebruik word).

Botha[276] wat 'n kritiese ontleding van aspekte van die Grondwet gedoen het om die juridiese konkretisering van grondwetlike waardes in Namibië te ondersoek, kom tot die volgende gevolgtrekkings:

- Die voorrede van die Grondwet van Namibië beliggaam gepositiveerde fundamentele grondwetlike waardes, wat in aanmerking geneem kan word in die loop van grondwetuitleg.[277] In die voorrede tot die Grondwet word die volgende aspekte beklemtoon: inherente menswaardigheid; die feit dat gelyke, onvervreembare regte van alle mense onontbeerlik is vir vryheid, gelykheid en vrede, en dat hierdie regte alleenlik binne 'n demokratiese staat, met 'n onafhanklike regbank en oppermagtige grondwet behoorlik beskerm en gehandhaaf kan word; nasionale versoening, vrede, eenheid en 'n onverdeelde trou en lojaliteit aan 'n enkele staat. Dit word verder uitdruklik gestel dat die "mense" tot hierdie beginsels verbind is, dat Namibië derhalwe 'n soewereine, demokratiese en eenheidstaat sal wees om geregtigheid, vryheid, gelykheid en samehorigheid vir almal te verseker.
- Die verwysing na *We the people* in die voorrede, saamgelees met *the people*

---

275 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 251 wys daarop dat die 1982-Grondwetlike Beginsels *(Principles concerning the Constituent Assembly and the Constitution)* deel vorm van die Veiligheidsraadsresolusie 435, wat die raamwerk was vir 'n internasionaal-aanvaarde skikkingsplan waarvolgens Suidwes-Afrika onafhanklik sou word. Die 1982-Beginsels is op 21 November 1989 by die eerste sitting van die Grondwetgewende Vergadering eenparig as grondslag vir die Namibiese Grondwet aanvaar. Wiechers "The Fundamental Laws Behind Our Constitution" in Kahn (red) 1985 *Fiat Iustitia: Essays in Memory of Oliver Schreiner* 383 is van mening dat omdat die 1982-Beginsels die voorvereiste geword het waarop die Namibiese Grondwet moes berus, vorm hulle die fundamentele en onveranderlike grondwetlike beginsels wat nie gewysig of herroep mag word nie.

276 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 250-258..

277 In *Kauesa v Minister of Home Affairs* 1994 3 BCLR 1 (NmHC) 34F-G beslis die hof dat die voorrede van die Grondwet 'n belangrike interne hulpmiddel by grondwetuitleg is, wat nie net gebruik mag word indien die teks onduidelik of dubbelsinng is nie.

in artikel 1(2)[278] en artikel 1(6) (wat bepaal dat die Grondwet die hoogste reg in die gebied is), behoort die *countermajoritarian*-argument ten minste gedeeltelik te troef, want dit dui uitdruklik daarop dat die mense van Namibië ten gunste van grondwetlike toetsing besluit het.

- Ingevolge artikel 5 moet die fundamentele regte (vervat in hoofstuk 3 van die Grondwet) deur die uitvoerende gesag, die wetgewer en die regbank gerespekteer en gehandhaaf word – die fundamentele regte bind dus die staat, en waar van toepassing, ook natuurlike persone en regspersone, en is deur die howe afdwingbaar. Hy wys verder daarop dat die grondwetlike beperkings en opskortings van die fundamentele regte in hoofstuk 3 geskied aan die hand van die volgende artikels: Artikels 22 (beperkingsklousule), 23 (die regstellende optredeklousule of *affirmative action clause*) en 26 (openbare noodtoestand, krygswet en 'n staat van nasionale verdediging).
- Daar word uitdruklik bepaal dat die regbank onafhanklik en slegs aan die Grondwet en die reg onderworpe is[279] – en tesame daarmee dat die fundamentele regte deur die regbank afgedwing moet word.[280]
- Verdere aspekte wat tydens grondwetuitleg in aanmerking geneem kan word: Ingevolge artikel 66 bly die inheemse reg en die gemenereg voortbestaan in die mate wat beide nie met die bepalings van die Grondwet bots nie en ingevolge artikel 144 vorm die algemene beginsels van die volkereg en internasionale verdrae wat bindend op Namibië is, deel van die Namibiese reg.
- Botha wys daarop dat die sosio-ekonomiese programmatiese doelstellings, wat vervat is in hoofstuk 11[281] van die Grondwet, as deel van die onderliggende grondwetlike waardes beskou word, en gedurende waardegerigte

---

278 A 1(2) bepaal dat alle mag in die mense van Namibië gesetel is, wat hulle soewereiniteit deur middel van demokratiese instellings sal uitoefen.

279 A 78(2).

280 A 25.

281 Die erkenning van sosio-ekonomiese regte word in hfst 11(*Principles of State Policy*) aangespreek. Dit bevat die (veral sosio-ekonomiese) programmatiese doelstellings wat die staat onderneem om na te streef, en is nie fundamentele regte wat onmiddelik afgedwing kan word nie.

grondwetuitleg in ag geneem moet word, en vra die vraag: hoe lank sal dit duur voordat hulle saam met, byvoorbeeld, artikel 23 (*Apartheid and Affirmative Action*) tot 'n mate van "aktivistiese" sosio-ekonomiese regspraak aanleiding gee?

- Hy wys daarop dat die Namibiese Grondwet, waar die individu se menswaardigheid 'n sentrale posisie beklee, deur duidelik gepositiveerde waardes, met die hof as handhawer en beskermer van dié waardes, gekenmerk word.

Ten opsigte van die hof se opinie oor die status van die grondwetlike waardes wat die Grondwet stut, verklaar regter Mahomed in die saak van *Acheson*[282] dat 'n volk se grondwet nie maar bloot 'n stuk wetgewing is wat meganies die strukture van die owerheid, en die verhouding tussen die owerheid en die onderdane omskryf nie. Inteendeel, dit is:

> "a 'mirror reflecting the national soul', the identification of the ideals and aspirations of a nation; the articulation of the values bonding its people and disciplining its government. The spirit of judicial interpretation and judicial discretion."

Botha[283] wys daarop dat dit ook uit die regspraak blyk dat die Grondwet deur sowel uitdruklike as geïmpliseerde waardes onderlê word[284] en dat dit die hof se plig is om hierdie waardes te identifiseer en te konkretiseer:

> "Is is however a value judgment which requires objectively to be articulated and identified, regard being had to the contemporary norms, aspirations, expectations and sensitivities of the Namibian people as expressed in its national institutions and its Constitution, and further having regard to the emerging consensus of values in the civilised international community (of which Namibia is part) which Namibians share. This is not a static exercise. It

---

282 1991 2 SA 805 (NmHC) op 813B van die verslag.

283 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 256.

284 In *Ex Parte Attorney-General, Namibia: in re Corporal Punishment by Organs of the State* 1991 3 SA 76 (NmHC) op 78C van die verslag verklaar die hof: "Article 8 of the Constitution must therefore be read not in isolation but within the context of a fundamental humanistic constitutional philosophy introduced in the preamble to and woven into the manifold structures of the Constitution." Sien in hierdie verband ook Kruger "Regstaat, Kultuurstaat, Welvaartstaat: 'n Nuwe Staatsmodel?" 1994 *Stell LR* 15 18.

is a continually evolving dynamic."[285]

In die saak van *Heita* (2)[286] verklaar die hof dat die bepaling dat die hof onafhanklik is en slegs onderworpe is aan die Grondwet en die reg, impliseer dat die hof ook nie onderhewig is aan die voorskrifte van enige politieke party nie – selfs al is die party die meerderheidsparty. Om dieselfde rede is die hof ook nie onderhewig aan die voorskrifte van enige ander drukgroep nie. Uit voorgaande blyk die sienswyse dus dat 'n regsprekende amptenaar slegs behoorlik kan funksioneer indien die onafhanklikheid van die regbank deur almal aanvaar en gerespekteer word.

❑ KORT OPSOMMING

- Dit is onwaarskynlik dat die betekenis van die frases: *gees en strekking van die fundamentele regte* en die *underlying values of the constitution* ooit finaal en seker vasgepen sal kan word – net so is dit onwaarskynlik dat die mate waarin fundamentele waardes deur die howe gebruik word ooit empiries gemeet kan word. Nogtans kan daar, wat fundamentele waardes en grondwetuitleg betref, uit die voorafgaande regsvergelykende ondersoek twee kategorieë onderskei word: aan die een kant Duitsland en Namibië, waar die Grondwette nie net die geskiedenis van menseregteskendings weerspieël nie, maar grondwetuitleg uitdruklik vanuit 'n waarde-gebaseerde perspektief toegepas word; aan die ander kant, die VSA, waar volgehoue en ernstige skendings van menseregte nie die totstandkoming van die Grondwet voorafgegaan het nie en fundamentele waardes nie 'n deurslaggewende rol gedurende grondwetlike toetsing speel nie.[287]
- Die feit dat die Amerikaanse handves van fundamentele regte bondig en onvolledig opgestel is, wyd en vaag verwoord is, (asook die feit dat dit nie op

---

285 *Ex Parte Attorney-General, Namibia: in re Corporal Punishment by Organs of the State* 1991 3 SA 76 (NmHC) op 86I-J van die verslag.

286 1992 3 SA 785 (NmHC) op 789E-F van die verslag.

287 Sien ook Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 259 ev.

eietydse internasionale menseregte gebaseer is nie) speel 'n belangrike rol: Die Amerikaanse Grondwet bevat nie 'n uitlegklousule (soos artikel 39 van die 1996-Grondwet van Suid-Afrika) wat die regbank verplig om sekere fundamentele grondwetlike waardes tydens wets- en grondwetuitleg in ag te neem en te bevorder nie en ook nie 'n beperkingsklousule (soos artikel 36 van die 1996-Grondwet van Suid-Afrika) in die Grondwet nie. Die beginsel van grondwetlike toetsing is deur die Amerikaanse *Supreme Court* gevestig in die VSA deur die beslissing gegee in *Marbury v Madison*.[288] Hierdie beslissing het aanleiding gegee tot die *countermajoritarian*-argument dat 'n nie-verkose regbank die demokratiese wil van die staatsvolk kan dwarsboom. Die onafhankliheid van die federale regbank word oorskadu deur die vrees vir *judicial supremacy*. Ten spyte daarvan dat *originalism* die oorheersende teorie van grondwetuitleg blyk te wees, is dit duidelik dat die Amerikaanse jurisprudensie geen algemeen-aanvaarde benadering oor grondwetuitleg het nie. Om hierdie rede behoort die Amerikaanse regspraak ten opsigte van die beskerming van fundamentele regte slegs in 'n beperkte mate en met omsigtigheid deur die regbank in Suid-Afrika gebruik te word.

- In die Duitse Grondwet, wat gevolg het op die ergste menseregteskendings in die geskiedenis, word demokratiese beginsels uitdruklik aan fundamentele grondwetlike waardes van menswaardigheid en sosiale geregtigheid gekoppel.[289]
- In die Grondwet van Namibië beklee die individu se menswaardigheid 'n sentrale posisie, en word die grondwet deur duidelik gepositiveerde waardes, met die hof as handhawer en beskermer van dié waardes, gekenmerk.[290]

---

288 1 Cranch 137, 5 US 87 (1803).

289 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 261. Volgens Brugger "Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence and Anthropology: Some Remarks from a German Point of View" 1994 *American Journal of Comparative Law* 395 beskou die Duitsers hulle Grondwet meer as 'n "substantive charter of justice than do the Americans, who traditionally pay more attention to the checks and balances aspect and the fairness of the political process."

290 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 261.

- Botha[291] wys daarop dat in die lig van Suid-Afrika se traumatiese geskiedenis is die vestiging van 'n *rights culture* en 'n fundamentele regtebedeling uiters belangrik. Hy verwys na die standpunt van Michelman dat die Suid-Afrikaanse Grondwet 'n geleentheid na 'n *fundamentally reconceived future* is: dit impliseer dat vrae oor materiële geregtigheid *nie* (soos in die VSA) aan aspekte soos die demokratiese aard van die politieke proses ondergeskik gestel moet word nie.[292]

Ter afsluiting van hierdie gedeelte kan beklemtoon word dat dit noodsaaklik is dat grondwetuitleg vanuit 'n uitdruklik waarde-gebaseerde, oftewel 'n waarde-geöriënteerde paradigma benader word. Ten opsigte van die regstelsels waarna hierbo verwys is, blyk dit duidelik dat die howe in Suid-Afrika hulself eerder na die Duitse en Namibiese jurisprudensie moet wend vir riglyne vir 'n waarde-aktiverende (of waarde-geöriënteerde) wyse van grondwetuitleg.

4.9 DIE ETOS VAN DIE REGBANK

Saam met die kritiek wat in die vorige grondwetlike bedeling geopper is teen die legitimiteit van die regbank en hul owerheidsgesinde (*executive-minded)* beslissings,[293] is die stelling gemaak dat slegs sekere van die regters wat aangestel is voor die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet 'n rol te speel het in die nuwe grondwetlike bedeling en slegs as hulle "repent and adjust to the new order". Van Zyl wys daarop dat alhoewel daar meriete in hierdie kritiek is, dit ongelukkig al die regsprekende amptenare oor dieselfde kam skeer en die indruk skep dat alle regters hulle skuldig

---

291 *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 261.

292 Michelman "A Constitutional Conversation with Professor Frank Michelman" 1995 *SAJHR* 477.

293 "The problem of legitimacy relates to the perception among black South Africans that the judiciary appointed prior to the democratic elections on 27 April 1994 was illegitimate because black people had no say in the making of the laws that governed them and likewise had no say or representation in the judiciary applying such laws. The judiciary was seen as serving only the interests of the ruling white faction and it engendered no confidence in the administration of justice. This was aggravated by the frequently pro-executive stance adopted by the judiciary." – Van Zyl "The Present Status of the South African Judiciary in a New Constitutional Dispensation" 1995 *Consultus* 133.

gemaak het aan owerheidsgesinde (*executive-minded)* beslissings – daar is ook regters wat oor 'n lang tydperk "dedicated themselves to creating a fair and just society and have, as far as humanly possible attempted, in their judgments, to ameliorate the situation by softening the harshness of the repressive and unjust legislation." Dit is ook onderskryf deur regter Chaskalson:

> "What is important is the future, and it is here that I believe that we will come to appreciate that we owe much to our judges, and a great deal to some of them. For despite all the paradoxes they have somehow held to the infrastucture and have kept alive the principles of freedom and justice which permeate the common law."[294]

Hlope[295]stel die volgende oplossings voor as teenwig teen die probleem van *judicial restraint*: om die regsopleiding te herstruktureer en om regters aan te stel wat beter opgelei is, 'n wyer uitkyk het en meer sensitief is ten opsigte van wyer sosiologiese aspekte, waardes en geloofsoortuigings in die gemeenskap.[296] Om die uitdagings van die toekoms suksesvol te hanteer, sien hy die karakter van die regbank soos volg:

> "What is clear in my mind, however, is that in order for our judges to cope with these increasing challenges, they must be strong as lawyers, fearlessly independent, highly educated and, above all, sensitive to the broad social issues around them. Furthermore, they should be willing to stand impartially between the executive and the subject in matters involving the rights and civil liberties of the latter. Our judges should learn to say no to unwarranted parliamentary violations of human rights.
>
> More than that, they should take the lead in creating and maintaining a human-rights culture, which is sadly lacking in this country. Judges, as guardians of human rights and fundamental freedoms, should rise and lead the way."

---

294 Chaskalson "Law in a Changing Society: The Past Ten Years: A Balance Sheet and Sound Indicators for the Future" 1989 *SAJHR* 293 295.

295 "The Role of Judges in a Transformed South Africa – Problems, Challenges and Prospects" 22 24-26, 29.

296 "Law studies, particularly the LLB curriculum, must be re-evaluated. Law students must be exposed to other related disciplines, such as sociology, psychology, political studies, philosophy and economics. The days of producing law graduates who know nothing other than law are gone. This is the more so because we need to appoint judges who are better educated, more broad minded, and, above all, more sensitive to wider sociological issues, values and beliefs in society. One does not need to overstress the point, as, after all, South Africa is a multicultural society; and therefore all different cultures must be accommodated and respected. And judges are the upper guardians of such values and cultures." – " The Role of Judges in a Transformed South Africa" 29.

Saam met Van Zyl[297] word die hoop uitgespreek dat owerheidsgesinde beslissings iets van die verlede is:

> "One can only hope that judicial executive-mindedness is something of the past and that the judiciary will, *en masse*, come to the fore as the protector of the rights and freedoms so essential for the establishment of a stable and harmonious society."

Die Grondwet is die instrument waardeur die regbank sy rol kan vervul as beskermer van sulke regte en vryhede. Die regbank kan hierdie doel bereik deur die waarheid, regverdigheid en billikheid in ooreenstemming met die gees, strekking en oogmerke van die Grondwet na te streef.

4.10 TUSSENTYDSE GEVOLGTREKKINGS EN WAARDESKATTING

Regterlike diskresie kom normaalweg ter sprake by die vasstelling van feite, die interpretasie van regsnorme[298] en by regterlike regsvorming (waarna ook dikwels verwys word as regterlike aktivisme). Regterlike regsvorming vind gewoonlik plaas wanneer die regsprekende amptenaar sy diskresie uitoefen en tussen geoorloofde moontlikhede die een enkele opsie kies wat bindend is op die partye – sodoende word nuwe reg gevorm (geskep).[299] Die wetgewer maak deur sy wetgewing voorsiening vir die tipiese, normale geval. Die regsprekende amptenaar, daarenteen, kom soms met die werklik-eensoortige geval in aanraking en moet dan die besondere omstandighede van die enkelgeval in aanmerking neem – met ander woorde, die regsprekende amptenaar is geroepe tot leemtevulling in wetgewing.[300] Ongebreidelde regterlike regsvorming hou egter die potensiaal in om regsekerheid te ondermyn – daarom moet die balans gehandhaaf word tussen billikheid aan die een kant en

---

297 "The Present Status of the South African Judiciary in a New Constitutional Dispensation" 134.

298 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 340; Barak *Judicial Discretion* 262.

299 Barak *Judicial Discretion* 108.

300 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 466; Henning "Reg, Billikheid en in verband daarmee Regterlike Regsvorming" 243 ev.

regsekerheid aan die ander kant.[301]

Daar word hedendaags oor 'n wye front aanvaar dat die regter se funksie by betekenisgewing aan wetsbepalings, asook aan ander regsnorme, nie bloot meganies van aard is nie.[302] Soos Lord Reid dit in sy bekende toespraak stel waar hy verwys het na die regsvormende rol van regters:

> "There was a time when it was thought almost indecent to suggest that judges make law – they only declare it. Those with a taste for fairy tales seem to have thought that in some Aladdin's cave there is hidden the Common Law in all its splendour and that on a judge's appointment there descends on him knowledge of the magic words Open Sesame. Bad decisions are given when the judge muddles the password and the wrong door opens. But we do not believe in fairy tales any more."[303]

Labuschagne[304] wys daarop dat die mensfaktor, as sodanig, alreeds 'n wesenlike en individualiserende rol speel by betekenisgewing. Dit blyk baie duidelik uit die feit dat waar meerdere regters, soos by sake in die appèlhowe, na evaluering van dieselfde regs- en feitevrae 'n beslissing moet gee, hulle dikwels tot uiteenlopende gevolgtrekkings kom. Hy wys daarop dat empiriese navorsing wat deur sosiale wetenskaplikes onderneem is, dit duidelik aan die lig bring dat persoonlike waardes en eienskappe van regters hul beslissings beïnvloed.

Die reg ten opsigte van 'n bepaalde punt is dikwels vaag en onseker. Daar blyk meriete te wees in die standpunt dat selfs in relatief statiese gemeenskappe al die moontlike permutasies van 'n regsreël nie voorsien kan word nie.[305] Volgens Labuschagne skep die wetgewer soms groot ruimte vir regterlike regskepping deur gebruikmaking van terme met 'n dinamiese kern of 'n vae inhoud, en verwys na

---

301 Henning "Reg, Billikheid en in verband daarmee Regterlike Regsvorming" 250; Joubert *Legaliteitsbeginsel* 466-467.

302 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 339; Labuschagne "Reëls van Wetsuitleg" 15.

303 Lord Reid "The Judge as Law Maker" 1972 *Journal of Public Teachers of Law* 22. Sien ook Lester "English Judges as Law Makers" 269.

304 "Reëls van Wetsuitleg" 15.

305 Labuschagne "Reëls van Wetsuitleg" 15.

Limbach se treffende verwoording van die regter se rol:

> "Not just general clauses but a multiplicity of undefined legal concepts delegate actual norm making to the judge. They open up semantic room for manoeuvre, allowing not just one correct decision. Judicial decision is not only finding, but always also lawmaking...In every act of judicial application of law...cognitive and volitional elements form an indissoluble combination...The judge creates law in the process of finding a decision. Adjudication accordingly always has a political dimension too."

Tot en met die inwerkingtreding van die Grondwet[306] in April 1994, was die parlement oppermagtig – die gevolg was dat die parlement enige wetgewing kon aanneem en die howe het slegs beskik oor 'n prosessuele hersieningsfunksie.[307] As gevolg van die teorie van positivisme wat in ons regspleging gegeld het, het die regters wette van die parlement in hul uitsprake toegepas sonder om noodwendig die waardes te beoordeel wat daarin vervat is.[308] Gesien in die lig van die feit dat die wetgewing die ideale en praktiese toepassing van die apartheidsfilosofie beliggaam het, het die regbank die reputasie verwerf as mede-instrument in die uitvoering van 'n diskriminerende en onbillike stelsel.[309] Dit het daartoe gelei dat baie kritici na die regbank verwys het as synde 'n legitimiteitskrisis te beleef.[310]

Met die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet (en daarna die 1996-Grondwet) het Suid-Afrika oorgegaan van 'n stelsel van parlementêre soewereiniteit tot grondwetlike oppermagtigheid. Verder is die bevoegdheid aan die howe gegee om wette aan die bepalings van die Grondwet te toets. Die norm waarteen wetgewing getoets moet word, is die Grondwet en meer spesifiek, die akte van fundamentele regte. Dit gaan egter nog wyer as dit, want artikel 36 lê die verpligting op die howe om ook die

---

306 Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993.

307 Sarkin "The Political Role of the South African Constitutional Court" 1997 *SALJ* 134.

308 Viljoen "Die toetsingsrol van die Regter" 1997 *SAPR* 166. Hy wys op 174 daarna dat daar wel uitsonderings op hierdie reël was, maar dat sodanige regters se kritiek op die wetgewing meestal as *obiter dicta* beskou is. Sien ook Dugard "Some Realism about the Judicial Process and Positivism" 376 ev.

309 Viljoen "Die toetsingsrol van die Regter" 174.

310 Tov die legitimiteitskrisis van die regbank, sien ook afd 8.3.

waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid ten grondslag lê, te bevorder.

Die Grondwet vereis dat regsprekende beamptes 'n 'aktivistiese' waarde-geöriënteerde benadering volg by wets- en grondwetuitleg. Al die elemente vir 'n waarde-geöriënteerde of waarde-aktiverende wets- en grondwetuitleg is reeds aanwesig:

- 'n beregbare oppermagtige Grondwet en sekere fundamentele waardes wat die Grondwet onderskraag, is uitdruklik gepositiveer (insluitende *ubuntu* in die 1993-Grondwet en waardigheid (*dignity*) in die 1996-Grondwet);
- die "ongeskrewe" waardes onderliggend aan die Grondwet (billikheid (*equity*)), die natuurreg, die regverdigheidsbasis van die Romeins-Hollandse reg,[311] ens.);
- en die regbank se plig om die grondwetlike waardes te bevorder (artikel 35(3) van die 1993-Grondwet en artikel 39(2) van die 1996-Grondwet, sowel as die regters se ampseed).

Bogemelde beginsels, asook die erkenning van die feit dat die Grondwet nie self-toepassend (*self-executing*) is nie, is reeds deur die regbank aanvaar. Dit word aan die howe oorgelaat om die waardes hierbo genoem aktief te bevorder.[312] Waarde-geöriënteerde grondwetuitleg is net 'n raamwerk waarbinne die ander metodes van grondwetuitleg gebruik word.[313] Daar moet 'n balans gehandhaaf word tussen die howe se regsvormende funksie en die wetgewer se wetgewende funksie.

---

311 Devenish "The Interpretation of Justiciable Rights in South Africa's Interim Constitution" 276.

312 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 15, 280-283.

313 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 270 ev.

HOOFSTUK 5

REGSVERGELYKENDE ONDERSOEK NA DIE ONAFHANKLIKHEID VAN REGSPREKENDE BEAMPTES MET REGSOPLEIDING

5.1 INLEIDING

Een van die vernaamste oogmerke met 'n regsvergelykende ondersoek is om te bepaal of sekere bepaalde vreemde stelsels oplossings of minstens riglyne bied wat nuttig kan wees ten opsigte van die uitbouing van bepaalde aspekte of aanvulling van gebreke in die eie regstelsel.[1] Die oogmerk met hierdie hoofstuk is dus om die onafhanklikheid van regsprekende beamptes met regsopleiding in ander regstelsels te ontleed met die oog op moontlike uitbouing of oplossing van tekortkominge in die Suid-Afrikaanse regstelsel.

Die frase "regsprekende beamptes met regsopleiding" omvat hier alle persone wat die reg van 'n betrokke land in diepte bestudeer het, wat 'n kwalifiserende eksamen geslaag het en geselekteer is om as regsprekende beampte in, hetsy die hoërhof of die laerhof, op te tree. In meeste van die gevalle is die maak van regsbeslissings so 'n persoon se voltydse professie of beroep. In hierdie hoofstuk word onderskei tussen die beroepsregter (die persoon wat hom of haar met die oog op regterskap kwalifiseer en as regter opgelei word) soos aangetref in Duitsland en Frankryk en 'n regsgeleerde wat as regter aangewys word, soos die geval is in Engeland, of verkies word soos wat die geval is in sekere state van Amerika.

In hierdie hoofstuk word die onafhanklikheid van regsprekende beamptes met regsopleiding in Engeland, Amerika, Duitsland, Frankryk, Zimbabwe en Namibië onder die loep geneem. Die persoonlike onafhanklikheid van die regbank in elke regstelsel word beoordeel deur bepaalde aspekte te ontleed. Die eerste daarvan is

---

1 Van Zyl *Beginsels* 17-18. Hy wys daarop dat daar verskeie oogmerke is met regsvergelyking. Dat groter insig en begrip van die eie regstelsel deur regvergelyking verkry word, is 'n vanselfsprekende byvoordeel daarvan.

die seleksie van regsprekende amptenare: hier word gekyk na beide die kwalifikasies wat vereis word vir seleksie as regsprekende amptenaar, maar ook na die wyse van seleksie – met ander woorde, word die betrokke regsprekende beamptes aangestel of verkies tot die amp.

Die ander aspekte wat telkens ontleed word, is die diensvoorwaardes van toepassing op hul betrokke amp en die gronde waarop hul diens beëindig word, hetsy deur aftrede, ontslag of rekusering. Die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank sluit aan by die seleksie van amptenare tot die regbank – derhalwe word die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank in elke regstelsel ontleed om te bepaal tot welke mate dit verteenwoordigend is van die gemeenskap wat betref ras en geslag. 'n Regbank wat verteenwoordigend is van die gemeenskap verhoog die legitimiteit van die regbank en die openbare vertroue in die onafhanklikheid van die regbank.[2] Die saaklike onafhanklikheid van die regbank word ontleed aan die hand van die bevoegdhede en verpligtinge van die regsprekende amptenare.

Die hoofstuk word afgesluit met 'n regsvergelykende evaluering van al die aspekte wat deurgaans met betrekking tot elke regstelsel bespreek is.

5.2 ENGELAND

5.2.1 Regsprekende beamptes met regsopleiding in die hoër howe bekend as *judges*

In Engeland verwys die begrip *regters* of *regters in die hoërhowe*[3] gewoonlik na die

---

2 Sien die bespreking in afd 2.10 en 3.5.

3 Tov uiteensetting van die hofstruktuur in Engeland, sien David en Brierley *Major Legal Systems in the World Today* 367 ev; Terrill *World Criminal Justice Systems* 24 ev; Spencer *Jackson's Machinery of Justice* 171 ev.

regsprekende amptenare van die *Crown Court*,[4] die High Court,[5] die *Appeal Court*,[6] en op die hoogste vlak, die *House of Lords*.[7] Daar is egter ook voltydse regters op 'n vlak ondergeskik aan bogenoemde wat bekend staan as *circuit judges*. Hulle werksaamhede word aangevul deur *recorders*,[8] wat as deeltydse professionele regters in die *Crown Court* optree.[9]

5.2.1.1 Persoonlike onafhanklikheid

Die persoonlike onafhanklikheid van die regbank omvat gewoonlik aspekte soos die seleksie en aanstelling van regterlike amptenare, hul ampsduur en diensvoorwaardes.[10] Hierdie aspekte sal in die volgende afdeling bespreek word. By die seleksie van regterlike amptenare sal onderskei word tussen die kwalifikasies vereis vir seleksie en wyse van seleksie. Daar sal ook verwys word na 'n verbandhoudende

---

4 Die *Crown Court* is ingevolge die Courts Act van 1971, as 'n nuwe afdeling van die hooggeregshof (*Supreme Court of Judicature*) ingestel ter vervanging van die *Courts of Assize* en *Courts of Quarter Sessions*. Van Zyl *Beginsels* 190.

5 Die *High Court of Justice* word in drie afdelings ingedeel: die *Queen's Bench Division*, die *Chancery Division* en die *Family Division*. 'n Onderafdeling van die *Queen's Bench Division*, bekend as die *Divisional Court*, hoor veral strafappèlle vanaf laer howe aan. Van Zyl *Beginsels* 190.

6 Die *Court of Appeal* word in 'n *Criminal Division* en 'n *Civil Division* ingedeel. Die *Lords Justices of Appeal* van die *Criminal Division* hoor strafappèlle aan onder voorsitterskap van die *Lord Chief Justice*. Van Zyl *Beginsels* 190.

7 Wanneer die *House of Lords* judisiële funksies uitoefen, is dit die hoogste hof in die Verenigde Koninkryk. Dit is die finale hof van appèl. Lede van hierdie hof sluit in, die *Lord Chancellor*, voormalige *Lord Chancellors*, adelikes wat hoë judisiële ampte beklee het en 'n aantal *Lords of Appeal in Ordinary* (ook bekend as *Law Lords*). Al hierdie lede is in beginsel geregtig om aanwesig te wees by die aanhoor van appèlle. Ooreenkomstig konvensie woon egter slegs dié lede wat regsopleiding het, die sittings by. Hierdie hof hoor appèlle vanaf die *Court of Appeal* aan, mits "die hof *a quo* of die *House of Lords* self van mening is dat die punt in geskil van sodanige openbare of algemene belang is dat dit deur die *House of Lords* oorweeg moet word". Van Zyl *Beginsels* 191. Appèlle word voor vyf regters beredeneer en beslissings word geneem by wyse van meerderheidstem. Sien ook David en Brierley *Major Legal Systems* 367-370.

8 Dit is gewoonlik *barristers* wat deeltyds as regters in die *Crown Courts* optree.

9 Spencer *Jackson's Machinery of Justice* 362. Sien ook die bespreking van Casson en Scott "Great Britain" in Shetreet en Deschênes (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 141 146.

10 Vir 'n bespreking van die persoonlike onafhanklikheid van die regbank in die algemeen, sien afd 2.3.1 en hoofstuk 3.

aspek, naamlik die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.

5.2.1.1.1 Seleksie

(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie

Persone wat as regter aangestel word, word geselekteer uit die geledere van die praktiserende advokate[11] (*barristers*).[12] Afhangende van die senioriteit van die aanstelling, is die enigste kwalifikasie 'n aantal jare ondervinding as *barrister*, of in die geval van 'n aanstelling in die hoogste howe van appèl, as regter in die *High Court*.[13]

Regters word oor die algemeen aangestel tussen die ouderdom van veertig en vyftig jaar. Daar word normaalweg vereis dat 'n *barrister* reeds aansienlike praktiese ervaring opgedoen het voordat so 'n persoon kwalifiseer as kandidaat vir regterskap. Vir aanstellings tot die *High Court* word ten minste tien jaar ondervinding as *barrister* vereis. Vir 'n aanstelling tot die *Appeal Court* word vereis dat 'n persoon ten minste vyftien jaar as *barrister* gepraktiseer het of twee jaar lank reeds as regter van die *High Court* gedien het.[14] Van nuwe regters (veral dié wat in die *Crown Court* sake aanhoor)

---

11 'n *Barrister* hoef nie noodwendig universiteitsopleiding te hê nie. In die praktyk blyk dit egter dat heelwat nuwe *barristers* wel oor universiteitsgrade beskik. Volgens Van Zyl *Beginsels* 194, is dit, ooreenkomstig die beleid om die regsopleiding van regspraktisyns meer vaartbelyn te maak, nie uitgesluit dat 'n universiteitsgraad wel in die toekoms vir toelating vereis gaan word nie. Alle *barristers* word egter verplig om 'n vasgestelde tydperk van leerlingskap by 'n praktiserende *barrister* te voltooi en om die *Bar Examination* onder toesig van die *Council of Legal Education* te slaag.

12 Volgens Van Zyl *Beginsels* 192, kan regsprekende beamptes in die laer howe, soos *circuit judges* of *recorders*, ook uit die geledere van praktiserende prokureurs (*solicitors*) aangewys word. Prokureurs tree toe tot die praktyk nadat 'n leerklerkskap vir 'n vasgestelde tydperk voltooi is en die *Law Society* se toelatingseksamen geslaag is.

13 Van Zyl *Beginsels* 192; Casson en Scott "Great Britain" 147.

14 Casson en Scott "Great Britain" 147 verduidelik: "There is no probationary period for full-time judges. However, presently all lawyers appointed as High Court judges or circuit judges have previously served as recorders (part-time professional judges). Needless to say, this means that the Lord Chancellor is in a position to know something about the judicial ability of those lawyers he considers for appointment to full-time judicial positions...part-time professional judges (known as recorders) are commissioned by the Lord Chancellor. Both barristers and solicitors qualify for appointment. Recorders agree to serve as judges (usually in the Crown Court) for four working weeks in each judicial year. The commission is for three years and may be renewed by the Lord

word verwag om 'n opleidingskursus van die *Judicial Studies Board* by te woon. Alle ander regters word aangemoedig om van tyd tot tyd kursusse aangebied deur die *Judicial Studies Board* by te woon.[15]

(b) Wyse van seleksie

Die hoogste regterlike aanstellings, soos dié van die *Lord Chief Justice*, die *Lords Justices of Appeal* en *Lords of Appeal in Ordinary* word deur die heersende monarg gemaak op aanbeveling van die Eerste Minister.[16] Die ander regters soos die *puisne judges* van die *High Court*, *circuit judges* en *recorders*,[17] word weer op aanbeveling van die *Lord Chancellor*[18] deur die monarg aangewys.[19]

Om die bespiegelinge rondom die wyse van seleksie van persone wat as regter aangestel kan word die hoof te bied, het die *Lord Chancellor's Department* vanaf 1986 'n publikasie[20] die lig laat sien wat vryelik beskikbaar is vir almal wat belangstel om dit te lees. Hieruit blyk dit dat daar binne die *Lord Chancellor's Department* 'n advieskomitee is by name, die *Judicial Appointments Group* wat die *Lord Chancellor*

Chancellor."

15 Tov regterlike opleiding, sien ook die bespreking by afd 5.2.2.1.1(a). Tov onderrig in en toepassing van rekenaartegnologie in die howe, sien Fallon "Technology and the Courts" 1995 *New LJ* 10.

16 Dit word oor die algemeen aanvaar dat die Eerste Minister in hierdie verband geadviseer word deur die *Lord Chancellor*.

17 Ten opsigte van probleme wat *assistant recorders* in die strafhowe ondervind, sien Prior "Running Rings round Assistant Recorders" 1996 *New LJ* 312.

18 In die Verenigde Koningkryk bestaan daar geen ministerie van justisie nie. Die regsadministrasie berus in die hande van die howe self, die *Lord Chancellor* en die *Home Secretary* (die ekwivalent van 'n minister van binnelandse sake). Die *Lord Chancellor* is *ex officio* voorsitter van die *House of Lords* in sowel sy wetgewende hoedanigheid as in sy hoedanigheid as finale hof van appèl. Verder is hy lid van die kabinet en as sodanig 'n politieke aanstelling, alhoewel daar normaalweg vereis word dat hy ook regsopleiding moet hê. Sy pligte behels oa die aanstelling van sekere regterlike amptenare of aanbevelings in verband daarmee. Van Zyl *Beginsels* 193; Casson en Scott "Great Britain" 141-142.

19 Van Zyl *Beginsels* 192; Terrill *World Criminal Justice Systems* 34; Harris "Appointments to the Bench" 199.

20 *Judicial Appointments: The Lord Chancellor's Policies and Procedures.*

adviseer oor moontlike kandidate. Persone wat potensieel aangestel kan word, kom tot die kennis van hierdie advieskomitee óf omdat hulle self aan die komitee skryf en dit duidelik stel dat hulle belangstel in 'n regterlike aanstelling, óf omdat hulle name genoem word deur regters en ander senior lede van die professie met wie die senior lede in die *Judicial Appointments Group* gereeld konsulteer. Daar word 'n lêer vir elke kandidaat geopen. Feitelike inligting oor so 'n kandidaat en opinies wat aangaande so 'n persoon geuiter word, word hierin aangeteken. Die inligting verkry tydens onderhoude met sulke kandidate word ook hierin aangeteken. Inligting in 'n lêer wat bloot feitelik van aard is, mag deur die kandidaat gesien word, maar opinies wat oor so 'n persoon uitgespreek is, word normaalweg as streng vertroulik beskou en word nooit aan hom (of haar) getoon nie. Die *Lord Chancellor* of die senior lede van die *Judicial Appointments Group* is normaalweg egter bereid om 'n regter of 'n potensieel-toekomstige regter in die algemeen te adviseer oor hul vooruitsigte en dit kan waarskynlik vir 'n applikant 'n aanduiding wees van wat sy of haar kanse op 'n aanstelling is.[21]

Hayes[22] kritiseer die wyse waarop aanstellings gemaak word omdat dit volgens haar neerkom op 'n stelsel van aanstelling op uitnodiging (*appointment by invitation*) en dat die "poel" van kandidate beperk word tot die kandidate wat alreeds bekend is aan diegene wat die aanbevelings doen. (In teenstelling hiermee, word daar tydens 'n meer normale werwingsveldtog gewoonlik by wyse van advertensie 'n uitnodiging

---

21 Spencer *Machinery of Justice* 364.

22 "Appointment by Invitation" 1997 *New LJ* 520 verduidelik: "The Association of Women Barristers has, for a number of years, been arguing that the present system of appointing to the High Court and appellate courts of England and Wales is flawed. Appointments are not made upon application, but by invitation only, following a private consultation process among the legal great and good: the taking of secret soundings. This is a weakness in the system because the range of candidates in the system is restricted to candidates *already known to those making the recommendations*...Since the system's operation is secret, not surprisingly the available information on how it works is rather imprecise. However, it is known that the existing judges of the High Court, Court of Appeal and House of Lords are consulted by the Lord Chancellor, and I suggest it is a fair assumption that their comments are of special importance and weight when considering the suitability of judicial candidates for judicial posts.

In recommending candidates, judges would be able to comment only on lawyers whom they know. Which lawyers would they know better than barristers from their old chambers? Thus one hypothesis regarding the workings (and failings) of the judicial appointments system is that judges tend to recommend barristers from their own chambers for appointment to the High Court Bench."

gerig aan enige persoon (wat aan die vereistes voldoen) om aansoek te doen en die "poel" van kandidate word in so 'n geval bepaal deur die kandidate self wat besluit om aansoek te doen.) Sy wys daarop dat volgens die huidige stelsel van seleksie, die regters wat aanbevelings maak, gewoonlik *barristers* aanbeveel wat reeds aan hulle bekend is – met ander woorde, "barristers from their own chambers for appointment to the High Court Bench". Sodoende, word *solicitors* wat die grootste gedeelte van die regsprofessie vorm, in die praktyk steeds nie as 'n belangrike bron van regters vir die *High Court* beskou nie.[23]

Alhoewel daar in Engeland vir eeue geen algemene bevorderingsisteem bestaan het nie,[24] blyk dit, na aanleiding van die bevorderings die afgelope tien jaar dat die regbank 'n tipe beroepstruktuur ontwikkel het met verskeie trappe van bevorderingsmoontlikhede, soos op ander terreine van die staatsdiens. Dit blyk egter dat niemand die eerste sport van die bevorderingsleer begin klim voordat so 'n persoon nie omtrent sy middeljare bereik het nie. Die *Lord Chancellor's Department* het dit duidelik gestel dat voordat persone as *recorders* aangestel word, hulle hulself eers as *assistant recorders* moes bewys het en voordat persone as *circuit judges* aangestel word, hulle hulself eers as *recorders* en *assistant recorders* moes bewys het. Spencer[25] wys op die volgende:

> "Whilst the majority of appointments to the High Court Bench are still made from persons eminent in practice at the Bar, most of them have been new-style Recorders, and there are a number of High Court Judges in office who have been promoted from the Circuit Bench."

Die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank sluit aan by hierdie bespreking ten

---

23 In "Appointment by Invitation" op 522 voer sy aan dat "[b]y comparison with systems of judicial appointments abroad, our system is still a curious anachronism. Solicitors, who compromise by far the greater part of the divided legal profession, are still not, in practice, treated as a significant source of High Court talent. The relationship between Bar and Bench is close and exclusive, and, as the Association of Women Barristers' study demontrates, the relationship between a small number of sets of chambers and the succession to the Bench is even closer. 'Self-selecting oligarchy' is an accurate description".

24 Casson en Scott "Great Britain" 143 bevestig "[j]udicial promotions are largely a matter for the Lord Chancellor".

25 *Machinery of Justice* 365.

opsigte van die seleksie van regterlike amptenare.[26]

5.2.1.1.2 Diensvoorwaardes

Alle regters, behalwe sekere *circuit judges* en *recorders*, word lewenslank aangestel. Sedert die Courts Act van 1971 "the Lord Chancellor may remove a circuit judge from office on the ground of incapacity or misbehaviour."[27] *Recorders* kan ontslaan word op grond van "failure to comply with any requirements" met betrekking tot hul aanstelling.[28] Die gebruik om regters vir 'n onbeperkte tydperk aan te stel tydens hul "good behaviour" dateer terug na die Act of Settlement van 1701, wat bepaal het dat regters aangestel word *quam diu se bene gesserint* ("as long as they will have performed well").[29]

Wat die aftrede van regters betref, bepaal die Judicial Pensions Act van 1959 saamgelees met die Courts Act van 1970 dat daar 'n 72 jaar-aftreeouderdomlimiet is vir alle regters van die *superior courts* en *circuit courts*, met 'n moontlike drie jaar verlenging. *Recorders* tree af op 72, maar *Higher Court judges* kan aanbly tot op ouderdom 75 jaar.[30]

---

26 Sien die bespreking in afd 5.2.1.1.3.

27 A 17(4).

28 A 21(6).

29 Abraham *Judicial Process* 50; Casson en Scott "Great Britain" verduidelik op 148: "Ever since the Act of Settlement of 1701 superior judges have held office *quamdiu se bene gesserint*. The principle has recently been re-enacted so that any superior judge other than the Lord Chancellor shall hold office during good behaviour, subject to a power of removal by Her Majesty on an address presented to Her, by both houses of Parliament. Despite its antiquity, there is no modern example of this procedure being successfully invoked...It is thought that in modern circumstances, a judge who was thought by his fellow judges to be incompetent, would be subjected to pressure by them and by the Lord Chancellor in private to retire...Lower judges are removable by the Lord Chancellor for inability or misbehaviour."

30 Abraham 50 wys daarop dat "[r]etirement pensions are paid on a graduated scale that rises from one-quarter of basic salary after five years of service to a maximum of half of the annual salary after fifteen years." Sien in die algemeen Polden "Judicial Independence and Executive Responsibilities: The Management of the Courts" 1996 *The Anglo-American LR* 1.

Vir alle praktiese doeleindes geniet die Engelse regters, veral dié in die hoër howe volle ampsekuriteit. Die Judicature Act van 1925 bepaal dat alle regters, behalwe die Lord Chancellor hulle amp behou "during good behaviour subject to a power of removal by His Majesty on an address presented to His Majesty by both Houses of Parliament".[31] Volgens Abraham is die regters geensins beskerm teen enige wetswysiging nie; die Parlement behou sy fundamentele mag om die ampstermyn, besoldiging en ander diensvoorwaardes van die regterterlike amp te verander. Ten spyte hiervan kom hy tot die gevolgtrekking dat dit baie onwaarskynlik is dat die wetgewer dit tot nadeel van die regters sal verander.[32] In elk geval is ontslag van 'n regter op grond van politieke redes vir alle praktiese doeleindes onmoontlik. Sedert die inwerkingtreding van die Act of Settlement van 1701 is nog slegs een Engelse regter ontslaan (alhoewel amptelike klagtes al teen sewentien ingedien is).[33]

'n Verdere aanduiding van regterlike onafhanklikheid is die parlementêre gebruik dat geen vrae hoegenaamd gevra mag word oor die gedrag van 'n hof in 'n spesifieke saak nie. Abraham verwys na twee hofbeslissings[34] wat al as ingeburgerde reg in Engeland beskou word en ingevolge waarvan 'n regter nie sivielregtelik of strafregtelik aanspreeklik gehou mag word op grond van enigiets wat hy in sy regterlike hoedanigheid gesê of gedoen het nie, selfs nie indien beweer word dat dit "malicious or in bad faith" gedoen is nie.[35] Dit is duidelik uit die voorafgaande bespreking dat daar verskeie meganismes in die Engelse reg is wat meewerk om die onafhanklikheid van die regbank te verseker. Abraham wys daarop dat as gevolg van die onafhanklikheid

---

31 Van Zyl *Beginsels* 192-193; Terrill *World Criminal Justice Systems* 34; Abraham *Judicial Process* 50 wys egter daarop dat "the judges of the county courts are deemed to be removable at the insistence of the Lord Chancellor for 'inability' and 'misbehaviour' under various statutes, such as the County Courts Act of 1959".

32 Abraham *Judicial Process* 50.

33 Abraham *Judicial Process* 51 verduidelik: "That single removal took place in 1830, when Sir Jonah Barrington, a superior judge – a judge in admiralty – was deprived of his office by petition of both houses of Parliament as a result of an inquiry into the Irish courts of justice carried out during that year".

34 Abraham *Judicial Process* 51 verwys na *Anderson v Corrie* 91 L.J.K.B. 897 (1922) en *Heddon v Evans* 35 T.L.R. 642 (1919).

35 Abraham *Judicial Process* 51.

van die regbank "the English bench has reciprocated in full measure with a record of efficiency and impartiality not to be readily matched anywhere in the free world today."[36]

Die besoldiging van regters word uiteengesit in 'n wet van die Parlement,[37] maar word in effek vasgestel deur die *Lord Chancellor* met toestemming van die Eerste Minister en die *Chancellor of the Exchequer* na 'n deeglike bespreking in die kabinet. Die uitvoerende gesag mag nie versoek dat dit verminder word terwyl die regters hul amp beklee nie, en die wetgewer word ook in hierdie mate beperk aangesien regters se besoldiging nie eers aan parlementêre hersiening onderhewig is nie.[38]

5.2.1.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Hierdie aspek hang saam met die seleksie van kandidate tot die regbank.[39] Kandidate van alle rasse en geslagte word op meriete oorweeg vir aanstelling as regsprekende beamptes. Daar is geen vereiste dat die persentasie regters wat betref ras en geslag moet ooreenstem met die betrokke persentasie in die gemeenskap nie. Ter verduideliking waarom daar nie meer vrouens of lede van ander etniese minderheidsgroepe op die regbank in Brittanje aangestel word nie, het die *Lord Chancellor*, Lord Mackay onder andere gesê:

> 'It has to be recognised that I cannot appoint to positions of such responsibility people who do not have the necessary qualities to do the job, and it is a simple fact that at present there are not enough women or ethnic minority candidates in the legal profession in the appropriate age groups who are suitable for appointment to enable me to do as much about it as I should like. Nothing would be worse for the reputation of the judiciary in this country than for me to lower the standards for appointment to the judiciary simply to ensure a different

---

36 *Judicial Process* 51. Hy voeg verder by: "Sir Ivor Jennings was quite correct when he contended in 1954 that 'no allegation' of partiality or corruption or political influence is ever made against judges of the United Kingdom – which does not mean that there is no criticism, especially on technical grounds".

37 A 1(2) van die Ministerial and Other Salaries Act of 1972.

38 Abraham *Judicial Process* 51.

39 Sien die bespreking in afd 5.2.1.1.1.

racial or sexual mix.'[40]

Lord Mackay het verder daarop gewys dat dit aan die professie oorgelaat word om 'n groter verskeidenheid regsprekende kandidate op te lewer deur seker te maak dat vroulike regsgeleerdes en regsgeleerdes van etniese minderheidsgroepe nie in 'n nadelige posisie geplaas word nie, veral nie in hulle vroeë professionele loopbaan nie.[41] Shetreet het reeds in 1976 gewys op die kontras tussen die persentasie vroue wat as professionele regters optree en dié wat as *justices of the peace* optree.[42] Hayes[43] wys daarop dat die gebrek aan vroueregters deels toegeskryf kan word aan 'n reël in die gemene reg wat bepaal het dat vrouens nie in staat is om as regters op te tree nie. Hierdie reël is egter by wyse van wetgewing afgeskaf en vandag is daar regtens geen hindernis vir vroue om tot die regbank aangestel te word nie – vroueregters is egter nog steeds in die minderheid, veral in die boonste gedeelte van die regterlike hiërargie, maar sy voeg by dat

> "[t]here will eventually be many more women on the Bench, if for no other reason than pressure from the growing numbers of women lawyers who become available candidates. But new groups coming into an established system cannot have a really measurable impact on it until they constitute a critical mass".

Daar is ook al kritiek geopper daarteen dat die aanstellings uit 'n beperkte "poel" van regsgeleerdes geselekteer word en dat politieke oorwegings moontlik 'n rol kan speel. Casson en Scott[44] verduidelik dat dit onmoontlik is om te sê of politieke oorwegings

---

40 Viator "Obiter" 1993 *Consultus* 90 91.

41 Viator "Obiter" 1993 *Consultus* 90 91.

42 Shetreet *Judges on Trial* (1976) 59 het reeds in 1976 op die ongelyke getalle gewys: "There are only two women in the High Court out of a total of 75 judges, but none in the Court of Appeal or the House of Lords. Three women sit on the Circuit Bench (as against over 200 men). In comparison, women Justices of the Peace comprise more than a third of the total number of lay justices (over 19,000)".

43 "Appointment by Invitation" 520 522.

44 "Great Britain" 148 wys daarop dat "[b]ecause judicial recruitment comes from a very narrow base (almost exclusively appointments are made from among the ranks of practising barristers who fulfil the statutory criterion) it could be argued, and has been argued, that appointments are socially biased." Hayes "Apointment by Invitation" 520-522 kritiseer ook die seleksie van regters omdat die "poel" waaruit kandidate kom, baie beperk is: "I believe that a wider pool of candidates selected by reference to objective criteria for their potential as judges and only as judges, can

'n rol speel in regterlike aanstellings en bevorderings. Die amptelike standpunt is dat dit geen rol speel nie, maar daar het ongetwyfeld in moderne tye omstandighede opgeduik waaronder dit onvermydelik was om politieke oorwegings in ag te neem. Die *Lord Chancellor*, wat self 'n politieke aanstelling is en sy amp beklee vir die duur van die Eerste Minister, wat hom aangestel het, se termyn, stel die regters aan. Omdat die regters wat aangestel word, geselekteer word uit 'n baie beperkte "poel" (aanstellings word feitlik uitsluitlik gemaak uit die geledere van praktiserende *barristers* wat voldoen aan die statutêre vereistes) kan geargumenteer word, en is al geargumenteer dat aanstellings bevooroordeeld is.

5.2.1.2 Saaklike onafhanklikheid

Die saaklike onafhanklikheid van die regbank omvat normaalweg aspekte soos diskresie-uitoefening deur die regterlike amptenare, die prosedure tydens die verhoor en administratiewe funksies[45] van die regterlike amptenare en word in die volgende afdeling ontleed deur te verwys na die bevoegdhede en verpligtinge van die regsprekende amptenare.

5.2.1.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

In Engeland word die akkusatoriese prosesstelsel gevolg. Dit beteken dat die twee partye (die beskuldigde met sy regsverteenwoordiger aan die een kant en die Staatsaanklaer aan die ander kant) die geleentheid kry om hul saak te stel deur getuienis voor die hof te lê en dat die regter se taak neerkom op 'n passiewe, onafhanklike aanhoor van die getuies en beoordeling van die getuienis wat voor die hof gelê word. Die regter kan egter vrae ter opheldering van enige onduidelike aspek vra. In die *Crown Court* word die regter bygestaan deur die jurie – in so 'n geval het die regter die addisionele taak om aan die einde van die voorlegging van alle getuienis die hoofpunte van die saak vir die jurie te herhaal en om aan die jurielede

---

and should be devised."

45 Sien die bespreking tov die saaklike onafhanklikheid van regterlike amptenare in afd 2.3.2.

te verduidelik presies wat van hulle verwag word.[46]

Die *Crown Court* se belangrikste funksie is om meer ernstige strafsake te bereg en om strafappèlle vanaf die *magistrates' court* aan te hoor. Hierdie hof sit onder voorsitterskap van 'n *high court judge*, *circuit judge*[47] of *recorder*.[48] Indien die beskuldigde *onskuldig* pleit, word die regter tydens die verhoor van die saak bygestaan deur die jurie. By die aanhoor van strafverhore beslis die jurie oor die feite en die regter bepaal die loop van die verhoor, beslis oor regsvrae, lei die jurie en besluit oor vonnisoplegging.[49] Strafappèlle word egter slegs deur regters bereg. In laasgenoemde geval is daar geen sprake van 'n jurie nie.

Die *High Court of Justice* word in drie afdelings ingedeel, waarvan een die *Queen's Bench Division*[50] heet. Die strafappèlvertakking van hierdie afdeling staan bekend as die *Divisional Court*. Onder voorsitterskap van die *Lord Chief Justice* word strafappèlle voor twee of drie regters hier beredeneer.[51]

---

46 Terrill *World Criminal Justice Systems* 52 wys daarop dat daar twee verpligtinge is onderliggend aan die opsomming van die saak deur die regter: "This summarization encompasses two duties: first, the judge discusses the specific law, its applicability to the case, and the burden of proof required to establish the accused's guilt; second, the judge sums up the evidence presented by both parties."

47 Dit is ook 'n voltydse, professionele regter.

48 Laasgenoemde is 'n advokaat of 'n prokureur wat 'n sekere tydperk van ondervinding opgedoen het en wat die amp deeltyds beklee. Van Zyl *Beginsels* 190.

49 Terrill *World Criminal Justice Systems* 52 verduidelik die regter en die jurie se onderskeie take soos volg: "The division of labor between a judge and a jury in an English trial is similar to that found in the United States. The jury is limited to determining the facts in the case and returning a verdict. The judge determines the conduct of the trial, rules on all questions of law, guides the jury, and passes sentence. The first two items may need further clarification. For example, the judge must rule on all motions raised by both sides during the trial. Following the prosecutor's presentation of the case, the judge must decide if the prosecution has presented sufficient evidence against the accused to warrant a continuance of the trial. The judge has the power to exclude evidence from the case if it was obtained illegally or is deemed inadmissible. Also, if inadmissible evidence is presented, and the judge believes the defendant would not get a fair trial, he may discharge the jury."

50 Die ander twee synde die *Chancery Division* en die *Family Division.*

51 Van Zyl *Beginsels* 190.

Die *Court of Appeal* word in twee afdelings ingedeel, een synde die *Criminal Division*. Onder voorsitterskap van die *Lord Chief Justice* word strafappèlle vanaf die *High Court* voor drie regters (*Lords Justices of Appeal*) aangehoor en 'n meerderheidsbeslissing geld.[52]

Die hoërhowe is by magte om toe te sien dat hulle beslissings[53] gerespekteer word deurdat hulle bevele vir minagting van die hof kan uitreik byvoorbeeld vir publikasie van kommentaar ten opsigte van sake wat *sub iudice* is, of vir opsetlike weiering om aan hul beslissings te voldoen.[54]

Ten opsigte van regterlike onafhanklikheid, veral wat betref die administrasie van die howe, het Lord Mackay (op daardie stadium die *Lord Chancellor*) op 6 Maart 1991 gesê:

> "Their function is to decide cases and in doing so they must be given full independence of action, free from any influence. But in order to preserve their independence the judges must have some control or influence over the administrative penumbra immediately surrounding the judicial process. If judges were not, for example, in control of the listing of cases to be heard in the courts it might be open to an unscrupulous executive to seek to influence the outcome of cases (including those to which public authorities were a party) by ensuring that they were listed before judges thought to be sympathetic to a particular point of view, or simply by delaying the hearing of the case if that seemed to advantage the public authority concerned."[55]

---

52 Van Zyl *Beginsels* 190. David en Brierley *Major Legal Systems* 369 verduidelik: "Cases are in principle, heard by a bench of three judges, each of whom expresses his own opinion separately; the appeal is denied if a majority does not decide in favour of modifying the decision against which it is lodged." Op hierdie vlak is daar geen prosedure soortgelyk aan die Franse praktyk van *cassation avec renvoi* – 'n nietigverklaring of terugverwysing van die saak na 'n ander hof van appèl vir 'n herverhoor van die saak nie. Die Court of Appeal beslis oor die meriete van die saak.

53 Vir 'n bespreking van die vorm wat die hofbeslissings aanneem en die relevansie daarvan in die Engelse regsisteem by wyse van die presedenteleer, sien David en Brierley *Major Legal Systems* 376 ev.

54 David en Brierley *Major Legal Systems* 376 ev.

55 Purchas "What is Happening to Judicial Independence?" 1994 *New LJ* 1306 1308.

❑ KORT OPSOMMING

Wat die *persoonlike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare betref, blyk dit dat:

- die persone wat as regter aangestel word, geselekteer word vanuit die geledere van praktiserende advokate (*barristers*). Afhangende van die senioriteit van die aanstelling, is die enigste kwalifikasie 'n aantal jare ondervinding as *barrister*, of in die geval van 'n aanstelling in die hoogste howe van appèl, as regter in die *High Court*. Die hoogste regterlike aanstellings, soos dié van die *Lord Chief Justice*, die *Lords Justices of Appeal* en *Lords of Appeal in Ordinary* word deur die heersende monarg gemaak op aanbeveling van die Eerste Minister. Die ander regters soos die *puisne judges* van die *High Court*, *circuit judges* en *recorders*, word weer op aanbeveling van die *Lord Chancellor* deur die monarg aangewys. Dit blyk dat daar binne die *Lord Chancellor's Department* 'n advieskomitee is by name, die *Judicial Appointments Group* wat die *Lord Chancellor* adviseer oor moontlike kandidate. Alhoewel daar geen algemene bevorderingsisteem is nie, blyk dit uit die bevorderings van die afgelope tien jaar dat die regbank 'n tipe beroepstruktuur ontwikkel het met verskeie trappe van bevorderingsmoontlikhede, maar dat niemand die eerste sport van die bevorderingsleer begin klim voordat hy of sy nie omtrent middeljare bereik het nie.
- Van nuwe regters (veral dié wat in die *Crown Court* sake aanhoor) word verwag om 'n opleidingskursus van die *Judicial Studies Board* by the woon. Alle ander regters word aangemoeding om van tyd tot tyd kursusse aangebied deur die *Judicial Studies Board* by te woon.
- Alle regters, met die uitsondering van sekere *circuit judges* en *recorders*, word lewenslank aangestel en geniet ampsekuriteit tot hul aftee-ouderdom van 72 jaar. Regters beklee hul amp tydens goeie gedrag onderhewig aan die bevoegdheid tot ontslag deur die monarg op sterkte van 'n voorlegging deur beide huise van die Parlement. Die Parlement behou sy fundamentele mag om die ampstermyn, besoldiging en ander diensvoorwaardes van die regterterlike amp te verander – ten spyte hiervan kom blyk dit baie onwaarskynlik te wees dat die wetgewer dit tot nadeel van die regters sal verander.

- Kandidate van alle rasse en geslagte word op meriete oorweeg vir aanstelling as regsprekende beamptes. Daar is geen vereiste dat die persentasie regters wat betref ras en geslag moet ooreenstem met die betrokke persentasie in die gemeenskap nie.

Wat die *saaklike onafhanlikheid* van die regterlike amptenare betref, blyk die volgende:

- In Engeland word die akkusatoriese prosesstelsel gevolg. Dit beteken dat die twee partye (die beskuldigde met sy regsverteenwoordiger aan die een kant en die staatsaanklaer aan die ander kant) die geleentheid kry om hul saak te stel deur getuienis voor die hof te lê en dat die regter se taak neerkom op 'n passiewe, onafhanklike aanhoor van die getuies en beoordeling van die getuienis wat voor die hof gelê word. Die regter kan egter vrae ter opheldering van enige onduidelike aspek vra. In die *Crown Court* word die regter bygestaan deur die jurie – in so 'n geval het die regter die addisionele taak om aan die einde van die voorlegging van alle getuienis die hoofpunte van die saak vir die jurie te herhaal en om aan die jurielede te verduidelik presies wat van hulle verwag word. By die aanhoor van strafverhore beslis die jurie oor die feite en die regter oor vonnisoplegging.

5.2.2 Regsprekende beamptes met regsopleiding in die laer howe bekend as *stipendiary magistrates*

Alhoewel die oorgrote meerderheid regsprekende beamptes in die laerhowe leke (*lay justices)*[56] is wat nie besoldig word vir hulle diens nie, is daar wel 'n klein persentasie[57] professionele, voltydse regsprekende beamptes in die laerhowe wat wel besoldig word vir hulle diens en wat bekend staan as *stipendiary magistrates*. Hierdie

---

56 Met ander woorde, hulle beskik oor die algemeen oor geen regskwalifikasies nie.

57 Spencer *Machinery of Justice* 402.

stipendiary magistrates beman gewoonlik die *magistrates' courts* in die groter sentra.[58] Die stelsel van *stipendiary magistrates* het in Londen ontstaan in die agtiende eeu. Die rede vir die ontstaan was die swak kwaliteit van die destydse *lay justices* (regsprekende amptenare sonder regsopleiding) en die afwesigheid van 'n toereikende polisiemag.[59] 'n Wet van 1792 het sewe addisionele staatsdienskantore geopen en onder die beheer van besoldigde *magistrates* gestel. Hierdie besoldigde *magistrates* het aan die hoof gestaan van 'n paar konstabels en toe die *Metropolitan Police* in 1829 tot stand gekom het, is dit onder beheer geplaas van twee besoldigde *magistrates*. In 1839 is die polisie egter geskei van die *metropolitan magistrates* en onder die beheer van 'n Kommissaris geplaas. Die 1839-Wet het vereis dat hierdie *magistrates* aangestel word uit die geledere van *barristers*; *solicitors* het eers in 1949 gekwalifiseer vir aanstelling tot hierdie amp. Tans word die aanstelling, verwydering en vergoeding van *stipendiary magistrates* gereguleer ingevolge die Justice of the Peace Act 1979.

5.2.2.1 Persoonlike onafhanklikheid

Die persoonlike onafhanklikheid van die regterlike amptenare sal hieronder bespreek word deur te verwys na hul seleksie (wat insluit die kwalifikasies vereis vir seleksie en wyse van seleksie), hul diensvoorwaardes (wat sal insluit 'n verwysing na hul ampsduur) en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.[60]

5.2.2.1.1 Seleksie

(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie

Stipendiary magistrates (regsprekende amptenare in die laer howe) moet oor sekere

---

58 Hierteenoor beman die leke-landdroste (*justices of the peace* of *magistrates*) gewoonlik die *magistrates' courts* in die kleiner sentra. Sien Spencer *Machinery of Justice* 412.

59 Spencer *Machinery of Justice* 412.

60 Vir 'n bespreking tov die persoonlike onafhanklikheid van die regbank in die algemeen en verbandhoudende aangeleenthede, sien afd 2.3.1 en hoofstuk 3.

basiese regskwalifikasies beskik. Hulle moet voltydse professionele regsgeleerdes wees: *barristers* of *solicitors* wat ten minste sewe jaar in die beroep staan. Hulle word besoldig vir hulle diens. Artikel 31(4)(b) bepaal dat *metropolitan stipendiary magistrates*[61] nie gedurende die tydperk wat hulle die amp beklee, as *barrister* of *solicitor* mag praktiseer nie. Geen soortgelyke bepaling van toepassing op *non-metropolitan stipendiary magistrates* kon gevind word nie. Die *Magisterial Committee*, 'n onderafdeling van die *Judicial Studies Board*,[62] se funksie behels onder andere om aan *stipendiary magistrates* 'n aanvanklike opleidingskursus en verder van tyd tot tyd opknappingskursusse aan te bied.[63]

---

61 Dit is besoldigde regsprekende beamptes in die laerhowe (*stipendiary magistrates)* wat aangestel is vir *Inner London* en die *City of London*.

62 Munday "The Bench Books: Can the Judiciary Keep A Secret" 1996 *Criminal LR* 296 297 verduidelik: "The Judicial Studies Board was set up in 1979 to provide a modicum of judicial training in criminal law for English judges. Initially, the training was confined to matters of sentencing. Today, however, the Board's activities are wide-ranging, and, since 1985, cover civil and family matters, for example. Any new appointee to judicial office is required to follow a residential training course organised by the Board, and all judges are encouraged to attend courses from time to time. One of the tangible products of the training programmes has been volumes of specimen directions which are made available to criminal judges trying cases either in the Crown Court or as stipendiary magistrates. The volumes, known as Bench Books, are designed to help judges perform their tasks but are not made available to persons who are not judges. It is the contents of these confidential training manuals to which the courts are making ever more frequent and more pointed reference. It is this writer's contention that, in view of their widespread use and the fact that much of their contents does eventually leach into the public domain, the restricted circulation of the Bench Books cannot any longer realistically be justified.

One might inquire why are the Bench Books semi-secret documents at all? A number of explanations suggest themselves. The most obvious argument is that the Bench Books are purely instructional manuals. Just as law teachers might not wish for the publication of their teaching notes or lecture hand-outs, notes issued for didactic purposes to trainee judges need not inevitably be seen as destined for general publication. The flaw in this argument, however, is that the specimen directions nowadays undoubtedly fulfil more than just an instructional role. Judging by some Court of Appeal comments, they virtually amount to prescribed texts, serious departure from which will be treated as justifyling not only appellate strictures but even quashed convictions. If the Court of Appeal is minded to treat the Bench Books directions as authoritative texts with which courts trying cases are expected to comply, practically ancillary to statute and precedent, the contents of these volumes cannot decently be kept secret.

The specimen directions are drafted by two judges, who are members of the Criminal Committee, which forms part of the Judicial Studies Board. The directions have to be approved by the Lord Chief Justice before incorporation into the Bench Books." Sien in die algemeen Partington "Training the Judiciary in England and Wales: The Work of the Judicial Studies Board" 1994 *Civil Justice Quarterly* 319.

63 *Judicial Studies Board Report for 1987–1991* 28. Gedurende 1987–1991 is vier bywoningskursusse vir waarnemende *stipendiary magistrates* aangebied. Drie een-dag-opknappingskursusse per jaar is gedurende hierdie tydperk aangebied vir gevestigde *stipendiary magistrates* en ervare waarnemende *stipendiary magistrates*. Hierdie seminare steun sterk op die bydraes van ervare *stipendiary magistrates*. Daar is gevind dat die byeenbring en uitruil van kundigheid en ervaring baie nuttig is. Ervare *stipendiary magistrates* woon ook die bywonings-

(b) Wyse van seleksie

Die monarg mag, op aanbeveling van die *Lord Chancellor*, 'n *barrister* of *solicitor* wat ten minste sewe jaar in die beroep is, aanstel as 'n voltydse *stipendiary magistrate* vir 'n bepaalde gebied buite *Inner London* en die *City of London*.[64] Die totale aantal *non-metropolitan stipendiary magistrates* mag nie 40 oorskry nie, alhoewel meer as een besoldigde *magistrate* wel vir 'n bepaalde gebied aangestel mag word.[65] Artikel 31 van die Justice of the Peace Act 1979 bevat analoë bepalings ten opsigte van die aanstelling van *metropolitan stipendiary magistrates*.[66] Die maksimum aantal *stipendiary magistrates* wat in hierdie gebied aangestel mag word, is 60[67] en een van hulle sal deur die *Lord Chancellor* as *chief metropolitan stipendiary magistrate*[68] benoem word. Daar is bevoegdheid om hierdie maksimumgetalle van besoldigde *magistrates* wat aangestel mag word "by Order in Council" te verhoog. Dit was egter nog nooit nodig nie, aangesien daar tot dusver slegs 'n bietjie meer as die helfte van hierdie aantal aangestel is.[69] Wanneer dit wenslik is om vertragings in die gang van die regsproses te vermy, kan die *Lord Chancellor* 'n *barrister* of *solicitor* wat ten minste sewe jaar in die beroep staan, aanstel om as *stipendiary magistrate* waar te neem vir 'n tydperk van hoogstens drie maande.[70] Hierdie bevoegdheid om waarnemende besoldigde *masgistrates* op 'n tydelike basis aan te stel het al baie handig te pas

---

opknappingskurssusse by wat gereël word vir regsprekende beamptes van die *Crown Court*.

64 A 13(1)-(3) Justice of the Peace Act 1979.

65 A 13(4) Justice of the Peace Act 1979.

66 Dit is *stipendiary magistrates* wat aangestel word om diens te verrig binne *Inner London* en die *City of London*.

67 A 31(1).

68 Ingevolge a 32 van die Justice of the Peace Act 1979 moet hy kwartaalliks 'n vergadering belê wat bygewoon moet word deur al die *metropolitan stipendiary magistrates* en waartydens hy as voorsitter moet optree.

69 Spencer *Machinery of Justice* 413.

70 Aa 15 en 34 Justice of the Peace Act 1979.

gekom in Engeland in tye van openbare wanorde: Gedurende die mynstaking van 1984 is die groot toename in werk veroorsaak deur die *flying pickets* gedeeltelik gehanteer deur 'n span waarnemende *stipendiary magistrates*.[71] Die salarisse van *stipendiary magistrates* is vasgestel deur die *Lord Chancellor* met die goedkeuring van die Tesourie.[72]

Aangesien die beperking op die aantal *stipendiary magistrates* wat aangestel mag word, deur 'n "Order in Council" verhoog of selfs verwyder kan word,[73] bestaan daar teoreties 'n geregtelike raamwerk waarbinne dit moontlik is vir die totale vervanging van *lay justices* deur *stipendiary magistrates*. Volgens Spencer[74] is daar op die oomblik geen tekens dat dit aan die gebeur is nie, maar dit is tog interessant om te let op die argumente wat hy noem ten gunste van, en teen die idee.

- Spencer meen dat die bewering wat altyd in die verlede geopper is naamlik, dat dit heeltemal onprakties sal wees om *lay justices* te vervang deur *stipendiary magistrates* weens die hoë koste wat dit sal meebring, opgeweeg moet word teen die spoed en effektiwiteit waarteen die werk verrig word. Alhoewel *stipendiary magistrates* betaal moet word vir hul dienste en *lay justices* slegs vergoed word vir uitgawes wat deur hulle aangegaan moes word om die diens te kan verrig, moet die kern van die vraag eintlik wees: Wie van hierdie twee groepe is die koste-effektiefste? Hy motiveer heeltemal tereg dat die koste verbonde aan die instandhou van 'n hof meer is as net die koste van die salarisse of uitgawes wat aan die regsprekende beamptes betaal moet word. Die hoflokaal moet betaal word, herstel word, elektrisiteit moet voorsien word vir beligting, verhitting en verkoeling (afhangende van die omstandighede) en terwyl die howe in sitting is, moet die salarisse van die

---

71 Spencer *Machinery of Justice* 413; Rutherford en Gibson "Special Hearings" 1987 *Criminal LR* 440.

72 A 9 Administration of Justice Act 1973. Murphy *Blackstone's Criminal Practice* 875.

73 Sien vn 29 en die teks wat daarmee saamgelees word.

74 *Machinery of Justice* 413 ev.

klerke en ander assistent-personeel ook betaal word. Daar word oor die algemeen aanvaar dat *stipendiary magistrates* in staat is om die werk baie vinniger af te handel as *lay justices* – tot soveel as drie keer vinniger. Indien dit die geval is, is dit moontlik dat *stipendiary magistrates* (in plaas van *lay justices*) die salarisse wat aan hulle betaal moet word kan opmaak deur die hofstelsel baie ander uitgawes te bespaar. Sover vasgestel kon word is daar egter nog nie genoeg navorsing oor hierdie aspek gedoen om hierdie punt te bewys nie.

- Die spoed waarteen verrigtinge afgehandel word, is nie al wat belangrik is nie. Die kwaliteit van die regspleging moet ook in ag geneem word. Die algemene kwaliteit van regspleging wat gelewer word deur *stipendiary magistrates* blyk hoog te wees en Spencer wys daarop dat daar dikwels gesê word dat dit hoër is as wat deur *lay justices* gelewer word.[75]
- 'n Verdere punt ten gunste van *stipendiary magistrates* is dat hulle beter in staat is om 'n lang saak, wat van tyd tot tyd op verhoor kom voor die landdroshof, te hanteer. *Lay justices* het gewoonlik 'n rooster waarvolgens hulle hofsittings hanteer met die gevolg dat hulle slegs een dag per week of twee weke op die bank sit, wat meebring dat indien hulle nie 'n saak binne die bestek van een of twee dae kan afhandel nie so 'n saak vir ten minste 'n week uitgestel moet word. Om 'n saak in paaiemente te verhoor bemoeilik die aangeleentheid vir almal daarby betrokke. Hierdie ongerief kan vermy word deur 'n *stipendiary magistrate* wat dag na dag op die bank kan sit totdat die saak afgehandel is.
- Ten spyte van 'n aantal sterk argumente ten gunste van *stipendiary magistrates*, is daar huidiglik geen publieke aanvraag vir hulle in die plek van *lay justices* nie. Spencer[76] skryf dit toe aan die algemene argument wat altyd

---

75 Spencer *Machinery of Justice* 414 wys op die volgende opmerkings deur 'n *solicitor*: "The most immediate apparent difference is the speed and efficiency with which matters are dealt...it is partly because they have the confidence to cut short long-winded advocates, to exclude irrelevant evidence and to indicate intended sentences at an earlier stage during mitigation. They also generally deal more robustly with applications for adjournments. The other obvious difference is the greater legal knowledge of stipendiaries...From my inquiries of local solicitors, I have the strong impression that defence advocates feel they obtain, if anything, a fairer trial from stipendiaries. As far as penalties are concerned the general feeling is that stipendiaries are more consistent." Spencer voeg by dat hierdie woorde van 'n *prosecuting solicitor* ooreenstem met uitlatings wat dikwels teenoor hom gemaak word deur *solicitors* wat beskuldigdes verdedig.

76 *Machinery of Justice* 415.

ten gunste van juries geopper word: In 'n wêreld waar alles toenemend uit ons hande geneem word en deur deskundiges hanteer word, is dit goed dat die leek se stem ook gehoor kan word.

Die bespreking ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank, wat later in hierdie hoofstuk aangeraak word, sluit aan by hierdie bespreking ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare.[77]

5.2.2.1.2 Diensvoorwaardes

Stipendiary magistrates (beide *metropolitan* en *non-metropolitan*) ontruim hul amp aan die einde van die voltooide jaar van diens, van die jaar waarin hulle die ouderdom van 70 bereik het, tensy die *Lord Chancellor* hulle magtig om hul diens voort te sit tot hul 72ste verjaarsdag.[78] Die *Lord Chancellor* mag 'n *metropolitan stipendiary magistrate* uit sy amp verwyder weens onbekwaamheid of wangedrag[79] en mag 'n aanbeveling aan die monarg maak tov die verwydering van 'n *non-metropolitan stipendiary magistrate* uit sy amp.[80]

5.2.2.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Die aspek van verteenwoordiging sluit aan by die seleksie van regterlike amptenare[81] wat reeds hierbo bespreek is. Aanstellings geskied op meriete sonder inagneming van ras of geslag. Daar is geen vereiste dat die persentasie *stipendiary magistrates* wat betref ras of geslag moet ooreenstem met die persentasie van die betrokke ras of geslag in die gemeenskap nie.

---

77 Sien die bespreking tov die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank in afd 5.2.2.1.3 en afd 3.5.

78 Aa 14 en 31(6) van die Justice of the Peace Act 1979.

79 A 31(4)(c) Justice of the Peace Act 1979.

80 A 13(3) Justice of the Peace Act 1979. Murphy *Blackstone's Criminal Practice* 875.

81 Sien die bespreking tov die seleksie van regterlike amptenare in afd 5.2.2.1.1.

5.2.2.2 Saaklike onafhanklikheid

Die saaklike onafhanklikheid van die regbank, wat aspekte insluit soos regterlike diskresie-uitoefening, die prosedure tydens die verhoor en administratiewe werksaamhede van die regterlike amptenare[82] word in die volgende afdeling ontleed aan die hand van die regterlike amptenare se bevoegdhede en verpligtinge.

5.2.2.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Die *stipendiary magistrate* en die *lay justice* verrig dieselfde funksies en besit dieselfde bevoegdhede op die bank.[83] 'n Belangrike verskil is egter dat die *stipendiary magistrate* sy funksies verrig terwyl hy of sy alleen op die bank sit.[84] Die *magistrates' courts* dien gewoonlik as hof van eerste instansie vir die verhoor van *petty* of *summary offences* soos verkeersoortredings waar beperkte boetes opgelê kan word. Dit kan egter ook voorlopige ondersoeke in geval van ernstige misdrywe aanhoor.[85] *Stipendiary magistrates* beslis oor die feite van 'n oortreding sowel as die straf wat opgelê moet word.

❑ KORT OPSOMMING

Ten opsigte van die *persoonlike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, blyk die volgende:

- Alhoewel die oorgrote meerderheid regsprekende beamptes in die laer howe leke is wat nie besoldig word vir hulle diens nie, is daar wel 'n klein persentasie

---

82 Vir 'n bespreking tov die saaklike onafhanklikheid van die regbank in die algemeen, sien afd 2.3.2.

83 Alhoewel die werk van *lay-magistrates* op 'n stadium beperk was tot minder ernstige aangeleenthede en jeughowe, het die Administration of Justice Act 1964 die pligte van *stipendiary magistrates* en *lay magistrates* ten volle geïntegreer.

84 Hierteenoor verrig die *lay magistrate* sy funksies gewoonlik as deel van 'n paneel van twee of drie *lay magistrates*. Abraham *Judicial Process* 259.

85 Abraham *Judicial Process* 259; Van Zyl *Beginsels* 189.

professionele, voltydse regsprekende beamptes in sodanige howe wat wel besoldig word vir hul diens en wat bekend staan as *stipendiary magistrates*. Hierdie *stipendiary magistrates* beman gewoonlik die *magistrates' courts* in die groter sentra en word deur die monarg op aanbeveling van die *Lord Chancellor* aangestel. *Stipendiary magistrates* (regsprekende amptenare in die laer howe) moet oor sekere basiese regskwalifikasies beskik. Hulle moet voltydse professionele regsgeleerdes wees: *barristers* of *solicitors* wat ten minste sewe jaar in die beroep staan.

- Hulle word besoldig vir hulle diens. Artikel 31(4)(b) bepaal dat *metropolitan stipendiary magistrates* nie gedurende die tydperk wat hulle die amp beklee, as *barrister* of *solicitor* mag praktiseer nie. *Stipendiary magistrates* (beide *metropolitan* en *non-metropolitan*) ontruim hul amp aan die einde van die voltooide jaar van diens, van die jaar waarin hulle die ouderdom van 70 bereik het, tensy die *Lord Chancellor* hulle magtig om hul diens voort te sit tot hul 72ste verjaarsdag.[86] Afdanking geskied op grond van onbekwaamheid of wangedrag.
- Aanstellings geskied op meriete sonder inagneming van ras of geslag. Daar is geen vereiste dat die persentasie *stipendiary magistrates* wat betref ras of geslag moet ooreenstem met die persentasie van die betrokke ras of geslag in die gemeenskap nie.

Ten opsigte van die regterlike amptenare se *saaklike onafhanklikheid*, blyk die volgende:

- Die *stipendiary magistrate* en die *lay justice* verrig dieselfde funksies en besit dieselfde bevoegdhede op die bank.[87] 'n Belangrike verskil is egter dat die *stipendiary magistrate* sy of haar funksies verrig terwyl hy of sy alleen op die

---

86 Aa 14 en 31(6) van die Justice of the Peace Act 1979.

87 Alhoewel die werk van *lay-magistrates* op 'n stadium beperk was tot minder ernstige aangeleenthede en jeughowe, het die Administration of Justice Act 1964 die pligte van *stipendiary magistrates* en *lay magistrates* ten volle geïntegreer.

bank sit.[88] Die *magistrates' courts* dien gewoonlik as hof van eerste instansie vir die verhoor van *petty* of *summary offences* soos verkeersoortredings waar beperkte boetes opgelê kan word. Dit kan egter ook voorlopige ondersoeke in geval van ernstige misdrywe aanhoor.[89] *Stipendiary magistrates* beslis oor die feite van 'n oortreding sowel as die straf wat opgelê moet word.

5.3 VERENIGDE STATE VAN AMERIKA

5.3.1 Regsprekende beamptes met regsopleiding in sowel die hoër howe as laer howe bekend as *judges* of *justices*

Die regsprekende vertakking van die federale regering staan onafhanklik van die uitvoerende en wetgewende liggame en funksioneer op sowel federale-[90] as staatsvlak.[91] In die VSA word derhalwe twee soorte regters aangetref, naamlik fede-

---

88 Hierteenoor verrig die *lay magistrate* sy funksies gewoonlik as deel van 'n paneel van twee of drie *lay magistrates*. Abraham *Judicial Process* 259.

89 Abraham *Judicial Process* 259; Van Zyl *Beginsels* 189.

90 David en Brierley *Major Legal Systems* 425 verduidelik die verhouding tussen die onderskeie howe soos volg: die Amerikaanse hofstruktuur bestaan uit federale en staatshowe. In teenstelling met baie ander federale state waar die federale howe slegs aan die bopunt van die hofhiërargie bestaan, is die stelsel in die VSA sodanig dat die federale howe in sommige gevalle as hof van eerste instansie kan optree. Daar is derhalwe 'n dubbele hiërargie van howe. Die hiërargie van die gewone howe op federale vlak waarvoor in die Grondwet voorsiening gemaak word, begin by die *United States District Courts*, vanwaar appèl moontlik is na die *United States Courts of Appeal*, vanwaar verder geappelleer kan word na die *United States Supreme Court*. Vir 'n bespreking en skematiese uiteensetting van die howe, sien Moore *Mass Communication Law and Ethics* 18-39; Abadinsky *Law and Justice* 148, 140; Carp en Stidham *Judicial Process in America* 22 ev.

91 Die oorgrote meerderheid kriminele sake word deur die howe van die onderskeie state aangehoor. In die meeste state is daar drie vlakke howe: Op die laagste vlak die *inferior courts*, op die hoogste vlak die *supreme court*, met die *district courts* of *superior courts* tussenin. In New York sien die hofstruktuur soos volg daaruit: 'n uitgebreide netwerk van laer howe (*inferior courts*), vier hooggeregshowe (*supreme courts*) – elk met sy eie appèlafdeling en ten slotte, 'n appèlafdeling (*court of appeal*) om appèlle vanaf die appèlafdelings van die verskillende *supreme courts* aan te hoor. Van Zyl *Beginsels* 209.

rale regters (*federal judges*) en regters van afsonderlike state (*state court judges*).[92]

5.3.1.1 Persoonlike onafhanklikheid

Die persoonlike onafhanklikheid van die regbank in Amerika sal ontleed word deur te verwys na die seleksie van regterlike amptenare (wat insluit die kwalifikasies vereis vir seleksie en die wyse van seleksie), die diensvoorwaardes en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.[93]

5.3.1.1.1 Seleksie

(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie

Van alle regters word vereis om dieselfde regskwalifikasies te hê as regspraktisyns, met dien verstande dat daar ook voldoen moet word aan bykomende vereistes wat deur 'n bepaalde staat neergelê mag word. Drie tot vier jaar algemene universiteitsopleiding word normaalweg as voorvereiste gestel vir toelating tot 'n *law school*.[94] Die basiese regsgraad (die LLB-graad) kan na ongeveer vier jaar van verdere studie aan 'n *law school* verwerf word.[95] Om toegelaat te word tot die balie

---

92 As agtergrond kan gelet word op die volgende uiteensetting van David en Brierley *Major Legal Systems* 428 ten opsigte van die verhouding tussen die twee hofstrukture: "In the relationship between the federal and state courts, a principle similar to that applicable in the relationship of federal and state laws applies: the general rule is in favour of the jurisdiction of the state courts.

Federal courts can only be seized in cases where the American Constitution, or some statute of Congress based on constitutional provisions, has recognized their jurisdiction, and such recognition is based on two main ideas: the federal courts are sometimes competent by virtue of the nature of the dispute (when it involves, for example, some provision of the Constitution itself or some federal statute) and they are also sometimes competent on account of one of the parties involved (when the United States itself, a foreign diplomat or the citizens of two different states of the union are involved."

93 Tov die persoonlike onafhanklikheid van die regbank in die algemeen, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

94 Regsopleiding word gewoonlik aangebied deur 'n groot hoeveelheid regskole (*law schools*) bv die *law schools* van Harvard en Yale.

95 In enkele state is regsopleiding nie verpligtend nie, mits praktiese ondervinding vir 'n vasgestelde tydperk by 'n regsfirma opgedoen is. In so 'n geval word vereis dat 'n leerkontrak (*apprenticeship*) gesluit en afgelê word. Die tendens is egter om universiteitsopleiding aan 'n *law school* in alle state as voorvereiste neer te lê. Van Zyl *Beginsels* 210.

(*bar*) van 'n bepaalde staat, moet die kandidaat die voorgeskrewe balie-eksamen (*bar examination*) van die betrokke staat slaag. Lede van die *bar* kan vir eie rekening praktiseer.

Wat die verdere opleiding van federale regters betref, wys Abraham[96] daarop dat die *Federal Judicial Center in the Administrative Office of the US Courts* met die hoofregter van die Verenigde State as voorsitter van sy onafhanklike raad, 'n waardevolle bydrae lewer. Volgens hom is die doel en funksie van hierdie instelling om die "development and adoption of improved judicial administration in the courts of the United States" te bevorder, maar ook om werknemers van die federale howe (wat federale regters insluit) op te lei en om programme van voortgesette opleiding vir gemelde kategorie werknemers van stapel te stuur. Ander verpligtinge van die Sentrum, wat nou al bekend staan as die "research and development arm" van die federale regbank, sluit in om tred te hou met rekenaartegnologie,[97] die doen en aanmoediging van navorsing ten opsigte van metodes om die afhandeling van sake te bespoedig, en die opeenhoping van sake te verminder.[98]

Hierdie Sentrum se ledetal bestaan uit die Hoofregter, twee *circuit court judges* en drie *district court judges*, wat verkies word deur die *Judicial Conference of the United States* en die *Director of the Administrative Office of the US Courts*.[99]

---

school in alle state as voorvereiste neer te lê. Van Zyl *Beginsels* 210.

96 *Judicial Process* 92 vn 147.

97 Ten opsigte van ontwikkelings op hierdie gebied en die praktiese implementering daarvan om onder andere, die gemeenskap op datum te hou met gebeure by die howe en om opleiding van regters te vergemaklik, sien Carlson "Courts Ride the Information Superhighway" 1996 *Judicature* 98; Kirkendall "Where Judges Fit into the Electronic Future" 1996 *The Judges' Journal* 35.

98 Abraham *Judicial Process* 92 vn 147.

99 Gedurende 1984 het hierdie Sentrum 94 personeellede gehad – Abraham *Judicial Process* 92 vn 146.

(b) Wyse van seleksie

Die drie[100] mees algemene metodes vir die seleksie van regters[101] is (1) aanstelling deur die hoof uitvoerende beampte (die *chief executive*), (2) verkiesing van regters en (3) seleksie van regters gebaseer op 'n kompromie tussen die verkiesingsmetode en die aanstellingsmetode.[102] Baie van die state maak gebruik van 'n gemengde stelsel waar verskillende regters by wyse van verskillende stelsels geselekteer word.[103]

---

100 Lozier "The Missouri Plan a/k/a/ Merit Selection: Is it the Best Solution for Selecting Michigan's Judges?" 1996 *The Michigan BJ* 918 920 vat dit weer soos volg saam: "Four primary methods of judicial selection are in use today. These methods entail selection of judges by partisan election, nonpartisan election, legislative appointment and gubernatorial or executive appointment with the consent of the Legislature or council."

101 Deia "How Judges Are Selected – A Survey of the Judicial Selection Process in the United States" 1996 *The Michigan BJ* 904 wys op 906 daarop dat regters wat dien in howe met beperkte jurisdiksie oor die algemeen op dieselfde wyse geselekteer word as die regters wat dien in howe met algemene jurisdiksie: "It is appropriate to point out that nearly all limited jurisdiction judges are selected in the same manner that judges of the general jurisdiction courts of that state are selected. Where the geographic basis of selection parallels the boundaries of small political subdivisions of a state, it is likely that the elected officials of that political subdivision or the electorate of that municipality will be involved in the judicial selection process, regardless of how general jurisdiction judges are selected." Hy kom tot die gevolgtrekking dat dit moeilik is om enige afleidings te maak van die verskillende wyses waarop regters, wat op howe met beperkte jurisdiksie dien, geselekteer word, maar wys op 907 daarop dat "[i]t appears that when courts exist with small geographic jurisdictions, the selection process is more likely to involve either the elected officeholders or the electorate of that area".

102 Volgens Abraham *Judicial Process* 22 is die twee belangrikste metodes vir die seleksie van regters (1) aanstelling en (2) verkiesing van regters, maar om 'n geheelbeeld te gee omskryf hy die posisie soos volg: "The fifty American states (and their local subdivisions) employ at least six diverse types of recruitment systems for their circa 35,000...judges: partisan election, nonpartisan election, merit selection at one or more levels of the judicial system, gubernatorial appointment, legislative election, and selection by sitting judges. But the *appointive* method is used *exclusively* at the *federal* level of the U.S. government, regardless of whether a tribunal concerned is a constitutional or legislative court...Britain and France use appointment exclusively at all levels." Abadinsky *Law and Justice* 172.

103 Abadinsky *Law and Justice* noem op 172 die volgende voorbeelde: "In New York, for example, all judges are elected except those serving on the court of appeals (court of last resort), who are appointed by the governor, and some serving in courts of limited jurisdiction, such as the New York City Criminal Courts, who are appointed by the mayor. In Illinois, all judges are elected, but the judges of the circuit court (general jurisdiction) appoint associate judges, who enjoy the same salary and authority as their elected colleagues (although they serve for only four years instead of six). Sien ook Deia "How Judges Are Selected" 904; Carp en Stidham *Judicial Process in America* 260 ev.

Uitsluitlik die aanstellingsmetode word gebruik vir die selekteer van federale regters.[104] Die drie algemene metodes vir seleksie van regters, soos hierbo genoem, sal vervolgens bespreek word.

(aa) Aanstelling

Volgens Abraham[105] is daar drie faktore wat by die aanstellingsproses 'n rol speel naamlik, ten eerste, konsultasie met die senatore en/of ander setels van politieke mag in die tuisstaat van die kandidaat (vir 'n regterspos) mits hierdie politieke figure aan dieselfde politieke party behoort as die gesag wat die aanstelling maak ("appointing authority"). Die tweede faktor wat 'n belangrike rol speel by die aanstellingsproses van die federale regbank, is die gradering van die kandidate deur die *American Bar Association* se *Committee on the Federal Judiciary* (wat uit 15 lede bestaan). Die derde faktor is die invloed wat regters, veral die hoofregter, en afgetrede regters het op nominasies deur te konsulteer met en geraadpleeg te word deur die president en die prokureur-generaal in die seleksieproses van 'n nuwe *Supreme Court Justice*. Abraham laat hom soos volg uit oor laasgenoemde praktyk: "It is entirely possible to make a good case for the practice, but within limits".[106] Die eerste twee faktore sal hieronder in meer besonderhede bespreek word.

Aanstelling deur die hoof uitvoerende beampte (*chief executive*) – wat die

---

104 Deia "How Judges Are Selected" 906 verduidelik dat daar basies vier metodes is vir die selekteer van regters in die VSA, naamlik "gubernatorial appointment, gubernatorial appointment with retention election, partisan election and nonpartisan election" en voeg by, ten opsigte van regters op federale vlak, dat "[t]he gubernatorial appointment without a retention election most closely emulates the federal system of judicial selection. U.S. District Court Judges are appointed by the executive (the president), with consent of the Senate, for life" – *US Constitution*, aa II en III. Tov die seleksie van regters van federale howe, sien ook Carp en Stidham *Judicial Process in America* 209 ev.

105 *Judicial Process* 23-32.

106 *Judicial Process* 31. Sien ook Abraham en Murphy "The Influence of Sitting and Retired Justices on Presidential Supreme Court Nominations" 1976 *Hastings Constitutional LQ* 37. In *Judicial Process* 31 vn 28 verwys Abraham terug na die data in hierdie artikel en kom tot die gevolgtrekking: "The data in the article, plus the subsequent O'Connor, Scalia, Kennedy, Souter, and Thomas appointments, in 1981, 1986, 1987, 1990, and 1991 demonstrate that of the 106 individuals who had sat on the Court as of early 1992, 50 had exerted ascertainable pressure in a total of 97 separate instances involving 46 vacancies."

burgemeester, die goewerneur of die president kan wees – word in sommige state gebruik[107] en is die metode waardeur alle federale regters geselekteer word.[108] Die federale regters word lewenslank deur die president aangestel onderhewig aan ratifikasie by wyse van 'n meerderheidstem in die senaat.[109] Wanneer daar 'n vakature bestaan op *district court bench* verloop die prosedure vir die die selekteer van regters volgens Abadinsky[110] gewoonlik soos volg: Die president (by monde van amptenare in die Departement van Justisie) konsulteer met die senior senator in die betrokke staat (waarvandaan die kandidaat afkomstig is) indien hy of sy 'n lid is van die president se politieke party. Andersins word gekonsulteer met die junior senator. Indien nie een van die betrokke senatore lede van die president se party is nie, sal gekonsulteer word met die senior lid van die Huis van Verteenwoordigers (*House of Representatives)* van die betrokke staat wat 'n lid is van die president se party, of met die voorsitter van die president se politieke party in die betrokke staat.[111] Die amptenaar met wie gekonsulteer word, word versoek om 'n lys van kandidate aan die Departement van Justisie voor te lê. Elke kandidaat vul dan 'n volledige vraelys in wat

---

107 Sien in die algemeen Nase "Election Cycles and the Appointment of State Judges: A National Research Agenda Based on the Pennsylvania Experience" 1997 *The Justice System Journal* 37; Dudley RL "Turnover and Tenure on State High Courts: Does Method of Selection Make a Difference?" 1997 *The Justice System Journal* 1.

108 Abadinsky *Law and Justice* 172; Abraham *Judicial Process* 22. Op 34 wys Abraham daarop dat alhoewel daar wêreldwyd 'n tendens is om federale regters *aan te stel*, daar tog uitsonderingsgevalle is waar federale regters *verkies* word: "In Switzerland, a major exception to the *federal* appointment principle, judges are elected by the two federal chambers – the *Nationalrat* and the *Ständerat* – sitting jointly as the *Bundesversammlung* (National Assembly) to ensure that German-, French-, and Italian-speaking members are appropriately distributed on the bench. However, re-election is so usual that for all intents and purposes permanent tenure of office is the result."

109 Abraham *Judicial Process* 22.

110 *Law and Justice* 173.

111 Hierdie konsultasieproses is belangrik. Volgens Abraham *Judicial Process* 23 "...[C]are must be taken that the appointee is not 'personally obnoxious' to a home-state senator, on pain of having the latter invoke the age-old, almost invariably honored, custom of 'senatorial courtesy' – an almost certain death knell to confirmation by the Senate. The custom is based on the assumption that the President will, as a matter of political patronage, practice, and courtesy, engage in such consultation prior to the nominee's designation – provided that the senator is a member of the President's party. If the President fails to adhere to this custom, the aggrieved senator's colleagues will almost certainly support him or her on the call for the nominee's defeat as a matter of fraternal *quid pro quo* courtesy." Tov die ontstaan van die gebruik van "senatorial courtesy", sien Abraham *Judicial Process* 23 vn 8.

as basis gebruik word vir verdere ondersoek na die agtergrond van die kandidaat deur die *Federal Bureau of Investigation.* Op 'n stadium word die finale lys van voornemende kandidate in oënskou geneem deur die *Standing Committee on the Federal Judiciary of the American Bar Association (ABA).*[112] Ten opsigte van elke judisiële nominasie voer lede van die komitee vertroulike onderhoude met dosyne regsgeleerdes en regters wat vertroud is met die kandidaat.[113] Die komitee stem dan ooreenkomstig 'n bepaalde graderingstelsel (*rating*)[114] wat soos volg lees: "Well Qualified (WQ), Qualified (Q), or Not Qualified (NQ)."[115] Aspekte wat in ag geneem word deur die komitee is byvoorbeeld hoe lank die kandidaat 'n lid van die balie was (nie minder as 15 jaar nie), die hoeveelheid verhoor-ondervinding wat die kandidaat opgedoen het (spesifiek vir 'n *district court appointment*),[116] die kandidaat se reputasie by die balie, *scholarship* (spesifiek vir 'n vakature (*position*) in die appèlhof,

---

112 Die vyftien lede van hierdie komitee word gekies deur die president van die *ABA* en dien vir drie jaar op die komitee. So 'n aanstelling word as baie "prestigious" beskou binne regsgeledere. Abadinsky *Law and Justice* 173.

113 Die *ABA* se komitee genereer nie name vir regterlike vakatures nie, maar dit evalueer die kwalifikasies van persone wat oorweeg word vir aanstelling tot die *Supreme Court* van die VSA, *Circuit Court of Appeals, District Courts.* Die ondersoek deur hierdie komitee duur ongeveer ses tot agt weke. Tov die prosedure van die ondersoek, sien Abraham *Judicial Process* 27 vn 19.

114 Tov die kategorieë van gradering wys Abraham *Judicial Process* 27 vn 20 op die volgende: "These categories – which, until 1989 also included an Exceptionally Well Qualified (EWQ) rating – are not applicable to Supreme Court nominees, however, who began to be rated only as of the 1956 Brennan appointment and then simply as Q or NQ to the Senate Judiciary Committee. But after the Haynsworth and Carswell debacles, the Committee, as of the Blackmun nomination, adopted the following Supreme Court rankings: (a) 'high standards of integrity, judicial temperament, and professional competence,' (b) 'not opposed,' and (c) 'not qualified.' As of the 1986 Rehnquist and Scalia nominations by President Reagan, the Committee adopted yet another standard or nomenclature for *Supreme Court* nominees only: (a) 'well qualified,' (b) 'qualified,' (c) 'not qualified.' Both nominees received the highest qualification unanimously. For Robert H. Bork nomination in 1987 it employed still another trichotomy: (a) 'well qualified,' (b) 'not opposed,' and (c) 'not qualified.' Its vote was 10:1:4. The Scalia standards were applied to Clarence Thomas; the Committee's vote was 0:12:2 and one abstention."

115 Abraham *Judicial Process* 27. Hy verduidelik verder dat 'n gradering van "NQ" nie noodwendig 'n refleksie op 'n kandidaat se karakter of bekwaamheid is nie. Tot 1981 het die *ABA*-komitee geeneen goedgekeur wat die ouderdom van 64 jaar bereik het nie, en geeneen ouer as 60 jaar, tensy so 'n persoon ten minste 'n gradering van WQ behaal het nie.

116 Volgens Abraham *Judicial Process* 28 "[t]he Committee is loath to recommend lawyers without trial experience...it generally insists on fifteen years of experience in 'the rough and tumble of legal practice' or at least twelve 'in substantial trial work' – although it adopted a policy of making numerous exceptions on both counts in the instances of women and minorities as of the mid-to-late 1970s."

byvoorbeeld, artikels gepubliseer in regstydskrifte en die kwaliteit van appèlhofuitsprake wat deur die kandidaat opgestel is), en 'n eienskap wat besonder vaag is naamlik, *judicial temperament*. Abadinsky[117] verduidelik dat "[w]hile the nominee's ideology is not part of the evaluation process, as stated in its literature, the committee considers 'extreme views' that 'might bear on judicial temperament or integrity'". Die president is onder geen verpligting om die gradering van die kandidate deur die *ABA* te aanvaar nie, dit kan nogal baie gewig dra by die nuusmedia en by die (VSA) senatore wat moet optree na aanleiding van enige judisiële nominasie.[118]

Die *ABA* het op verskeie stadiums al lof sowel as kritiek uitgelok, beide wat betref die samestelling van die komitee sowel as die evalueringstegniek waarvolgens kandidate beoordeel word en sodanige kritiek het gekom van beide die liberale kant sowel as die konserwatiewe kant af.[119] Volgens Abraham[120] het die komitee oor die algemeen goeie resultate opgelewer, en is om verstaanbare redes gewild by die regsprofessie, maar hy wys daarop dat daar nie onder almal eenstemmigheid is oor hierdie evaluering nie. Hy voer aan dat daar diegene is wat sterk oortuig is daarvan dat die seleksie van lede van die regsprekende vertakking van die owerheid, in daad sowel as in naam, by die uitvoerende gesag behoort te berus, aangesien die bevoegdheid om dit te doen spesifiek aan die hoof van die uitvoerende gesag opgedra is ingevolge Artikel III van die Grondwet en dat die ooglopende delegasie van sekere aspekte van daardie bevoegdheid (byvoorbeeld goedkeuring van, of ten minste besluitneming oor

---

117 *Law and Justice* 173.

118 Baie min kandidate word in die openbaar deur die *ABA* as "ongekwalifiseerd" bestempel, maar so 'n gradering kan verhoed dat so 'n kandidaat aangestel word. Abadinsky *Law and Justice* 173 verduidelik dit so:"Richard Nixon, until the last days of his presidency, would not nominate any person rated 'not qualified' by the ABA committee. However, in his last full day in office, Nixon nominated Thomas Meskil, governor of Connecticut, to the Court of Appeals, despite an ABA rating of 'not qualified,' and Meskil was confirmed by the Senate."

119 Abadinsky *Law and Justice* 174 noem die volgende gevalle wat kritiek uitgelok het: "when the committee supported Nixon Supreme Court nominees who failed to receive Senate ratification, and when the committee gave Reagan Supreme Court nominee Robert H. Bork a split decision in favor of his confirmation, which helped to deny ultimate Senate confirmation. At the beginning of his term, President George Bush, for the first time since the administration of Dwight D. Eisenhower, refused to send prospective judicial nominees to the ABA for evaluation because of the ABA's handling of the Bork nomination."

120 *Judicial Process* 26.

die geselekteerde persone) aan 'n private liggaam – een wat monopolisties blyk te wees – kan, op die beste scenario bevraagteken word, en op die slegste scenario beskou word as 'n pligsversuim. Dit het ook al uit die hantering van sekere sake deur die komitee in die verlede geblyk dat die *ABA*, as gevolg van die lede-samestelling daarvan, ook nie altyd vry is van politieke of persoonlike vooroordele nie.[121]

In sy getuienis voor die *House Judiciary Comittee* het die Dick Thornburgh (op daardie stadium die prokureur-generaal) die volgende krtitiek gelewer:

> "The [ABA] committee has extended its enquiry into areas which I believe are more properly left to the administration and the legislative branch. That is into the ideology or political views of prospective nominees for the Federal bench".[122]

In reaksie hierop het die *ABA* toegestem om verwysings na politieke of ideologiese filosofie weg te laat uit sy lys van kriteria "except to the extent that they may bear upon the other factors" soos temperament, integriteit, of bevoegdheid, en die Administrasie het onderneem om weer judisiële kandidate aan die *ABA* voor te lê vir

---

121 Abraham *Judicial Process* verduidelik op 26: "There are those who believe deeply that the selection of the members of the judicial branch of the government must rest, in fact as well as in name, with the executive branch, its head being specifically charged to do so under Article III of the Constitution, and that the apparent delegation of important aspects of that authority (i.e., approval of, or at least judgment on, selectees) to a private body – one that is in fact monopolistic – no matter how qualified and how representative – a crucial point – is at best questionable, and at worst a dereliction of duty. Nor is the bar free from political or personal biases, as the contrast between the Committee's handling of the Fortas and the Haynsworth cases in 1969 and that of Bork in 1987 demonstrated... Furthermore, as an intriguing book-length study of the committee's activities over a period of two decades demonstrated rather convincingly, its membership was initially dominated by the 'legal establishment'. Until the 1970's, almost all of its members were successful lawyers, older, experienced men, partners in large, big-city firms, and veterans of local bar association politics. Of the relatively few lawyers the Committee had asked to give an evaluation of judicial candidates twenty years ago, 70 percent were officers of local bar associations and 80 percent were senior partners in 'respectable' law firms. A genuine and broadly based measure of diversification has demonstrably set in, however, and may confidently be expected to continue. Indeed there are now complaints that the pendulum has swung too far." Sien ook Slotnick "The ABA's Standing Committee on Federal Judiciary: A Contemporary Assessment" 1983 *Judicature* 8,9; American Bar Association *The ABA's Standing Committee on Federal Judiciary: What It Is and How It Works*.

122 Johnston "Bush Appears Set to Follow Reagan By Putting Conservatives on Bench" *New York Times* (31 Mei 1989) 12; Abadinsky *Law and Justice* 174.

oorweging.[123] Abadinsky[124] wys daarop dat die goedkeuring of afkeur van die senatore ook dikwels 'n deurslaggewende rol kan speel. Ooreenkomstig die nie-amptelike, maar bindende reëls van die Senaat, wat in baie opsigte nog 'n *gentlemen's club* is, mag 'n senator van die president se party in die staat waar daar 'n *district court*-vakature bestaan, enige aanstelling veto deur 'n beswaar in die vorm van 'n *senatorial courtesy* te opper, waarin vermeld word dat die spesifieke nominasie *personally obnoxious* is. Alhoewel die president dus in die praktyk die nominasie maak, speel die president nie die oorheersende rol in die aanstellingsproses nie.

Die invloed van die senaat op die bevestiging van 'n betrokke kandidaat (ten spyte van die gradering deur die *ABA*), kan nie geïgnoreer word nie. Abraham bevestig:

> "...[I]t should be reemphasized here that no alert and prudent Chief Executive of the United States would nowadays attempt to designate members of the judiciary *purely* on the basis of political considerations. Too much is at stake in matters of policy and public awareness, and the American Bar Association is a powerful factor in the selection process. Yet, granted the various needs and drives for appointments on the basis of overall merit and excellence, the political pressures must nevertheless be reckoned with and are disregarded only at the appointing authority's peril. Moreover, a federal judgeship is viewed as a 'plum' by all concerned, in that it represents a potent patronage whip in the hands of the executive vis-à-vis state politicians as well as Congress."[125]

Elke *federal appellate circuit*[126] sluit verskeie state in. "Court-of-appeals judgeships" word op 'n informele wyse proporsioneel onderverdeel tussen die state ooreenkomstig die aantal *court-of-appeals* sake wat in elke staat verhoor moet word. In hierdie geval rus die beheer oor die aanstellingsproses by die die amptenare van die staat aan wie die betrokke regterspos (*judgeship*) toegeken is.[127]

---

123 Johnston "A.B.A. to Resume Rating of Judicial Nominees" *New York Times* (1 Junie 1989) 7; Abadinsky *Law and Justice* 174.

124 *Law and Justice* 174.

125 *Judicial Process* 28. Vir gevalle waar kandidate nie die goedkeuring van die senatore ontvang het nie, sien vn 23.

126 Uitgesluit die *federal appellate circuit* van die *District of Columbia* en "territorial circuits" – Abadinsky *Law and Justice* 174.

127 Abadinsky *Law and Justice* 175. Sien in die algemeen Posner *The Federal Courts: Crisis and Reform*.

'n Presidensiële nominasie word ook verwys na die *Judiciary Committee* wat self ondersoek instel en openbare verhore hou ten opsigte van alle kandidate. Die komitee stem oor die vraag of 'n betrokke nominasie aan die volle Senaat gestuur moet word vir bevestiging (*confirmation*). In meeste van die gevalle word regters gewoonlik goedgekeur deur beide die *Judiciary Committee* en die Senaat. Vir aanstellings tot die *Supreme Court* is die proses dieselfde, behalwe dat geen senator die voorreg van *senatorial courtesy* geniet nie. Vir aanstellings tot die regbank in 'n betrokke staat, maak die goewerneur die nominasie en daar is gewoonlik nie sprake van *senatorial courtesy* nie.[128]

Die enigste kwalifikasie vir 'n pos op die vlak van federale regter is dat 'n persoon wat aangestel is in die *district court*, in die staat bly waar die vakature bestaan.[129] Om hierdie rede word presidensiële nominasies selde deur die Senaat uitgestem (*voted down*).

Omdat die *Supreme Court* van groot belang is, word nominasies vir hierdie hof noukeuriger ondersoek, maar daar was nog nie dikwels veto-stemme deur die Senaat nie.[130] Afgesien daarvan dat die kandidate die ondersoekende siftingsproses moet slaag en 'n *ABA* "gekwalifiseerd"-gradering moet behaal, word 'n persoon selde 'n

---

128 Abadinsky *Law and Justice* 175.

129 Volgens Abadinsky *Law and Justice* 175 "...Supreme Court justices need not even be lawyers".

130 Abadinsky *Law and Justice* 175 meld dat daar twee sulke veto-stemme was gedurende Nixon se termyn as president. Hy verduidelik soos volg: "In 1969 the Senate rejected Clement E. Haynsworth, a federal appellate court judge from South Carolina, over questions of judicial ethics – he participated in a case involving a company in which he had a one-seventh interest – and strong opposition from labor and civil rights groups. In the 1970 vote on G. Harold Carswell, the Senate floor manager for his nomination, Roman Hruska (R-Neb.), responded to critics who accused Carswell of having mediocre legal qualifications. 'Even if he is mediocre,' the senator argued, 'there are a lot of mediocre judges and people and lawyers. They are entitled to a little representation, aren't they, and a little chance? We can't have all Brandeises, Cardozos, and Frankfurters, and stuff like that there.' His argument was apparently not persuasive, and the nomination as defeated by the rather slim margin of 51-45...In 1987, the Senate rejected Robert H. Bork, a federal Court of Appeals judge and an outstanding ('strict constructionist') legal scholar, by the largest margin ever cast against a Supreme Court nominee." Vir teenoorgestelde standpunte ten opsigte van die Bork-geval, sien Bork *The Tempting of America: Political Seduction of the Law*; Pertschuk en Schaetzel *The People Rising: The Campaign Against the Bork Nomination*; Bronner *Battle for Justice: How the Bork Nomination Shook America*.

kandidaat tensy hy of sy politieke kontakte het en sy ideologie versoenbaar is met die gesag wat die aanstelling doen nie. Alhoewel dit minder belangrik is op die vlak van regters in die onderskeie state, is ideologiese versoenbaarheid (*ideological compatability*) van die uiterste belang op die vlak van federale regters. Die presidente van die demokratiese party neig om liberale kandidate te nomineer, en die presidente van die Republikeinse party neig om konserwatiewe kandidate te nomineer.[131] Geografiese verspreiding speel ook 'n rol by die keuse van aanstellings tot die *Supreme Court* en presidente poog om elke streek van die land verteenwoordig te hê in hierdie hof. Godsdiens sowel as aspekte wat betref ras, geslag en etniese herkoms het ook al 'n rol gespeel by aanstellings tot die *Supreme Court*.[132]

Abraham[133] weeg die *aanstelling* van regsprekende amptenare op teen die *verkiesing* van regsprekende amptenare en kom tot die volgende gevolgtrekking: Oor die algemeen berus die hoofargument ten gunste van *aanstelling* op die betoog dat dit nie moontlik is vir 'n kandidaat (vir 'n regterspos) wat verplig is om hom- of haarself verkiesbaar te stel op 'n partypolitieke stembrief, om as 'n *onpartydige* regter te dien nie en dat so 'n persoon geselekteer word, deur 'n kieserskorps wat nie regtig in staat in om 'n oordeel te vel ten opsigte van die individu se regs- en ander bevoegdhede nie. Aan die ander kant argumenteer die voorstanders van verkiesing op grond van 'n partypolitieke stemming dat aanstelling deur 'n politieke uitvoerende beampte "contains even worse features of political beholdenness than election"[134]. Hy kom tot die gevolgtrekking dat soos dikwels die geval is, is nie een van die twee argumente *ipso facto* absoluut korrek nie; albei argumente het egter meriete en dit is maklik om te oorvereenvoudig. Hy argumenteer verder dat iemand egter verantwoordelikheid

---

131 Abadinsky *Law and Justice* 176 verduidelik: "Presidents Nixon and Reagan ran on pledges to appoint only conservatives – traditionalists – to the federal courts. However in one instance the press reported that President Reagan was going to nominate a Republican woman lawyer who had been rated 'well-qualified' by the ABA, but he subsequently backed down after conservatives criticized her support of 'feminist' causes."

132 Abadinsky *Law and Justice* 176.

133 *The Judicial Process* 33.

134 Die woordeboekbetekenis van die woord "beholden" dui daarop dat 'n persoon 'n verpligting teenoor iemand het of iemand dank verskuldig is.

moet aanvaar om die howe van personeel te voorsien (*for staffing the courts*) – dit kan net sowel die staatshoof (*executive*) wees, wat nie alleen beskik oor die kundigheid en toegang het tot alle relevante data nie, maar ook redelik bekend is by die publiek in die algemeen op byna alle vlakke en, is gewoonlik dié een amptenaar in die owerheid met 'n omvattende kieserskorps. In 'n vry gemeenskap is die publiek, ten minste in teorie, altyd in staat om hom of haar aanspreekik te hou. Om die staatshoof verantwoordelik te hou vir rampspoedige regterlike aanstellings maak meer sin en is meer aanvaarbaar vir die kieserskorps as enige ander reëling wat vereis dat die kiesers die regters in die politieke arena moet betrek en goed moet vertroud raak met hulle rekord van beslissings. Wat ook al die gevolge is van die balansering van hierdie weegskaal, blyk dit dat *aanstelling deur die staatshoof* – tot welke mate dit ook onderhewig mag wees aan voorstelle en beïnvloeding vanuit ander bronne, privaat sowel as openbaar – die metode van seleksie is wat verkies word in die VSA (met enkele uitsonderings op die vlak van die state), Engeland en Frankryk.[135]

(bb) Verkiesing

Die regters in die onderskeie state mag eerstens verkies word by wyse van 'n partypolitieke (*partisan*) verkiesing, of tweedens, by wyse van 'n algemene verkiesing of derdens, by wyse van 'n nie-partypolitieke verkiesing.[136] Abadinsky[137] verduidelik dat wanneer regters in die onderskeie state staan vir verkiesing in 'n party-politieke verkiesing, staan die party op die voorgrond en die kandidate word gelys as óf Demokrate óf Republikeine (óf as geaffilieer met 'n plaaslike party) in die algemene verkiesing. In teenstelling hiermee: Wanneer die regters in die state staan vir verkiesing in 'n nie-partypolitieke verkiesing, word die kandidate gelys sonder dat daar

---

135 Abraham *Judicial Process* 34.

136 Abraham *Judicial Process* 34. Sien in die algemeen Deia "How Judges Are Selected" 904 ev; Carp en Stidham *Judicial Process in America* 264.

137 *Law and Justice* 176 verwys na die ontstaan van die verkiesingsmetode: "Prior to the Jacksonian era, most judges were appointed by the governor or the state legislature. Jacksonian democracy led to the popular election of judges. State judges may be elected in a partisan election, in which there is a party primary and the candidates are listed as Democrats or Republicans (or with some local party affiliation) in the general election, or in a nonpartisan election, in which candidates are not listed by any political affiliation."

verwys word na enige politieke affiliasie. Abadinsky is van mening dat die nie-partypolitieke verkiesing 'n onsuksesvolle poging is om die seleksie van regters te verwyder vanuit die beheer van dikwels korrupte politieke organisasies. In teorie is die *verkiesing* van regters duidelik die mees demokratiese metode van seleksie van regsprekende amptenare en is ook die metode wat gebruik word om die mees belangrike amptenare in die ander vertakkinge van die owerheid te selekteer. Die aard van die regterlike amp maak egter die proses van verkiesing van regters kontroversieel.

As kandidaat vir 'n regterspos, word die regspraktisyn deur 'n reël van etiek verbied om standpunt in te neem ten opsigte van enige partypolitieke aangeleentheid.[138] 'n Oortreding van die kode van professionele optrede[139] kan daartoe lei dat 'n suksesvolle kandidaat uit sy amp onthef kan word en dat hy of sy selfs deur die balie van die rol geskrap kan word (*disbarment*). In teenstelling met veldtogte vir wetgewende en uitvoerende poste wat baie opwindend kan wees, is regterlike verkiesings oor die algemeen redelike vervelig. Die kieserskorps word oor die algemeen gekonfronteer met 'n lys van kandidate vir regterskap – daar is gewoonlik baie min bekend oor enigeen van die kandidate en dit wat wel bekend is, het gewoonlik min of geen relevansie ten opsigte van die kandidaat se kwalifikasies vir 'n judisiële amp nie, byvoorbeeld, etniese agtergrond, ras, godsdiens, en in partypolitieke verkiesings, by watter party die kandidaat geaffilieer is.[140]

Verkiesing tot judisiële amp is in die praktyk afhanklik van drie dikwels oorvleuelende veranderlikes naamlik eerstens, partypolitieke steun, tweedens, etnisiteit, ras of

---

138 Abadinsky *Law and Justice* 176 verwys hier na "Canon 7, American Bar Association Code of Judicial Conduct" en voeg by "[w]hile a candidate for legislative office is free to state a position on a host of controversial issues ranging from taxes to abortion, a candidate for judicial office is constrained from taking positions on such issues." Vir 'n volledige bespreking van hierdie aspek, sien Sethi "The Elusive Middle Ground: A Proposed Constitutional Speech Restriction for Judicial Selection" 1997 *University of Pennsylvania LR* 711.

139 Hierdie kode is gepromulgeer deur die *state supreme court* in 47 state en is gebaseer op 'n model van 'n *ABA* kode van regterlike optrede. Abadinsky *Law and Justice* 167-177.

140 Abadinsky *Law and Justice* 177.

godsdiens, en derdens, posisie op die stembrief.[141] Elkeen van hierdie veranderlikes sal kortliks onder die loep geneem word.

- ***Ten opsigte van die posisie op die stembrief:***

'n Kandidaat se posisie op 'n verkiesingstembrief hang af van die bepalings in die verkiesingswetgewing en daar is verskeie moontlikhede waarop dit vasgestel kan word. In sommige state word die posisie van al die kandidate bepaal deur 'n trekking van looitjies (*lottery drawing*), ten minste in die geval van die primêre party (*party primary*). In 'n algemene verkiesing, mag dit afhang van die aantal stemme ten gunste van die goewerneur wat uitgebring is tydens die laaste algemene verkiesing; die eerste posisie op die stembrief word toegeken aan die party wat die meeste stemme behaal het. Abadinsky[142] verkies hierdie posisie "...because in jurisdictions that have a very long ballot – dozens of usually unknown candidates running for a wide array of offices – some/many voters have a tendency to vote only for the first few candidates" maar hy bestempel die metode in sommige state waar die name van die kandidate in geen spesifieke orde geroteer word van een verkiesingsdistrik tot 'n ander verkiesingsdistrik, as die regverdigste.

- ***Ten opsigte van etnisiteit, ras of godsdiens:***

In 'n verkiesing van regters word die kiesers gewoonlik gekonfronteer met 'n lys van name van persone waarvan hulle niks of baie min weet. Volgens Abadinsky[143] is die kieser in so 'n geval geneig om glad nie te stem nie of sal vir name stem met wie die kieser hom- of haarself kan vereenselwig op die basis van etnisiteit of godsdiens.[144]

---

141 Abadinsky *Law and Justice* 177.

142 *Law and Justice* 177.

143 *Law and Justice* 177.

144 Abadinsky *Law and Justice* 177 verduidelik soos volg: "Thus, Irish voters may vote for Irish-sounding names, and the same would hold for Italian, Jewish, German, Polish, Bohemian, and other identifiable groups. Judges are often nominated and elected on the strength of their ethnic surnames."

- ***Ten opsigte van partypolitieke steun:***

Voordat 'n kandidaat, wat aspirasies het om 'n regterlike amp te beklee, se naam op 'n verkiesingstembrief kan verskyn, moet hy of sy die handtekening van honderde, dikwels duisende kiesers op nominerende petisies verkry. Die sirkuleer van sodanige petisies word gewoonlik gereël deur die *precinct captains* van 'n politieke party. Hierdie persone dra ook die verantwoordelikheid vir "...getting out the vote for the party ticket." Abadinsky[145] voer aan dat die politieke groepe wat goed georganiseerd is en wat aktiewe *precinct captains* het gewoonlik die regterlike verkiesings oorheers. In 'n partypolitieke stelsel word 'n voorafgaande verkiesing gehou om te bepaal wie die reg het om op die stembrief van 'n spesifieke geaffilieerde party te verskyn tydens die algemene verkiesing. In die meeste areas word die voor-verkiesing beheer deur 'n spesifieke dominante politieke organisasie, hetsy die Republikeinse of Demokratiese party. Die leiers van sodanige organisasies selekteer die party-kandidate, wat, spesifiek met die oog op die regterlike amp, gewoonlik dan ook suksesvol is in die voor-verkiesing. Aangesien slegs enkele van die stemgeregtigde kiesers normaalweg stem in enige voor-verkiesing en nog minder hul stem uitbring ten opsigte van regterlike ampte, is diegene in die party wat invloedryk is in staat om die verkiesing van regters te oorheers deur die druk wat hulle kan uitoefen op party-ondersteuners. In die praktyk is dit die partyleiers wat in effek bepaal wie verkies word tot die regterlike amp.

Abadinsky[146] wys daarop dat die verkiesingsproses ook nie altyd so vlot verloop nie en soms met heelwat verrassings vorendag kom. In 1990 is 'n stembrief aan die kiesers van Chicago gegee wat die name van vyf en tagtig kandidate bevat het met

---

145 *Law and Justice* 178.

146 *Law and Justice* 180: "In the 1990 Cook County Democratic primary, voters in Chicago (there is a separate ballot for suburban voters) were faced with a ballot that contained eighty-six candidates for public and party office and eighty-five candidates seeking to fill fifteen vacancies on the supreme, appellate, and circuit courts. For the appellate court, Democratic voters in the county rejected a judge rated "highly qualified" by Chicago newspapers and bar associations in favor of a candidate found "not qualified" by the same groups. Voters also nominated (at large) a candidate for the county board who had been dead for more than a month (but too late to remove his name from the ballot)."

die oog daarop om vyftien vakatures in die *supreme, appellate* en *circuit courts* te vul. Ten opsigte van die *appellate court* het die Demokratiese kiesers 'n regter verwerp wat as "highly qualified" gegradeer is deur Chicago koerante en regsverenigings en gestem ten gunste van 'n kandidaat wat deur dieselfde groep as "not qualified" bevind is. Kiesers het ook 'n kandidaat vir die *county board* genomineer wat alreeds 'n maand lank dood was, maar wie se naam nog nie van die stembrief verwyder is nie.

In sommige gebiede is die verkiesings sonder enige teenstand – dit laat die kieserskorps gevolglik sonder enige keuse. In algemene verkiesings is dit nie ongewoon vir kandidate om sonder opposisie te staan in gebiede waar daar nie 'n lewensvatbare twee-party stelsel is nie.[147] 'n Studie in New York het aangetoon dat in ses opeenvolgende verkiesings vir die *supreme court*-regters het sewe en tagtig persent ongeopponeerd gestaan: Óf 'n opposisie-kandidaat het nie op die stembrief verskyn nie, óf die leiers van die Demokratiese of Republikeinse party het 'n ooreenkoms aangegaan "to cross-endorse the same candidates" eerder as om die besluit aan die kiesers oor te laat – 'n praktyk wat al gekritiseer is as 'n "form of election fraud".[148]

In die meeste state moet 'n regter, afgesien van die wyse waarop hy of sy oorspronklik geselekteer is, hom- of haarself "submit either to reelection or to a

---

147 Abadinsky *Law and Justice* 180 noem die volgende voorbeelde: "Thus, for example, judicial candidates in Chicago on the Democratic ticket usually run unopposed in the general election, while the same is true of Republican candidates in suburban and more rural downstate areas. From 1974 to 1984, for example, 71 percent of Circuit Court judgeships in Chicago were filled by candidates who ran unopposed in both the primary and general elections" Sien ook Aspen "Let's Select Judges on Their Merit, Not Their Politics" *Chicago Tribune* (21 Januarie 1987) 17.

148 Abadinsky *Law and Justice* 180 wys op die volgende: "In New York City, Democratic candidates for judicial office frequently run unopposed, while in some suburban and upstate areas the same is true for Republican candidates. A study in New York found that in six consecutive elections for supreme court (superior court) judges, 87 percent were either uncontested or noncompetitive. Either an opposition candidate did not appear on the ballot or the leaders of the Democratic or Republican parties made a deal to cross-endorse the same candidates (a frequent occurrence in New York City) rather than leave it up to the electorate. Another study found the identical situation with respect to the election of civil court (lower court) judges in New York City (Fund for Modern Courts 1986). An editorial in the *New York Times* (October 25, 1986: 14) referred to this system as a 'form of election fraud' that 'is perpetrated every time New Yorkers cast votes for judges'."

nonpartisan retention or confirmation ballot after a certain amount of time on the bench."[149] In Illinois is die posisie byvoorbeeld die volgende: Nadat 'n *circuit court judge* (algemene jurisdiksie) vir ses jaar gedien het en 'n *supreme court judge* (appèljurisdiksie) vir tien jaar gedien het, sal die regter se naam op die stembrief van die algemene verkiesing verskyn wat kiesers die geleentheid sal gee om vir of teen behoud (*retention*) van die regter te stem. In 1988 byvoorbeeld, het die behoudstembrief (*retention ballot*) in Cook County, Illinois, bestaan uit die name van vyftig regters. Regters in Illinois wat nie 'n positiewe stem van ten minste 60 persent behaal ten opsigte van die kiesers wat wel stemme uitbring nie ('n baie seldsame verskynsel) word uit hul amp onthef. In 1986 was een regter, wat sterk teenstand gekry het van die polisievakbond, nie in staat om die verkiesing vir sy behoud te wen nie.[150]

Kalifornië het die grootste judisiële stelsel in die land (meer as 700 *superior court judges*, 77 *appellate court judges*, en meer as 100 000 regsgeleerdes). Die sewe regters van die *supreme court* word elk aangestel deur die goewerneur vir 'n termyn van 12 jaar (of minder indien hulle aangestel is om dienstermyne, wat onverstreke is, te vul). Aan die einde van die termyn word die regters se aanstellings onderhewig gestel aan 'n verkiesing vir die behoud van die regters.[151] Alhoewel die gemiddelde termyn van die amp van regter vir die meeste verkose regters tussen ses en tien jaar is, mag dit in sommige state tot 15 jaar strek (byvoorbeeld Maryland). In 'n paar state is die beginsel aanvaar van ondersteuning van 'n regter wat vir herverkiesing moet staan, maar Abraham wys daarop dat hierdie "theoretically laudatory practice has been ignored almost as much as it has been observed".[152]

---

149 Abadinsky *Law and Justice* 180.

150 Abadinsky *Law and Justice* 181.

151 Bekend as 'n "retention ballot". Abadinsky *Law and Justice* 181.

152 *Judicial Process* 34.

(cc) Seleksie gebaseer op 'n kompromie tussen die verkiesingsmetode en die aanstellingsmetode

Daar is al verskeie pogings aangewend om die wyse waarop regters geselekteer word te verander en 'n kompromie tussen die verkiesingsmetode en die aanstellingsmetode te vind. Die doel met so 'n kompromie is om politieke beïnvloeding tot die minimum te beperk en om 'n mate van ampsekuriteit te verleen terwyl 'n element van beheer deur die bevolking behou word. Kalifornië en Missouri kan albei beskou word as pioniers van die kompromie-beweging en hul metode van seleksie, onderskeidelik bekend as die Kalifornië-plan en die Missouri-plan sal kortliks hieronder bespreek word.

- ***Die Kalifornië-plan***

Die eerste bekende, oorspronklike poging om 'n oplossing te vind vir die probleem van regterlike seleksie is die Kalifornië-plan wat in 1934 deur die kiesers in 'n referendum aanvaar is.[153] Voor die Kalifornië-plan in werking gestel is, het die stelsel van regterlike seleksie in Kalifornië soos volg daaruitgesien: regterlike aanstelling deur die goewerneur met daaropvolgende goedkeuring deur die bevolking. Hierdie stelsel is gekritiseer omdat dit beskou is as "little more than public rubber-stamping of the appointing authority's rank political designations."[154]

Die Kalifornië-plan, wat slegs van toepassing is op die regters van die *Supreme Court* en die *Courts of Appeal*[155] het die volgende basiese eienskappe:

(1) ***Nominasie deur die goewerneur.*** Sodra daar 'n judisiële vakature ontstaan, nomineer die goewerneur *een* persoon en lê die nominasie voor aan die

---

153 Abraham *Judicial Process* 35 verduidelik dat dit oorspronklik in 1912 voorgestel is deur die *Commonwealth Club of San Francisco* en dat die ratifikasie daarvan ondersteun is deur die *California State Bar Association*. Die *State Bar Association* was ook in noue verbintenis met die *California Chamber of Commerce*."

154 Abraham *Judicial Process* 35.

155 Volgens Abraham *Judicial Process* 35 berus die aanstelling van regters tot die verhoorhowe by die diskresie van die goewerneur.

Commission on Judicial Appointments.

(2) ***Oorweging deur die* Commission on Judicial Appointments**. Hierdie kommissie bestaan uit die *Chief Justice of the State Supreme Court*, die *Presiding Judge of the Court of Appeals* van die betrokke area, en die *Attorney General*.[156] Indien die Kommissie die goewerneur se nominasie goedkeur,[157] word hy of sy geag aangestel te wees tot die volgende algemene verkiesing (maar nie vir minder as een jaar nie).

(3) ***Stemming ten opsigte van behoud van regter***. Aan die einde van die periode van aanstelling staan die genomineerde as kandidaat om deur die bevolking verkies te word vir die volle twaalf jaar termyn wat statutêr neergelê is ten opsigte van elke regterspos, of ten opsigte van die aantal jare wat oorbly in die twaalf jaar siklus. Die genomineerde se naam is die enigste op die nie-partypolitieke stembrief. Die vraag wat op die stembrief voorkom, lees: "Shall ——— be elected to the office for the term prescribed by law?" Daar is geen beperking op die aantal termyne waarvoor 'n suksesvolle kandidaat aangestel mag word nie. Indien die kiesers se reaksie op die vraag negatief is, sal die goewerneur op dieselfde wyse 'n opvolger aanwys wat uiteindelik ook voor die kiesers te staan sal kom.

Abraham[158] wys daarop dat die onus van goedkeuring by die bevolking berus, wat hulself op hoogte moet stel van die kandidaat se rekord. Hierdie metode van seleksie het tot dusver goed gewerk en is oor die algemeen gunstig ontvang deur die oorgrote meerderheid van die betrokkenes.[159] Kritiek wat wel al uitgespreek is ten opsigte van hierdie metode behels, wat gesien word as die "...essentially negative restriction

---

156 Abraham *Judicial Process* 35-36. In vn 42 op 36 wys hy daarop dat die name van al die genomineerdes sedert 1980 ook voorgelê is aan die Kalifornië-balie se *Committee on Judicial Nominees Evaluation* (wat uit 25 lede bestaan) vir 'n gradering van die genomineerdes (van "excellent" af tot "unqualified").

157 Volgens Abraham *Judicial Process* 36 is nog net een kandidaat tot op datum afgekeur. In vn 44 wys hy daarop dat Goewerneur Clubert Olson se nominasie van Max Radin, 'n *liberale* professor by Berkeley, in 1940 afgekeur is deur 'n 2:1 stemming deur die Kommissie.

158 *Judicial Process* 36.

159 Abraham *Judicial Process* 36.

placed on the Governor's power by the Commission. To refuse to confirm a gubernatorial appointment takes a certain amount of courage, which has not inevitably been demonstrated by the Commission." Bedenkinge is ook al uitgespreek ten opsigte van die gewenstheid om 'n sekere mate van beheer oor regterlike aanstellings in die hande van die hoofregsbeampte van die Staat, die *Attorney-General*, te laat.[160]

- ***Die Missouri-plan***

Die voorstanders van die Missouri-plan, bestaande uit groepe professionele persone sowel as groepe leke-persone,[161] was gretig om 'n aangepaste weergawe van die Kalifornië-plan te aanvaar – die aanpassing sou wees ten gunste van 'n duideliker metode van seleksie volgens meriete. Abraham verduidelik dat die voorstanders van hierdie plan dit gestel het dat die hoofoogmerk van die plan is "to secure an intelligent and impartial selection of personnel for the bench, to eliminate as much as possible the haphazard results of the elective system, and to relieve the judges of the pressures of political campaigning". Die voorstanders van die plan het daarop gewys dat nóg die Kalifornië- nóg die Missouri-plan daarop gemik is om die verkiesingsmetode heeltemal te vervang – dit was eerder 'n kompromie tussen die aanstellings- en verkiesingsmetode. Gegradeer deur die *American Bar Association* as die "most acceptable substitute available for direct election of judges" het die plan van krag geword by wyse van 'n wysiging tot die Grondwet van Missouri in 1940.[162]

Die Missouri-plan, wat in sekere howe verpligtend is,[163] het drie basiese eienskappe:[164]

---

160 Abraham *Judicial Process* 36.

161 Abraham *Judicial Process* 37 verduidelik dat die beweging vir aanvaarding hiervan van stapel gestuur is deur die *Missouri Institute for the Administration of Justice*, 'n opleidingsinstelling wat bestaan uit een-derde regsgeleerdes en twee-derdes leke-persone, wat met groot sukses die aktiewe ondersteuning van die gemeenskaps-, plaas-, arbeids- en besigheidsorganisasies gewerf het.

162 *Judicial Process* 37.

163 Abraham *Judicial Process* 37 verduidelik die posisie soos volg: "The Missouri Plan is mandatory for the judges of the Missouri Supreme Court, the state's other appellate courts, the circuit and probate courts in St. Louis and in Jackson County, and the St. Louis Court of Corrections. It is optional, subject to popular referenda, in the thirty-eight other circuits of the state. Thus, judges

(1) ***Die nominasiekommissies***. Die nie-partypolitieke nominasiekommissies, bekend as die *Missouri Appellate Commissions*, oefen hul bevoegdhede uit ten opsigte van verskillende vlakke van die howe waarop die Missouri-plan van toepassing is.[165] Die kommissie op die vlak van appèlhof bestaan byvoorbeeld uit sewe lede: drie regsgeleerdes – een uit elk van die drie appèlhowe – wat verkies is deur die Balie; drie leke-persone (*laypersons*) wat deur die goewerneur aangestel word, weer eens op die basis van een uit elk van die drie appèlhofdistrikte; en die hoofregter van die *State Supreme Court* wat ook *ex officio* as voorsitter optree. Die lede van hierdie kommissies beklee hul ampte elk vir 'n termyn van ses jaar. Omdat die goewerneur sy amp slegs vir 'n termyn van vier jaar beklee en die amp slegs eenmalig mag beklee, is dit onwaarskynlik dat hy of sy verantwoordelik sal wees vir aanstelling van *al* die leke-persone. Om nog 'n verdere graad van onpartydigheid te verseker, word lede van die kommissies belet om 'n openbare amp of 'n amptelike posisie in 'n politieke party te beklee.[166]

(2) ***Seleksie deur die goewerneur***. Sodra daar 'n judisiële vakature ontstaan in enige toepaslike hof, stuur die nominasiekommissie 'n lys van drie kandidate aan die goewerneur, wat dan een van die drie moet kies.

(3) ***Stembrief ten opsigte van behoud van regter ("retention ballot")***. Nadat een

---

of a number of courts, especially those of the lower levels, may well remain outside the compromise plan, as do the judges in California." Abadinsky *Law and Justice* 181 wys ook daarop dat sekere plaaslike howe nog voortgaan met verkiesing deur die volk (die sogenaamde "popular election"). Deia "How Judges Are Selected" 905 bevestig dat "Missouri uses this method of judicial selection in only five metropolitan circuits. The remaining 40 circuits select judges in partisan elections."

164 Abadinsky *Law and Justice* 181. Sien ook Watson en Downing *The Politics of the Bench and Bar*; Deia "How Judges Are Selected" 905 *ev*.

165 Deia "How Judges Are Selected" 907 verduidelik dat die doel met die nominasiekommissie in Missouri is om as siftingsproses te dien tov alle applikante vir regterlike aanstellings en om drie persone te selekteer waaruit die goewerneur sy of haar keuse moet maak. Baie state het hierdie model in een of ander vorm aangeneem. Die doel met nominasiekommissies is om politieke beïnvloeding te beperk by regterlike aanstellings en die kwaliteit van die aanstellings te verhoog.

166 Abraham *Judicial Process* 37. Lozier "The Missouri Plan" 920 verduidelik dat sodanige beperking daarop gemik is om te verseker dat politieke oorwegings 'n minimale rol speel by die seleksie van genomineerdes, dat die kommissie se lede se pligte beperk is tot die selekteer van kandidate en dat die kommissie nie beïnvloed word deur die ander vertakkings van die owerheid nie.

jaar van diens verstreke is, word elke regter, wat ingevolge hierdie stelsel aangestel is, onderworpe gestel aan 'n nie-partypolitieke stemming tydens die algemene verkiesing waar so 'n regter as onbetwiste kandidaat staan. Die vraag op die stembrief lees gewoonlik: "Shall Judge ——— of the ——— Court be retained in office?" Indien die meerderheid van diegene wat wel hul stem uitbring ten opsigte van die vraag, "ja" antwoord, bly die regter in sy pos vir die volle termyn (óf ses óf twaalf jaar, afhangende van die hof). Indien die regter nie 'n meerderheid van ja-stemme bekom nie, word die pos as vakant verklaar en die nominasiekommissie stel dan 'n nuwe lys op vir die goewerneur.

Lozier[167] wys daarop dat die kern van die Missouri-plan lê in die nie-partypolitieke nominasie-kommissie, wat dit onderskei van die suiwer aanstellings- en verkiesing-stelsels sowel as van die Kalifornië-plan. Die Missouri-plan is ontwerp met die oog daarop om die seleksie en ampsduur van regters uit die politiek te neem ten einde die behoud van 'n deeglik-gekwalifiseerde en onafhanklike regbank te verseker.

Volgens Abraham[168] is die Missouri-plan alreeds baie suksesvol in die praktyk toegepas en dit word baie goed ondersteun. Die blyk asof die politieke partye die plan respekteer en oor die algemeen geen poging aanwend om die verkiesings te beïnvloed nie. Die Missouri-plan word ook sterk ondersteun deur die regters wat nou hulle volle aandag kan gee aan hulle sake sonder dat hulle nodig het om hulle te bekommer oor aankomende politieke veldtogte. Dit is derhalwe nie verbasend dat

---

167 "The Missouri Plan" 920.

168 *Judicial Process* 38: "From 1940 through 1970, 179 judicial elections under the plan were held in Missouri: *only one* of these saw a judge rejected by the vote of the people, and he received 46.4 percent affirmative votes; none has been defeated there since (as of mid-1992). (In marked contrast, six Missouri circuit court judges running on *partisan* ballots were defeated in November 1976.) The political parties have respected the plan and, by and large, have made no effort to influence elections under it. The Missouri Plan has also been strongly defended by the judges, who find themselves in a position to attend to their court dockets free from worries and pressures about forthcoming political campaigns. It is thus not at all astonishing that almost one-half of the states have now (1992) adopted the Missouri Plan or variations thereof, including a number of states that had defeated the California Plan some years earlier. Given such astonishing retention statistics as those of 1978, for example, in which only 13 of 486(!) judges on retention ballots were rejected – and 2 of the 13 under extenuating circumstances... Indeed, in the first fifty-seven years of all of the California-Missouri type of retention elections, only 36 judges were not retained. Of these, 35 were ousted after 1960"

omtrent die helfte van die state reeds in 1992 die Missouri-plan of variasies daarvan aangeneem het nie.[169]

Abadinsky[170] verduidelik dat daar tans 'n neiging bestaan ten gunste van gebruik van 'n tipe merietestelsel. In 1960 het slegs vier state gebruik gemaak van merietestelsels, in die geheel of gedeeltelik gebaseer op die *Missouri Plan*; in 1988 was daar 21 state wat gebruik gemaak het hiervan.[171] Die meeste state maak gebruik van 'n aangepaste vorm van die *Missouri* stelsel. Die uitstaande eienskap bly egter 'n nominasiekommissie[172] van regsgeleerdes en leke-persone. Meer as die helfte van die state het al judisiële nominasiekommissies ingestel wat kandidate vir al die howe oorweeg. Sommige van die state het verskillende nominasiekommissies vir elke vlak van howe en in 'n paar state is daar 'n kommissie wat kandidate slegs vir sekere howe oorweeg.[173]

Een van die aspekte wat ietwat problematies is, is die stemming vir die behoud van regters. Vir die seleksie-volgens-meriete-plan om suksesvol te wees en om geloofwaardigheid by die publiek te behou, moet die stemgeregtigde kiesers die geleentheid hê om inligting te bekom ten opsigte van 'n regter se rekord om so 'n kieser in staat te stel om te besluit om *vir* of *teen* die behoud van so 'n regter te stem.

---

169 Sien ook Jenkins "Retention Elections: Who Wins When No One Loses" 1977 *Judicature* 79-86. Volgens hierdie artikel is die persentasie stemme vir die behoud van appèlregters gemiddeld 72.1 en vir die behoud van regters van die verhoorhowe 74.7. Van die 13 regters wat verwerp is, was een 'n appèlregter en 12 was verhoorregters. Sien ook Griffin en Horan "Merit Retention Elections: What Influences the Voters?" 1979 *Judicature* 78.

170 *Law and Justice* 182. Lozier "The Missouri Plan" 920 wys daarop dat oor die afgelope 50 jaar het 'n hele aantal state al 'n tipe meriete-seleksiestelsel aangeneem wat gebruik maak van 'n nominasiekommissie. Sien ook Carp en Stidham *Judicial Process in America* 265.

171 Sien ook Applebome "Texas Court Fight Puts Focus on Elected Judges".

172 Deia "How Judges Are Selected" 907 wys daarop dat 33 state 'n regterlike nominasiekommissie van een of ander aard gebruik vir verskillende vlakke van regterlike anstellings. Oor die algemeen is die samestelling van hierdie kommissies wyd, soortgelyk aan die oorspronklike Missouri-kommissie. Hul funksies is ook soortgelyk: om uit die aantal applikante vir regterlike aanstellings 'n gekwalifiseerde groep te selekteer waaruit die aanstellingsgesag moet kies.

173 Abadinsky *Law and Justice* 182 noem hier as voorbeelde, die hof van laaste instansie in New York, die intermediêre appèlhof in Tennessee, en die howe van algemene en beperkte jurisdiksie in North Carolina. Hy voeg by dat al hierdie state leke-persone toelaat om op die kommissies te dien.

Die ongeopponeerde aard van *retention elections* en die lae profiel wat die kandidate handhaaf, tesame met etiese beperkings op regters se gedrag tydens verkiesingsveldtogte dra alles daartoe by dat 'n inligtingsvakuum kan ontstaan. Verskeie state wat gebruik maak van die seleksie-volgens-meriete-plan poog om hierdie inligtingsgaping te vul deur programme opgestel vir die evaluering van regters – hierdie programme het 'n tweeledige doel: om aansporing te wees vir regters om nog beter diens te lewer en om inligting aan kiesers te verskaf met die oog op *retention elections*. Die evalueringskomitees, wat gewoonlik bestaan uit regsgeleerdes, lekepersone en regters, beoordeel die kandidate deur te kyk na kwaliteite en vaardighede soos integriteit, regsvaardigheid, kommunikasievaardighede, of die kandidate in staat is om effektief met hofpersoneel en ander regters te werk, stiptelikheid en administratiewe vaardighede. Sommige state evalueer ook die regters se voldoening aan standaarde vir die prosesseer van sake (*case processing standards*) en hul voldoening aan voortgesette opleidingsvereistes. Samevattings van die bevindings word eers met die regters, wat beoordeel word, bespreek en word daarna op verskeie maniere beskikbaar gestel aan die publiek.[174]

(dd) Die voor- en nadele van die drie stelsels in Amerika

Indien al drie die stelsels van seleksie van regters wat in Amerika toegepas word, met

---

174 Joseph ea "Evaluating the Performance of Judges Standing for Retention" 1996 *Judicature* 190. Op 190-191 verduidelik Joseph hoe die stelsel funksioneer in Colorado: "The state commission is responsible for evaluating supreme court justices and the appellate court judges...There are 10 members on each commission selected as follows: The governor and chief justice both select two non-attorneys and one attorney, and the speaker of the house and the president of the senate each select one attorney and one non-attorney.

Here's how we go about evaluating. We start with questionnaires to individuals who have had interactions with the particular judge or justice, including jurors, probation officers, litigants, social service caseworkers, law enforcement officers, and, of course, attorneys. We have a special questionnaire designed for the appellate judges because of their limited contact with the public. The second is caseload evaluation. We do a review of the number and nature of the cases handled by each judge. And third are individual interviews with the judges and justices. We also began a self-evaluation questionnaire in 1994...After we have collected all the information, we send a draft to the judges and give them 10 days to respond, either in writing or orally. The commission can then revise the profile.

The final recommendations are 'retain,' 'do not retain,' or 'no opinion.' A 'no opinion' can only be used if the evaluation results are not sufficiently clear to make a firm recommendation, and they must be accompanied by a detailed explanation."

mekaar vergelyk word, kan die volgende hoofpunte uitgelig word:

(1) Die *aanstelling van regters* deur 'n hoof uitvoerende beampte plaas die besluit in die hande van 'n prominente openbare amptenaar.[175] Hierdie stelsel verseker die grootste mate van verantwoordbaarheid (*accountability*). 'n President of goewerneur sal geprys of gekritiseer word vir sy of haar judisiële aanstellings, 'n faktor wat hulle aanspoor om gekwalifiseerde kandidate aan te stel. Aan die ander kant het goewerneurs en presidente al per geleentheid persone met 'n "dubious ability or questionable background"[176] aangestel ten spyte van openbare kritiek. Seleksie van regters by wyse van aanstelling ontneem die publiek van enige direkte deelname aan die seleksieproses.

Abraham[177] voer aan dat alhoewel die Missouri-plan en die Kalifornië-plan neerkom op 'n kompromie tussen die aanstellingsmetode en verkiesingsmetode van seleksie van regters, en alhoewel so 'n kompromie aansienlike ondersteuning onder beide professionele as leke-persone geniet, die meeste kenners van die politieke arena geneig is om saam te stem dat in 'n verteenwoordigende demokrasie dit verkieslik is dat regters by wyse van *aanstelling* geselekteer word.[178] Die *aanstellingsmetode* word egter onderhewig gestel aan twee voorwaardes: ten eerste, moet die ampstermyn lank, verkieslik lewenslank wees, en tweedens, moet die regsprekende beamptes werklik onafhanklik wees. Abraham[179] kom tot die gevolgtrekking dat regters wat

---

175 Abadinsky *Law and Justice* 182.

176 Abadinsky *Law and Justice* 182.

177 *Judicial Process* 39.

178 Daar is egter diegene wat nie heermee saamstem nie. Nagel "Political Party Affiliation" 850 argumenteer egter dat "...if judges should have value positions that are representative of the public at large, then it seems arguable that judges (at least on the higher court levels) should be elected, since presumably a judge elected at large will tend to have more representative values than a judge chosen in another manner." Dubois *From Ballot to Bench* argumenteer egter dat ten einde regterlike aanspreeklikheid daar te stel is partypolitieke verkiesings ten minste op die vlak van appèlhowe (in die onderskeie state) verkiesliker as nie-partypolitieke verkiesings.

179 Hy verduidelik dit in *Judicial Process* 39 soos volg: "Even when one constructs a pattern based on party allegiance, it becomes evident that *appointed* judges are *much* more willing to 'vote' against 'their' party on the bench than are elected judges. The appointing authority is not beyond accountability, and there is no meaningful substitute for effectively lodged governmental

aangestel is baie meer bereidwillig is om teen die party wat hulleself ondersteun te stem as regters wat *verkies* is en boweal kan die aanstellingsowerheid steeds verantwoordelik gehou word.

Abraham[180] weeg die aanstellingsmetode en die verkiesingsmetode op teen mekaar:

- Aan die een kant argumenteer die voorstanders van die aanstellingsmetode dat 'n kandidaat vir 'n regterlike amp wat verplig is om hom of haar verkiesbaar te stel op 'n partypolitieke stembrief geensins as 'n onpartydige regter kan optree nie, en dat so 'n regsprekende amptenaar geselekteer word "by an electorate who are not really in a position to pass upon the legal and other abilities of the individual";
- Aan die ander kant argumenteer die voorstanders van verkiesing van regsprekende amptenare by wyse van 'n partypolitieke stembrief dat aanstelling deur 'n politieke amptenaar "contains even worse features of political beholdenness than election".
- Hy kom tot die gevolgtrekking dat, soos dikwels die geval is, is geeneen van die partye absoluut korrek ten opsigte van alle aspekte nie; albei argumente bevat 'n sekere mate van meriete en dit is maklik om te oorvereenvoudig. Iemand moet egter verantwoordelikheid aanvaar om die howe van personeel te voorsien – dit kan net sowel die staatshoof wees wat oor al die kundigheid beskik en toegang het tot alle relevante data en wat oor die algemeen redelik bekend is by die publiek op byna alle vlakke en is "usually the sole officer of government with an all-embracing constituency". Teoreties gesproke is die publiek altyd in 'n posisie om die staatshoof aanspreeklik te hou vir enige rampspoedige regterlike aanstellings – hierdie gebruik maak meer sin en is meer aanvaarbaar vir die kiesers as enige ander reëling wat van kiesers

---

responsibility in a free society." Chase *Federal Judges: The Appointing Process* 205 het voorgestel dat alle federale regters in die laer howe alleenlik aangestel moet word deur die nege regters van die *Supreme Court* van Amerika. Toe 'n informele meningsopname onder die nege regters gedoen is, het hulle die voorstel eenparig verwerp. Abraham wys daarop dat 'n alternatiewe voorstel wat gemaak is die skep van 'n outonome regterlike seleksiekommissie is wat bestaan uit leke sowel as professionele persone.

180 *Judicial Process* 33-34.

verwag om regters in die politieke arena in te betrek en om hulself te vergewis van die regters se regsprekende rekord.

(2) Volgens Abadinsky[181] word die *verkiesing van regters* ondersteun deur politieke partyleiers by wie die mag van die judisiële seleksie grootliks berus. Hulle argumenteer dat hierdie wyse van seleksie demokraties is en dat alle ander belangrike openbare amptenare verkies word deur die publiek. Ander ondersteuners van hierdie stelsel beweer dat kollektiewe besluitneming deur die "district or ward leaders" 'n beter opsie is in vergelyking met aanstelling deur een persoon, naamlik die hoofuitvoerende beampte (*chief executive*). Daar word aangevoer dat judisiële kandidate wat geselekteer word deur partyleiers as gevolg van hulle politieke werksaamhede, ondervinding opgedoen het ten opsigte van die menslike probleme wat 'n groot deel uitmaak van die hof se werkslading, veral in die laer howe. Die seleksie van regters by wyse van die verkiesingmetode kry egter baie min steun van politieke wetenskaplikes, balie-verenings (*bar associations*) en vanuit die geledere van koerantredakteurs *(newspaper editorial boards)*, omdat dit te veel mag plaas in die hande van party-amptenare. Hierdie party-amptenare, wat in effek die kandidate selekteer, kan aanspreeklikheid vermy deur aan te voer dat die kandidate amptelik in hul posisies geplaas is deur die kieserskorps.

Judisiële kandidate wat staan in geopponeerde verkiesings (of dié wat onderwerp word aan stemming vir hul behoud) moet fondse insamel vir hulle verkiesingsveldtogte en moet poog om groot blokke stemgeregtigdes te oortuig om vir hom of haar te stem. Albei van hierdie handelinge stel die neutraliteit van die regter in gevaar. Diegene wat die meeste bydra tot judisiële verkiesingsveldtogte is regspraktisyns (*attorneys*) – persone wie se praktyk hulle te staan sal bring in dieselfde howe van die regters wat hulle gehelp het

181 *Law and Justice* 182.

om verkies te word.[182]

In die redaksionele kolom van die *Journal of American Judicature Society*[183] is die "nonpartisan election of judges" gekritiseer as "the worst of all the traditional methods". Die stelsel word verder gekritiseer omdat by die toepassing van hierdie stelsel "having the same name as a well-known public figure, a large campaign fund, a pleasing TV image, or the proper place on the ballot are far more influential in selecting judges than character, legal ability, judicial temperament or distinguished experience on the bench".

In die 1973-verkiesing vir die hoofregter van die *New York Court of Appeals*, het die suksesvolle kandidaat meer as $1.2 miljoen bestee en 'n hoogs gerespekteerde appèlregter verslaan. Dit het daartoe gelei dat die wetgewer 'n merietestelsel by wyse van wetgewing ingevoer het vir die seleksie van regters om te dien op die regbank van die staat se hoogste hof. Ingevolge die nuwe stelsel stel 'n kommissie van regsgeleerdes en lekepersone 'n lys van kandidate saam en die goewerneur doen die finale seleksie.[184]

Volgens Sethi[185] behoort die vraag te wees: hoe sal die publiek die beste gedien word? Dit spreek vanself dat die publiek die beste gedien sal word deur die beste regters wat moontlik bekom kan word, te selekteer. Hierdie doel kan slegs bereik word deur die regters met die beste kwalifikasies te selekteer en *nie* deur die selekteer van regters wie se ideologieë toevallig blyk parallel te loop met dié van die huidige meerderheid in die kiesafdeling nie.

---

182 Abadinsky *Law and Justice* 183 verwys na Regter Samuel Rosenman wat per geleentheid gesê het: "I learned first hand what it means for a judicial candidate to have to seek votes in political club houses, to ask for the support of political district leaders, to receive financial contributions for his campaign from lawyers and others, to make non-political speeches about his own qualifications to audiences who could not care less – audiences who had little interest in any of the judicial candidates, of whom they had never heard, and whom they would never remember."

183 "Editorial" 1964 *Journal of the American Judicature Society* 124-125.

184 Abadinsky *Law and Justice* 183.

185 "The Elusive Middle Ground: A Proposed Constitutional Speech Restriction for Judicial Selection" 757.

(3) Die *merietestelsel, ook bekend as die Missouri-stelsel* het baie ondersteuners onder die geledere van redaksionele skrywers, die *American Bar Association* en die *American Judicature Society* wat ten gunste daarvan is om die howe los te maak van politiek.[186] Regter Marvin Aspen is van mening dat seleksie op grond van meriete die "poel" van potensiële judisiële kandidate sal vergroot om goeie regsgeleerdes in te sluit wat 'n geringe kans het om op die regbank te dien waar regters geselekteer word by wyse van die verkiesingstelsel.[187] Abraham[188] is weer van mening dat die Missouri-stelsel 'n aantal noemenswaardige eienskappe bevat. Dit kombineer die demokratiese gedagte van verantwoordbaarheid aan die kieserskorps met 'n intelligente metode van selektering van gekwalifiseerde kandidate vir die regterlike amp. Die feit dat regters beoordeel word ooreenkomstig die uitsprake wat hulle gegee het, is 'n aansporing om selfs nog meer regverdige, oordeelkundige uitsprake te lewer. Die feit dat die regter beoordeel word volgens sy of haar persoonlike rekord in teenstelling met wat die geval is by die verkiesingsmetode, waar regters optree teen 'n opponerende party gekoppel aan 'n politieke party "goes far toward taking the courts out of the more crass aspects of politics".

Volgens Abadinsky word die Missouri-stelsel gekritiseer op grond daarvan dat aanspreeklikheid hier feitlik heeltemal afwesig is, omdat die seleksieproses versprei word onder die kommissie, die goewerneur en laastens die kieserskorps – daar is verder ook tot 'n groot mate 'n gebrek aan belangstelling by die kiesers ten opsigte van verkiesings ter behoud van regters.[189] Daar is kritici wat beweer dat die leke-persone wat aangestel is op die kommissie hulle

---

186 Abadinsky *Law and Justice* 183.

187 "Let's Select Judges on Their Merit, Not Their Politics".

188 Abraham verduidelik in *Judicial Process* 38: "The necessity of facing the electorate on the record provides the judge with an incentive of judiciousness; and the fact that he or she runs on a personal record rather than against that of an opponent allied with a specific political party goes far toward taking the courts out of the more crass aspects of politics. On the other hand, a case could be made for the contention that the awareness of estabishing a 'good record' for the electorate's eyes and ears may lead to timid and/or 'popular' judgments. The results of the Missouri Plan in action, however, do not generally support that theory."

189 Abadinsky *Law and Justice* 184.

gewoonlik skaar aan die kant van die goewerneur en laasgenoemde se voorkeure ondersteun.[190] Nog 'n beswaar wat geopper is, is dat in die stelsel van aanstelling van regters en die stelsel van verkiesing van regters is die politieke leiers bedag daarop om politieke ondernemings deur te voer (*fulfilling political commitments*) – in die oorheersend regsgeleerde, meriete-stelsel val die klem op die verwagte judisiële benadering en beleid van die potensiële kandidate, 'n meer persoonlike en *perhaps compromising concern*.[191] Glick[192] toon aan dat al die navorsing oor die seleksie van regters in die onderskeie state daarop dui dat alhoewel daar 'n verskil is onder die regters in die verskillende state, spruit hierdie verskille nie voort uit die spesifieke metode van seleksie wat gebuik is nie en die Missouri-plan lewer nie regters op met beter formele getuigskrifte vir die regtersamp nie.

Lozier,[193] wat 'n voorstander is van die Missouri-plan, toon aan dat in teorie klink dit baie lofwaardig om te sê dat in 'n werklik demokratiese bestel, alle openbare amptenare, insluitende regters, deur die bevolking verkies moet word en sodoende verantwoordbaar moet wees teenoor die bevolking. In die praktyk is die verkiesingsmetode egter nie 'n geskikte metode om te verseker dat die beste kandidate geselekteer word om op die regbank te dien nie. Hy wys daarop dat die verkiesingstelsel verder gekniehalter word deur die onkunde van die kiesers ten opsigte van die verskillende regterlike kandidate, die gebrek aan belangstelling deur kiesers ten opsigte van die verkiesingsproses, die geweldige koste verbonde aan verkiesingsveldtogte en die tyd wat spandeer moet word aan die verkiesingsveldtog, wat die regterlike kandidate wegneem van hul regterlike pligte. Hy kom tot die gevolgtrekking dat seleksie deur 'n behoorlik ontwikkelde merietestelsel verseker dat die kandidate wat die beste gekwalifiseerd is, op die regbank aangestel word

---

190 Abadinsky *Law and Justice* 184. Sien in die algemeen ook Glick *Courts, Politics and Justice.*

191 Abadinsky *Law and Justice* 184.

192 *Courts, Politics and Justice* 89.

193 "The Missouri Plan" 920 ev.

sonder om enige politieke gunste verskuldig te wees en stel boonop die publiek in staat om so 'n persoon, nadat hy of sy as regter aangestel is, verantwoordbaar te hou in daaropvolgende *retention elections*. Deur regters in *retention elections* te laat staan op sterkte van hule eie rekord en sonder opposisie, word die koste van verkiesingsveldtogte, indien enige, drasties verminder. Hierdie tipe verkiesing verseker ook dat regters, wat daarby betrokke is, normaalweg nie geweldig baie tyd hoef te spandeer aan verkiesingsveldtogte ten koste van hul regterlike verpligtinge nie.[194] Om te keer dat die merietestelsel polities misbruik word, moet die lidmaatskap van die kommissie statutêr beperk word tot diegene wat voldoen aan spesifieke vereistes – dit moet gedoen word met die oog op die eliminering van politieke beïnvloeding, die vermyding van konflik en selfs enige skyn van ongeoorloofdheid. Dit vereis verder 'n kode ten opsigte van etiese aspekte, dissiplinêre reëls en -prosedures en sanksies. Ten opsigte van die kritiek dat daar 'n gebrek aan belangstelling is by kiesers wat betref *retention elections*, en dat dit 'n potensiële swakheid in die stelsel is "that might allow special interest groups to dictate who sits on state court benches," wys hy daarop dat die nasionaal gepubliseerde 1986 *California Supreme Court judicial retention election* waartydens daar *teen* die behoud van sekere regters gestem is, blyk hierdie kritiek ongeldig te maak.[195] Hy voeg by dat daar ook geargumenteer kan word dat die feit dat die publiek nie *teen* die behoud van baie regters stem nie waarskynlik daarop dui dat regters, wat volgens meriete geselekteer word, beter gekwalifiseerd is en goeie werk verrig en as gevolg daarvan behoue bly in daaropvolgende verkiesings. Ten opsigte van die kritiek dat die nominasies

---

194 Lozier "The Missouri Plan" 921.

195 Lozier "The Missouri Plan" 922. Die regters waarna hy verwys is *California Chief Justice* Rose Bird, en *Associate Justices* Cruz Reynozo en Joseph Grodin. Op 926 vn 72 verduidelik hy: "Because of the extreme liberal views of these three justices in addressing criminal issues, limitations on property taxes and other subjects, various prosecutors, businesses, elective officials, and others vigorously brought to the public's attention these judges' records. Inconsistencies between the liberal judicial philosophies espoused by these justices with the views of California's electorate majority resulted in their defeat. The 1986 California Supreme Court retention election result seems to contradict claims that high voter apathy during retention elections results in merit selection judges effectively receiving lifetime appointment or that it renders retention elections ineffective."

wat voorgelê word nie verteenwoordigend genoeg is van die bevolking nie, voer hy aan dat studies wat onderneem is daarop dui dat vrouens en minderhede in die bevolking van mening is dat die merietestelsel hul 'n groter geleentheid bied om as regter aangestel te word en dat 'n groter persentasie van hulle tot die regbank aangestel word as wat die geval is by die verkiesingsmetode. Enige bedenkinge ten opsigte van die nie-verteenwoordigende samestelling van die nominasiekommissie kan ook aangespreek word deur te vereis dat dat kommissies gepaste verteenwoordiging het wat betref vrouens en minderhede. Lozier[196] wys ten slotte daarop dat studies wat gedoen is, aangedui het dat ingevolge die merietestelsel meer gekwalifiseerde, hardwerkende regters op die regbank geplaas word as die geval was met enige ander seleksiestelsel.[197]

Die seleksie van regterlike amptenare hang saam met die aspek ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.[198]

5.3.1.1.2 Diensvoorwaardes

Ampsekuriteit is noodsaaklik vir die onafhanklikheid van die regbank, veral in die geval van regters wat *aangestel* is. Sonder 'n lang ampstermyn, verkieslik lewenslank,

---

196 "The Missouri Plan" 923.

197 Bierman "Preserving Power in Picking Judges: Merit Selection for the New York Court of Appeals" 1996 *Albany LR* 339 356 kom egter tot 'n teenoorgestelde gevolgtrekking: "Adoption of merit selection for judges is accompanied by claims that partisan politics will be avoided and that the quality of the bench will be improved. Researchers generally have found these claims to be without much support. Nonetheless, implementation of merit selection has been identified as an effective way to alter prevailing patterns of interaction among actors in the judicial selection process. By promoting new and different institutional relationships, merit selection has presented itself as an effective mechanism to redefine the democratic factors underlying the choosing of judges." Op 340 voer hy verder aan dat "the Missouri Nonpartisan Court Plan did not remove political considerations from the selection process; rather, partisan concerns were redirected from local decisions about judicial candidates to gubernatorial and bar determinations about nominating commissioners". In verband met die merietestelsel, sien ook Handberg "Judicial Accountability and Independence: Balancing Incompatibles?" 1994 *University of Miami LR* 127.

198 Sien die bespreking tov die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank in die VSA in afd 5.3.1.1.3.

voldoende vergoeding en streng konstitusionele en/of statutêre veiligheids-meganismes teen ontslag,[199] is die begrip regterlike onafhanklikheid betekenisloos.

Wat die dienstermyne van regters in die VSA betref, blyk die volgende:

- Alle *federale regters* word lewenslank aangestel.[200]
- Wat die *aanstelling* van regters in die verskeie state betref: In sommige state word regters lewenslank aangestel terwyl regters in ander state aanvanklik vir 'n beperkte tyd aangestel word, maar by heraanstelling is hulle termyn lewenslank. Abraham[201] wys daarop dat die regters in Massachusetts wat deur 'n kommissie geselekteer word en deur die goewerneur aangestel word (behalwe *justices of the peace)* lewenslank aangestel word "conditioned upon good behavior"; die regters in New jersey, wat deur die goewerneur geselekteer word, dien vir 'n tydperk van sewe jaar en indien hulle heraangestel word, is dit vir 'n lewenslange termyn "during good behavior".
- Die gemiddelde termyn van regters wat *verkies* word, is tussen ses tot tien jaar, alhoewel dit in sommige state tot 15 jaar kan strek.[202]

Die ontslag van regters en regterlike dissipline sal vervolgens onder die loep geneem word. Wheeler en Levin[203] vat die netelige kwessie van regterlike dissipline en die fyn balans wat gehandhaaf moet word soos volg saam: Aan die een kant moet regterlike onafhanklikheid behoue bly, en aan die ander kant moet daar teen 'n regter opgetree kan word wat nie sy of haar regterlike verpligtinge kan of behoorlik wil nakom nie. Verder is die probleme rondom die omskrywing van wat verstaan word onder "ongeskiktheid" vir diens (*unfitness*) subtiel en gekompliseerd: Wat sommige mag

---

199 Ramseyer "The Puzzling (In)dependence of Judges" 1994 *The Journal of Legal Studies* 721 731 wys daarop dat ingevolge die Amerikaanse Grondwet "[o]nce a president appoints a judge, he or she cannot freely fire a specific judge or dock his or her pay." – *US Constitution* art III, § 1.

200 Abadinsky *Law and Justice* 173.

201 *Judicial Process* 35.

202 Abraham *Judicial Process* 34.

203 *Judicial Discipline* 3.

beskou as regterlike onbekwaamheid – verwysende byvoorbeeld na aanmerkings deur regters teenoor getuies en regsgeleerdes as onbeskof en onsensitief – mag ander weer beskou as optrede binne die perke van diskresie waaroor regters moet beskik om sake vinnig en effektief af te handel.

Daar is vier metodes vir handhawing van regterlike dissipline en die ontslag van regters, die opskorting uit hul dienstermyn of toedien van 'n ander toepaslike straf.[204] Die eerste van ondergenoemde vier metodes is die enigste wat in die federale stelsel gebruik word.

- **Aanklag/Vervolging en skuldigbevinding** ("Impeachment[205] and conviction")
  Om 'n federale regter te ontslaan, moet gebruik gemaak word van die omslagtige en selde gebruikte vervolgingsproses, bekend as *impeachment*, wat verwys na die bring van 'n aanklag – soortgelyk aan die dagvaarding of akte van beskuldiging (*indictment*) wat aangetref word by die strafprosereg.[206]
  Selfs federale regters wat skuldig bevind is aan die pleeg van misdade, kan slegs ontslaan word deur van hierdie *impeachment*-metode gebruik te maak. Abadinsky[207] verduidelik die prosedure van *impeachment* soos volg: die proses begin gewoonlik in die *House of Representatives* waar die lede stem ten opsigte van of *impeachment* ingestel moet word of nie. Die vervolging ingevolge die *impeachment*-proses word dan verder voortgesit in die *Senate* deur lede van die laer huis wat gekies word deur hulle kollegas; hulle tree op as aanklaers voor die *Senate*, wat dien as regters en jurie. Die Grondwet

---

204 Sien Abadinsky *Law and Justice* 185 tov die ontslag of opskorting van regters se dienstermyn in Illinois, 187 tov van regters in New York en 188-189 tov regters in Kalifornië. Sien Carp en Stidham *Judicial Process in America* 249 (tov federale regters) en 268 (tov die regters van die howe in die onderskeie state).

205 Abadinsky *Law and Justice* 342 omskryf "impeachment" soos volg: "Official accusation against a public official brought by a legislative body seeking his or her removal".

206 Abadinsky verduidelik op 184: In 1989 is vasgestel dat daar op daardie stadium nog net sewe federale regters was wat nog ooit ontslaan is by wyse van die "impeachment"-vervolgingsproses. In 1986 is 'n *federal district judge* aangekla, skuldig bevind en ontslaan – die eerste saak van hierdie aard in vyftig jaar, alhoewel daar nog drie regters ontslaan is sedert daardie tyd.

207 *Law and Justice* 185.

(*Article I*) bepaal: "The Senate shall have the sole Power to try all impeachments". Om te voorkom dat hierdie *impeachment*-verrigtinge die hele *Senate* lamlê, word dit gewoonlik behartig deur 'n paneel aangewys deur die *Senate leadership*. Die paneel hoor alle getuienis aan en maak 'n aanbeveling aan die volle liggaam. Die Grondwet (*Article I*) bepaal in hierdie verband dat "no person shall be convicted without concurrence of two thirds of the members present". Alle state maak voorsiening vir die *impeachment* van openbare amptenare, en die prosedure is gewoonlik in ooreenstemming met die federale model.

In 1980 het die Amerikaanse Kongres die Judicial Councils Reform and Conduct and Disability Act ingevoer wat daarvoor voorsiening maak dat die *judicial council* in elk van die dertien *appellate circuits* bewerings aangaande die persoonlike optrede, en die geestelike en fisieke toestand van *federal district court judges* kan oorweeg. Indien die *council* bevind dat 'n regter hom wel skuldig gemaak het aan optrede wat neerkom op gronde vir "impeachment", kan dit versoek dat die *Judicial Conference*[208] die aangeleentheid verwys na die Huis van Verteenwoordigers vir *impeachment*-verrigtinge. Afgesien hiervan kan die *council* self die regter wat te ver gegaan het privaat of in die openbaar berispe (*censure or reprimand*).[209] Voordat sulke sanksies egter opgelê kan word, het die regter die reg om te appelleer na 'n paneel van drie lede van die *Judicial Conference*. By hierdie prosedure word die publiek uitgesluit en regters

---

208 Abadinsky *Law and Justice* 161-162 omskryf die doel en werksaamhede van hierdie liggaam soos volg: "A Judicial Conference, established in 1922 as the Conference of Senior Circuit Judges, serves as the chief administrative policymaker for the federal judiciary. Chaired by the chief justice of the Supreme Court, the conference consists of the chief judges of the courts of appeals, a district judge from each circuit except Washington, DC, and the chief judge of the Court of International Trade. The members meet twice a year, and the six-member executive committee conduct much of the work of the conference: rules of evidence and procedure, intercircuit transfers, need for additional judges to handle increasing caseloads, ethical standards for judges and other court personnel, qualifications for court personnel, and the budget for the federal judiciary. Lawyers serve on advisory committees, and lawyer representatives attend annual circuit judicial conferences. The Judicial Conference as a whole votes on committee recommendations and makes recommendations for legislation to Congress." Op 343 omskryf hy dit kortliks as "[a] body of *judges* established to provide uniformity of policy and to consider matters of judicial discipline"– (eie kursivering).

209 Abadinsky *Law and Justice* 186.

word selde, indien ooit, in die openbaar berispe.[210]

- **Besluit deur die wetgewer** ("Legislative resolution")
  Meer as die helfte van die state laat die ontslag van 'n regter toe deur 'n gelyktydige twee-derde stemming deur beide huise van die parlement of deur die goewerneur tesame met 'n meerderheid stem in beide huise van die parlement.[211]

- **Terugroeping** ("Recall")
  Sewe state, meestal in die weste, het konstitusionele bepalings vir die terugroeping van 'n verkose beampte, insluitende regters wat op die regbank dien in die betrokke state. Die terugroeping van 'n regter vereis die sirkuleer van 'n petisie. Indien genoeg geldige handtekeninge verkry word, verskyn die naam van die beampte tydens die volgende algemene verkiesing op die stembrief; daar word dan van die kieserskorps verwag om "ja" of "nee" te stem ten opsigte van die vraag of die beampte moet aanbly in sy amp.[212]

- **Kommissiestelsel** ("Commission system")
  Alle state het[213] alreeds kommissies met die oog op regterlike optrede ingestel. Cohen[214] verduidelik dat in sy mees algemene vorm "...a panel of judges, lawyers and non-lawyer public members, investigates the charges, determines whether there is probable cause to proceed to a determination on the merits, prosecutes the charges and recommends a sanction to the highest state court". In 'n paar van die state kan die kommissie self sanksies oplê.

---

210 Margolick "Glimpse at Secret System of Punishing Judges" 21.

211 Abadinsky *Law and Justice* 186.

212 Abadinsky *Law and Justice* 186.

213 By wyse van 'n konstitusionele wysiging of by wyse van wetgewing of by wyse van 'n hofreël – Abadinsky *Law and Justice* 186.

214 "Judges in Disciplinary Proceedings" 234.

5.3.1.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Hierdie bespreking ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank sny aan by die aspek van seleksie van regterlike amptenare wat reeds hierbo bespreek is.[215] Teen die einde van 1980 toe die Carter-administrasie sy einde begin bereik het, was ongeveer die helfte van die kandidate wat genomineer en aangestel is as regters "female, black or of Hispanic origin."[216] Dit was die gevolg van die Carter-administrasie se nuwe stelsel om nominasies te bekom van persone wat as regter aangestel kon word. Op 14 Februarie 1977 het President Carter die *United States Circuit Judge Nominating Commission*[217] ingestel om aanbevelings, gebaseer op meriete,[218] te maak vir alle toekomstige regterskap-nominasies op die vlak van *US Circuit Courts of Appeals*. Hierdie Kommissie se werk en die resultate daarvan het gemengde reaksies ontlok.[219] 'n Aantal van die panele van die Kommissie was in

---

215 Sien die bespreking tov die seleksie van regterlike amptenare in afd 5.3.1.1.1.

216 Abraham *Judicial Process* 30 verduidelik dat as gevolg van die nuwe beleidstandpunte tov die personeel van die federale laer howe wat gedurende die Carter-administrasie ontwikkel is, het die howe op die vlak van die *Circuit and District Courts* 'n merkbare toename getoon in die aantal vroue en minderhede wat geselekteer en genomineer is, aangesien die President en die Departement van Justisie kategories aangedring het op daardie aspek van regstellende aksie.

217 Abraham *Judicial Process* 29 verduidelik dat die nuwe nominasiekommissie bestaan het uit 13 verskillende panele van 11 lede elk – een vir elke *circuit*, twee vir die groot Vyfde en Negende – wat aanvanklik saamgestel was uit ongeveer een-helfte regsgeleerdes en een-helfte nie-regsgeleerdes, en wat spesifiek die insluiting van mans, vrouens en minderheidsgroepe vereis het. Die panele het op 'n *ad hoc* basis opgetree wat 30 dae nadat die paneel se verslag aan die President oorhandig is, ontbind het, tensy die President besluit het om die paneel se lewe te verleng.

218 Elke paneel moes binne 60 dae vyf name aan die President gee wat ingevolge die opinie van die paneel die beste gekwalifiseerd was op grond van "character, experience, ability, and commitment to equal justice under law" om die spesifieke vakante pos te vul.

219 Volgens Abraham *Judicial Process* 30 "Questioned by both friendly and inquisitive members of the Senate Judiciary Committee on the matter, Attorney General Griffin Bell had testified earlier that 'Mr. Carter was prepared to appoint to the Federal bench a black, Hispanic, or woman lawyer who was found to be *less qualified* than a white male so long as the appointee was found qualified.' And in a December 7, 1978, press conference, President Carter had stated, 'If I didn't have to get Senate confirmation of appointees, I could tell you flatly that 12% of my appointees would be blacks and 3% would be Spanish-speaking and 40% would be women and so forth.'" In vn 26 verduidelik Abraham verder dat "As of November 1979, President Carter had an option to select a female or a black in 67 percent of the nomination suggestions submitted to him. He selected a woman or a black in each instance...By October 1980, President Carter had appointed 45 women and 55 minorities, *far* more than all his predecessors combined! (When he took office, there were but nineteen blacks, five females, and five Hispanics on the federal benches."

heftige kontroversiële debatte betrokke en is heftig gekritiseer omdat kritici gemeen het "in selecting nominees they were more concerned with 'group', 'sex' and 'race' representation than with merit." Die Carter-nominasiekommissie is vroeg in 1981 deur President Reagan afgeskaf.[220]

Smith[221] wys daarop dat die verteenwoordiging op die regbank glad nie in ooreenstemming is met die hoeveelheid vrouens en minderhede in die bevolking wat regskwalifikasies verwerf het nie.[222] Sy skryf dit deels toe aan die politieke klimaat en wys daarop dat veral op federale vlak het die uitvoerende gesag groot mag om die samestelling van die regbank te beïnvloed.[223] Ter toeligting wys sy op die volgende syfers: Van sy 258 nominasies, het President Carter 40 (15,5%) vrouens genomineer en 55 (21,3%) minderhede. Gedurende sy termyn, is 38 (14,7%) Swart regters aangestel tot die regbank. In teenstelling hiermee het President Reagan 379 regters aangestel waarvan 31 (8,2%) vrouens was en 7 (1,8%) Swart was. President Bush het meer as 200 regters aangestel, waarvan 13 Swart[224] en ongeveer 36 vroulik

---

220 Abraham *Judicial Process* 30.

221 "Diversifying the Judiciary: the Influence of Gender and Race on Judging" 1994 *University of Richmond LR* 179 181.

222 Sien in die algemeen Tobias "Closing the Gender Gap on the Federal Courts" 1993 *University of Cincinnati LR* 1237; Cedarbaum "Women on the Federal Bench" 1993 *Boston University LR* 39; Davis ea "Voting Behavior and Gender on the U.S. Courts of Appeals" 1993 *Judicature* 129; Kretser "Women and Minorities on the Judiciary" 1992 *New York State BJ* 8 ; Baylor "Ascension to the Bench" 1988 *The Maryland BJ* 18; Scott "Women on the Illinois State Court Bench" 1986 *Illinois BJ* 436; Baskin "A View from the Bench" 1984 *Florida BJ* 589; Cook "The Path to the Bench: Ambitions and Attitudes of Women on the Bench" 1983 *Trial* 48; Martin "Women on the Federal Bench: A Comparative Profile" 1982 *Judicature* 306; Carbon ea "Women on the State Bench: Their Characteristics and Attitudes about Judicial Selection" 1982 *Judicature* 294.

223 Ten opsigte van die aanstelling van regters op federale vlak, bepaal *US Constitution* Art II § 2 dat die President "shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the Supreme Court, and all other Officers of the United States...". Smith "Diversifying the Judiciary" 181 vn 19 wys daarop dat voormalige President Reagan en President Bush het 60% van die federale regbank se regters aangestel.

224 Smith "Diversifying the Judiciary" 182.

was.[225] Smith[226] merk op dat die aanstellings op die regbank, op nasionale vlak, oorwegend manlik en blank is. In 1991 was die totale hoeveelheid Swart regters 895. Van hulle, het 822 op die howe van die onderskeie state gedien, wat 'n toename is van 14% vanaf 1986. Op federale vlak was daar 'n afname in die getal Swart regters, van 99 in 1986 tot 73 in 1991.[227] In 1993 was 42 van die 837 federale regters Swart, waarvan 7 vroue was. Op nasionale vlak, het die getal Swart vroueregters toegeneem van 140 in 1986 tot 204 in 1991, 'n toename van 46%. Sy kom tot die slotsom dat "there is a long way to go to achieve meaningful, not merely token, diversification."

Kretser[228] wys ook daarop dat die verteenwoordiging op die regbank nie 'n weerspieëling is van die regsprofessie nie en kom tot die slotsom:

> "The ability of qualified women and minorities to achieve Judicial office is a telling indication of fairness in a Court system. Our goal must be a Judiciary where the number of women and minority judges reflects the number of women and minorities in the bar. The way we can achieve that goal is to develop a system of judicial selection, whether appointive or elective, based upon merit rather than political expediency."

Ter aansluiting kan hier bygevoeg word dat volgens studies, wat onderneem is, dit blyk dat die merietestelsel vrouens en regsgeleerdes van minderheidsbevolkingsgroepe 'n beter geleentheid gee om tot die regbank aangestel te word. Lozier[229] wys daarop dat

> "the majority of recent studies, including an AJS and Fund for Modern Courts Study, indicate that women and minorities feel that a merit selection system provides them with the greatest opportunity for judicial appointments and that a higher proportion of women and minorities are appointed to the bench under

---

225 Tobias "Closing the Gender Gap on the Federal Courts" 1237 wys daarop dat "the Bush Administration ultimately appointed an unprecedented percentage of women to the federal courts; 36 of the 192 judges President Bush appointed were women (18.7%).

226 "Diversifying the Judiciary" 180-181.

227 Op daardie stadium was Supreme Court Justice Clarence Thomas se aanstelling nog nie bevestig nie – Smith "Diversifying the Judiciary" 181 vn 15.

228 "Women and Minorities on the Judiciary" 9. Bierman "Preserving Power in Picking Judges" 356 wys daarop dat [b]ecause of the local partisan emphases in choosing lower court judges in New York, opportunities for women and racial and ethnic minorities to serve in the lower judiciary have been limited, with improvement occurring only slowly and modestly".

229 "The Missouri Plan" 920.

this system than the elective system."

5.3.1.2 Saaklike onafhanklikheid

Die saaklike onafhanklikheid van die regbank omvat normaalweg aspekte soos diskresie-uitoefening deur regterlike amptenare, prosedure en administratiewe funksies[230] van die regterlike amptenare en word in die volgende afdeling bespreek aan die hand van hul bevoegdhede en verpligtinge.

5.3.1.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Die akkusatoriese prosesstelsel word gevolg – met ander woorde, die regter tree op as 'n onafhanklike arbiter en beoordeel die getuienis wat deur die twee partye (die beskuldigde en sy regsverteenwoordiger aan die een kant en die staatsaanklaer aan die ander kant) voor die hof gelê word. Die professionele regter in Amerika geniet 'n groot mate van onafhanklikheid. Verhoorregters hoef nie skriftelik redes vir hulle beslissings te gee nie. Waar 'n saak deur meer as een regter bereg word, word die uitspraak gewoonlik gegee onder die naam van een van die lede van die betrokke regbank. Dit staan enige lid van dié betrokke regbank egter vry om 'n afwykende mening te gee of om sy eie redes aan te voer waarom hy met die uitspraak van die meerderheid saamstem of nie saamstem nie.[231]

(a) Howe op federale vlak

Die federale howe word in 'n drieledige hiërargie ingedeel, naamlik distrikshowe (*United States District Courts*), appèlhowe (*United States Courts of Appeal*) en die hooggeregshof (*United States Supreme Court*). Die professionele regters in die distrikshowe sit gewoonlik alleen, maar mag deur kommissarisse (*commissioners*) met

---

230 Tov die saaklike onafhanklikheid van die regbank in die algemeen, sien die bespreking in afd 2.3.2. Tov regterlike diskresie en regsvorming, sien hfst 4 en tov grondwetuitleg in Amerika, sien afd 4.8.1.

231 Van Zyl *Beginsels* 210.

beperkte regterlike magte bygestaan word. Elke distrik word in sub-distrikte ingedeel, met die gevolg dat die regters dikwels as rondgaande amptenare optree. Distrikshowe is howe van eerste instansie met algemene strafjurisdiksie. Die strafjurisdiksie sluit in alle misdrywe op gebied van federale reg.[232]

Baie van die *district judges* se werksaamhede word aangevul en ondersteun deur sogenaamde *magistrate judges*. 'n *United States magistrate judge* is 'n regsgeleerde (*attorney)* wat deur die regters van die betrokke distrik (*district)* aangestel is vir 'n termyn van 8 jaar, of in die geval van diegene wat slegs deeltyds dien, vir 'n termyn van vier jaar. *Magistrate judges* se primère rol en funksie is "to assist and directly support the mission of the district judge as the latter determines appropriate" en hanteer gevolglik 'n wye verskeidenheid van aangeleenthede.[233] Wat kriminele sake betref, hanteer die *magistrate judges* oor die algemeen 'n voorlopige ondersoek voor die verhoor van die saak. Abadinsky[234] verduidelik dit soos volg:

> "...[T]hese judicial officers conduct pretrial hearings – readings of the charges, bail, appointment of counsel – and if both sides agree, try misdemeanors. In 1989, the Supreme Court ruled that magistrates do not have legal authority to preside over jury selection in felony cases without the defendant's consent (*Gomez v. United States).* If the charge is a felony, the case will be sent to a

---

232 Van Zyl *Beginsels* 206; David en Brierley *Major Legal Systems* 394.

233 Hagopian "United States Magistrate Judges: A Look at the Growth and Development of the Position" 1992 *Federal Bar News and Journal* 416 417 wys daarop dat "[t]he position was designed by Congress 'to reform the first echelon of the Federal judiciary into an effective component of a modern scheme of justice,' " en voeg verder by dat die *United States magistrate judges* "are not judicial officers of a separate court, but rather serve 'as an integral part' of the United States District Court. Accordingly, rulings by U.S. magistrate judges constitute rulings of the U.S. District Court and are so noted on the dockets of civil and criminal cases of that court." Vir verdere besonderhede ten opsigte van hierdie kategorie regters, sien ook Smith "Judicial Lobbying and Court Reform: U.S. Magistrate Judges and the Judicial Improvements Act of 1990" 1992 *University of Arkansas at Little Rock* 163 ; Smith "The Development of a Judicial Office: United States Magistrates and the Struggle for Status" 1989 *Journal of the Legal Profession* 175; Anoniem "Recent Cases: Article III – Federal Magistrates Act – Magistrates Without Life Tenure May Reside over Jury Selection in Federal Criminal Cases" 1988 *Harvard LR* 533; Smith "Merit Selection Committees and the Politics of Appointing U.S. Magistrates" 1987 *The Justice System Journal* 210 ev; Burnett "Practical, Innovative and Progressive Utilization of United States Magistrates to Improve the Administration of Justice in the United States District Courts" 1985 *Howard LJ* 293; Seron *The Role of Magistrates: Nine Case Studies* 1985; Downs "The Boundaries of Article III: Delegation of Final Decisionmaking Authority to Magistrates" 1985 *University of Chicago LR* 1032; Anoniem "Federal Magistrates and the Principles of Article III" 1984 *Harvard LR* 1947; Seron *The Role of Magistrates in Federal District Courts* 1983.

234 *Law and Justice* 145.

judge of the district court."

In baie distrikte (*districts*), tree *magistrate judges* op as voorsittende beamptes by voorverhoor-konferensies en voorverhoor-mosies, alhoewel die finale beslissing gereserveer mag word vir 'n *district court judge* wat sy beslissing baseer op 'n verslag en aanbeveling van die betrokke *magistrate judge*. Die *United States Supreme Court* het onlangs opgemerk dat in die lig van die hoeveelheid sake wat voor *district courts* gebring word, die werksaamhede van die *magistrate judges* onmisbaar geword het.[235]

Die appèlhowe (*United States Court of Appeal*) hoor gewoonlik appèlle[236] aan van die distrikshowe binne die gebied (*circuit*) waarvoor die betrokke *Court of Appeal* aangewys is. Die meeste appèlle in hierdie howe word deur panele van drie regters aangehoor hoewel die getal regters na gelang van die geval kan wissel. Appèlhowe in die VSA bemoei hulle oor die algemeen slegs met regsvrae of regsfoute (*errors of law*) wat begaan is.[237]

In die hoogste van die federale howe, naamlik die *United States Supreme Court*, word sake aangehoor deur die *chief justice* en agt *associate justices*. Hierdie hof se vernaamste funksie is om appèlle aan te hoor teen die beslissings van die *U.S. Courts of Appeal*. Slegs "wesenlike" (sogenaamd, "substantial") federale regsvrae mag na

---

235 Hagopian "United States Magistrate Judges" 421. Dit word bevestig deur Smith "Judicial Lobbying" 176: "After the expansion of magistrates' authority in the 1979 amendments to the Magistrates Act, these subordinate judicial officers could undertake virtually any task performed by district judges except for specific aspects of felony criminal cases. By 1990, after only two decades in existence, the magistrates were important components of the federal district courts. There were 484 magistrates, including 323 full-timers, who disposed of 418,711 matters for the federal courts, including 45,201 civil pretrial conferences, 4,220 civil and criminal evidentiary hearings, and 1,008 civil trials."

236 Moore *Mass Communication Law and Ehics* 27 verduidelik: "...appellate courts such as the U.S. Court of Appeals are not trial courts but merely serve to consider appeals from trial courts. Such appeals are usually based on alleged violations of procedural and/or substantive law. State and federal appeals courts generally have three basic options with any appeal they hear: (a) **affirm** or reverse the criminal...verdict or judgment of the lower trial court, (b) **dismiss** the appeal or (c) **remand** (send back) the case to the trial court for further consideration (usually for proceedings consistent with the appellate court's decision). The court also has the option of reversing the trial court decision but sending the case back with an order to dismiss."

237 Van Zyl *Beginsels* 207.

die *Supreme Court* verwys word vir beslissing, terwyl vrae oor die reg van state as sodanig glad nie vir appèl na hierdie hoogste hof in die hiërargie vatbaar is nie. Met ander woorde, die saak moet van besondere belang wees voordat die *Supreme Court* sal oorweeg om dit aan te hoor. Volgens Van Zyl[238] is daar slegs in hoogs uitsonderlike gevalle sonder meer 'n reg van appèl na hierdie hof, byvoorbeeld wanneer die hoogste hof van 'n bepaalde staat bevind het dat 'n wet van sodanige staat geldig is ten spyte van vertoë dat dit met die Amerikaanse grondwet of met ander federale wetgewing strydig is, of in die alternatief, wanneer dit bevind het dat 'n federale wet of verdrag ongeldig is.[239]

(b) Howe binne die afsonderlike state

Die oorgrote meerderheid strafsake word deur die howe binne die afsonderlike konstituerende state aangehoor. Die organisasie en administrasie van hierdie howe verskil aansienlik van staat tot staat. In die meeste state bestaan die howe egter uit 'n drieledige hiërargie, naamlik die *inferior courts* op die onderste vlak, daarna die *district courts* of *superior courts* en op die hoogste vlak die *supreme court*. Waar daar *inferior courts* bestaan, hoor hulle klein sake (*petty matters*) van kriminele aard aan.[240] Verhore in howe op die volgende vlak, bekend as *district* of *superior courts*,[241] vind

---

238 *Beginsels* 207.

239 In enkele gevalle bestaan dat egter ook 'n reg van appèl direk vanaf 'n laer federale hof sonder dat die betrokke geval eers deur een van die *US Courts of Appeal* oorweeg word. In die oorgrote meerderheid van gevalle moet verlof om te appèlleer eers verkry word en wel bwv 'n *writ* of *certiorari* wat op petisie deur die *Supreme Court* uitgereik word aan die besondere federale of staatshof waarvan die petisie of aansoek afkomstig is. In hierdie *writ* word die hof *a quo* versoek om die oorkonde van die verrigtinge in die saak te sertifiseer en aan die *Supreme Court* voor te lê. 'n *Writ* van hierdie aard word slegs uitgereik wanneer *special and important reasons* aangetoon kan word – 'n foutiewe uitspraak deur die hof *a quo* val nie onder een van hierdie redes nie. Ongeveer slegs tien persent van die aansoeke om *certiorari* is geslaagd.

240 Vroeër was hierdie laagste howe as *justice of the peace courts* bekend – enigsens soos die Engelse howe met dieselfde naam. Tans funksioneer hulle onder die titels *country*, *municipal*, *small claims*, *police* of *traffic courts*.

241 Hierdie is die verhoorhowe van algemene jurisdiksie (*'trial courts of general jurisdiction'*) en kan, afhangende van welke staat dit is ook bekend staan as *circuit courts* of *courts of common pleas*. Van Zyl *Beginsels* 208.

plaas voor 'n enkelregter met of sonder 'n jurie.[242] Die volgende stap in die hiërargie is die *supreme court* wat ook die hoogste hof in elke staat is. Hierdie hof, beman deur 'n paneel wat kan wissel van drie tot nege regters en wat funksioneer onder voorsitterskap van 'n hoofregter (*chief justice*), hoor normaalweg appèlle aan van laer howe in die betrokke staat.

Die staat New York se hofstruktuur sien byvoorbeeld soos volg daaruit: (i) op die laagste vlak word 'n hele netwerk van laer howe (*inferior courts*) aangetref; (ii) op die volgende vlak, vier hooggeregshowe (*supreme courts*) elk met sy eie appèlafdeling; (iii) die hoogste vlak bestaan uit 'n hof van appèl (*court of appeal*) om appèlle aan te hoor vanaf die verskillende *supreme courts*.

Die strafprosedure by die verhoor van kriminele aangeleenthede is akkusatories. Strafverhore vind normaalweg voor 'n regter en 'n jurie plaas en die beskuldigde het 'n konstitusionele reg om voor 'n jurie verhoor te word hoewel hy ook van hierdie reg afstand kan doen.[243]

Die rol van regters by *plea bargaining* wissel van jurisdiksie tot jurisdiksie. *Federal district court judges* word deur die *Federal Rules of Criminal Procedure*[244] verbied om deel te neem aan enige pleitonderhandelinge. In state waar regters 'n groot mate van diskresie uitoefen by die vonnisproses, is hulle meer geneig om betrokke te wees by pleitonderhandelinge.[245] In state waar regters slegs beperkte keuses het, is hulle rol

---

242 Waar 'n spesiale afdeling aangetref word vir die aanhoor van kriminele sake, staan dit normaalweg bekend as die *criminal court*.

243 Die voer van gedinge, wyse van aanbieding van getuienis, en ander bewysregtelike aangeleenthede kom verder in wesenlike opsigte met die Engelse stelsel ooreen. Van Zyl *Beginsels* 209.

244 Reël 11e(1)c. Sien ook Abadinsky *Law and Justice* 314.

245 Levin *Urban Politics and the Criminal Courts* het op 33 aangetoon dat die aanklaer glad nie betrokke is by pleitonderhandelinge in Minneapolis nie, maar dat hy bloot teenwoordig is as 'n "third party witness". Die regter lei egter die gesprek wat sentreer om vonnis en nie om die aanklagte nie. Hy het gevind dat dieselfde situasie bestaan in Pittsburgh, waar die onderhandelinge draai om die vonnis en nie die aanklagte nie en waar die regter en die verdediging se regsverteenwoordiger die partye is wat betrokke is by die onderhandelinge.

minder belangrik.[246] In sekere jurisdiksies is daar 'n *plea court* waar een of meer regters, wat spesialiseer in *moving cases*, as voorsittende beampte optree by verhore wat spesifiek aangeteken is op die hofkalender. Die doel van hierdie verhore is om by wyse van 'n pleit van skuldig soveel as moontlik sake af te handel.[247] In New York geniet die regters 'n wye diskresie ten opsigte van vonnisoplegging en dit vergemaklik natuurlik pleitonderhandelinge.[248] Die aantal sake wat deur 'n regter afgehandel word, is 'n belangrike aanduiding van 'n regter se produktiwiteit en is gevolglik 'n noodsaaklike deel van hulle regterlike pligte. In Illiois word die regters beoordeel deur die hoofregter met betrekking tot die hoeveelheid sake wat hulle elke jaar afhandel – daar word 'n tipe puntetelling (*scorecard*) gehou en regters poog om nie aan die einde van die jaar af te sluit met 'n lae telling nie. Dit lei daartoe dat daar gepoog word om 'n groot aantal sake in Desember af te handel, en dat regters druk plaas op die aanklaers om die *plea bargaining process* te bespoedig sodat al die sake op die hofrol afgehandel word voordat die nuwe jaar begin.[249] Alhoewel pogings by wyse van wetgewing al aangewend is om pleitonderhandelinge te verminder of af te skaf, was dit tot dusver nie suksesvol nie. In sommige gevalle het die aantal beskuldigdes wat

---

246 Abadinsky *Law and Justice* 314 noem byvoorbeeld dat "...Illinois utilizes a determinate sentencing system in which the judge has wide discretion. The charging decision, which is controlled by the prosecutor, does not carry with it a specific sentence. Therefore, before a prosecutor can offer a sentence to the defendant in return for a plea of guilty, the judge must be in agreement."

247 Abadinsky *Law and Justice* 314.

248 Abadinsky *Law and Justice* 315 verwys na 'n sekere regter HJ Rothwax van die *Supreme Court* (verhoorhof) wat 'n reputasie ontwikkel het om sake vinnig af te handel: gewoonlik een elke twee tot tien minute. Sodra elke saak geroep is, het die *assistant district attorney* hom 'n bladsy gegee waarop al die besonderhede van die misdaad aangedui is, die aanbevole borgtog en die pleitaanbod. Roberts, 'n verslaggewer, het as voorbeeld van hoe die regter sy sake so vinnig afhandel die volgende geskryf: "Two repeated felons appear before Judge Rothwax, one without counsel. Instead of adjourning the case he assigns a lawyer sitting in the front row reserved for attorneys. The district attorney's offer was a sentence with a minimum of two years and a maximum of four years. 'After today,' the judge states, 'it's three to six; after that its four to eight.' To the lawyer he states: 'If they're ever going to plead, today is the time to do it." Sien Roberts "Hard Bargaining Pushes Cases through the Courts".

249 Abadinsky *Law and Justice* 315 voeg by: "Prosecutors, fearful of jurors experiencing 'holiday time mercy,' also wish to avoid jury trials during the Christmas season. The need for judges to dispose of large numbers of cases is evidenced in Kings County (Brooklyn), New York, where, in the first eleven months of 1989, judges assigned to the Supreme Court received 13,460 felony cases. A little over 6 percent received trials." Sien ook Glaberson "Confronting Assembly Line Justice: Tumult in New York's Courtrooms" *New York Times* (16 Januarie 1990) 12.

skuldig pleit min of meer dieselfde gebly en in ander gevalle het aanklaers en regters gou maniere gevind om verby die reg te kom.[250]

Die administrasie van judisiële aangeleenthede op die vlak van die howe, berus by die regbank. McKay en Parkison[251] wys daarop dat in alle Amerikaanse jurisdiksies berus die hofadministrasie" at the court level" by die hoofregters of by die regbank in sy geheel. Oor die algemeen is die hoofregter of die voorsittende beampte verantwoordelik vir die regters, insluitende hul verpligtinge, toedeling van sake, vakansies en tydrooster vir aanhoor van sake. Die neiging het egter ontstaan om die *court administrator* 'n groter rol te laat speel met betrekking tot bogenoemde reëlings.

Daar is gewoonlik drie metodes waarop spesifieke regters toegewys word aan spesifieke afdelings (*divisionships*). Die eerste metode is 'n outomatiese seleksieproses sodat die junior regter byvoorbeeld altyd toegewys word aan die kinderhof en die senior regter altyd hoofregter is. Die tweede metode is seleksie deur 'n hoër gesag binne die hofstelsel sodat die hoofregter of die uitvoerende komitee die beste persoon vir die betrokke taak kan kies. Die derde metode is deur persoonlik seleksie deur elke regter terwyl voorkeur gegee word aan senioriteit.

Die funksie van toewysing van sake aan betrokke howe berus by die regbank – normaalweg die hoofregter, maar waar hy te besig is, word dit dikwels gedelegeer aan 'n administratiewe beampte of klerk van die hof wat dit toewys ooreenkomstig 'n

---

250 Abadinsky *Law and Justice* 315-316 en die gesag daar aangehaal.

251 Hulle verduidelik in "America" op 358 soos volg: "The chief justice of the court, or the court en banc, is responsible for court administration at the court level in all American jurisdictions. In general, the chief justice or presiding judge is responsible for the judges, including scheduling duties, case allocation and assignment, vacations, and hours of hearings. However, in recent years the trend has been for the court administrator to play an increased role. For example, in 1978, the Chief Administrator (court administrator) of the courts of New York State was vested with the power to establish regular hours, terms and parts of court, and assign judges and justices to them, in consultation and in agreement with the appropriate Division's Presiding Justice."

matematiese of rekenaarstelsel.[252]

Wat die rekusering van regters betref, maak die federale wetgewing in die VSA voorsiening vir drie kategorieë ingevolge waarvan regters gediskwalifiseer word om as regter tydens 'n saak op te tree. Die eerste het betrekking op 'n regter se persoonlike vooroordeel of waar benadeling voorkom; die tweede is 'n breë bepaling ingevolge waarvan die regter gediskwalifiseer word indien sy onafhanklikheid redelikerwys bevraagteken kan word selfs waar geen benadeling bewys kan word nie; die derde het betrekking op spesifieke belange wat die regter moontlik by die saak of die uitspraak van die saak mag hê en verhoudings of verwantskappe wat die regter moontlik met een van die partye mag hê.[253] Goldschmidt en Shaman wys daarop dat as gevolg van die feit dat die gronde vir rekusering van regters gewoonlik wyd bewoord is, word nie voldoende leiding aan regters gegee nie en word die vraagstukke rondom rekusering al hoe meer kompleks.[254] Hulle maak onder andere die voorstel vir die aanvaarding van 'n reël dat, wanneer besluit moet word ten opsigte van die rekusering van 'n regter, dit aan 'n ander regter oorgelaat moet word om daaroor te besluit en, verder, dat die reëls van toepassing op rekusering meer toegelig moet word met feitelike voorbeelde om aan te dui onder welke omstandighede rekusering nodig, opsioneel of onnodig is.[255] Twee belangrike beleidsoorwegings rugsteun die beginsel van rekusering: eerstens is elke party geregtig op 'n onafhanklike regter "without any pre-existing bias, prejudice, or interest in the case" en 'n onafhanklike uitspraak vry van enige vooroordeel; tweedens, dra

---

252 McKay and Parkison "America" 359-360 en voeg by: "Exclusive executive control of the aforementioned matters would be considered incompatible with judicial independence. In practice, more often than not, the court or the administrator will work closely with the executive branch to co-ordinate policy development, and to ensure compatibility if possible."

253 Vir 'n bespreking van hierdie aspek, sien Wegner "Disqualifying the Judge" 1996 *Litigation* 44.

254 "Judicial Disqualification: What Do Judges Think?" 1996 *Judicature* 68: "Within this framework of rules that too often fail to give guidance, disqualification issues are becoming increasingly complex. The role of judges is changing and becoming more diverse as society evolves. In addition, there is greater movement between the positions of judge, lawyer, and legislator than ever before, so that new judges bring to the office a wider range of potential disqualifying prior associations."

255 "Judicial Disqualification: What Do Judges Think?" 72.

die onafhanklike beregting by tot openbare vertroue in die integriteit van die regbank.[256]

❑ KORT OPSOMMING

Wat die *persoonlike onafhanklikheid* van die regsprekende amptenare betref, blyk die volgende:

- Uit bogenoemde bespreking van die posisie van regsprekende amptenare in die VSA blyk dit dat van alle regters vereis word om dieselfde regskwalifikasies te hê as regspraktisyns, met dien verstande dat daar ook voldoen moet word aan bykomende vereistes wat deur 'n bepaalde staat neergelê mag word. Daar word ook verdere opleiding aan federale regters aangebied deur die *Federal Judicial Center in the Administrative Office of the US Courts*. Die drie mees algemene metodes vir die seleksie van regters is (1) aanstelling deur die hoof uitvoerende beampte (die *chief executive*), (2) verkiesing van regters en (3) seleksie van regters gebaseer op 'n kompromie tussen die verkiesingsmetode en die aanstellingsmetode. In laasgenoemde kategorie val die Missouri-plan (ook bekend as die merietestelsel) wat bestaan uit drie elemente: (1) nominasie van gekwalifiseerde kandidate deur 'n nie-partypolitieke kommissie; (2) aanstelling van een van die genomineerdes as regter deur die goewerneur of uitvoerende beampte; en (3) goedkeuring deur die kiesers in die daaropvolgende *retention elections*.
- Wat die ampstermyne van regters betref, blyk dit dat alle *federale regters* lewenslank aangestel word; die *aanstelling* van regters in die verskeie state is óf vir 'n lewenslange termyn óf aanvanklik vir 'n beperkte tyd, maar by heraanstelling vir 'n lewenslange termyn. Die gemiddelde termyn van regters wat *verkies* word, is tussen ses tot tien jaar, alhoewel dit in sommige state tot

---

256 Wegner "Disqualifying the Judge" 48 se opsomming rondom hierdie aspek word ondersteun: "'Disqualification' is an adversarial word, and it comes up in an area of the law where an adversarial attitude is inapproriate. The reputation of the judicial system is in the balance, and is one of the key underpinnings for the disqualification statutes. Whenever issues of judicial impartiality comes into the case, it is both the lawyer's and judge's duty to protect that reputation. No case is worth bringing meritless challenge; no case is worth denying a meritorious one." Sien in die algemeen Bodoh "On Judging Judges" 1994 *Ohio State LJ* 889.

15 jaar kan strek. Daar is al verskeie pogings aangewend om 'n kompromie te vind tussen die aanstellingsmetode en die verkiesingsmetode. Die doel van so 'n kompromie is om politieke beïnvloeding tot die minimum te beperk en om 'n mate van ampsekuriteit te verleen terwyl 'n element van beheer deur die bevolking behou word. Voorbeelde van hierdie kompromiebeweging is te vinde in die Kalifornië-plan en die Missouri-plan.

- Wat die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank betref, blyk dit dat alhoewel daar vroueregters en regters van minderheidsgroepe op die regbank dien, die regbank nie verteenwoordigend is van die gemeenskap wat betref ras en geslag nie.

Wat die *saaklike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare betref, blyk kortliks die volgende:

- Die akkusatoriese prosesstelsel word gevolg – met ander woorde, die regter tree op as 'n onafhanklike arbiter en beoordeel die getuienis wat deur die twee partye (die beskuldigde en sy regsverteenwoordiger aan die een kant en die staatsaanklaer aan die ander kant) voor die hof gelê word.

5.4 DUITSLAND

5.4.1 Regsprekende beamptes met regsopleiding in sowel die hoër howe as laer howe bekend as *Richter*

In Duitsland tree professionele regters (*Richter*) in beide die hoër- as laer howe op. Die hiërargie van howe wat hier ter sprake is, is die *Amtsgericht*[257] op die laagste vlak

257 Dit is die laagste hof in Duitsland en sy strafjurisdiksie word beperk tot mindere oortredinge.

en daarbo die *Landgericht*,[258] die *Oberlandesgericht*[259] en die *Bundesgerichtshof*.[260]

5.4.1.1 Persoonlike onafhanklikheid

In die afdeling wat hierop volg sal die persoonlike onafhanklikheid van die regterlike amptenare bespreek word deur te verwys na hul seleksie (wat sal insluit die kwalifikasies vereis vir seleksie en wyse van seleksie), diensvoorwaardes en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.[261]

5.4.1.1.1 Seleksie

(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie

Professionele regters ondergaan dieselfde basiese opleiding en moet dieselfde kwalifikasies verwerf as regspraktisyns en ander regslui – die regbank is 'n homogene liggaam in die sin dat dieselfde kwalifikasies van almal vereis word en daar slegs regters is "as opposed to judges and magistrates."[262] Hierdie opleiding bestaan uit twee fases.[263] Die eerste fase behels formele studie aan 'n universiteit, wat ongeveer vyf jaar duur (die minimum tydperk is drie-en-'n-half jaar by sowat 30 Duitse

---

258 Hierdie hof is die ekwivalent van die Suid-Afrikaanse Hoë Hof. Dit het strafjurisdiksie om sake te bereg wat nie in die laagste hof, nl die *Amtsgericht*, verhoor kan word nie. Van Zyl *Beginsels* 145.

259 Die hoogste hof in elke staat is die *Oberlandesgericht*. Van Zyl *Beginsels* 145.

260 Dit funksioneer as die oorkoepelende hof van appèl op federale vlak en is gesetel te Karlsruhe. Van Zyl *Beginsels* 145.

261 Tov die persoonlike onafhanklikheid van die regbank in die algemeen, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

262 Sien Aldisert "Rambling Through Continental Legal Systems" 944; Werle "The Transformation of the Structures of South African Courts: A Comparative Analysis of the German Model" in Norton (red) *Reshaping the Structures of Justice for a Democratic South Africa* 1994 37 38; Marfording "The Need for a Balanced Judiciary: The German Approach" 1997 *Journal of Judicial Administration* 33 35-36.

263 *DRiG* § 5. Daar word ook nie onderskeid gemaak tussen balie en sy-balie nie – Werle "German Model" 40.

universiteite met regsfakulteite).[264] Aan die einde van hierdie formele onderrigfase word die eerste sogenaamde staatseksamen afgelê en, indien suksesvol, is die student (wat op hierdie stadium as *Referendar* (kandidaat-regter) bekendstaan, gereed om met die tweede fase, naamlik twee jaar van praktiese opleiding, te begin. Gedurende hulle praktiese opleiding word die kandidate vertroud met die verskillende howe en word praktiese ervaring op 'n verskeidenheid van terreine opgedoen.[265] Aangesien die *Referendar* op hierdie stadium as 'n tydelike staatsamptenaar beskou word, ontvang so 'n persoon 'n salaris van die staat. Hierna is die *Referendar* verplig om 'n tweede staatseksamen[266] af te lê en indien die *Referendar* hierdie eksamen slaag,[267] kan hy of sy as permanente regter aangestel word.

(b) Wyse van seleksie

Nadat 'n kandidaat die tweede staatseksamen geslaag het, sal so 'n kandidaat aansoek doen om 'n betrekking in die staat waar so 'n kandidaat as regter wil dien. Die kandidaat moet 'n Duitse burger wees en 'n eed van getrouheid aflê. Kandidate wat aan al die verseistes voldoen mag as regters aangestel word. Die eerste aanstelling is vir 'n proeftydperk van drie jaar, waarna sodanige regter lewenslank

---

264 Van Zyl *Beginsels* 147 dui hierdie formele onderrig aan as 'n gemiddeld van vier jaar op universiteit.

265 Abraham *Judicial Process* 92 vn 147 dui hierdie ondervinding wat opgedoen moet word soos volg aan: 'During that time the *Referendar* must work in five areas: in civil courts, in a criminal court or a prosecutors office, in an administrative office, in a private law office, and in one other approved legal or governmental activity. In each of these five areas the *Referendar* will spend from three to nine months.'

266 Hierdie eksamen bestaan uit 'n geskrewe en mondelinge gedeelte: "Consisting of several days of written parts, it is followed by an oral examination, conducted by four individuals for different segments of the legal profession." – Abraham *Judicial Process* 92 vn 147.

267 Na die suksesvolle aflegging van hierdie eksamen, word die *Referendar* 'n *Assessor* "...eligible to enter any one of the five basic career branches of the law: judge (*Richter*); prosecuting attorney (*Staatsanwalt*); upper-level bureaucratic post; private practice attorney (*Rechtsanwalt*); private commercial enterprise or financial institution legal position...This disciplined, thorough composite of university education and practical training emphasizes a sameness of experience that has resulted in a highly professional career, one that other nations might well ponder." – Abraham 92 vn 147. Sien ook Meador "German Appellate Judges: Career Patterns and American-English Comparisons" 1983 *Judicature* 1.

aangestel word.[268]

Nadat hulle 'n proeftermyn van drie tot vier jaar[269] voltooi het, moet hulle verskyn voor spesiale komitees van die *Bundestag* (die laer huis van die parlement), wanneer hulle vir federale aanstellings[270] oorweeg word, of voor plaaslike owerhede, wanneer hulle in die laer howe[271] aangestel word. Dit wil voorkom asof regters nie heeltemal vry is van politieke beïnvloeding[272] sover dit hul aanstelling betref nie.[273] Gilles[274] wys daarop

---

268 Werle "German Model" 39.

269 Schlosser en Habscheid "Federal Republic of Germany" in Shetreet en Deschênes (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 78 84 wys daarop dat "[i]n practice, the appointment of a professional judge for a limited period is the exception. Almost all the judges are appointed for life following a trial period of three to five years."

270 Schlosser en Habscheid "Federal Republic of Germany" 85 verduidelik dat die Grondwet slegs bepalings bevat tov die aanstelling van regters tot die federale hooggeregshowe.

271 Schlosser en Habscheid "Federal Republic of Germany" 85 verduidelik: "The lower courts are state courts, not federal courts. Different systems for the recruitment of judges have developed in the states. In Bavaria, a constitutional regulation provides that first-time judges are to be employed strictly in accordance with their achievements in the state examination. A judge is initially employed 'on probation.' He has a legal right to life-long employment, however, if he does not prove to be unfit...Part-time functions as professional judges are a privilege of university professors (Sect. 4, II, no. 3 DRiG)."

272 Schlosser en Habscheid "Federal Republic of Germany" 87 is egter van mening dat "...[i]n the courts of general jurisdiction, (civil and criminal courts), political considerations are scarcely noticeable in judicial appointments. Occasionally appointments reflect a consideration of maintaining a given party distribution within the judiciary. The composition of the electoral councils for judges usually guarantees that only very well-qualified candidates are proposed. " *Contra* Gilles "Judicial Independence" 99 wat daarop wys dat daar al op verskeie geleenthede kritici was wat beswaar gemaak het op grond daarvan dat "...there was a selection of unsuitable candidates, party-patronizing of candidates, proportional representation without regard to merits, meddling of parties in the judiciary and the appointment of politically reliable but legally unqualified candidates to the highest judicial positions."

273 Currie *Constitution of Germany* 156 verduidelik: "Judges of the five supreme courts are selected by the federal minister with responsibility over the subject matter in conjunction with a committee ("Richterwahlausschuss") on which the respective state ministers and the Bundestag have an equal voice." – A 95(2) *GG*. Volgens Currie moet beide die federale minister en die komitee saamstem oor die keuse. Hy verduidelik verder: "The appointment of state-court judges is regulated by the Länder, subject to more or less general principles that may be laid down in federal framework legislation ('Rahmenvorschriften') and to the Article 28 requirement that they respect the principles of 'republican, democratic, and social government based on the rule of law'." – A 98(3) *GG*.

274 Gilles "Judicial Independence and the Involvement of Judges in Party Politics and Trade Union Activities" in Shetreet en Deschênes (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 96 99.

dat die prosedure vir die selekteer en aanstelling van regters verskil van staat tot staat met betrekking tot regters op federale vlak, maar ook met betrekking tot verskillende tipe howe. In sommige gevalle word die besluit oorgelaat aan die betrokke minister van justisie wat gebonde is aan die belange van die politieke party wat die owerheid vorm. In ander gevalle, word die seleksie uitgevoer deur (min of sterk, afhangende van die geval) deelname van die regterskeuringsrade (*Richterwahlausshüsse*). Selfs hierdie rade daargestel vir die seleksie van regters is nie gevrywaar teen beïnvloeding deur politieke partye nie.

Sodra die regters egter permanent aangestel is, geniet hulle 'n groot mate van werksekuriteit. As 'n reël mag regters nie van hulle ampte onthef word nie – behalwe in spesiale omstandighede soos in die grondwet bepaal word. Die professionele regters in Duitsland is beroepsregters. Ten spyte daarvan dat hulle as staatsamptenare beskou word, word hulle lewenslank aangestel[275] en is, volgens Van Zyl, bekend vir hulle onafhanklikheid.[276]

Om deeltyds as professionele regter op te tree is die privilegie van universiteitsprofessore.[277] 'n Regter van 'n laerhof kan slegs vir 'n beperkte tydperk en met sy of haar toestemming tot 'n hoërhof aangestel word.[278] So 'n regter kan nie net doodeenvoudig tot die hoogste federale howe aangestel word nie, aangesien dit 'n verandering in sy of haar werkgewer sal meebring (van staat tot federasie) – sulke opdragte dien eerder as voorbereiding tot bevordering of, om meer presies te wees, tot bevordering na 'n beter betaalde posisie.[279] Schlosser en Habscheid[280] verduidelik dat geen bevordering na 'n hoër inkomstegroep gemaak word bloot op sterkte van individuele beslissings nie. Dieselfde regulasies wat van toepassing was op 'n regter

---

275 *DRiG* § 10.

276 Van Zyl *Beginsels* 147.

277 § 4 II No 3 *DRiG*.

278 § 37 *DRiG*.

279 Schlosser en Habscheid "Federal Republic of Germany" 86.

280 "Federal Republic of Germany" 86-87.

se nominasie is egter van toepassing op sy aanstelling tot 'n hoër regterskap. Oor die algemeen aspireer 'n regter slegs tot so 'n hoër pos indien dit gepaardgaan met 'n groter salaris.[281] Alle staatsamptenare, wat regters insluit, word elke vier jaar aan 'n amptelike evaluasie deur hul hoof onderwerp en aan 'n *ad hoc* evaluasie net voor hul bevordering in oorweging geneem moet word. Hierdie evaluasie word op 'n regter se persoonlike lêer geplaas en dien as 'n belangrike basis vir bevorderings. Daar word van die standpunt af uitgegaan dat sodanige evaluasie skriftelik gedoen moet word en nie moet neerkom op 'n inbreukmaking op regterlike onafhanklikheid nie. Die president van die hof, synde die onmiddelike hoof van die betrokke regter, is verantwoordelik vir die amptelike evaluering. Omdat die president gewoonlik nie persoonlike kennis dra van die meeste van die regters wat evalueer moet word nie, delegeer hy hierdie taak aan die presidente van die verskillende afdelings waaraan die individuele regters toegewys is. Volgens Schlosser en Habscheid[282] moet hierdie evaluering toegespits wees op die spesifieke regterlike kwalifikasies, maar terselfdertyd moet dit nie die objektiewe onafhanklikheid van die regters in gevaar stel nie. Dit is derhalwe verbode om 'n beoordeling te maak op sterkte van die inhoud van die regters se beslissings, voorgestelde beslissings en adviserende bydraes. In die lig van die feit dat die kwalifikasies van 'n regter nie behoorlik evalueer kan word sonder beoordeling van die inhoud van sodanige regter se beslissings nie, en aangesien die feitelike gronde vir die evaluering uiteindelik in die administratiewe hof bekend gemaak moet word, voer Sclosser en Habscheid aan dat hierdie evaluerings-dokumente "resemble intellectual acrobatics". Aangesien die persoonlike lêers van regters geheim gehou word, is dit nie moontlik om sulke beoordelings te lees nie. Bogenoemde skrywers voer aan dat die beslissings van die regterlike dienshowe insiggewend is – daaruit blyk dit dat dit toelaatbaar is om kritiek te lewer op "frequently incomplete clarification of cases and negligent praparation of the issues at stake and in the study of the files". Die hoof kan ook sy beoordeling baseer op die deurlees van die rekords wat sodanige regter, wat evalueer word, moes hanteer het. Hulle wys

---

281 Schlosser en Habscheid "Federal Republic of Germany" 86 erken: "It is clear that in view of the natural human drive for a career, the judges' independence is vulnerable in this respect, as well as so far as electoral committees for judges play a role in this."

282 "Federal Republic of Germany" 87.

egter daarop dat die aanmerking "in the foreground of the discussions on the factual and legal position he often tries to avoid a decision" neerkom op 'n inbreukmaking op die onafhanklikheid van die regter.

Die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank sluit nou aan by hierdie bespreking ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare tot die regbank.[283]

5.4.1.1.2 Diensvoorwaardes

Currie[284] is van mening dat alhoewel politieke invloede wel 'n rol speel by die aanstelling van regters, die regters ná hul aanstelling 'n aansienlike mate van ampsekuriteit geniet. Hy wys daarop dat in teenstelling met die federale regters in die VSA wat verwyder kan word uit hul amp onder "extraordinary but unreviewable circumstances by the Senate"[285] die meeste Duitse regters "can be removed, suspended, transferred, or retired during their term of office only pursuant to the decision of *other judges*" – (eie kursivering).[286]

---

283 Sien die bespreking tov die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank in afd 5.4.1.1.3.

284 *Constitution of Germany* 156.

285 *United States Constitution* a I, §§ 2,3; a II, § 4. Sien ook *Nixon v United States* 113 S.Ct. 732 (1993).

286 A 97(2) *GG*. Dit word ook bevestig deur § 44(2) *DRiG*. Currie *Constitution of Germany* 156-157 wys daarop dat die feit dat hierdie beskerming beperk word tot regters met gewone voltydse aanstellings, daarop dui dat nie almal hierdie beskerming ingevolge a 97(2) geniet nie. Die behoefte wat geïdentifiseer is vir opleidingvakatures, vir deskundige kennis tov dissiplines buite die reg (*nonlegal expertise)* en vir deelname deur die gemeenskap het tot gevolg dat daar 'n verskeidenheid van regters bestaan wat vir proeftydperke of deeltyds of as leke-regters aangestel is en wat buite die uitdruklike beperking op voortydige ampsverwydering val. Deeglik bewus daarvan dat misbruik van hierdie praktyke die meer omvattende vereiste tov saaklike onafhanklikheid soos uiteengesit in a 97(1) kan ondermyn, het die Konstitusionele Hof daarop aangedring dat die gebruik van regters wat nie permanent aangestel is nie, tot die minimum beperk moet word en dat, tensy uitsonderlike omstandighede aanwesig is, nie meer as een proeftydperk-regter per keer deelneem aan die beoordeling en beslissing van 'n saak nie. Wassermann 2 *Kommentar zum Grundgesetz*, A 97, Rdnr 68 is van mening dat die hele idee van regters wat nie ten volle onafhanklik is nie, bevraagteken moet word.

Schlosser en Habscheid[287] verduidelik dat die konsep van regterlike onafhanklikheid in Duitsland nie alleen verwys na die onafhanklikheid van die regbank as geheel nie maar ook na dié van elke individuele regter. In Duitsland bestaan daar as algemene reël nie 'n stelsel van *stare decisis* nie. Alhoewel die laer howe respek het vir die beslissings van die howe hoër op in die hiërargie, is hulle nie gebonde aan die interpretasie van die reg soos deur die hoër howe neergelê nie. Daar bestaan egter twee uitsonderings op hierdie reël. Die een is van 'n praktiese aard: Indien die hof van appèl 'n beslissing verwerp en dit terugverwys na die laer hof om weer daaroor te beslis, is die laer hof gebonde aan die standpunt ten opsigte van die regspunt wat die basis vorm van die appèl. Die tweede uitsondering is daargestel deur die Federale Konstitusionele Hof: Ingevolge artikel 31 van die Wet op die Federale Konstitusionele Hof is die beslissings van hierdie hof bindend op alle howe en amptelike liggame. Schlosser en Habscheid wys daarop dat alhoewel die teks van die wet nie uitdruklik vermeld dat ondergeskikte howe gebonde is aan die standpunte wat die Federale Konstitusionele Hof in toekomstige sake mag huldig nie, en alhoewel dit heeltemal in stryd is met die Duitse regstradisie, het die Federale Konstitusionele Hof self daarop aangedring dat die teks wel so 'n bindende effek impliseer.[288]

Ook Aldisert[289] wys daarop dat alhoewel Duitsland nie 'n stelsel van *stare decisis* het nie, die laer howe gewoonlik die beslissings van die hoër howe volg. Hy bevraagteken egter hierdie aspek en wonder of dit gedoen word omdat hulle werklik beïndruk is met die hoër howe se redenasies en of dit gedoen word omdat hulle nie 'n kontroversie wil veroorsaak nie of omdat hulle bang is hulle word nie bevorder nie. Hy wys daarop dat Duitse regters "are on a civil service system of promotion, and although seniority is a factor, performance is an important criterion in promotion decisions."[290] Schlosser en Habscheid[291] stel dit egter baie pertinent dat "no promotion...is made on the

---

287 "Federal Republic of Germany" 81. Sien ook die bespreking van regterlike onafhanklikheid van ander regters met betrekking tot administratiewe funksies op 82-84.

288 Schlosser en Habscheid "Federal Republic of Germany" 81.

289 "Rambling Through Continental Legal Systems" 958.

290 "Rambling Through Continental Legal Systems" 958 vn 27.

291 "Federal Republic of Germany" 86-87.

strength of individual decisions", maar erken self later dat dit saam met 'n regter se kwalifikasies tog in ag geneem word by bevordering.[292]

Die hofdistrikte moet by wyse van wetgewing vasgestel word en afdanking of oorplasing moet altyd deur 'n hof beslis word – dit kan nooit deur 'n administratiewe gesag bewerkstellig word nie.[293] Die gronde waarop regters afgedank of gedwing kan word om af te tree, word nie pertinent in die Duitse Grondwet vermeld nie:[294] Artikel 97(2)[295] vereis dat die gronde by wyse van statuut neergelê moet word, maar dit kan ook by wyse van statuut verander word – vermoedelik onderhewig aan die fundamentele vereiste dat dit nie mag inbreuk maak op die onafhanklikheid van die regters nie. Volgens artikel 97(2) moet die aftree-ouderdom van regters wat lewenslank aangestel is by wyse van wetgewing gereël word. Daar word ook bepaal dat in die geval van verandering in die struktuur van die howe of in die distrikte, regters oorgeplaas mag word na ander howe of afgedank mag word, mits hulle hul volle salaris behou.[296] Statutêr word voorsiening gemaak vir aftrede of afdanking op grond van onbevoegdheid ("incapacity") sowel as wangedrag.[297] Indien 'n federale

---

292 Schlosser en Habscheid "Federal Republic of Germany" 87. Sien die bespreking tov bevorderings in afd 5.4.1.1.1(b).

293 Schlosser en Habscheid "Federal Republic of Germany" 84 noem die volgende voorbeeld: Die regters van 'n bepaalde hof het per geleentheid 'n kollega, wat hulle gemeen het onbevoeg was, van sy gesag probeer ontneem deur baie min sake na hom te verwys. Hierdie besluit is uiteindelik verwerp, omdat dit inbreuk gemaak het op sodanige regter se onafhanklikheid.

294 Schlosser en Habscheid "Federal Republic of Germany" 84 bevestig dat alhoewel die moontlike gronde vir ontslag of oorplasing nie uitdruklik vermeld word in die Grondwet nie, blyk dit buite die kwessie te wees dat die Federale Konstitusionele Hof gronde sal duld wat nie neerkom op 'n ernstige versuim van verpligtinge nie. Dit blyk ook dat waar 'n regter onbevoeg raak op grond van redes buite sy of haar beheer, so 'n regter nie bloot net afgedank kan word nie. Sodanige regter sal toegelaat word om af te tree en sal 'n dienooreenkomstige pensioen ontvang.

295 Van die Grondwet (*GG*).

296 A 97(2) *GG*.

297 §§ 21, 24, 34 *DRiG*; § 105 *BVerfGG*. Schlosser en Habscheid "Federal Republic of Germany" 84 wys daarop dat die aanstelling van regters vir 'n lewenslange termyn eers nadat hulle vir 'n proeftydperk diens gedoen het, "gives greater effect to the constitutional guarantee (Sect. 97,II) of the fundamental prohibition of dismissal or transfer of a judge. This can only be done on legal grounds. The law only permits this in cases of severe neglect of duty (Sect. 63 DRiG), or where the geographical organization of the courts is changed (Sect. 32 DRiG). Even if a court is dissolved and its judges cannot be placed elsewhere, their dismissal from office is possible only with continued pay of their full salary (Sect. 97, II, 3). However, no such cases have occurred

regter die beginsels vervat in die Duitse Grondwet of in die konstitusionele handves van een van die state oortree, kan die Konstitusionele Hof egter, op aanvraag van die Bundestag en by wyse van 'n twee-derde meerderheidsbesluit beveel dat 'n regter na 'n ander kantoor oorgeplaas word of bedank. In geval van opsetlike inbreukmaking, kan die regter afgedank word.[298]

Die Duitse Grondwet bevat geen bepaling dat regterlike aanstellings vir 'n lewenslange termyn sal wees nie.[299] Die permanente federale regters word oor die algemeen lewenslank aangestel tot hul die ouderdom van 65 jaar bereik.[300] Die Grondwet maak ook nie uitdruklik voorsiening vir die aantal regters wat aangestel kan word of die bedrag van hulle vergoeding nie,[301] maar gee aan die wetgewers die gesag om te beskik oor beide die samestelling van die howe en die regstatus van hul regters.[302] Die Duitse wetgewer het van tyd tot tyd die hoeveelheid regters verander, vermoedelik op grond van neutrale redes,[303] maar die beslissings van die Konstitusionele Hof het dit baie duidelik gemaak dat die waarborg van regterlike onafhanklikheid streng beperkings plaas op die wetgewer se mag om in te meng met

---

in practice to date. Since a judge has to receive his salary anyway, it is preferable to use him at another court."

298 A 98(2) *GG*.

299 Dit is in teenstelling met die posisie in Amerika vervat in Art III van die Amerikaanse Grondwet wat bepaal: "The judges, both of the supreme court and inferior courts, shall hold their offices during good behaviour." – *US Const*, Art III, § 1.

300 § 48 *DRiG*. Schlosser ea "Federal Republic of Germany" 85 wys daarop dat "[a]s regards the age limit of 65 years, the administration has no room for discretion." Currie *Constitution of Germany* meen dat hierdie "...mandatory retirement provision seems well designed to avoid the embarrassment of members who have passed their peak without posing any serious threat to judicial independence." Hy wys daarop dat die regters van die verskillende state onderhewig is aan soortgelyke bepalings.

301 Currie *Constitution of Germany* 159.

302 Vir die samestelling van die gewone federale howe en howe van die onderskeie state, sien a 74 klousule 1 *GG*; (vir die samestelling van die Konstitusionele Hof, sien a 94(2)). A 98(1) GG magtig federale regulering van die status van federale regters, a 98(3) GG magtig die state se regulering oor hul onderskeie regters onderhewig aan die federale raamwerk-wetgewing en die konkurrente wetgewende gesag oor salarisse toegeken deur a 74(a) GG.

303 Currie *Constitution of Germany* 159.

regters se salarisse. Currie[304] verduidelik dat vergoeding nie oorgelaat mag word aan die diskresie van die uitvoerende gesag nie, omrede dit gemanipuleer kan word om regterlike beslissings te beïnvloed.[305] Die Konstitusionele Hof se beleid is dat salarisse voldoende moet wees om 'n gepaste lewenstandaard te verseker,[306] alhoewel verminderings nie noodwendig verbied word nie.[307] Currie kom tot die gevolgtrekking dat alhoewel die Duitse Grondwet nie sulke duidelike bepalings bevat ten opsigte van die aantal regters en hul dienstermyne, hul vergoeding of vroeë verwydering uit hul amp ("premature removal") nie, kan die waarborg dat regterlike gesag slegs deur 'n onafhanklike regbank uitgeoefen mag word en die uitdruklike bepaling dat regters slegs verwyder mag word deur ander regters,[308] gesien word as meer beskerming teen aanvalle van ander vertakkings van die regering as wat die Grondwet van die Verenigde State bied.[309]

Waar daar 'n vermoede bestaan dat 'n regter bevooroordeeld mag wees by die verhoor van 'n saak, kan die partye aansoek doen dat die regter hom- of haarself rekuseer. 'n Regter word outomaties gediskwalifiseer om as voorsittende beampte

---

304 *Constitution of Germany* 159.

305 Ingevolge die beslissing van 12 *BVerfGE* 81, 88 (1961) word hierdie gevolgtrekking gebaseer op die algemene vereiste in a 33(5) *GG* van respek ten opsigte van die tradisionele beginsels van dienslewering aan die publiek; in 26 *BVerfGE* 79, 93-94 (1969) word die vroeëre beginsel verduidelik en nagevolg as 'n interpretasie van die waarborg van regterlike onafhanklikheid in a 97(1) *GG*.

306 In 12 *BVerfGE* 81, 88 (1961) word aanvaar dat die tradisionele openbare-diens-beginsels wat deur A 33(5) *GG* erken word, 'n vaste en gepaste salaris veronderstel; sien ook 26 *BverfGE* 141, 157-158 (1969).

307 Sien 55 *BverfGE* 372, 393 (1981). Currie *Constitution of Germany* 160 kom tot die gevolgtrekking dat die beslissings van die Konstitusionele Hof "...seem to afford a sound basis for predicting that the Court would be equally vigilant to invoke the general guarantee of Article 97 against any effort to undermine judicial independence by such devices as altering the term or number of Justices or the grounds for their removal."

308 *DriG* 21.

309 *Constitution of Germany* 162: "In short, although the Basic Law is not explicit as one might wish with respect to the number and terms of the Justices, their compensation, or the grounds for their premature removal, the unequivocal guarantee that judicial power be wielded by independent judges and the express provision that they can be displaced only by other judges may be construed to afford more comprehensive protection against attacks by other branches of government than the Constitution of the United States."

in 'n saak op te tree as hy persoonlik 'n party betrokke by die saak is, of as hy naby verwant aan een van die partye is, of as hy 'n persoonlike belang by die uiteindelike beslissing van die saak het.[310]

5.4.1.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Hierdie aspek sluit aan by die bespreking ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare wat reeds hierbo bespreek is.[311] Sover vasgestel kon word is daar geen spesifieke bepaling wat vereis dat die regbank verteenwoordigend moet wees van die bevolking wat betref ras en geslag nie. Aanstellings tot die regbank geskied normaalweg volgens meriete. Demokratisering van die regbank geskied by wyse van die stelsel van leke-regters.[312]

5.4.1.2 Saaklike onafhanklikheid

Die saaklike onafhanklikheid van die regbank draai gewoonlik om die aspek van diskresie-uitoefening deur die regsprekende amptenare, die prosedure tydens die verhoor en administratiewe funksies van sodanige amptenare[313] en word hieronder bespreek deur te verwys na die bevoegdhede en verpligtinge van die regterlike amptenare.

---

310 Gilles "Judicial Independence" 101 verduidelik: "The actual protection of litigants and the public from biased judges is safeguarded by the provisions for the exclusion of challenges by the parties through the provisions contained, more or less explicitly, in all German procedural codes. According to these provisions, a judge is automatically preempted by law from participating in a case to which he personally is a party, or when he has a close relationship to one of the parties, the nature of that relationship bing defined in the statutes. The same principle are to be applied when he has an interest in the matter litigated or a specific personal interest as to the outcome of the case".

311 Sien die bespreking in afd 5.4.1.1.1.

312 Sien die bespreking tov leke-regters in Duitsland in afd 6.2.3.

313 Tov die saaklike onafhanklikheid van die regbank in die algemeen, sien afd 2.3.2. Tov regterlike diskresie en regsvorming, sien hfst 4 en tov grondwetuitleg in Duitsland, sien afd 4.8.2.

5.4.1.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Die vereiste van regterlike onafhanklikheid vind vergestalting in verskeie statutêre bepalings: die beginsel van skeiding van magte vervat in Artikel 20(2) van die Grondwet[314] word bevestig deur die stelling in Artikel 92[315] dat die regterlike gesag setel in die regters van die onderskeie howe en deur die uitdruklike bevel in Artikel 97(1)[316] dat die regters onafhanklik moet wees en slegs onderworpe aan die reg.[317] Hierdie voorskriftelike bepaling van onafhanklikheid word egter ook aangetref in die grondwet van elke individuele staat,[318] in die *Deutsches Richtergesetz*[319] (Duitse kode van regters) en die *Gerichtsverfassungsgesetz*[320] (kode ten opsigte van die organisasie van die hof). Die vereiste dat regters slegs die reg moet navolg verbied hulle dus om bevooroordeeld te wees ten opsigte van sekere gunstelinge of om hulself te laat lei deur hul eie persoonlike voorkeure.[321] Die vereiste dat regters onafhanklikheid moet wees beskerm hulle teen invloede van buite, veral deur ander vertakkings van die regering.[322] Daar word 'n beperking gestel dat 'n regter nie tegelykertyd as wetgewer of administrateur en regter mag optree nie[323] en buite-aktiwiteite word beperk tot 'n

---

314 Van die Grondwet van die Federale Republiek van Duitsland (*GG*).

315 Van die Grondwet (*GG*).

316 Van die Grondwet (*GG*).

317 Dit word verder bevestig deur § 25 van die *DRiG* wat bepaal: "Der Richter ist unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen."

318 Sien oa a 65 II *Verfassung des Landes Baden-Württemberg* van 11.11.1953; a 85 van die *Verfassung des Freistaates Bayern* van 2.12.1946; a 135 I *Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen* van 21.10.1947; a 62 *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg* van 6.6.1952; a 126 II *Verfassung des Landes Hessen* van 1.12.46 en a 39 III *Vorlaufige Niedersachsische Verfassung* van 13.4.1951.

319 § 25 *DRiG*.

320 § 1 *Gerichtsverfassungsgesetz* bepaal: "Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt."

321 Currie *Constitution of Germany* 153.

322 Currie *Constitution of Germany* 153.

323 Ten opsigte van regters van die gewone howe (maw uitgesonderd die regters van die Konstitusionele Hof) word die basis vir hierdie standpunt gevind in die algemene vereiste van a 20 van die Grondwet van Duitsland dat regsinstellings afsonderlik moet wees van ander

minimum.[324] Ten spyte van hierdie beginsels van onafhanklikheid wat statutêr vasgepen is, is daar tog kritiek teen die Duitse regters se onafhanklike beregting van sake. Volgens Dubber[325] is daar 'n gaping tussen die belofte wat die statutêre model inhou en die realiteit wat plaasvind in die howe – hy stel dit pront-uit dat dit geen geheim is nie dat die meeste sake beslis word suiwer op grond van die saaklêer (wat deur die aanklaer tydens die voorverhoor-ondersoek opgestel is) lank voordat die verhoor plaasvind. Die openbare verhoor dien meestal net om die voorsittende beampte se vooraf-beoordeling gebaseer op sy of haar indrukke met die deurlees van die saaklêer, te bevestig. In Duitsland word die inkwisitoriese prosesstelsel gevolg,[326] wat beteken dat die voorverhoor-ondersoek deur die aanklaer en die polisie onderneem word. Die resultate van hierdie ondersoek word vervat in die saaklêer (genoem, die dossier). Tydens die verhoor gebruik die voorsittende regter die dossier om die fokus van sy of haar ondervraging te rig en om te besluit oor die relevansie van getuienis. Die hof se sterk steun op die dossier, saamgestel deur die aanklaer, mag natuurlik die verhoorverrigtinge versnel, maar daarmee saam het dit die effek dat die verhoor meestal tot 'n blote formaliteit verminder word.[327]

---

regeringsinstellings.

324 Schlosser en Habscheid "Federal Republic of Germany" 88-89 verduidelik dat die regters van die onderskeie state wel as arbiters aangestel kan word en dat sodanige aanstelling in elke saak bindend sal wees, maar dat sodanige regter intern eers toestemming moet vra voordat hy of sy sodanige aanstelling kan aanvaar. Toestemming sal slegs verleen word indien die partye tot die arbitrasie-ooreenkoms sodanige regter eenparig nomineer of indien so 'n regter deur 'n derde party, wat geen belang by die saak het, genomineer word (A40 DRiG). Regters word in beginsel nie toegelaat om regskonsultasie-werk teen betaling te doen nie. Ander buite-werk mag toegelaat word indien dit nie inbreuk maak op die onafhanklikheid van hulle amptelike funksies nie. Die president van die hof is bevoeg om toestemming te gee vir buite-werk. Dit is gebruiklik dat regters 'n bydrae lewer tot die regsliteratuur. Regters kan ook hoë funksionarisse wees van maatskappye en hulle kan byvoorbeeld as ere-amptenare van gemeenskapsrade optree. Hulle mag ook deelneem aan alle tipe openbare besprekings. Dit is net nie gebruiklik dat hulle deelneem aan openbare besprekings tov hul eie beslissings nie. Indien 'n regter as 'n parlementslid verkies word of by die regering-van-die dag in diens tree, moet sodanige regter aansoek doen om verlof om van sy amp verskoon te word. Die reg vereis selfbeheersing tov politieke aktiwiteite sonder om lidmaatskap en deelname aan die aktiwiteite van 'n politieke partye heeltemal te verbied.

325 "German Lay Judges" 578-579.

326 Sien die bespreking van die inkwisitoriese prosesstelsel in afd 2.6.2.

327 Dubber "German Lay Judges" 579-580 verduidelik: "The accelerating potential of the dossier may compromise the statutory ideal of the German criminal process in two ways. First, although the prosecutor's pretrial investigation and preparation of the case file will simplify the case for

Daar word 'n onderskeid gemaak tussen saaklike ("sachliche"), oftewel *uiterlike* onafhanklikheid, (wat beteken dat die regters nie onderworpe is aan enige iemand anders se bevele nie) en persoonlike, oftewel *innerlike* onafhanklikheid.[328] Ten opsigte van saaklike (*uiterlike*) onafhanklikheid: Om die risiko van beïnvloeding van buite op regterlike uitsprake verder te beperk, word bepaal dat beide die jurisdiksie en die toewysing van regters in 'n meerledige regbank sover as wat prakties moontlik is vooraf bepaal moet word.[329] By die kwessie van persoonlike of "innerlike" onafhanklikheid, kom die lidmaatskap en deelname aan politieke aktiwiteite en die gevolglike beregting van geskille ooreenkomstig partypolitieke standpunte ter sprake. Dit wil voorkom dat alhoewel regters wel aan politieke partye mag behoort,[330] hul deelname in die praktyk meer beperk is tot passiewe lidmaatskap en betaling van lidmaatskapfooie.[331] Daar word 'n middeweg gevolg deur statutêr bloot 'n verpligting

---

the judge and thus expedite its resolution, the prosecutor may fail to live up to the ambitious ideal of the 'watchman of the law,' who vigorously pursues all leads and evenhandedly presents all inculpatory and exculpatory facts. Secondly, and most important, the judge often prejudges the case in reliance on even the most evenhanded dossier, reducing the trial to a mere formality in violation of the principles of orality, immediacy, and publicity that, according to statute and doctrine, underlie the German criminal process."

328 Gilles "Judicial Independence" 100 wys daarop dat die voorskriftelike bepaling dat die regters onafhanklik moet wees en slegs onderworpe moet wees aan die reg, twee eise stel: "One, by the judge against society, to respect his freedom of action and decision ('äussere Unabhängigkeit'), and one, by society against the judge, to be neutral towards every participant in the procedure, and to be unbiased in the treatment of all matters and legal questions (impartiality in the sphere of their professional activity). The distinction may be also as to 'external' and 'internal' independence." Wassermann *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* Art 97 Rdnr 15 verduidelik dat die waarborg van vryheid van instruksies oneffektief sou wees indien die regter moes vrees vir afdanking of oorplasing in die geval van 'n ongunstige beslissing.

329 A 97(1) en 101(1) van die Duitse Grondwet (GG); Currie *Constitution of Germany* 155. Vir die rol van regters in die toewysing van sake en ander hofadministrasie, sien Schlosser en Habscheid "Federal Republic of Germany" 90-92.

330 Met die opstel van die *Deutsche Richtergesetz* is dit oorweeg om regters die reg te verbied om aktief deel te wees van 'n politieke party en moontlik selfs om lidmaatskap van enige politieke party geheel en al te verbied. Dit sou egter strydig wees met die Grondwet wat elke burger se reg tot politieke en vakbond-deelname waarborg (A 21, II, A 9, III *GG*). Daar is besluit op 'n meer buigsame oplossing wat vervat is in § 39 *DRiG* wat bepaal dat 'n regter te alle tye (binne en buite sy amp) insluitend by politieke aktiwiteite so moet optree dat die vertroue in sy onafhanklikheid nie in gevaar gestel word nie.

331 Volgens Gilles "Judical Independence" 97 "[t]he overwhelming majority of German judges however, simply sympathise, just as any other ordinary citizen may do, with one or another political party or union, or perhaps with none at all." Op 98-99 verduidelik hy dat "[a] remarkable representative survey...revealed that judges strictly oppose what is called the 'politicization of

op regters te plaas om te alle tye en ook ten opsigte van politieke aktiwiteite op so 'n wyse op te tree dat die vertroue in hul onafhanklikheid nie in gevaar gestel word nie.[332] Ingevolge die Duitse reg word 'n regter dus nie verbied om 'n lid van 'n politieke party te wees of om aan politieke aktiwiteite deel te neem nie. So 'n regter is egter onder 'n spesiale verpligting om gematigd en met selfbeheersing op te tree sodat geeneen van die partye in enige hofsaak die regter se onafhanklikheid kan betwyfel nie, en die publiek se vertroue in die onpartydigheid en objektiwiteit in regters en die regbank nie in gevaar gestel word nie. Indien die regter hierdie maatstaf van optrede in die kader van politieke aktiwiteite oortree, sal dit lei tot dissiplinêre optrede teen die regter ooreenkomstig die regbank se eie kode van optrede.[333]

Gilles[334] wys heeltemal tereg daarop dat geen regter heeltemal a-polities is in die sin dat hy of sy 'n absolute neutrale toepasser van die reg is nie. Hy verduidelik dat 'n sentrale tema in Duitse regsdenke is, en vir geruime tyd reeds was, die "political judge". Hy wys daarop dat metodologiese regsteorie en sosiologiese studies van regters al bewys het dat die sogenaamde a-politiese regter, in die sin van 'n polities absoluut neutrale toepasser van die reg, óf utopies óf pure ideologie is. Hierdie studies het aangetoon tot welke mate regters, in die afwesigheid van bindende maatstawwe vir besluitneming "have taken over legislative functions in acting 'autonomously', 'defining social policy' and 'shaping' the law". Hierdie studies het ook aangetoon tot watter groot mate regterlike aktiwiteit neerkom op politieke aktiwiteit, ten spyte van die beginsel van skeiding van magte. Gilles meen daar het 'n

---

the judiciary,' (Politisierung der Justiz) that is to say, making political use of the Third Power for non-professional purposes and aims. In such outside political influence, they saw the greatest danger to their judicial independence. This attitude voiced by the judges is surely the result of the bitter experience with national socialism, which was geared towards an 'ideological levelling of justice' and whose leaders succeeded at various instances to subjugate parts of the judiciary to their political interests." Sien in die algemeen Müller *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*; Lippman "They Shoot Lawyers Don't They?: Law in the Third Reich and the Global Threat to the Independence of the Judiciary" 1993 *California Western International LJ* 257.

332 § 39 *DRiG*.

333 Gilles "Judicial Independence" 101. Waar 'n regter se onafhanklikheid in twyfel getrek word, het die partye tot 'n geding die reg om aansoek te doen dat die regter hom- of haarself rekuseer.

334 "Judicial Independence" 106.

onopgeloste probleem na vore getree, naamlik "who is to restrain the thus 'unleashed third power': the question of a democratic control over judiciary (*qui custodie custodes*)". Hy is van mening dat die neerlê van statutêre reëls vir politieke gematigdheid of blote pleidooie vir redelikheid weinig effek sal hê, spesifiek omdat wette "cannot eliminate such 'informal' determinants of behaviour and decision-making from judicial practice". Hy stel egter voor dat regters bewus gemaak moet word van die politiese aard van hulle regterlike aktiwiteit "to have them reflect upon their own role and function within the democratic state, and thereby, move them, by developing their personality in political matters, to 'self restraint', 'self control' and 'self criticism.' The problem of the 'political judge' actually becomes one of legal education and its reform."

Die funksies van regterlike amptenare is tot 'n groot mate afhanklik van die jurisdiksie van die howe waarby so 'n regterlike amptenaar betrokke is. Die funksies van die verskillende howe waar strafsake aangehoor word, wat insluit die *Amsgericht*, die *Landgericht*, die *Oberlandesgericht* en die *Strafsenat*, sal kortliks in die volgende bespreking onder die loep geneem word. Die *Amtsgericht* se jurisdiksie is beperk tot verhoor van mindere kriminele oortredinge. 'n Enkele professionele regter tree as voorsitter op en word bygestaan deur twee leke-regters (*Schöffen*), in welke geval die hof as *Schöffengericht* bekend staan. In ernstiger sake word van 'n vergrote strafhof, bestaande uit twee professionele regters en twee *Schöffen*, gebruik gemaak (die sg *Erweitertes Schöffengericht*).

Die *Landgericht* het jurisdiksie om kriminele sake wat nie in die *Amtsgericht* verhoor kan word nie te bereg. Daarbenewens kan dit ook appèlle tov uitsprake van die *Amtsgericht* aanhoor. Die *Landgericht* word ingedeel in twee strafkamers, te wete die *Kleine Strafkammer* en die *Grosse Strafkammer* (ook bekend as die *Schwurgericht*). Eersgenoemde is belas met die beregting van minder ernstige oortredings, en word deur 'n enkele, professionele regter en twee leke-regters aangehoor. In laas-genoemde geval word meer ernstige oortredings deur drie professionele regters,

bygestaan deur twee leke-regters aangehoor.[335]

Die *Oberlandesgericht* wat die hoogste hof in elke staat is, word in twee kamers ingedeel waarvan die een, te wete die *Strafsenat*, hoofsaaklik strafappèlle vanaf die *Landgericht* aanhoor. Wanneer dit as appèlliggaam funksioneer, staan dit onder beheer van drie professionele regters, naamlik 'n president (*Senatspräsident*) en twee gewone regters. Die *Strafsenat* het onder sekere omstandighede ook oorspronklike jurisdiksie en kan in gevalle van baie ernstige misdade soos hoogverraad as hof van eerste instansie optree. Wanneer dit as verhoorhof optree vorm vyf professionele regters 'n *quorum*.[336]

Dit funksioneer as die oorkoepelende hof van appèl op federale vlak en is gesetel te Karlsruhe. Die verskeie kamers van hierdie hof, bekend as *Senate*, hoor òf siviele òf strafappèlle aan. Elke *Senat* word beman deur vyf professionele regters: Die voorsitter (*Senatspräsident*) en vier ander regters (*Bundesrichter*). Hierdie hof hoor gewoonlik appèlle vanaf die *Oberlandesgericht* aan, maar in sekere gevalle is dit toelaatbaar om direk vanaf die *Landgericht* na die *Bundesgerichtshof* te appelleer (maw verby die *Oberlandesgericht*) – hierdie prosedure staan bekend as die *Sprungrevision*. Indien die beslissing in een kamer van die *Bundesgerichtshof* afwyk van die beslissing van 'n ander kamer, of wanneer 'n saak van fundamentele belang vir die regsontwikkeling of regsekerheid beslis moet word, word die aangeleentheid gewoonlik na 'n vergrote kamer (*Grosser Senat für Strafsachen*) wat uit nege lede bestaan, verwys.[337]

Waar die paneel van die Duitse regbank uit meer as een regter bestaan, moet die

---

335 Van Zyl *Beginsels* 145.

336 Van Zyl *Beginsels* 145.

337 Soos die *Cour de Cassation* in Frankryk, beslis die *Bundesgerichtshof* alleenlik oor regsaspekte en nie oor feitlike geskille nie. In gevalle waar dit nodig sou wees om verdere feitlike getuienis in te win, word die saak gewoonlik na die hof *a quo* terugverwys. Van Zyl *Beginsels* 145. Sien ook Aldisert "Rambling Through Continental Legal Systems" 957-958.

uitspraak van die hof eenparig wees.[338] Dit mag egter in die uitspraak vermeld word dat daar minderheidsmenings was. In 1970 is egter 'n uitsondering gemaak in die geval van uitsprake van die *Bundesverfassungsgericht*: minderheidsuitsprake mag nou wel aan die uitspraak van die hof toegevoeg word.

❑ KORT OPSOMMING

Wat die *persoonlike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare betref, blyk die volgende:

- In Duitsland tree beroepsregters (*Richter*) in beide die hoër- en laer howe op. Hierdie regters ondergaan dieselfde basiese opleiding en moet dieselfde kwalifikasies verwerf as regspraktisyns en ander regslui. Die eerste fase van die opleiding behels formele studie aan 'n universiteit (ongeveer vyf jaar) en die skryf van 'n sogenaamde staatseksamen en, indien suksesvol, begin die student met twee jaar van praktiese opleiding. Aangesien die student (*Referendar)* op hierdie stadium as 'n tydelike staatsamptenaar beskou word, ontvang so 'n persoon 'n salaris van die staat. Hierna moet die *Referendar* 'n tweede staatseksamen aflê en indien suksesvol kan hy of sy as permanente regter aangestel word.
- Ten spyte daarvan dat hulle as staatsamptenare beskou word, word hulle lewenslank aangestel. Nadat hulle 'n proeftermyn van drie tot vier jaar voltooi het, moet hulle verskyn voor spesiale komitees van die *Bundestag* (die laer huis van die parlement), wanneer hulle vir federale aanstellings oorweeg word, of voor plaaslike owerhede, wanneer hulle in die laer howe aangestel word. Dit wil voorkom asof regters nie heeltemal vry is van politieke beïnvloeding sover dit hul aanstelling betref nie. Sodra die regters egter permanent aangestel is, geniet hulle 'n groot mate van werksekuriteit en kan as 'n reël nie afgedank word nie, behalwe in spesiale omstandighede soos in die grondwet vasgestel.

---

338 Dit is in ooreenstemming met die posisie in Frankryk. Van Zyl *Beginsels* 148. Sien ook Aldisert "Rambling Through Continental Legal Systems" 955-956.

- Daar bestaan geen bepaling wat vereis dat die regbank verteenwoordigend moet wees van die bevolking wat betref ras en geslag nie. Aanstelling geskied normaalweg volgens meriete. Demokratisering van die regbank geskied by wyse van die stelsel van leke-regters.[339]

Ten opsigte van die *saaklike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, kortliks die volgende:

- In Duitsland word 'n inkwisitoriese prosesstelsel gevolg. Ten spyte daarvan dat die beginsel van 'n onafhanklike regbank statutêr vasgestel is, is daar tog kritiek teen die Duitse regters se onafhanklike beregting van sake: die meeste sake word beslis suiwer op grond van die saaklêer (wat deur die aanklaer tydens die voorverhoor-ondersoek opgestel is) lank voordat die verhoor plaasvind wat tot gevolg het dat die openbare verhoor meestal net dien om die voorsittende beampte se vooraf-beoordeling (gebaseer op sy of haar indrukke met die deurlees van die saaklêer) te bevestig.

5.5 FRANKRYK

5.5.1 Regsprekende beamptes met regsopleiding in sowel die hoër howe as laer howe bekend as *magistrats*

In Frankryk tree professionele regters (*magistrats*)[340] in beide die hoër- en laer howe

339 Sien die bespreking tov leke-regters in hfst 6 afd 6.2.3.

340 Die Franse term *magistrat* verwys na 'n regter sowel as 'n staatsaanklaer. Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 11; Terrill *World Criminal Justice Systems* 126. Vir doeleindes van hierdie navorsingstuk sal hierdie begrip gebruik word slegs as verwysende na 'n regter.

op. Die howe[341] hier ter sprake is die *Tribunal de Police*,[342] die *Tribunal Correctionnel*,[343] die *Cour d'Assises*,[344] die *Cour d'Appel*[345] en die *Cour de Cassation*.[346]

5.5.1.1 Persoonlike onafhanklikheid

Die persoonlike onafhanklikheid van die regbank omvat normaalweg aspekte soos die seleksie en aanstelling van regterlike amptenare, hul diensvoorwaardes en ampsduur.[347] Hierdie aspekte sal in die volgende afdeling bespreek word. Die seleksie van regterlike amptenare sal insluit die kwalifikasies vereis vir seleksie en wyse van seleksie, en daar sal ook verwys word na die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.

---

341 Vir 'n skematiese uiteensetting van die hofstruktuur, sien Abraham *Judicial Process* 257; Lafon "Judicial Career in France: Theory and Practice under the Fifth Republic" 1991 *Judicature* 97 103; Constantinesco en Hübner *Einführung in das französische Recht* 16-17; Terrill *World Criminal Justice Systems* 128.

342 Wanneer die *Tribunal d'Instance* as strafhof optree, staan dit as die *Tribunal de Police* bekend. Van Zyl *Beginsels* 88. Dit is die laagste hof van eerste instansie, beslissings word gegee deur 'n enkelregter en sy strafjurisdiksie is beperk tot verhoor van geringe oortredings (*contraventions*) waarvoor die straf nie hoër is as 60 dae gevangenisstraf en/of klein boetes is nie, bv verkeersoortredinge. A 521 *Code de Procédure Pénale (CPP);* Abraham *Judicial Process* 257.

343 Wanneer die *Tribunal de Grande Instance* as strafhof optree, staan dit as die *Tribunal Correctionnel* bekend. Hier word misdrywe (*délits*) in teenstelling met geringe oortredings (*contraventions*) bereg deur 'n regbank bestaande uit drie of meer regters. Die strafjurisdiksie sluit in strawwe van 5 jaar gevangenisstraf en boetes wat hoër is as dié wat deur die *Tribunal de Police* toegeken kan word. A 381 CPP; Van Zyl *Beginsels* 89. Abraham *Judicial Process* 257-258.

344 Ernstige misdade (*crimes*) word voor hierdie hof verhoor en die strawwe wat toegeken kan word strek vanaf boetes tot lewenslange gevangenisstraf. Aangeleenthede word bereg deur 'n paneel van drie regters en 'n jurie van nege lede. Van Zyl *Beginsels* 89; Abraham *Judicial Process* 258; Terrill *World Criminal Justice Systems* 129.

345 Die *Cour d'Appel*, wat 'n suiwer appèlbevoegdheid het tov die uitsprake van die howe laer af in die hiërargie, word in drie kamers ingedeel, waarvan een die "strafkamer", oftewel die *Chambre d'Appels Correctionnels* heet. Van Zyl *Beginsels* 89; Abraham *Judicial Process* 258-259; Terrill *World Criminal Justice Systems* 128. Elkeen van die 27 appèlhowe, wat bestaan uit 'n paneel van drie tot vyf regters (die appèlhof in Parys bestaan uit 'n paneel van sewe regters) beoordeel 'n saak *de novo*; hul beslissing ten opsigte van 'n feitegeskil is finaal. Oor 'n geskil ten opsigte van 'n regsvraag kan na die *Cour de Cassation* geappelleer word.

346 Die hof word ingedeel in ses kamers, waarvan een die strafkamer is. Abraham *Judicial Process* 259.

347 Vir 'n bespreking van die persoonlike onafhanklikheid van die regbank in die algemeen, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

5.5.1.1.1 Seleksie

(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie

Waar die selekteer van 'n regsgeleerde as regter in byvoorbeeld Amerika en Engeland gebruiklikerwys beteken dat die hoogtepunt van 'n lang en dikwels voortreflike regsloopbaan bereik is, is dit nie die posisie in Frankryk nie. Die Franse regter word gekies vanuit die regtersprofessie waarvoor hy of sy voorberei word deur spesiale skoling en eksaminering. Die regters in Frankryk is dus beroepsregters.[348]

In 'n poging om alle potensiële applikante vir regterskap se agtergrond, ondervinding en opleiding te verbreed en meer professioneel te maak, is hulle sedert 1959 verplig om die *École Nationale de la Magistrature*[349] (die Nasionale Skool vir Juriste) vir 'n tydperk van 27[350] maande by te woon en 'n finale eksamen af te lê.[351] Die normale roete vir toelating tot die *École Nationale de la Magistrature* is die aflê van 'n

---

348 Abraham *Judicial Process* 91. Hy wys op die volgende onderskeid: "A French student of the law must decide after his or her schooling whether to become either a private lawyer or a judge or a prosecutor or go to the Justice Ministry." Indien besluit word om in privaat praktyk te praktiseer, word 'n regsgraad verwerf en die student kan kies tussen ses verskillende spesialiteitsrigtings waaronder *avocat* (soortgelyk aan die Britse *barrister*) en die *avoué* (soortgelyk aan die Britse *solicitor*) klassifiseer. "The French law student desirous of becoming a judge of the lower or appellate courts or a public prosecutor or member of the Ministry of Justice follows a totally separate path of training, for... the judiciary of France is, in effect, a branch of the government, a part of the civil service."

349 Oor die noodsaaklikheid van die *École de la Magistrature* (ENM) se opleiding verduidelik Lafon "Judicial Career" 98: "Training at E.N.M. is necessary since a judge is often a solo decisionmaker, particularly the *juge d'instance* and the *juge d'instruction*, and cannot benefit from the assistance of an older colleague. E.N.M. has therefore become the normal track for entry to the judiciary, though exceptions persist." Oor die geloofwaardigheid van hierdie instelling, sê sy: "E.N.M. has acquired a solid reputation throughout the years and, because it attracts foreigners, has an international section in Paris. Some who attend are already judges in their own countries whose judicial systems were inspired by the French one. These judges generally come from Africa, Luxembourg, and Monaco." Sien ook Terrill *World Criminal Justice Systems* 130.

350 Volgens Abraham *Judicial Process* 91 en Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 12-13 is die duur van hierdie opleidingstydperk 28 maande. Terrill *World Criminal Justice Systems* 130 verduidelik dat "[t]he School provides both a scolarly and an apprenticeship training component which takes almost three years to complete."

351 Lafon "Judicial Career" 98; Perrot *Institutions Judiciaires* 310-312; Grivart de Kerstrat "France" in Shetreet en Deschênes (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 62 68.

toelatingseksamen.[352] Daar is in werklikheid twee toelatingseksamens – een wat deur studente afgelê word en 'n ander wat deur staatsdiensamptenare afgelê word. Studente wat die toelatingseksamen wil aflê, moet alreeds 'n twee jaar intensiewe voorbereidingstydperk aan 'n instituut of *centres d'études* agter die rug hê.[353] Studente wat hierdie toelatingseksamen wil aflê, mag nie ouer as 27 jaar[354] wees nie, maar hierdie ouderdomsbeperking kan verhoog word as gevolg van militêre diens. Aanvanklik is van 'n student verwag om in besit te wees van 'n regsdiploma (*licence*), wat na afloop van 'n vier jaar studietydperk toegeken is, maar sedert 1979 word van 'n student verwag om slegs 'n diploma voor te lê wat sertifiseer dat 'n tweede siklus van gevorderde studie (drie of vier jaar) aan 'n universiteit of *grande écoles*, soos voorgeskryf deur 'n verordening van die *Conseil d'Etat*, afgelê is. Die ander toelatingseksamen word opgestel met die oog op staatsamptenare, wat onder die ouderdom van 40 is, reeds vyf jaar diens verrig het en wil wegbreek van die staatsdiensadministrasie. Hierdie eksamen word beskou as net so moeilik soos dié een wat deur studente afgelê word. Hulle volg 'n vasgestelde voorbereidingsprogram aan die *École Nationale de la Magistrature* en word finansieel ondersteun deur die Skool.

Daar is egter 'n derde roete om toelating tot die *École Nationale de la Magistrature* te verkry. Sommige persone word beskou as genoegsaam gekwalifiseerd om toelating tot die Skool te verkry direk na suksesvolle aflegging van sekere toetse. In hierdie kategorie word ingesluit regsgeleerdes wat vir 'n tydperk van drie jaar gepraktiseer het na afloop van hul proeftydperk, "...justice-auxiliaries having practiced three years (e.g., notaries, clerks...); those holding the title of a doctorate in law with an extra diploma of superior studies; and assistants in law faculties who have three years of

---

352 Kandidate wat die eksamen slaag staan bekend as *auditeurs de justice*. Perrot *Institutions Judiciaires* 312-314.

353 Volgens Lafon "Judicial Career" 98 is dit nie verpligtend nie, maar in werklikheid is dit onontbeerlik.

354 Lafon "Judicial Career" 98 noem nog ander vereistes vir die toelatingseksamen: "...one must be a French citizen, have all civic rights, be of good moral character and physical health, and men must be in a regular military position." Die ouderdomsbeperking van 27 jaar is vasgestel in 'n verordening uitgevaardig op 17 Januarie 1959.

experience."[355] Hierdie kandidate moet tussen die ouderdom van 27 en 40 jaar oud wees.[356]

Die opleiding aan die *École Nationale de la Magistrature* is gedeeltelik akademies en gedeeltelik prakties van aard. Gedurende hierdie opleidingstydperk word die *auditeurs de justice* 'n salaris deur die Staat betaal.[357] Die 27 maande-opleidingsprogram sien soos volg daaruit: die eerste sewe maande word deurgebring in Bordeaux, waar die Skool geleë is, deur die bywoon van seminare en lesings[358] en die opdoen van gespesialiseerde regsopleiding wat nie normaalweg aan 'n universiteit as kursus aangebied word nie. Volgens Lafon bestudeer hulle die verskillende metodes wat toepaslik is ten opsigte van elke regterlike funksie met die oog op hulle proeftermyn. Hulle word onderrig in alle aspekte "that constitutes a judge's environment, since it can give a particular resonance to the judge's decision – thus the inclusion of economic and social context and judicial decisions. They are also given an understanding of the European judicial order."[359]

Die volgende 14 maande word gewy aan die opdoen van praktiese ervaring, eerstens sodat die kandidate 'n idee kan kry presies hoe 'n regter te werk gaan en tweedens, sodat hulle ook eksterne ondervinding kan opdoen in onder andere 'n prokureurskantoor, die plaaslike administrasie, saam met 'n klerk in 'n hof, saam met

---

355 Lafon "Judicial Career" 98.

356 Sedert 1980 is die aantal kandidate wat in hierdie kategorie val en aanvaar is by die Skool beperk tot 'n derde van die totaal van die ander twee kategorieë.

357 In 1990 het hulle 'n salaris van ongeveer 7 300 Franse frank per maand ontvang plus 'n toelaag. Volgens Lafon "Judicial Career" 98: "During this period, the *auditeurs de justice* are assimilated to judgeships and must respect the incompatability of other functions. Furthermore, they are not allowed to go on strike and must take an oath of office...The *auditeurs de justice* must promise to serve the state, as a judge, for a period of 10 years."

358 Volgens Abraham *Judicial Process* 94 sluit dit gebiede soos forensiese geneeskunde en kriminologie in.

359 "Judicial Career" 100.

die polisie of in die gevangenisadministrasie.[360] Die kandidate kry dus 'n globale indruk van die werking van die regbank. Die kandidate moet dan die finale eksamen aflê en word dan in rangorde gelys ooreenkomstig hulle eksamenuitslae[361] sodat hulle hul nuwe poste kan kies. Hulle word dan gegroepeer ooreenkomstig hul toekomstige funksies wat hulle in die verskillende howe gaan uitoefen. Vir 'n tydperk van een maand neem elke groep deel aan seminare wat uitsluitlik fokus op die spesialiteit van die groep. Daarna word die kandidate vir 'n tydperk van vyf maande toegewys aan 'n hof in die funksies wat hulle sal moet uitoefen wanneer hulle hul poste oorneem.[362] Dit word beskou as 'n tipe kleedrepetisie voordat elkeen as regter aangestel word by 'n hof van eerste instansie (die *tribunaux d'instance*).

Alhoewel bogenoemde uiteensetting van die opleidingsprogram al deur een minister van justisie die koninklike pad (*la voie royale*) genoem is omdat dit die roete is wat deur die meeste regters gevolg word tot die regbank, is daar egter uitsonderings. Soos nog altyd die geval was, kan regsprofessore en persone wat aan die regsprofessie behoort direk tot die regbank toetree na 'n spesifieke aantal jaar ondervinding.[363] Gedurende die 1960's was daar 'n ernstige tekort op die regbank[364] as gevolg van aftrede (veral aangesien die aftree-ouderdom verlaag is), regters wat afgesterf het en regters wat bedank het. Aangesien hierdie tekort nie ten volle gevul kon word deur kandidate van die *École Nationale de la Magistrature* nie, het die

---

360 Lafon "Judicial Career" 100 omskryf hierdie opdoen van praktiese ervaring soos volg: "...the *auditeurs de justice* will be sent on probation terms. The first type is functional, enabling them to realize concretely how a judge works. The second consists of exterior experiences: two months in a lawyer's cabinet, one month in the world of enterprise or in a local administration, and one or two weeks with either a clerk in a court, the police or the *gendarmerie*, in the setting of judiciary protection of the youth, or in penitential administration."

361 Grivart de Kerstrat "France" 69.

362 Lafon "Judicial Career" 100 vn 8 wys daarop dat "[d]uring his or her career, a judge is bound to change functions. A *circulaire ministérielle* of October 23, 1989, has created a *formation continue déconcentrée*. In each court of appeal, judges are delegated to prepare for other functions."

363 Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 13 wys daarop dat 'n *avocat* met tien jaar ondervinding mag aansoek doen vir toelating tot die *magistrature* (regbank) en sulke aansoeke word deur 'n kommissie oorweeg. Volgens tradisie is een van die mees vooraanstaande regsprofessore nog altyd as regter in die *Cour de Cassation* aangestel.

364 Volgens Lafon "Judicial Career" 100 is daar vandag steeds 'n tekort alhoewel dit nie meer so ernstig is nie.

Departement van Justisie besluit dat persone wat oor voldoende kwalifikasies en bevoegdheid beskik toegelaat kon word om ook die regbank te betree. Die eerste kategorie van uitsonderings word deur Lafon "lateral entry",[365] oftewel sywaartse toetrede, genoem en dit kan in twee onderafdelings ingedeel word:

- Nie net regsprofessore kan nou tot die regbank toegelaat word nie, maar ook persone wat hul regsgraad (die *licence* in vier jaar) behaal het en 8 jaar in die praktyk was.[366] Tussen 1970 en 1977 is 85 persent van die 432 regters wat op laasgenoemde wyse gewerf is, regsgeleerdes met die vereiste tydperk praktiese ondervinding. Meer onlangs, in 1981 het die Departement van Justisie, vir die 210 poste wat beskikbaar was, meer as 60 regters op hierdie wyse aangestel.[367]
- Die tweede onderafdeling van regters wat die regbank betree deur "lateral entry", word op 'n tydelike basis aangestel vir nie-hernieubare tydperke van drie, ses of nege jaar. In hierdie afdeling val eertydse regters, eertydse staatsamptenare in besit van 'n regsgraad (*licence*) sowel as persone bo die ouderdom van 52 jaar in besit van 'n *licence en droit* wat as hulpverlenende amptenare van die regbank (*justice-auxiliaries*) opgetree het. Dit maak nie saak indien hierdie persone alreeds afgetree het nie – hulle word op 'n kontraktuele basis aangestel en meer eenvoudige funksies word aan hul toevertrou. Hulle word egter nie toegelaat om na 68 jaar nog die regbank te beklee nie – die doel met hul aanstelling is om die hoeveelheid regters aan te vul sonder om die loopbaan van die *auditeurs de justice* wat kwalifiseer aan die *École Nationale de la Magistrature* te oorskadu.[368] Lafon evalueer hierdie twee vorms van "lateral entry" tot die regbank soos volg:

  "The positive point in this type of recruitment is its ability to fill vacant

---

365 Perrot *Institutions Judiciaires* 314-318; Grivart de Kerkstrat "France" 62; 68-69.

366 Hierdie nuwe vergrote kategorie sluit dus in: "civil servants, lawyers, attorneys, notaries, bailiffs, clerks, and master-assistants having taught for four years in law faculties." – Lafon "Judicial Career" 100.

367 Die wet, gedateer 29 Oktober 1980, was ten gunste van hierdie tipe werwing van regters – Lafon "Judicial Career" 100.

368 "Judicial Career" 100.

> seats of judges when necessary. Some of the candidates in the first category,[369] however, find difficulty in exercising their new functions. They can be good jurists but are unaware of the practice. This is the reason the commission of advancement, sitting as a commission of integration, tends to impose an unpaid probation term of three to six months on candidates wanting to begin at the lower level. This has become a custom and is not based on any written requirement."[370]

Die tweede kategorie van uitsonderings behels die aflê van buitengewone eksamens (*concours*). Regters word slegs op hierdie manier gewerf wanneer dit dringend word om die regbank te vul. 'n Wet van 29 Oktober 1980 het sulke buitengewone eksamens vir 1980, 1981 en 1982 verorden, maar slegs dié van 1980 en 1982 het plaasgevind. Hierdie buitengewone eksamens is afgekondig in 'n poging om die negatiewe piramiede van ouderdomme op die regbank reg te stel.[371] Die kandidate moes steeds bewys voorlê van hul regsgrade en hulle professionele aktiwiteite. Hulle het ooreenkomstig hulle regsgrade (*licence* of doktorsgrade) eksamen afgelê vir regterskap laag of hoog op in die hiërargie en het hierna 'n drie-maande kursus by die *École Nationale de la Magistrature* afgelê in die betrokke jurisdiksie waarin hulle as regters sou werk.[372]

---

369 Hier word verwys na die regters wat die normale roete volg en kwalifiseer aan die *École Nationale de la Magistrature*.

370 "Judicial Career" 100.

371 Lafon "Judicial Career" 100 verduidelik die omstandighede rondom die instel van hierdie eksamens soos volg: "In 1972, 13 percent of the judges were under 40 and 37 percent were over 57. There was an appalling lack of judges born between 1929 and 1943. This was a consequence of the low esteem French society had for judges during the previous 20 years. The exceptional concourses were therefore only open to persons born between January 1, 1930, and December 31, 1945."

372 Lafon "Judicial Career" 101 gee die volgende statistiek: "In 1972, 82 judges were integrated through lateral recruitment (L.R.), and 23 recruited temporarily (R.T.). When the exceptional concourses were open (C), the results were:
– in 1981: 68 (L.R.) + 54 (R.T.) + 86 (C.)
– in 1983: 63 (L.R.) + 31 (R.T.) + 70 (C.)
In 1988, recruitment was less skewed – 45 (L.R.) + 23 (R.T.) – because progressively seats are being provided through the normal route or E.N.M. Nonetheless, even today there are about 115 seats without titulars." Die afkorting " E.N.M." in die aanhaling verwys na die *École Nationale de la Magistrature*.

(b) Wyse van seleksie

In teorie het die Grondwet van 1958 die prerogatief van die President van die Republiek ("chief executive") om regters aan te stel (nomineer), behou. In die praktyk is hierdie mag van hom egter aansienlik ingekort aangesien alle aanstellings afhang van eksamenuitslae en die sogenaamde *commission of integration*.[373] In die praktyk stel die President van die Republiek wel die regters aan, maar die regters van die Hooggeregshof (*Cour de Cassation*) en die presidente van die appèlhowe word aangestel op grond van voorstelle gemaak deur die *Conseil Supérieur de la Magistrature* en die ander regters word aangestel op grond van voorstelle gemaak deur die Minister van Justisie (*Garde des Sceaux*). In laasgenoemde geval word die *Conseil de la Magistrature* geraadpleeg vir (nie-bindende) advies.[374]

Ten opsigte van die rol van die *Conseil Supérieur de la Magistrature* by die seleksie van regters, bepaal die Grondwet van 1958 dat hierdie liggaam voorstelle sal maak vir die aanstel van regters tot die regbank in die *Cour de Cassation* en vir die eerste presidente van die howe van appèl. Ten opsigte van die aanstelling van die ander regters, sal hierdie liggaam se bevoegdheid beperk wees tot die gee van advies ten opsigte van die voorstelle van die Minister van Justisie.

Die *Conseil Supérieur de la Magistrature* bestaan uit die President van die Republiek (wat as voorsittende beampte optree), die Minister van Justisie en nege lede wat vir 'n vier jaar termyn deur die President van die Republiek aangestel word: drie van die nege is lede van die *Cour de Cassation*, drie is regters wat gekies is van 'n lys wat saamgestel is deur die *Cour de Cassation*, een is 'n *conseiller d'Etat*, en twee is eksterne persone.[375] Tog is daar kritici wat meen dat weggedoen moet word met selfs hierdie beperkte aandeel van die uitvoerende gesag aan die nominasie (aanstelling)

---

373 Lafon "Judicial Career" 101.

374 Grivart de Kerkstrat "France" 64; Perrot *Institutions Judiciaires* 318.

375 Volgens Van Zyl *Beginsels* 91 bestaan hierdie liggaam uit prominente regters met die oog daarop dat politieke oorwegings nie 'n rol behoort te speel by enige bevordering nie.

van regters.[376]

Ten spyte daarvan dat die beroepsregters in Frankryk 'n vertakking vorm van die staatsdiens, word hulle ook lewenslank[377] aangestel. Volgens Abraham[378] is daar geen twyfel nie dat die regters in Frankryk teenswoordig net soveel ampsekuriteit geniet as byvoorbeeld die regters in Engeland en Amerika. Hy wys daarop dat dit egter heelwat tyd geneem het om hierdie ideaal te bereik. Gedurende die *ancien régime* is die regterlike ampte gewoonlik beklee deur die monarg se gunstelinge, en veral deur diegene wat kon bekostig om daarvoor te betaal. Gedurende *la révolution* het hierdie stelsel plek gemaak vir 'n stelsel waardeur die regters verkies is, wat nie veel beter was nie.[379] Napoleon Bonaparte het met groot gebaar weggedoen met hierdie stelsel en die beginsel van *irremovability* ingevoer, wat in die praktyk eerder neergekom het op absolute afhanklikheid van hom. Die Grondwet van 1958 bevat egter die beginsel dat beroepsregters "irremovable" is.[380] Abraham wys daarop dat dit tegnies gesproke nie korrek is nie, "for they *are* removable, but solely for 'misconduct in office,' and then only on the recommendation of the High Council of the Judiciary, which acts as a disciplinary court for judges. When the council sits as such, the President of the *Cour*

---

376 Lafon "Judicial Career" 104 wys op die kritiek wat die samestelling van die *Conseil Supérieur de la Magistrature* (CSM) al uitgelok het: "The composition of the *Conseil Supérieur de la Magistrature* has been criticized recently by the *Syndicat de la Magistrature* [linksgesinde vakbond van regters] who suggests an organism totally independent of the executive." Lafon voeg by: "Even if the Ministry accepted this idea, it would be impossible to achieve because it necessitates a change in the constitution.

Nevertheless, in March, 1991, Minister of Justice Nallet submitted the draft of a project of law (*loi organique*) reforming the CSM, as well as the statute of the judges, to be presented by the different unions. The union officials considered it as the *minimum minimorum* since it would make only a very slight change in the composition of the CSM and perhaps secure a little more power to face the executive in the nomination and transfer of judges."

377 Grivart de Kerstrat "France" 68 bevestig dat "[t]he expression 'appointment for life' is not used in France. Nonetheless, when a judge starts his career, he is normally expected to continue his job during all his active years."

378 *Judicial Process* 50.

379 Abraham *Judicial Process* 50.

380 Sien ook Vérin "Organisation Judiciaire et Indépendance de la Magistrature" 1972 *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé* 922 925; Schill *Die Stellung des Richters in Frankreich* 196; Perrot *Institutions Judiciaires* 326-327.

de Cassation is its presiding officer."[381] Abraham kom ten slotte tot die gevolgtrekking dat alhoewel die regters in Frankryk nie so goed besoldig word soos hulle eweknieë in Engeland nie, is daar geen bewys dat hulle in enige opsig meer vatbaar is vir korrupsie of onbehoorlike regterlike optrede as die regters in Engeland nie. Verder geniet die Franse regters 'n groot mate van professionele vryheid en gesag.[382]

Die Franse regters (*magistrats*) is beroepsregters wat sekere kwalifikasies moet verwerf voordat hulle by wyse van bevordering vanaf die laagste na die hoogste howe kan beweeg. Nadat 'n voornemende kandidaat die vereiste regskwalifikasies verwerf het, die praktiese opleidingstydperk voltooi het en al die eksamens geslaag het, kan so 'n persoon aansoek doen om 'n betrekking as regter. Seleksie geskied op grond van meriete.

Ten spyte van die feit dat Franse regters staatsamptenare is, word hulle algehele onafhanklikheid gewaarborg. Regters se bevordering hang af van 'n sentrale bevorderingskommissie (*Commission d'Avancement*) bestaande uit regters en beamptes van die Departement van Justisie. Of 'n regter bevorder sal word na die *Cour de Cassation*, sal daarvan afhang of die *Conseil Supérieur de la Magistrature* dit aanbeveel.

Die bevorderingskommissie (*Commission d'Advancement)*[383] en die reëls vir

---

381 *Judicial Process* 50.

382 Abraham *Judicial Process* 50-51 verduidelik: "The judges of France are not quite as well paid as those across the Channel, but there is no evidence that they are in any sense significantly more susceptible to corruption of injudiciousness than their English counterparts. Strengthened even more by the specific proviso of the de Gaulle Constitution making the President of the Republic the 'guarantor of the independence of the judicial authority,' and by the genuine protective power of the High Council of the Judiciary, they enjoy an extensive degree of both professional freedom and authority, notwithstanding sporadic criticism of their labors – especially by lower-level judges, who were widely thought to be, and expected to be, subservient to government."

383 Volgens Grivart de Kerstrat "France" 65 bestaan die "*Commission d'Avancement*...as a commission for promotions. Its members are appointed by decrees of the Minister of Justice from lists of judges elected by the various categories of judges. The lists include three times more names than the number who will be appointed by decree."

bevordering sal kortliks onder die loep geneem word. Volgens Lafon[384] bestaan hierdie kommissie uit twintig lede, waarvan ses lede outomaties aangewys word:

> "...the first president of the *Cour de Cassation* who presides; the head of the Prosecution Department near that court; Inspector General of Judiciary Services (or his assistant); Director of Judiciary Services; Director of Criminal Affairs; and Director of Civil Affairs (or their representatives), the last three being judges at the Chancellery."

Daar is ook 14 verkose lede op die kommissie: vier regters van die hoogste rang word verkies vanaf spesifieke lyste saamgestel deur die *Cour de Cassation* in samewerking met die president van die *Cour de Cassation* en die hoof van die Staatsaanklaer se kantoor, wat aangestel is in die appèlhowe; 10 ander lede word geselekteer by wyse van 'n tweede-graadse verkiesing. Die prosedure is soos volg: Al die regters in die appèlhowe (behalwe die president van die *Cour de Cassation* en die hoof van die Staatsaanklaer se kantoor) verkies die *Collège des Magistrats* vir 'n termyn van drie jaar. Hierdie liggaam vergader in Parys en verkies die regters wat voorgestel gaan word vir nominasie tot die bevorderingskommissie; hulle word formeel genomineer deur die Minister van Justisie. Die bevorderingskommissie hou sy oog oor regters op die regbank sowel as dié van die Staatsaanklaer se kantoor[385] – dit is waarskynlik waarom die hoof van die Staatsaanklaer se kantoor deel vorm van die bevorderingskommissie.

Die reëls vir bevordering sien soos volg daaruit. Twee keer per jaar kondig die Minister van Justisie (of, om meer presies te wees, sy *Direction des services judicaires*) die vakante poste aan asook die poste wat vakant sal wees aan die einde van die semester. Die inligting word aan die bevorderingskommissie oorgedra wat op sy beurt die *tableau* (die lys van kandidate wat moontlik bevorder kan word) opstel. Die inskrywing van 'n regter is slegs geldig vir een jaar, maar kan henieu word, wat verseker dat die regter die verandering van pos wat hy versoek het daardie jaar of die daaropvolgende jaar sal bekom.

---

384 "Judicial Career" 102; Grivart de Kerstrat "France" 65.

385 Lafon "Judicial Career" 102.

Lafon[386] is van mening dat die regbank strenggesproke volgens die reëls van bevordering as 'n bevoorregte deel van die staatsdiens behandel word, omdat bevordering gebaseer is op twee faktore, naamlik eerstens, senioriteit en tweedens, die keuse van 'n betrokke regter ten opsigte van die pos wat hy of sy verkies. Sy wys daarop dat in ander afdelings van die staatsdiens en byvoorbeeld in universiteite word slegs senioriteit in aanmerking geneem. Die regters wat lede is van die *Syndicat de la Magistrature*[387] het al versoek dat slegs senioriteit in aanmerking geneem moet word, maar volgens Lafon het so 'n versoek 'n geringe kans op sukses.

Die kriteria wat gebruik word om senioriteit te bepaal spreek vanself en het geen verduideliking nodig nie. Wat wel interessant is, is hoe die bevorderingskommissie sy keuse bepaal.[388] Die kommissie kyk na die opmerking wat deur die hof van appèl ten opsigte van die betrokke regter gemaak is. Die opmerking sal gewoonlik baie presies wees – dit sal met ander woorde inligting gee oor die kwaliteite van die kandidaat en ook voorstelle maak ten opsigte van die tipe werk waarvoor sy of hy die beste aangelê is. Die stelsel is verbeter deurdat die opmerking oor die kandidaat gemaak moet word aan die hand van 'n 16-punt analise. Onder die vrae wat beantwoord moet word, is: Het die kandidaat 'n sin vir verantwoordelikheid? Het die kandidaat 'n sterk persoonlikheid? Het die kandidaat 'n aanvoeling vir die reg? Daar is elke keer ses moontlike antwoorde, wat strek vanaf "swak" tot "uitstekend".[389] Die *Chancellerie* (Departement van Justisie) versoek diegene wat die vraelys voltooi om so noukeurig as moontlik te wees en om nie na die term "uitstekend" te verwys tensy dit absoluut

---

386 "Judicial Career" 102.

387 Dit is die linksgesinde regtersvakbond wat op 22 Julie 1969 gestig is as gevolg van ontevredenheid onder regters oor die toepassing van die regspleging. Volgens Lafon "Judicial Career" 106 word die ENM beskou as 'n faktor in die ontwikkeling van sulke organisasies, want die *auditeurs de justice* was gewoond aan kollektiewe bespreking en optrede.

388 Grivart de Kerstrat "France" 65 verduidelik: "The function of the 'Promotion Commission' consists of entering the name of the judges on the Tableau d'Advancement insofar as they fulfill the conditions of aptitude. Two criteria are employed: years of service and notation given by the hierarchical authority...The rules governing the Tableau d'Avancement do not apply to the members of the Supreme Court and the presidents of the courts of appeal."

389 Lafon "Judicial Career" 103 stel dit as "ranging from 'bad' to 'exceptional' ".

geregverdig is nie. Volgens Lafon[390] is diegene wat die vraelys voltooi gewoonlik neutraal en plaas hulle hul eie persoonlike gevoelens op die agtergrond. Sy erken dat sommige noteerders meer krities is en ander meer toegeeflik is, maar wys daarop dat die bevorderingskommissie die persoonlikheid van elke noteerder ken en bedag is op hierdie probleem. Sy voeg ten slotte by dat die *Chancellerie* "appreciates broadminded judges and strong personalities, and trying to remain in *grisaille* (greyish) does not serve the judge well, despite what the *Syndicat de la Magistrature* pretends".

Na die analitiese notering, soos hierbo beskryf, volg 'n algemene evaluasie en die kandidaat is bewus van beide hierdie dokumente. Nadat die analitiese notering voltooi is, word dit aan die kandidaat gestuur wat agt dae gegun word om hierop te reageer met sy kommentaar.[391] Ten aansien van die algemene evaluering, kan die kandidaat versoek om oor die uitslag hiervan ingelig te word, soos wat gebruiklik is ten opsigte van alle dokumente wat handel oor staatsamptenare.

Wanneer die bevordering van 'n regter bespreek word, neem die bevorderingskommissie vanselfsprekend ook die betrokke regter se versoek in ag. Volgens Lafon speel die feit dat 'n regter aan 'n bepaalde party behoort oor die algemeen nie werklik 'n rol by bevordering nie, aangesien daar ongeveer 6 015 regtersposte is en slegs omtrent 60 daarvan word gereserveer vir politieke nominasie.[392]

Sodra die *tableau d'avancement* (die kortlys van kandidate wat moontlik bevorder kan word) opgestel is, word dit aan die *Conseil Supérieur de la Magistrature* oorhandig. Die Grondwet van 1958 bepaal dat die *Conseil Supérieur de la Magistrature* (CSM)

---

390 "Judicial Career" 103.

391 'n Administratiewe omsendbrief van 7 Mei 1986 stel voor dat hierdie notering gesien moet word as 'n geleentheid vir dialoog tussen die kandidaat en die regter van die hoër hof – Lafon "Judicial Career" 103.

392 "Judicial Career" 103 verduidelik: "People often wonder if belonging to the political majority can favor advancement. In a period of crisis, there could be a risk, but generally speaking the answer is 'no' for most offices. Of the 6,015 posts, about 60 are reserved for political nomination, among them those of the president of the *Cour de Cassation* and head of that of the Prosecution Department near that court, the president of the court of appeal in Paris, and the Prosecution there."

voorstelle sal maak vir aanstellings van regters in die *Cour de Cassation* en vir die presidente van die howe van appèl. Verder sal hierdie liggaam slegs advies gee op die Minister van Justisie se voorstelle vir die aanstelling van die ander regters van die regbank.[393]

Wat die onafhanklikheid van die regbank betref, is hier egter 'n tweeledige aspek om mee rekening te hou: aan die een kant die moontlike beïnvloeding deur die uitvoerende gesag[394] en aan die ander kant, die moontlike beïnvloeding deur die regtersvakbonde. Alhoewel die vakbonde oor die algemeen gestig is om as teenvoeter te dien teen moontlike beïnvloeding van die regters deur die uitvoerende gesag, speel politieke oorwegings 'n groot rol by sommige van hierdie vakbonde.[395] Dit wil dus voorkom asof daar in sekere gevalle moontlik wel 'n gevaar van beïnvloeding van 'n regter deur so 'n politieke drukgroep kan bestaan. Tog blyk daar uiteenlopende standpunte oor hierdie aangeleentheid te wees. Grivart de Kerstrat[396]

---

393 Vir meer besonderhede oor die *Conseil Supérieur de la Magistrature*, sien vn 35 *supra* en meegaande teks.

394 Grivart de Kerstrat "France" 66 verduidelik: "It is difficult to give an accurate description of the way the independence of the judiciary is viewed by the judiciary itself and by the public. It is quite well known that the independence from the executive, enjoyed by the judiciary before Revolution times, has never been restored. The judiciary was suppressed by the revolutionaries, as well as by the Bar itself. When Napoleon 'restored the courts,' he did not restore the judicial power...As to the ordinary courts, they have kept the strongly hierarchized feature that Napoleon had given to them because he saw them as a military organization in charge of a civil service. He did not want them to be capable of imposing their conception of the rule of law and justice on the executive. A good deal of this has been maintained to the present day. It is interesting to note the inclusion of an express provision in the Constitution of 1958 to affirm the principle of the independence of the judiciary.

It is significant that the Président de la République, who is both the head of the State and the Head of the Executive, is the person responsible for the preservation of the independence of the judiciary. De Gaulle was principally responsible for the Constitution of 1958. On many occasions, De Gaulle himself showed that the principle of judicial independence held good only as long as the judiciary did what he wanted it to do, especially in some critical cases.

For example, De Gaulle set up a special criminal court, then later suppressed it, because it had not condemned to death certain persons brought before it. He then set up a new special court – a military one this time. Once again, he had to face the judgement rendered by the Conseil d'Etat declaring that the procedure of this second court was not giving sufficient guarantees to the accused. As this decision had reversed several judgments, De Gaulle initiated legislation in Parliament retrospectively validating the sentence of the special court which had already been pronounced."

395 Monahan "Sanctioning Injustice" 680.

396 "France" 67.

is van mening dat regters die reg het om in opstand te kom teen politieke druk vanaf die kant van die uitvoerende gesag. Hy verduidelik voorts dat, in die geheel gesien, is die stelsel van beroepsregters nie gunstig vir die onafhanklikheid van die regbank nie. Inteendeel, die uitermatige pogings deur die uitvoerende gesag om druk uit te oefen het alreeds sommige van die beste regters, veral die jongeres, gedryf om baie radikale standpunte in te neem. Dit het al daartoe gelei dat hulle soms regsbeslissings gegee het wat duidelik gegrond is op hulle politieke standpunte eerder as op die redelike betekenis van die reg. Dit is hier van belang om te verwys na die totstandkoming in 1968 van die *Syndicat de la Magistrature* – dit is 'n unie wat grootliks bestaan uit jong regters. Hulle kritiek teen die huidige stelsel het betrekking op baie aspekte van die tradisionele stelsel. Hulle kritiek bestaan veral uit die aanklag dat die regbank nie onafhanklik is van die uitvoerende gesag nie en verder kritiseer hulle die "excessive power of the hierarchical authorities through the notation system". Dit is nie slegs die lede van hierdie unie wat al op die ongepastheid van die stelsel gewys het nie, maar hulle stem blyk die hardste te wees, waarskynlik as gevolg van die radikale politieke standpunte wat hulle huldig.

Grivart de Kerstrat kom tot die gevolgtrekking dat daar oor die algemeen onder die regters heelwat is met goeie sterk persoonlikhede, vir wie dit nog nie groot beroepsprobleme veroorsaak het om onafhanklik te bly nie. Die rede hiervoor is dat in meeste gevalle, die uitvoerende gesag nie poog om 'n spesifieke uitspraak te bekom nie. Daar is egter die gevaar dat waar te doen gekry word met minder sterk persoonlikhede en/of in sekere gevalle waar politieke aspekte ter sprake kom, dat die druk uitgeoefen deur die uitvoerende gesag die individuele en kollektiewe onafhanklikheid van die regbank sal ondermyn. Alhoewel die graad van weerstand wat deur die regters uitgeoefen word teen inmenging van die uitvoerende gesag moontlik in sekere gevalle nie ewe sterk mag wees nie, het die weerstand egter in baie gevalle geseëvier.

Omdat die vakbonde so 'n belangrike invloed uitoefen, word dit kortliks hier aangeraak. Daar is in die bespreking hierbo daarop gewys dat die bevorderingsriglyne twee aspekte in ag neem: senioriteit en die keuse wat die kandidaat kan uitoefen.

Sedert sy ontstaan in 1969,[397] het die *Syndicat de la Magistrature*, die linksgesinde regtersvakbond, die hiërargie in die regbank verwerp as "an excessive burden on a judge's position that obliges him or her to adopt a conformist attitude for the satisfaction of his superiors".[398] Hierdie vakbond het ook bevordering op grond van die kandidaat se keuse verwerp. Wat egter kommerwekkend is, is die feit dat hierdie vakbond hoogs verpolitiseerd is, die regbank klaarblyklik beskou as net nog een van verskeie elemente in die politieke wêreld en poog om die regbank te verander in 'n potensiële arena vir die politieke stryd.[399] Lafon wys daarop dat die persepsie by sommige regsgeleerdes heers dat die *Syndicat de la Magistrature* 'n ondermynende organisasie is wat in konflik kom met die gevestigde orde. Hierdie siening het gelei tot 'n gevoel van bedreiging wat weer verduidelik waarom daar in 1980 'n "massive lateral recruitment" was om te kompenseer vir die groot aantal regters wat wel aan die vakbond, die *Syndicat de la Magistrature*, behoort. Dit het ook gelei tot die totstandkoming van regsgesinde vakbonde.[400]

Volgens Lafon blyk dit dat daar 'n duidelike politieke ingesteldheid by die regters is. Sy stel dit so:

> "The judiciary is moderate, but one can note a growth of sentiment favoring the *Syndicat de la Magistrature*."

Gedurende 1990 het die *Syndicat de la Magistrature* 'n 24-uur staking afgekondig in

---

397 Hierdie vakbond het ontstaan onder andere as gevolg van ontevredenheid onder regters oor die toepassing van die regspleging. Lafon "Judicial Career" 106 wys daarop dat die ENM as een van die faktore beskou word vir die totstandkoming van sulke organisasies, omdat die *auditeurs de justice* gewoond was aan kollektiewe bespreking en optrede.

398 Lafon "Judicial Career" 106.

399 Volgens Lafon "Judicial Career" 106 is dit redelik maklik veral in sake wat handel oor arbeidswetgewing en die strafreg. "The *Syndicat* presents a totally new way of conceiving the relationship between the judiciary and politics that allows the judiciary to be in conflict with the political powers." Volgens Grivart de Kerstrat "France" 67 vn 18 het hierdie unie openlik sy linkse politieke standpunte bevestig.

400 In 1974 het die *Union syndicale des magistrats* (USM) tot stand gekom as verteenwoordigend van die *centre modéré* en in 1981 is die *Association professionnelle des magistrats* (APM) gestig wat ooreenstem met die regsgesindes. In 1990 is 'n nie-politiese vereniging deur 'n aantal regters gestig, naamlik die *Observatoire des libertés*. Laasgenoemde is nie 'n vakbond nie, maar dit simpatiseer tog met die regsgesindes. Lafon "Judicial Career" 106 en vn 13.

protes teen die diensvoorwaardes van die regters, om sodoende die publiek bewus te maak van die moeilike situasie waarin die regbank hom bevind. Die gevolg hiervan was dat die drie unies saam, afgesien van politieke kleur, die regters versoek het om deel te neem aan hulle dag van aksie (*journée nationale d'action*).[401] Dit het plaasgevind op 21 Junie 1990 en 60-70 persent van die regters het hieraan deelgeneem.

Die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank sluit aan by hierdie bespreking ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare tot die regbank.[402]

5.5.1.1.2 Diensvoorwaardes

Die regters in Frankryk is beroepsregters wat 'n vertakking vorm van die nasionale staatsdiens en lewenslank aangestel word.[403] Die beginsel dat regters nie uit hul amp onthef kan word nie, is vervat in die Grondwet van 1958 wat spesifiek bepaal dat hierdie regters nie afgedank kan word nie. Tegnies gesproke is dit nie heeltemal korrek nie, aangesien hierdie regters wel ontslaan kan word, maar uitsluitlik op grond van ampswangedrag en dan alleenlik op aanbeveling van die *Conseil Supérieur de la Magistrature* wat optree as 'n dissiplinêre hof vir regters.[404] Wanneer die *Conseil Supérieur de la Magistrature* as 'n dissiplinêre hof optree, tree die hoofregter van die Hooggeregshof, naamlik die *Président* van die *Cour de Cassation*, as voorsittende

---

401 Daar is op hierdie benaming besluit in plaas van die woord "staking" om binne die bepalings van die reg te bly.

402 Sien die bespreking tov die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank in Frankryk in afd 5.5.1.1.3.

403 Abraham *Judicial Process* 50; Terrill *World Criminal Justice Systems* 130 .

404 Abraham *Judicial Process* 50; Grivart de Kerstrat "France" wys op 65 daarop dat die Minister van Justisie verantwoordelik is vir die instel van dissiplinêre stappe teen 'n regter indien nodig, maar dat die verrigtinge voor die *Conseil Superieur de la Magistrature* gehou word. Op 69 bevestig hy verder dat "[e]ven when the urgency of the situation may necessitate a decision by the Minister of Justice to remove a judge, the Minister is under an obligation to seek the opinion of the Conseil Superieur de la Magistrature on the case."

beampte op.[405]

Aansoek om rekusering van 'n regter mag plaasvind, onder andere op grond van die regter se verwantskap aan enigeen van die partye betrokke by die saak, of omdat die regter 'n direkte belang by die saak het, of omdat hy of sy as getuie optree in die saak, of indien 'n redelike ernstige voorval tussen die regter en een van die partye plaasgevind het wat kan lei tot 'n moontlike bevraagtekening van die regter se onpartydigheid.[406]

Die salarisse van regters word bepaal deur die sentrale regering op grond van 'n vaste salarisskaal opgestel vir staatsdiensamptenare: die rang, jare ondervinding en diens van elke regter word in ag geneem – as gevolg hiervan kan 'n vermindering in salaris net verkry word op grond van dissiplinêre stappe.[407] Die besoldiging van die Franse regters is nie heeltemel so hoog soos dié van die regters in die VSA en Engeland nie, maar daar is geen getuienis dat hulle as gevolg hiervan meer vatbaar is vir korrupsie of onbetaamlike regterlike optrede nie.[408] Lafon[409] wys daarop dat alhoewel sommige regters nog kla dat hulle salarisse nie voldoende is nie, kla hulle eintlik sonder rede. Regters word op dieselfde basis betaal as staatsaanklaers wat van die *École Nationale de la Magistrature* bevorder word en hulle het die hoogste salarisse in die staatsdiens. Sy gee toe dat hierdie salarisse laag is in vergelyking met dié wat verdien kan word in die private sektor, maar dit is 'n probleem wat inherent is

---

405 Tydens dissiplinêre gedinge sit die *Conseil Superieur de la Magistrature* sonder sy normale president (die President van die Republiek) en vise-president (die Minister van Justisie) – a 65 van die Grondwet.

406 A 668 CPP.

407 Terrill *World Criminal Justice Systems* 131 verduidelik dat "[s]ince they are part of the civil service, their salary and tenure in office is secure".

408 Abraham *Judicial Process* 52; Grivart de Kerstrat "France" 65 verduidelik dat "[t]he salaries of judges are determined by the central government according to the scale applying to civil servants: the rank and years of experience and service of each individual judge are taken into consideration. The rank of each judge and his promotion are also determined by the 'notation' by his superior, the Premier Président." Op 66 voeg hy by: "the question of salaries is linked with rank and promotion. Therefore a reduction of salary or retirement rights may be obtained only through disciplinary proceedings."

409 "Judicial Career" 102. 'n Regter se vergoeding bestaan uit 'n basiese salaris plus 'n toelaag.

aan die hele staatsdiens. Bevordering beteken natuurlik dat 'n regter gouer op 'n hoër salarisskaal sal kom, maar Sheehan wys daarop dat 'n regter se salaris tot op 'n sekere salarisskaal van jaar na jaar aangepas sal word selfs sonder bevordering.[410]

Die Franse regters is deel van 'n landswye hiërargie-en-meriete-bevorderingstelsel, maar om hul onafhanklikheid te behou word hulle beskou as regters wat nie afgedank kan word nie totdat hulle die ouderdom van verpligte aftrede[411] bereik. Aftrede op ouderdom 60 jaar is opsioneel, maar is verpligtend by bereiking van ouderdom 67 jaar (behalwe in die *Cour de Cassation* waar die verpligte ouderdom van aftrede 70 jaar is). 'n Pensioen word uitbetaal ooreenkomstig aantal jare diens en die jaarlikse verlof bestaan uit 30 dae plus openbare vakansiedae.[412]

Die reëls ten opsigte van deelname aan buite-aktiwiteite is redelik streng. Regters word nie toegelaat om te praktiseer of besigheid te bedryf nie. Wanneer hulle boeke skryf of deelneem aan openbare vergaderings of televisie-onderhoude, is hul optrede onderhewig aan die *obligation de réserve*.[413] Regters mag nie lede wees van die nasionale Parlement nie. 'n Regter mag wel lid wees van 'n munisipale raad mits dit buite die stad is waar die betrokke regter op die regbank optree. Geen reël verbied regters om lede te wees van politieke partye nie, maar wanneer hulle wel aan politieke aktiwiteite deelneem, word van hulle verwag om op te tree ooreenkomstig die

---

410 *Criminal Procedure in Scotland and France* 13-14. Alle regters se salarisse word geplaas op een van twee grade. "The first grade, which is the higher, has seven salary scales, and includes the senior judges...The second grade, which has nine salary scales, includes the juges d'instruction, the judges...in country districts...A newly appointed 'magistrat' will start on the lowest salary scale of the second grade and move to the next highest scale each year, so that even without promotion he will reach the top scale on the second grade; in due course, he will automatically be placed on the first grade and after 23 years of service he may reach the salary scale third from the top of the first grade, which is the highest he may go without promotion." Op 14 vn 10 word bygevoeg dat afgesien van salarisse, ontvang die regters ook nog verskeie finansiële toelae. Ten opsigte van die berekening van salarisse, sien ook Grivart de Kerstrat "France" 65.

411 Tomlinson "Nonadversarial Justice" 146; Grivart de Kerstrat "France" 68.

412 Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 14.

413 Grivart de Kerstrat "France" 71 vn 32 verduidelik: "The 'obligation de réserve' is a general obligation imposed to all persons having the status of public servant (fonctionnaire). Naturally each kind of activity implies specific duties in respect of the 'obligation de réserve'. One can easily understand that the constraint is particularly strict as to the magistrats."

obligation de réserve.[414] 'n Regter se buite-aktiwiteite mag dus nie afbreuk doen aan die waardigheid of onafhanklikheid van sy of haar pos as regter nie.

5.5.1.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Die bespreking ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank sluit aan by die seleksie van regterlike amptenare wat reeds hierbo bespreek is.[415] Die ontstaan en ontwikkeling van 'n veelrassige bevolking in Frankryk het beslis die samestelling van die regbank beïnvloed, maar die Departement van Justisie (*Chancellerie*) stel slegs 'n neutrale vereiste, naamlik, dat 'n kandidaat vir die regbank 'n Franse burger moet wees.[416] Sover vasgestel kon word, is daar geen statistiek opgestel oor die integrasie van minderheidsbevolkingsgroepe op die regbank nie.[417] Daar is klaarblyklik al wel kritiek uitgespreek daarteen dat die regbank slegs die middelklas verteenwoordig, maar nie ook die werkersklas nie.[418]

Wat verteenwoordiging op die regbank betref, is daar dus geen spesifieke vereiste

---

414 Grivart de Kerstrat "France" 71 is van mening: "Traditionally, the rule expressed in the obligation de réserve is regarded as incompatible with public political activities. This writer considers that still to be true. It is common knowledge, however, that the leaders of the union called Syndicat de la Magistrature are notorious for having made public their support of political parties." Hy voeg egter by: "There are various well known unions of judges. It is through the views publicly expressed by these unions rather than by means of lobbying Parliament that judges put forward their claims, such as for better facilities and pay as well as for stronger and more real independence."

415 Sien die bespreking in afd 5.5.1.1.1.

416 Lafon "Judicial Career" 101.

417 Lafon "Judicial Career" 102 wys op 'n moontlike vasstelling van statistiek: "The *Annuaire de la Magistrature* gives firsthand information: there are names with antillese (the population coming from Les Antilles – Martinique and Guadeloupe – in Central America), maghrebin, and vietnamese consonances. If one was patient enough to differentiate the 6 160 judges, he would have the answer."

418 Grivart de Kerstrat "France" 69 wys daarop dat "...a trend of opinion which represents a minority within the judiciary, considers that most judges presently tend to represent only a small section of society – the middle class – while the other sections – the working class – are hardly represented. Even if this view is at least partly supported by sociological and statistical analysis, the reactions of the public toward the rôle of the judge in French society and his biases 'for' or 'against' sections of the public, are much more complex than the mere opposition of the middle class v. working class may suggest."

dat alle bevolkingsgroepe proporsioneel verteenwoordig moet wees op die regbank nie. By die seleksie van professionele regters doen die kandidate aansoek om 'n betrekking en die beste kandidaat word aangestel – met ander woorde, aanstelling geskied volgens meriete.[419] Lafon[420] wys daarop dat die persentasie vroue wat die finale eksamen aan die *École de la Magistrature* geslaag en op die regbank aangestel is, aansienlik toegeneem het sedert 1959. Gedurende 1959 was die vroue 24 persent van die totale aantal suksesvolle kandidate, in 1988 was hulle 59,6 persent, in 1981 en 1982 (hierdie twee jaar was die aantal vroue uitsonderlik groot) het hulle onderskeidelik 60 persent en 62 persent verteenwoordig.

Die hoeveelheid vroulike regters het oor die jare aansienlik toegeneem. In 1959 het vroulike regters slegs ses persent gevorm van die totale aantal regters, in 1978 het dit toegeneem tot 18 persent, in 1981 was dit 27 persent en in 1990 was dit 42 persent. Daar is dus 'n konstante toename en "according to predictions, there should be 50 percent women in 1995 and 55 percent by the year 2000."[421]

Demokratisering geskied wel by wyse van die juriestelsel. In die *Cour d'Assises* word ernstige misdade bereg en die paneel, bestaande uit drie professionele regters word bygestaan deur 'n leke-jurie, bestaande uit nege lede.[422]

5.5.1.2 Saaklike onafhanklikheid

By die saaklike onafhanklikheid van die regbank kom die aspekte van diskresie-

---

419 Grivart de Kerstrat "France" 69.

420 "Judicial Career" 100. Sy wys verder daarop dat die vroue oor die algemeen tot die regbank bevorder word, terwyl die mans oor die algemeen verkies om na die staatsaanklaer se kantoor te gaan.

421 Lafon "Judicial Career" beaam hierdie punt op 101: "If one attentively examines E.N.M. promotions from 1981 to 1989, it appears that among the 1,727 *auditeurs de justice* having succeeded, there were 898 women and 829 men, a difference of only 69 more women than men. The disproportion may be fading away. In the face of this 'invasion,' some observers see a decline in the prestige of the judiciary, but this is not the Ministry of Justice's point of view and must not be seriously considered."

422 Sien die bespreking van die jurie in Frankryk in afd 6.3.2.3.

uitoefening, prosedure tydens die verhoor en administratiewe funksies ter sprake[423] wat in die volgende afdeling bespreek sal word aan die hand van die bevoegdhede en verpligtinge van die regterlike amptenare.

5.5.1.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

In Frankryk word die inkwisitoriese prosesstelsel[424] gevolg. Die rol van die regter in die hof is oor die algemeen om al die getuienis aan die lig te bring deur ondervraging van die beskuldigde en die getuies;[425] om oor regsvrae te besluit; om na aanhoor van die getuienis en nadat die partye die hof toegespreek het (waar van toepassing) te besluit oor die uitspraak en die vonnis wat opgelê moet word (behalwe in jurieverhore in die *Cour d'Assises*).[426]

Die administrasie op die vlak van die howe berus by die howe self: die *président* van elke hof is verantwoordelik vir die algemene administrasie van die hof, maar die *premier président* van elke appèlhof is in beheer van die toesighouding oor die administrasie van *al die howe* binne die territoriale distrik van die appèlhof.[427] Die toedeling van sake word gedoen deur die *président* van die hof ooreenkomstig vasgestelde reëls vervat in die *Code de l'Organisation Judicaire* en prosedurereëls.[428]

---

423 Sien die bespreking tov die saaklike onafhanklikheid van die regbank in afd 2.3.2.

424 Sien die bespreking hiervan in afd 2.6.2.

425 Die Franse het 'n inkwisitoriese regstelsel. Die getuienis word nie soos in 'n akkusatoriese regstelsel deur die onderskeie partye voor die hof gelê nie.

426 Tomlinson "Nonadversarial Justice" 143-144. Die regbank is self verantwoordelik vir die administrasie van die howe. Grivart de Kerkstrat "France" 63 verduidelik: "At the court level, the 'president' of each court is responsible for the general administration of the court. However, the president of each court of appeal...is in charge of supervising the general administration of all courts...located within the limits of his court of appeal territorial jurisdiction."

427 Grivart de Kerstrat "France" 63.

428 Grivart de Kerstrat "France" 63 verduidelik: "There are rules of court and of procedure which determines the division of work among judges. It is the rank of each individual judge which is often taken into consideration to determine whether he can be assigned a given task; that of juge unique, for example. In practice, there is a large degree of flexibility to allow the chief of a court to adapt the rules to the particular needs and conditions of the court." Hy voeg egter by op 63-64: "Criticism is often made of the chief of court's excessively wide powers to organise all the practical aspects of the work. This criticism seems particularly justified when one thinks of the

Volgens Van Zyl[429] het Franse regters, anders as in Suid-Afrika of in die Anglo-Amerikaanse lande in die algemeen, nie veel geleentheid om in die openbare oog te kom nie. Franse regters sit net in die *Tribunaux de Police* alleen en dit slegs in die kleinste sake. In alle ander sake sit 'n Franse regter nie alleen nie, maar saam met twee kollegas en word hy nie toegelaat om 'n afwykende beslissing te gee nie. Die gedagte hieragter is dat die hof te alle tye die skyn van eenparigheid moet handhaaf.

Die *Tribunal de Police* is die laagste hof van eerste instansie en sy jurisdiksie is beperk tot verhoor van geringe oortredings,[430] byvoorbeeld verkeersoortredings. Die jurisdiksie van hierdie hof is beperk tot oortredings waarvoor die straf wat opgelê kan word nie die volgende mag oorskry nie: 60 dae gevangenisstraf of 'n klein boete of beide.[431] Beslissings word gegee deur 'n enkelregter.[432] Die Strafprosesregkode bepaal dat daar 'n vermoede bestaan dat die polisieverslae in die dossier die waarheid is, tensy bewys tot die teendeel voorgelê word.[433] Die beskuldigde sal voor die regbank kom staan sodra sy naam geroep word, die regter sal die beskuldigde vra of hy of sy die oortreding erken, en indien die antwoord positief is, sal die beskuldigde beboet word – die hele verrigting duur in so 'n geval minder as tien sekondes. Indien die beskuldigde 'n verduideliking het, sal die regter daarna luister en dit óf ignoreer, óf dit aanvaar, óf die hof verdaag tot 'n later datum vir 'n meer volledige verhoor. Die prosedure van die verhoor sal dieselfde wees soos dié wat in die *tribunal correctionnel* gevolg word (sien bespreking hieronder). Aangesien die misdade wat binne die

---

combination of these powers with the hierarchical authority of the Premier Président over all judges of the courts within its court of appeals jurisdiction. This point is particularly emphasized by the members of the Syndicat de la Magistrature. Its members stress that more power should be effectively exercised by the general assemblies of the courts which are legally responsible for the organization of the work of the courts."

429 *Beginsels* 91; Terrill *World Criminal Justice Systems* 131.

430 Ook bekend as *contraventions*.

431 A 521 CPP.

432 A 523 CPP; Abraham *Judicial Process* 257.

433 A 537 CPP.

tribunal de police se jurisdiksie val motorongelukke insluit, is daar dikwels 'n siviele party betrokke by die saak en is dit moontlik dat die sivielregtelike dispuut 'n groter rol speel in die verhoor as die stragfregtelike aspekte. Aangesien die geskrewe voorleggings en dokumentasie ten aansien van die sivielregtelike eis dikwels lywig is, is dit nie ongewoon vir die hof om die verrigtinge vir 'n tydperk van veertien dae te verdaag om te beslis oor die uitspraak en vonnis in die siviele eis nie.[434]

In die *Tribunal Correctionnel*, op die volgende vlak van die hiërargie, word meer ernstige oortredinge, bekend as misdrywe,[435] bereg deur 'n paneel van drie professionele regters: Die voorsitter (*président*)[436] en twee assessore (*assesseurs*).[437] Die strafjurisdiksie van hierdie howe sluit in strawwe van tot 5 jaar gevangenisstraf en boetes hoër as dié wat deur die *Tribunal de Police* opgelê kan word.[438] Die bevoegdhede van die regters in hierdie hof kom kortliks op die volgende neer. Die *président* sal aan die beskuldigde die aard van die verrigtinge asook sy of haar regte verduidelik (tensy die beskuldigde regsverteenwoordiging het), die beskuldigde uitvra oor persoonlike besonderhede (soos vorige oortredings), die klagstaat en die inhoud van getuieverklarings aan die beskuldigde voorlees en daarna by wyse van

---

434 Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 81 wys op die volgende: "There are two points of interest in such cases. Firstly it is quite common in a road accident case involving two accused and several civil claimants representing injured parties, for the entire trial proceedings (covering the criminal and civil aspects) to be concluded within one hour. Secondly, since because of the rules of prescription the institution of criminal proceedings can not be delayed, the trial will frequently take place before any injured party has fully recovered or before the full extent of the civil liability can be known. In such cases the court may make an interim award of damages, then continue the case (if need be several times) quoad the civil aspect of the case, until the full extent of the civil liability is known." Tov die prosedure in die *Tribunal de Police*, sien a 534-549 CPP.

435 Ook bekend as *délits*.

436 A 401 CPP.

437 A 398 CPP. Tov die prosedure van die verhoor, sien a 406-461 CPP. Waar dit nie duidelik is of 'n strafregtelike oortreding deur die *tribunal de police* of die *tribunal correctionnel* verhoor moet word nie, hou 'n ondersoekbeampte (*juge d'instruction*) gewoonlik 'n voorlopige ondersoek en maak dienooreenkomstig 'n aanbeveling. Van Zyl *Beginsels* 89.

438 A 381 CPP; Abraham *Judicial Process* 258.

ondervraging poog om al die feite aan die lig te bring.[439] Alhoewel die *président* onafhanklik moet wees en met dieselfde ywer die getuienis beide teen en ten gunste van die beskuldigde aan die lig moet bring, en geensins 'n aanduiding mag gee van sy opinie ten opsigte van die skuld of onskuld van die beskuldigde nie, is die *président* se rol dié van 'n ondersoekende regter, en nie dié van 'n arbiter tussen die partye nie. Na hierdie ondersoek mag die staatsaanklaer die getuie ondervra. Die beskuldigde se regsverteenwoordiger en 'n party wat 'n siviele eis ingestel het, kan vrae aan die *président* voorlê om aan die beskuldigde te vra.[440] Indien die ondersoek deur die *président* deeglik gedoen is, is die vrae wat so aan die *président* voorgelê word weinig indien enige. Die ander twee regters (assessore) is ook geregtig om die beskuldigde te ondervra, maar dit word selde indien enigsins gedoen. Hierna sal die *président* die getuies ondervra. Die prosedure van getuienisvoorlegging is minder formeel en meer in 'n geselstrant as byvoorbeeld in die Engelse howe. Die klerk van die hof (*greffier)* maak aantekeninge van die stellings deur die getuies en antwoorde deur die beskuldigde.[441] Nadat die partye die hof toegespreek het, kan die hof óf die verhoor verdaag vir die verkryging van verdere getuienis, óf die hof kan verdaag om die regters die geleentheid te gee om tot 'n beslissing te kom,[442] óf die hof mag dadelik sy uitspraak gee. Die hof moet beslis oor die uitspraak sowel as die vonnis wat opgelê moet word.[443] Alle uitsprake moet gemotiveerd wees – met ander woorde, dit moet die

---

439 Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 73 wys daarop: "If the accused disagrees with a statement made by a witness, or gives evidence contrary to it, the president will frequently question him vigorously – in the same manner as cross-examination at a British trial. He will certainly do so if he thinks the accused is lying or withholding evidence. He may ask the accused to demonstrate his evidence by referring to any sketch plans or other real evidence that is produced."

440 A 442 CPP.

441 Hierdie aantekeninge moet deur die *président* deurgegaan en geverifieer word binne drie dae na afhandeling van die verhoor – a 453 CPP. Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 75. Sover dit die plasing van getuienis voor die hof betref, wys hy daarop dat "...there is a marked absence of procedural rules, the court being given as much freedom as possible to obtain all the facts about the case. This is in accordance with the inquisitorial nature of the proceedings."

442 So 'n verdaging mag etlike minute of etlike dae duur. Volgens Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 76 is 'n verdaging van veertien dae nie buitengewoon nie.

443 A 462-464 CPP. Indien daar 'n siviele aksie wat voortspruit uit die strafregtelike oortreding, ook in die betrokke saak ingestel is, sal die hof ook uitspraak gee in die siviele aksie.

redes uiteensit waarop die uitspraak gegrond is.[444] Die vonnis moet gelyktydig met die uitspraak opgelê word; die hof mag nie 'n beskuldigde skuldig bevind en dan verdaag om oor die vonnis te beslis nie. Die vonnis mag nie die perke wat regtens gestel is, oorskry nie, maar daar is geen verpligting om die redes waarom op 'n bepaalde vonnis besluit is te openbaar nie.[445] Die geskrewe beslissing moet deur die *président* onderteken word en binne drie dae by die klerk van die hof ingedien word.[446]

Erstige misdade[447] word verhoor voor die *Cour d'Assises*[448] wat slegs van tyd tot tyd volgens behoefte funksioneer.[449] Hierdie hof se jurisdiksie strek tot die aanhoor van alle ernstige misdade, soos moord, en die strawwe wat toegeken kan word strek vanaf boetes tot lewenslange gevangenisstraf.[450] Aangeleenthede word bereg deur drie professionele regters wat bygestaan word deur 'n jurie van nege lede.[451] Hierdie jurie is oor die algemeen leke in soverre dit die reg betref. Die regbank se verpligtinge is kortliks die volgende:[452] Die dossier wat aan die *Cour d'Assises* gestuur word, word

---

444 A 485 CPP.

445 Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 76. Tomlinson "Non-adversarial Justice" 144 bevestig dat hierdie geskrewe hofverslag "must contain findings of fact and applications of law. The judgment is a formal, elaborate, reasoned document contrasting sharply with the unexplained judgment of the *Cour d'Assises*."

446 A 486 CPP. Volgens McArthur "French Judicial Decisions" 1984 *Victoria University of Wellington LR* 463 464 het alle regterlike beslissings die volgende eienskappe: die beslissings is kort en bondig, die name van die regters word nie aangegee nie, die beslissings is eenparig en minderheidsuitsprake word nooit gegee nie. Sien ook Bessette "French Civil Law System Since 1804" 1980 *Law Library Journal* 336 347; Kevorkian "The French Court System" 9.

447 Ook bekend as *crimes*.

448 Sien in die algemeen: Angevin *La Pratique de la Cour d'Assises* 17-58, 117-200, 265-381; Soyer *Manuel de Droit Pénal et Procédure Pénale* 309-314; Chapar *La Cour d'Assises*; Perrot *Institutions Judiciaires* 161-165.

449 Hierdie hof sit gewoonlik elke drie maande, maar dit kan ook meer gereeld wees.

450 Ander misdade wat hier ter sprake kom, sluit in gewapende roof, ernstige dwelmmisdrywe, verkragting en misdade strafbaar met gevangenisstraf van 5-20 jaar.

451 A 240-267 CPP. Sien in die algemeen Pradel *Droit Pénal* 566-589. Sien hfst 6 vir 'n bespreking van die juriestelsel.

452 Sien Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 81-85; Brouwer "Inquisitorial and Adversary Procedures" 217; *French Code of Criminal Procedure* 23 ev; Terrill *World Criminal Justice Systems* 130-132.

vooraf deur die *président* (maar nie die twee assessore nie) bestudeer.[453] Die *président* ontbied normaalweg die beskuldigde ten minste vyf dae voor die verhoor[454] na sy kamers om hom of haar voor die verhoor te ondervra. Alhoewel die publiek nie toegelaat word nie, is die beskuldigde wel geregtig op regsverteenwoordiging. Die doel van hierdie ondersoek is sodat die *président* die beskuldigde se identiteit kan bevestig, kan vasstel of hy wel 'n dagvaarding van die *chambre d'accusation* ontvang het[455] en om seker te maak dat die beskuldigde wel regverteenwoordiging het. Indien die beskuldigde nie 'n regsverteenwoordiger het nie, sal die *président* reël dat een aangestel word.[456] By hierdie ondersoek word die feite van die saak nie bespreek nie. 'n Notule van die ondersoek word opgestel en geteken deur die klerk van die hof, die *président* en die beskuldigde.[457] Die *président* het die diskresie om voor die aanvang van die verhoor te gebied dat verdere navrae en ondersoek gedoen word indien hy of sy meen dat dit nodig is; hierdie navrae kan óf persoonlik gedoen word, óf die *président* kan hierdie taak delegeer aan een van die ander regters of aan die *juge d'instruction*.[458] Sodra die verhoorverrigtinge begin, vra die *président* die beskuldigde sy persoonlike besonderhede.[459] Sodra al die name van die jurielede op die paneel in die urn geplaas is, trek die *président* die name van die nege jurielede wat die saak sal verhoor. Hulle word ondervra om te bepaal of hulle geskik is as jurielede en hulle word ingesweer. Sodra die klerk van die hof die klagstaat gelees het, begin die *président* om die beskuldigde en die getuies te ondervra. Die prosedure van die verhoor stem grootliks ooreen met dié in die *Tribunal Correctionnel*. As algemene reël

---

453 Johnston "Trial by Dossier" 249-250 meen dat waar die dossier saamgestel is deur die *juge d'instruction* is die gesag van hierdie dossier op die stadium van verhoor, feitlik onaanvegbaar. Monahan "Sanctioning Injustice" 680 is ook van mening: "Acquittal in a case that has gone through *instruction* is rare."

454 A 277 CPP.

455 A 273 CPP.

456 A 317 en 274 CCP.

457 A 276 CPP.

458 A 283 CPP.

459 A 294 CPP. Persoonlike besonderhede soos die beskuldigde se volle name, datum en plek van geboorte, adres en beroep.

word geen rekord gehou van die getuienis gelewer in die *Cour d'Assises* nie, aangesien daar nie teen die uitspraak geappelleer kan word nie,[460] maar die *président* kan wel die klerk van die hof versoek om waar 'n getuie teenstrydige stellings maak, die getuienis aan te teken.[461] Na aanhoor van al die getuienis spreek die partye die hof toe. Teoreties gesproke is die verhoor in die *Cour d'Assises* akkusatories van aard en die saak moet beslis word op grond van die mondelinge getuienis wat in die hof afgelê word. In die praktyk stem die partye egter gewoonlik toe dat die getuienis van getuies wat in die polisiedossier vervat is, daaruit voorgelees word.[462] Die *président* sal die jurie toespreek en al die aspekte waaroor die jurie moet beslis, vir hulle in vrae omskep wat hulle moet beantwoord.[463] Die gemengde regbank van twaalf lede (die jurie, die *président* en die ander twee regters) verdaag hierna na dieselfde kamer om te beslis oor die uitspraak en vonnis.[464] Ten minste agt lede van die paneel (waarvan geeneen professionele regters hoef te wees nie) moet saamstem voordat die paneel 'n skuldigbevinding kan maak.[465] Sodra 'n besluit geneem is oor die aspek van skuld, besluit die jurie en die regters saam oor vonnis by wyse van 'n proses van geheime stemming. Indien daar nie eenstemmigheid is oor vonnis nie, sal die vonnis die hoogste voorgestelde vonnis wees waaroor die meerderheid saamstem.[466] Ten spyte daarvan dat daar nie 'n stelsel van *stare decisis* is nie,[467] moet die Franse regters 'n

---

460 Die uitsondering op hierdie reël: daar kan slegs op grond van 'n regsvraag vanaf die *Cour d'Assises* na die *Cour de Cassation* geappelleer word.

461 A 333 CPP.

462 Phillips ea *Report on the Visit of Sir Nicholas Phillips, Dr Richard Vogler and Mr Ron Hooghiemstra to Paris on the 23rd/24th September, 1991* par "Procedure in the Cour d'Assises".

463 A 348-353 CPP.

464 A 355-362 CPP. Phillips ea *Report on the Visit to Paris* 6 is van mening: "In open Court the President has to give the appearance of impartiality, but he and his fellow Judges retire with the jury and no doubt influence them greatly in the secrecy of the jury room."

465 A 359 CPP. Tomlinson "Nonadversarial Justice" 144.

466 A 362 CPP; Cooper "Criminal Investigations in France" 382.

467 Ten opsigte van die beginsel van *stare decisis* verduidelik Terrill die posisie in Frankryk soos volg: "Although French judges rely upon precedent, they are not obliged to do so because the principle of *stare decisis* does not exist. Actually, *stare decisis* is not necessary because of the approach taken to rendering decisions. Professor Goutal has pointed out, for example, that in the event the Court of Cassation does add a new interpretation to the law, they simply state the

geskrewe hofbeslissing voortbring,[468] alhoewel sodanige beslissings baie kort en abstrak is.[469] Sodra die *juge d'instruction* 'n saak op verhoor laat gaan, is die kans dat die beskuldigde vrygespreek sal word, gering.[470]

Voordat oorgegaan word tot 'n bespreking van die *Cour d'Appel*, moet daar vir 'n oomblik stilgestaan word by die ondersoekende regter, oftewel die *juge d'instruction*. As gevolg van die aard van die Franse regstelsel[471] speel hierdie regter 'n baie belangrike rol by die ondersoek van die sake onder sy of haar beheer en by die besluit welke sake verwys moet word vir verhoor. Die *juge d'instruction* is 'n regter aan wie

---

new ruling. Given their authoritative position, the judges do not feel a compulsion to justify their ruling by searching for precedents. Their attitude is that although the Court has never handed down such a ruling before, the ruling, nevertheless, should have been obvious all along. Thus, the fact that the Court had not addressed itself to the issue before does not really make the opinion new or unique."

468 Terrill *World Criminal Justice Systems* 132 verduidelik: "Unlike judges in the United States and England, French judges are required by law to offer a written opinion in a case, but the decisions are noticeably brief. Whereas judges in the United States and England will write lengthy decisions explaining the legislative history of the issue and the rationale for their opinion, French judges often render an opinion in less than one page. Goutal has suggested that this tradition dates back to 1790 when the new legal system was established. Before the Revolution, judges were abusive and arbitrary in the exercise of their authority. As civil servants, however, the judges of the post-Revolutionary era thought it advisable to be cautious in the exercise of their judicial powers. This attitude is illustrated by the judges penchant for brief impersonal opinions. Moreover, the decision is an anonymous ruling which does not include dissenting opinions. This further enhances the desire to maintain both judicial anonymity and collegiality."

469 Terrill *World Criminal Justice Systems* 131 verduidelik dat in teenstelling met Engelse en Amerikaanse hofbeslissings is Franse beslissings kort en abstrak: "Regarding the abstract nature of a French decision, the French employ deductive logic rather than induction or analogy which is usually utilized in common law countries. A French opinion begins with a general principle found in the Code or a statute, for the Code is the principal source of French law. The decision is designed to show how it is in complete accord with the law. This method reduces significantly the likelihood that the judge will rely upon unwritten principles and be accused of arbitrariness."

470 Phillips ea *Report on the Visit to Paris* 6ev.

471 Die Franse regstelsel is nie suiwer inkwisitories nie, maar 'n inkwisitoriese stelsel met elemente van die akkusatoriewe stelsel. Bouwer "Inquisitorial and Adversary Procedures" 207 verduidelik dit so: "French criminal procedure is of particular interest...as it combines adversary and inquisitorial elements. It owes its inquisitorial elements to the ancien régime and its adversary or accusatorial elements to the procedures introduced by the French revolution...The present balance struck by French criminal law is to provide considerable powers in the early stages of the criminal process to those involved in the investigation of offences, but to introduce adversary elements as the criminal process progresses. The inquisitorial and adversary approaches are thus used as counter-balances to each other."

die voorverhoor-ondersoek van 'n saak spesifiek opgedra is. Hierdie beampte oefen sy bevoegdhede onafhanklik uit en is veral nie onderhewig aan die gesag van die hof (alhoewel daar teen sy beslissings geappelleer kan word), die staatsaanklaer of die polisie nie. Dit is die plig van die *juge d'instruction* om alle getuienis ten opsigte van 'n spesifieke saak bymekaar te maak en te ondersoek en om daarna te besluit of 'n saak verwys moet word vir verhoor, en indien wel, in welke hof die verhoor moet plaasvind. Dit word nie van hierdie beampte verwag om oor die geloofwaardigheid van enige van die aspekte te besluit of om die getuienis te interpreteer nie – dit word oorgelaat aan die verhoorhof.[472] Tomlinson[473] verduidelik dat regters gewoonlik net drie jaar in hierdie hoedanigheid diens doen voordat hulle opbeweeg in die regterlike hiërargie na posisies in die verhoorhowe en appèlhowe. Die staatsaanklaer verwys gewoonlik slegs die volgende na die *juge d'instruction*: wanneer verdere ondersoek nodig is om die identiteit van die oortreder te bepaal, of omdat die saak polities sensitief is, of omdat 'n lasbrief tot arrestasie, aanhouding of toesighouding voor verhoor noodsaaklik is. Die staatsaanklaer verwys gewoonlik al die ander sake na die polisie vir die ondersoek van die misdade en samestelling van die dossier.[474] Hy wys egter daarop dat 'n regterlike ondersoek deur 'n *juge d'instruction* 'n verpligte stap is voordat 'n beskuldigde vir verhoor van 'n *crime* voor 'n *Cour d'Assises gebring kan word*.[475] Die amp van die *juge d'instruction* het al heelwat positiewe sowel as negatiewe kommentaar uitgelok.[476] Abraham[477] wys daarop dat in teenstelling met die

---

472 A 49-51 CPP. Sien ook Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 43,49. Tomlinson "Nonadversarial Justice" 149-155. Ten opsigte van die voorverhoor-ondersoek deur die *juge d'instruction* sien ook *French Code of Criminal Procedure* 12 ev; Terrill *World Criminal Justice Systems* 141-143.

473 "Nonadversarial Justice" 149 vn 55.

474 Tomlinson "Nonadversarial Justice" 155 verduidelik dat die *juge d'instruction* se rol as ondersoekbeampte deesdae grootliks oorgeneem is deur die polisie. Die aantal *juge d'instruction-beamptes* is skaars en die *crimes* en *délits* wat hulle deesdae ondersoek is minder as 7% van die misdade wat jaarliks deur die polisie aangemeld word.

475 Tomlinson "Nonadversarial Justice" 153.

476 Cooper "Criminal Investigations in France" 381 meen dat die Engelse stelsel baie kan leer by die Franse stelsel van voorverhoor-ondersoek deur die *juge d'instruction*. Erikson "Confessions in Evidence" 884 meen dat skuldigbevindings op grond van gefabriseerde valse polisieverklarings uitgeskakel sal kan word indien die voorverhoorondersoek deur die *juge d'instruction* gedoen word. Sien ook in die algemeen Darby "Lessons of Comparative Criminal Procedure" 277; Monahan "Sanctioning Injustice" 679 wys egter weer op die tekortkominge in

posisie in Engeland en Amerika, waar die hoofvraag is of daar bewys kan word dat die beskuldigde skuldig is,[476] moet daar in Frankryk bloot bepaal word *who did it*. Hy kom tot die gevolgtrekking dat daar in die Franse stelsel byna gepraat kan word van 'n vermoede van skuld. Hy som die verhouding wat daar in die praktyk in die regsproses bestaan tussen die ondersoekende regter (*juge d'instruction*) en die verhoorregters soos volg op: die Franse regters in nie onafhanklike arbiters nie, maar is deel van die masjinerie van die owerheid en die proses in die howe tydens strafverhore word gekenmerk deur die inkwisitoriese stelsel, bekend as die *enquête*. Die vermoede wat hier geld kan amper beskou word as een van geïmpliseerde skuld, alhoewel dit egter twyfelagtig is of enige beskaafde land werklik 'n kriminele vervolging sal onderneem op die basis van so 'n vermoede. Hy verwys na Radin wat inderdaad die gedagte van 'n vermoede van skuld beskou as 'n "curiously persistent calumny" en na die gedagte van 'n vermoede van onskuld verwys as "inherent in the French Declaration of the Rights of Man and the Citizen". Ten spyte daarvan is so baie getuienis alreeds voor die verhoor in die hof nougeset versamel tydens die voorafgaande ondersoek deur die ondersoek-regter (*juge d'instruction*), dat die voorsittende regter tydens die verhoor "may well all but presume the defendant to be guilty of the offense charged". Nieteenstaande, neem die voorsittende regters – wat heeltemal ander regters is in die regsproses as die *juges d'instruction* – op 'n aktiewe, soms hewige en bitsige wyse, deel aan die hofondervraging van die getuies sowel as van die getuie (wat ingevolge die Franse reg hom nie kan beroep op die Anglo-Saksiese privilegie teen moontlike selfinkriminering en gevolglik nie kan weier om vrae te beantwoord nie). Tog, indien die ondersoek-regter nie in staat was om enige getuienis te vind wat sou dui op waarskynlike skuld nie, sou die beskuldigde moontlik nooit op verhoor gestel gewees het nie ten spyte van die wense van die polisie. In 'n

---

die Franse stelsel, en spesifiek op probleme in die praktyk met die stelsel van voorverhoorondersoek deur die *juge d'instruction*. Tomlinson "Nonadversarial Justice" vergelyk die Amerikaanse en Franse regstelsels en kom op 195 tot die gevolgtrekking dat "[a]lthough in France all cases go to trial, there is a certain element of anticlimax to the trial because the dossier usually shapes its course and determines its outcome".

477 *Judicial Process* 97.

478 Abraham *Judicial Process* 96 wys daarop dat "[i]t is a cornerstone of the Anglo-Saxon justice that an accused is presumed innocent unless and until proved guilty beyond a reasonable doubt".

sekere sin is hierdie voorafgaande ondersoek (die *enquête*) 'n gevorderde, gekombineerde vorm van die "grand jury investigation and indictment" wat in die Amerikaanse howe aangetref word, met die belangrike onderskeid dat waar die *enquête* in Frankryk onderneem word deur professionele beroepsregters, bestaan die Amerikaanse *grand jury* in sy geheel uit lekepersone.[479]

Daar word deur verskeie skrywers beweer dat sodra die *juge d'instruction* 'n saak op verhoor laat gaan, is die kans dat die beskuldigde vrygespreek sal word, gering.[480] Johnston[481] bevestig hierdie indruk en verduidelik dat omdat die dossier opgestel is deur 'n regter wie se taak dit is om die *waarheid* te vind, is die gesag wat die dossier dra op die tydstip van die verhoor al byna onaanvegbaar. Hy voeg by dat die beskuldigde se regverteenwoordiger se taak tydens die verhoor beperk word tot die maak van opmerkings en dat so 'n regsverteenwoordiger gewoonlik nie getuies kruisondervra nie, aangesien daar nie veel nut daarin is om 'n getuie te ondervra wie se getuienis alreeds deur die sogenaamd onafhanklike ondersoek-regter aanvaar is nie.[482]

---

479 Abraham *Judicial Process* 97-98.

480 Phillips ea *Report on the Visit to Paris*.

481 "Trial by Dossier" 249-250 verduidelik: "Because the dossier has been compiled by a judge whose statutory functions is 'the manifestation of the truth,' its authority, by the time of the trial, is almost incontestable. For the defence lawyer, there is little purpose in challenging a witness whose evidence has already been accepted by the ostensibly independent instruction judge. Effectively, therefore, French defence lawyers are confined to the world of comment".

482 Monahan "Sanctioning Injustice" is ook van mening dat "[a]cquittal in a case that has gone through *instruction* is rare." Hy wys ook daarop dat ingevolge die Delmas-Marty-verslag wat opgestel is deur 'n Kommissie van Ondersoek in Opdrag van die Minister van Justisie is voorgestel dat akkusatoriese elemente reeds op 'n voorverhoor-stadium ingestel word sodat die verdediging op elke stadium op gelyke voet met die vervolging verkeer. Hy wys daarop dat slegs 10% van alle strafsake deur die voorverhoorfase gaan wat deur die *juge d'instruction* ondersoek word. "The weightiness and length of the full judicial investigation encourages the prosecution to take the more expeditious path, where the suspect is brought directly before a *Tribunal Correctionnel*. Die paneel van hierdie howe bestaan uit drie regters en geen jurie nie, en dra 'n groot werkslas. Die dikwels onervare, oorwerkte verdedigers kry dikwels die lêers op 'n baie laat stadium. Die polisie het 'n wye ondersoekdiskresie by die verhoor van so 'n saak. Waar die saak deur die *juge d'instruction* ondersoek is, is vryspaak nie baie algemeen nie. Op die stadium dat die beskuldigde voor die verhoorhof gebring word, kan hy of sy al tot sewe jaar in aanhouding verkeer. "The Delmas-Marty report wants to see a unified system for all types of offence, with an adversarial method introduced early on, and defence lawyers allowed in from the point of police detention...at each stage the defence would have equal status with the prosecution...Above all, the juge d'instruction would lose his conflicting double role – as

Abraham[483] verduidelik dat die *juge d'instruction* beskik oor die magte van beide 'n aanklaer as 'n regter, maar die *juge d'instruction* is nie *per* se 'n lid van die vervolging se kantoor nie. Die funksie van die *juge d'instruction* is om namens die Staat en met behulp van die polisie te bepaal wat die waarheid is. Die *juge d'instruction* mag slegs met 'n ondersoek begin sodra hy of sy sodanig in kennis gestel is deur die Aanklaer *(parquet)*, wat weer deur die polisie, wat reeds begin het met hule eie ondersoek, in kennis gestel is van die misdaad. Die magte van die *juge d'instruction* is omvangryk en sluit die volgende in: hy of sy kan getuies ontbied en deurdringend ondervra, kan verdagtes vra om 'n beweerde misdaad te herkonstrueer (*to reenact the alleged crime*), pos oopmaak en telefoongesprekke onderskep, selfs persone in die tronk laat aanhou. Die *juge d'instruction* mag deskundiges opdrag gee om spesiale aspekte te ondersoek en terug te rapporteer. Abraham[484] wys daarop dat die sterkste wapen in die *juge d'instruction* se groot arsenaal die bekende *confrontation de témoins* (konfrontasie van getuies) is, wat anders is as in die Anglo-Amerikaanse regsprosedure. Wanneer twee of meer getuies teenstrydige weergawes gee van wat gebeur het, word hulle na die *juge d'instruction* se kantoor ontbied vir 'n konfrontasie. Daar, onder wakker en ervare oë en ore, en in die teenwoordigheid van 'n hof-amptenaar wat elke woord wat geuiter word neerskryf, word elke getuie se verklaring herhaal en elke getuie word die geleentheid gebied om foute of ongerymdhede in die ander se verklaring uit te wys. Die ondervraging van getuies mag natuurlik voortgaan na die *confrontation* – dit het waarskynlik ook vooraf plaasgevind – met 'n getuie se regsverteenwoordiger te alle tye teenwoordig. As gevolg van die *confrontation*-prosedure is die aflê van valse verklarings onder eed in strafsake byna heeltemal uitgewis. Sodra al die getuienis, insluitende dié van die polisie, in 'n saak versamel is en beide die verdediging en vervolging se prokureurs het insae in die volledige dossier gehad, kan die *juge d'instruction*, wat gewoonlik die aanklaer daarvan in kennis stel, die saak op eie gesag na die verhoorhof stuur. Omdat so 'n stap baie onwaarskynlik is tensy hy of sy oortuig is van die teenwoordigheid van skuld, draai die

---

investigator and arbiter of his own investigation."

483 *Judicial Process* 96.

484 *Judicial Process* 99.

verhoor gevolglik tot 'n groot mate om 'n openbare bevestiging van die versamelde rekord van getuienis, insluitende enige vroeëre rekord van getuienis. In die geval van 'n statutêr voorgeskrewe ernstige misdaad, moet die hele rekord van die ondersoek hersien word voordat dit aan die *chambre d'accusation*, 'n geregtelike liggaam op appèlhof-vlak, voorgelê word vir verhoor.[485]

In die "strafkamer" van die *Cour d'Appel*, bekend as die *Chambre d'Appels Correctionnels*, word strafappèlle aangehoor[486] voor drie professionele regters, te wete 'n voorsitter (*président*) en twee raadgewers (*conseilleurs*).[487] Volgens Abraham[488] kan die paneel bestaan uit drie tot vyf regters – in Parys bestaan die paneel uit sewe regters. Hierdie hof hoor die saak *de novo* aan[489] en hul beslissing ten opsigte van 'n feitedispuut is finaal. Oor 'n dispuut ten opsigte van 'n regsvraag moet na die *Cour de Cassation* geappelleer word.[490]

Die belangrikste hof in Frankryk is die *Cour de Cassation*. Hierdie hof word ingedeel

---

485 *Judicial Process* 99. Hy kom tot die gevolgtrekking dat [a]lthough the broad powers accorded to the *juge d'instruction* are sometimes criticized even by French legal scholars as being akin to a 'star chamber' proceeding, that charge is grossly exaggerated. The *juge d'instruction* operates in a system that simply refuses to concede to the contending parties control over the presentation of evidence – either its submission or its impeachment by cross-examination. During the trial such control becomes the duty of the presiding judge. In the absence of cross-examination, the data procured by the *enquête* are necessary to ensure the accuracy of testimony. However 'tough' it may be, the *enquête* is characterized by a patient, painstaking discovery procedure, one that has presumably solved mysteries and eliminated discrepancies in testimony. All the evidence is recorded in the *dossier*, enabling the *juge d'instruction* and the *procureur* to build the case against the accused. But it does more: it permits the presiding judge to conduct the trial free from the many 'games' inherent in the adversary process, especially as it is so frequently practiced in American courtrooms."

486 Geen appèl teen 'n beslissing van die *Cour d'Assises* is moontlik nie. 'n Juriebeslissing word beskou as 'n uitdrukking van die wil van die volk (*volonté populaire)*, maar meer nog, die saak sou alreeds voor die verhoor outomaties deur 'n afdeling van die Appèlhof (*Chambre d'Accusation)* in heroorweging geneem gewees het. Bessette "French Civil Law System Since 1804" 348.

487 A 510 CPP.

488 *Judicial Process* 259.

489 Oor die prosedure tydens die aanhoor van 'n appèl, sien *French Code of Criminal Procedure* 37; Kevorkian "The French Court System" 9.

490 Van Zyl *Beginsels* 89; Abraham *Judicial Process* 259.

in ses kamers, waarvan een die strafkamer is.[491] Elkeen van die kamers bestaan uit 'n paneel van hoogstens 15 regters, waar die voorsittende beampte bekend staan as die *président* en die Hoofregter aan die hoof staan van die hele hof.[492] Die *quorum* vir die aanhoor van appèlle is vyf regters.[493] Net soos die *House of Lords* in Engeland, maar in teenstelling met die *Supreme Court* in die Verenigde State, het die *Cour de Cassation* geen oorspronklike jurisdiksie nie; al die sake wat deur hierdie hof aangehoor word, loop die pad deur die hiërargie van die gewone howe en beland hier as gevolg van appèl vanaf die *Cour d'Assises* (in die meerderheid van gevalle) en die gewone appèlhowe (*Cour d'Appel*).[494] Die belangrikste funksie van die *Cour de Cassation* is om te verseker dat laer howe nie van die bepalings van die wette afwyk nie en om sover moontlik 'n eenvormige konstruksie en uitleg van die wette te bewerkstellig. Die *Cour de Cassation* oorweeg slegs regsvrae. Hierdie hof bemoei hom nie met feitelike aangeleenhede nie en gee normaalweg nie sy eie uitsprake op die meriete nie – die bevoegdheid om uitsprake ten opsigte van die meriete te gee, word geag binne die diskresie van die laer howe te val.[495] Gewoonlik word die laer hof se beslissing bloot omvergewerp en die saak word terugverwys na 'n ander hof met dieselfde jurisdiksie as die hof waarvan die appèl afkomstig was.[496] Die hof waarna die saak terugverwys word, is egter nie gebonde aan die *Cour de Cassation* se beslissing nie – in die praktyk sal so 'n hof gewoonlik nie geredelik daarvan afwyk nie, aangesien hy dan die gevaar loop dat sy eie beslissing omvergewerp kan word. Indien 'n saak op hierdie wyse 'n tweede keer voor die *Cour de Cassation* kom, word dit deur 'n gesamentlike sitting van al die kamers aangehoor en, indien die uitspraak van die hof *a quo* omvergewerp word, word die saak na 'n derde hof van dieselfde jurisdiksie as die voriges terugverwys, maar dié keer is die laer hof aan die uitspraak van die

---

491 Ten opsigte van bevoegde uitsprake van hierdie hof, sien a 605-619 CPP.

492 Volgens Van Zyl *Beginsels* bestaan hierdie hof dus uit sewentien regters.

493 Abraham *Judicial Process* 259.

494 Abraham *Judicial Process* 259.

495 Abraham *Judicial Process* 260.

496 A 609-613 CPP.

Cour de Cassation gebonde. Indien die *Cour de Cassation* 'n uitspraak gee, is dit bindend op al die howe laer af in die hiërargie.[497] Die *Cour de Cassation* gee selde redes vir 'n beslissing, behalwe waar dit duidelikheidshalwe noodsaaklik is.[498] Hierdie hof het ook geen hersieningsbevoegdheid nie – met ander woorde, hierdie hof het nie die bevoegdheid om te bepaal of wetgewing in stryd is met die Grondwet nie. 'n Stelsel van kwasi-judisiële hersiening word uitgeoefen deur 'n liggaam wat buite die judisiële hiërargie lê, naamlik die *Conseil Constitutionnel* (Konstitusionele Raad).[499] Die afwesigheid van *bona fide* judisiële hersiening[500] word beskou as 'n leemte in die Franse regstelsel.[501]

---

497 In die Franse regstelsel is die primêre bron van die reg, wetgewing. Regspraak is nie bindend op ander howe nie, behalwe in die geval van die *Cour de Cassation*. Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 4 beskryf dit so: "The only decision which is binding is when an appeal is taken to the *Cour de Cassation* sitting in full bench which is then final quoad the case to which the appeal relates – but not to other cases. However, although decisions are not binding, case law (for which the French term is 'jurisprudence') should not be discounted as a source of law, as it may have a strong persuasive effect and is particularly valuable when interpreting statute law, or making good any defects in statute law. It is of special importance when dealing with procedure in criminal courts."

498 Van Zyl *Beginsels* 90.

499 Abraham *Judicial Process* 260 stel dit soos volg: "In no sense does the *Cour de Cassation*, 'an offspring of the revolutionary legislators' profound distrust of the judges,' have the power of judicial review. In 1974 President Giscard d'Estaing's government did promise to consider its adoption in a future reform of the judiciary, and so did President Mitterand's as of 1981; but it had not materialized by mid-1992. Indeed, as the Court itself did rule, in a case involving the newspaper *Le National*, a law that had been 'deliberately promulgated according to constitutional forms' is beyond attacks on grounds of unconstitutionality under the French system of separation of powers. The absence of *bona fide* judicial review is a deficiency of power the French courts have shared with their friends across the Channel. However a system of what might be called quasi-judicial review, lodged in an extra-judicial body lying outside the judicial hierarchy, the *Constitutional Council (Conseil Constitutionnel)*...was adopted by the Constitution of the Fifth Republic..." Hy kom tot die slotsom: " But as will be readily perceived, the French system of quasi-judicial review is a far cry from the *bona fide* power and authority vested in the U.S. judiciary – although it may have been undergoing a modicum of strengthening since 1974."

500 Hier is egter 'n uitsondering: die *Conseil d'Etat* hersien egter verordeninge ingevolge aa 38 en 39 van die Grondwet. Abraham *Judicial Process* 260.

501 Tomlinson "Nonadversarial Justice" 179 som die probleem soos volg op: "the court system itself contains a structural deficiency that hinders the judicial recognition of individual rights. The body responsible for protecting an expanding category of constitutional rights – the French Constitutional Council – is jurisdictionally isolated; its decisions do not bind regular courts."

❑ KORT OPSOMMING

Ten opsigte van die *persoonlike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare blyk die volgende:

- In Frankryk tree beroepsregters in beide die hoër- en laer howe op. Alle applikante vir regterskap moet 'n tydperk van 27 maande by die *École Nationale de la Magistrature* deurbring en 'n finale toelatingseksamen aflê. Die opleiding wat hier verkry word, is gedeeltelik akademies en gedeeltelik prakties van aard. In die praktyk stel die President van die Republiek die regters aan, maar die regters van die Hooggeregshof (*Cour de Cassation*) en die presidente van die appèlhowe word aangestel op grond van voorstelle gemaak deur die *Conseil Supérieur de la Magistrature* en die ander regters word aangestel op grond van voorstelle gemaak deur die Minister van Justisie (*Garde des Sceaux*). In laasgenoemde geval word die *Conseil de la Magistrature* geraadpleeg vir (nie-bindende) advies.
- Die regters word lewenslank aangestel en kan slegs afgedank word op grond van ampswangedrag en dan alleenlik op aanbeveling van die *Conseil Supérieur de la Magistrature*, wat optree as dissiplinêre hof vir regters. Aansoek kan gedoen word om die rekusering van regters. Salarisse word bepaal deur die sentrale regering op grond van 'n vaste salarisskaal opgestel vir staatsdiensamptenare: die rang, jare ondervinding en diens van elke regter word in ag geneem – as gevolg hiervan kan 'n vermindering in salaris net verkry word op grond van dissiplinêre stappe. Omdat regters deel is van 'n hiërargie-en-meriete-bevorderingstelsel word hul onfhanklikheid deur sommige kritici bevraagteken.
- Wat verteenwoordigende kwaliteite betref, is daar geen spesifieke vereiste dat alle bevolkingsgroepe proporsioneel verteenwoordig moet wees op die regbank nie. Daar word slegs vereis dat 'n kandidaat vir regterskap 'n Franse burger moet wees – verder geskied aanstellings op meriete.

Ten opsigte van die regterlike amptenare se *saaklike onafhanklikheid*, blyk die volgende:

- In Frankryk word die inkwisitoriese prosesstelsel[502] gevolg. Die rol van die regter in die hof is oor die algemeen om al die getuienis aan die lig te bring deur ondervraging van die beskuldigde en die getuies;[503] om oor regsvrae te besluit; om na aanhoor van die getuienis en nadat die partye die hof toegespreek het (waar van toepassing) te besluit oor die uitspraak en die vonnis wat opgelê moet word (behalwe in jurieverhore in die *Cour d'Assises*).[504] Kritici meen dat as gevolg van die inkwisitoriese stelsel en die feit dat die voorsittende regter tydens die verhoor sterk steun op die dossier opgestel deur die ondersoek-regter *(juge d'instruction)* is die kans dat 'n beskuldigde vrygespreek gaan word, gering. Die administrasie van die howe berus by die howe self: die toewysing van sake geskied deur die *président* van die hof ooreenkomstig vasgestelde reëls vervat in die *Code de l'Organisation Judicaire* en prosedurereëls.

5.6 REGSPREKENDE BEAMPTES MET REGSOPLEIDING IN ANDER AFRIKA-LANDE

5.6.1 Persoonlike onafhanklikheid

Aspekte van die posisie in Zimbabwe en Namibië sal kortliks onder die loep geneem word. Albei hierdie lande het na onafhanklikwording 'n nalatenskap van rassediskriminasie probeer te bowe kom deur die regbank te hervorm sodat dit meer verteenwoordigend is van die bevolking. Tog het nie een van hierdie lande hulle gewend tot 'n kwota-stelsel of teenoorgestelde diskriminasie (*reverse discrimination*) ten einde te verseker dat 'n groter verskeidenheid van standpunte op die regbank

---

502 Tov die inkwisitoriese stelsel, sien die bespreking in afd 2.6.2.

503 Die Franse het 'n inkwisitoriese regstelsel. Die getuienis word nie soos in 'n akkusatoriese regstelsel deur die onderskeie partye voor die hof gelê nie.

504 Tomlinson "Nonadversarial Justice" 143-144.

verteenwoordig is nie.[505] Ten einde as moontlike riglyn te dien vir die posisie in Suid-Afrika, is dit insiggewend om te sien hoe die seleksieproses funksioneer in hierdie regstelsels en tot watter mate dit die samestelling van die regbank beïnvloed het. Die persoonlike onafhanklikheid van die regbank in hierdie stelsels sal in die volgende afdeling ontleed word deur te verwys na die seleksie van regterlike amptenare, hul diensvoorwaardes en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.[506]

5.6.1.1 Seleksie

(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie

Wat die hoër howe in Zimbabwe betref, bestaan die regbank uit die Hoofregter, regters van die *Supreme Court*,[507] die Regter-president en die ander regters van die *High Court*.[508] Die regbank in Zimbabwe het voor onafhanklikwording, soos Suid-Afrika, ook 'n krisis ten opsigte van vertroue in die regbank beleef[509] – dit het daartoe gelei dat daar na onafhanklikwording pogings aangewend is om die regbank meer verteenwoordigend te maak van die gemeenskap. Die Grondwet voor onafhanklikwording het voorsiening gemaak vir 'n *High Court* met afdelings en jurisdiksie soos voorgeskryf deur die Parlement. Ingevolge 'n wet van die Parlement is die *High Court* ingedeel in 'n *Appellate Division* en 'n *General Division*. Regters is aangestel deur die President op advies van die Eerste Minister. Kwalifikasies het

---

505 Harris "Appointments to the Bench" 202.

506 Tov die persoonlike onafhanklikheid van die regbank, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

507 A 80 van die Grondwet van die Republiek van Zimbabwe (hierna genoem die Grondwet van Zimbabwe).

508 A 81 van die Grondwet van Zimbabwe.

509 Kamba "The Future Role of the Judiciary and the Courts" in Norton *Reshaping the Structures of Justice for a Democratic South Africa* 1994 25 verduidelik op 28 dat "Zimbabwe, like South Africa, was faced with a crisis of judicial confidence. It was the courts of Zimbabwe which had ruled that Smith's Government was legal (in the Madzimbamuto case) even though, later, the Privy Council ruled otherwise. It was the judgments of these courts which sent countless of the majority community to prisons, and some to the gallows for fighting against the illegal regime. The courts were also not able to come to the rescue of those who were restricted or detained under a whole regime of unjust laws." Tov die kritiek teen die regbank in Suid-Afrika, sien die bespreking in afd 8.3.

ingesluit 'n minimum tydperk van tien jaar praktyksondervinding as advokaat.

Die Grondwet wat tydens die proses van onafhanklikwording opgestel is in 1979 het die *High Court* met sy twee afdelings behou. Ingevolge die nuwe Grondwet is daar egter twee veranderinge ten opsigte van die aanstelling van regters ingevoer: eerstens is die minimumkwalifikasie-vereiste verlaag van tien tot sewe jaar,[510] alhoewel aanstellings steeds vanuit die geledere van die advokatuur gemaak is,[511] en tweedens, is bepaal dat, met die uitsondering van die Hoofregter, regters van die *High Court* aangestel moes word deur die President op advies van die Regterlike Dienskommissie.[512] Die Regterlike Dienskommissie sal later in meer besonderhede bespreek word in die volgende afdeling wat handel oor die seleksie van regsprekende amptenare.

Die "poel" waaruit kandidate geselekteer kon word is vergroot deur samesmelting van die twee afdelings van die regsprofessie (balie en sy-balie) in 1981 ingevolge die *Legal Practitioners Act*. 'n Grondwetlike wysiging in 1981 het 'n afsonderlike *Court of Appeal* (op vlak van die *Supreme Court*) en *Court of Trial* (op vlak van die *High Court)* geskep en bepaal dat regters vanuit die een nuwe professionele groep regspraktisyns geselekteer kon word.[513] Daar is verder voorgeskryf dat by bepaling of 'n kandidaat aan die minimum kwalifikasie voldoen, die tydperk ondervinding opgedoen as óf advokaat óf prokureur in aanmerking geneem kon word. 'n Verdere grondwetlike wysiging in 1981 het die minimum kwalifikasies verder verlaag na vyf jaar

---

510 A 82 van die Grondwet van Zimbabwe bepaal welke kwalifikasies 'n persoon moet hê om as regter van die *Supreme Court* of die *High Court* aangestel te kan word. Dumbutshena "The Judiciary, the Executive and the Law" 1987 *Lesotho LJ* 237 238. Vir 'n algemene bespreking van die regsopleiding in Zimbabwe en die vereistes om as regspraktisyn toegelaat te word, sien Austin "Access to Legal Education and the Legal Profession in Zimbabwe" 1987 *Zimbabwe LR* 172 ev; Gutto "Law and Legal Education in the Period of Transition from Capitalism to Socialism" 1983-1984 *Zimbabwe LR* 158.

511 Goldin *The Judge, the Prince and the Usurper – From UDI to Zimbabwe* 1990 62 wys daarop dat die ampsekuriteit van regters na onafhanklikwording van Zimbabwe in 1980 geensins beïnvloed is nie. Die "poel" waaruit regters geselekteer kon word is egter vergroot deur die vereiste kwalifikasie te verlaag van tien jaar na sewe jaar.

512 Kamba "Judiciary and the Courts" 29.

513 Kamba "Judiciary and the Courts" 29.

ondervinding. Dit het ook die "poel" waaruit regterlike aanstellings gemaak kon word verder uitgebrei om ook landdroste (*magistrates)* in te sluit. Kamba wys daarop dat 'n kombinasie van al hierdie bepalings sowel as bedankings en aftrede van sommige van die regters bygedra het tot die "fairly rapid transformation of the face of the Judiciary".

Dit is insiggewend om te sien op welke wyse Zimbabwe die kritieke tekort aan regsprekende beamptes in die hoër howe wat na onafhanklikwording ontstaan het, gehanteer het. Alhoewel die regters tradisioneel uit die geledere van die praktiserende advokate gekies is, het Zimbabwe direk na onafhanklikwording 'n kritieke tekort aan regters beleef aangesien 'n groot aantal van die blanke regters bedank het. Die Mugabe-regering was van mening dat daar nie genoeg plaaslike kandidate was wat oor voldoende ondervinding beskik het nie. Daar moes dus wyer as bloot die advokatuur gesoek word vir geskikte kandidate: eerstens, is regters uit ander lande gewerf om op kontrakbasis (vir 'n termyn van drie jaar) die poste te vul;[514] tweedens, is 'n regsprekende beampte (*magistrate*) vanaf die laerhof na die hoërhof bevorder.[515]

By oorweging van hierdie tweede metode vir toepassing in Suid-Afrika moet daarop ag geslaan word dat die toepassing hiervan in die praktyk in Zimbabwe maklik uitvoerbaar en gevolglik suksesvol was omdat die regsprekende beamptes in die laer howe ondervinding opdoen oor 'n wye spektrum van die reg. Volgens Redgment is die werksondervinding wat 'n *regional magistrate* opdoen wyer as byvoorbeeld dié van sy eweknie in Suid-Afrika.[516] Hy kom tot die gevolgtrekking dat alhoewel die regbank

---

514 Dit wil voorkom asof hierdie metode gebruik is as 'n tydelike maatreël en nie as 'n proeftydperk wat 'n permanente aanstelling voorafgaan nie. Twee regters uit Ghana en twee uit Tanzanië is op hierdie wyse gewerf. Redgment "Plus Ça Change...: Fifty Years of Judges in Southern Rhodesia, Rhodesia and Zimbabwe" 1985 *SALJ* 529 535; 537. Sien ook Dumbutshena "The Judiciary, the Executive and the Law" 238.

515 Redgment "Fifty Years of Judges" 536 verduidelik dat die inwerkingstelling van hierdie tweede metode in navolging was van die *Broome Commission* se voorstel dat 'n uitstaande *regional magistrate* wat oor die nodige kwalifikasies beskik en hom of haarself bewys het as van die vereiste kaliber, saam met die ander kandidate vir aanstelling tot die regbank oorweeg behoort te word. Dudley Reynolds was dan ook die eerste *magistrate* wat bevorder is na die hoërhof.

516 In "Fifty Years of Judges" 536 wys hy op die volgende: "Zimbabwe is better provided for than South Africa in this regard, as the work of the law officers covered the whole spectrum. The experience a regional magistrate has is also broader than that of his counterpart in South Africa.

in Zimbabwe uit 'n groot verskeidenheid van agtergronde kom, is daar tog eenvormigheid en aaneenlopendheid.[517]

Dit is ook insiggewend om te sien hoe 'n tekort, wat op 'n stadium ondervind is, ten opsigte van regsprekende beamptes in die laer howe gehanteer is. Na onafhanklikwording van Zimbabwe in 1980 het 'n groot aantal van die blanke *magistrates*[518] bedank.[519] Dit het 'n groot tekort op die regbank in die laer howe veroorsaak. Die nuwe regering moes drastiese stappe doen om hierdie tekort aan te vul. Een van die stappe was die aanbied van kort, kompakte kursusse (*crash courses*) deur die akademici by die Regsfakulteit van die Universiteit van Zimbabwe aan studente wat spesiaal gewerf is hiervoor en wat nie andersinds sou kwalifiseer vir normale toelating tot die Universiteit nie.[520] Ongeveer 1987 het dié posisie gestabiliseer.[521]

He does some review work, tries a variety of criminal cases – often with assessors – and takes his turn in the civil court. A bench without private practitioners, probably even without a majority of private practitioners, would be the poorer, and there seems a danger in Zimbabwe that the pendulum has swung too far. It is difficult to know to ascribe this to the near collapse of the bar following fusion of the profession (down in size from 24 to seven in Harare) or to a political aversion to the private sector."

517 Hy verwys na Jerome Frank wat gesê het "a judge's decisions are the outcome of his entire life history" en kom tot die gevolgtrekking dat "the judge's presently on the bench in Zimbabwe have come from very different backgrounds – local, South African, West Coast, East African, United Kingdom, Christian and Islam, black, white and in between, private practice, government service and a mixture. Despite this, there is a continuance and uniformity that leads one to say 'plus ça change, plus c'est la même chose' " – "Fifty Years of Judges" 538.

518 *Magistrates* is voltydse, permanent aangestelde staatsdiensamptenare.

519 Dumbutshena "The Judiciary, the Executive and the Law" 239.

520 Austin "Access to Legal Education and the Legal Profession in Zimbabwe" 172. Hy verduidelik: "These were destined to fill posts as prosecutors and magistrates in the Magistrates' Courts and as presiding officers in the newly created Community Courts." Ten opsigte van die opleiding self voeg hy by: "The training of prosecutors and magistrates, who are full-time civil servants, continued as a part-time, special programme at the University until the end of 1986. These students were examined in a slimmed-down core of subjects in first criminal and then civil law, but received no degree. Their training was recognised only to a limited extent, by the Government alone. This measure did not effectively change the pattern of access to legal education or to the legal profession, but was a temporary measure to fill a gap in certain government legal services with persons who were not offered a full legal education."

521 Die aanbieding van hierdie kompakte kursusse is gefinansier deur 'n toekenning van die Verenigde State. Volgens Dumbutshena "The Judiciary, the Executive and the Law" 239 was die krisis in 1987 feitlik iets van die verlede en die posisie "at magistrate court level has started

Die opleiding aan die universiteit is dieselfde vir alle regstudente. Na 'n regskwalifikasie verwerf is, moet 'n jaar praktiese ondervinding opgedoen word vir toelating tot die regspraktyk. Dit is nie 'n vereiste dat hierdie regsondervinding in private praktyk opgedoen moet word nie – dit kan ook as staatsamptenaar in diens van die Staat opgedoen word.

(b) Wyse van seleksie

By die seleksie van regters speel die *Judicial Service Commission* 'n belangrike rol.[522] Ingevolge artikel 84(1) van die Grondwet van Zimbabwe moet die Hoofregter en regters van die *Supreme Court* en *High Courts* aangestel word deur die President na oorlegpleging (*after consultation*) met die *Judicial Service Commission.*[523] Die gebruik van die woord *consultation* dui daarop dat die aanbeveling van die Kommissie nie bindend is nie.[524] Artikel 84(2) maak inderdaad voorsiening vir aanstellings wat nie in ooreenstemming is met die Kommissie se aanbevelings nie en daar word vereis dat die President sodanige aanstellings so gou as wat prakties moontlik is onder die aandag van die Parlement moet bring. Die samestelling van die *Judicial Service Commission* word voorgeskryf deur artikel 90 van die Grondwet, waarvolgens dit sal bestaan uit die Hoofregter,[525] die voorsitter van die Staatsdienskommissie,[526] die

---

to stabilize, although there is still need for ongoing training to ensure that the quality of justice meted out by these courts continues to improve."

522 Volgens Redgment "Fifty Years of Judges" 537 is dit moeilik om die effektiwiteit van die *Judicial Service Commission* in Zimbabwe te bepaal, aangesien hierdie liggaam se besluitnemingsproses (*deliberations*) privaat is. Tov die besluitnemingsproses van die Regterlike Dienskommissie in die Suid-Afrikaanse konteks, sien afd 8.4.1.1(b)(bb).

523 Ingevolge a 85(1)-(2) van die Grondwet van Zimbabwe word waarnemende regters aangestel deur die President op aanbeveling van die *Judicial Service Commission*. So 'n persoon beklee sy amp vir die tydperk waarvoor hy aangestel is of as geen tydperk gespesifiseer is nie, totdat sy aanstelling opgeroep word deur die President na oorlegpleging met die *Judicial Service Commission* (a 85(3)).

524 Harris "Appointments to the Bench" 202.

525 Indien daar geen Hoofregter of waarnemende Hoofregter is nie, of hulle nie op daardie betrokke tydstip beskikbaar is nie, dan die mees senior appèlregter wat wel beskikbaar is.

526 Ingevolge a 74 van die Grondwet van Zimbabwe moet die voorsitter en ten minste een ander lid persone wees wat in senior openbare poste aangestel was.

Prokureur-generaal en ten minste twee maar nie meer as drie ander lede wat deur die President op advies van die Eerste Minister aangestel is. Een van hierdie laasgenoemde lede moet 'n huidige of gewese regter van die *High Court* wees, of moes vir minstens vyf jaar gekwalifiseer het om as advokaat of prokureur in Zimbabwe te praktiseer, of beskik oor sodanige regskwalifikasies of regsondervinding wat die President as geskik en voldoende beskou vir so 'n persoon se aanstelling tot die *Judicial Service Commission* en die ander lede sal gekies word op grond van hulle bekwaamheid en ondervinding in administrasie of hulle professionele kwalifikasies of omdat hulle andersins geskik is vir aanstelling.[527]

Evaluering van die *Judicial Service Commission* in Zimbabwe bring aan die lig dat dit nie 'n baie sterk instelling is nie: die aanbevelings van die Kommissie is nie bindend nie en afgesien van die Hoofregter bestaan dit uitsluitlik uit staatsaanstellings.[528] Harris wys daarop dat nieteenstaande hierdie feit het die Kommissie tog gelei tot 'n verandering in die samestelling van die regbank: in teenstelling met die posisie tydens onafhanklikwording in 1980 toe al twaalf die regters Blank en geeneen vroulik was nie, het die regbank in 1992 soos volg daaruit gesien: twaalf van die agtien regters was Swart en een van hulle was vroulik.

In Namibië tree professionele regters op as voorsittende beamptes in die *Supreme Court* en die *High Court*. Die *Judicial Services Commission* in Namibië speel 'n meer prominente rol by die aanstelling van regterlike amptenare as sy eweknie in Zimbabwe. Ingevolge artikel 82(1) van die Grondwet van die Republiek van Namibië (hierna genoem die Grondwet van Namibië) word bepaal dat alle aanstellings van regters van die *Supreme Court* en die *High Court* deur die President op aanbeveling van (*on the recommendation of*) die *Judicial Services Commission* gedoen moet word. Die gebruik van die bewoording *on the recommendation of* dui daarop dat die President bloot die besluit wat deur die Kommissie geneem is, formeel bevestig.[529] Die

---

527 Grondwet van Zimbabwe a 90.

528 Harris "Appointments to the Bench" 203.

529 Harris "Appointments to the Bench" 203.

Judicial Services Commission van Namibië bestaan uit die Hoofregter, 'n regter aangestel deur die President, die Prokureur-generaal en twee lede van die regsprofessie genomineer kragtens 'n parlementswet deur die professionele organisasie of organisasies wat die belange van die regsprofessie in Namibië verteenwoordig.[530] Die balans in die samestelling van die Kommissie is duidelik ten gunste van verteenwoordigers wat nie deur die staat aangestel is nie. Waar die regbank by onafhanklikwording in 1990 uitsluitlik Blank was, was twee van die twaalf regterlike amptenare in 1992 Swart.[531]

Omdat 'n verteenwoordigende regbank lei tot 'n verhoging in openbare vertroue en legitimiteit van die regbank, is dit 'n faktor wat in ag geneem moet word by die seleksie van regterlike amptenare.[532]

5.6.1.2 Diensvoorwaardes

In Zimbabwe word 'n regter se aanstelling, figuurlik gesproke, as 'n lewenslange aanstelling beskou.[533] 'n Regter van die *Supreme Court* of die *High Court* beklee sy of haar amp tot die ouderdom van 65 jaar, tensy so 'n regter voordat hy of sy hierdie ouderdom bereik, besluit het om af te tree op 70 jaar. So 'n besluit moet voorgelê word aan die President en is onderhewig aan die goedkeuring van die President na oorlegpleging met die *Judicial Service Commission*.[534] 'n Regter van die *Supreme Court* of die *High Court* mag te enige tyd bedank deur skriftelike kennis te gee aan die President.[535] Ter bevestiging van hierdie regsprekende beamptes se ampsekuriteit

---

530 A 85(1) van die Grondwet van Namibië. Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1141.

531 Harris "Appointments to the Bench" 203 ev.

532 Sien die bespreking tov die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank in Namibië en Zimbabwe in afd 5.6.1.3.

533 Dumbutshena "The Judiciary, the Executive and the Law" 238.

534 Grondwet van Zimbabwe a 86(1).

535 Grondwet van Zimbabwe a 86(2).

bepaal artikel 86(3)[536] dat die amp van 'n regter van die *Supreme Court* of die *High Court* nie tydens sy bekleding van die amp sonder so 'n regter se toestemming afgeskaf sal word nie. Artikel 87[537] bepaal dat 'n regter uit sy amp verwyder kan word slegs op grond van onbekwaamheid om sy ampsverpligtinge na te kom, hetsy dit voortspruit uit fisiese of geestelike swakheid of enige ander rede, of op grond van wangedrag. Indien die President van mening is dat die vraag na die ontslag van die Hoofregter ondersoek behoort te word, is die President verplig om 'n tribunaal aan te stel om die aangeleentheid te ondersoek.[538] Waar dit gaan om die ontslag van 'n regter van die *Supreme Court* of die *High Court* en so 'n regter is nie die Hoofregter nie, sal die President 'n tribunaal aanstel om die aangeleentheid te ondersoek slegs indien die Hoofregter hom adviseer dat die aangeleentheid ondersoek behoort te word.[539] Die tribunaal wat in die laasgenoemde twee gevalle ter sprake is, sal bestaan uit nie minder as drie lede wat deur die President geselekteer word uit die volgende: a) persone wat as regter van die *Supreme Court* of *High Court* opgetree het; b) persone in ander lande wat regters is of was en volgens hul kwalifikasies in Zimbabwe as regters aangestel sou kon word;[540] c) regspraktisyns met ten minste sewe jaar ondervinding wat genomineer is deur die regspraktisyns se professionele vereniging.[541] Een van die lede van die tribunaal sal deur die President as voorsitter aangewys word. Die tribunaal wat aangestel is om die aangeleentheid te ondersoek sal oor die feite verslag doen aan die President en sal hom adviseer of die vraag ten opsigte van die ontslag van die regter na die *Judicial Service Commission* verwys moet word of nie, en die President sal in ooreensteming met hierdie aanbeveling optree.[542]

---

536 Grondwet van Zimbabwe.

537 Ingevolge a 87(1) van die Grondwet van Zimbabwe mag 'n regter slegs uit sy amp onthef word "for inability to discharge the functions of his office, whether arising from infirmity of body or mind or any other cause, or for misbehaviour and shall not be so removed except in accordance with the provisions of this section."

538 A 87(2) van die Grondwet van Zimbabwe.

539 Grondwet van Zimbabwe a 87(3).

540 A 87(4)(b) van die Grondwet van Zimbabwe.

541 A 87(5) van die Grondwet van Zimbabwe.

542 A 87(6) van die Grondwet van Zimbabwe.

Indien die vraag of 'n regter van die *Supreme Court* of die *High Court* uit sy amp ontslaan moet word, na die tribunaal verwys is vir 'n beslissing, sal die regter nie toegelaat word om enige ampspligte te verrig nie totdat die President, op aanbeveling van die tribunaal of die *Judicial Service Commission* die skorsing ophef of die regter uit sy amp ontslaan.[543]

'n Regter se salaris en toelaes word ingevolge parlementêre wetgewing vasgestel, dit word uit die *Consolidated Revenue Fund* betaal en sodanige salaris en toelaes mag nooit gedurende 'n regter se ampstermyn verminder word nie.[544]

In Namibië beklee alle regters hul amp tot die ouderdom van 65 jaar, maar die President kan die aftree-ouderdom van enige regter tot 70 uitstel.[545] In Namibië kan 'n regter slegs deur die President handelende op aanbeveling van die *Judicial Service Commission* uit sy amp onthef word. Dit is die *Judicial Service Commission* se taak om ondersoek in te stel of die regter weens geestelike onbevoegdheid of growwe wangedrag uit sy amp onthef moet word en indien besluit word om die regter te ontslaan, word die President aangaande die aanbeveling ingelig. Hangende die uitslag van die ondersoek en aanbeveling kan die President op advies van die *Judicial Service Commission* die regter se amp opskort.[546]

5.6.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank hang saam met die seleksie van regterlike amptenare wat hierbo bespreek is.[547] Na onafhanklikwording van Zimbabwe is die *Judicial Service Commission* ingestel ten einde aanbevelings te maak ten

---

543 A 87(8) van die Grondwet van Zimbabwe.

544 Grondwet van Zimbabwe a 88.

545 Grondwet van Namibië a 82(4). Hierdie artikel bepaal verder dat dit ook moontlik is om by wyse van wetgewing voorsiening te maak vir 'n aftree-ouderdom wat hoër is as dié waarvoor die Grondwet voorsiening maak.

546 A 84 van die Grondwet van Namibië. Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1148.

547 Sien die bespreking in afd 5.6.1.1.

opsigte van die kandidate wat aangestel word as regterlike amptenare. Dit blyk dat die samestelling van die regbank voor onafhanklikheidwording in 1980 uitsluitlik blank was.[548] Na onafhanklikwording het Mugabe, as deel van die proses van rekonsiliasie, al die lede van die regbank wat onder die Smith-regering gedien het, behou.[549] Omdat 'n groot aantal van die regters na onafhanklikwording bedank het en daar nie genoeg plaaslike kandidate was met voldoende ondervinding om hulle poste te vul nie, was die regering van Zimbabwe verplig om uitgeweke en ander regters te werf om op kontrakbasis[550] hierdie poste te vul. In teenstelling met die posisie voor onafhanklikwording, waar die regbank uitsluitlik blank was, was die samestelling van die regbank in 1992 meer verteenwoordigend van die gemeenskap in dié sin dat twaalf van die agtien regterlike amptenare Swart en een hiervan vroulik was. Na 'n statistiese ontleding blyk dit dat hierdie samestelling in verhouding redelik konstant gebly het.[551]

In Namibië was die samestelling van die regbank (beide hoër howe en laer howe) voor onafhanklikwording in 1990 [552] uitsluitlik blank.[553] Teen 1992 was die samestelling

---

548 Dumbutshena "The Judiciary, the Executive and the Law" 238; Harris "Appointments to the Bench" 203.

549 Dumbutshena "The Judiciary, the Executive and the Law" 238; Redgment "Fifty Years of Judges" 535.

550 Die termyn van die kontrak was normaalweg drie jaar. Redgment "Fifty Years of Judges" 535: " 'Contract judges' is a term foreign to South Africa though it is used in the old colonial territories, for example, Botswana. It was introduced in Zimbabwe to cover the period where few persons thought suitable were available, in the hope that candidates would become available in time. The concept permitted the import of judges. Two judges were brought in from Ghana and two from Tanzania."

551 Vir die samestelling van die regbank in 1992, sien Harris "Appointments to the Bench" 203. 'n Ontleding van die hoër howe het aan die lig gebring dat die regbank op 19 Mei 2000 bestaan het uit 20 manlike en 3 vroulike regters, wat statisties onderverdeel kan word in 6 blankes en 17 persone wat nie afkomstig is van die blanke bevolkingsgroep nie. Sien Deel 1 Inhoudsopgawe op xi van *Die Suid-Afrikaanse Hofverslae* 2000(1). Met die uitsluiting van een persoon, naamlik regter Mubako wat klaarblyklik nie meer as regter in Zimbabwe optree nie, is hierdie samestelling van die regbank bevestig deur die sekretaris van die *Law Society* van Zimbabwe na telefoniese navraag op 19 Mei 2000.

552 Op 9 Februarie 1990 het die Namibiese grondwetgewende vergadering die nuwe Grondwet van Namibië eenparig aangeneem, en op 21 Maart 1990 het Namibië onafhanlik geword – Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 250.

553 Lubowski "Democracy and the Judiciary" 15.

van die regbank tot 'n groter mate verteenwoordigend van die gemeenskap in dié sin dat twee van die twaalf regterlike amptenare Swart was. Teen 19 Mei 2000 het die regbank in die hoër howe bestaan uit agt regters, waarvan drie blank was en vyf persone was, wat nie afkomstig is van die blanke bevolkingsgroep nie. Daar was een vroulike regter wat in laasgenoemde kategorie geval het.[554]

Om saam te vat: Sover vasgestel kon word het geeneen van hierdie twee stelsels enige voorskriftelike bepaling ten opsigte van die samestelling van die regbank wat betref ras en geslag nie. Albei lande het na onafhanklikwording begin met 'n proses om die regbank te hervorm sodat dit meer verteenwoordigend is van die bevolking – deel van hierdie proses was die instel van 'n regterlike dienskommissie. Nie een van hierdie lande het hulle gewend tot 'n kwota-stelsel of teenoorgestelde diskriminasie (*reverse discrimination*) ten einde te verseker dat 'n groter verskeidenheid van standpunte op die regbank verteenwoordig is nie.[555]

5.6.2 Saaklike onafhanklikheid

Onder die begrip die saaklike onafhanklikheid van die regbank kom aspekte soos regterlike diskresie, die prosedure tydens die verhoor en administratiewe funksies ter sprake.[556] Die saaklike onafhanklikheid van die regbank sal hier bespreek word deur te verwys na die bevoegdhede en verpligtinge van die regterlike amptenare in Namibië en Zimbabwe.

---

554 Tov die 1992 statistiek, sien Harris "Appointments to the Bench" 203. Statistiek van die samestelling van die regbank soos op 19 Mei 2000 is verkry by wyse van telefoniese navraag van Mnr Joubert, die Registrateur van die *Supreme Court* van Namibië.

555 Harris "Appointments to the Bench" 202. Sien die bespreking tov die Regterlike Dienskommissie in Suid-Afrika in afd 8.4.1.1(b).

556 Tov die saaklike onafhanklikheid van die regbank in die algemeen, sien die bespreking in afd 2.3.2. Tov die toepassing van grondwetlike waardes deur die howe in Namibië, sien afd 4.8.3.

5.6.2.1 *Bevoegdhede en verpligtinge*

In beide Zimbabwe[557] en Namibië[558] word waarborge in die Grondwet aangetref ten opsigte van die onafhanklikheid van die regbank en word 'n verbod geplaas op onbehoorlike inmenging met die werksaamhede van die regbank. In beide Zimbabwe en Namibië word gebruik gemaak van die akkusatoriese regstelsel. Met ander woorde, die regterlike amptenare moet alle sake beslis op 'n regverdige, objektiewe en onpartydige wyse[559] deur al die getuienis wat voor die hof gelê word te oorweeg en dan te besluit of die beskuldigdes skuldig is of nie. In geval van 'n skuldigbevinding, moet besluit word op die gepaste vonnis. In 'n handleiding in Zimbabwe word daarop gewys dat die funksie van die regterlike amptenaar meer is as blote optrede as skeidsregter (in 'n spel) om toe te sien dat die een party nie die ander verkul nie. Regsprekende amptenare moet die verhoor stuur en beheer in ooreenstemming met erkende reëls en prosedures en verseker dat reg en geregtigheid nie alleen geskied nie, maar dat andere ook sien dat dit geskied. Daar moet gestreef word om die waarheid te ontbloot sonder om neer te daal in die arena van die verhoor. Alhoewel die verloop van die prosedure tydens die verhoor binne die diskresie van die regterlike amptenaar val, word gewaarsku teen 'n lang uitgerekte ondervraging van die getuies en uitermatiglike ingryp in 'n verhoor deur 'n regterlike amptenaar, want in so 'n geval sal hy of sy die getuienis nie meer onafhanklik kan evalueer en onpartydig

---

557 Ingevolge a 79B van die Grondwet van Zimbabwe word die onafhanklikheid van die regbank gewaarborg. Dit bepaal dat geen lid van die regbank, in die uitoefening van sy regterlike bevoegdhede, onderhewig sal wees aan die leiding of beheer van enige persoon of gesag, behalwe tot die mate wat 'n geskrewe wet hom onder die leiding of beheer van 'n ander lid van die regbank plaas nie.

558 A 78(2) van die Grondwet van Namibië waarborg dat die howe onafhanklik sal wees en slegs onderhewig sal wees aan die Grondwet en die reg. Ingevolge a 78(3) word enige lid van die Kabinet of die wetgewende gesag of enige ander persoon verbied om in te meng met die regters of die regterlike amptenare in die uitvoering van hul regsprekende bevoegdhede. Hierdie artikel bepaal verder dat al die staatsinstansies verplig is om die bystand te verleen wat die howe mag benodig ter beskerming van hul onafhanklikheid, waardigheid en effektiwiteit – a 78(3) word onderhewig gestel aan die bepalings van die Grondwet en die reg.

559 "Judicial officers must act as scrupulously impartial adjudicators. They must keep open minds and they must refrain from doing anything which could create the impression that they are biased or partisan in their approach." Anoniem "The Role and Responsibilities of Those Involved in the Criminal Justice System" 1993 *Legal Forum* 50 54.

kan beoordeel nie.[560]

Dit blyk dat daar in Zimbabwe getuienis is van beide regterlike aktivisme[561] sowel as 'n neiging tot woordverknogtheid en 'n soeke na die bedoeling[562] van die wetgewer.[563] Volgens Dumbutshena (ten tye van sy termyn as hoofregter van Zimbabwe) is die regbank in die praktyk ook onafhanklik:[564]

> "I would like to believe that the judiciary in Zimbabwe is independent. We try and decide cases for and against the government. We review administrative actions. We are not subject to executive influence...It is not sufficient for judges to desire their own independence. The Government must also uphold the independence of the judiciary and respect the judges who put it into effect."[565]
>
> "It is my view, and indeed that of my fellow judges, that we are the custodians of the Constitution, the protectors of individual rights and freedoms; as such we must be independent of the Executive."[566]

---

560 Anoniem "Role and Responsibilities of Those Involved in the Criminal Justice System" 54.

561 Kamba "Judiciary and the Courts" 30 wys daarop dat 'n paar jaar na onafhanklikwording die Parlement 'n kort wet gepromulgeer het om die status van vrouens te bevorder. Die wet het bloot bepaal dat vrouens meerderjarig word op 18 jaar. Die howe het dit geïnterpreteer as synde te beteken dat dit vrouens geregtig maak om 'n hele reeks regte uit te oefen, insluitende die reg om te trou, sonder die toestemming van 'n ouer of voog.

562 Volgens Dumbutshena "The Judiciary, the Executive and the Law" 239 behoort 'n regter onafhanklik te wees en reg te spreek volgens die neergelegde regsbeginsels en nie reg te skep nie. Hy verwys met goedkeuring na Lord Diplock wat in 'n toespraak verklaar het dat die rol van die regbank is om te bepaal wat die bedoeling van die wetgewer is en daaraan gevolg te gee. Waar die betekenis van die woorde duidelik en ondubbelsinnig is, moet die regters daaraan gevolg gee en nie onduidelikhede versin as verskoning om daaraan gevolg te gee omdat hulle van mening is dat "the consequences of doing so would be inexpedient, or even unjust or immoral...It endangers continued public confidence in the political impartiality of the judiciary, which is essential for the continued rule of law, if judges, under the guise of interpretation, provide their own preferred amendments to statutes which experience to their operation has shown to have had consequences that members of the court before whom the matter comes consider to be injurious to the public interests."

563 Tov die saaklike onafhanklikheid van die regbank en 'n waarde-aktiverende wets- en grondwetuitleg, sien die bespreking in hfst 4.

564 Oor die regbank se siening oor hul onafhanklikheid, sien in die algemeen *The Minister of Home Affairs v Austin and Another* 1986 4 SA 281 (ZSC); *Patriotic Front – ZAPU v Minister of Justice* 1986 1 SA 532 (ZSC).

565 Dumbutshena "The Judiciary, the Executive and the Law" 239.

566 Dumbutshena "The Judiciary, the Executive and the Law" 242.

Die vraag is wat die opinie van die regering van Zimbabwe ten opsigte van die onafhanklikheid van die regbank is. Zvobgo[567] het ten tye van sy termyn as Minister van Justisie, Regs- en Regeringsaangeleenthede in Zimbabwe in 'n toespraak met die titel: "The Zimbabwe Constitution After Four Years of Independence" verwys na twee sake waarin Dumbutshena (terwyl hy 'n regter van die *High Court* was kort na onafhanklikwording) uitspraak gegee het *teen* die regering en nieteenstaande hiervan is Dumbutsheni steeds in 1984 as hoofregter ingesweer. In die een saak, naamlik *York and Another v Minister of Home Affairs and Another*, moes hy beslis oor die interpretasie van grondwetlike bepalings ten opsigte van aanhouding van persone, en in die ander saak, *State v Slatter and Others*, moes hy uitspraak gee ten opsigte van die aanspreeklikheid aldan nie van lugmagoffisiere op grond van sabotasie. Ten spyte van die feit dat Dumbutshena in beide gevalle 'n beslissing gegee het wat teen die regering was, is hy steeds as Hoofregter aangestel. Politiek het hier klaarblyklik geen rol gespeel by die aanstelling van die eerste Swart regter en sy latere bevordering tot Hoofregter nie.[568]

Gutto, 'n dosent aan die Universiteit van Zimbabwe en 'n persoon wat volgens

---

567 Dumbutshena "The Judiciary, the Executive and the Law" 241 verduidelik: "In *York and Another v Minister of Home Affairs and Another*, a vital case concerning the interpretation of the Constitutional provisions relating to preventative detention, Dumbutshena J. ruled against the Executive. This decision, which was upheld by the Supreme Court, caused some anti-judicial feelings in Zimbabwe. However when the time came in 1983 to appoint a new Judge President of the High Court, the Executive chose Dumbutshena J. for the very qualities, *inter alia*, of courage and independence which he had displayed in the *York* case. In *State v Slatter and Others*, Dumbutshena J. conducted the trial of the Air Force Officers charged with sabotage of a large number of aeroplanes. He acquitted all the accused on the basis that their confessions were inadmissible. This case caused widespread comment among the public in Zimbabwe. Indeed, in the Inns of Court it was said that the judge would be in some sort of danger from the wrath of the Executive! On February 29, 1984, the President swore in the new Chief Justice Dumbutshena. The judicial career of Dumbutshena C.J. surely demonstrates our determination in Zimbabwe to have a truly independent judiciary which will interpret the Constitution and try all cases – be they of a sensitive security nature or otherwise – with total impartiality."

568 Dit word bevestig deur Redgment "Fifty Years of Justice" 534: "Dumbutshena was another first, the first black to be appointed...He was no political choice, being a decision of the Muzorewa government. Although Dumbutshena had not been at the forefront of the turbulent politics at the time ZANU (subsequently Mugabe's party) broke with ZAPU (Nkomo's party), he was seen by Nkomo's hierarchy as a consultant; yet his integrity was respected by other groups. Quiet and dignified, he advanced to Judge President and is now Chief Justice."

Dumbutshena nie noodwendig die regbank goedgesind is nie,[569] het die volgende uitlating gemaak in 'n toespraak oor die onafhanklikheid van die regbank in Zimbabwe.[570] Hy het daarop gewys dat die howe in Zimbabwe konsekwent opgetree het in die hantering van regsaangeleenthede met betrekking tot persoonlike vryheid en sekuriteit van die individu en privaat eiendom selfs in sake waar die uitvoerende gesag nie geneë was daarmee nie of selfs voortgegaan het om (soms regverdiglik) hofbeslissings in sulke omstandighede te ignoreer. Die howe het ook die reg van aangehoudenes bevestig om aansoek te doen vir 'n *mandamus*-bevel, en het beslis dat dit die howe se plig is om toe te sien dat die owerheid wat die aanhouding onderneem regverdig optree teenoor die aangehoudenes en dat die hof 'n regsplig het om die optrede van die uitvoerende gesag te hersien.[571]

❑ KORT OPSOMMING

Ten opsigte van die *persoonlike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, is die belangrikste punte wat na vore gekom het, die volgende:

- Albei hierdie lande het na onafhanklikwording 'n proses begin om die nalatenskap van rassediskriminasie te bowe te kom deur die regbank te hervorm sodat dit meer verteenwoordigend is van die bevolking –.deel van hierdie proses was die instelling van 'n regterlike dienskommissie. Nie een van hierdie lande het hulle gewend tot 'n kwota-stelsel of teenoorgestelde

---

569 Dumbutshena "The Judiciary, the Executive and the Law" 241 verwys na hom as "no friend of the judiciary".

570 Hy voer aan: "The courts in Zimbabwe have, therefore, been consistent in asserting their right to handle matters of judicial nature touching on personal freedom and security of the individual and private property even in cases where the executive arm of the State has not been pleased with or has proceeded to ignore, sometimes justifiably, court decisions in such circumstances. The courts have also asserted the rights of detainees to apply to court for *mandamus* orders on the detaining authority so that adequate reasons for detention are given to the detainees. The courts have also asserted that it is their duty to ensure that the detaining authorities should act fairly to the detainees and that whether or not the executive is given discretion on the matter by the law this does not remove the duty of the courts to review the executive action." – Dumbutshena "The Judiciary, the Executive and the Law" 241. Die toespraak is gelewer tydens 'n seminaar wat georganiseer is deur die African Bar Association and the Centre for the Independence of Judges and Lawyers en gehou is in Lusaka in 1986.

571 Tov die saaklike onafhanklikheid van die regsprekende amptenare in Namibië met verwysing na Grondwetuitleg, sien afd 4.8.3.

diskriminasie (*reverse discrimination*) ten einde te verseker dat 'n groter verskeidenheid van standpunte op die regbank verteenwoordig is nie. Daar is ook geen voorskriftelike bepaling ten opsigte van die samestelling van die regbank wat betref ras en geslag nie.

- Die regterlike dienskommissie in Namibië speel 'n meer prominente rol by die aanstelling van regterlike amptenare as wat die geval is in Zimbabwe. Waar die regters in Zimbabwe deur die President aangestel word na oorlegpleging (*after consultation*) met die *Judicial Service Commission* word die regters in Namibië aangestel deur die President op aanbeveling van (*on the recommendation of*) die *Judicial Services Commission*. Die gebruik van die woord *consultation* dui daarop dat die advies van die Kommissie in Zimbabwe nie bindend is nie, terwyl die bewoording *on the recommendation of* daarop dui dat die Kommissie in Namibië se advies wel bindend is en dat die President bloot die besluit van die Kommissie formeel bekragtig. Verder dui die samestelling van die Kommissie in Zimbabwe daarop dat dit uit oorwegend staatsaanstellings bestaan, terwyl die Kommissie in Namibië meer gebalanseerd is en verteenwoordigers uit verskillende belangegroepe saamtrek.
- In Zimbabwe is die "poel" van kandidate vir aanstelling as regsprekende amptenare in die hoër howe vergroot deur die volgende metodes: 1) die minimumkwalifikasie wat betref tydperk ondervinding is verlaag, 2) samesmelting van die balie en sy-balie is ingevoer, 3) landdroste, wat uitnemende diens gelewer het is ook by die "poel" van potensiële kandidate ingesluit, 4) regters uit ander lande is op kontrakbasis aangestel.
- In beide Zimbabwe en Namibië word regterlike amptenare vir 'n lewenslange termyn aangestel tot bereiking van die aftree-ouderdom. Regterlike salarisse kan nie verminder word tydens hul amspduur nie. Regterlike amptenare in albei lande kan slegs uit hul amp onthef word op grond van bepaalde voorgeskrewe gronde deur 'n omslagtige prosedure, wat in Zimbabwe deur die regters self beheer word[572] en in Namibië slegs op aanbeveling van die *Judicial*

572 A 86 en 87.

Services Commission kan geskied.

- In beide Zimbabwe en Namibië word die akkusatoriese prosesstelsel gebruik. Dit beteken dat beide partye (die beskuldigde met sy regsverteenwoordiger aan die een kant en die Staatsaanklaer aan die ander kant) die geleentheid kry om hul saak te stel deur getuienis voor die hof te lê en dat die regter (behalwe ten opsigte van sy of haar reg om vrae te vra ter opheldering van 'n aspek wat onduidelik is) hoofsaaklik 'n passiewe, onafhanklike beoordelaar van al die getuienis is wat voorgelê word.

5.7 EVALUERING: REGSPREKENDE BEAMPTES MET REGSOPLEIDING IN REGSVERGELYKENDE PERSPEKTIEF

5.7.1 Persoonlike onafhanklikheid

Hierdie afdeling sal gewy word aan 'n evaluering van die persoonlike onafhanklikheid[573] van regterlike amptenare met regsopleiding, soos blyk uit die voorafgaande bespreking van die posisie in die verskillende regstelsels. Verskillende aspekte ten opsigte van die seleksie van regsprekende amptenare, hul diensvoorwaardes en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank sal aangeraak word.

5.7.1.1 Seleksie

Uit die regsvergelykende ondersoek wat gedoen is, blyk dit dat daar in wese twee basiese metodes van seleksie van professionele regters is: Hulle word óf aangestel óf verkies tot die amp, alhoewel 'n kompromie tussen hierdie twee metodes wel in

573 Tov omskrywing van die begrip *persoonlike onafhanklikheid van die regbank* en verbandhoudende aspekte, sien die bespreking in afd 2.3.1 en hfst 3.

sekere jurisdiksies (op sekere vlakke van die regbank)[574] aangetref word of die seleksie word aan 'n bepaalde liggaam soos die regterlike dienskommissies in Zimbabwe en Namibië toevertrou. Wat regters betref, sluit die volgende vraag hierby aan: Behoort die aanstelling as professionele regter deel te wees van 'n beroepsloopbaan soos in Frankryk en Duitsland, of behoort regters gekies te word uit 'n sekere groep regsgeleerdes soos in Engeland, of aangestel te word vanuit die geledere van regsgeleerdes in die algemeen soos in Amerika van toepassing is? Uit die minimumstandaarde neergelê deur die *IBA* saamgelees met dié vervat in die "Universal Declaration"[575] blyk dit dat:

- daar geen enkele korrekte metode van seleksie van regters is nie mits dit beskerming bied teen regterlike aanstellings op grond van onbehoorlike motiewe;
- deelname aan regterlike aanstellings deur die uitvoerende en wetgewende gesag is bestaanbaar met regterlike onafhanklikheid, mits aanstellings van regters geskied in konsultasie met lede van die regbank en regsprofessie, of gedoen word deur 'n liggaam waarop lede van die regbank en die regsprofessie verteenwoordig is (byvoorbeeld, 'n regterlike kommissie).
- die seleksie van regters moet geskied op meriete – hulle moet individue wees met integriteit, bekwaam en goed opgelei wees in die reg; hulle moet op gelyke basis toegang hê tot die regtersamp;
- tydens die seleksie van regters behoort daar geen diskriminasie van enige aard te wees op grond van ras, kleur, geslag, taal, godsdiens, politieke of ander oortuigings, nasionale of sosiale herkoms, eiendom, geboorte of status, behalwe burgerskapvereistes;
- bevordering van regters behoort te geskied op grond van 'n objektiewe beoordeling van die kandidaat se integriteit en onafhanklike denke, professionele bekwaamheid, ondervinding, menslikheid en toewyding tot die *rule of law* – bevorderings behoort ook te geskied in oorleg met die regbank en die regsprofessie of deur 'n regterlike kommissie waarop lede van die

574 McKay en Parkison "America" 360; Abraham *Judicial Process* 21.

575 Sien afd 3.2.

regbank en regsprofessie verteenwoordig word.

Die regsvergelykende ondersoek toon aan dat, met die uitsondering van sekere laer howe, word normaalweg vereis dat regsprekende amptenare in Amerika, Engeland en Zimbabwe toegelaat moes gewees het om te praktiseer en inderdaad 'n tyd lank moes gepraktiseer het.[576] Regterlike aanstellings word egter ook soms vanuit die geledere van regsgeleerdes in die staatsdiens of aan universiteite gemaak.[577] Daar word nie van die beroepsregters in Duitsland[578] en Frankryk[579] verwag om reeds 'n aantal jare praktyksondervinding agter die rug te hê nie, maar ongeveer twee jaar[580] van hulle opleidingskursus word wel gewy aan die opdoen van praktiese ondervinding. Die kandidate wat aanvanklik in Duitsland en Frankryk aangestel word is dus baie jonk in vergeleke met die aanvanklike regterlike aanstellings in Engeland, Amerika en Zimbabwe. Myns insiens is laasgenoemde 'n beter stand van sake, aangesien 'n ouer en wyser persoon met 'n aantal jare praktyksondervinding agter die rug oor die algemeen 'n meer ervare, gematigde regterlike kandidaat behoort op te lewer. Regters behoort myns insiens dus nie deel te wees van 'n beroepsloopbaan soos in Frankryk en Duitsland die geval is nie.

Die stelsel in Duitsland toon egter aan dat gelykheid van toegang tot regsopleiding 'n belangrike vereiste is vir gelyke toegang tot die regbank.[581] Die skoolstelsel in Duitsland bestaan oorwegend uit staatsskole, met slegs 'n klein persentasie van skoliere wat na privaat skole gaan. Die openbare skoolstelsel is gratis en so is ook die

---

576 Vergelyk afd 5.2.1.1.1(a) tov Engeland, afd 5.3.1.1.1(a) tov Amerika, en afd 5.6.1.1(a) tov Zimbabwe.

577 Soos in Engeland, en anders as die posisie in die Romaans-Germaanse gebiede, is daar dus in die VSA geen sprake van 'n beroepsregbank nie. Van Zyl *Beginsels* 210.

578 Vergelyk afd 5.4.1.1.1(a).

579 Vergelyk afd 5.5.1.1.1(a).

580 Dit blyk dat die periode van praktiese ondervinding ietwat verskil van staat tot staat. Marfording "Balanced Judiciary" 36 wys daarop dat die periode waartydens praktiese ondervinding opgedoen word wissel tussen drie en vier jaar.

581 Marfording "Balanced Judiciary" 45.

hoërskole. Marfording[582] wys daarop dat aangesien toegang tot skole nie so afhanklik is van ouers se finansiële vermoëns nie, is daar gelykheid van toegang tot skoolopleiding vir almal in die gemeenskap. Die toelatingsvereistes tot universiteite is eenvormig deur die land. Die inhoud van die regsopleidingskursus by alle universiteite is dieselfde alhoewel die regulering daarvan oorgelaat word aan elke staat. Na voltooiing van hulle regstudies aan die universiteite, moet die kandidate die Eerste Staatseksamen aflê wat geadministreer word deur hul Departement van Justisie (en nie deur die universiteite nie). Suksesvolle studente gaan voort met hul verpligte tydperk van praktiese ondervinding, waarna 'n Tweede Staatseksamen afgelê word (weer eens geadministreer deur die Departement van Justisie). Na suksesvolle aflegging van laasgenoemde eksamen kan kandidate aansoek doen vir regterlike aanstellings in die staat waar hulle op die regbank wil dien. Marfording[583] kom tot die gevolgtrekking dat in die lig van die feit dat beide staatseksamens tot gevolg het dat eenvormige standaarde dwardsdeur elke staat toegepas word, is die eksamineringsvereistes en evalueringskriteria meer gestandaardiseerd as wat dit byvoorbeeld in Australië is waar elke regskool en selfs elke regsdosent verskillende werkopdragte gee en verskillende benaderings volg by die merk daarvan. Meriete in terme van akademiese prestasie kan derhalwe meer objektief bepaal word in Duitsland. Hierdie argument kan ook gebruik word in die Suid-Afrikaanse konteks, aangesien die benadering ten opsigte van regsopleiding in Suid-Afrika waarskynlik nader is aan dié van Australië. Die verandering in Suid-Afrika ingevolge waarvan die regsopleiding aan universiteite meer eenvormig gemaak is (LLB-graadkursus) is egter 'n stap in die rigting van gelyke regsopleiding met die oog op gelyke toegang tot die regbank. Dit is egter ook so dat 'n reëling wat in een land suksesvol is, nie noodwendig net so in 'n ander land oorgeplaas kan word nie. Duitsland het ook dié voordeel dat dit oor 'n meer homogene bevolkingsamestelling beskik, dat skoolopleiding oorwegend eenvormig is en dat dit nie worstel met 'n onderwysstelsel wat 'n nalatenskap is van kolonialisasie en 'n apartheidsbeleid soos hier te lande nie.

---

582 "Balanced Judiciary" 35.

583 "Balanced Judiciary" 45 ev.

Die wyse van aanstelling van regsprekende amptenare sal vir doeleindes van evaluering in die volgende drie kategorieë ingedeel word, naamlik (a) aanstelling deur die staatshoof of die uitvoerende gesag of die wetgewende gesag, (b) verkiesing deur die kieserskorps en (c) aanstelling deur 'n gespesialiseerde kommissie.[584] Elkeen van hierdie moontlikhede sal vervolgens bespreek word.

(a) Aanstelling deur die staatshoof of die uitvoerende gesag of die wetgewende gesag

Aanstelling deur die staatshoof of die uitvoerende gesag geskied in Amerika, Engeland en Frankryk. Hierdie wyse van aanstelling van regsprekende amptenare hou die risiko in dat regsprekende amptenare aangestel sal word op grond daarvan dat hulle die regering goedgesind is.[585]

Daarenteen word regsprekende amptenare in sekere jurisdiksies, hetsy direk hetsy by wyse van bevestiging deur die (of 'n deel van die) wetgewende gesag aangestel, soos byvoorbeeld die geval is in Duitsland.[586] Hierdie wyse van aanstelling hou die gevaar in dat dit maklik tot verpolitisering van die regbank kan lei wat die regbank se

---

584 Labuschagne "Kontrolemeganismes" 360.

585 Dit was ook een van die punte van kritiek teen die aanstelling van regterlike amptenare in die hoër en laer howe in Suid-Afrika – sien die bespreking in afd 8.3.

586 A 94-95 van die Duitse Grondwet. Volgens Currie *Constitution of Germany* 384-385 lees die betrokke bepalings soos volg:
"Article 94 (Federal Constitutional Court: composition)
(1) The Federal Constitutional Court shall consist of federal judges and other members. Half of the members of the Federal Constitutional Court shall be elected by the Bundestag and half by the Bundesrat. They may not be members of the Bundestag, of the Bundesrat, of the Federal Government, or of any of the corresponding bodies of a Land...
Article 95 (Supreme Courts of the Federation; Joint Panel)
(1) For the purposes of ordinary, administrative, fiscal, labor, and social jurisdiction, the Federation shall establish as supreme courts of justice the Federal Court of Justice, the Federal Administrative Court, the Federal Finance Court, the Federal Labor Court and the Federal Social Court.
(2) The judges of each of these courts shall be selected jointly by the competent Federal Minister and a committee for the selection of judges consisting of the competent Land ministers and an equal number of members elected by the Bundestag"
Volgens Currie is 'n soortelyke reëling te vinde in a 6(7) van die Virginia Grondwet en a 53 van die Delaware Grondwet.

aansien in gedrang kan bring.[587]

In Amerika word die *state court judges* meestal deur stemgeregtigde kiesers gekies, alhoewel hulle soms deur die betrokke wetgewer aangewys kan word. *Federal judges* daarenteen, word lewenslank deur die President van die VSA aangestel, onderhewig aan die Senaat se ratifikasie van sodanige aanstellings. Potensiële kandidate in laasgenoemde kategorie is gewoonlik regsgeleerdes met 'n wye praktiese ondervinding wat'n hoë aansien as regsgeleerdes geniet. Dit is nie ongewoon dat een van die regters van die hoogste hof (*Supreme Court*) 'n beroemde voormalige regsprofessor is nie.[588] Dit blyk dat politieke oorwegings in die verlede 'n groot rol gespeel het by die aanstelling of verkiesing van regters, na gelang van die geval, maar dat die moderne tendens is om die seleksie van persone tot die regbank sover as moontlik op suiwer juridiese meriete te fundeer, sonder om die politieke affiliasie van die betrokke kandidaat in ag te neem.[589]

In Engeland[590] word die aanstelling van regters gedoen deur die monarg op aanbeveling van die Eerste Minister[591] of die *Lord Chancellor*.[592] Die *Lord Chancellor* word egter van advies voorsien oor moontlike kandidate deur die *Judicial Appointments Group*. Alhoewel die adviesinwinning op 'n breër basis te verwelkom is, het hierdie advieskomitee myns insiens nog steeds dié nadeel dat die lede daarvan binne die *Lord Chancellor* se departement werk. Dit sou beter gewees het indien die advieskomitee se paneel ook regters, lede van die regsberoep en akademici ingesluit het.

---

587 Labuschagne "Kontrolemeganismes" 360; Strauss en Sunstein "The Senate, the Constitution and the Confirmation Process" 1992 *Yale LJ* 1491.

588 Dit is in ooreenstemming met die posisie in Frankryk en Duitsland. Van Zyl *Beginsels* 210.

589 Tov die wyse van seleksie, sien afd 5.3.1.1.1 (b).

590 Tov die wyse van seleksie, sien afd 5.2.1.1.1 (b).

591 In die geval van die hoogste regterlike aanstellings soos dié van die *Lord Chief Justice*, die *Lords Justices of Appeal* en *Lords of Appeal in Ordinary*.

592 In die geval van die ander regters soos die *puisne judges* van die *High Court, circuit judges* en *recorders*.

Die beroepsregters van Frankryk en Duitsland word aangestel in ooreenstemming met die punte behaal in 'n kwalifiserende eksamen. Grivart de Kerstrat[593] is van mening dat die normale metode van aanstelling van regters, wat plaasvind "after selection by competition", beteken dat politieke oorwegings oor die algemeen nie 'n rol speel by regterlike aanstellings nie – die kandidate word gelys ooreenkomstig hulle kwalifikasies en word dan op meriete aangestel. Skrywer is van mening dat alhoewel dit blyk dat die aanvanklike aanstellings suiwer op meriete gedoen word, politieke faktore wel 'n rol kan speel by latere bevorderings. Die gevaar bestaan dus dat die professionele opleiding van die beroepsregters moontlik kan verhinder dat daar oor die algemeen sterk, onafhanklike denke ontstaan, want professionele sukses word gekenmerk deur bevordering binne die hiërargie van die regterlike burokrasie.[594]

(b) Verkiesing deur die kieserskorps

In verskeie Amerikaanse state word verkiesing deur geregistreerde kiesers toegepas as wyse van seleksie van regsprekende amptenare.[595] Een van die belangrikste besware teen dié wyse van optrede is dat populêre persone deur die kiesers aangewys kan word wat nie noodwendig 'n hoë vlak van regspleging en geregtigheid dien nie.[596]

Indien die aanstelling van regsprekende beamptes opgeweeg word teen die verkiesing van regsprekende beamptes kom 'n mens tot die gevolgtrekking dat wat ook al die gevolge van die balansering van die skaal tussen hierdie twee wyses van seleksie mag wees, dit bewys is dat die *aanstelling* van regsprekende beamptes deur die uitvoerende beampte die metode van seleksie is wat verkies word in die

---

593 "France" 69.

594 Dit is in ooreenstemming met die siening van Van der Westhuizen "Constitutional Court with reference to the German Experience (1)" 11.

595 Labuschagne "Kontrolemeganismes" 360 noem die volgende voorbeelde: "a 152 van die Alabama Grondwet; a 17 van die Arkansas Grondwet; a 16 van die Kalifornië Grondwet; a 6(7) van die Minnesota Grondwet; a 7(3) van die Oklahoma Grondwet; a 5(13) van die Pennsylvania Grondwet; a 4(3) van die Washington Grondwet".

596 Labuschagne "Kontrolemeganismes" 361.

Verenigde State (met sekere uitsonderings op die vlak van afsonderlike state) Engeland, Frankryk en Zimbabwe.[597] Alhoewel daar hier en daar 'n kompromie-reëling aangegaan word, is daar geen kans dat die verkiesing van regsprekende beamptes die aanstelling van regsprekende beamptes as die metode van seleksie heeltemal sal vervang in die oorgrote meerderheid van lande in die vrye wêreld nie.

(c) Aanstelling deur 'n gespesialiseerde kommissie

Aanstelling en bevordering van regsprekende amptenare deur gebruik te maak van 'n gespesialiseerde kommissie blyk die beste oplossing te bied. So 'n kommissie behoort saamgestel te wees uit lede van die regbank, regspraktisyns, akademici en politieke partye. Die lede van die kommissie kan verskil namate dit 'n aanstelling in die laerhof of in die hoërhof is.[598]

In sekere lande word die voorstelle vir regterlike aanstellings gemaak deur 'n Regterlike Dienskommissie of 'n Regterlike Aanstellingskomitee.[599] Die instelling van *Judicial Service Commissions* in Zimbabwe,[600] Namibië[601] en feitlik ook alle ander Statebondslande in Afrika is deur die onttrekkende koloniale magte gesien as 'n wyse waarop suiwer politieke oorwegings by die aanstelling van regters verwyder kon word. Die hoofoogmerk daarmee was dat die verantwoordelikheid vir die aanstelling van regters nie geheel en al aan politici toevertrou moes word nie, maar dat ervare regsgeleerdes soos dienende regters van die hoër howe ook inspraak hieraan kon

---

597 Dit is in ooreenstemming met die siening van Abraham *Judicial Process* 34.

598 Labuschagne "Kontrolemeganismes" 361.

599 In Israel byvoorbeeld word aanbevelings ten opsigte van regterlike aanstellings gemaak deur 'n Regterlike Aanstellingskomitee, wat bestaan uit die President van die Hooggeregshof, twee regters op die vlak van die hof waar die vakature bestaan en wat deur die lede van die hof gekies is, twee regsgeleerdes wat geselekteer is deur die Balievereniging, die Minister van Justisie en twee lede wat deur die *Knesset* (die Parlement) geselekteer is. Die genomineerdes moet kom uit die geledere van regters met ondervinding, advokate en regsakademici. Abraham *Judicial Process* 34 vn 38.

600 Ten opsigte van Zimbabwe, sien afd 5.6.1.1(b).

601 Tov die regterlike dienskommissie in Namibië, sien afd 5.6.1.1(b).

hê.[602] Dit is myns insiens die regverdigste en mees geloofwaardigste metode van aanstelling van regsprekende amptenare, mits die lede van die gespesialiseerde kommissie verteenwoordigend is van regsgeleerdes oor 'n breë spektrum – dit moet byvoorbeeld ook lede insluit wat verteenwoordigers is van regsverenigings, prokureursverenigings en balieverenigings en sodanige lede moet deur hul eie verenigings genomineer word sodat die regterlike dienskommissie nie slegs lede insluit wat deur politici aangestel is nie.[603]

Wat die verdere opleiding van regters betref, blyk dit dat in Engeland en Amerika daar van regters verwag word om gereeld op opleidingsessies te gaan. Alhoewel dit met die eerste oogopslag blyk 'n goeie idee te wees, veral waar regters byvoorbeeld net ondervinding in 'n beperkte area opgedoen het om hul kennis aan te vul en om op hoogte te bly van relevante regsontwikkelings en belangrike tegnologiese ontwikkelings wat hul werks- en navorsingslas kon vergemaklik, blyk daar ook kritiek en teenargumente vanuit die geledere van die regterskorps te kom.

Die Kanadese regters noem in hul defensiewe strategie[604] dat die toenemende druk wat uitgeoefen word om regters verpligte opleiding te laat ondergaan deur die regters gesien word as 'n faktor wat regterlike onafhanklikheid op risiko plaas. Volgens

---

602 Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1138.

603 Die *IBA* se *Human Rights Institute* het 'n ondersoek geloods na die stand van Kenya se menseregte-rekord. Phineas Mojapelo, 'n prokureur van Nelspruit en lid van die Regterlike Dienskommissie, was een van die afgevaardigdes om die ondersoek in Kenya te onderneem. Met die publiseer van die verslag was sy kommentaar dat "[t]he mere existence of a bill of rights in a particular jurisdiction, as is the case in Kenya, is no guarantee of the protection of those rights. The existence of an effective, fearless and independent legal profession, especially an independent judiciary, is finally the best guardian if such rights and therefore of cardinal importance." Die verslag het onder andere voorstelle bevat vir die uitbreiding van Kenya se *Judicial Service Commission* om dit meer onafhanklik en meer verteenwoordigend van ander groepe in die gemeenskap te maak en om verteenwoordiging vir die regsvereniging in te sluit. Die beswaar teen die huidige stand van die lidmaatskap van die *Judicial Service Commission* is: "At present all the JSC members are appointed by the President or serve ex officio by virtue of holding offices to which they have been appointed by the President." – Whittle "When a Constitution Is Not Necessarily a Guarantee of Human Rights and Judicial Independence: IBA Human Rights Institute Report Finds Kenyan Legal System Lacking" 1997 *De Rebus* 437.

604 Downey "Judges, Independence and Accountability" 409.

Downey[605] is die vraag nie of daar opleiding verskaf behoort te word nie, maar "the question that would have to be considered is what training and by who?" Volgens hom is dit baie belangrik om te bepaal wat die opleidingspakket gaan behels en wie die opleiding gaan aanbied, want elke instansie buite die regbank wat betrokke mag wees by sodanige opleiding, sal waarskynlik hul eie standpunt hê oor hoe die reg toegepas moet word, wat waarskynlik nie 'n neutrale standpunt sal wees nie.[606]

Alhoewel dit uit bogenoemde pleidooi duidelik blyk dat die pad van opleiding moontlik problematies kan wees, word aan die hand gedoen dat indien daar 'n behoefte blyk te wees vir opleidingsessies, die beste oplossing sou wees om dit te laat opstel en aanbied deur lede van die regbank self. Sodoende kan verskuilde agendas van buite-instansies omseil word.[607]

Omdat 'n regbank wat verteenwoordigend is van die gemeenskap lei tot 'n verhoging in openbare vertroue en legitimiteit van die regbank, is dit een van die faktore wat in ag geneem moet word by die seleksie van regterlike amptenare. Die bespreking ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank later in hierdie hoofstuk, sluit dus aan by hierdie bespreking rakende die seleksie van regterlike amptenare.[608]

5.7.1.2 Diensvoorwaardes

Ten opsigte van die *ampsduur* van regterlike aanstellings, blyk dit uit die regvergelykende ondersoek dat regterlike aanstellings oor die algemeen vir lewenslange termyne is, met dien verstande dat regters uit hul amp verwyder kan word vir grondige redes en op grond van verpligte aftrede, op 'n ouderdom wat

---

605 "Judges, Independence and Accountability" 409-410.

606 Downey "Judges, Independence and Accountability" 409-410.

607 Ten opsigte van opleidingsprogramme in die Suid-Afrikaanse konteks, sien afd 8.4.1.1(a) en 8.4.3.1(a).

608 Tov die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank, sien die bespreking in afd 5.7.1.3.

regtens vasgestel is op die datum van aanstelling van die regsprekende beamptes. Die afree-ouderdom word nie verminder ten opsigte van regters wat alreeds as regters diens doen nie. In sekere Amerikaanse state word regsprekende amptenare vir vaste termyne, vanaf ses tot vyftien jaar, aangestel.[609] In die *Supreme Court* daarenteen word regsprekende amptenare lewenslank aangestel. Aanstelling vir lewenslange termyne is die beste opsie aangesien die gevaar bestaan dat regsprekende amptenare wat vir vaste termyne aangestel word, geneig sal wees om populêre uitsprake te gee met die doel om weer aangestel te word.[610] Aanstelling vir lewenslange termyne is ook in ooreenstemming met die *IBA* se minimumstandaarde ten opsigte van die ampsduur van regterlike aanstellings.[611] In gevalle in die VSA waar regters verkies word, word hulle vir 'n sekere tydperk verkies en word dan na herverkiesing lewenslank aangestel. Oor die algemeen blyk dit dat seleksie van regters op meriete geskied – dit wil egter voorkom of politieke faktore wel 'n rol kan speel by die *verkiesing* van regters in die VSA veral indien die verkiesing geskied op 'n partypolitieke stembrief.

'n Aspek waaroor daar redelik ooreenstemmigheid is tussen die onderskeie regstelsels is die *vergoeding* van regsprekende amptenare. Daar word oor die algemeen aanvaar dat regters voldoende vergoeding behoort te ontvang wat nie sommer goedsmoeds deur die Uitvoerende Gesag verander kan word nie.[612] Regsprekende amptenare behoort goeie salarisse betaal te word sodat die beste beskikbare persone bekom kan word[613] en om die moontlikheid van omkopery te voorkom. Salarisse van regsprekende amptenare behoort nie gedurende hulle ampstermyn verminder te word nie. Indien hierdie twee beginsels nie aanvaar word

---

609 Labuschagne "Kontrolemeganismes" 361 noem die volgende voorbeelde: "a 155 van die Alabama Grondwet; a 16 van die Kalifornië Grondwet; a 4(3) van die Maryland Grondwet; a 6(7) van die Virginia Grondwet".

610 Dit is ook in ooreenstemming met die opinie van Labuschagne "Kontrolemeganismes" 361.

611 Sien die bespreking in afd 3.3.

612 Sien die bespreking in afd 5.2.1.1.2 (tov Engeland), afd 5.3.1.1.2 (tov Amerika), afd 5.4.1.1.2 (tov Duitsland), afd 5.5.1.1.2 (tov Frankryk) en afd 5.6.1.2 (tov Zimbabwe).

613 Bhagwati "Pressures and Obstacles" 51; Kahn "The Judges VI" 85; Labuschagne "Kontrolemeganismes" 362.

nie bestaan die gevaar dat die regering 'n vermindering van salaris as 'n hefboom kan gebruik om 'n regsprekende amptenaar te straf vir ongunstige uitsprake. Hierdie beginsels is in ooreenstemming met die *IBA* se minimumstandaarde ten opsigte van vergoeding van regsprekende amptenare.[614]

Ten opsigte van die aspek van *verplasing* van regsprekende amptenare, bepaal die *IBA* se minimumstandaarde[615] dat die besluit om 'n regter van een hof na 'n ander te verplaas by die regsprekende gesag behoort te berus en verkieslik onderhewig behoort te wees aan die regter se toestemming wat hy of sy nie onredelikerwys behoort te weerhou nie. Verplasing kan as 'n hefboom of afskrikmiddel gebruik word vir ongunstige uitsprake[616] en moet onderskei word van verplasing van jong regsprekende amptenare wat as deel van hul opleidingsproses van pos tot pos verplaas word met die uitsluitlike doel om ondervinding op te doen.

Ten opsigte van die *dissiplinering* van regsprekende amptenare blyk dit dat daar 'n onderskeid gemaak kan word tussen 1) klagtes wat nie noodwendig tot afdanking sal lei nie en waar slegs sprake is van dissiplinering van regterlike amptenare, en 2) ernstige besware teen optredes van regters wat wel tot afdanking (ontslag) kan lei. Uit die internasionale standaarde neergelê deur onder andere die *IBA*[617] blyk dit dat *klagtes* teen regters aanvanklik as vertroulik hanteer behoort te word, die regsprekende amptenaar die geleentheid behoort te kry om daarop te antwoord en dat die aangeleentheid sonder versuim afgehandel behoort te word. Die verrigtinge ten opsigte van beide dissiplinering en ontslag behoort *in camera* plaas te vind, alhoewel die finale beslissing gepubliseer mag word.[618] Die liggaam voor wie die verrigtinge ten opsigte van die dissiplinering of ontslag van regterlike amptenare

---

614 Sien die bespreking in afd 3.4.

615 Anoniem "IBA Standards" 390. Sien die bespreking van hierdie aspek in afd 3.4.

616 Bhagwati "Pressures and Obstacles" 51.

617 Anoniem "IBA Minimum Standards" 388. Soortgelyke bepalings tov die dissiplinering van regters word aangetref in Anoniem "Universal Declaration" 453-454. Sien die bespreking in afd 3.4.

618 Par 28 van die *IBA*-standaarde (Anoniem "IBA Minimum Standards") en par 2.32 van die Montreal-deklarasie (Anoniem "Universal Declaration" 453).

aangehoor word, behoort oorwegend te bestaan uit lede van die *regbank* wat verkieslik deur die regbank geselekteer is.[619] In Kanada word klagtes teen regters aangehoor deur 'n liggaam bekend as die *Judicial Council* wat hoofsaaklik uit regters bestaan.[620]

Die ontslag van regterlike amptenare behoort alleen te geskied nadat 'n vasgestelde prosedure gevolg is en waar die optrede val in een van die spesifiek voorgeskrewe gronde vir ontslag wat gewoonlik neerkom op kriminele optrede of indien die regter deur growwe of herhaaldelike nalatige of fisiese of geestelike onvermoë getoon het dat hy of sy onbevoeg is om die regterlike amp te beklee.[621] In Engeland word bepaal dat 'n regsprekende amptenaar nie van sy amp onthef kan word nie, behalwe deur die monarg op grond van 'n rede gelewer deur elkeen van die Huise van die Parlement in dieselfde sessie waarin op grond van wangedrag of onbekwaamheid om die ontheffing gevra word. Artikel 98(2) van die Duitse Grondwet bepaal dat indien 'n federale regter onkonstitusioneel optree, die *Bundesverfassungsgericht* by wyse van 'n twee-derde meerderheid op versoek van die *Bundestag*, 'n ander funksie aan hom kan toeken of hom kan afdank (met pensioen). Tree die regsprekende amptenaar opsetlik onkonstitusioneel op, kan hy egter afgedank word.[622]

Die gesag om die regterlike amptenare uit sy amp te ontslaan kan by die owerheid berus, maar verkieslik op aanbeveling van die regterlike liggaam wat die aangeleentheid aangehoor het.[623] Shimba[624] wys daarop dat in die statebondslande

---

619 Par 31 van die *IBA*-standaarde (Anoniem "IBA Minimum Standards" 388) en par 2.33 van die Montreal-deklarasie (Anoniem "Universal Declaration" 453).

620 Arbour "The Legitimacy of the Constitution in Constitutional Adjudication" 1992 *Consultus* 13 16; Pickett "Canadian Judicial System" 1997 *Consultus* 133 .

621 Par 30 van die *IBA*-standaarde (Anoniem "IBA Minimum Standards") en par 2.38 van die Montreal-deklarasie (Anoniem "Universal Declaration" 454).

622 Currie *Constitution of Germany* 386.

623 Par 4 van die *IBA*-standaarde (Anoniem "IBA Minimum Standards") en par 2.33(b) van die Montreal-deklarasie (Anoniem "Universal Declaration" 453).

624 "Judges in Commonwealth Africa" 13.

in Afrika speel die uitvoerende gesag 'n groot rol in die ontslagprosedures. Die konstitusionele beginsel aangaande ontslag is in al hierdie lande basies dieselfde: 'n regter kan van sy amp onthef word slegs as gevolg van onvermoë om sy taak te vervul, ongeag of dit voortvloei uit 'n liggaamlike of geestelike gebrek of enige ander oorsaak, of weens wangedrag. Die prosedure is kortliks soos volg: Wanneer die uitvoerende gesag oorweeg om 'n regter van sy amp te onthef, word 'n tribunaal aangestel wat bestaan uit 'n voorsitter en twee ander lede wat 'n hoë regterlike amp beklee of beklee het. Die aangeleentheid word deur die tribunaal ondersoek en die tribunaal adviseer die uitvoerende gesag oor die vraag of die regter ontslaan moet word al dan nie.[625] Shimba[626] kritiseer die feit dat by hierdie lande die inisiatief om 'n regter uit sy amp te onthef by die uitvoerende gesag berus. Indien dit in effek is wat gebeur, beteken die konstitusionele beginsel nie veel nie.[627] Dit is egter in teenstelling met die posisie in Zimbabwe[628] waar die Grondwet[629] bepaal dat waar dit gaan om die ontslag van 'n regter van die *Supreme Court* of die *High Court* sal die President slegs 'n tribunaal aanstel indien die Hoofregter hom adviseer dat die saak ondersoek behoort te word.

---

625 Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1147; Shimba "Judges in Commonwealth Africa" 13. Sien ook Whittle "Suspension of Zambian High Court Judge Highlights Need for Judicial Independence" 1997 *De Rebus* 147 waaruit dit blyk dat vanweë 'n regter se kritiek teen die President en teen die swak menseregte-rekord van Zambië, het die President 'n drie-man tribunaal aangestel wat die aangeleentheid moes ondersoek en is die regter as gevolg van die bevinding van die tribunaal afgedank. Die voorsitter van die *Magistrate's and Judges Association of Zambia*, Timothy Katanekwa (wat ook 'n *high court commisioner* is), het ten opsigte van die aangeleentheid gesê: "Judges are not above the law, but the use of a tribunal, if not properly done, might be a tool which can undermine the independence of the judiciary."

626 In "Judges in Commonwealth Africa" 13 lewer hy soos volg kommentaar: "a salient factor to note about these removal procedures in Commonwealth Africa is that the initiative to secure removal of a judge is at the instance of the Executive. A determined Executive in these circumstances which is bent on seeing to it that a particular judge be removed through this procedure can surely achieve its objective. The point is that these constitutional provisions, however decorative they might appear to be, are not enough."

627 Dit is in ooreenstemming met die opinie van Regter Van Zyl dat 'n "politically motivated suspension of a judge should be condemned in the strongest possible terms." Hy voeg by: "It would indicate a disregard of the indispensable role to be played by the judiciary in achieving justice, fairness and harmony in the community." – Whittle "Suspension of Zambian High Court Judge Highlights Need for Judicial Independence" 147.

628 Sien afd 5.6.1.2.

629 A 87(3) van die Grondwet van Zimbabwe.

5.7.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank sluit aan by die bespreking hierbo ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare.[630] Klousule 26 van die IBA se minimumstandaarde bepaal dat die seleksie van regters op meriete behoort te geskied. Shetreet[631] wys daarop dat die kommentaar op hierdie aspek was dat

> "the selection process of judges should take into account the fair representation on the bench of the various social classes, ethnic groups, geographical regions and ideological inclinations, so as to ensure equality of access to judicial office, and a broad spectrum of community attitudes and feelings among the persons holding judicial office."

Gedurende die bespreking van die IBA-standaarde tydens 'n internasionale seminaar in Montreal is besluit dat hierdie beginsel ingesluit behoort te word in die bepaling ten opsigte van die seleksie van regters deur by te voeg dat

> "[t]he process and standards of judicial selection shall give due consideration to ensuring a fair reflection by the judiciary of the society in all its aspects."[632]

Dit moet myns insiens saamgelees word met die minimumstandaard in klousule 2.11 van die "Universal Declaration" wat bepaal:

> "Candidates for judicial office shall be individuals of integrity and ability, well-trained in the law. They shall have equality of access to judicial office."[633]

Daar word dikwels aangevoer dat die regbank verteenwoordigend moet wees van al die rasse, klasse, geslagte, geloofsoortuigings en geografiese gebiede binne 'n staatsbestel – daar word dikwels hierna verwys as die *fair reflection*-beginsel.[634] Sover vasgestel kon word is daar in geeneen van die regstelsels wat ondersoek is, enige voorskriftelike bepaling wat vereis dat by die seleksie van regters die *verteenwoordiging van die regbank wat betref ras, geslag, geloofsoortuigings en*

---

630 Sien afd 5.7.1.1.

631 "Montreal Declaration" 401.

632 Anoniem "Universal Declaration" 451; Shetreet "Montreal Declaration" 401.

633 Anoniem "Universal Declaration" 451.

634 Gibbs "Judicature" 971; Shetreet "Judicial Selection" 776. Sien die bespreking tov die *fair reflection*-beginsel in afd 3.5.

geografiese gebiede voorrang behoort te geniet bo seleksie volgens *meriete* nie.[635] Daar word derhalwe aan die hand gedoen dat in die praktyk seleksie volgens meriete nog oorwegend toegepas word. Suiwer toepassing van die beginsel *seleksie volgens meriete* sluit myns insiens seleksie met die oog op demografiese verteenwoordiging uit. Dit blyk dat verteenwoordiging eerder beteken dat die verskillende perspektiewe wat in die gemeenskap aangetref word op die regbank verteenwoordig moet wees.[636] So 'n standpunt is sinvol want by oorweging van alle standpunte is 'n regbank beter in staat daartoe om tot 'n billike beslissing te kom wat in die gegewe omstandighede geregtigheid sal bewerkstellig. Skrywer stem volmondig saam met Labuschagne[637] wanneer hy sê:

> "Die regbank behoort...in die finale instansie integriteit, kundigheid, vaardigheid en lojaliteit teenoor die beginsels van die reg te reflekteer. Dit stel werklike aansienstatus daar. Enige persoon, ongeag sy ras, geslag, geloof of 'n ander kwaliteit, wat aan dié vereistes voldoen, behoort op die regbank aangestel te kan word."

5.7.2 Saaklike onafhanklikheid

Die saaklike onafhanklikheid van die regbank omvat aspekte soos regterlike diskresie, die prosedure tydens die verhoor en administratiewe werksaamhede,[638] wat hier bespreek sal word aan die hand van die bevoegdhede en verpligtinge van die regsprekende amptenare.

5.7.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Die regbank se primêre funksie is om onafhanklik reg te spreek en geregtigheid te bewerkstellig – met ander woorde om op 'n onafhanklike en onpartydige wyse 'n

---

635 Tov die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank in Engeland sien afd 5.2.1.1.3 (tov *judges*) en afd 5.2.2.1.3 (tov *stipendiary magistrates*), in Amerika sien afd 5.3.1.1.3, in Duitsland sien afd 5.4.1.1.3, in Frankryk sien afd 5.5.1.1.3 en Zimbabwe en Namibië sien afd 5.6.1.3.

636 Sien die bespreking in afd 3.5.

637 "Kontrolemeganismes" 350.

638 Tov saaklike onafhanklikheid van die regbank, sien ook afd 2.3.2 en hfst 4.

beslissing te gee in 'n betrokke saak. Hierdie regterlike funksie berus alleen by die regbank – die Uitvoerende Gesag behoort op geen manier hierdie regterlike funksie te kan beïnvloed nie.[639] Soos Gilles[640] dit stel:

> "The essence of every democratic adjudicative process and a judiciary governed by the rule of law is the vital principle of judicial independence."

Daar moet in gedagte gehou word dat die blote feit dat daar in wetgewing voorgeskryf word dat regters onafhanklik moet wees, nie beteken dat dit altyd noodwendig in die praktyk die geval is nie.[641] Twee van die kontrolemeganismes wat algemeen gebruik word om te verseker dat regters onpartydig en onafhanklik optree,[642] is byvoorbeeld

- dat regters hulle buite-aktiwiteite sal beperk tot aktiwiteite wat nie die waardigheid van hul amp en onafhanklikheid van die regbank sal aantas nie;
- dat regters gedurende die beregting van 'n saak hulself kan rekuseer of dat aansoek gedoen kan word dat regters hulself rekuseer in gevalle waar regters byvoorbeeld 'n persoonlike belang het by 'n betrokke saak of verwant is aan een van die partye.

By die bespreking ten opsigte van die beperking van buite-aktiwiteite (waarna hierbo verwys word), kom regters se deelname aan politieke aktiwiteite ter sprake. In die

---

639 Die IBA se minimum standaarde, vervat in Anoniem "IBA Minimum Standards" 389, bepaal soos volg:

"16. The Ministers of the government shall not exercise any form of pressure on judges, whether overt or covert, and shall not make the statements which adversely affect the independence of individual judges, or of the judiciary as a whole.

17. The power of pardon shall be exercised cautiously so as to avoid its use as an interference with judicial decision.

18.(a) The Executive shall refrain from any act or omission which pre-empts the judicial resolution of a dispute, or frustrates the proper execution of a court judgment.

(b) The Executive shall not have the power to close down, or suspend, the operation of the court system at any level."

640 "Judicial Independence" 100.

641 Ramseyer "The Puzzling (In)dependence of Courts" 1994 *The Journal of Legal Studies* 721 wys daarop dat alhoewel die Grondwet van Japan verklaar dat die howe onafhanklik sal wees, het die regerende politieke party 'n groot invloed op die howe.

642 Met betrekking tot internasionaal aanvaarbare en onaanvaarbare optrede van regters, sien die minimumstandaarde van die *IBA* en die vereistes vervat in die "Universal Declaration" bespreek in afd 2.9.

sosialistiese lande, byvoorbeeld in die voormalige Oos-Duitsland, was lidmaatskap aan die party nie alleen wenslik nie, maar ook 'n voorvereiste om 'n regter te word wat dan in werklikheid as regsfunksionaris van die party optree.[643] In die meeste westerse lande word daar egter beperkings geplaas op regters se lidmaatskap aan politieke partye – dit is byvoorbeeld die geval in Frankryk.[644] Engeland het die ongeskrewe reël dat elke regter (permanente aanstelling) hom of haar moet weerhou van enige aktiwiteite van 'n politieke party nadat so 'n regter op die bank aangestel is. In die grootste deel van Amerika word regters deur die publiek verkies sodat politieke aktiwiteite deur die regters ten minste voor hul verkiesing as regter, onvermybaar blyk te wees.[645] Die posisie in Duitsland verteenwoordig meer van 'n middeweg tussen bogenoemde stelsels. Omdat die Grondwet elke individu se reg tot politieke en unie-aktiwiteite waarborg, is besluit dat 'n algehele verbod op politieke aktiwiteite 'n te radikale standpunt is wat in stryd sou wees met die bepalings van die Grondwet. Daar is toe besluit om nie lidmaatskap of deelname aan politieke aktiwiteite te verbied nie, maar die vereiste te stel dat 'n regter te alle tye op so 'n wyse moet optree dat dit nie die vertroue in sy onafhanklikheid in gedrang kan plaas nie.[646] Indien die regter dus wel aan politieke aktiwiteite deelneem, stel Gilles[647] voor dat om die publiek teen regterlike onpartydigheid te beskerm, behoort 'n statutêre bepaling die partye tot die saak dan die reg te verleen om te kan aansoek doen vir die rekusering van die regter op grond daarvan. Die aansoek vir rekusering van 'n regter kan nie gebaseer wees op blote

---

643 Gilles "Judicial Independence" 102.

644 Volgens Gilles "Judicial Independence" 102 word daar ook beperkings geplaas op politieke deelname in lande soos Oostenryk, Italië en Nederland. Hy voeg by dat daar egter geen beperkings geplaas word in Swede, Noorweë en Finland nie. Die regters in Japan, België, Ierland, Griekeland en Spanje mag nie aan enige politieke aktiwiteite deelneem nie. In Kanada het hul selfs nie die reg om te stem nie.

645 Gilles "Judicial Independence" 102.

646 § 39 DriG. Gilles "Judicial Independence" 102 som die posisie, soos dit vervat is in al die state se proseskodes, soos volg op: "the mere membership in a party does not constitute a sound reason to doubt a judge's independence, so as to exclude him per se from sitting on the bench. Special circumstances going beyond mere party membership and restrained participation in its activities must be evident in order to cast doubt on the judge's impartiality and make him appear to be biased. In such a case, the parties have the right to challenge him for reasons of prejudice...The decision when and for what specific reasons a judge is deemed biased because of participation in party or labour union activities has been left to the courts."

647 "Judicial Independence" 107.

lidmaatskap van 'n politieke party nie – dit kan slegs geregverdig word deur spesiale omstandighede. Faktore wat in aanmerking geneem kan word is die tipe, omvang en intensiteit van die politieke aktiwiteit deur die regter; die tipe, omvang en intensiteit van politieke oortuiging gehuldig deur die partye tot die saak; spesiale omstandighede en politieke aard van die aangeleentheid, sowel as die verhouding van hierdie faktore tot mekaar."[648]

Ten opsigte van die rekusering van regters (waarna hierbo verwys is), blyk daar eenstemmigheid te wees ten opsigte van die feit dat regters nie as voorsittende beamptes tydens 'n verhoor behoort op te tree indien daar 'n redelike vermoede van vooroordeel of potensiële vooroordeel is nie. Verder behoort regters alle optrede te vermy wat enigsens die indruk mag skep dat so 'n regsprekende amptenaar bevooroordeeld mag wees. Indien 'n regter in byvoorbeeld die Konstitusionele Hof in Duitsland versuim om hom- of haarself vrywilliglik te verwyder wanneer sodanige versoek deur een van die partye gerig word, besluit die volle senaat (mede-regters) oor die aangeleentheid in die afwesigheid van die betrokke regter.[649] Federale wetgewing in die VSA maak ook voorsiening vir drie kategorieë ingevolge waarvan regters gediskwalifiseer word om as regter tydens 'n saak op te tree. Die eerste het betrekking op 'n regter se persoonlike vooroordeel of waar benadeling voorkom; die tweede is 'n breë bepaling ingevolge waarvan die regter gediskwalifiseer word indien sy onafhanklikheid redelikerwys bevraagteken kan word selfs waar geen benadeling bewys kan word nie; die derde het betrekking op spesifieke belange wat die regter moontlik by die saak of die uitspraak van die saak mag hê en verhoudings of verwantskappe wat die regter moontlik met een van die partye mag hê.[650] Die beweegrede agter die beginsel van rekusering is tweeledig van aard: eerstens is elke party geregtig op 'n onafhanklike regter en 'n onafhanklike uitspraak vry van enige vooroordeel en tweedens, dra onafhanklike beregting by tot openbare vertroue in die

---

648 Gilles "Judicial Independence" 107.

649 Van der Westhuizen "Constitutional Court with reference to German Experience" 21. Hy wys ook daarop dat daar tot dusver twee regters uitgesluit is nadat hulle onbesonne publieke kommentaar gelewer het oor die meriete van 'n saak wat hangend was.

650 Wegner "Disqualifying the Judge" 44.

regbank.[651]

Ten opsigte van die *administrasie* en toewysing van sake, bevat die "Universal Declaration" die bepaling dat die toewysing van 'n saak aan 'n betrokke regter binne die hofafdeling waar hy aangestel is 'n administratiewe funksie is, wat uitgevoer behoort te word deur die regbank self. In Amerika byvoorbeeld berus die administrasie van judisiële aangeleenthede op die vlak van die howe, by die regbank self. Die funksie van toewysing van sake aan betrokke howe berus ook by die regbank – normaalweg die hoofregter, maar waar hy te besig is word dit gedelegeer aan 'n administratiewe beampte of klerk van die hof wat dit toedeel ooreenkomstig 'n vooropgestelde matematiese of rekenaarstelsel.[652]

5.8 TUSSENTYDSE GEVOLGTREKKINGS EN WAARDESKATTING

Alvorens die persoonlike en saaklike onafhanklikheid van die regbank in enige regstelsel ter sprake kom, is dit belangrik om die beweegrede agter so 'n ontleding van die onafhanklikheid van die regbank, net weer kortliks te stel. Met ander woorde, waarom is dit enigsens nodig dat 'n regbank onafhanklik moet wees. Sonder om 'n lang relaas te gee van wat alreeds in 'n voorafgaande bespreking[653] verduidelik is, sal hierdie aspek net kortliks aangeraak word deur te volstaan met die volgende woorde van Morton[654] ten opsigte van die Kanadese stelsel, wat ewe toepaslik is in die meeste westerse stelsels:

> "The authority of contemporary Canadian courts still rests on the ancient requirement of impartiality. We are willing to submit our disputes to judges and to obey their decisions voluntarily, even if we lose, only because we believe that they provide an unbiased and reasoned application of the laws to the facts of our particular dispute. In order to insure impartiality, we expect a judge to be

---

651 Sien die bespreking in afd 5.3.1.1.2.

652 Sien afd 5.3.1.2.1. Ten opsigte van die posisie in Frankryk, sien afd 5.5.1.2.1 en ten opsigte van die posisie in Engeland, sien afd 5.2.1.2.1.

653 Sien afd 2.10.

654 *Judicial Process in Canada* 97.

> independent of our adversary. In the area of criminal law and other types of disputes between individuals and the state, this means that judicial independence from the Crown is an essential prerequisite for the proper functioning of our legal system."

Die onafhanklikheid van die regsprekende amptenare is dus van kardinale belang vir die legitimiteit van die regbank, wat opsigself weer belangrik is vir die nakoming van hofbevele deur die publiek. By 'n ontleding van die onafhanklikheid van die regbank het die hof in *Findlay v United Kingdom*[655] dit soos volg omskryf:

> "[I]n order to establish whether a tribunal can be considered as 'independent', regard must be had *inter alia* to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of independence."

Hier het die hof verwys na die persoonlike en saaklike onafhanklikheid van die regbank, wat reeds in 'n voorafgaande afdeling bespreek[656] is. In die bespreking wat hierop volg sal die rigtingwysers wat uit die voorafgaande ondersoek geblyk het van waarde te wees vir die Suid-Afrikaanse konteks kortliks uitgelig word.

Wat die **persoonlike onafhanklikheid** van die regbank betref, blyk dit dat die aanstelling, ampsduur en diensvoorwaardes van regsprekende amptenare nie willekeurig deur ander owerheidsorgane beheer behoort te word nie.[657] Elkeen van hierdie aspekte verdien kortliks vermelding:

- ***Die seleksie van regterlike amptenare***

Dit blyk dat daar in wese twee basiese metodes wat gebruik word ten einde professionele regsprekende amptenare te selekteer, naamlik aanstelling of verkiesing, alhoewel 'n middeweg tussen hierdie twee metodes wel in sekere regstelsels gevolg word ten einde te poog om die beste voordele uit beide bogenoemde metodes, naamlik aanstelling en verkiesing, te verkry. Dit blyk dat die aanstelling van regterlike

---

655 24 EHRR 221.

656 Sien afd 2.3.

657 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 237.

amptenare as 'n metode van seleksie in die meeste regstelsels verkies word bo verkiesing (as 'n metode van seleksie). Vir die Suid-Afrikaanse konteks is veral die seleksie van regsprekende amptenare deur 'n bepaalde liggaam wat spesifiek vir daardie doel aangestel is van belang, soos wat aangetref word in Zimbabwe en Namibië. Die hoofoogmerk met hierdie metode van seleksie is dat die verantwoordelikheid vir die aanstelling van regters nie ten volle aan politici toevertrou moet word nie, maar dat 'n paneel van belanghebbendes, waarvan die meeste ervare regsgeleerdes behoort te wees, inspraak hieraan moet hê.[658] Dit is myns insiens die regverdigste en mees geloofwaardigste metode van aanstelling van regsprekende amptenare, mits die lede van die gespesialiseerde kommissie verteenwoordigend is van regsgeleerdes oor 'n breë spektrum – dit moet byvoorbeeld ook lede insluit wat verteenwoordigers is van regsverenigings, prokureursverenigings en balieverenigings en sodanige lede moet deur hul eie verenigings genomineer word sodat die regterlike dienskommissie nie slegs lede insluit wat deur politici aangestel is nie. Verder vereis internasionale standaarde dat die seleksie van regters moet geskied op meriete en sonder diskriminasie, met die klem verder op die integriteit van die individue, bekwaamheid, goeie opleiding en dat die kandidate op gelyke basis toegang moet hê tot die regtersamp.[659]

Uit die regsvergelykende ondersoek blyk daar 'n rigtingwyser te wees ten gunste van aanstelling van regterlike amptenare in ooreenstemming met die *fair reflection*-beginsel.[660] Dit het geblyk dat geeneen van die regstelsels wat ondersoek is, enige voorskriftelike bepaling het wat vereis dat by die seleksie van regters die *verteenwoordiging van die regbank wat betref ras, geslag, geloofsoortuigings en geografiese gebiede* voorrang behoort te geniet bo seleksie volgens *meriete* nie.[661]

---

658 Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1138.

659 Sien afd 5.7.1.1.

660 Sien afd 5.7.1.3. Gibbs "Judicature" 971; Shetreet "Judicial Selection" 776. Sien die bespreking tov die *fair reflection*-beginsel in afd 3.5.

661 Tov die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank in Engeland sien afd 5.2.1.1.3 (tov *judges*) en afd 5.2.2.1.3 (tov *stipendiary magistrates*), in Amerika sien afd 5.3.1.1.3, in Duitsland sien afd 5.4.1.1.3, in Frankryk sien afd 5.5.1.1.3 en Zimbabwe en Namibië sien afd 5.6.1.3.

Derhalwe is tot die gevolgtrekking gekom dat in die praktyk seleksie volgens meriete nog oorwegend toegepas word. Daar het geblyk 'n sterk riglyn te wees ten gunste van die standpunt dat *verteenwoordiging* beteken dat die verskillende perspektiewe wat in die gemeenskap aangetref word, op die regbank verteenwoordig moet wees.[662] So 'n standpunt is sinvol want by oorweging van alle standpunte is 'n regbank beter in staat daartoe om tot 'n billike beslissing te kom wat in die gegewe omstandighede geregtigheid sal bewerkstellig.

- ***Diensvoorwaardes***

Ten einde die persoonlike onafhanklikheid van regsprekende amptenare te verseker, moet die diensvoorwaardes van regters nie nadelig beïnvloed kan word deur die uitvoerende gesag nie. McGarvie,[663] 'n regter van die Supreme Court in Victoria, wys daarop dat:

> "Judicial office should be sufficiently attractive in terms of remuneration, community standing and conditions and satisfactions of work to encourage people of the best quality, character and qualifications to accept judicial appointment. It should lead judges to place high value on their judicial office and desire to continue in it. In order to perform their judicial work effectively judges need to have the community standing that reinforces community respect and confidence."

Wat die ampsduur betref, blyk dit uit die regsvergelykende ondersoek dat regterlike aanstellings oor die algemeen vir lewenslange termyne is, wat in die praktyk gewoonlik neerkom op aanstelling tot 'n bepaalde statutêr-voorgeskrewe tydperk of tot aftree-ouderdom. Regters kan uit hul amp verwyder word uit hoofde van grondige redes en op grond van verpligte aftrede, wat gewoonlik geskied op 'n datum wat regtens vasgestel is op die stadium van aanstelling.[664]

Alhoewel daar wêreldwyd uiteenlopende standpunte en praktyke is ten opsigte van

---

662 Sien afd 5.7.1.3. Sien die bespreking in afd 3.5.

663 "Judicial Independence in a Modern Democracy" 10.

664 Sien afd 5.7.1.2.

tydelike aanstellings, blyk dit dat daar meriete is in die aanstelling van regterlike amptenare vir 'n proeftydperk voordat sodanige amptenare permanent aangestel word. Sulke proeftydperk-aanstellings word veral aangetref in Duitsland en Frankryk waar die gewone regterlike aanstelling gedoen word direk na voltooiing van regsopleiding. Die proeftydperk-aanstellings word dan gebruik as 'n siftingsproses om die geskiktheid van persone vir die regterlike amp te bepaal. Na sodanige proeftydperk, word die regterlike amptenare permanent aangestel. Hierdie proeftydperk-aanstellings moet onderskei word van gewone tydelike aanstellings, wat gekritiseer word op grond daarvan dat sodanige regterlike amptenare wat hul poste bekleë op die goedgunstigheid van die owerheid, vatbaar is vir eksterne beïnvloeding en dat sodanige aanstellings derhalwe strydig is met die beginsel van onafhanklikheid wat nodig is vir uitvoering van die regterlike funksie.[665] Dit blyk ook uit die praktyksreël in Engeland, waar tydelike aanstellings dikwels gemaak word dat daar voordele daaraan verbonde kan wees om persone vir proeftydperke aan te stel. Sulke gevalle is byvoorbeeld waar advokate (*barristers*) drie of vier keer per jaar as *recorders* aangestel word en strafregtelike sake verhoor wat te ernstig is vir beregting deur *magistrates*, maar nie ernstig genoeg is vir beregting deur regters van die *High Court* nie. Sir Robert Megarry[666] verduidelik dat:

> "Although the prime purpose of these activities is to get the work done, there is great value in the incidental result that it becomes known what sort of a judge the barrister is likely to make if he is appointed to the Bench. Nobody can really tell how anyone will behave as judge until he has been seen performing as a judge. Being a judge is so different from being an advocate, not least in that the advocate knows which side he is on. There have been many instances of Commissioners of Assize demonstrating their suitability for judicial office, and in other instances demonstrating just the opposite, for a wide variety of reasons. Men react to the stresses of the Bench in remarkably different ways. Like the elephant, the judicial quality is easily recognizable but very difficult to define; and so this is one of the fields in which 'Try it and see' becomes an important adage."

Dit blyk dat daar wêreldwyd 'n tendens is vir die aanbied van opleidings- en opknappingskursusse vir regsprekende amptenare, met die voorbehoud dat sodanige

---

665 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 624-625.

666 Soos aangehaal in Morton *Judicial Process in Canada* 80.

opleidingsprogramme onder beheer van die regbank staan. Hier is veral die posisie in Amerika en Engeland rigtinggewend.[667]

Bevordering van regters behoort te geskied op grond van 'n objektiewe beoordeling van die kandidaat se integriteit en onafhanklike denke, professionele bekwaamheid, ondervinding, menslikheid en toewyding tot die *rule of law* – bevorderings behoort ook te geskied in oorleg met die regbank en die regsprofessie of deur 'n regterlike kommissie waarop lede van die regbank en regsprofessie verteenwoordig word.[668]

Daar blyk redelike eenstemmigheid tussen die onderskeie regstelsels te wees dat *vergoeding* van regterlike amptenare voldoende behoort te wees en nie gedurende hul ampstermyn verminder behoort te word nie. Ten opsigte van die aspek van *verplasing* van regsprekende amptenare, bepaal die *IBA* se minimumstandaarde dat die besluit om 'n regter van een hof na 'n ander te verplaas by die regsprekende gesag behoort te berus en verkieslik onderhewig behoort te wees aan die regter se toestemming wat hy of sy nie onredelikerwys behoort te weerhou nie. Ten opsigte van die *dissiplinering* van regsprekende amptenare blyk dit dat daar 'n onderskeid gemaak kan word tussen 1) klagtes wat nie noodwendig tot afdanking sal lei nie en waar slegs sprake is van dissiplinering van regterlike amptenare, en 2) ernstige besware teen optredes van regters wat wel tot afdanking (ontslag) kan lei. Riglyne wat geblyk het is dat aanvanklike vertroulikheid ten opsigte van *klagtes* vereis word, toepassing van die *audi alteram partem*-reël en dat die verhoor-verrigtinge *in camera* plaasvind, alhoewel die finale beslissing gepubliseer mag word. Verder behoort die verhoorliggaam te bestaan uit lede van die regbank. Veral die praktyk in Kanada, waar klagtes teen regters aangehoor word deur 'n liggaam bekend as die *Judicial*

---

667 Sien afd 5.7.1.2. Soos reeds vermeld in die voorafgaande regsvergelykende ondersoek, word regsopleidingsprogramme vir regters georganiseer in Engeland (deur die *Judicial Studies Board*) en in Amerika (deur die *Federal Judicial Centre*) – sien die bespreking in afd 5.2.1.1.1 (a) en afd 5.3.1.1.1(a). Soortgelyke opleidingsprogramme word ook aangebied in Kanada (deur die *National Judicial Institute* onder leiding van die *Chief Justice*), Australië, Nieu-Seeland, Maleisië, Pakistan en Sri-Lanka – Mahomed "Welcoming Address at the First Orientation Course for New Judges" 1998 *SALJ* 107; Brand "Perspective on Judicial Education" 1997 *Consultus* 124.

668 Sien afd 5.7.1.1.

Council en wat hoofsaaklik uit regters bestaan, was hier rigtinggewend.[669]

Die posisie in Engeland en Duitsland het riglyne gebied ten opsigte van die ontslag van regsprekende amptenare, en meer spesifiek, dat ontslag alleen behoort te geskied nadat 'n vasgestelde prosedure gevolg is en waar die optrede val in een van die spesifiek voorgeskrewe gronde vir ontslag wat gewoonlik neerkom op kriminele optrede of indien die regter deur growwe of herhaaldelike nalatige of fisiese of geestelike onvermoë getoon het dat hy of sy onbevoeg is om die regterlike amp te beklee.[670]

Wat die **saaklike onafhanklikheid** van die regsprekende amptenare betref, blyk dit dat die regsprekende amptenare in die uitoefening van hul pligte slegs onderworpe behoort te wees aan die reg.[671] Hierdie voorskrif is daarop ingestel om die objektiwiteit van die regbank te beskerm sodat die regsprekende amptenare hul taak, naamlik die bewerkstelliging van geregtigheid kan uitvoer, sonder enige eksterne beïnvloeding. Dit het geblyk dat daar twee kontrolemeganismes is wat algemeen gebruik word om te verseker dat regters onpartydig en onafhanklik optree, naamlik beperking op buite-aktiwiteite en rekusering. Hier het Engeland en Frankryk veral as riglyn gedien van lande waar beperkings geplaas word op lidmaatskap of deelname aan aktiwiteite van politieke partye. Amerika kon nie werklik as riglyn dien nie, omdat regters oorwegend deur die publiek verkies word sodat politieke aktiwiteite deur die regters ten minste voor hul verkiesing as regter, onvermybaar blyk te wees. Duitsland het getoon dat 'n middeweg moontlik is, naamlik om nie lidmaatskap of deelname aan politieke aktiwiteite te verbied nie, maar die vereiste te stel dat 'n regter te alle tye op so 'n wyse moet optree dat dit nie die vertroue in sy onafhanklikheid in gedrang kan plaas nie.[672] Die regsvergelykende ondersoek in veral Duitsland en Amerika, het 'n sterk riglyn gebied ten opsigte van die rekusering van regters en kategorieë van gevalle

---

669 Sien afd 5.7.1.2.

670 Sien afd 5.7.1.2.

671 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 238.

672 Gilles "Judicial Independence" 102.

waar dit behoort plaas te vind.[673] Daar was eenstemmigheid dat regters nie as voorsittende beamptes tydens 'n verhoor behoort op te tree indien daar 'n redelike vermoede van vooroordeel of potensiële vooroordeel is nie. Verder behoort regters alle optrede te vermy wat enigsens die indruk mag skep dat so 'n regsprekende amptenaar bevooroordeeld mag wees.

Ten opsigte van die *administrasie* en toewysing van sake, was veral die posisie in Amerika rigtinggewend ten opsigte van die aspek dat die administrasie van judisiële aangeleenthede op die vlak van die howe, by die regbank self behoot te berus. Die funksie van toewysing van sake aan betrokke howe berus ook by die regbank – normaalweg die hoofregter, maar waar hy te besig is word dit gedelegeer aan 'n administratiewe beampte of klerk van die hof wat dit toedeel ooreenkomstig 'n vooropgestelde matematiese of rekenaarstelsel.[674]

Shetreet[675] kom heeltemal tereg tot die gevolgtrekking dat

> "Judicial independence is a dynamic, complex concept. It involves many issues and requires the resolution of conflicts between fundamental competing values."

673 Sien afd 5.7.2.1.

674 Sien afd 5.3.1.2.1. Ten opsigte van die posisie in Frankryk, sien afd 5.5.1.2.1 en ten opsigte van die posisie in Engeland, sien afd 5.2.1.2.1.

675 "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 658.

HOOFSTUK 6

REGSVERGELYKENDE ONDERSOEK NA REGSPREKENDE BEAMPTES SONDER REGSOPLEIDING

6.1 INLEIDING

Soos met die vorige regvergelykende hoofstuk, is een van die vernaamste doelwitte wat deurentyd voor oë gehou moet word tydens 'n regsvergelykende bespreking en evaluering van die onderskeie regstelsels om te bepaal of die vreemde stelsels oplossings of minstens riglyne bied wat nuttig kan wees ten opsigte van die uitbouing van bepaalde aspekte of aanvulling van gebreke in die eie regstelsel.[1] Die oogmerk met hierdie hoofstuk is dus om die onafhanklikheid van regsprekende beamptes sonder regsopleiding in ander regstelsels te ontleed met die oog op moontlike uitbouing of oplossing van tekortkominge in die Suid-Afrikaanse regstelsel.

Die frase "regsprekende beamptes sonder regsopleiding" omvat hier alle persone wat oor geen regskwalifikasies beskik nie, maar wat op 'n voorgeskrewe wyse geselekteer word om in 'n bepaalde saak of vir 'n vasgestelde tydperk as regsprekende beampte in, hetsy die hoërhof of die laerhof, op te tree. In hierdie hoofstuk word onderskei tussen twee tipes regsprekende beamptes sonder regsopleiding, naamlik leke-regters en jurielede. Wat die stelsel van leke-regters betref, word onderskei tussen leke-regters wat alleen of saam met ander leke-regters op die regbank optree (soos in die geval van die *justices of the peace* in Engeland en Amerika) en leke-regters wat saam met professionele regters op die regbank optree, bekend as 'n gemengde regbank (soos in die geval van die Duitse *Schöffen* of *Laienrichter).* Wat die juriestelsel betref, word onderskei tussen die *grand jury* en die *trial or petit jury* in Engeland, Amerika en Frankryk.

---

1 Van Zyl *Beginsels* 17-18.

6.2 LEKE-REGTERS

6.2.1 Leke-regters in Engeland bekend as *justices of the peace*

Die amp van *justice of the peace* het gedurende die tydperk 1326-1327 tydens die heerskappy van Edward II regtens tot stand gekom.[2] Gedurende die 1920s en 1930s is baie kritiek uitgespreek teen leke-regters as instelling. Sommige Britse burgers het gevoel dat daar 'n agteruitgang in die standaarde van die *magistrates' court* was, maar volgens Spencer[3] is dit waarskynlik eerder toe te skryf aan die feit dat 'n meer uitgesproke tipe burger[4] in die *magistrates' courts* begin verskyn het. Padverkeersake ingevolge die *Road Traffic Acts* het vanaf 1910-1938 van onder 10 persent tot 60 persent gestyg. Waar leke-regters vroeër hoofsaaklik met armes te doen gekry het, het die koms van die motor die middel en hoër klasse van die bevolking in kontak gebring met instellings wat hulle tot dusver nie geken het nie en waarvan hulle nie gehou het nie. Vir baie burgers beteken die begrip "die reg": die polisie, *magistrates' courts* en *county courts*. Respek vir die reg en vertroue in die regstelsel is baie afhanklik van die hantering van sake in die laer howe. Die Britse regering het egter geensins op die kritiek gereageer nie.

Die Tweede Wêreldoorlog het die werkslas van die *magistrates' courts* aansienlik vermeerder. Die mobilisasie van die volk is uitgevoer deur 'n kode van die *Defence Regulations* met verordeninge, reëls en by-wette waarvan die meeste deur die *magistrates' courts* afgedwing is. Die toename in belangrikheid van die *magistrates' courts* het daartoe gelei dat leke-regters hulle pligte meer ernstig opgeneem het. Dit het op sy beurt weer daartoe gelei dat die regering selfs gedurende die oorlog tyd gevind het om hervormings aan te bring. Na die oorlog was die algemene gevoel dat die *magistrates' courts* hulle redelik goed van hul taak gekwyt het, maar dat sekere hervormings tog nodig was. In 1946 is die *Royal Commission on Justices of the Peace*

---

2 Abraham *Judicial Process* 258; Terrill *World Criminal Justice Systems: A Survey* 24.

3 *Machinery of Justice* 402.

4 Beskuldigdes in strafsake en verweerders in siviele sake.

aangestel wat spesifiek aspekte soos die aanstelling en verwydering van leke-regters, hul kwalifikasies en uitgawes, en die kwessie van *stipendiary magistrates* ondersoek het. Uit hul verslag wat in 1948 gepubliseer is, het geblyk dat al die instellings en omtrent al die individue wat getuienis afgelê het dit eens was dat die stelsel van leke-regters moet bly voortbestaan, alhoewel daar oor die algemeen aanvaar is dat die aantal *stipendiary magistrates* waarskynlik vermeerder sal moet word. Al die belangrikste aanbevelings is in die *Justices of the Peace Act 1949* vervat. Hierdie wet is later vervang deur die *Justices of the Peace Act 1979* wat 'n samevatting was van die 1949-wet en al die latere wysigingswette.[5]

6.2.1.1 Persoonlike onafhanklikheid

Die persoonlike onafhanklikheid van die regterlike amptenare[6] word hieronder bespreek deur te verwys na hul seleksie (wat insluit die kwalifikasies vereis vir seleksie en die wyse van seleksie), hul diensvoorwaardes en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.

6.2.1.1.1 Seleksie

(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie

Geen professionele of regskwalifikasies word van die deursnee *justice of the peace* verlang nie.[7] Daar is egter 'n verpligting op nuwe leke-regters om binne een jaar na aanstelling 'n basiese opleidingskursus te voltooi. Omdat leke-regters tydens hul aanstelling nie veel weet van wat hulle verpligtinge behels nie, is dit noodsaaklik om aan hulle 'n elementêre opleiding te gee. Dit is vanselfsprekend nie prakties om aan

---

5 Spencer *Machiney of Justice* 403.

6 Tov 'n bespreking van die persoonlike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

7 Van Zyl *Beginsels* 192.

hulle 'n volledige regsopleiding te gee nie en volgens Spencer[8] is die doelwitte van die opleiding, soos dit uiteengesit word in die handleiding vir nuut-aangestelde leke-regters, om hulle in staat te stel:

"(a) to understand the nature of their duties so that they shall acquire the judicial mind and accordingly act judicially whilst sitting on the bench;
(b) to acquire an elementary knowledge of the law to follow with understanding any normal case they may be called on to hear;
(c) to acquire a working knowledge of the rules of evidence particularly in relation to what is admissible and what inadmissible;
(d) to learn the various courses which may be taken in dealing with offenders so that they understand the nature and purpose of the sentences which they impose, and other methods of treatment which they may use and the orders they may make and their effect;
(e) to understand the relationship which should exist between members of the bench, the clerk to the justices, the probation officers and the staff of the courts, and the duties in court of the police and of advocates."

Die *Justices of the Peace Act van 1949* het dit aan die *Magistrates' Court Committees*[9] opgedra om opleidingskursusse vir leke-regters in hul gebied saam te stel en te administreer, maar het nie die kursusse verpligtend gemaak nie. Bywoning van die kursusse was derhalwe ongereeld. In 1964 het die Lord Chancellor egter aangekondig dat opleiding vir nuwe leke-regters voortaan verpligtend sou wees en het 'n opleidingsbeampte en 'n *National Advisory Council* aangestel om hom te adviseer oor wat hy moet doen. Die *Advisory Council* is in 1974 vervang deur 'n kleiner *Advisory Committee* en dié se werksaamhede is sedertdien oorgeneem deur 'n *Judicial Studies Board*.[10]

Daar is 'n basiese opleidingskursus, bestaande uit twee fases, saamgestel.[11] Die eerste fase moet voltooi word voordat 'n nuwe leke-regter as regsprekende beampte op die bank kan optree. Dit behels bywoning van hofsittings as waarnemer en elementêre opleiding oor die verpligtinge van leke-regters. Die tweede fase begin

---

8 *Machinery of Justice* 408.

9 See Spencer *Machinery of Justice* chapter 19(ii).

10 Spencer *Machinery of Justice* 291.

11 Spencer *Machinery of Justice* 409.

wanneer 'n nuwe leke-regter reeds 'n paar keer as regsprekende beampte opgetree het, en dit moet voltooi word binne twaalf maande vanaf sy of haar aanstelling tot die amp. Dit behels nie minder nie as agt sessies wat gewy word aan opleiding of praktiese oefeninge, elk een-en-'n-half tot twee ure lank, besoeke aan die plaaslike gevangenis, 'n senior aanhoudingsentrum en 'n bewaringsentrum vir jeugdiges, en bywoning as waarnemer van verrigtinge in 'n ander *magistrates' court* as dié een waar die leke-regter normaalweg self op die bank sit. Daar word geen toetse afgelê of eksamens geskryf nie, maar 'n sertifikaat van bywoning van kursusse en besoeke moet onderteken en aan die *Lord Chancellor* se kantoor gestuur word. Daar was aanvanklik geen verdere opleidingsvereistes nie (alhoewel vrywillige bywoning van addisionele kursusse aangemoedig is), maar van alle leke-regters wat na 1 Januarie 1980 aangestel is, word tans vereis dat hulle sekere minimum opleiding ter opknapping van hul kennis, bekend as *obligatory refresher training* moet voltooi. Sodanige minimum opknappingskursus bestaan uit twaalf ure elke drie jaar tot die ouderdom van 65 jaar, wanneer die verpligting eindig.

'n Onderafdeling van die *Judicial Studies Board*, naamlik die *Magisterial Committee*,[12] se funksie behels onder andere die opstel van opleidingsmateriaal vir die opleiding van beide *stipendiary magistrates* en leke-regters, die gee van advies aan die *Lord Chancellor* ten opsigte van alle aspekte rakende die opleidingsillabus vir leke-regters, die monitor en evalueer van die doeltreffendheid van die opleidingskursusse wat aangebied word. Die sillabus vir die basiese opleiding van leke-regters is in sy totaliteit hersien in 1989 en tesame met 'n losblad-handboek gestuur aan almal wat betrokke is by die opleiding van leke-regters, insluitende die *Magistrates' Courts' Committees* en die *Magistrates' Association*.[13]

Die verantwoordelikheid vir die administrasie van die opleiding berus by die

---

12 Hierdie komitee bestaan uit twee besoldigde landdroste, twee leke-regters, twee *Justices' Clerks*, die *Deputy Secretary of Commissions (Training)* van die *Lord Chancellor's Department* en die hoof van die *Magistrates' Division* van die *Home Office* onder voorsitterskap van 'n senior *Circuit Judge*.

13 *Judicial Studies Board Report for 1987-1991* (1992) 28-31.

Magistrates' Courts Committee, aan wie die *Lord Chancellor* periodieke riglyne uitvaardig. Die gewone prosedure is dat 'n plaaslike subkomitee en 'n plaaslike opleidingsbeampte (normaalweg 'n *justices' clerk*) aangestel word wat in kontak bly met die opleidingsbeampte by die *Lord Chancellor* se kantoor. Die opleidingsprogram wat in 1966 ingestel is was redelik suksesvol in die daaropvolgende paar jaar, maar 'n paar *Magistrates' Courts Committees* het nie opleidingsbeamptes aangestel nie en het die minimum gedoen om aan die vereistes vir opleiding te voldoen. Derhalwe het die *Administration of Justice Act 1973* aan die *Lord Chancellor* die bevoegdheid gegee om opleidingskursusse vir leke-regters daar te stel, en het ook bepaal dat indien 'n *Magistrates' Courts Committee* versuim om opleiding te verskaf, die *Lord Chancellor* dit mag doen en die koste van die *Magistrates' Court Committee* mag verhaal. Hierdie is 'n standaard-tipe bevoegdheid wat verleen word vir gevalle waar verpligtinge nie nagekom word – die doel van hierdie bevoegdheid is nie soseer om in die praktyk toegepas te word nie, maar om as afskrikmiddel te dien om te verseker dat diegene wat 'n verpligting het, dit nakom. Volgens Spencer[14] is die bedoeling dat die *Lord Chancellor* se bevoegdheid om opleiding te verskaf, dié van die *Magistrates' Courts Committees* moet aanvul – die bedoeling is nie dat daar 'n oorname van verpligtinge moet wees nie.

'n Ander bron van opleiding is die *Magistrates' Association*[15] wat takke oor die hele land het. Hierdie verskillende takke organiseer vergaderings wat oop is vir alle leke-regters binne 'n wye gebied. Die *Association* hou opleidingseminare en opleidingsdae op nasionale vlak. Die buitemuurse departemente van sekere universiteite organiseer bywoningskursusse. Die patroon van sulke vergaderings en kursusse wissel: soms bestaan dit uit lesings gevolg deur 'n bespreking en ander kere word intensiewe opleidings-werkwinkels gehou wat toegespits is op praktiese probleme. Regters, ervare leke-regters, *justices' clerks* en ander betrokke by die strafregsisteem, soos die polisie, paroolbeamptes en gevangenishoofde speel almal 'n rol hier. Die organiseer

---

14 *Machinery of Justice* 409.

15 Die *Magistrates' Association* steun tot 'n groot mate op die advies en opleidingsmateriaal verskaf deur die *Magisterial Committee* van die *Judicial Studies Board*. Sien vn 10-11 en meegaande teks.

van sulke funksies bied leke-regters van oor die hele land die geleentheid om mekaar te ontmoet en idees uit te ruil. Wat befondsing betref word sommige van hierdie kursusse deur die *Lord Chancellor's Department* goedgekeur vir opleidingsdoeleindes en kom in aanmerking vir 'n volle toekenning, terwyl ander goedgekeur word vir sulke doeleindes deur individuele *Magistrates' Courts Committees* en kursusfooie en uitgawes aangegaan deur leke-regters word betaal deur die *Committee*. Alhoewel bogenoemde handel oor verpligte opleiding, wys Spencer[16] daarop dat meeste van die leke-regters in die praktyk min dwang nodig het en geneig is om eerder vir meer, as vir minder opleiding te vra.[17]

'n Klein persentasie leke-regters is akademiese regsgeleerdes; daar is ook geen beswaar teen die bekleërs of gewese bekleërs van 'n hoë regterlike amp om as leke-regters op te tree nie.[18] Die enigste kategorie persone wat werklik uitgesluit is van aanstelling is ongerehabiliteerde insolvente.[19] Om as 'n leke-regter te kan kwalifiseer, moet 'n persoon egter binne 15 myl van die jurisdiksie van die hof woon.[20]

(b) Wyse van seleksie

Leke-regters oftewel *justices of the peace*[21] is werksaam in die laagste howe in die hiërargie, naamlik die *magistrates' courts*. Hulle word deur die *Lord Chancellor*, namens en in die naam van die monargie aangestel.[22] Die *Lord Chancellor* handel op aanbeveling van plaaslike advieskomitees, waarvan daar ten minste een in elke

---

16 *Machinery of Justice* 410.

17 'n Opname is oor hierdie aspek gedoen. Sien Baldwin "The Compulsory Training of Magistrates" 1975 *Criminal LR* 634.

18 Murphy *Blackstone's Criminal Practice* 874.

19 A 32 *Bankruptcy Act 1883*.

20 A 7(1) *Justices of the Peace Act 1979*.

21 Na hulle word ook bloot na verwys as *justices* of *magistrates*. Murphy *Blackstone's Criminal Practice* 874.

22 A 6(1) *Justices of the Peace Act 1979*.

county is.[23] Die aanstelling van leke-regters word lank reeds beïnvloed deur politieke oorweginge en hierdie aspek was in die verlede al 'n groot twispunt gewees. Vanaf die agtiende eeu tot vroeg in die twintigste eeu was die aanstellings polities gemotiveer en dit het in 'n toenemende mate kritiek uitgelok. Die *Royal Commission on the Selection of Justices of the Peace* het gevolglik in 1910 voorgestel dat die *Lord Chancellor* deur advieskomitees oor aanstellings tot die regbank geadviseer moet word. Die samestellings van hierdie komitees was in die hande van die *Lord Chancellor* en die lidmaatskap was veronderstel om geheim te wees, maar dit was algemeen bekend dat politieke partye steeds 'n oorheersende rol gespeel het.

Alhoewel die *Royal Commission* van 1946 verdeeld was oor die feit of politiek enigsens 'n rol moet speel by die aanstelling van leke-regters, was die meerderheid se aanbeveling dat die samestelling van advieskomitees minder polities moet wees en dat lede moet verstaan dat hulle nie daar is om party-eise te propageer nie. Verder is voorgestel dat die naam van die sekretaris van die komitees openbaar gemaak moet word en dat dit algemeen bekend moet wees dat individue of organisasies name kan voorstel vir oorweging as leke-regter. Op daardie stadium het min hulle aan hierdie aanbevelings gesteur totdat Lord Gardiner as *Lord Chancellor* aangestel is. In 1966 het hy alle advieskomitees daarop gewys dat leke-regters alle skakerings van opinies in die gemeenskap moet verteenwoordig en dat politieke sienswyses van kandidate in ag geneem moet word met die oog op samestelling van 'n gebalanseerde regbank en nie om sover moontlik 'n mens se politieke opponente uit te sluit nie. Hy het ook benadruk dat advieskomitees moet poog om meer leke-regters aan te stel wat onafhanklik is van enige politieke party. In 1987 is 'n publikasie[24] ten opsigte van die aanstelling en die verpligtinge van leke-regters wyd gesirkuleer in 'n poging om dié deel van die gemeenskap waaruit leke-regters aangestel word te vergroot. Sedertdien het openbare advertensie ten opsigte van die feit dat die advieskomitee

---

23 Vir 'n bespreking van die regbank in Engeland op die vlak van laer howe, sien Friesen en Scott *English Criminal Justice*; Brazier "The Appointment and Removal of the Lower Judiciary" 1986 *Anglo American LR* 173.

24 Spencer *Machinery of Justice* 405. Die publikasie was getiteld *The Appointment and Duties of Justices of the Peace in England and Wales.*

voorstelle gaan voorlê vir oorweging algemene praktyk geword. Waar lede van advieskomitees in die verlede hul lidmaatskap geheim moes hou, het die *Lord Chancellor* in 1967 aangekondig dat hy geen beswaar het teen die openbaarmaking van die name van lede nie en het hom sedertdien beywer vir die algehele openbaarmaking van die name van lede van die komitee.

Wanneer 'n lys van moontlike kandidate saamgestel is, moet die advieskomitee besluit wie om aan te beveel. In die verlede het dit gebeur dat baie of meeste van die genomineerdes aan sommige of alle komiteelede bekend was, maar as gevolg van die poging in onlangse jare om die aantal van kandidate te vergroot, is dit nie meer die geval nie. Die praktyk vir advieskomitees om onderhoude met kandidate te voer, het derhalwe posgevat en is sedert 1970 universeel aanvaar. Op sekere plekke word die sogenaamde "onderhoud" op 'n gestruktureerde basis gevoer deurdat skriftelike probleme aan die kandidaat gegee word om te lees, en waarop hy of sy dan kommentaar moet lewer.[25]

Wanneer die advieskomitee uiteindelik finaal besluit het oor die lys van name, word dit aan die *Lord Chancellor* gestuur. Indien die *Lord Chancellor* die lys goedkeur, word die persone formeel aanstellings aangebied,[26] maar aanstellings word nie gemaak voordat die persoon ingelig is oor die verpligtinge wat nagekom moet word indien hy of sy aangestel word nie. Daar is twee ondernemings wat gegee moet word: Eerstens moet onderneem word om 'n redelike deel van die werk te doen, en tweedens, om die vereiste opleidingskursus by te woon. So 'n persoon ontvang dan 'n nota van die *Lord Chancellor* se kantoor waarin verduidelik word dat daar van hom of haar verwag sal word om die opleiding in twee fases te ondergaan gedurende die twaalf maande wat volg op sy of haar aanstelling. Indien die persoon in staat en gewillig is om die ondernemings te gee word 'n formele aanstelling gemaak en die nuwe leke-regter lê

---

25 Spencer *Machinery of Justice* 406.

26 Brazier "The Appointment and Removal of the Lower Judiciary" 175.

die eed-van-getrouheid-en-geregtigheid af.[27] So 'n leke-regter mag egter nog nie as regsprekende beampte optree voordat die opleidingskursus voltooi is nie. Persone wat aangewys word as leke-regters is gewoonlik diegene wat 'n belangstelling in openbare sake getoon het en dikwels is hulle afgetrede professionele persone of sakelui wat graag hierdie eervolle posisie wil beklee.[28]

Soos reeds in 'n vorige bespreking aangedui,[29] sluit die aspek van 'n verteenwoordigende regbank nou aan by die bespreking ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare. Derhalwe is die bespreking ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite[30] van die regbank wat later in hierdie hoofstuk bespreek word, ook hier van belang.

6.2.1.1.2 Diensvoorwaardes

Leke-regters word nie besoldig vir hulle diens nie – hulle doen dit op 'n vrywillige basis. Hulle is volgens statuut egter geregtig op 'n reistoelae vir bywoning van die hof of opleidingskursusse, 'n algemene dagtoelaag, en 'n toelaag vir verlies aan verdienste of noodsaaklike uitgawes om iemand te kry om om te sien na 'n eenmansbesigheid of 'n huishouding vir tye wanneer die leke-regter afwesig is weens amptelike verpligtinge.[31] Die tarief waarteen vergoed word, word ingevolge regulasie voorgeskryf. Hierdie toelaes kan nie geëis word tensy die leke-regter 'n verlies gely

---

27 "I swear by Almighty God that I will well and truly serve our Sovereign Lady Queen Elizabeth the Second in the office of Justice of the Peace, and I will do right to all manner of people after the laws and usages of the realm without fear of favour, affection or ill-will." Spencer *Machiney of Justice* 407.

28 Van Zyl *Beginsels* 189. Omdat die reël in 1964 ingevoer is dat die opleiding van leke-regters verpligtend is, is alle *ex officio* leke-regters gedurende 1968 tot 1973 afgeskaf. Die enigste uitsondering word gevind in die *City of London* waar volgens antieke privilegieë die *Lord Mayor* en *Aldermen ex officio* leke-regters is wat alleen op die bank sit. Sien die bespreking hiervan in Spencer *Machinery of Justice* 407-408.

29 Sien die bespreking in afd 3.2 en 3.5.

30 Sien afd 6.2.1.1.3.

31 A 12 *Justices of the Peace Act 1979.*

het nie.[32]

'n Leke-regter word gewoonlik lewenslank[33] aangestel, maar kan te enige tyd deur die *Lord Chancellor* uit sy of haar amp verwyder word.[34] Volgens konvensie moet die *Lord Chancellor* hierdie bevoegdheid op 'n judisiële wyse uitvoer en leke-regters word slegs weens grondige redes verwyder.[35]

By bereiking van die ouderdom van 70 (75 in die geval van diegene wat 'n hoë regterlike amp beklee het) word 'n leke-regter se amp nie beëindig nie, maar uittrede word bewerkstellig deur die verpligte reël dat 'n leke-regter se naam op die aanvullende lys (*supplemental list*) geplaas moet word, wat beteken dat so 'n leke-regter slegs onbeduidende administratiewe funksies mag uitvoer, byvoorbeeld om 'n persoon se handtekening te waarmerk.[36] Verder mag 'n *Lord Chancellor* opdrag gee dat 'n persoon se naam op die aanvullende lys geplaas word indien dit wenslik is as gevolg van die leke-regter se ouderdom, swak gesondheidstoestand of ander soortgelyke rede, of omdat die leke-regter weier of nalaat om sy of haar verpligtinge as deel van die regbank behoorlik uit te voer.[37] 'n Leke-regter mag ook self die inisiatief neem en vra dat sy of haar naam op die aanvullende lys geplaas word.[38]

Volgens Spencer[39] kom ernstige wangedrag deur leke-regters selde voor en wanneer

---

32 Spencer *Machinery of Justice* 407.

33 Murphy *Blackstone's Criminal Practice* 874.

34 A 6(1) *Justices of the Peace Act 1979.*

35 Spencer *Machinery of Justice* 410.

36 A 10 *Justices of the Peace Act 1979.* Brazier "The Appointment and Removal of the Lower Judiciary" 177 ev.

37 Brazier "The Appointment and Removal of the Lower Judiciary" 181.

38 A 8 *Justices of the Peace Act 1979.*

39 *Machinery of Justice* 411.

dit wel gebeur, het dit aansienlike nuuswaardigheid.[40] As in ag geneem word hoeveel leke-regters daar is, is die feit dat wangedrag so skaars is tot hul krediet: uit sowat 27000 leke-regters word slegs omtrent 'n dosyn per jaar ontslaan.[41] Dit kan gedoen word vir enige skandalige gedrag of vir enige minder ernstige gedrag wat volgens die *Lord Chancellor* se oordeel moontlik publieke vertroue sal ondermyn indien die persoon op die bank bly sit.[42] Die gebruiklike rede vir verwydering is die pleeg van 'n strafregtelike oortreding. Vir 'n minder ernstige oortreding kan 'n leke-regter verwag om nie meer as 'n berisping te kry nie, maar indien dit meer ernstig is, sal die leke-regter uit sy amp ontslaan word indien hy of sy nie self bedank nie.[43]

Wanneer die *Lord Chancellor* 'n leke-regter ontslaan, word daar nie van hom verwag om 'n formele verhoor te hou nie. Dit is egter nie 'n besluit wat ligtelik geneem word nie. Tensy die feite baie duidelik blyk, is dit die normale praktyk om aan die leke-regter te skryf en 'n verduideliking te vra voordat so 'n persoon ontslaan word. In sommige gevalle mag selfs 'n onderhoud eers met so 'n persoon gevoer word voordat 'n besluit geneem word oor die persoon se ontslag.

6.2.1.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Die bespreking in hierdie afdeling sluit aan by die bespreking hierbo ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare.[44] Die grootste probleem waarmee advies-

---

40 Toe 'n leke-regter in 1985 skuldig bevind is aan moord, het die feit dat hy 'n leke-regter was aansienlike prominensie in die nuusblaaie geniet – Spencer *Machinery of Justice* 411 vn 2.

41 Spencer *Machinery of Justice* 411.

42 Op een stadium is mede-respondente in egskeidingsaksies ontslaan. Meer onlangs was dit die praktyk om homoseksuele uit hul amp te verwyder selfs nadat homoseksuele gedrag in privaatheid in 1967 nie meer outomaties as onwettig beskou is nie. Leke-regters word soms ook verwyder indien hulle deelneem aan politieke betogings wat 'n bedreiging is vir wet en orde. Spencer *Machinery of Justice* 411.

43 In die praktyk word 'n leke-regter wat skuldig bevind is aan 'n bestuursoortreding met 'n te hoë bloed-alkohol-vlak se amp opgeskort vir die tydperk waarvoor sy bestuurslisensie opgeskort is, waarna die *Lord Chancellor* hom na goeddunke mag verwyder uit sy amp. Spencer *Machinery of Justice* 411.

44 Sien afd 6.2.1.1.1.

komitees te kampe het is die vind van genoeg geskikte mans en vrouens om as leke-regters op te tree. Sulke persone moet nie net geskik wees wat betref karakter en temperament nie, maar hulle moet verteenwoordigend wees van die verskillende groepe van die bevolking en hul geografiese verspreiding is belangrik, veral in plattelandse gebiede. Dit word as belangrik beskou dat in gebiede waar die bevolking Swart of Asiër is, leke-regters gevind moet word wat uit dieselfde groepe kom. Dit word ook as wenslik geag dat daar 'n balans moet wees wat betref ouderdom en geslag. Die *Lord Chancellor* het in die laaste paar jaar redelik hard probeer om die regbank in die landdroshowe so saam te stel dat dit 'n verteenwoordigende sosiale mengsel reflekteer, maar sonder algehele sukses.[45]

Vrouens was sedert 1919 daarop geregtig om as leke-regters aangestel te word.[46] Volgens statistiek het die getal vroulike leke-regters proporsioneel toegeneem van 1:3.5 in 1947 tot 1:1.7 in 1977.[47] In 1983 het hulle 40 persent gevorm van die totale aantal leke-regters.[48] Alhoewel hierdie verandering redelik suksesvol was, was dit nie so maklik om die getal leke-regters uit die werkersklas te vermeerder in vergelyking met die getal professionele persone nie. In 1977 was slegs 8.2 persent van die leke-regters handearbeiders in vergelyking met die 10 persent dokters en tandartse, en die 12.5 persent onderwysers. Volgens Spencer[49] is die probleem deels toe te skryf aan die feit dat leke-regters baie tyd moet opoffer om hul funksies te vervul. Benewens die feit dat van hulle verwag word om opleidingsessies by te woon, word normaalweg vereis dat 'n leke-regter ten minste 26 keer per jaar as regsprekende beampte optree. Diegene wat vir werklone in plaas van salarisse werk, vind dit moeilik om tyd by die werk af te kry. In tye wat werkloosheid hoogty vier is werkers onwillig om hulle werk in gevaar te stel deur selfs hul werkgewers te vra om tyd af te neem. In 1984 was die

---

45. Spencer *Machinery of Justice* 406.

46 Spencer *Machinery of Justice* 404.

47 Spencer *Machinery of Justice* 406.

48 Abraham *Judicial Process* 259. Hy wys egter daarop dat die *Economist* van 13 Augustus 1983 op 51 beweer dat 98 persent 'n meer akkurate syfer is.

49 *Machinery of Justice* 406.

Lord Chancellor klaarblyklik baie bekommerd oor die groot getal leke-regters wat bedank het as gevolg van hierdie rede.[50] Verder wil dit voorkom asof werkers wat wel tyd kan inruim om as leke-regters op te tree, dikwels onwillig is om die amp te aanvaar omdat hulle skrikkerig is oor wat hul kollegas daaroor te sê sal hê.[51] In teenstelling hiermee was die *Lord Chancellor's Department* onlangs weer meer suksesvol met die werwing van Swart leke-regters. In 1987 is aangekondig dat die verhouding van Swartes by die onlangse aanstellings tot 'n groot mate ooreenstem met die verhouding van Swartes in die gemeenskap as geheel.

6.2.1.2 Saaklike onafhanklikheid

Die saaklike onafhanklikheid van die regterlike amptenare[52] word hieronder bespreek aan die hand van hul bevoegdhede en verpligtinge.

6.2.1.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Leke-regters beman die laagste howe in die hiërargie naamlik, die *magistrates' courts*. Hierdie howe hanteer meer as 90 persent van die strafwerk[53] en hul strafjurisdiksie is basies tweeledig. Geringe misdade word summier in hierdie howe verhoor wat beteken dat leke-regters oor hierdie sake beslis sonder 'n jurie. Verkeersoortredings, waarvoor beperkte boetes opgelê kan word, beslaan 'n aansienlike deel van die oortredings wat hier summier verhoor word. Hierdie howe kan egter ook voorlopige ondersoeke in die geval van ernstige misdrywe aanhoor.[54] Die howe bestaan

---

50 *The Times* 1 Mei 1984. Die *Royal Commission* van 1946 het oorweging geskenk aan die moontlikheid om *magistrates' court*-sake in die aand te laat aanhoor juis om hierdie probleem te omseil. Volgens Spencer *Machinery of Justice* 406 is so 'n moontlikheid tans minder uitvoerbaar omdat die openbare vervoer versleg het en ondersteuningspersoneel nie so maklik oortuig kan word om sogenaamd "onsosiale ure" te werk nie.

51 Spencer *Machinery of Justice* 406.

52 Tov 'n bespreking van die saaklike onafhanklikheid van die regbank in die algemeen, sien afd 2.3.2.

53 Terrill *World Criminal Justice Systems* 30.

54 Van Zyl *Beginsels* 189.

gewoonlik uit 'n paneel van twee tot drie[55] onbetaalde leke-regters wat oor beide die feite van die saak en die vonnis wat opgelê moet word, moet beslis. Alhoewel alle leke-regters 'n opleidingskursus na hul aanstelling moet voltooi, bly hul kennis van die reg ontoereikend. As gevolg hiervan word daar aan elke *magistrates' court* 'n *clerk of the court*, wat 'n *barrister* of *solicitor* kan wees, toegeken.[56] Leke-regters kan dus hul vrae wat betref substantiewe of prosesreg met hierdie beampte bespreek. Hierdie *clerk of the court* beslis nie oor sake wat voor die hof gebring word nie, want dit is die verantwoordelikheid van die leke-regters. Daar kan egter aanvaar word dat leke-regters wel tot 'n redelike mate beïnvloed word deur so 'n beampte as gevolg van laasgenoemde se regsopleiding.[57]

❑ KORT OPSOMMING

Ten opsigte van die *persoonlike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, blyk die volgende:

- Oor die algemeen word geen professionele of regskwalifikasies van die Engelse leke-regters (oftewel, *justices of the peace*) vereis nie. Daar is egter 'n verpligting op nuwe leke-regters om binne een jaar na aanstelling 'n basiese opleidingskursus te voltooi en om gereeld opknappingskursusse by te woon. Die basiese opleidingskursus bestaan tans uit twee fases. Die eerste fase moet voltooi word voordat 'n nuwe leke-regter as regsprekende beampte op die bank kan optree.
- Wat die wyse van seleksie betref, blyk dit uit bogenoemde dat die leke-regters, wat werksaam is in die *magistrates' courts*, deur die *Lord Chancellor*, namens en in die naam van die monargie aangestel word. Die *Lord Chancellor* handel op aanbeveling van plaaslike advieskomitees, waarvan daar ten minste een

---

55 Terrill *World Criminal Justice Systems* 31 wys daarop dat daar regtens vereis word dat ten minste twee (maar nie meer as sewe) leke-regters summiere vonnisse aanhoor.

56 Van Zyl *Beginsels* 188.

57 Terrill *World Criminal Justice Systems* 31.

in elke *county* is. Wanneer 'n lys van moontlike kandidate saamgestel is, voer die advieskomitees onderhoude met die kandidate en stuur die finale lys van geselekteerde name aan die *Lord Chancellor.* Indien die *Lord Chancellor* die lys goedkeur, word die persone formeel as leke-regters aangestel.

- Dit blyk dat leke-regters in Engeland nie besoldig word vir hulle diens nie – hulle doen dit op 'n vrywillige basis. Hulle is volgens statuut egter geregtig op 'n reistoelae vir bywoning van die hof of opleidingskursusse, 'n algemene dagtoelaag, en 'n toelaag vir verlies aan verdienste of noodsaaklike uitgawes. 'n Leke-regter word gewoonlik lewenslank aangestel, maar kan deur die *Lord Chancellor* weens grondige redes uit sy of haar amp verwyder word. By bereiking van die ouderdom van 70 jaar (75 jaar in die geval van diegene wat 'n hoë regterlike amp beklee het) word 'n leke-regter se amp nie beëindig nie, maar uittrede word bewerkstellig deur die verpligte reël dat 'n leke-regter se naam op die aanvullende lys geplaas moet word, wat beteken dat so 'n leke-regter voortaan slegs administratiewe funksies mag uitvoer. Ernstige wangedrag deur leke-regters kom selde voor, maar indien wel, kan dit lei tot ontslag. Voordat 'n leke-regter ontslaan word, word so 'n persoon gewoonlik eers skriftelik versoek om 'n verduideliking of 'n onderhoud word eers met so 'n persoon gevoer.
- Wat die verteenwoordigende kwaliteite betref, blyk dit dat die *Lord Chancellor* en die advieskomitees hul beywer om die regbank in die landdroshowe so saam te stel dat dit 'n goeie sosiale mengsel reflekteer: daar word gesoek na kandidate wat nie net geskik is wat betref karakter en temperament nie, maar wat ook verteenwoordigend is van die verskillende groepe van die bevolking – geografiese verspreiding is belangrik, veral in plattelandse gebiede (waar die bevolking Swart of Asiër is, word leke-regters gesoek wat uit dieselfde groepe kom). Dit word ook as wenslik geag dat daar 'n balans moet wees wat betref ouderdom en geslag.

Ten opsigte van die *saaklike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, blyk die volgende:

- Die bevoegdhede en verpligtinge van *justices of the peace* behels summiere

vehore (sonder 'n jurie) van geringe misdade (byvoorbeeld verkeers-oortredings, waarvoor beperkte boetes opgelê kan word) en die aanhoor van voorlopige ondersoeke in die geval van ernstige misdrywe, in welke geval die howe bestaan uit 'n paneel van twee tot drie leke-regters wat oor beide die feite van die saak en vonnisoplegging moet beslis. Aan elke *magistrates' court* word 'n *clerk of the court*, wat 'n *barrister* of *solicitor* kan wees, toegeken wat die leke-regters behulpsaam is met vrae rondom substantiewe of prosesreg. Hierdie *clerk of the court* neem nie deel aan die beraadslaging of beslissing nie (want dit is die verantwoordelikheid van die leke-regters), maar daar kan egter aanvaar word dat leke-regters wel tot 'n redelike mate beïnvloed word deur so 'n beampte as gevolg van laasgenoemde se regsopleiding.

6.2.2 Leke-regters in Amerika bekend as *justices of the peace*

Die amp van *justice of the peace* is gedurende die koloniale tydperk oorgeneem vanaf Engeland, waar dit 'n paar honderd jaar van tevore ontstaan het tydens 'n beweging vir die konsolidasie van staatsmag in die monargie. Leke-persone het van die begin af die amp gedomineer, alhoewel nie sonder opposisie van amptenare van die monargie nie wat verkies het om eerder regsgeleerdes in hierdie posisies aan te stel, omdat hulle as groep oor die algemeen meer ten gunste van monargiebeleid was.[58]

Amerika het die stelsel oorgeneem vanaf Engeland en aangepas volgens hul eie behoeftes.[59] Soos in Engeland was die beweegrede agter die stelsel die bring van 'n owerheid na verafgeleë gebiede sonder die onkoste van 'n openbare burokrasie. Vir

---

58 Provine *Judging Credentials: Nonlawyer Judges and the Politics of Professionalism* 26.

59 Provine *Judging Credentials* 27 verduidelik: "Americans transplanted most characteristics of the English justice of the peace, but not all of them. From the first, American justices of the peace exercised civil as well as criminal jurisdiction and held jury trials. As in England, however, jurisdiction was always limited to minor cases, appeal was actually by trial de novo before a three (or more) judge bench, and the collection of fees from litigants helped support the system. The resemblance between the two systems was closest in the early years of the Republic, when selection was still by appointment in the new states and territories."

die meeste persone was dit 'n eer om in die amp aangestel te word – daar was baie prestige-waarde en mag inherent verbonde aan die amp. Soos in Engeland het leke-regters meestal die amp beklee.[60] Alhoewel die *justices of the peace* aanvanklik aangestel is, het dit later 'n verkose amp geword.[61]

Alhoewel daar van tyd tot tyd voorstelle gemaak word vir die afskaffing van die stelsel van leke-regters, is daar nog net 'n paar state in Amerika wat die amp suksesvol afgeskaf het. Twee van die redes wat hiervoor aangevoer word is eerstens, die koste-implikasie wat dit sal meebring om leke-regters te vervang met regsgeleerdes[62] en tweedens, omdat die amp vervat is in baie state se grondwette, verg afskaffing van die amp 'n grondwetlike wysiging wat nie altyd so maklik is om uit te voer nie.[63]

---

60 "Traditionally, the justice of the peace was a part-time, elective office open to persons without formal training in the law. Always a local resident and often a leader in the community, the justice of the peace served for a short term and without pay, except for fees collected from litigants. The office began to dissapear from the cities early in this century but remained in the countryside much longer. Outside the cities, the power of the justices to resolve disputes came primarily from the regard in which they were held by their communities, not from their share of state authority. Procedures were ordinarily informal and familiar, like the communities that supported these courts." – Provine *Judging Credentials* xii.

61 Provine *Judging Credentials* 28 wys daarop: "Jackson's presidency and the movement of the justice-of-the-peace system westward to the new states and territories brought changes in the institution. The post became elective, with a short term of office and no formal or informal qualifications beyond local residency, adulthood, and sometimes, literacy. America, however, never adopted the then-growing English practice of employing law-trained clerks to assist the justices. The elective system helped maximize local control over the office, which had always been quite strong anyway because of the difficulty of communications and the infrequency of appeal."

62 Provine "Persistent Anomaly: The Lay Judge in the American Legal System" 1981 *The Justice System Journal* 29 wys daarop dat alhoewel sommige regsgeleerdes hulle al sterk uitgespreek het ten gunste van die afskaffing van leke-regters, "others have pointed out the difficult financial issues involved in replacing justices of the peace with a more centralized, professional judiciary. The cost is high, even though the number of judges would be reduced considerably by consolidation, because lawyers would not accept the inadequate staff, pay and facilities lay persons have long endured as justices of the peace."

63 Ten opsigte van hierdie aspek verduidelik Provine "The Lay Judge" 30 soos volg: "Despite discouraging issues of cost, legislative proposals to eliminate lay judges are occasionally successful – but only after years, or even decades, of lobbying by dedicated state bar leaders. The battle is made more difficult by provision for the office in many state constitutions. To abolish justices of the peace in these states requires a constitutional amendment, which ordinarily involves public approval in a referendum. The voting public, however, shows only limited enthusiasm for changing traditional court structures, and even less for the abolition of lay judges. Such obstacles help keep the issue at the discussion stage in law reviews and bar publications. Only a few states have so far abolished lay judges."

Die praktiese belang van leke-regters lê in hul getalle en die aantal sake wat hulle hanteer. Leke-regters word aangetref in drie-en-veertig state en in baie van hierdie state is die aantal leke-regters meer as die aantal regsgeleerde-regters (*lawyer judges*),[64] alhoewel die aantal sake wat eersgenoemde hanteer minder is as in die geval van regsgeleerde-regters. In New York is daar byvoorbeeld meer leke-regters as regsgeleerde-regters in al die howe op elke vlak. Leke-regters in New York hanteer ongeveer drie miljoen sake elke jaar en vorder ongeveer $45 miljoen in in die vorm van boetes. Leke-regters is gevolglik 'n belangrike element in die hofstelsel van 'n staat, of die fokus nou werkslas, gelde ingevorder of kontak met die burgery is.[65] Omdat New York een van die state is met die grootste aantal leke-regters, sal die fokus in die afdeling hieronder hoofsaaklik val op die posisie van leke-regters in New York. Die bespreking sal handel oor die seleksie, bevoegdhede en verpligtinge, diensvoorwaardes en verteenwoordigende kwaliteite van die amp.

6.2.2.1 Persoonlike onafhanklikheid

In die onderstaande bespreking sal die persoonlike onafhanklikheid van die regterlike amptenare[66] bespreek word met verwysing na die kwalifikasies wat vereis word vir hul seleksie en die wyse van seleksie, sowel as hul diensvoorwaardes en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.

6.2.2.1.1 Seleksie

(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie

Die instelling van leke-regters in New York stem nog tot 'n groot mate ooreen met die *justice of the peace courts* wat oorgeneem is van die koloniale tydperk. Kwalifikasies

---

64 Alhoewel daar geen regskwalifikasie vereis word om as *justice of the peace* op te tree nie en meeste derhalwe leke-regters is, is daar ook geen beletsel teen regsgeleerdes om as *justices of the peace* op te tree nie. Sien Provine *Judging Credentials* 123.

65 Provine *Judging Credentials* xii.

66 Tov die persoonlike onafhanklikheid van die regbank in die algemeen, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

vereis vir seleksie is selfs nog dieselfde as 'n eeu gelede, naamlik dat die leke-regter in die area moet woon, 'n volwassene moet wees en verkies moet word tot die amp.[67]

In New York word daar nie regtens onderskei tussen leke-regters en regsgeleerde-regters nie, behalwe om te bepaal dat leke-regters aan bepaalde opleidingsvereistes moet voldoen. Die leke-regters moet 'n basiese vyf-dag-kursus bywoon voordat hulle op die regbank kan optree, en hulle moet hierdie opleiding hernieu deur die bywoon van 'n twee-dag gevorderde kursus tydens die eerste en elke daaropvolgende jaar. Die doel van hierdie kursusse is om die leke-regters op hoogte te stel van hulle regs- en administratiewe verpligtinge. Na elke kursus moet die leke-regter 'n toets slaag ten opsigte van die inhoud van die kursus. Aan die ander kant, moet regsgeleerde-regters jaarliks 'n gevorderde kursus bywoon, maar hulle hoef geen toetse af te lê nie.[68]

(b) Wyse van seleksie

Tydens die ontstaan van die amp in Engeland is *justices of the peace* aangestel, eers deur die Parlement en daarna deur die koning.[69] Alhoewel die *justice of the peace*-stelsel oorgeneem is vanaf Engeland,[70] het die amp tydens die Jackson-presidentskap 'n verkose amp geword.[71] Die posisie verskil natuurlik van staat tot staat, maar in New York is dit nog 'n verkose amp.[72] Mahoney[73] wys daarop dat:

---

67 Provine *Judging Credentials* 123-124 "Requirements for office are even the same as they were a century ago: local residence, adulthood, and of course, election. The state dropped the title 'justice of the peace' in 1967, but many of the lawyers who practice before the town and village justices still call them 'j.p.'s. Officially though, the town and village courts are now 'justice courts' staffed by 'justices,' terms which reflect the institutional origins of these courts." Vir doeleindes van hierdie proefskrif, sal egter om doelmatigheidsredes deurgaans na hierdie amptenare verwys word as leke-regters of *justices of the peace*.

68 Provine *Judging Credentials* 85-86.

69 Provine *Judging Credentials* 26.

70 Provine *Judging Credentials* 27.

71 Provine *Judging Credentials* 28.

72 New York State Constitution, article 6, section 17(d). Provine *Judging Credentials* 124.

73 "Improving the Administration of Justice in Limited Jurisdiction Courts" 1991 *Journal of Judicial Administration* 46 47.

> "The requirement that they stand periodically for election is thought by many to undercut their independence in decision-making. Proponents of the electoral system argue, of course, that it is a check on arbitrariness, a mechanism for accountability, and a means of giving the public a voice in the functioning of the courts."

Soos reeds in 'n vorige bespreking aangedui,[74] sluit die aspek van 'n verteenwoordigende regbank nou aan by die bespreking ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare. Derhalwe is die bespreking ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite[75] van die regbank wat later in hierdie hoofstuk bespreek word, ook hier van belang.

6.2.2.1.2 Diensvoorwaardes

In hierdie afdeling word daarop gewys dat die besoldiging en fasiliteite wat aan lekeregters verskaf word wissel van staat tot staat en gemeenskap tot gemeenskap; van redelik goed tot uiters swak.[76]

Alhoewel die *town and village justices* optree in die naam van die staat, moet hulle hul tot die plaaslike gemeenskappe wend vir finansiële ondersteuning. Die dorpsrade bepaal nie alleen die salarisse nie, maar ook die hoeveelheid administratiewe hulp en besluit verder welke fasilitiete beskikbaar is om as hof te gebruik.[77] Die

---

74 Sien die bespreking in afd 3.2 en 3.5.

75 Sien afd 6.2.1.1.3.

76 "In the early years in the United States, the office was part-time, low-paid, and self-supporting...Judicial salaries and court costs frequently came directly from litigants, a practice discouraged by the U.S. Supreme court in 1927 in *Tumey v Ohio*, but only slowly replaced with state-supervised compensation schemes. Since then lay judicial posts have remained a neglected stepchild in the state court system, bypassed in negotiations with the legislature over higher salaries and better facilities for judges – "Provine "The Lay Judge" 29-30.

77 Wheeler en Whitcomb *Judicial Administration* 81-82 wys daarop dat desentralisasie en afhanklikheid van plaaslike owerhede dwarsdeur die Verenigde State die norm is in beperkte jurisdiksie howe: "Limited-jurisdiction courts are almost always creatures of local government agencies, which inhibits their adaption to statewide needs. Indeed, the names of their judges, and perhaps even the existence of all the courts, are unlikely to be known to central state administrators. They are not part of the state system; their judges are not subject to transfer by the chief justice...They may not report case-load data to any central source, making it difficult to analyze their behavior within the totality of state judicial activity...Inadequate funding is a

staatsowerheid speel feitlik geen rol in enige van hierdie besluite nie, alhoewel die staat se *Office of State Administration* en die *Attorney General* van tyd tot tyd druk uitoefen op die gemeenskappe om voldoende salarisse en fasiliteite te verskaf. Na 'n grondwetlike wysiging val New York se stedelike howe sedert 1980 ten volle onder die gesentraliseerde finansiële en administratiewe beheer van New York. Die *town and village courts*, daarenteen is egter die enigste howe in die staat se hofstelsel wat nog ten volle afhanklik is van die plaaslike owerheid. Provine[78] wys op die volgende gevolge van hierdie stand van sake:

> "The dependence of the town and village courts on whatever local support is forthcoming has two very important consequences: local financial control produces tremendous diversity from community to community in court spending; it also allows communities to be miserly in their appropriations. Lacking any minimum state standards, some communities spend virtually nothing on their courts. New York, it should be noted, does not even require a local community to provide a courtroom or courthouse for its town or village justice."

Enige lokaal wat beskikbaar is, word gebruik as 'n hof.[79] Salarisse is oor die algemeen swak. Daar is dikwels ook nie fondse vir toerusting soos liasseerkabinette of fotostaatmasjiene nie.[80] Die beskikbaarheid van administratiewe hulp wissel ook baie.[81] As gevolg van die moeilike werksomstandighede is die gemiddelde tydperk

---

chronic complaint. And to the degree that they rely on local funding, the quality of services local courts provide may well depend on the tax base and spending preferences of their locales."

78 *Judging Credentials* 125.

79 Provine *Judging Credentials* 126: "The impact of local control over court budgets was evident in the courts I visited. I saw courtrooms of every description, including several abandoned schoolhouses, one in a municipal recreation hall, one in a village police headquarters, and another in a cavernous assembly hall. A few communities had devoted considerable resources to providing functional and dignified facilities. Elsewhere the justices themselves had taken a major role in renovating and furnishing their courtrooms."

80 Provine *Judging Credentials* 126-127 verduidelik: "The presence of equipment, such as filing cabinets, desks, and a copier, varied considerably in the courts I visited. Some busy justices worked with little besides docket books and essential reference volumes, while a few much lower-volume courts enjoyed excellent resources. Judicial salaries follow a similar pattern. A handful of respondents reported salaries of over $40,000 a year, but others revealed that they are essentially volunteers, taking a token one dollar a year for their services. On a per hour or per case basis the range of compensation is even greater."

81 Provine *Judging Credentials* 126 wys op die tekort aan administratiewe hulp: "The amount of clerical help justices have also varies considerably. Equally impressive is how little clerical help most justices have. Half of those I surveyed reported that they had none at all. Of the remainder,

van diens van leke-regters 5 jaar.[82]

As gevolg van die groot verskille in salarisse, hoffasiliteite en die groot aantal howe[83] was die staat se pogings om toesig te hou oor hierdie howe onsuksesvol. Die probleem word vererger deur die deeltydse aard van die amp van *town or village justice* en die gebrek aan administratiewe hulp, faktore wat dit moeilik maak vir die howe om tot 'n bevredigende mate saak-verwante inligting aan die burokrasie te verskaf.[84]

Weber[85] het per geleentheid die opmerking gemaak dat wanneer 'n amp grotendeels vrywillig verrig word (soos hier die geval is) neig die prosedure oor die algemeen om stadiger, minder gebonde aan reëls, meer vormloos en gevolglik minder presies, minder eenheidsgebonde, minder aaneenlopend en meer onekono-mies te wees as 'n voltydse burokratiese organisasie. Om die hele stelsel onder die sambreel van die hofstelsel van die staat te bring, sal geweldige koste-implikasies tot gevolg hê.[86]

---

only 19 percent had one or more full-time clerks or assistants. Busier courts, not surprisingly, tended to have more assistance. Most of the town and village justices I visited had some help with dockets and bookkeeping, usually from a wife who worked for free or for a small sum, or from a town clerk hired part-time to assist the court."

82 Provine *Judging Credentials* 164 wys op die volgende: "Confined to the bottom of the court system, and even at that level, concentrated in the courts with fewer cases and less impressive facilities, the lay judiciary contends with problems no other judges in New York face...Many justices, for example, do not have enough cases to become very expert or efficient adjudicators. The strains of running a dignified court from a facility like the town barn and keeping up with the law without deciding many cases show in the average tenure in office: only five years."

83 Volgens Provine *Judging Credentials* 128 was daar meer as 2000 van hierdie howe in 1980.

84 Provine *Judging Credentials* 127-128.

85 Weber *Law In Economy and Society* 349.

86 Provine *Judging Credentials* 128 verwys na die verslag van 'n taakgroep van die Senaat wat na ondersoek van die aangeleentheid tot die volgende gevolgtrekking gekom het: "If the state assumed court costs, municipalities that now provide no special facilities would justifiably bill the state for use of municipal space, as would justices who use their own homes. If this were, as likely, found an unsatisfactory situation, the state would be faced with a monumental construction effort. This would also be the case if a district or regional court system were chosen."

Volgens Provine[87] is die uiteindelike voordele van so 'n algehele opname van die stelsel van leke-regters in die gesentraliseerde hofstelsel onseker:

> "The overall benefits of such an undertaking are uncertain. If the state took over costs and reorganized the justice-court system, the number of justices would almost certainly be drastically reduced. With fewer justices handling more cases per capita, procedures would become more uniform, judge shopping could be eliminated, and information flow would improve. But courts would become less convenient and less familiar for many citizens, making it unclear whether those who interact with the current system at the local level would deem reorganization an improvement."

'n Meer suksesvolle inisiatief vanaf staatsvlak om beheer uit te oefen en wat omtrent elke *town and village court* direk of indirek geraak het, is die *Commission on Judicial Conduct*. Dit is 'n dissiplinêre komitee bestaande uit elf lede wat in 1975 in die lewe geroep is en oor die bevoegdheid beskik om op grond van klagtes teen regters op elke vlak van die regbank ondersoek in te stel en op te tree waar nodig. Die kommissie kan selfs sy eie ondersoeke van stapel stuur en regters dissiplineer selfs nadat hulle bedank het.[88]

6.2.2.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Die bespreking in hierdie afdeling sluit aan by die bespreking hierbo ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare.[89] Daar is geen voorskriftelike bepaling ten opsigte van ras, geslag of sosiale status nie. Enigeen wat aan die vereiste kwalifikasies voldoen[90] en wat verkies word deur sy of haar plaaslike gemeenskap, kan as leke-regter optree. Provine,[91] wat 'n empiriese ondersoek gedoen het ten

---

87 *Judging Credentials* 128.

88 Provine *Judging Credentials* 130.

89 Sien afd 6.2.2.1.1.

90 Sien afd 6.2.2.1.1(a).

91 *Judging Credentials* 143. Verdere eienskappe van die deursnee *justice of the peace* blyk soos volg: "Almost all I surveyed were male, married, veterans, and parents, usually two or three children. The median age among nonlawyer justices was fifty, and the lawyer median was forty-seven. Both groups tended to stay in the post the same length of time, with the median at six years." Op 174 voeg sy by ten opsigte van die beroepsverspreiding van die leke-regters: "Outside of court, lay judges are farmers, truck drivers, blue-collar workers, storekeepers,

opsigte van die leke-regters, se bevinding ten opsigte van die deursnee leke-regter blyk soos volg te wees:

> "Almost all I surveyed were male, married, veterans, and parents, usually two or three children. The median age among non-lawyer justices was fifty, and the lawyer median was forty-seven. Both groups tended to stay in the post the same length of time, with the median at six years."

6.2.2.2 Saaklike onafhanklikheid

In die afdeling wat hierop volg word die saaklike onafhankliheid van die regsprekende amptenare[92] aangeraak met verwysing na hul bevoegdhede en verpligtinge.

6.2.2.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Die bevoegdhede van leke-regters verskil van staat tot staat, maar dit sluit dikwels die bevoegdheid in om te beslis oor verkeersoortredings, klein siviele eise en geringe misdade. Slegs in Vermont beslis leke-regters oor ernstige kriminele oortredings, insluitende moord, maar in so 'n geval sal die regbank bestaan uit 'n paneel van leke-regters en 'n professionele regter wat as voorsittende beampte optree.[93]

New York is een van die state met die meeste leke-regters. Hierdie leke-regters dien dwarsdeur die staat in sogenaamde *town and village courts* as die regbank van eerste instansie waar die plaaslike bevolking minder as 10 000 is. Meeste van hierdie leke-regters is slegs in hulle spaartyd regsprekende amptenare en hofsittings vind gewoonlik een of twee aande per week plaas of oor naweke. Die *town and village justices* oefen wye magte uit ten opsigte van 'n groot verskeidenheid van

---

insurance agents, and, more recently, civil servants and white-collar employees."

92 Vir 'n omskrywing van die saaklike onafhanklikheid van regterlike amptenare, sien afd 2.3.2.

93 Provine *Judging Credentials* xi.

aangeleenthede, insluitende *misdemeanors*,[94] motorvoertuig-oortredings, klein eise en ander siviele aangeleenthede. In die meeste howe word die meeste tyd in beslag geneem deur verkeersake. Hierdie howe is die plattelandse eweknie van die staat se stedelike howe. Soos stedelike *justices of the peace*, wat regsgeleerdes moet wees, het die plattelandse leke-regters die bevoegdheid om ondersoek- en arrestasie-lasbriewe uit te reik, *arraignments*[95] te hanteer en borg vas te stel in elke tipe strafsaak, van wanordelike gedrag tot moord. Ten opsigte van *felonies*, word hul bevoegdheid beëindig wanneer die saak na die *grand jury* verskuif word vir *indictment*, maar alle ander misdade en oortredings kan verhoor word tot hulle afgehandel is. Appèlle vanaf die plattelandse dorps- en stedelike howe word aangehoor deur die *county courts* wat deur regsgeleerdes beman word en voltyds in werking is.[96]

Provine,[97] wat 'n empiriese, vergelykende studie gedoen het van *leke-regters* en regsgeleerdes wat onderskeidelik as *justices of the peace* in Amerika optree, het tot die volgende gevolgtrekkings gekom:

- Wat persoonlike eienskappe van die twee kategorieë betref: Alhoewel daar 'n verskil is tussen die leke-regter en regsgeleerde-regter wat betref politieke aspirasies,[98] het dit geblyk dat albei kategorieë sterk wortels in die plaaslike gemeenskap het.[99] In albei gevalle was die gemiddelde ouderdom van die *justices of the peace* en die gemiddelde dienstydperk omtrent dieselfde. Afgesien van die regskwalifikasie van die regsgeleerde-regter, het die beeld en persoonlike eienskappe van die twee kategorieë baie ooreengestem. Tog

---

94 'n *Misdemeanor* is 'n strafbare oortreding wat minder ernstig is as 'n *felony* wat normaalweg strafbaar is met 'n boete of gevangenisstraf van minder as 'n jaar. 'n *Felony* is enige misdaad strafbaar met die doodstraf of met gevangenisstraf van 'n jaar of meer.

95 'n *Arraignment* vind plaas wanneer die beskuldigde voor die hof gebring word, die aanklag aan hom of haar voorgelees word en hy of sy gevra word om te pleit op die aanklag.

96 Provine *Judging Credentials* 84-85.

97 *Judging Credentials* 144.

98 Die regsgeleerde-regters beskou die amp oor die algemeen as 'n "stepping -stone to higher judicial office", terwyl dit nie die geval was by leke-regters nie – Provine *Judging Credentials* 143.

99 Provine *Judging Credentials* 144.

het die kategorie leke-regters meer van die partye wat voor die hof verskyn het, persoonlik geken. Dit word toegeskryf aan die sosio-ekonomiese kloof tussen die twee kategorieë. Daar word aangevoer dat klasseverskille tussen die twee groepe die gevolg het dat leke-regters meer te doen kry met die partye wat voor die hof verskyn omdat hulle waarskynlik in dieselfde sosiale kringe beweeg.[100]

- Deur ondervinding[101] ontwikkel die *justices of the peace* tegnieke om persone wat voor die hof verskyn te hanteer en gesag te handhaaf, ten spyte daarvan dat hulle baie van die beskuldigdes mag ken. Afgesien van die noodwendige informaliteit[102] van die verrigtinge, moet die voorsittende beampte hom of haar daarvan weerhou om familiêr te raak en daar moet aangedring word op sekere minimum standaarde van gedrag.
- Ten opsigte van die punt van kritiek dat leke-regters nie die noodsaaklike regskennis het om regters te wees nie,[103] wys sy daarop dat in howe met hierdie beperkte jurisdiksie daar hoofsaaklik skuldig gepleit word en wanneer

---

100 "Taken together, the available evidence suggests that non-lawyer justices who dominate the town and village bench are like the lawyer minority in many personal respects, but inferior in income and education, a difference which may help explain why they know more of their clientele. Both groups are also alike in being subject to the perils of local control and case-based state financing. Here again, though, it is the lay justices who tend to be worse off, primarily because they are concentrated in rural areas, where caseloads are small." – Provine *Judging Credentials* 146.

101 "Experience helps a justice develop techniques for dealing with defendants and gives a justice an air of knowledgeability and authority in routine cases. Time in office and a reasonable flow of cases also provide valuable coping skills when events take an unexpected turn, an eventuality which occurs less often the longer a justice sits. Experience alone, however, does not ensure that one will exercise authority with subtlety and finesse.

To be effective, a justice must also display a sense of conviction about minimum standards of behavior to be observed both in and out of court..." – Provine *Judging Credentials* 154.

102 Provine *Judging Credentials* 152.

103 Provine *Judging Credentials* 170 omskryf hierdie argument soos volg: "Among lawyers the most common argument against non-lawyer judges is that they do not know enough about law to be judges. This contention rests on an idealized view of adjudication, one in which the guilt or innocence of criminal defendants is often at issue. If defendants are without counsel, the judge must struggle to protect their rights. If a defendant has counsel, the judge's function is to preside over a verbal contest between committed advocates in which it is necessary to call upon one's technical knowledge often to rule on motions, to give instructions, and to issue the appropriate orders to parties. The focus, in short, is on the process of adjudication in fully litigated cases. The expertise legal education and practice provide, in consequence, seem highly significant in a judge."

dit nie die geval is nie, volg *plea bargaining* gewoonlik, eerder as verhoor. Verder voer sy aan dat leke-regters enige verdere bepaalde kundigheid kan aanleer deur praktiese ondervinding op die regbank op te doen en dat hulle dalk bowendien ook nie dieselfde opvoedkundige agtergrond nodig het as wat regsverteenwoordigers normaalweg benodig nie, omdat hulle nie sulke ingewikkelde sake hanteer nie.

- Ten opsigte van die punt van kritiek dat die howe nie waardig is nie, antwoord sy dat die informele atmosfeer van die howe die beskuldigdes op hul gemak plaas wat regsverteenwoordigers onnodig maak.[104]
- Ten opsigte van die punt van kritiek dat alhoewel die meeste leke-regters goed bedoel, baie van hulle net nie oor die intelligensie en morele sensitiwiteit beskik om as regsprekende amptenare op te tree nie, voer sy aan dat leke-regters gebuk gaan onder 'n negatiewe stereotipe beeld en dat dit vererger word deur die moeilike werksomstandighede waaronder leke-regters hulle amp moet verrig.[105]
- Leke-regters is intens bewus van die kritiek wat teen hulle uitgespreek word en het hulle by monde van hulle organisasies uitgespreek ten gunste van meer regsopleiding en verwelkom enige positiewe wysigings wat hulle howe meer effektief sal maak.[106] Volgens hulle hou hul howe die volgende voordele in: 'n informele ontspanne atmosfeer, byna vier-en-twintig-uur beskikbaarheid en "'closeness' to the people they serve."[107]

---

104 "Many defendants believe they can do without counsel entirely in the unpretentious courts in which nonlawyers preside." – Provine *Judging Credentials* 172.

105 "The kinds of judgeships nonlawyers hold exacerbate the problem of negative stereotyping. Small caseloads managed part-time over relatively short terms with poor support facilities make it difficult for any judge to keep current with the law and manage the work efficiently. Yet lawyers seldom take these mechanical obstacles into account in evaluating adjudication by nonlawyers."

106 Provine *Judging Credentials* 175.

107 "The judges also seek to turn some of the arguments lawyers use against them in their favor. They respond to complaints about informality in nonlawyers judge courts, for example, with the suggestion that the unpretentious surroundings and relaxed proceedings benefit litigants. Nonlawyer judges also cite the advantage they offer over lawyer judges, such as virtually twenty-four-hour availability for arraignments, bail decisions, and other emergency proceedings, service to the local community as ombudsmen, and 'closeness' to the people they serve." – Provine *Judging Credentials* 175.

- Ten spyte daarvan dat empiriese getuienis daarop dui dat leke-regters nie minder bevoeg is as regsgeleerde-regters om as regsprekende amptenare in die laer howe op te tree nie, word daar al vir geruime tyd en nog voortdurend veldtogte geloods ten gunste van die afskaffing van leke-regters. Finansiële oorwegings en die koste-implikasies wat die afskaffing van leke-regters sal inhou, is egter daarvoor verantwoordelik dat die *status quo* gehandhaaf word.[108]
- Die publiek is in die algemeen van mening dat regsgeleerdes beter toegerus is om as regters op te tree en is derhalwe nie gekant teen die afskaffing van leke-regters nie.[109]
- Daar is 'n groeiende tendens in Amerika om ook op ander gebiede gemeenskapsbeheer met professionele standaarde te vervang of aan te vul. Baie state is besig om weg te beweeg van die stelsel om regters te *verkies* deur die gemeenskap en beweeg nader aan die Missouri-stelsel van seleksie van regters waar praktisyns en regters met regsopleiding die oorheersende kandidate is.[110] Selfs *bar associations* poog om die seleksie van regters te beïnvloed deur kandidate vir regterskap te evalueer en in 'n bepaalde rangorde te plaas. Dissiplinêre liggame, 'n belangrike metode om verantwoordbaarheid (*accountability*) op regters af te dwing, is sedert hul skepping alreeds oorheers deur regsgeleerdes. New York se *Commission on Judicial Conduct* het slegs twee leke-persone as lede op hul paneel van elf. Ten spyte daarvan dat daar soms voorsiening gemaak word dat leke-persone wel 'n inspraak het in besluite (soos byvoorbeeld die feit dat die Missouri-plan van seleksie voorsiening maak vir leke-persone op die *screening panels* en 'n paar plekke wel op dissiplinêre

---

108 "Financial considerations loom large in the calculus favoring the status quo; were cost problems to disappear, so would nonlawyer judges. Support for nonlawyer judges, in short rests to a considerable extent on practical considerations, not ideological ones. No one proselytizes for greater lay involvement in adjudication." – Provine *Judging Credentials* 167.

109 Provine *Judging Credentials* 189 voer aan: "One might conclude from the lack of enthusiasm non-lawyer judges arouse in the popular imagination that they should be abolished, even without clear evidence of their actual inferiority as decision makers. The perceived legitimacy of the judicial system is, after all, an important concern, and if litigants are convinced that only lawyers know enough law to be judges, litigants will not be satisfied with a nonlawyer judge, no matter how competent. Institutional arrangements in a democracy, it might be argued, should reflect public wants."

110 Sien die bespreking van die Missouri-stelsel van seleksie van regters in afd 5.3.1.1.1(cc).

komitees gereserveer word vir leke-persone), kom Provine tot die gevolgtrekking dat "[y]et it seems clear that the tension between legal and democratic control built into our judicial system increasingly favors legal, or at least professional, control."[111]

Die resultaat van bogenoemde is dat daar in Amerika beweeg word ten gunste van konsensus dat regskwalifikasies nodig is vir toereikende regterlike optrede in die laer howe sonder dat daar konsensus is ten opsigte van presies wat hierdie regsprekende amptenare moet doen. Dit blyk dat die verwagtinge en kritiek teen hierdie howe teenoorgestelde pole is soos wat Silbey[112] aandui:

> "The lower courts are a paradox. The limited jurisdiction courts are described as invisible, neglected by the bar, scholars and the citizenry, and at the same time is the only judicial experience for most who enter the court system. It is repeatedly suggested that they be done away with, but at the same time it is suggested that they perform vital functions at the juncture of several official hierarchies and systems. They are applauded for being flexible and informal, and chided for failing to fulfill the forms and techniques of due process. They are recognized to be responsive to local community situations and needs and criticized for their variability. They are second class citizens in the eyes of the bar and the judiciary but constitute the majority of our trial courts and hear ninety percent of the nation's criminal cases."

Provine wys daarop dat verpligte regsopleiding alleen nie bogenoemde teenstellings gaan uitwis nie – die meeste *justices of the peace* in stedelike gebiede en dié met die grootste werkslading is alreeds regsgeleerdes. Sy voeg by dat in 'n "credentials-orientated society" die idee om te verwag dat die ander *justices of the peace* ook regsgeleerdes moet wees, vir kritici baie aanneemlik voorkom.

❑ KORT OPSOMMING

Ten opsigte van die *persoonlike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, blyk die volgende:

---

111 *Judging Credentials* 178.

112 "Making Sense of the Lower Courts" 1981 *Justice System Journal* 13.

- Daar word geen professionele of regskwalifikasies van die *justices of the peace* in Amerika verlang nie. Die enigste vereistes is dat die leke-regter in die area moet woon, 'n volwassene moet wees en verkies moet word tot die amp. Die leke-regters moet 'n basiese vyf-dag-kursus bywoon voordat hulle op die regbank kan optree, en hulle moet hierdie opleiding hernieu deur die bywoon van 'n twee-dag gevorderde kursus tydens die eerste en elke daaropvolgende jaar om hulle bekend te maak met hulle regs- en administratiewe verpligtinge. Na elke kursus moet die leke-regter 'n toets slaag ten opsigte van die inhoud van die kursus. Regsgeleerdes wat as *justices of the peace* optree, moet jaarliks 'n gevorderde kursus bywoon, maar hulle hoef geen toetse af te lê nie.
- Omdat die *justices of the peace* oor die algemeen afhanklik is van die plaaslike dorpsrade vir salarisse, administratiewe hulp en verskaffing van fasiliteite, die besoldiging en fasiliteite wat aan hierdie regsprekende amptenare verskaf word, wissel van staat tot staat en gemeenskap tot gemeenskap. Die gemiddelde tydperk van diens van *justices of the peace* is tussen vyf en ses jaar.
- Wat die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank beman deur *justices of the peace* betref, blyk dit dat daar geen bepaling is ten opsigte van ras, geslag of sosiale status nie. Enige volwassene wat dus binne die betrokke gebied woon, afgesien van ras, geslag of sosiale status kan tot die amp verkies word. Empiriese navorsing het egter aan die lig gebring dat die meeste *justices of the peace* manlik is, getroud is en tussen die ouderdom van sewe-en-veertig en vyftig jaar oud is.

Ten opsigte van die *saaklike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, blyk die volgende:

- Alhoewel dit van staat tot staat verskil, behels die bevoegdhede en verpligtinge van *justices of the peace* basies beregting van verkeersoortredings, klein siviele eise en geringe misdade. Slegs in Vermont beslis leke-regters oor ernstige kriminele oortredings, insluitende moord, maar in so 'n geval sal die regbank bestaan uit 'n paneel van leke-regters en 'n professionele regter wat as voorsittende beampte optree. In New York dien leke-regters dwarsdeur die

staat in sogenaamde *town and village courts* as die regbank van eerste instansie, wat gewoonlik een of twee aande per week plaas of oor naweke funksioneer en waar die plaaslike bevolking minder as 10 000 is. Die *town and village justices* oefen wye magte uit ten opsigte van 'n groot verskeidenheid van aangeleenthede, insluitende *misdemeanors*, motorvoertuig-oortredings, klein eise en ander siviele aangeleenthede. In die meeste howe word die meeste tyd in beslag geneem deur verkeersake. Hierdie howe is die plattelandse eweknie van die staat se stedelike howe. Soos stedelike *justices of the peace* het die plattelandse leke-regters die bevoegdheid om ondersoek- en arrestasie-lasbriewe uit te reik, *arraignments* te hanteer en borg vas te stel in elke tipe strafsaak, van wanordelike gedrag tot moord. Ten opsigte van *felonies*, word hul bevoegdheid beëindig wanneer die saak na die *grand jury* verskuif word vir *indictment*, maar alle ander misdade en oortredings kan verhoor word tot hulle gefinaliseer is. Appèlle vanaf die plattelandse dorps- en stedelike howe word aangehoor deur die *county courts* wat voltyds funksioneer en beman word deur regsgeleerdes.

6.2.3 Leke-regters in Duitsland bekend as *Schöffen* of *Laienrichter*

Daar word dikwels na die stelsel van leke-regters in Duitsland verwys as die gemengde jurie (*fused jury* of *mixed jury*). Die huidige stelsel van leke-regters het egter die juriestelsel, wat in die 1840's in Duitsland ingevoer is, vervang.[113] Die leke-regters in Duitsland dien, sover dit strafsake betref, in vier tipes howe. Duitse leke-regters (*Laienrichter*) staan bekend onder verskillende benamings afhangende van die hof waarin hulle dien. In strafsake staan hulle bekend as *Schöffen* terwyl hulle in

---

113 Wolfe "Participation in Courts: American Jurors and German Lay Judges" in Barak-Glantz en Johnson (reds) *Comparative Criminology* 121 132 vn 2 verduidelik: "The liberal revolution of the 1840's incorporated the principle of the jury in German law. During the nineteenth century, the use of a mixed tribunal, including both lay and professional judges, reemerged, first in 1818 in Württemberg...The two forms of courts coexisted until the Emminger Reform of 1924; then the jury was abolished in Germany and, except for a brief revival in Bavaria after World War II, it has not reappeared." Sien ook Dubber "German Lay Judges" 574 ev; Casper en Zeisel "Lay Judges in the German Criminal Courts" 1972 *The Journal of Legal Studies* 135 138 ev; Esmein *A History of Continental Criminal Procedure* 581 ev.

die ander howe (byvoorbeeld siviele, administratiewe, arbeids- en sosiale howe) bekend staan as *ehrenamtliche Richter*. Die begrip *ehrenamtliche Richter* is met ander woorde eintlik 'n oorkoepelende benaming wat verwys na almal wat, sonder om beroepsregters te wees en sonder vaste besoldiging, as deel van 'n paneel van die regbank optree – dit sluit onder andere ook *Schöffen* in.[114]

'n Persoon wat aangekla word van 'n strafregtelike oortreding, sal verhoor word (in die geval van 'n geringe oortreding) óf in 'n hof (*Amtsgericht)* waar 'n enkele professionele regter (*Strafrichter*) op die regbank[115] sit, óf in 'n hof (op *Amtsgericht*-vlak) wat bestaan uit beide professionele en leke-regters. In laasgenoemde geval staan die gemengde regbank bekend as 'n *Schöffengericht*.[116] Onder sekere omstandighede mag die samestelling van die gemengde jurie van die *Amtsgericht*

---

114 Volgens § 31 *GVG (Gerichtverfassungsgesetz)* is "das Amt eines Schöffen ist ein Ehrenamt". Peters *Strafprozess: Ein Lehrbuch* 121 voeg by dat "es kann nur von einem Deutschen wahrgenommen werden". Heyde *Die Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland* 73 verduidelik ten opsigte van *ehrenamtliche Richter*: "Neben den Berufsrichtern wirken auch 'ehrenamtliche Richter' bei der Rechtsprechung der Gerichte mit. Die ehrenamtlichen Richter sind in der Regel Laien wie die 'Schöffen' in den Strafgerichten. Es gibt aber auch ehrenamtliche Richter, die Juristen sind, wie die in den Ehrengerichten für Rechtsanwälte mitwirkenden Rechtsanwälte. 'Ehrenamtlicher Richter' ist, wer, ohne Berufsrichter zu sein, kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung in einem Gericht mit vollem Stimmrecht mitwirkt. Ehrenamtliche Richter finden wir vor allem: in der ordentlichen Gerichtsbarkeit bei den Strafgerichten (Schöffen) und bei den Kammern für Handelssachen der Landgerichte, in der Arbeitsgerichtsbarkeit, in der Sozialgerichtsbarkeit, bei den Verwaltungsgerichten und bei den Finanzgerichten, ferner den Verfassungsgerichten der Länder sowie bei allen Gerichten der Dienst- und Ehrengerichtsbarkeit." Wolf *Gerichtsverfassungsrecht Aller Verfahrenszweige* 226 omskryf ook *ehrenamtliche Richter* as "...Richter, die ohne Berufsrichter zu sein, und ohne die Befähigung zum Richteramt (§ 5 *DRiG*) haben zu müssen, in Ausübung eines Ehrenamtes auf Zeit und ohne feste Besoldung in einem Spruchkörper bei der Rechtsprechung mitwirken."

115 Volgens Dubber "German Lay Judges" 556 onderskei die Duitse strafreg tussen twee tipes misdade: "A *Vergehen* is a crime whose minimum statutory penalty is either a fine or less than one year in prison. Crimes with higher minimum statutory penalties are called *Verbrechen*." Ten opsigte van die jurisdiksie van die *Amtsgericht*, verduidelik hy: "A single professional judge *(Strafrichter)* at the county court (*Amtsgericht*) has trial jurisdiction over all *Vergehen* cases not disposed of by penal order or otherwise, in which the defendant faces a fine, regardless of the amount, or at most two years' imprisonment. Should the need arise during the trial, however, the single judge may impose up to four years' imprisonment."

116 Wolfe "Participation in Courts" 122 voeg by dat 'n beskuldigde geregtig is op 'n herverhoor deur die *Schöffengericht*: Indien 'n persoon "is tried for a petty crime by a professional judge sitting alone, he has a right to a second hearing before such a court." Dubber "German Lay Judges" 557 verduidelik ook: "The second type of trial court, the collaborative court at the *Amtsgericht*, consists of one professional presiding judge and two lay judges (*Schöffengericht*, a 1-2 court). It has jurisdiction over cases in which a sentence of at most four years' imprisonment is expected."

uitgebrei word deur die byvoeging van 'n addisionele professionele regter – hierdie *Erweitertes Schöffengericht* bestaan dan uit twee professionele en twee leke-regters.[117] Op die tweede vlak van die howe, die *Landgericht*, is daar drie gemengde regbanke. Die *Kleine Strafkammer* (met een professionele en twee leke-regters) is 'n hof van tweede instansie vir sake ten opsigte waarvan appèl aangeteken is vanaf die *Amtsgericht* (waar 'n enkele professionele regter die saak aanvanklik verhoor het).[118] Vir die meer ernstige sake, het die *Grosse Strafkammer* (met twee professionele en twee leke-regters) oorspronklike jurisdiksie sowel as hersieningsjurisdiksie ten opsigte van sake vanaf die *Schöffengericht* (van die *Amtsgericht*); weer eens word die sake *de novo* herverhoor. Soos in die geval van die *Amtsgericht*, is daar hier ook voorsiening vir 'n *spesiale* leke-regter-hof, bekend as die *Schwurgericht* – hierdie hof bestaan uit drie professionele en twee leke-regters, en dit het jurisdiksie oor die ernstigste misdade soos moord en brandstigting.[119]

6.2.3.1 Persoonlike onafhanklikheid

In die afdeling wat hierop volg word die persoonlike onafhanklikheid van die regterlike amptenare bespreek met verwysing na hul kwalifikasies benodig vir seleksie, die wyse waariop hulle geselekteer word, die diensvoorwaardes ingevolge waarvan hulle aangestel word en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.[120]

---

117 In gekompliseerde sake word van hierdie hof gebruik gemaak. Sien § 29 nommer 2 *GVG*. Wolfe "Participation in Courts" 122; Dubber "German Lay Judges" 557.

118 Dubber "German Lay Judges" 557 vn 50 omskryf hierdie hof soos volg: "A collaborative appellate court of one professional and two lay judges at the district court (*kleine Strafkammer*) decides appeals of facts and law from judgments of the single judge or the 1-2 collaborative court at the county court. See § 76 Nr. 1 GVG. In appeals of facts and law from judgments of the 2-2 collaborative court at the county court, this court sits as a 2-2 court. § 76 Nr. 3 GVG."

119 Wolfe "Participation in Courts" 122; Dubber "German Lay Judges" 557 verduidelik ook: "The third type of trial court is the collaborative court at the district court (*Landgericht*). It consists of either two professional and two lay judges (*grosse Strafkammer*, a 2-2 court) or three professional and two lay judges (*Schwurgericht*, a 3-2 court). The collaborative court at the *Landgericht* decides cases that are too serious to fall within the jurisdiction of the 1-2 collaborative court at the *Amtsgericht*."

120 Vir 'n omskrywing van die persoonlike onafhanklikheid van regsprekende amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

6.2.3.1.1 Seleksie

(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie

'n Persoon kan slegs as *Schöffen* geselekteer word indien hy of sy 'n Duitse burger is[121] en *nie* in een van die kategorieë van persone val wat ongeskik of onbevoeg is om as leke-regter op te tree nie. In die kategorie van *onbevoegde* persone,[122] val byvoorbeeld persone wat deur 'n regter as onbevoeg verklaar is of wat gevangenisstraf van meer as ses maande moet uitdien. In die kategorie van persone wat *ongeskik*[123] is vir diens, val onder andere persone wat aan die begin van die ampsperiode nog nie die ouderdom van 25 jaar bereik het nie, persone wat reeds sewentig jaar oud geword het of sal bereik het teen die aanvang van die ampsperiode; persone wat met die opstel van die nominasielys nog nie een jaar in die gemeenskap woon nie; persone wat as gevolg van 'n liggaamlike of geestelike gebrek ongeskik (*ungeeignete Schöffen*) is. Verdere persone wat ongeskik geag word vir diens as leke-regter is byvoorbeeld die *Bundespräsident*, ander leiers van die regering, regters en beamptes van die staatsaanklaer se kantoor, notarisse en ander regsgeleerdes; polisiebeamptes, predikante en persone wat binne die voorafgaande agt jaar reeds as leke-regter opgetree het.

(b) Wyse van seleksie

Seleksie van leke-regters, oftewel *Schöffen*, begin met die saamstel van 'n nominasielys van name deur die munisipaliteitsraad[124] – sodanige lys word elke vier

---

121 § 31 *GVG*.

122 In § 32 *GVG* word die bepalings ten opsigte van die *Unfähigkeit zum Schöffenamt* vervat.

123 § 33 -34 *GVG*.

124 § 36 *GVG*.

jaar saamgestel[125] en soos in die VSA is daar 'n statutêre bepaling ten opsigte van verteenwoordiging: daar word bepaal dat by die seleksie van *Schöffen* daarop gelet moet word dat alle bevolkingsgroepe wat betref geslag, ouderdom, beroep en sosiale status gelyke verteenwoordiging behoort te geniet.[126] Daarna word die lys voorgelê aan die regter by die *Amtsgericht* van die betrokke distrik.[127] 'n Komitee (wat elke vierde jaar saamgestel word)[128] kies, met 'n twee-derde meerderheidsbeslissing, die *Schöffen* vir die volgende vier jaar.[129] Herhaaldelike diens as leke-regter is nie uitgesluit nie, maar statutêr word voorgeskryf dat indien 'n persoon as leke-regter opgetree het in 'n strafhof en sy of haar laaste jaar van diens is minder as agt jaar gelede, behoort so 'n persoon nie geselekteer te word nie.[130]

Slegs die aantal persone wat benodig word, word opgeroep vir diens as leke-regters (*Hauptschöffen*), of as addisionele leke-regters (*Hilfsschöffen*). Die regter-presidente van die howe in die verskillende state (*Landgerichte* of *Amtsgerichte*) bepaal die aantal leke-regters wat benodig sal word ooreenkomstig 'n spesifieke formule.[131] Elke

---

125 Ten opsigte van die seleksie van *Schöffen*, sien ook Wolf *Gerichtverfassungsrecht* 232 ev; Heyde *Die Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland* 75; Peters *Strafprozess* 122-123.

126 § 42(II) *GVG*. Sien ook Casper en Zeisel "Lay Judges in the German Criminal Courts" 182.

127 § 38 *GVG*.

128 Ingevolge § 40 *GVG* bestaan die komitee uit die regter van die *Amtsgericht* wat as voorsittende beampte optree, 'n verkiesingsbeampte en tien vertrouens-persone, wat uit die distrik gekies word. Langbein "Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need?" 1981 *American Bar Foundation Research Journal* 195 207 verduidelik: "The selection committee is chaired by a judge and contains, in addition to an administrator from the state government, ten citizens chosen by the elected local governments within the judicial district. In practice these ten members of the selection commission are chosen by the political parties in proportion to the parties' representation on the local councils."

129 § 42 *GVG*. Kandidate wat in lyn is om as leke-regters gekies te word, hoef hulself nie beskikbaar te stel gedurende die seleksieproses soos in die geval van die Amerikaanse potensiële jurielede ("veniremen") nie – sodoende word onnodige ontwrigting in die lewe van die leke-regters vermy. Wolfe "Participation in Courts" 128.

130 § 34(7) *GVG*.

131 § 43 *GVG*. Die hoeveelheid word bereken op die basis van (1) die behoefte van die howe (die verwagte aantal sessie-dae word vermenigvuldig met twee en dan gedeel deur 12 om sodoende voldoende leke-regters op te lewer om twee beskikbaar te hê vir elke sessie) en (2) 'n beperking van 12 dae diens ten opsigte van elke individuele leke-regter. Die aantal leke-regters (*Hauptschöffen*) word bereken sodat elke leke-regter nie vir meer as 12 sessie-dae per jaar diens hoef te doen nie. Omdat die aantal addisionele leke-regters (*Hilfsschöffen*) nie met presiesheid

jaar van sy dienstydperk, sal 'n leke-regter aan 'n spesifieke hof toegewys word – na so 'n toewysing kan 'n leke-regter net in daardie spesifieke hof diens doen. Indien 'n leke-regter in 'n bepaalde jaar opgeroep word na verskeie howe, moet so 'n leke-regter die amp aanvaar waarna hy of sy eerste opgeroep is.[132] Sodra die name van die leke-regters en addisionele leke-regters geselekteer is, word die lys deur die komitees verdeel in verskillende groepe, naamlik die lys van leke-regters vir die *Amtsgericht* en dié vir die ander howe. Sodra leke-regters aan 'n spesifieke hof toegewys is, word hul onderskeie dienstydperke volgens 'n ewekansige (lukrake) proses bepaal.[133] Die spesifieke metode word nie by wyse van statuut voorgeskryf nie, alhoewel daar wel bepaal word dat dit gedoen moet word tydens 'n openbare sessie van die *Amtsgericht* en dat die regter die lukrake seleksie moet doen.[134] Sodra die regter die volgorde van diens ten opsigte van elke individuele leke-regter in elke hof bepaal het, stel die klerk van die hof 'n protokol op. Dit is dan die verantwoordelikheid van die regter om die *Schöffen* in kennis te stel wanneer en waar hulle as leke-regters diens moet doen en die gevolge wat hul afwesigheid op die betrokke dae sal meebring.[135] 'n Verandering in die volgorde van diens kan aangebring word op aansoek van die leke-regter en goedkeuring deur die regter, mits die leke-regter nog nie betrokke geraak het by die saak nie.[136] Indien so 'n verandering gemaak word,

---

bepaal kan word nie, is daar geen statutêre formule vir die berekening van die aantal wat benodig sal word nie. Wolfe "Participation in Courts" 128 wys daarop dat "[t]he rule is that the number of Hilfsschöffen is to be in a suitable relationship to that of the Hauptschöffen in order to avoid excess burden on the alternates".

132 § 77(IV) *GVG*; Wolfe "Participation in Courts" 129.

133 Wolf *Gerichtverfassungsrecht* 235-236.

134 § 45(II) *GVG*. Wolfe "Participation in Courts" 129 wys op twee moontlike metodes van seleksie: "The names of all Hauptschöffen could be placed in an urn and then for each regular session two names would be drawn. Each time, the drawn names are replaced in the urn; whether the two Schöffen who have been chosen for the first (or later) sessions also serve for a subsequent sitting depends merely on chance. Another method mentioned is for each Schöffe whose name has been drawn to be assigned immediately for several sessions in a row. Because there are two Schöffen serving on a mixed tribunal, they are often assigned in pairs. The assignment is applicable for a one year period only; so each lay judge would be reassigned in the subsequent three years of his tenure."

135 § 45(IV) *GVG*.

136 Heyde *Die Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland* 75; Wolfe "Participation in Courts" 130.

moet die ooreenkoms in die rekords aangebring word.[137] Daar word 'n onderskeid gemaak tussen die toewysing van leke-regters ten opsigte van gewone en buitengewone sessies. In geval van eersgenoemde, word die datums reeds 'n jaar voor die tyd gepubliseer. Daar word geag dat ooreenkomstig die ondervinding wat in die verlede opgedoen is kan 'n vooraf skatting gemaak word van die aantal sessies wat benodig sal word sodat die toekomstige sessies op die kalender aangebring kan word.[138] Indien die hof dan per geleentheid ekstra hofsessies vereis, word die leke-regters wat benodig word op 'n ewekansige (lukrake) wyse gekies vir die betrokke dag.[139] Na seleksie, maar voordat hulle as regsprekende amptenare optree, ontvang die leke-regters 'n opleidingspamflet waarin aan hulle verduidelik word wat van hulle verwag word tydens die verhoor en dat hulle op gelyke voet staan met die professionele regters.[140]

Soos reeds verduidelik,[141] sluit die aspek van 'n verteenwoordigende regbank aan by die seleksie van regterlike amptenare. Die bespreking ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite[142] van die regbank, wat later in hierdie hoofstuk ter sprake kom, is gevolglik ook hier van belang.

6.2.3.1.2 Diensvoorwaardes

'n Leke-regter se dienstermyn strek gewoonlik oor vier jaar (want elke vierde jaar word 'n nuwe lys van leke-regters opgestel) en hulle kan twee agtereenvolgende dienstermyne doen. Nadat hulle twee agtereenvolgende dienstermyne voltooi het,

---

137 § 47 *GVG*.

138 § 77 *GVG*. Sien ook Casper en Zeisel "Lay Judges in the German Criminal Courts" 183.

139 § 47 *GVG*.

140 Niedersächsisches Justizministerium, *Das Schöffenamt*.

141 Sien die bespreking in afd 3.2 en 3.5.

142 Sien afd 6.2.3.1.3.

kan hulle eers weer na agt jaar aangestel word.[143] 'n Leke-regter verrig sy diens op die datum en by die hof waaraan hy of sy toegewys is. Daar word oor die algemeen gepoog om die leke-regters op so 'n wyse in te deel dat hulle nie meer as 12 dae per jaar diens doen nie.[144] Indien 'n leke-regter meer as 24 dae diens in een jaar verrig het, kan hy of sy versoek om van die lys van leke-regters verwyder te word.

6.2.3.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Die bespreking in hierdie afdeling sluit aan by die bespreking hierbo ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare.[145] Die voorlopige lys van name van *Schöffen* (*Vorschlagsliste für Schöffen*) word elke vier jaar saamgestel.[146] Soos in die VSA is daar 'n statutêre bepaling wat vereis dat die lys verteenwoordigend sal wees. Daar word voorgeskryf dat by die seleksie van *Schöffen* daarop gelet moet word dat alle bevolkingsgroepe volgens geslag, ouderdom, beroep en sosiale status in gelyke mate verteenwoordiging behoort te geniet.[147] Kleinknecht en Meyer[148] wys egter daarop dat hierdie bepaling nie verpligtend is nie, omdat die woord "soll" in die statutêre bepaling gebruik is en is van mening dat die nie-nakoming daarvan nie werklik 'n invloed op die seleksie-proses het nie. Wolfe[149] wys daarop dat "[a]lthough intended to be random, the actual practice appears to be close to a 'key man' method of identification of potential jurors" wat in die VSA in sommige state gebruik is.[150] Volgens Langbein is

---

143 § 34 *GVG*.

144 Casper en Zeisel "Lay Judges in the German Criminal Courts" 183.

145 Sien afd 6.2.3.1.1.

146 § 36 *GVG*.

147 § 42 nr II *GVG* bepaal: "Bei der Wahl soll darauf geachtet werden, dass alle Gruppen der Bevölkerung nach Geschlecht, Alter, Beruf und sozialer Stellung angemessen berücksichtigt werden."

148 Tov die bepaling § 42 nr II *GVG* wys hulle daarop dat "[d]ie angemessene Berücksichtigung aller Bevölkerungsgruppen...ist nie zwingend vorgeschrieben ('soll'). Die Verletzung der Vorschrift hat auf die Ordnungsmässigkeit der Wahl kein Einfluss." – *Strafprozessordnung* 1593.

149 "Participation in Courts" 127.

150 Sien afd 6.3.2.2.1.1(b) tov die bespreking van die *key man method* van identifikasie van potensiële jurielede in die VSA.

nog die statutêre prosedures nóg die praktyk van die plaaslike owerhede en komitees gerig op voldoening aan hierdie bepaling.[151]

Dubber[152] wys daarop dat die leke-regters nie verteenwoordigend is van die Duitse gemeenskap nie – inteendeel, daar blyk 'n geneigdheid te wees om leke-regters en professionele regters uit soortgelyke sosiale groepe te selekteer en leke-regters word verder onproporsioneel geselekteer uit die geledere van die staatsdiens:

> "In particular, the selection process for lay judges discriminates on the basis of socioeconomic status, gender, and age, as blue-collar workers, women, and young persons are underrepresented on the preliminary lists and selected in disproportionately small numbers from them. By contrast, public employees, and lifetime civil servants (*Beamte*) in particular, are privileged at every stage of the process and make up a vastly disproportionate share of the lay judges selected. When all is said and done, lay judges, therefore tend to resemble their professional colleagues; they are disproportionately male, middle-class, public employees."

'n Voorvereiste vir seleksie as leke-regter is Duitse burgerskap en globaal gesien is die burgers van Duitsland, wat ras betref, redelik homogeen. Derhalwe kom vrae rondom etniese verteenwoordiging nie werklik ter sprake nie. Volgens Dubber kan aanvaar word dat etniese minderhede as leke-regters onderverteenwoordig is.[153]

---

151 Langbein "Mixed Court and Jury Court" 208 wys daarop dat "[a]lthough the statute states that the list of nominees should be representative 'of all groups in the population,' neither the statutory procedures nor the practices of the local authorities and commissions seem directed to that end. The emphasis on getting people who are interested in lay judging, or who are known to the local elected officials and party leaders, as well as the commissions' preference for white collar occupations, produces a group of laymen whose educational and social background is rather closer to that of the professional judges. Of course, other groups of the population are merely underrepresented, not excluded."

152 "German Lay Judges" 588-589.

153 Dubber "German Lay Judges" 589 vn 242 wys daarop dat '[g]iven the continued ethnic homogeneity of German society, questions of ethnic representativeness have not arisen. The vague recommendation of representativeness in the preparation of preliminary lists, for example, does not mention ethnicity...Although data on this question are not available, it is safe to assume that ethnic minorities are underrepresented among lay judges if only because many so-called guest workers and their relatives do not hold German citizenship, a prerequisite for selection as a lay judge."

6.2.3.2 *Saaklike onafhanklikheid*

In die afdeling wat hierop volg word aspekte van die saaklike onafhanklikheid[154] van die regterlike amptenare bespreek met verwysing na hul bevoegdhede en verpligtinge.

6.2.3.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Die leke-regters het dieselfde bevoegdhede as die professionele regters.[155] Van die leke-regters word verwag om gedurende die verhoor aandagtig en onpartydig[156] na die saak te luister, daarna saam met die professionele regters te verdaag om te beslis oor die skuld of onskuld van die beskuldigde en vonnisoplegging. Die leke-regters in Duitsland het dus "...full powers of interrogation, deliberation, voting and sentencing".[157]

Die leke-regters in Duitsland gaan nie (soos die jurielede in die VSA) 'n tipe siftingsproses deur met die oog op 'n spesifieke saak nie, met die gevolg dat die moontlikheid kan bestaan dat 'n spesifieke leke-regter onvanpas is vir 'n betrokke saak. Daar word statutêr voorsiening gemaak vir beskerming teen bevoor-oordeeldheid van regters[158] – dieselfde beginsel is van toepassing op leke-regters.[159] Die basiese verantwoordelikheid vir die behoorlike samestelling van die regbank berus by die voorsittende regter, maar die leke-regter is verplig om die regter in

---

154 Vir 'n omskrywing van die saaklike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.2.

155 Wolf *Gerichtsverfassungsrecht* 237 verduidelik dat"[a]lle ehrenamtlichen Richtern stehen im Rahmen des Verfahrens grundsätzlich **die gleichen Befügnisse** wie den Berufsrichtern zu. Sien haben deshalb das Recht zur Befragung von Zeugen. Bei der Beratung und Abstimmung haben sie das gleiche Stimmrecht wie die Berufsrichter. Ein ehrenamtliche Richter kann jedoch nicht den Vorsitz in einem Spruchkörper führen."

156 Wolf *Gerichtverfassungsrecht* 237.

157 Wolfe "Participation in Courts" 121.

158 § 24 *StPO*.

159 Wolf *Gerichtsverfassungsrecht* 236.

kennis te stel indien so 'n leke-regter voel dat hy of sy die saak nie heeltemal onafhanklik en onbevange sal kan beoordeel nie.[160] Sodra 'n leke-regter begin het om 'n saak aan te hoor, moet hy of sy op die regbank bly tot die einde van die saak.[161] Indien 'n leke-regter se aantal dae diens meer as 24 per jaar beloop, kan so 'n leke-regter versoek dat sy of haar naam van die lys van leke-regters verwyder word.[162] Verdere verpligtinge van die leke-regters behels die aflê van die eed, die nougesette volvoering van die regtersamp en die geheimhouding van die bespreking tydens die beraadslagingsproses.[163]

Volgens Dubber[164] is daar, wat die gemengde regbank betref, 'n gaping tussen wat statutêr voorgeskryf word en soos wat dit in die praktyk plaasvind. Hy is van mening dat die rede waarom sake wat voor so 'n gemengde regbank aangehoor word skynbaar so effektief blyk te wees en so vinnig afgehandel word, is omdat die verrigtinge heeltemal oorheers word deur die voorsittende regter. Met die uitsondering van die verdediging se regsverteenwoordiger, is daar egter min wat die voorsittende regter se oorheersing van die verrigtinge aan bande lê. Alhoewel die ander lede van die regbank ook geregtig is om vrae te vra, word dit selde gedoen. Die leke-regters word gekniehalter deur hulle onkunde ten opsigte van die inhoud van die dossier wat die voorsittende beampte gebruik om haar ondervraging te rig. Waar die ander deelnemers aan die proses se kennis ten opsigte van die inhoud van die dossier

---

160 Wolfe "Participation in Courts" 130.

161 Wolfe "Participation in Courts" 130 wys daarop dat '[t]he length of a trial in Germany is briefer than in the United States, however. Figures for the year 1980 show that 53.3% of criminal trials were completed in a day or less, another 21.8% within two days, and 17.7% within three to five days".

162 § 52 *GVG*.

163 Wolf *Gerichtsverfassungsrecht* 237 wys daarop dat "[d]en ehrenamtlichen Richtern obliegen aber auch bestimmte **Pflichten**. Sie müssen bei Amtsantritt einen Eid leisten (§ 45 II DRiG). Sie müssen an den Sitzungen teilnehmen und auch sonst ihr Richteramt ordnungsgemäss ausüben und können davon nur unter engen Voraussetzungen entbunden werden (s. insbes. § 54 GVG). Eine unterberechtigte Entbindung verletzt, wenn sie willkürlich erfolgt, Art. 101 I 2 GG. Sie kann deshalb widerrufen werden...§ 45 I 2 DRiG bestimmt für alle ehrenamtlichen Richter, dass sie das Beratungsgeheimnis (§ 43 DRiG) zu wahren haben. Bei Verstössen können sie mit Ordnungsgeld belegt (s. z.B. § 56 GVG) oder von ihrem Amt abberufen werden."

164 "German Lay Judges" 580 ev.

afhanklik is van hulle tyd en belangstelling, word die leke-regters verbied om na die dossier te kyk. Dubber wys daarop dat dit in so 'n ernstige lig gesien word dat "should they gain access to even a small part of the dossier, this will be grounds for reversal."[165] Dit opsigself, dui daarop dat wat in die praktyk gebeur nie ooreenstem met wat statutêr voorgeskryf word nie. Om leke-regters toegang tot die belangrike dossier te ontsê is in stryd met die statutêre waarborg van absolute gelykheid tussen professionele en leke-regters[166] en Dubber wys verder daarop dat die rede wat aangevoer word vir die omseiling van hierdie statuêre voorskrif is dat die leke-regters nie in staat is om te onderskei tussen die feite soos wat dit in die dossier uiteengesit is en die getuienis soos wat dit tydens die verhoor voor die hof gelê word nie. Daar word aangevoer dat "[e]ven a quick peek at the dossier therefore would violate the immediacy and orality requirements of the German criminal trial."[167] Nadat hy 'n deeglike studie van die gemengde regbank gedoen het, kom Dubber[168] tot die gevolgtrekking:

> "...a review of the professional literature and the popular press, combined with trial observations and conversations with professional and lay judges, prosecutors, and former judicial clerks, strongly suggest that German lay judges play an insignificant and largely symbolic role in the administration of criminal justice. Lay judges therefore promote the efficiency of German criminal trials by *not* exercising their statutory right to participate meaningfully in the proceedings."

Hy wys daarop dat bespreking van strafsake in professionele tydskrifte en die

---

165 "German Lay Judges" 581. Hy kom tot die gevolgtrekking dat "[a]lready a formidable acceleration tool, the dossier's inaccessibility to certain process participants thus further expedites the trial."

166 § 30 *GVG*. Ingevolge die pamflet vir die opleiding van leke-regters word verduidelik dat "you in principle enjoy the same rights as professional judges" en dat "you are in no way merely the professional judges' aides, but hold the judicial office with equal rights and equal responsibility" – Niedersächsisches Justizministerium, *Das Schöffenamt* 8-9.

167 Hy wys daarop dat die voorsittende regter hom- of haarself skuldig maak aan dieselfde optrede, maar dat dit skynbaar aanvaarbaar is. By die bespreking van die oorheersing van die verrigtinge deur die voorsittende beampte en die feit dat die voorsittende regter tydens die verhoor so sterk steun op die vooraf-opgestelde dossier, voeg hy by dat "...the judge often prejudges the case in reliance on even the most evenhanded dossier, reducing the trial to a mere formality in violation of the principles of orality, immediacy, and publicity that, according to statute and doctrine, underlie the German criminal process".– "German Lay Judges" 579-580.

168 "German Lay Judges" 582.

openbare pers verwys as 'n reël nie na leke-regters nie. Baie Duitse burgers het geen idee dat leke-regters in strafsake op die regbank sit nie; baie regsgeleerdes wat nie praktiseer in strafreg nie, vergeet dikwels dat leke-regters enigsens 'n rol speel in die administrasie van strafregspleging; selfs Duitse kriminoloë vergeet partykeer dat leke-regters bestaan. Hy voer aan dat een van die redes waarom leke-regters "may languish in obscurity" is moontlik omdat hulle nie deelneem aan die formulering en openbare aankondiging van die motivering vir die hof se uitspraak nie. Die uitspraak in sy mondelinge en skriftelike vorm word opgestel deur die voorsittende professionele regter. Maar, hy wys tog daarop dat:

> "The more likely explanation for lay judges' obscurity, however, lies in their minimal contribution during the public proceedings. For decades, commentators have noted the passivity of lay judges during the trial. Lay judges rarely ask questions. Many presiding judges may not even give them the opportunity to do so. Ideally, after the presiding judge in a 3-2 court has completed her interrogation of a witness, she should ask first her fellow lay and professional judges, then the prosecutor, and finally the defendant and her attorney, if they would like to put questions to the witness. In practice, this inquiry may be limited to a quick glance at her professional colleagues, who may ask a question or two, then a nod at the prosecutor and the defense lawyer, who also may want to ask a few additional questions. Ignored by the presiding judge, unfamiliar with the legal jargon laced with references to code sections, subsections, and sub-subsections, disoriented by frequent discussions of and references to motions filed or to be filed, unfamiliar with the contents of the dossier, and surrounded by lawyers, all of whom are court regulars and don the black robes of their profession, many lay judges find it difficult to insist on their statutory rights to influence the proceedings."[169]

Dubber[170] toon aan dat selfs in die beraadslagingsproses speel leke-regters 'n minimale rol. Hulle wys daarop dat die meeste empiriese studies van leke-beregting

---

169 "German Lay Judges" 582-583. In vn 207 voeg hy by: "Lay judges who nonetheless attempt to play the equal role assigned to them by law may soon meet the presiding judge's disgruntled resistance. Eager to move her docket, the presiding judge often has little patience for contributions by her lay colleagues who know nothing about the case file and even less about the law or sentencing practices of a particular judicial district. With remarkable consistency, professional judges, when asked about lay participation, complained about teachers, who apparently tend to be particularly active at trial and during deliberations. Judging by the experience of one alternate lay judge, who has attempted to influence proceedings and deliberations, the obsequiousness of lay judges may well play a role in their retention or 'promotion' from alternate to reguar status." Sien ook Casper en Zeisel "Lay Judges in the German Criminal Courts".

170 "German Lay Judges" 584.

in Duitse strafhowe tot dusver gefokus het op die beraadslagingsproses na die afloop van 'n verhoor, eerder as op die verhoor self. Gestaaf deur anekdotiese getuienis van gesprekke met professionele regters, leke-regters en voormalige regtersklerke, dui hierdie studies daarop dat Duitse leke-regters nie die geheime beraadslagingsproses tot 'n groter mate beïnvloed as wat die geval is met die openbare verrigtinge tydens die verhoor nie. Hulle kom tot die gevolgtrekking dat "[i]t indeed would be odd if the very same presiding judge who dominated the trial suddenly fell into the background upon entering the deliberation room, or if lay judges who spent the entire trial feeling alienated and confused turned into confident and coequal deliberators at that same fateful moment."[171]

Hierdie bevinding word bevestig deur die studie van Casper en Zeisel wat hulle gelei het tot die slotsom dat "[t]he traceable overall effect of the lay judges on the verdicts of the German criminal courts is indeed small".[172]

❑ KORT OPSOMMING

Ten opsigte van die *persoonlike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, blyk die volgende:

- Wat die kwalifikasies wat vereis word vir seleksie as leke-regter betref, blyk dit uit bogenoemde dat 'n persoon slegs geselekteer kan word as leke-regter indien so 'n persoon 'n Duitse burger is en *nie* in een van die volgende kategorieë van persone val wat
  - *ongeskik* is (byvoorbeeld persone jonger as 25 jaar of 70 jaar en ouer; persone wat minder as een jaar in die gemeenskap woon; persone wat ongeskik is weens 'n liggaamlike of geestelike gebrek; die

---

171 Dubber "German Lay Judges" 587 wys daarop dat "[t]he insignificant contribution German lay judges make to the conduct and resolution of criminal trials has led several German commentators to call for the abandonment of lay participation altogether. Commonly reduced to bystanders in the court room, German lay judges retain at most a symbolic significance".

172 "Lay Judges in the German Criminal Courts" 189.

Bundespräsident, ander leiers van die regering, regters en beamptes van die staatsaanklaer se kantoor, notarisse en ander regsgeleerdes; polisiebeamptes, predikante en persone wat binne die voorafgaande agt jaar reeds as leke-regter opgetree het), of

- *onbevoeg* is (byvoorbeeld persone wat deur 'n regter as onbevoeg verklaar is of wat gevangenisstraf van meer as ses maande moet uitdien) nie.

- Wat die wyse van seleksie van *Schöffen* betref, blyk dit dat 'n komitee met 'n twee-derde meerderheidsbeslissing die name van die leke-regters vir die volgende vier jaar kies deur gebruik te maak van die nominasielys wat (elke vier jaar) deur die munisipaliteitsraad saamgestel word. Die regter-presidente van die howe in die verskillende state (*Landgerichte* of *Amtsgerichte*) bepaal die aantal leke-regters wat benodig sal word ooreenkomstig 'n spesifieke formule – slegs die aantal wat benodig word, word opgeroep vir diens as leke-regters of addisionele leke-regters. Elke jaar van sy dienstydperk, sal 'n leke-regter aan 'n spesifieke hof toegewys word – na so 'n toewysing kan 'n leke-regter net in daardie spesifieke hof diens doen. Sodra leke-regters aan 'n spesifieke hof toegewys is, word hul onderskeie dienstydperke volgens 'n ewekansige (lukrake) proses bepaal.
- Ten opsigte van hul diensvoorwaardes, blyk dit dat 'n leke-regter se dienstermyn gewoonlik oor vier jaar strek (want elke vierde jaar word 'n nuwe lys van leke-regters opgestel). Dit is moontlik om twee agtereenvolgende dienstermyne te voltooi – daarna kan 'n leke-regter eers weer na agt jaar aangestel word. 'n Leke-regter verrig sy of haar diens op die datum en by die hof waaraan hy of sy toegewys is. Volgens beplanning word gepoog om dienstydperk tot 12 dae per jaar te beperk – 'n leke-regter, wat meer as 24 dae diens in een jaar verrig het, kan versoek om van die lys van leke-regters verwyder te word.
- Wat hul verteenwoordigende kwaliteite betref, blyk dit dat daar statutêr voorgeskryf word dat die voorlopige lys van name van *Schöffen* verteenwoordigend moet wees. Met ander woorde, alle bevolkingsgroepe behoort volgens geslag, ouderdom, beroep en sosiale status in gelyke mate verteen-

woordiging te geniet. Sekere skrywers is van mening dat die bepaling nie verpligtend is nie. Die praktyk van die plaaslike owerhede en komitees is nie gerig op voldoening aan hierdie bepaling nie. Dit blyk dat leke-regters nie verteenwoordigend is van die Duitse gemeenskap nie – daar blyk 'n geneigdheid te wees om leke-regters en professionele regters uit soortgelyke sosiale groepe te selekteer en leke-regters word verder onproporsioneel geselekteer uit die geledere van die staatsdiens. Duitse burgers globaal gesien is, wat ras betref, redelik homogeen – vrae rondom etniese verteenwoordiging kom derhalwe nie eintlik ter sprake nie.

Ten opsigte van die *saaklike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, blyk die volgende:

- Wat hul bevoegdhede en verpligtinge betref, blyk dit uit die bespreking hierbo dat leke-regters (*Schöffen*) in vier tipes howe optree (waar strafsake bereg word).
  - Op die eerste vlak van die howe (*Amtsgericht*-vlak):
    Schöffengericht (geringe misdade, dikwels 'n herverhoor van sake beslis in *Amtsgericht* deur enkele professionele regter, in 'n hof van eerste instansie) bestaande uit een professionele en twee leke-regters (1-2 hof) – in sekere omstandighede word die regbank uitgebrei deur die byvoeging van 'n addisionele professionele regter en dan staan die regbank bekend as die *Erweitertes Schöffengericht* (in gekompliseerde sake in 'n hof van eerste instansie) bestaande uit twee professionele en twee leke-regters (2-2 hof).
  - Op die tweede vlak van die howe (*Landgericht*-vlak):
    - *Kleine Strafkammer* (sake ten opsigte waarvan appèl aangeteken is vanaf die *Amtsgericht* waar die saak deur een professionele regter aangehoor is) bestaande uit een professionele en twee leke-regters (1-2 hof);
    - *Grosse Strafkammer* (ten opsigte van meer ernstige sake; 'n hof met oorspronklike jurisdiksie sowel as hersieningsjurisdiksie ten opsigte van sake vanaf die *Schöffengericht* (sake word *de novo*

herverhoor)) bestaande uit twee professionele en twee leke-regters (2-2 hof);

- *Schwurgericht* (ten opsigte van die ernstigste misdade soos moord en brandstigting) bestaande uit drie professionele en twee leke-regters (3-2 hof).

- Die leke-regters het dieselfde bevoegdhede as die professionele regters: daar word van hulle verwag om gedurende die verhoor aandagtig en onpartydig na die saak te luister, daarna saam met die professionele regters te verdaag om te beslis oor die skuldaspek sowel as vonnisoplegging. Daar word kritiek uitgespreek teenoor die feit dat, ten spyte van die statutêre waarborg van absolute gelykheid tussen professionele en leke-regters, laasgenoemde 'n minimale rol speel tydens die hofprosedure en beraadslagingsproses.

6.3 DIE JURIESTELSEL

In wese is 'n jurie 'n groep gewone burgers, ten opsigte waarvan die aantal (getal) voorafbepaal is, wat bymekaargeroep word deur 'n wetlik aangestelde openbare amptenaar met die oog daarop om 'n vraag te beantwoord.[173] In die afdeling wat hierop volg sal onderskei word tussen die *grand jury* en die verhoorjurie *(trial or petit jury)*[174] soos wat dit aangetref word in Engeland, Amerika en Frankryk. Om die verhoorjurie in perspektief te stel sal volledigheidshalwe verwys word na die *grand jury* – laasgenoemde instelling het egter meestal betrekking op voorverhoor-prosedure, wat streng gesproke buite die omvang van hierdie ondersoek val en derhalwe sal die bespreking daarvan baie oorsigtelik wees.

---

173 Abraham *Judicial Process* 100.

174 Ten opsigte van die ontstaan van die *grand jury* en die verhoorjurie (*trial or petit jury*), sien Abraham *Judicial Process* 100 ev; Spencer *Machinery of Justice* 382 ev; Seriti *The Jury System: A Critical Analysis* 1-3, 40-51; Moore *The Jury: Tool of Kings, Palladium of Liberty*; Maitland *The Constitutional History of England*.

6.3.1 Die *grand jury*

Die hoofonderskeid tussen 'n *grand jury* en 'n verhoorjurie (*trial or petit jury)* is dat eersgenoemde nie besluit oor die skuld of onskuld van 'n beskuldigde nie. Die *grand jury* besluit bloot of daar voldoende getuienis bestaan of onder die jurie se aandag gebring is om 'n verhoor op sterkte van 'n kriminele aanklag(te) te regverdig.[175] verhoorjuries daarenteen, besluit of hulle die beskuldigde skuldig of onskuldig gaan bevind – alhoewel 'n paar state in die VSA (byvoorbeeld Virginia, Alabama, Kentucky, Missouri, Oklahoma en Texas) die verhoorjurie toelaat om oor die vonnis sowel as die skuld of onskuld te besluit; 'n aantal ander state magtig die jurie tot vonnisoplegging slegs in moordsake waar die doodstraf opgelê kan word. Die *grand jury* luister na die getuienis wat voorgelê word deur die aanklaers en moet besluit of dit 'n aanklag regverdig, wat hulle wel as sodanig besluit in ongeveer 95 uit 'n 100 gevalle. Die partye (beskuldigde(s)) voor die hof kry dus *nie* hier geleentheid om hul saak te stel nie – so 'n geleentheid sal hulle wel kry indien daar 'n verhoor van die saak plaasvind.[176]

Abraham[177] verduidelik dat die gebruik van die juriestelsel, maar veral die *grand jury*

---

175 Abraham *Judicial Process* 102. Hy wys daarop dat "[g]*rand juries* do not ordinarily sit in civil charges".

176 Abraham *Judicial Process* 102 verduidelik soos volg: "Hence a grand jury does not return a verdict; it listens to a bill of evidence presented by the legal representative of the prosecuting authority, who must draw up the formal written accusation, and who almost invariably dominates its deliberations – given the absence of a judge or other 'neutral' in the grand jury room. The grand jury then decides whether or not evidence warrants an *indictment*, also known as a *true bill*, which it returns in approximately ninety-five out of a hundred instances. In effect, an indictment thus charges one or more persons with having committed a crime – be it a felony or misdemeanor. The party called before the grand jury does not actually have an opportunity to give his or her full story; if indicted, that day will come in the courtroom in the event of a trial. Nor may counsel be brought into the jury room (except in a handful of states, including New York), though the respondent may return to an antechamber to consult with counsel. He or she is entitled to know the names of, yet not confront, let alone cross-examine, witnesses that have appeared before the grand jury, but little else – except, of course, the evidence presented at the preliminary hearing before the committing magistrate. There is *no right* to appear before the grand jury; one is invited or ordered to come before it – and there is no right to advance notice of the nature and scope of the crime being investigated. When the grand jury does not find sufficient evidence, it issues what is known as an *ignoramus*, or *no bill*, in which case the would-be-defendant is not brought to trial."

177 *Judicial Process* 100; Terrill *World Criminal Justice Systems* 35..

baie afgeneem het oor die jare. In Engeland is die *grand jury* afgeskaf deur die *Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act* van 1933. Alhoewel die verhoorjurie in Engeland in minder as een persent van siviele sake aangewend word, word dit in alle ernstige strafsake gebruik – in ongeveer vier persent van die totaal – waar 'n pleit van onskuldig aangeteken word. In Frankryk word daar glad nie gebruik gemaak van 'n *grand jury* nie, as gevolg van die rol van die *juge d'instruction*.[178] In die VSA word *grand juries* nog baie algemeen gebruik in sommige van die state.

In Engeland (waar die *grand jury* afgeskaf is deur bogenoemde wet van 1933 na 'n eeu van afnemende gebruik) en in baie dele van die VSA, is die vinnige en maklike metode van *information* in die *grand jury* se plek aangeneem. Abraham[179] beskryf dit as 'n eenvoudige en effektiewe proses waardeur die aanklaer bloot sy aanklagte in die vorm van 'n beëdigde verklaring, waarby aangeheg is ondersteunende verklarings, aan 'n hof met oorspronklike jurisdiksie voorlê. Gewoonlik word 'n voorverhoorprosedure voor 'n *magistrate* gehou en na hierdie kort prosedures is die beskuldigde gereed om verhoor te word. In Frankryk vervul die *enquête* (die voorverhoor-ondersoek), deur 'n professionele regter, die funksie van 'n *grand jury*.[180] Dit is slegs in die VSA wat die gebruik van die *grand jury* nog redelik gewild is.

Die *grand jury* in die VSA word normaalweg gebruik op federale vlak waar dit van toepassing is by hals- en ander misdade. Op die vlak van die onderskeie state, maak minder as die helfte van die state nog gebruik van die *grand jury* en sommige van hierdie state gebruik dit alleen met die oog op ondersoek van misdaad en bedrog onder openbare amptenare in 'n beperkte aantal gevalle, soos moord en hoogverraad. Die ander state het die *grand jury* reeds vervang met die prosedure van *information*.[181] Op federale vlak bestaan die *grand jury* uit 'n paneel van 23 lede, wat ewekansig gekies word van 'n lys van geregistreerde kiesers en ondervra word deur

---

178 Sien die bespreking ten aansien van die bevoegdhede van die *juge d'instruction* in afd 5.5.1.2.1.

179 *Judicial Process* 103.

180 Sien afd 5.5.1.2.1 tov 'n bespreking van die *enquête*.

181 Abraham *Judicial Process* 104.

'n regter en die *US Attorney*. Die ledetal van *grand juries* op die vlak van die onderskeie state wissel van vyf tot sewe (Virginia) tot selfs 23 (Maryland, Massachusetts, New Hampshire en New Jersey). Die seleksieproses verskil, maar dit geskied gewoonlik ewekansig van die plaaslike register van geregistreerde kiesers af. Die betrokke regter selekteer die *foreman* en die *deputy*. In teenstelling met die verhoorjurie hoef die *grand jury* nie eens op federale vlak eenparig te besluit nie, maar 'n gemiddelde minimum van twaalf jurielede – wisselend van 'n minimum van vyf (Virginia) tot soveel as 16 (Minnesota) – moet saamstem oor 'n aanklag of 'n *ignoramus*; op federale vlak vorm 16 gewoonlik 'n kworum en 12 word benodig om iemand aan te kla. Die *grand jury* word gewoonlik saamgestel vir 'n tydperk van drie tot 18 maande, tensy dit voor die tyd ontbind word deur die regter aan wie dit terugrapporteer. Die verrigtinge geskied gewoonlik *in camera*.[182]

6.3.2 Die verhoorjurie (*trial or petit jury*)

Soos reeds aangedui het die gebruik van die verhoorjurie *(trial or petit jury)* in baie dele van die wêreld afgeneem. Dit word hoofsaaklik in Engeland en Wallis toegepas – in strafsake op 'n beperkte skaal en baie min in siviele sake. Dieselfde geld ten opsigte van Frankryk. Die jurie se laaste belangrike en oënskynlik veilige vastrapplek in die Westerse wêreld, is die VSA, waar die konsep van 'n "trial by a jury of one's peers still thrives".[183]

---

182 Abraham *Judicial Process* verduidelik op 104-105: "A grand jury is usually impaneled for a period of three to eighteen months at a time, unless it is discharged earlier by the judge to whom it reports, and it is called together (and paid $40.00 a day plus 25¢ a mile at the federal level in 1991) during that time whenever need for its services arises, usually a few days each week. Because no one is being 'tried,' its proceedings are secret – all witnesses are heard *in camera* – and may not be released to the public. The latter *caveat*, which is protective of both the accused and the grand jurors, is an essential traditional aspect of the grand jury system, which unfortunately, has not been demonstrably foolproof. With but a number of exceptions, such as New York since 1978, as already explained, not only are no defense attorneys allowed to be present, not even a judge is permitted *inside* the grand jury chamber. All witnesses thus testify alone. The grand jury normally deliberates with remarkable speed: the prosecutor appears before it; briefly outlines the government's case, and asks for an indictment, almost always succeeding in getting it."

183 Abraham *Judicial Process* 108.

6.3.2.1 Die jurie in Engeland

Die ontstaan van die voorloper van die moderne Engelse jurie is gevestig tydens die heerskappy van Koning Henry II in die sesde dekade van die twaalfde eeu. Destyds, in sy oorspronklike vorm, het die jurie die funksies van beide die moderne *grand jury* en verhoorjurie verrig, omdat die jurie nie alleen besluit het oor die aanklag nie, maar ook besluit het oor die skuld of onskuld van die beskuldigde.[184] Later is die twee funksies geskei wat dan ook gelei het tot die onderskeid tussen *grand jury* en die verhoorjurie.

Die gebruik van die verhoorjurie het geweldig afgeneem in Engeland en Wallis. Dit word in minder as een persent van siviele sake gebruik. Ten opsigte van strafsake is die posisie soos volg: Alhoewel 'n jurie in teorie altyd aangestel word indien die beskuldigde onskuldig pleit aan 'n ernstige oortreding, verleen die 1933-wetgewing[185] so 'n wye diskresie aan die howe ten opsigte van wanneer 'n jurie in strafsake gebruik moet word, dat die gebruik daarvan ook geweldig afgeneem het.[186] Volgens Abraham[187] word 90 persent van alle strafsake beslis deur 'n regter of *magistrate* sonder 'n jurie.[188] Hy wys daarop dat daar verskeie redes is vir die afname in die gebruik van die juriestelsel en noem onder andere die volgende redes: (1) daar het 'n gevoel ontstaan dat 'n regter wat alleen op die regbank sit, net so goed funksioneer, en gewoonlik beter is, as 'n jurie; (2) daar is vereis dat verhore vinnig afgehandel moes word; (3) juries was geneig om baie groot bedrae skadevergoeding toe te ken in sake wat gehandel het oor liggaamlike beserings; (4) en in siviele sake, het die litigante en nie die regering nie, die jurie se fooie betaal.

---

184 Abraham *Judicial Process* 101.

185 Die *Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act of 1933.*

186 Doran en Jackson "The Case for Jury Waiver" 1997 *The Criminal LR* 155 bepleit 'n reg op afstanddoening van verhoor deur 'n jurie in die *Crown Court.*

187 *Judicial Process* 108.

188 Terrill *World Criminal Justice Systems* 35.

6.3.2.1.1 Persoonlike onafhanklikheid

Die persoonlike onafhanklikheid van regterlike amptenare[189] sal hieronder bespreek word deur te verwys na die kwalifikasies wat vereis word vir hul seleksie, die wyse van seleksie, die diensvoorwaardes (indien enige, wat ter sprake kom by hul aanstelling) en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.

6.3.2.1.1.1 Seleksie

(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie

Die jurie in Engeland bestaan uit twaalf lede, tussen die ouderdom van 18 jaar en 65 jaar, wat geregtig is om te kan stem[190] en wat 'n inwoner van die Verenigde Koninkryk is vir die voorafgaande vyf jaar (met ander woorde, sedert sy of haar 13de verjaarsdag) en wat geskik is om as jurielid te dien.[191] Verskeie groepe persone word geag gediskwalifiseerd, ongeskik of verskoon te wees daarvan om juriediens te verrig. Persone wat gediskwalifiseerd is, sluit in persone wat nie aan die verblyf-vereiste voldoen nie en persone wat gevonnis is tot gevangenisstraf vir 'n tydperk van óf drie maande (in die afgelope 10 jaar) óf wat gevonnis is tot vyf of meer jaar gevangenisstraf. Vier kategorieë persone word beskou as ongeskik vir juriediens, naamlik diegene wat 'n regterlike amp bekleë het, predikante, geestelik gestremdes en persone in sekere beroepe. In laasgenoemde kategorie word ingesluit *barristers*, *solicitors*, hul klerke, hofpersoneel, polisie, paroolbeamptes en forensiese wetenskaplikes. Dan is daar 'n verdere kategorie persone wat die reg het om verskoon te word, naamlik lede en amptenare van die Parlement, lede van die weermag en lede van die verskillende mediese professies. Ten laaste is daar diskresionêre verskonings wat toegestaan kan word aan persone wat die voorafgaande twee jaar op 'n

189 Vir 'n omskrywing van die persoonlike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen asook verbandhoudende aspekte, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

190 Terrill *World Criminal Justice Systems* 35.

191 Terrill *World Criminal Justice Systems* 50; Smith en Bailey *The Modern English Legal System* 608 ev; Senti *The Jury System: A Critical Analysis* 17.

jurie gedien het, diegene wat teëspoed van 'n persoonlike aard ondervind of iemand wat 'n gewetensbeswaar het, en diegene wat ly aan 'n fisiese gestremdheid of wat Engels nie goed verstaan nie. Bykomend tot bogenoemde kriteria vir die verwydering van persone as jurielede, kom ook nog: die verwydering van lede van die jurie deur die aanklaer en die verdediging se regsverteenwoordiger deur gebruikmaking van *peremptory challenges* .

(b) Wyse van seleksie

Indien gebruikgemaak word van die jurie,[192] bestaan die jurie, sover moontlik uit plaaslike burgers, en die paneel van die jurie bestaan gewoonlik uit twaalf persone.[193] Die seleksie van die twaalf jurielede vind (voor die aanvang van die verhoor en in die hof) soos volg plaas:[194] Sodra 'n jurielid se naam gelees word (en voordat so 'n jurielid ingesweer word) kan so 'n jurielid verwyder word van die paneel deurdat die aanklaer of die verdediging se regsverteenwoordiger die woord "challenge" uiter. Daar is twee gronde waarop beswaar gemaak kan word teen 'n jurielid, naamlik beswaarmaking sonder opgawe van 'n rede (*peremptory challenge*) en beswaarmaking met 'n rede (*challenge for cause*). In Engeland mag slegs die beskuldigde of sy regsverteenwoordiging beswaar maak sonder die opgawe van 'n rede (*peremptory challenge).* Hulle word 'n maksimum van sewe *peremptory challenges* toegelaat en indien daar meerdere beskuldigdes is, word elkeen individueel sewe kanse toegelaat om beswaar te maak. Daar kan versoek word (deur die aanklaer, die regter of die beskuldigde se regsverteenwoordiging) dat addisionele jurielede gereed gehou word om as deel van die paneel op te tree vir ingeval daar nie meer bestaande jurielede oor is om die juriepaneel volledig te maak nie (met ander woorde, wanneer daar

---

192 Terrill *World Criminal Justice Systems* 35 wys daarop dat "[t]he use of a jury in a criminal trial is determined by statute. People accused of an indictable offense have the right to a jury trial in the Crown Courts, while summary offenses are heard in the magistrates' courts without a jury. Since the number of indictable offenses is rather small compared to the summary offenses, this reduces the use of the jury. Moreover, only one in every 20 defendants that are eligible elect a jury trial."

193 Abraham *Judicial Process* 108.

194 Terrill *World Criminal Justice Systems* 51.

soveel van die bestaande jurielede verwyder is deur die proses van wraking (*challenges)* dat die juriepaneel nie volledig gemaak kan word nie). 'n Addisionele jurielid sal slegs geskik wees om as deel van die juriepaneel op te tree indien daar geen bestaande jurielede meer beskikbaar is nie.

Beide die aanklaer en die beskuldigde se regsverteenwoordiger mag beswaar maak op grond van 'n rede (*challenge for cause).* 'n Beswaar op grond van 'n rede kan wees óf 'n beswaar ten opsigte van die stemming (*challenge to the polls*) óf 'n beswaar ten opsigte van die rangskikking (*challenge to the array*). Daar is twee tipes besware wat geopper kan word ten opsigte van die stemming (*challenge to the polls*), naamlik 'n hoofbeswaar *(principal challenge*) waar die potensiële jurielid ooglopend bevooroordeeld is teenoor die beskuldigde, of 'n beswaar ten opsigte van begunstiging (*challenge for favor/favour*), waar vermoed word dat die jurielid ten gunste van een van die partye sal wees. Alhoewel besware ten opsigte van die rangskikking (*challenges to the array*) selde voorkom, stel dit enigeen van die partye in staat om die wyse waarop die jurie geselekteer is te bevraagteken. Die regter beslis oor die besware-op-grond-van-'n-rede *(cause challenges).*[195] Die beweegrede agter die instelling van die wrakingsproses (*challenges)* is die strewe om 'n onafhanklike jurie saam te stel. Gobert het per geleentheid daarop gewys dat "[a] randomly selected jury is not an end in itself; it is only a means to an end. The end is the empanelling of an impartial jury."[196]

In 'n voorafgaande bespreking is reeds aangedui[197] dat daar 'n verband bestaan tussen 'n verteenwoordigende regbank en die seleksie van regterlike amptenare. Gevolglik is die bespreking ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite[198] van die regbank wat later in hierdie hoofstuk ter sprake kom, ook hier van belang.

---

195 Terrill *World Criminal Justice Systems* 51.

196 Herbert "Racism, Impartiality and Juries" 1995 *New LJ* 1138.

197 Sien die bespreking in afd 3.2 en 3.5.

198 Sien afd 6.3.2.1.1.3.

6.3.2.1.1.2 Diensvoorwaardes

Jurielede se termyn van diens strek vanaf die tydstip dat hulle gekies is vir juriediens totdat hulle uitspraak in die hofsaak gegee het. Daar word van hulle verwag om aandagtig en onbevooroordeeld te luister na al die getuienis, en tesame met die ander jurielede te beslis oor die skuld of onskuld van die beskuldigde – die regter beslis oor regsvrae en vonnisoplegging.

6.3.2.1.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Die bespreking in hierdie afdeling sluit aan by die bespreking hierbo ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare.[199] Die jurie word ewekansig gekies vanaf die kiesersregister. Buiten die persone wat onbevoeg is, of ongeskik is of wat verskoning het om nie juriediens te verrig nie, het alle ander burgers, afgesien van ras en geslag, 'n gelyke kans om gekies te word vir juriediens. Volgens Seriti trek die juriestelsel voortdurend burgers uit die gemeenskap uit, maak hul betrokke by die funksionering van die howe, onderrig hulle kortliks in die werking van die toepaslike strafprosesreg en laat hulle daarna toe om weer terug te keer na hul gewone lewens "generally well satisfied with the community duty which they have undertaken and the functioning of the administration of justice".[200]

6.3.2.1.2 Saaklike onafhanklikheid

Aspekte van die saaklike onafhanklikheid van die regterlike amptenare[201] sal in die volgende afdeling bespreek word met verwysing na die bevoegdhede en verpligtinge van sodanige amptenare.

---

199 Sien afd 6.3.2.1.1.1.

200 Seriti *The Jury System* 29.

201 Vir 'n omskrywing van die saaklike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.2.

6.3.2.1.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Sodra al die getuienis in die hof gelei is en beide partye geleentheid gebied is om hul afsluitingsredes te lewer, kom die regter aan die beurt wat 'n opsomming van die saak vir die jurie maak. Daar is twee verpligtinge onderliggend aan hierdie opsomming: Eerstens, bespreek die regter die spesifieke regsbeginsels en hul toepassing op die saak en die bewyslas wat vereis word om die beskuldigde se skuld te bepaal, en tweedens, som die regter die getuienis op wat deur beide partye voorgelê is.[202] Daar word van die jurie verwag om onpartydig en aandagtig na die saak en hierdie opsomming van die regter te luister.

Na die opsomming van die saak deur die regter, verdaag die jurie om te besluit oor die uitspraak. Die jurie kan terugkeer met 'n algemene, gedeeltelike of spesiale uitspraak *(a general, partial or special verdict)*. 'n Algemene uitspraak dek al die aanklagte in die klagstaat. 'n Gedeeltelike uitspraak dui daarop dat die jurie die beskuldigde skuldig of onskuldig bevind op 'n beperkte basis, byvoorbeeld: Die jurie mag die beskuldigde vryspreek op een aanklag, maar skuldig bevind op 'n ander aanklag; of die jurie mag die beskuldigde onskuldig bevind ten opsigte van die misdaad waarvan hy of sy aangekla is, maar skuldig bevind aan 'n misdaad waarvan hy of sy nie aangekla is nie. 'n Spesiale uitspraak het dikwels te doen met die jurie se uitspraak dat die beskuldigde onskuldig is op grond van kranksinnigheid. Die jurie mag voorts 'n uitspraak lewer wat gebaseer is op 'n eenparige of meerderheidsbesluit. Ingevolge die *Juries Act* van 1974 mag die jurie uitsprake lewer by wyse van meerderheidsbesluit van 10 waar die jurie bestaan uit 11 of 12 lede.[203] Meerderheidsbesluite word slegs aanvaar indien die jurie se beraadslaging ten minste twee ure geduur het (of vir 'n langer tydperk wat die hof ag redelik te wees). Indien die jurie nie in staat is om 'n uitspraak te lewer nie, word die jurie ontbind en die beskuldigde kan weer

---

202 Terrill *World Criminal Justice Systems* 52.

203 Abraham *Judicial Process* 108 wys daarop dat daar vir sewe honderd jaar lank vereis is dat die jurie se uitspraak ten opsigte van skuldig of onskuldig, eenparig moes wees – daar is weggedoen met hierdie vereiste deur die aanvaarding van die *Criminal Justice Act* van 1967 en 1971 ingevolge waarvan juries toegelaat is om skuldig te bevind op grond van 'n stemming wat kan wees 10:2, 10:1 of 9:1.

aangekla word.[204]

Die verdeling van werk tussen die jurie en die regter is soortgelyk aan die posisie in die Verenigde State. Die jurie se taak word beperk tot 'n besluit oor die feite in die saak en die lewer van 'n uitspraak oor die feite (met ander woorde 'n feitebeslissing). Die regter besluit oor die verloop van die verhoor, besluit oor al die regsvrae,[205] lei die jurie en besluit oor vonnisoplegging. Die jurie se beslissing is finaal – daar kan slegs beswaar gemaak word teen die uitspraak indien faktore bewys kan word wat daarop dui dat die beslissing op 'n onbehoorlike wyse geneem is byvoorbeeld indien bewys kan word dat een van die jurielede nie Engels kan verstaan nie of tydens die verhoor besope was.[206]

❑ KORT OPSOMMING

Ten opsigte van die persoonlike onafhanklikheid van die regterlike amptenare, blyk die volgende aspekte van belang te wees:

- Om te kwalifiseer om as jurielid te kan dien, moet 'n persoon tussen 18 en 65 jaar wees, geregtig wees om te kan stem, 'n inwoner van die Verenigde Koninkryk gewees het vir die voorafgaande vyf jaar en *geskik* wees om as jurielid te kan dien. Verskeie kategorieë persone word geag gediskwalifiseerd, ongeskik of verskoon te wees daarvan om juriediens te verrig. Persone kan verder as jurielede verwyder word by wyse van die wrakingsprosedure deur die aanklaer en die verdediging se regsverteenwoordiger.
- Die wyse van seleksie van die twaalf jurielede vind (voor die aanvang van die

---

204 Terrill *World Criminal Justice Systems* 52.

205 Terrill *World Criminal Justice Systems* 52 verduidelik die eersgenoemde twee aspekte soos volg: "The first two items may need further clarification. For example, the judge must rule on all motions raised by both sides during the trial. Following the prosecutor's presentation of the case, the judge must decide if the prosecution has presented sufficient evidence against the accused to warrant a continuance of the trial. The judge has the power to exclude evidence from the case if it was obtained illegally or is deemed inadmissible. Also, if inadmissible evidence is presented, and the judge believes the defendant would not get a fair trial, he may discharge the jury."

206 Seriti *The Jury System* 22.

verhoor en in die hof) soos volg plaas: Sodra 'n jurielid se naam gelees word (en voordat so 'n jurielid ingesweer word) kan so 'n jurielid verwyder word van die paneel deurdat die aanklaer of die verdediging se regsverteenwoordiger die woord "challenge" uiter. Daar is twee tipe besware (*challenges*), naamlik beswaarmaking sonder opgawe van 'n rede (*peremptory challenge*) en beswaarmaking met 'n rede (*challenge for cause*). Slegs die beskuldigde (of sy regsverteenwoordiging) mag hul wend tot beswaarmaking of wraking sonder die gee van 'n rede (*peremptory challenges*) en 'n maksimum van sewe word toegelaat.

- Wat hul diensvoorwaardes betref, blyk dit dat jurielede se termyn van diens strek vanaf die tydstip dat hulle geselekteer is vir juriediens totdat hulle uitspraak in die hofsaak gegee het.
- Wat die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank betref, blyk dit dat die jurie ewekansig gekies word van die kiesersregister af. Buiten die persone wat onbevoeg is, ongeskik is of verskoon word, het alle ander burgers (afgesien van ras of geslag) 'n gelyke kans om gekies te word vir juriediens.

Ten opsigte van die *saaklike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, blyk die volgende:

- Wat hul bevoegdhede en verpligtinge betref, blyk dit daar van die jurie verwag word om onpartydig en aandagtig na die saak en die opsomming van die regter te luister. Die jurie verdaag om te besluit oor die feite in die saak (feite-beslissing); die regter beslis oor die verloop van die verhoor, regsvrae en vonnisoplegging. Die jurie se beslissing is finaal – daar kan slegs beswaar gemaak word teen die uitspraak indien faktore bewys kan word wat daarop dui dat die beslissing op 'n onbehoorlike wyse geneem is (byvoorbeeld dat een van die jurielede nie Engels kan verstaan nie of tydens die verhoor besope was).

6.3.2.2 Die jurie in die Verenigde State van Amerika

Die VSA, waar 'n totaal van ongeveer 3 miljoen jurielede jaarliks dien in sowat 300

000 hofsake in die ongeveer 3 000 federale en staatshowe wat gebruik maak van juries, het oor die algemeen getrou gebly aan die konsep van jurieverhore – alhoewel slegs een uit elke tien sake wat op die hofkalender is, die jurie-stadium bereik. Daar word bereken dat 85% van die wêreld se kriminele jurieverhore hier plaasvind.[207] Die meeste jurieverhore vind plaas op die vlak van federale howe[208] – die hoogste hof het dit reeds lankal duidelik gestel dat 'n verweerder geregtig is op 'n billike verhoor (*fair trial*).[209]

Omdat elkeen van die state hul eie vorm van juriestelsel kan voorskryf, bestaan daar in die praktyk verskeie variasies van juriestelsels. Volgens Abraham is dit op federale vlak oor die algemeen moontlik om afstand te doen van 'n jurie-verhoor, mits die toestemming van beide partye en die regter in 'n siviele aksie verkry is, maar wys daarop dat in geval van strafsake sommige state nie sodanige afstanddoening toelaat nie.[210]

---

207 Abraham *Judicial Process* 109.

208 Abraham *Judicial Process* verduidelik op 109: "Still, 85 percent of the world's criminal jury trials take place here. This is necessarily true at the level of the *federal* courts because of the express requirements of the Sixth and Seventh Amendments to the Constitution. The Sixth ascertains a trial by jury in *all* federal criminal cases; the Seventh does the same for all civil cases in which the value of the Controversy exceeds the sum of $20, which today means in practically every instance. Although all fifty states had also provided for at least *some* type of trial by jury, the specific mandating guarantees of the federal Bill of rights to a trial by jury did not automatically apply to them until the Supreme Court, in 1968, ruled that this procedural right was 'implicit in the concept of ordered liberty'." Dubber *German Lay Judges* 548.

209 "The highest tribunal had long insisted that a defendant in a state proceeding be given a *fair trial*, on pain of a violation of the Fourteenth Amendment's due process of law and/or equal protection of the laws clauses. Among the several state practices affecting juries that had *inter alia* been held thus to constitute an *unfair* trial, are systematic exclusion of blacks from juries and the labeling of black jurors with brown, and white jurors with white, selection tickets." Abraham *Judicial Process* 109. In vn 42 wys hy egter daarop dat: "On the other hand, if non-whites in an assembled jury pool are excluded from jury duty on the basis of the use of intelligence tests administered equitably to all members in the pool, such exclusion is not *ipso facto* a prima facie denial of due process."

210 Kalven en Zeisel *The American Jury* 22-26 het in hulle empiriese studie aangedui dat die afstanddoening van jurieverhore afhang van streek tot streek, en die persentasie van afstanddoenings wissel van 79 persent in Wisconsin tot 3 persent in die distrik van Columbia tot 0 persent in Montana. Die kategorie van misdaad speel ook 'n rol: afstanddoenings kom voor in 70 persent van dwelmmiddel-oortredings teenoor slegs 13 persent in moordsake. Hulle verwys op 23 na die saak van *Patton v United States* 281 US 276 (1930) waar beslis is ten gunste van die reg om afstand te kan doen van jurieverhore in federale sake – hierdie saak het ook gelei tot die siening dat 'n jurieverhoor (in sake op staatsvlak) die privilegie van die beskuldigde is.

'n Ander verskil tussen juries op federale vlak en juries op staatsvlak is die *grootte* van die juries en die vereiste van *eenparigheid.* Daar word van *federale* juries verwag om *eenparige* beslissings te neem in strafsake (en ook siviele sake), maar die gemeenregtelike reël dat juries uit 12 lede moet bestaan is nie meer 'n konstitusionele vereiste ten opsigte van federale siviele sake nie. Op staatsvlak word juries lankal geag nie meer gebonde te wees aan die die federale eenparige-jurie-vereiste nie[211] en juries met minder as twaalf lede word reeds lankal toegelaat.

Vandag laat ongeveer 20 persent van die state uitsprake toe (in strafsake waar die doodstraf nie opgelê kan word nie (*noncapital criminal cases*)) wat gelewer is deur 75 persent van die jurielede op die paneel.[212] Drie-kwart van die state laat jurieverhore toe waar die paneel uit minder as 12 lede[213] bestaan – hierdie gebruik is met ander woorde ook van toepassing op strafverhore.[214] Abraham is van mening dat die vraag wat ter sprake kom by beoordeling van al die verskillende praktyke in die verskillende state, is "the essential one of whether or not the defendant received a fair trial under conditions of due process of law".

---

211 Abraham *Judicial Process* 110 wys daarop dat "...the states had adopted a host of diverse numerical requirements in both civil and criminal cases which repeatedly passed judicial muster. They were again exempted from the rule by two 1972 Court decisions that specifically sanctioned a 10:2 Oregon criminal jury verdict and a 9:3 Louisiana one, with Justice White's opinion for the 5:4 majority holding that, in *noncapital* cases such as these, nonunanimous rulings could equally well serve 'the interests of the defendant in having the judgment of his peers interposed between himself and the officers of the state who prosecute and judge him...'. (But the Court hedged as to the precise cutoff point at which even lower numerical nonunanimity would constitute a denial of due process of law)". Carp en Stidham *Judicial Process in America* 160.

212 Abraham *Judicial Process* 111 dat in die geval van siviele sake laat ongeveer 80 persent van die state uitsprake gelewer deur 75 persent van die jurielede toe.

213 Abraham *Judicial Process* 111 bepeins die 12 lede-beginsel en verduidelik: "Why twelve was initially selected for a jury's composition remains a mystery. However, that number has been mathematically significant ever since the days of the Sumerians, 5000 B.C., and also has religious significance: twelve signs of the Zodiac, twelve tribes of Israel, twelve Christian apostles."

214 Abraham *Judicial Process* 111 vn 55 wys daarop dat "[i]n 1976 the Connecticut Supreme Court upheld the constitutionality of a law reducing the size of Connecticut juries from twelve to six for all criminal cases except murder."

6.3.2.2.1 Persoonlike onafhanklikheid

Die persoonlike onafhanklikheid van die regterlike amptenare[215] word hieronder bespreek met verwysing na hul seleksie (die kwalifikasies en wyse van seleksie), die diensvoorwaardes (indien enige) ingevolge waarvan hulle aangestel is en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.

6.3.2.2.1.1 Seleksie

(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie

Volgens Abraham[216] is die amptelike kwalifikasies vir federale juries, wat soortgelyk is aan dié van die onderskeie state, (1) burgerskap van die VSA – ("aliens are ineligible),[217] (2) bereiking van ten minste die ouderdom van 18 jaar, (3) een jaar se verblyf in die distrik, (4) geen vorige veroordeling strafbaar met gevangenistraf vir meer as een jaar nie, tensy vryskelding of amnestie verkry is, (5) die persoon moet in staat wees om Engels te kan lees, skryf en verstaan, en (6) nie ly aan enige geestelike of fisiese gestremdhede wat effektiewe juriediens sal belemmer nie.

Teoreties gesproke, is enige burger van stemgeregtigde ouderdom dus geskik vir juriediens en mag 'n oproep om juriediens te verrig, ontvang, tensy hy of sy meer as 'n jaar gevangenisstraf in 'n gevangenis uitgedien het op 'n kriminele aanklag en nie

---

215 Vir 'n omskrywing van die persoonlike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

216 *Judicial Process* 112 vn 61. Sien egter ten opsigte van die taalvereiste, Brown "A Challenge to the English-language Requirement of the Juror Qualification Provision of New York's Judiciary Law" 1994 *New York Law School LR* 479.

217 In die uitspraak van *Perkins v Smith* 426 US 913 (1976) het die hof eenparig bevestig dat persone wat nie burgers van die land is nie uitgesluit word van federale en/of juries op staatsvlak.

vrygeskeld is van sodanige misdryf nie.[218] Abraham wys egter daarop dat dit relatief maklik is om juriediens te ontwyk – wat dan ook een van die hoofpunte van kritiek teen die juriestelsel is – wat daarop neerkom dat "entire segments of the body politic are exempt either by permissible judicial rule, by law, or by custom". In die beroepskategorie, wat oor die algemeen vrygestel is in die meerderheid van jurisdiksies in die VSA, val lede van die professies soos regsgeleerdes, gelisensieerde dokters en tandartse (wat te besig is om juriediens te verrig), lede van die weermag (wat dikwels afwesig is van die gemeenskap), amptenare van al drie vertakkinge van die regering (as gevolg van 'n moontlike botsing van belange), polisie-offisiere en brandweermanne (wat vanweë hulle beroep onmisbaar is), predikante en onderwysers (noodsaaklike beroep). Ander besige werknemers kan verskoon word van juriediens deur beëdigde verklarings van hul werkgewers in te dien tot die effek dat hulle onmisbaar is by die werk. Ander persone soos 'n moeder met 'n klein babatjie of met 'n groot gesin bestaande uit klein kinders hoef normaalweg niks meer te doen as om net 'n brief aan die betrokke hof te skryf[219] om deur die regter verskoon te word van juriediens nie.[220] Die *US Supreme Court* het in 1975 8:1 beslis dat vrouens as 'n kategorie nie meer uitgesluit kan word of 'n outomatiese vryskelding van juriediens gegee kan word uitsluitlik gebaseer op grond van geslag nie indien dit tot gevolg het dat juriepanele in strafsake beperk gaan wees tot feitlik uitsluitlik manlike jurielede nie.[221]

---

218 Abraham *Judicial Process* 112-113 verduidelik ten opsigte van laasgenoemde bepaling: "This limiting proviso is statutorily applicable only to the federal government, but most of the fifty states now have the same, or at least a similar, requirement."

219 Versuim om skriftelik te versoek om vrygeskeld te word, kan lei tot 'n aanklag van minagting van die hof – Abraham *Judicial Process* 113.

220 Abraham wys op reëls aanvaar vir vryskelding van juriediens in Manhattan: "Under new rules adopted following the enactment of the 1968 statute, the U.S. District Court for the Southern District of New York (Manhattan) now excuses the following *on written request*: lawyers; persons over 70; actively engaged ministers and members of religious orders; women with children under ten; practicing physicians, dentists, and registered nurses; persons who have served on juries thirty days in the preceding two years; sole proprietors of businesses who have no help; teachers, supervisors, or administrators of schools; and anyone living more than fifty miles from the Foley Square Court House." – *Judicial Process* 113 vn 63.

221 *Hoyt v Florida* 368 US 57 (1975). Abraham *Judicial Process* 113. Sien ook *Taylor v Louisiana* 419 US 522 (1975).

Indien geeneen van bogenoemde redes vir die hof aanvaarbaar is as 'n *bona fide* verskoning nie, kan 'n onverantwoordelike burger nog steeds juriediens ontduik deur te bieg dat hy of sy skuldig is aan een van die geldige diskwalifiserende faktore wat van toepassing is by die samestelling van juriepanele. Sien die bespreking ten opsigte van die beswaarmakingsprosedure, oftewel wrakingsprosedure, wat in die volgende afdeling ten opsigte van die wyse van seleksie van jurelede bespreek word. Dit blyk dat die voorgeskrewe aantal geleenthede tot beswaarmaking (*challenges*) in twee kategorieë ingedeel kan word, naamlik besware met die opgawe van 'n geldige rede (*challenges for cause*) en besware sonder die opgawe van 'n geldige rede (*peremptory challenges*).

(b) Wyse van seleksie

Sedert die inwerkingtreding van die *Jury Selection and Service Act of 1968* word jurielede[222] in die VSA gekies by wyse van lotery[223] deur gebruik te maak van die "voter registration lists or the lists of actual voters" deur die jurie-klerk wat hierdie name gebruik om 'n juriepaneel of *venire* saam te stel.[224] Hierdie aanneming van hierdie statuut, wat lank reeds aangevra is deur beide openbare en private partye, was die logiese gevolg nadat 'n federale hof van appèl beslis het dat daar inbreuk gemaak is op 'n beskuldigde se regte omdat sy jurie nie geselekteer was uit *a cross section of the community*[225] nie, maar ingevolge die sogenaamde *key man system*.[226] Abraham

---

222 Volgens Abraham *Judicial Process* 111 sluit dit in "federal grand and petit juries".

223 Abraham *Judicial Process* 111 vn 58 verduidelik dat die betrokke wetgewing (28 U.S.C. 1861) vereis dat die lotery geskied by wyse van 'n "master jury wheel (or a device similar in purpose and function". Volgens die breë uitgangspunt vervat in die wetgewing, is dit die beleid van die Verenigde State dat alle litigante in federale howe wat geregtig is op verhoor deur 'n jurie, verder geregtig daarop sal wees dat *grand* en *petit juries* op lukrake wyse (*at random*) geselekteer sal word van 'n redelike deursnit van die gemeenskap (*from a fair cross section of the community*) in die distrik of afdeling waar die hof sal sit.

224 Tov die seleksie van jurielede, sien ook Carp en Stidham *Judicial Process* 160-162; Ferdico *Criminal Process* 38-39; Hans en Vidmar *Judging the Jury* 79 ev.

225 Tov hierdie vereiste, sien in die algemeen Zuklie "Rethinking the Fair Cross-Section Requirement" 1996 *California LR* 101; Goldberg "Caution: No Exemptions" 1996 *American Bar Association Journal* 64 ev; King en Munsterman "Stratified Juror Selection: Cross-Section by Design" 1996 *Judicature* 273; Alschuler "Racial Quotas and the Jury" 1995 *Duke LJ* 704. Ramirez "The Mixed Jury and the Ancient Custom of Trial by Jury *De Medietate Linguae*: A

verduidelik verder ten opsigte van hierdie *cross section of the community*-vereiste:

> "The cross-section mandate requirement was buttressed with the enactment of the Jury Selection and Service Act of 1975. But neither by law nor by the terms of the Constitution does a jury need to be a microcosm of the larger community. Systematic exclusion is forbidden, but proportional representation is not required."[227]

Met die koms van outomatisasie het elektroniese data-verwerkingstelsels die taak van jurie-klerke (wat voorheen name van persone wat juriediens moet verrig per hand uit glasbottels of houtdromme getrek het) toenemend oorgeneem sodat die proses om jurielede te selekteer deesdae ongeveer twintig minute neem wat voorheen twee dae geduur het.

Soos reeds vermeld in die voorafgaande afdeling, indien geeneen van die gemelde redes (sien afdeling (a) hierbo) vir die hof aanvaarbaar is as 'n *bona fide* verskoning nie, kan 'n onverantwoordelike burger nog steeds juriediens ontduik deur te bieg dat

---

History and a Proposal for Change" 1994 *Boston University LR* 777 stel voor dat daadwerklike stappe geneem word om juries so saam te stel dat dit verteenwoordigend is van alle rasse en minderheidsgroepe. In hierdie verband, sien ook Ramirez "A Brief Historical Overview of the Use of the Mixed Jury" 1994 *American Criminal LR* 1213; Detre "A Proposal for Measuring Underrepresentation in the Composition of the Jury Wheel" 1994 *The Yale LJ* 1913.

226 Volgens Abraham *Judicial Process* 112 is die *key man system* wydverspreid gebruik tot 1968 op beide die federale en staatsvlak, en word in laasgenoemde geval nog steeds in sommige jurisdiksies aangetref, maar is stelselmatig besig om in onbruik te verval. Ingevolge hierdie stelsel "...the jury clerk asks 'upstanding' citizens of the community to submit names of individuals whom *they* believe to be potentially qualified jurors, with the panel ultimately being selected by the clerk from these lists. A time-honored practice, it nonetheless lends itself to the possibility of considerable mischief as well as being unrepresentative, and the day may be close when the states too will either abandon it voluntarily or do so as a result of court 'due process' requirements."

227 Sien ook Carp en Stidham *Judicial Process in America* wat op 158 verduidelik wat die begrippe "impartial jury of one's peers" en "cross-section of the community" in die praktyk beteken: "What the concept 'impartial jury of one's peers' has come to mean in practice is that jurors are to be selected randomly from the voter registration lists – supplemented in an increasing number of jurisdictions by lists based on automobile registrations, driver's licenses, telephone books, welfare rolls, and so on. Although this does not provide a perfect cross-section of the community, since not all persons are registered to vote, the Supreme Court has said that this method is good enough. The high Court has also ruled that no class of persons (such as blacks or women) may be systematically excluded from jury service. This does not mean that a black defendant, for example, has a right to have other persons of the same racial background on a jury; it means only that no racial category may be intentionally kept from jury service." Sien in hierdie verband ook Coke 1994 "Lady Justice May Be Blind, But Is She A Soul Sister? Race-Neutrality and the Ideal of Representative Juries" 1994 *New York University LR* 327.

hy of sy skuldig is aan een van die geldige diskwalifiserende faktore wat van toepassing is by die samestelling van juriepanele. Gemelde redes sluit in 'n erkenning van vooroordeel ten gunste van of teen een van die partye, 'n bekentenis dat die potensiële jurielid bekend is met enigeen van die partye tot die geding, 'n bewering van simpatie met of teenkanting teen een van die belangrike lewensfilosofieë wat ter sprake kom in die saak, ensovoorts.[228] Jurielede kan natuurlik van die paneel verwyder word op grond van bogenoemde redes of 'n hele klomp ander redes by wyse van die wrakingsprosedure (bekend as *challenges* wat as deel van die hofprosedure toegestaan word aan beide die vervolging en die verdediging).[229] Federale regters in die VSA het die bevoegdheid om alle jurie-kwalifiserings-ondervragings te onderneem en dit is ook die geval in omtrent die helfte van die state, alhoewel die regters hierdie bevoegdheid mag, en gewoonlik inderdaad ook deel met die verhoorprokureurs *(trial attorneys*). In die ander helfte van die state, beheer laasgenoemde die prosedure.

Tydens die *voir dire*-vlak van jurieseleksie het die staat en die verdediging twee doelwitte voor oë. Die eerste doelwit is om alle lede van die juriepaneel te verwyder wat 'n ooglopende rede het waarom hulle nie 'n onpartydige beslissing in 'n saak sal gee nie, byvoorbeeld iemand wat van regsweë nie op 'n jurie mag dien nie, 'n jurielid wat 'n vriend of familielid van enigeen van die partye is of iemand wat erken sterk bevooroordeeld te voel ten opsigte van die betrokke saak. Besware in hierdie kategorie staan bekend as *challenges for cause*. Die beswaarmaker moet met ander woorde 'n *bona fide*-rede verskaf vir sy of haar versoek vir diskwalifikasie van die persoon en die rede moet genoegsaam verband hou met die substantiewe of

---

228 Abraham *Judicial Process* 114. In *Witherspoon v Illinois* 391 US 510 (1968) het die hof egter 6:3 beslis dat persone wat oor die algemeen gewetensbesware het teen die doodstraf nie meer outomaties verskoon kan word in geval van moordverhore nie. Abraham verduidelik dat die gevolg hiervan was dat "no death sentence could stand if it had been propounded by a jury purged of all persons who said they opposed the death penalty or had conscientious scruples against it – absent a juror's expression of views that would 'prevent or substantially impair the performance of his duties as a juror in accordance with his instructions or oath'." In *Lockhart v McGee* 474 US 816 (1986) het die hof 6:3 beslis dat "committed" teenstanders van die doodstraf inderdaad op grond van 'n rede ("for cause") uitgesluit mag word van juriediens in moordverhore, afgesien daarvan of dit die moontlikheid van 'n skuldigbevinding kan vergroot.

229 Hierdie beswaarmakingsprosedure word ook toegepas in Engeland en in Frankryk, alhoewel dit geskied op 'n baie meer beperkte skaal as in die VSA.

prosessuele aspekte van die saak om aanvaarbaar te wees vir die hof.[230] Daar is geen beperking op die hoeveelheid besware op grond van 'n rede (*challenges for cause*) nie, maar Abraham[231] wys daarop dat "there is emphatically no constitutional or legal right to an all-black or all-white or all-male or all-female jury". Die regter besluit oor die geldigheid, al dan nie, van hierdie besware.

Die tweede doelwit is om diegene te verwyder wat hulle meen ongunstig sal wees vir hulle saak selfs al is daar geen voor-die-hand-liggende rede vir potensiële vooroordeel nie. Dit word gedoen by wyse van besware bekend as *peremptory challenges* – versoeke aan die hof om potensiële jurielede te verwyder sonder dat enige rede gegee hoef te word.[232] Dit is in die meeste state gebruiklik om aan die verdediging meer geleenthede te gee tot beswaarmaking sonder die opgawe van 'n rede (*peremptory challenges*) as aan die vervolging, maar dit is nie altyd die geval nie. Op federale vlak word een tot drie geleenthede tot beswaarmaking (*challenges)* per jurielid aan elke kant toegestaan, afhangend van die aard van die oortreding; tot soveel as twintig word toegelaat in moordverhore.[233] Die gebruik van die wrakings-prosedure (*peremptory challenges*) is 'n fyn kuns en is gewoonlik gebaseer op die voorgevoel van die regsverteenwoordigers.[234]

Op federale vlak was daar verskeie sake met uiteenlopende uitsprake waar die

---

230 Wright "Challenges for Cause Due to Bias or Prejudice: The Blind Leading the Blind Down the Road of Disqualification" 1994 *Baylor LR* 825.

231 *Judicial Process* 116.

232 In *Swain v Alabama* 380 US 202 (1965) het die *Supreme Court* op 220 bevestig dat die *peremptory challenge* is van so 'n aard "that it is one exercised without a reason stated, without enquiry, and without being subject to the court's control".

233 Abraham *Judicial Process* 116 wys op 'n paar interessante gevalle waar die aantal *peremptory challenges* wat toegestaan is, aansienlik gewissel het.

234 Vir 'n bespreking van die beswaarmakingsprosedures, sien Carp en Stidham *Judicial Process in America* 161; Abraham *Judicial Process* 114; Hans en Vidmar *Judging the Jury* 63 ev; Ferdico *Criminal Procedure* 38-39. Sien in die algemeen Ahlen "Voir Dire: What Can I Ask and What Can I Say?" 1996 *North Dakota LR* 631; Marder "Beyond Gender: Peremptory Challenges and the Roles of the Jury" 1995 *Texas LR* 1041; O'Connor, Connolly ea "Pre-Voir Dire Instruction of the Jury Pool: A Natural Experiment" 1994 *Criminal Law Bulletin* 518; Lilley "Techniques for Targeting Juror Bias" 1994 *Trial* 74.

wrakingsprosedure sonder die opgawe van 'n rede (*peremptory challenges*) gebruik is om persone van 'n bepaalde ras as 'n groep uit te sluit van die juriepaneel. In 1986 in die saak van *Batson v Kentucky*[235] het die hof beslis dat die uitsluiting van persone van 'n bepaalde ras by wyse van *peremptory challenge* ongrondwetlik is. Hierna was daar 'n paar uitsprake wat ietwat onduidelik is ten opsigte van hierdie aspek,[236] maar in 1992 is die beginsel wat neergelê is in *Batson v Kentucky* bevestig ten opsigte van beskuldigdes in strafsake.[237] Op staatsvlak het die appèlhowe al ongeveer 'n dekade van tevore beslis teen die vervolging se gebruik van beswaarmaking sonder 'n rede (*peremptory challenges)* om op 'n arbitrêre wyse al die lede van 'n rassegroep of ander identifiseerbare klas uit te sluit van die juriepaneel. Wat normaalweg binne die hof se beheer is, is die hoeveelheid geleenthede tot beswaarmaking sonder die opgawe van 'n rede (*peremptory challenges)* wat toegestaan word – tensy dit statutêr vasgestel is, soos wat dikwels die geval is.

Die beswaarmakingsprosedure (oftewel die wrakingsprosedure) wat gereguleer word deur die betrokke hof vertraag dikwels die samestelling van die juriepaneel vir dae,

---

235 476 US 79 (1986). Die hof, by monde van regter White, beslis dat die "...equal protection clause forbids the prosecutor to challenge potential jurors solely on account of their race on the assumption that black jurors as a group will be unable impartially to consider the state's case against a black defendant". Sien in hierdie verband Breck "Peremptory Strikes After *Batson v Kentucky*" 1988 *Journal of The American Bar Association* 54.

236 In *Holland v Illinois* 58 LW 4162 (1990) het die hof egter 5:4 bevind dat die *Sixth Amendment* vereis "not a representative jury, but an impartial jury" en gevolglik het die hof die vervolging se vesoek by wyse van *peremptory challenges* toegelaat om die enigste twee potensiële jurielede wat Swart was van die juriepaneel te verwyder.

237 *Georgia v McCollum* 60 LW 4574 (1992). Carp en Stidham *Judicial Process in America* 161. Vir verdere bespreking van hierdie aspek, sien Frasher "Fulfilling *Batson* and its Progeny: A Proposed Amendment to Rule 24 of the Federal Rules of Criminal Procedure to Attain a More Race- and Gender-Neutral Jury Selection Process" 1995 *Iowa LR* 1327; DiPrima "Selecting A Jury in Federal Criminal Trials after *Batson* and *McCollum*" 1995 *Columbia LR* 888; Morehead "When A Peremptory Challenge Is No Longer Peremptory: *Batson's* Unfortunate Failure to Eradicate Invidious Discrimination from Jury Selection" 1994 *De Paul LR* 625; Meyer "A New Peremptory Inclusion to Increase Representativeness and Impartiality in Jury Selection" 1994 *Case Western Reserve LR* 251; Brand "The Supreme Court, Equal Protection and Jury Selection: Denying that Race Still Matters" 1994 *Wisconsin LR* 511; Hagburg "Constitutional Law – Juries: Gender Based Peremptory Challenges Violate the United States Constitution's Fourteenth Amendment Equal Protection Guarantee" 1994 *North Dakota LR* 657; Carlson "*Batson, J.E.B.*, and Beyond: The Paradoxal Quest for Reasoned Peremptory Strikes in the Jury Selection Process" 1994 *Baylor LR* 947.

soms selfs vir weke. Abraham[238] kom tot die gevolgtrekking:

> "It is not astonishing therefore, that jury selection has become not only an art but a game, albeit a grim one – one that often takes longer than the trial itself – in which defense and prosecution frequently go to extreme lengths to jockey for a jury panel favorable to their side. Thus, in 1972 defense attorneys employed psychologists and handwriting analysts to help select the Angela Davis jury which acquitted her. A team of social scientists went to Harrisburg, Pennsylvania, three months prior to the 1973 trial of Father Philip Berrigan – accused of plotting to raid draft boards, blow up heating tunnels in Washington, D.C., and kidnap Dr. Henry A. Kissinger – to help the defense in its efforts to get a 'sympathetic' jury impaneled from the final venire of forty-six prospective jurors. Their suggested 'ideal' was 'a female Democrat with no religious preference and a white collar or skilled blue collar job'."

Dit het ook al gebeur dat potensiële jurielede verwyder word "for possible prejudice" omdat hulle "politically interested" en "better educated" was. Abraham wys daarop dat sodanige optrede "is neither uncommon nor illegal" en hy verwys na Daniel Schorr (wat per geleentheid kommentaar uitgespreek het oor die stelsel van jurieseleksie) dat "[j]ury service has tended to become an activity for those whose regular activities are not valued by society". Hy verwys ook na die mening van *US District Court Judge* Goettel[239] wat daarop wys dat "[t]he choice is being narrowed to those who don't read much, don't talk much, and don't know much".[240]

Die beweegrede agter die reëls van jurieseleksie is derhalwe om die staat en die beskuldigde te beskerm teen 'n persoon wat bevooroordeeld is en wat op die juriepaneel dien tydens die verhoor van die saak.[241]

Soos reeds vantevore verduidelik,[242] sluit die aspek van 'n verteenwoordigende

---

238 Abraham *Judicial Process* 117-118 noem 'n hele paar interessante gevalle van hoe die juriepaneel saamgestel is om te voldoen aan die sogenaamde "ideale" jurie.

239 Regter Goettel was die voorsittende beampte tydens die moeilike samestelling van die *Reverend* Sun Myung Moon belastingsontduikingsaak in 1982 – Abraham *Judicial Process* 118.

240 Jurieseleksie in Engeland geskied sonder die ondervraging van potensiële jurielede en vind gevolglik vinniger plaas – Abraham *Judicial Process* 118-119.

241 Ferdico *Criminal Procedure* 38.

242 Sien die bespreking in afd 3.2 en 3.5.

regbank nou aan by die bespreking ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare. Die bespreking ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite[243] van die regbank wat later in hierdie hoofstuk bespreek word, is dus ook hier van belang.

6.3.2.2.1.2 Diensvoorwaardes

Die jurielede moet vir die duur van die verhoor onpartydig na die getuienis luister en aan die einde van die saak saam met die amder lede van die jurie beslis oor die feite van die saak. Hul diens word beëindig nadat die hof uitspraak gelewer het. Jurielede word nie besoldig vir hulle diens nie, maar ontvang 'n statutêr voorgeskrewe dagtoelaag en reiskoste (wat bereken word as 'n bedrag per mylafstand van die hof). Daar is egter kritici wat meen dat jurielede "generally inadequately" vergoed word.[244]

6.3.2.2.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Die bespreking in hierdie afdeling sluit aan by die bespreking hierbo ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare.[245] Soos reeds hierbo vermeld is, word daar oor die algemeen vereis dat die jurie saamgestel moet word uit 'n *cross-section of the community*, maar die klem val steeds op 'n *onpartydige* jurie[246] – met ander woorde, daar word nie vereis dat die jurie se samestelling persentasiegewys 'n getroue refleksie moet wees van die samestelling van die bevolking wat betref ras en geslag nie.

---

243 Sien afd 6.3.2.2.3.

244 Abraham *Judicial Process* 121 wys daarop dat "[i]n 1991 the juror's fee on the federal level was $40 daily and 25¢ a mile. (If the trial lasts longer than thirty days, the trial judge may authorize an increase to $50 daily.) In 1974, U.S. Senator Gaylord Nelson (D.-Wisc.) unsuccessfully proposed that federal jurors' pay be raised to the equivalent of their 'on-the-job' income...One year later he introduced legislation to pay federal jurors as much as $100.00 per day 'to offset hardship.'...Senator Nelson, undaunted, tried again in 1977-78, once more *sans* success. In 1981 jury fees at the state level ranged from $45 a day in Kewannee County, Wisconsin, to $5 for civil cases in San Fransisco...".

245 Sien afd 6.2.1.1.1.

246 Carp en Stidham *Judicial Process in America* 158; Hans en Vidmar *Judging the Jury* 47 ev. Sien die bespreking ten opsigte van *cross-section of the community* in afd 6.3.2.2.1.1(b).

6.3.2.2.2 Saaklike onafhanklikheid

In die afdeling wat hierop volg sal die saaklike onafhanklikheid van die regterlike amptenare[247] bespreek word aan die hand van hul bevoegdhede en verpligtinge.

6.3.2.2.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

'n Verhoorjurie (wat altyd een of meer addisionele jurielede bevat ingeval een van die bestaande jurielede siek word) sit *en banc* tydens die duur van die verhoor, ongeag hoe lank die saak duur. Dit word geag dat elkeen van die jurielede aandagtig, onpartydig en met 'n oop gemoed na beide kante van die saak luister en dan bloot op grond van die getuienis voorgelê tot 'n beslissing kom.[248] Die jurie mag nie die saak met enigiemand anders bespreek nie "no matter how near or dear" en, teoreties gesproke, word hulle verbied om enige media of kommunikasie wat moontlik betrekking mag hê op die saak te lees, te sien of te hoor. Die meeste regters verbied enige toevlug tot die media gedurende die verloop van die verhoor.[249] Tot redelik onlangs was jurielede verbied om nota's te neem, omdat daar van hulle verwag is om te "register the evidence as it is given, on the tablets of (their) memory and not otherwise".[250] Teen 1988 het ongeveer 22 state wetgewing of *Supreme Court* reëls gehad wat jurienota's toegelaat het binne die regter se diskresie.[251] Wanneer die voorsittende beampte sy opdrag aan die jurie gegee het aan die einde van die

---

247 Vir 'n omskrywing van die saaklike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.2.

248 Carp en Stidham *Judicial Process* 166-167.

249 Abraham *Judicial Process* 121 verduidelik: "The latter requirement may well be an illusionary one: there is every reason to believe that, regardless of a juror's conscientiousness and dedication, few public-spirited individuals would in fact literally deny themselves the news of the day. However, if either side in the litigation succeeds in presenting incontrovertible proof of such an aberration, it may move for a mistrial or even a directed verdict of acquittal."

250 Abraham *Judicial Process* 121 vn 98 verwys na 'n aantal uitsonderingsgevalle waar die neem van nota's wel toelaatbaar was. Carp en Stidham *Judicial Process* 166. Strier *Reconstructing Justice: An Agenda for Trial Reform* 119 ev.

251 Carp en Stidham *Judicial Process in America* 167; Curriden "Jury Reform" 1995 *American Bar Association* 72; Heuer en Penrod "Juror Notetaking and Question Asking During Trials" 1994 *Law and Human Behavior* 121.

verhoor, verdaag die jurie om te beraadslaag totdat 'n beslissing[252] geneem is.[253] Abraham[254]omskryf die inhoud van die regter se opdrag soos volg:

> "In brief, the judge's charge to the jurors, which is almost always necessarily complicated, sums up the case, pinpoints the chief issues involved, and concludes with the admonition that the jury must bring in a verdict of 'guilty' or 'not guilty' – addressing itself to each of the charges and/or counts at issue and, if a choice is permissible under law in homicide cases, determining the degree of punishment. Any verdict of 'guilty' must have taken into account the absence of *reasonable doubt*, often a very difficult open-ended problem. There are no in-between stages of a verdict, although in some instances, in several of the fifty American states, juries are empowered to mitigate their judgment of guilt in homicide cases by a recommendation of mercy, which is normally binding on the judge."[255]

---

252 Abraham *Judicial Process* 125 wys daarop dat "[i]n *civil* cases, but generally less commonly in *criminal* cases since only a few states permit it, a judge may reverse the jury's verdict."

253 Abraham *Judicial Process* 122 voeg by "which, according to the findings of a host of knowledgeable students of the jury system, they may well have decided *prior* to their deliberations!" Carp en Stidham *Judicial Process in America* 169 wys daarop dat "most juries dealing with criminal cases make their decisions fairly quickly. Almost all juries take a vote soon after they retire to their chambers ('just a nonbinding straw vote to see where we are'). In 30 percent of the cases it takes only one vote to reach a unanimous decision ... In 90 percent of the remainder, the majority on the first ballot eventually wins out. Hung juries – those in which *no* verdict can be reached – tend to occur only when a large minority existed on the first ballot." Sien in die algemeen Hans en Vidmar *Judging the Jury* 97 ev. Op 112 verduidelik hulle dat "jurors often make up their minds during the trial, and that usually the majority prevails. Some have compared the deliberation to the development of exposed film: 'It brings out the picture, but the outcome is pre-determined'."

254 *Judicial Process* 124. Op 123 verduidelik hy ten opsigte van die aard van die regter se opdrag: "One of the highlights of a trial in the pertinent federal and state courts of the United States, and a crucial point in its evolvement, is the presiding judge's *charge* to the trial jury on completion of testimony, arguments, and motions by all concerned. It comes after the summations by the prosecution and the defense, the latter customarily speaking last. Much thought goes, or should go, into this charge, which is intended as an exposition of the law and is delivered orally in most, although not all, cases. The judge must take great care to ascertain that its contents are clear, to the point, comprehensive, and illuminating and they pose readily discernible alternatives to the jury panelists, who may well ask for further instructions on details. But as a rule the jury may not take copies of the charge to the jury deliberation room, nor may they taperecord it. No wonder that jury comprehension remains generally low." In vn 106 wys hy egter daarop dat daar wel uitsonderings is op die geen-nota's-reël: "There are exceptions, such as Iowa State courts, where juries are permitted to take written instructions to the deliberation room. Oregon statutorily permits the judge in his discretion to deliver his intructions orally and then send an exact copy to the jury." Ferdico *Criminal Procedure* 42.

255 Ten opsigte van die regter se opdrag aan die jurie, sien ook Carp en Stidham *Judicial Process* 167-169; Ferdico *Criminal Procedure* 42.

Carp en Stidham[256] verduidelik:

> "Although the jury's job is to weigh and assess the facts of the case, it is the judge who must instruct the jurors about the meaning of the law and how the law is to be applied."

Enige skuldigbevinding in strafsake moet gebaseer wees op afwesigheid van *reasonable doubt* by die jurielede.[257] Indien dit begin aand word en die beraadslagingsproses[258] is nog nie voltooi nie, word die jurie toegesluit (*sequestered*) in 'n nabygeleë hotel om sy werk die volgende dag of dae voort te sit.[259] Indien die jurie, na 'n redelike tydperk en na verskeie onsuksesvolle stemmings, nie in staat is om 'n beslissing van skuldig of onskuldig te lewer nie, sal die regter dit as 'n *hung jury* verklaar, die jurie ontbind en die saak terugplaas op die hofregister vir 'n verhoor *de novo* voor 'n ander regter en jurie.[260] Abraham wys daarop dat die regters normaalweg "will battle hard to avoid a deadlock", aangesien *hung juries* die afhandeling van 'n saak aansienlik kan vertraag.

Op federale vlak moet twaalf jurielede 'n eenparige beslissing gee. Op staatsvlak is sulke vereistes slegs van toepassing op die ernstigste misdade. In baie state mag juries uit minder as twaalf persone bestaan en uitsprake gee wat nie noodwendig as eenparig beskou kan word nie: dit is aanvaarbaar indien die uitslag van die stemming

---

256 *Judicial Process in America* 167-168. Sien ook Strier *Reconstructing Justice* 124; Cohen "The Reasonable Doubt Jury Instruction: Giving Meaning to a Critical Concept" 1995 *American Journal of Criminal Law* 677; Hagerty "Instructing the Jury? Watch Your Language!" 1994 *North Dakota LR* 1007.

257 Abraham *Judicial Process* 124; Hemmens, Del Carmen ea "Reasonable Doubt Over "Reasonable Doubt" in Texas" 1996 *Texas BJ* 130.

258 Ten opsigte van die beraadslagingsproses en beslissing, sien ook Carp en Stidham *Judicial Process in America* 169.

259 Carp en Stidham *Judicial Process in America* 169. Abraham *Judicial Process* 122 voeg by: "According to the results of research on jury deliberations conducted by one expert, 50 percent of the average jury's deliberation time is spent exchanging 'personal experiences,' 25 percent on 'procedural matters,' 15 percent on viewing facts, and exactly 8 percent on discussing the judge's instruction."

260 Abraham *Judicial Process* 122; Ferdico *Criminal Procedure* 42.

lui elf teen een, tien teen twee of vyf teen een.[261]

In sommige gevalle, alhoewel dit nie algemeen is in strafsake nie, omdat die onderskeie state se wetgewing dit nie toelaat nie, kan die regter die jurie se uitspraak negeer en sy eie uitspraak gee (*reverse*). Abraham[262] verduidelik dat dit in die volgende gevalle kan gebeur: nalatigheidsake waar die jurie bedrae toestaan wat uitermate groot is; dit kan ook gebeur dat die hof die beslissing kan verwerp waar die juriebedrae te laag is, maar dit gebeur nie so dikwels nie; regters mag verder 'n beslissing verwerp indien dit ooglopend gebaseer is op 'n misvatting van die reg in die saak; 'n regter mag ook die saak uit die jurie se hande neem indien dit duidelik is dat daar slegs regsvrae en geen feitevrae in die saak betrokke is nie.[263]

In die bespreking wat hierop volg sal kortliks onderskei word tussen die algemene of allesomvattende beslissing (*general or overall verdict)* en die spesiale of feitebeslissing (*special or fact verdict*) wat die juries kan lewer. Op die basis van die ietwat twyfelagtige aanname dat die jurie die regter se opdrag ten opsigte van die toepaslike substantiewe regsreëls ten volle verstaan het,[264] word daar normaalweg van die jurie verwag om 'n algemene of allesomvattende beslissing (*general or overall verdict)* ten gunste van die een of die ander party te gee. Teoreties gesproke, soos reeds hierbo verduidelik, word hierdie juriebeslissing gebaseer op die feite van die saak waar die regter self alreeds die regsreëls vasgestel het, alhoewel dit nie altyd moontlik is om die feite en die reg duidelik te onderskei nie. Abraham[265] wys daarop dat die *US Supreme Court* herhaaldelik geweier het om toe te laat dat juries ingevolge sekere

---

261 Carp en Stidham *Judicial Process in America* 160.

262 Sien *Judicial Process* 125-127 vir voorbeelde waar regters beslissings van die jurie verwerp het.

263 Abraham *Judicial Process* 126 wys ook daarop: "And among the myriad of reasons why a judge may order a *retrial* is the finding of a clear case of basic confusion among the jurors – one that obviously affected the verdict in such a fashion that there is grave doubt in the mind of the presiding judge that the jury has fulfilled its part in seeing justice is done."

264 Hans en Vidmar *Judging the Jury* 124.

265 *Judicial Process* 127. Sien ook *Giles v Maryland* 372 US 767 (1962).

statutêre bepalings alleen besluit oor beide die reg en die feite. Abraham[266] se standpuntopinie ten opsigte van hierdie tipe beslissings blyk duidelik uit die volgende:

> "In practice, however, the general verdict permits the jury to do what it pleases: it gives no details, simply reports its decision, and no one either really knows or may safely predict just what facts a jury found from the evidence. Judge Jerome Frank, a life-long and severe critic of the jury system as a fact-finding institution, viewed the judge's charges as little more than an elaborate ceremonial routine, and he argued that of all the possible ways that could be devised to arrive at the falsity or truth of testimony, '*none could be conceived that would be more ineffective than trial by jury*'."

Baie kritici het al voorgestel dat die spesiale of feitebeslissing *(special or fact verdict)*, wat al vir eeue in England gebruik word en wat weer bevestig is deur die *Courts Act* van 1971, ingevolge waarvan die jurie versoek word om 'n spesifieke feitevraag te beantwoord, 'n baie meer bevredigende metode is om tot 'n beslissing te kom en meer regverdig is vir almal betrokke daarby.[267] By die spesiale-beslissing-prosedure vra die verhoorregter die jurie om sy bevindings bekend te maak ten opsigte van bepaalde feitekwessies wat gedurende die verloop van die verhoor geopper is, feite wat 'n jurie in staat behoort te wees om te oorweeg en oor te beslis met 'n sekere mate van akkuraatheid. Die regter pas dan die betrokke regsreël toe op die feite wat die jurie bevind teenwoordig te wees.[268]

Om terug te keer na die jurie in Amerika, indien die jurie die opdrag van die regter verstaan, is dit geen waarborg dat die jurie die reg sal toepas op die feite in ooreenstemming met die regter se opdrag om tot 'n beslissing te kom nie. Die jurie ignoreer soms doelbewus regsreëls om 'n onregverdige resultaat te vermy. Dit staan

---

266 *Judicial Process* 127.

267 Abraham *Judicial Process* 127.

268 Abraham *Judicial Process* 127 voeg by: "It has been frequently and thoughtfully suggested that a jury's ability to find appropriate facts would be enormously enhanced were it permitted to submit written interrogatories to witnesses during the course of a trial (through the presiding judge). In effect, some judges have begun to experiment with such procedures in complex cases."

bekend as *jury nullification*.[269]

❑ KORT OPSOMMING

Ten opsigte van die *persoonlike onafhanklikheid* van die regbank, blyk die volgende:

- Die kwalifikasies vereis vir seleksie as regsprekende amptenaar ten opsigte van federale juries (wat soortgelyk is aan dié van die onderskeie state) is soos volg: (1) burgerskap van die VSA, (2) bereiking van 18 jaar, (3) een jaar se verblyf in die distrik, (4) geen vorige veroordeling strafbaar met gevangenistraf vir meer as een jaar nie, tensy vryskelding of amnestie verkry is, (5) die persoon moet Engels magtig wees, en (6) geen geestelike of fisiese gestremdhede hê wat effektiewe juriediens sal belemmer nie. Persone wat val in bepaalde beroepskategorieë, word uitgesluit van juriediens.
- Die wyse van seleksie van jurielede geskied by wyse van lotery deur gebruik te maak van die "voter registration lists or the lists of actual voters" deur die jurie-klerk wat hierdie name gebruik om 'n juriepaneel of *venire* saam te stel. Daar word vereis dat die jurie geselekteer word uit "a cross section" van die gemeenskap (en nie ingevolge die sogenaamde *key man system* nie) – in perspektief gestel, beteken dit: "neither by law nor by the terms of the Constitution does a jury need to be a microcosm of the larger community. Systematic exclusion is forbidden, but proportional representation is not required." Indien 'n persoon nie val in een van die uitsluitingskategorieë nie, kan 'n onverantwoordelike burger nog steeds juriediens ontduik deur te bieg dat hy of sy skuldig is aan een van die geldige diskwalifiserende faktore wat van toepassing is by die samestelling van juriepanele. Gemelde redes sluit in:
  - 'n erkenning van vooroordeel ten gunste van of teen een van die partye,

---

269 Strier *Reconstructing Justice* 128. Sien ook Brody en Rivera "Examining the Dougherty 'All-Knowing Assumption': Do Jurors Know About Their Jury Nullification Power?" 1996 *Criminal Law Bulletin* 151; Leipold "Rethinking Jury Nullification" 1996 *Virginia LR* 253; Butler "Racially Based Jury Nullification: Black Power in the Criminal Justice System" 1995 *The Yale LJ* 677; Brody "*Sparf* and *Dougherty* Revisited: Why the Court Should Instruct the Jury of its Nullification Right" 1995 *American Criminal LR* 89 ev.

- 'n bekentenis dat die potensiële jurielid bekend is met enigeen van die partye tot die geding,
- 'n bewering van simpatie met of teenkanting teen een van die belangrike lewensfilosofieë wat ter sprake kom in die saak, ensovoorts.

- Jurielede kan van die paneel verwyder word op grond van bogenoemde of ander redes by wyse van die wrakingsprosedure waar geleenthede tot beswaarmaking (*challenges*) as deel van die hofprosedure toegestaan word aan beide die vervolging en die verdediging. Besware wat geopper kan word val basies in twee kategorieë, naamlik besware sonder die opgawe van 'n rede *(peremptory challenges)* en besware met die opgawe van 'n rede (*challenges for cause*). Sodanige besware word geopper tydens die *voir dire*-vlak van jurieseleksie.
- Wat hul diensvoorwaardes betref, blyk dit dat jurielede se diens beëindig word nadat die hof uitspraak gelewer het. Jurielede word nie besoldig vir hul diens nie, maar word "generally inadequately" vergoed vir uitgawes en 'n dagtoelaag betaal.
- Ten opsigte van die *verteenwoordigende kwaliteite* van hierdie instelling, blyk dit dat daar oor die algemeen vereis word dat die jurie saamgestel moet word uit 'n *cross-section of the community*. Die klem val egter steeds op 'n *onpartydige* jurie – met ander woorde, daar word nie vereis dat die jurie se samestelling persentasiegewys 'n getroue refleksie moet wees van die samestelling van die bevolking wat betref ras en geslag nie.

Ten opsigte van die *saaklike onafhanklikheid* van die regbank, blyk die volgende:

- Wat hul bevoegdhede en verpligtinge betref, blyk dit dat van die jurie in die VSA verwag word om aandagtig, onpartydig en met 'n oop gemoed na beide kante van die saak sowel as die regter se opdrag (aan die einde van die saak) te luister, te verdaag om te beraadslaag totdat 'n beslissing geneem is. Daar word van die jurie verwag om 'n algemene of allesomvattende beslissing (*general or overall verdict)* ten gunste van die een of die ander party te gee. Teoreties gesproke, word hierdie juriebeslissing gebaseer op die feite van die saak waar die regter self alreeds die regsreëls vasgestel het, alhoewel dit nie

altyd moontlik is om die feite en die reg duidelik te onderskei nie. Kritiek teen hierdie praktyk is dat die jurie bloot sy finale beslissing gee sonder enige fyner besonderhede en dat dit nie duidelik is watter feite die jurie na aanleiding van die getuienis bevind het nie.

6.3.2.3 Die jurie in Frankryk

In Frankryk word die jurie alleenlik gebruik op die vlak van die *Cour d'Assises,*[270] die hof bekleë met oorspronklike jurisdiksie vir aanhoor van ernstige misdade. Abraham[271] wys daarop dat die jurie nie diep wortels in Frankryk het nie – alhoewel die jurie wel gedurende die vyftiende eeu in sommige dele van Frankryk bestaan het as deel van die gebruiklike prosedure, het dit verdwyn gedurende die heerskappy van Charles VII, en is eers weer tydens die Revolusie vanaf Engeland ingevoer.

6.3.2.3.1 Persoonlike onafhanklikheid

Die persoonlike onafhanklikheid van die regterlike amptenare[272] word in die onderstaande bespreking ontleed deur te verwys na die kwalifikasies vir hul seleksie, die wyse van aanstelling, die diensvoorwaardes (indien enige) ingevolge waarvan hulle aangestel is en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.

6.3.2.3.1.1 Seleksie

(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie

'n Jurie mag slegs saamgestel word uit Franse burgers, wat tussen die ouderdom van

---

270 Sien ook die bespreking in afd 5.5.1.2.1.

271 *Judicial Process* 108. Dit word bevestig deur Terrill *World Criminal Justice Systems* 134.

272 Vir 'n omskrywing van die persoonlike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

23 jaar[273] en 70 jaar is, wat Frans kan lees en skryf, wat beskik oor volle politieke, burger- en familieregte en nie val in een van die uitsluitingskategorieë[274] genoem in artikels 256[275] en 257[276] van die *Code de Procédure Pénal*.[277] Verder kan persone wat ouer is as 70 jaar of wat nie hul hoofhuisvesting binne die jurisdiksie het waar die hofsitting sal plaasvind nie, aansoek doen om vrygestel te word van juriediens. Persone wat 'n grondige rede het wat deur die kommissie as geldig aanvaar word, kan ook vrygestel word van juriediens.[278] Diegene wat gedurende die voorafgaande vyf jaar juriediens verrig het se naam word verwyder van die jurielys, wat jaarliks saamgestel word. 'n Morele beswaar van sekulêre of godsdienstige aard word nie beskou as 'n grondige rede om verwyder te word van die jurielys nie. Die kommissie wat die jurielys saamstel mag egter persone van die lys verwyder wat gegronde redes aanvoer waarom hulle nie in staat sal wees om juriefunksies te vervul nie.[279]

(b) Wyse van seleksie

Daar word jaarliks deur 'n kommissie[280] 'n jurielys saamgestel in die jurisdiksie van

---

273 A 255 *CPP*

274 Terrill *World Criminal Justice Systems*

275 In hierdie kategorie val persone wat byvoorbeeld gevangenisstraf uitdien of wat in arres is, ongerehabiliteerde insolvente persone, persone onder administrasie van die hof of persone in inrigtings as gevolg van geestelike ongesteldheid.

276 In hierdie kategorie val persone wat byvoorbeeld as gevolg van die amp wat hulle beklee ongeskik is, soos lede van die regering of Parlement, staatsamptenare, amptenare in die polisie of gevangenisdiens.

277 A 255 *CPP*; *French Code of Criminal Procedure* 145 ev; Abrahams *Judicial Process* 112; Terrill *World Criminal Justice Systems* 135 verduidelik die basiese vereistes soos volg: "To serve on a jury a person must be a French citizen, be between the ages of 30 and 70, be able to read and write in French, and not be considered incapacitated or incompatible. People who have a criminal record or have been condemned to confinement or arrest are considered incapacitated. Among those considered incompatible are members of Parliament and the Council of Ministers, magistrates, police and military personnel."

278 A 258 *CPP*.

279 A 258-1 *CPP*.

280 Ingevolge a 262 *CPP* bestaan die kommissie uit die president van die hof, drie regters, die Prokureur-generaal of sy verteenwoordiger, die president van die *Order of Advocates* of sy verteenwoordiger en vyf algemene kommissielede.

elke *Cour d'Assises*. Die aantal lede op elke lys sal afhang van die aantal inwoners in die betrokke jurisdiksie.[281] Die proses begin deurdat daar eerstens 'n voorlopige lys (in die vorm van twee oorspronklikes) deur die burgemeester van 'n betrokke gebied saamgestel word (by wyse van lotery en deur gebruikmaking van die kieserslys) – een van die oorspronklikes word na die stadsaal gestuur waar dit ter insae lê en die ander oorspronklike word aan die klerk van die hof (waar die *Cour d'Assises*-hofsitting plaasvind) gestuur. Die burgemeester moet diegene wat by wyse van die lotery verkies is in kennis stel daarvan. Hy sal hulle verder versoek om hul beroep aan hom te verstrek en hulle ook in kennis stel dat indien hulle 'n gegronde rede het hulle voor 'n betrokke datum kan aansoek doen ingevolge artikel 258 *CPP* om van die jurielys verwyder te word. Die burgemeester is verder verplig om die klerk van die hof te laat weet van enige jurielid op die voorlopige lys wat in een an die uitsluitingskategorieë val of ingevolge artikel 258 aansoek gedoen het om van die jurielys verwyder te word.[282] Die werkswyse van die kommissie,[283] wat die jaarlikse jurielys saamstel, is kortliks,soos volg: Eers word die name van persone wat nie kwalifiseer (a 255 *CPP*) nie en daarna diegene wat in die uitsluitingskategorieë (a 256 en 257 *CPP*) val, verwyder. Daarna word besluit (by wyse van 'n meerderheidstem) ten opsigte van persone wat aansoek gedoen het om van die jurielys verwyder te word (a 258 *CPP)* en verder word persone, wat gedurende die voorafgaande vyf jaar juriediens verrig het (a 258-1 *CPP* paragraaf 1), ook verwyder. Die jaarlikse jurielys word saamgestel deur lootjies te trek onder die name wat nie uitgesluit is nie en word dan ook bevestig in die volgorde van seleksie by wyse van lotery, onderteken tydens 'n vergadering van die kommissie en oorhandig aan die klerk van die hof (waar die hofsitting van die *Cour d'Assises* plaasvind) se kantoor. 'n Lys van alternatiewe jurielede word ook saamgestel deur die kommissie, wat afsonderlik is van die jaarlikse lys van jurielede – alternatiewe jurielede moet woonagtig wees in die stad waar die hofsittings van die *Cour d'Assises* plaasvind. Ongeveer twee weke voor die sitting van die *Cour d'Assises* sal die president van die hof by wyse van lotery die name van 27 persone kies deur

---

281 A 260 *CPP*.

282 A 261-1 *CPP*.

283 A 263 *CPP*.

gebruik te maak van die jaarlikse jurielys. Hierdie lys van 27 name vorm die hofsittingslys of die sessielys. Daarna word die name van ses alternatiewe jurielede (vanuit die spesiale lys) getrek.[284] Die jurielede op die hofsittingslys en alternatiewe jurielede word in kennis gestel dat hulle gekies is vir juriediens en wanneer dit sal plaasvind.[285]

Die jurie in Frankryk bestaan uit nege plaaslike burgers (*citoyens*) wat saam met drie voltydse, professionele regters sit om die paneel van die regbank van die *Cour d'Assises* te vorm.[286] Die verhoor begin normaalweg deurdat die voorsittende regter (*président*) die beskuldigde uitvra ten opsigte van sy naam, geboorteplek en -datum, adres en beroep.[287] Die seleksie van die jurie[288] geskied soos volg: Die klerk van die hof lees die name uit van al die potensiële jurielede om seker te maak dat almal teenwoordig is. Al die name word dan in 'n urn geplaas en die *président* trek nege name daaruit. Sodra 'n jurielid se naam uitgeroep word, neem so 'n persoon sy plek in op die regbank (vier sit aan een kant van die drie regters, en vyf aan die ander kant). Daar word vier geleenthede tot beswaarmaking ten opsigte van jurielede aan die vervolging toegestaan en vyf aan die verdediging, afgesien van hoeveel beskuldigdes daar is. Geen rede word vir die beswaar gegee nie. Indien dit blyk asof

---

284 A 266 *CPP; French Code of Criminal Procedure* 150-151; Terrill *World Criminal Justice Systems* 135 bevestig die seleksie-prosedure soos volg: "Selection occurs through an annual list that is established from the voting rolls for each Court of Assize. Two weeks before the opening of the court session the names of 27 jurors and six alternates are selected from the list through a lottery which is presided over by the president of the court."

285 A 267 *CPP.*

286 Abraham *Judicial Process* 109; Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 7.

287 A 294 *CPP.*

288 A 295-305 *CPP*; *French Code of Criminal Procdure* 159-161; Terrill *World Criminal Justice Systems* 135 en 149 bevestig hierdie seleksie-proses: "In a public session before the accused, the names of the potential jurors are placed in an urn. The names of nine jurors must be drawn unchallenged before the jury is considered formed. In trials that are anticipated to be quite lengthy, one or more alternate jurors are also selected at this time. As the name of each juror is drawn the procurator and counsel for the accused have the opportunity to challenge the juror. Under the French system, this is simply a verbal challenge, and counsel does not state a reason. The procurator is allowed no more than four challenges, while counsel for the accused has five challenges. If there is more than one defendant, they must share the five challenges. Once the nine jurors are selected, they take their seats beside the judge and are then sworn in by the president of the court."

die verhoor uitermate lank kan wees, het die *président* 'n diskresie om te beveel dat twee of meer jurielede gekies word by wyse van 'n stembriefprosedure. Hierdie addisionele jurielede sal langs die oorspronklike jurie sit en sal gevolglik in staat wees om enige van die oorspronklike jurielede te vervang wat byvoorbeeld siek kan word gedurende die verhoor. Nadat die jurie geselekteer is, lees die *président* elkeen se naam uit en sweer hom of haar in.[289]

Soos reeds daarop gewys,[290] sluit die aspek van 'n verteenwoordigende regbank aan by die bespreking ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare. Die bespreking ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite[291] van die regbank wat later in hierdie hoofstuk bespreek word, is dus ook hier van belang.

6.3.2.3.1.2 Diensvoorwaardes

Die jurie word saamgestel vir die periode wat die hof in sitting sal wees. Uit die voorgaande bespreking blyk dit dat van jurielede verwag word om aandagtig na die voorlegging van getuienis in die hof te luister, en daarna saam met die professionele regters oor beide skuldigbevinding en vonnis te beslis.

6.3.2.3.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Die bespreking in hierdie afdeling sluit aan by die bespreking hierbo ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare.[292] Uit die voorafgaande bespreking blyk dit

---

289 Volgens Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 82 lui die eed wat afgelê word soos volg: "Do you swear and promise before God and man to examine with the most scrupulous attention the charges brought against (the accused); not to betray either the interests of the accused person or those of society which accuses him; not to communicate with any person until after you have reached your verdict; to be guided neither by hate, malice, fear nor affection; to come to your decision after hearing the charges and defences according to your conscience and personal conviction with the impartiality and resolution of an honest, free man; and to maintain the secrecy of your deliberations even after the termination of your duties."

290 Sien die bespreking in afd 3.2 en 3.5.

291 Sien afd 6.3.2.3.1.3.

292 Sien afd 6.2.1.1.1.

duidelik dat die jurielede by wyse van 'n lotery verkies word en sodoende het mans en vrouens 'n gelyke kans om op die regbank te dien.

6.3.2.3.2 Saaklike onafhanklikheid

In die afdeling wat hierop volg sal die saaklike onafhanklikheid van die regterlike amptenare bespreek word met verwysing na hul bevoegdhede en verpligtinge.[293]

6.3.2.3.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Alhoewel Frankryk gebruik maak van die inkwisitoriese prosesstelsel, is die verhoor in die *Cour d'Assises* teoreties gesproke, akkusatories van aard en die saak moet beslis word op grond van die mondelinge getuienis wat in die hof afgelê word. In die praktyk stem die partye egter gewoonlik toe dat die getuienis van getuies wat in die polisiedossier vervat is, daaruit voorgelees word.[294] Gedurende die verhoor mag 'n jurielid die *président* vra om spesifieke vrae aan die beskuldigde of getuies te vra en, indien gemagtig daartoe deur die *président*,[295] mag self sulke vrae stel – dit gebeur egter selde. Tydens die verhoor moet die jurie aandagtig luister na die verrigtinge – 'n jurielid wat byvoorbeeld aan die slaap raak kan veroorsaak dat die verrigtinge ongeldig verklaar word. 'n Jurielid mag nie wys dat hy of sy bevooroordeeld is teenoor enige party in die saak nie, en dit mag nie lyk of enige jurielid die saak alreeds vooraf beoordeel het nie. Verder mag jurielede ook nie die feite van die saak met enigeen bespreek voordat daar beslis is oor die uitspraak nie.[296] 'n Jurielid wat enige van hierdie reëls verbreek kan veroorsaak dat die hele verhoor nietig verklaar word, in welke geval die *président* die verrigtinge kan stop en beveel dat dit tydens die

---

293 Tov saaklike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.2.

294 Phillips ea *Report on the Visit of Sir Nicholas Phillips, Dr Richard Vogler and Mr Ron Hooghiemstra to Paris on the 23rd/24th September, 1991* par "Procedure in the Cour d'Assises".

295 Terrill *World Criminal Justice Systems* 150 verduidelik: "The assessors and the jurors also have an important role, but they must get the permission of the president to ask questions of the witnesses or accused during the trial."

296 Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 83.

volgende sessie voortgesit word. Na voorlegging van al die getuienis, sal die voorsittende regter (*président*) normaalweg die jurie toespreek en al die aspekte waaroor die jurie moet beslis, vir hulle in vrae omskep wat hulle moet beantwoord.[297] Die gemengde regbank van twaalf lede (die jurie, die *président* en die ander twee regters) verdaag hierna na dieselfde konferensiekamer om te beraadslaag en te beslis[298] oor beide die uitspraak en vonnis.[299] Daar is geen vereiste dat die uitspraak van die jurie eenparig moet wees nie en die uitspraak word dikwels gebaseer op 'n eenvoudige meerderheidsbesluit.[300] Ten minste agt lede van die paneel (waarvan

---

297 A 348-353 CPP. Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 84 verduidelik: "The president then addresses the jury. He will determine the issues for the jury to decide, reducing the same to questions for the jury to answer. In theory the questions should always be read aloud to the court, but the parties may dispense with such reading, and in practice, while it depends on the attitude of the individual president, the questions are seldom read aloud in many courts. The questions must be formed in such a way as to be capable of being answered by a simple affirmative or negative. The basic questions are – 'Is the accused guilty of...(specifying the offence in detail)?'; 'Was the offence accompanied by...(specifying aggravating circumstances)?'; 'Were there any mitigating circumstances in the accused's favour?' The president then tells the jury – 'The law does not require judges to account for the means by which they are convinced, nor does it prescribe rules by which they must assess the sufficiency of evidence; the law only requires that they ask themselves in silence, in reflection and with a sincere conscience what impression the evidence brought against the accused and his defence thereto has made upon them. The law only asks them one question which encompasses their entire duties – 'Are you thoroughly convinced?' This formula is also prominently displayed in the retiring room."

298 Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 84 verduidelik die prosedure soos volg: "The jury, the president and the other two judges then retire to the same room to consider verdict and sentence. No one may enter or leave the jury room until this is given. In their deliberations, they may not consider any evidence that has not been given orally at the trial. The court (i.e. judges and jury) must answer each of the president's questions. This is done by writing 'Yes' or 'No' on a slip of paper which is folded and put into a urn. This ensures secrecy of the votes. The president then counts the votes. Any blank paper or one that is indistinct, or does not answer by a simple 'Yes' or 'No' will be counted as a vote in favour of the accused. After the voting, the ballot papers are burnt. Every answer unfavourable to the accused must have at least eight votes to be binding – thus requiring at least the majority of the lay jurors. The verdicts can be guilty, not guilty or 'absolution' – as in the tribunal correctionnel. If the verdict is guilty, the court then proceeds to vote on sentence, which must be within the minimum and maximum limits specified by the law. Each person writes down what he thinks is an appropriate sentence and the voting is dealt with in the same way as when voting on the verdict – except a simple majority (i.e. seven votes) is sufficient to determine sentence. If on the first ballot, there is no majority, the most severe proposed sentence is struck off, and the latter again voted on – this procedure being followed until a majority is obtained."

299 A 355-362 CPP. Phillips ea *Report on the Visit to Paris* 6 is van mening: "In open Court the President has to give the appearance of impartiality, but he and his fellow Judges retire with the jury and no doubt influence them greatly in the secrecy of the jury room." Sien ook Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 7 en 185 ev.

300 Abraham *Judicial Process* 109.

geeneen professionele regters hoef te wees nie) moet saamstem voordat die paneel 'n skuldigbevinding kan maak.[301] Sodra 'n besluit geneem is oor die aspek van skuld, besluit die jurie en die regters saam oor vonnis by wyse van 'n proses van geheime stemming. Indien daar nie eenstemmigheid is oor vonnis nie, sal die vonnis die hoogste voorgestelde vonnis wees waaroor die meerderheid saamstem.[302] Die antwoorde van die *Cour d'Assises* op die vrae soos geformuleer deur die voorsittende regter is finaal en daar kan normaalweg nie teen 'n uitspraak van hierdie hof geappelleer word nie.[303]

❑ KORT OPSOMMING

Ten opsigte van die *persoonlike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, blyk die volgende:

- Die kwalifikasies vereis vir seleksie as jurielid is die volgende: Slegs Franse burgers, tussen die ouderdom van 23 en 70 jaar, wat Frans magtig is en beskik oor volle politieke, burger- en familieregte en nie val in een van die uitsluitings-kategorieë soos omskryf in die *Code de Procédure Pénal* nie, mag as jurielede geselekteer word. Verder kan persone met grondige redes vrygestel word van juriediens.
- Die wyse van seleksie van jurielede in Frankryk geskied by wyse van 'n kommissie, wat die jaarlikse jurielys soos volg finaliseer: die name van persone

---

301 A 359 *CPP. French Code of Criminal Procedure* 175; Tomlinson "Nonadversarial Justice" 144; Terrill *World Criminal Justice Systems* 151.

302 A 362 *CPP. French Code of Criminal Procedure* 175; Cooper "Criminal Investigations in France" 382; Terrill *World Criminal Justice Systems* 151.

303 A 365 *CPP. French Code of Criminal Procedure* 176. Die uitsondering op hierdie reël: daar kan slegs op grond van 'n regsvraag vanaf die *Cour d'Assises* na die *Cour de Cassation* geappelleer word. Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France* 84 bevestig, dat nadat die regbank (die jurie saam met die regters) gestem het ten opsigte van skuldigbevinding en uitspraak, "[t]he answers to all the questions and the sentence are noted, the note being signed by the president and the foreman of the jury. The court then reconvenes and reads the questions and answers, including the sentence, to the accused. If the accused is convicted, the president will inform him briefly of the steps he may take if he wishes to appeal...It should be noted that no appeal is competent from the cour d'assises, except to the Cour de Cassation on a point of law." Terrill *World Criminal Justice Systems* 151.

wat nie kwalifiseer nie en daarna diegene wat in die uitsluitingskategorieë val word verwyder, dan word by wyse van 'n meerderheidstem besluit oor aansoeke om van die jurielys verwyder te word en daarna word persone, wat gedurende die voorafgaande vyf jaar juriediens verrig het se name ook verwyder. Die jaarlikse jurielys word gevolglik saamgestel deur lootjies te trek onder die name wat nie uitgesluit is nie en word bevestig in die volgorde van seleksie by wyse van lotery, onderteken tydens 'n vergadering van die kommissie en oorhandig aan die klerk van die hof se kantoor. 'n Lys van alternatiewe jurielede word ook saamgestel deur die kommissie, wat afsonderlik is van die jaarlikse lys van jurielede. Ongeveer twee weke voor die sitting van die *Cour d'Assises* sal die president van die hof by wyse van lotery die name van 27 potensiële jurielede (van die jaarlikse jurielys) en ses alternatiewe jurielede (vanuit die spesiale lys) selekteer. Die jurie in Frankryk bestaan uit nege plaaslike burgers wat saam met drie voltydse, professionele regters sit om die paneel van die regbank van die *Cour d'Assises* te vorm. Tydens die finale seleksie van die juriepaneel in die hof, word al die name in 'n urn geplaas en die *président* trek nege name daaruit. Sodra 'n jurielid se naam uitgeroep word, neem so 'n persoon sy plek in op die regbank (vier sit aan een kant van die drie regters en vyf, aan die ander kant). Daar word vier geleenthede tot beswaarmaking (wraking) ten opsigte van jurielede *(peremptory challenges)* aan die vervolging toegestaan en vyf aan die verdediging, afgesien van hoeveel beskuldigdes daar is. Geen rede word vir die beswaar (wraking) gegee nie.

- Wat hul diensvoorwaardes betref, blyk dit dat juriepanele net vir die duur van die verhoor saamgestel word. Nadat uitspraak gelewer is, ontbind die jurie en jurielede se diens word outomaties beëindig.
- Wat die verteenwoordigende kwaliteite van die Franse jurie betref, is dit duidelik uit die voorafgaande bespreking dat jurielede by wyse van 'n lotery verkies word en sodoende het alle burgers, wat voldoen aan die vereistes en nie in een van die uitsluitingskategorieë val nie, ongeag ras of geslag 'n gelyke kans om op die regbank te dien.

Ten opsigte van die *saaklike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, blyk die volgende:

- Wat hul bevoegdhede en verpligtinge betref, blyk dit dat daar tydens die verrigtinge in die hof, van elke jurielid verwag word om aandagtig en onpartydig te luister na die mondelinge voorlegging van getuienis. In die praktyk stem die partye egter gewoonlik toe dat die getuienis van getuies wat in die polisie-dossier vervat is, daaruit voorgelees word. Na voorlegging van al die getuienis, sal die voorsittende regter (*président*) normaalweg die jurie toespreek en al die aspekte waaroor die jurie moet beslis, vir hulle in vrae omskep wat hulle moet beantwoord. Die gemengde regbank van twaalf lede (die jurie, die *président* en die ander twee regters) verdaag hierna na dieselfde konferensiekamer om te beraadslaag en te beslis oor beide die uitspraak en vonnis. Daar is geen vereiste dat die uitspraak van die jurie eenparig moet wees nie en die uitspraak word dikwels gebaseer op 'n eenvoudige meerderheidsbesluit. Ten minste agt lede van die paneel (waarvan geeneen professionele regters hoef te wees nie) moet saamstem voordat die paneel 'n skuldigbevinding kan maak. Sodra 'n besluit geneem is oor die aspek van skuld, besluit die jurie en die regters saam oor vonnis by wyse van 'n proses van geheime stemming. Indien daar nie eenstemmigheid is oor vonnis nie, sal die vonnis die hoogste voorgestelde vonnis wees waaroor die meerderheid saamstem. Die antwoorde van die *Cour d'Assises* op die vrae soos geformuleer deur die voorsittende regter is finaal en daar kan normaalweg nie teen 'n uitspraak van hierdie hof geappelleer word nie.

6.4 EVALUERING: REGSPREKENDE BEAMPTES SONDER REGSOPLEIDING IN REGSVERGELYKENDE PERSPEKTIEF

In die afdeling wat hieronder volg sal relevante aspekte van die voorafgaande bespreking ten opsigte van regsprekende beamptes sonder regsopleiding vanuit 'n regsvergelykende perspektief geëvalueer word. Eerstens sal gemeenskaplike redes ten gunste van burgerlike inspraak in die regspraak, wat deur verskeie gemeen-

skappe in verskeie tydsgewrigte aangevoer is, geïdentifiseer word. Wat die regsprekende beamptes se persoonlike onafhanklikheid betref, sal die evaluering om doelmatigheidsredes sover moontlik gedoen word aan die hand van die indeling in die voorafgaande bespreking, naamlik die kwalifikasies vereis vir seleksie, die wyse van seleksie, diensvoorwaardes en verteenwoordigende kwaliteite van die regbank. Daarna sal die saaklike onafhanklikheid van die regterlike amptenare geëvalueer word met verwysing na hul bevoegdhede en verpligtinge, hul diskresie-uitoefening en invloed op beslissings. Ten slotte sal die leke-regters se nakoming van *due process*-waarborge (ten opsigte van beskuldigdes) en hantering van diskresionêre besluite, bespreek word.

6.4.1 Redes vir burgerlike inspraak in die regspraak

Die redes wat aangevoer word waarom burgers met geen regskwalifikasie 'n inspraak in die regspraak moet verkry is al geyk en stem tot 'n groot mate ooreen, ten spyte van waar en wanneer dit geopper is.[304] Richert[305] het, na vergelyking van 'n aantal stelsels, vier gemeenskaplike redes geïdentifiseer ter verdediging van regspraak deur leke-regters:

> "1. It promises independence from executive authority because the lay decision-makers are generally not employees of the state with career aspirations in the judicial hierarchy.
> 2. It educates participating citizens about civic affairs and helps prepare them for self-government.
> 3. It helps legitimate court decisions because decision-makers represent the local community and can communicate in terms the local citizenry understands.
> 4. It reduces the isolation of the law from prevailing moral standards and at the same time helps prevent the routinization and cynicism which sometimes infects decision-making by full-time, law-trained judges."

---

304 De Tocqueville *Democracy in America* 1945 1:291-97 se argumente wat dekades gelede geopper is ten gunste van die juriestelsel, word steeds vandag aangehaal nie alleen om die juriestelsel te verdedig nie, maar ook ter verdediging van alle tipe regspraak deur leke-regters. Provine *Judging Credentials* 182. Sien ook Rickard " A Defense of the English Lay Magistracy" 1975 *Judicature* 140.

305 "Lay Judges and Assessors: A Comparative Perspective" in Silberman ea *Non-Attorney Justice in the United States: An Empirical Study* 350.

De Toqueville, die Franse skrywer wat die Amerikaanse demokrasie in die 1830's bestudeer het, was veral beïndruk deur die juriestelsel en die opvoedkundige funksie wat dit vervul:

> "To regard the jury simply as a judicial institution would be taking a very narrow view of the matter, for great though its influence on the outcome of lawsuits is, its influences on the fate of society itself is much greater still. The jury is therefore above all a political institution, and it is from that point of view that it must always be judged...[The jury] should be regarded as a free school which is always open and in which each juror learns his rights...I do not know whether a jury is useful to the litigants, but I am sure it is very good for those who have to decide the case. I regard it as one of the most effective means of popular education at society's disposal."[306]

Daar is verskille van regstelsel tot regstelsel in die mate waarin bogenoemde redes ondersteun en toegepas word. Die vorms wat leke-deelname aan die regspraak aanneem verskil ook van stelsel tot stelsel. Daar kan drie kategorieë onderskei word, naamlik

- **leke-regters wat alleen, of saam met ander leke-regters, op die regbank dien** (Dit is die geval van *justices of the peace* in Amerika en Engeland. Hier is daar egter nog 'n verdere onderskeid: in Engeland tree leke-regters, wat dikwels in groepe van drie of meer sit, op met die bystand van *clerks of the court* (wat *barristers* of *solicitors* kan wees). In Amerika daarenteen, tree die leke-regters alleen op, sonder dag-tot-dag toesig of bystand van enige regsgeleerdes.)
- **leke-regters wat saam met professionele regters op gemengde regbanke dien** (soos in die geval van Duitsland),
- **jurielede** (Dit is die geval van die jurie in Amerika, Engeland en Frankryk – hier is weer 'n verdere onderskeid: alhoewel jurielede in Frankryk (net soos dié in Engeland en Amerika) gekies word vir die duur van 'n bepaalde hofsaak en daarna ontbind word, verskil dit weer van Engeland en Amerika in dié opsig dat die Franse professionele regters saam met die jurie verdaag om te beraadslaag oor die beslissing en vonnisoplegging. In dié opsig herinner dit eerder aan die gemengde regbank in Duitsland.)

---

306 Mayer *Alexis de Tocqueville, Democracy in America* 272, 275.

6.4.2 Persoonlike onafhanklikheid

Die persoonlike onafhanklikheid van die regterlike amptenare[307] word in die onderstaande bespreking geëvalueer aan die hand van hul seleksie en diensvoorwaardes ingevolge waarvan sodanige amptenare aangestel word. Wat hul seleksie betref, sal die bespreking fokus op die kwalifikasies vereis vir seleksie (met spesifieke verwysing na die uitsluitingskategorieë en diskresionêre verskonings), die wyse van seleksie en opleiding na seleksie. Ten slotte word die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank ook geëvalueer.

6.4.2.1 Seleksie

6.4.2.1.1 Kwalifikasies vereis vir seleksie

Ten opsigte van die kwalifikasies wat vereis word vir seleksie blyk dit dat daar oor die algemeen geen professionele of regskwalifikasies van óf die leke-regters (soos aangetref in Engeland, Amerika en Duitsland) óf juries (soos aangetref in Engeland, die VSA en Frankryk) vereis word nie. Wat hierdie aspek betref, is die posisie ten opsigte van leke-regters en juries dus dieselfde: in albei gevalle is dit lede van die publiek wat op 'n vasgestelde wyse geselekteer word om as leke-regters of as jurielede op te tree.[308]

6.4.2.1.1.1 Uitsluitingskategorieë

Dit blyk dat in gevalle van beide leke-regters en jurielede daar geen onderskeid getref word op grond van ras, geslag of sosiale status nie, maar dat persone wat in sekere

---

307 Vir 'n omskrywing van die persoonlike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

308 Alhoewel die begrip leke-regters in Engeland normaalweg verwys na persone wat oor geen regskwalifikasies beskik nie, is daar 'n klein persentasie akademiese regsgeleerdes en afgetrede regterlike amptenare wat ook as leke-regters (*justices of the peace*) optree – sien afd 6.2.1.1.1 (a). Dieselfde geld ten opsigte van die leke-regters in Amerika: normaalweg is dit leke-persone, maar daar is nie 'n beletsel op regsgeleerdes om as *justices of the peace* op te tree nie – sien afd 6.2.2.1.1(a).

kategorieë val wel uitgesluit word omdat

- hulle nie aan die burgerskap-vereiste voldoen nie, of
- hulle ongeskik of onbevoeg verklaar is, of
- hulle self op gegronde redes versoek het om uitgesluit te word.

Met ander woorde, om geselekteer te word, moet 'n persoon 'n burger van die land wees en nie in een van die uitsluitingskategorieë val nie. Verder kan persone vrygestel word van diens indien hulle aansoek doen om vrygestel te word en 'n grondige rede kan aanvoer (sien die bespreking hieronder ten opsigte van diskresionêre verskonings).

Ten spyte van klein verskille tussen die onderskeie lande se stelsels blyk daar tog 'n redelike mate van ooreenstemming te wees ten opsigte van welke kategorieë persone uitgesluit behoort te word. In die uitsluitingskategorieë val daar oor die algemeen persone wat

- *nie aan die voorgeskrewe ouderdomsvereiste voldoen nie*:
  In Engeland is daar 'n verpligte reël dat leke-regters by bereiking van die ouderdom van 70 jaar (75 jaar in die geval van diegene wat 'n hoë regterlike amp bekleë het) se naam op die aanvullende lys geplaas word wat beteken dat so 'n leke-regter voortaan slegs administratiewe funksies sal vervul;[308] in Duitsland word vereis dat leke-regters tussen die ouderdom van 25 en 70 jaar moet wees;[310] in die VSA word daar ten opsigte van federale juries vereis dat jurielede 18 jaar oud moet wees;[311] om in Engeland as jurielid geselekteer te word, moet 'n persoon tussen die ouderdom van 18 en 65 jaar wees;[312] in Frankryk word die vereiste gestel dat jurielede tussen die ouderdom van 23 en 70 jaar moet wees.[313]

---

309 Sien afd 6.2.1.1.2.

310 Sien afd 6.2.3.1.1(a).

311 Sien afd 6.3.2.2.1.1(a).

312 Sien afd 6.3.2.1.1.1(a).

313 Sien afd 6.3.2.3.1.1(a).

- *nie aan die verblyfvereiste voldoen nie:*
  Om in Engeland as leke-regter te kan kwalifiseer, moet 'n persoon binne 15 myl van die jurisdiksie van die hof woon – hierdie vereiste word egter nie aan 'n bepaalde tydsvereiste gekoppel nie;[314] in Amerika word oor die algemeen vereis dat die leke-regter binne die betrokke gebied moet woon;[315] in Duitsland word vereis dat leke-regters met die opstel van die nominasielys alreeds vir 'n tydperk van een jaar in die gemeenskap gewoon het;[316] In Engeland word vereis dat 'n jurielid 'n inwoner van die Verenigde Koninkryk moes wees vir die voorafgaande vyf jaar;[317] ten opsigte van federale juries in die VSA is daar 'n verblyfvereiste van een jaar in die distrik;[318] en in Frankryk word bloot net vereis dat jurielede hul hoofhuisvesting binne die jurisdiksie het waar die hofsitting sal plaasvind.[319]

- *wat aan 'n geestelike (of fisiese) gestremdheid ly wat effektiewe optrede as leke-regter of jurielid sal belemmer:*
  (In sommige regstelsels word slegs na geestelike gestremdheid verwys, terwyl daar in ander na beide geestelike en fisiese gestremdheid verwys word.) In Duitsland word bepaal dat persone wat aan 'n liggaamlike of geestelike gebrek ly ongeskik sal wees om as leke-regters op te tree;[320] in Engeland word geestelik gestremdes uitgesluit as jurielede;[321] in die VSA word bepaal dat federale jurielede geen geestelike of fisiese gestremdhede mag hê wat

---

314 Sien afd 6.2.1.1.1(a).

315 Sien afd 6.2.2.1.1(a).

316 Sien afd 6.2.3.1.1(a).

317 Sien afd 6.3.2.1.1.1(a).

318 Sien afd 6.3.2.2.1.1(a).

319 Sien afd 6.3.2.3.1.1(a).

320 Sien afd 6.2.3.1.1(a).

321 Sien afd 6.3.2.1.1.1(a).

effektiewe juriediens sal belemmer nie;[322] en in Frankryk word persone, wat in inrigtings is as gevolg van geestelike ongesteldhede, uitgesluit as jurielede.[323]

- *veroordeel is tot gevangenisstraf vir 'n bepaalde tydperk (tensy vryskelding of amnestie verleen is):*
  In Duitsland word bepaal dat persone wat gevangenisstraf van meer as ses maande moet uitdien, ongeskik is om as leke-regters op te tree;[324] in Engeland word persone uitgesluit van juriediens indien hulle gevonnis is tot gevangenisstraf vir 'n tydperk van óf drie maande (in die afgelope 10 jaar) óf wat gevonnis is tot vyf of meer jaar gevangenisstraf;[325] in die VSA kwalifiseer 'n persoon nie om as jurielid op te tree indien hy of sy enige vorige veroordeling het strafbaar met gevangenisstraf vir meer as 'n jaar nie, tensy vryskelding of amnestie verleen is;[326] ook in Frankryk word persone, wat gevangenistraf uitdien of wat in arres is, uitgesluit van juriediens.[327]

- *ongerehabiliteerde insolvente is:*
  In Engeland kan 'n persoon wat 'n ongerehabiliteerde insolvent is nie kwalifiseer om as leke-regter op te tree nie;[328] in Frankryk word ook pertinent bepaal dat ongerehabiliteerde insolvente nie as jurielede kan optree nie.[329]

- *nie die taal magtig is nie:*
  In die VSA word vereis dat potensiële jurielede Engels magtig moet wees; in

---

322 Sien afd 6.3.2.2.1.1(a).

323 Sien afd 6.3.2.3.1.1(a).

324 Sien afd 6.2.2.1.1(a).

325 Sien afd 6.3.2.1.1.1(a).

326 Sien afd 6.3.2.2.1.1(a).

327 Sien afd 6.3.2.3.1.1(a).

328 Sien afd 6.2.1.1.1(a).

329 Sien afd 6.3.2.3.1.1(a).

Frankryk word vereis dat jurielede Frans moet kan lees en skryf;[330] alhoewel dit nie as spesifieke vereiste gestel word nie, word in Engeland bepaal dat persone wat Engels nie goed verstaan nie, kan aansoek doen om uitgesluit te word van juriediens.[331]

- *in 'n bepaalde beroepskategorie val:*
  Die volgende persone word oor die algemeen vrygestel van diens: lede van die professies soos regsgeleerdes, gelisensieerde dokters en tandartse, lede van die weermag, amptenare van al drie vertakkinge van die regering, polisie-offisiere, brandweermanne, predikante en onderwysers;[332]

Dit wil voorkom asof die beweegrede agter die oorgrote meerderheid van bogenoemde uitsluitingskategorieë is dat daar gepoog word om persone uit die gemeenskap te trek wat eerbaar, volwasse en verstandig genoeg is om 'n objektiewe oordeel te kan vel, wat die gemeenskap ken en wat in staat is om die verrigtinge te volg en te verstaan en hul pligte te kan uitvoer. Verder word persone wat in sekere beroepe val vanweë die aard van hulle beroepe vrygestel van diens omdat hulle deskundigheid en dienste meer benodig word in die gemeenskap (byvoorbeeld dokters, tandartse, lede van die weermag, polisie-offisiere, brandweermanne, predikante en onderwysers) of om 'n botsing van belange te vermy (amptenare van al drie vertakkings van die regering). Regsgeleerdes word oor die algemeen uitgesluit van juriediens – waarskynlik omdat dit juis hier gaan om lede van die gemeenskap wat nie oor regskwalifikasies beskik nie inspraak te gee aan die regspraak. In Duitsland, waar die leke-regters saam met professionele regters op die regbank optree, word regsgeleerdes as kategorie ook uitgesluit – waarskynlik om dieselfde rede as wat sopas genoem is ten opsigte van juries en omdat leke-regters alreeds saam met professionele regters deelneem aan die beraadslagingsproses. In Engeland is die

---

330 Sien afd 6.3.2.3.1.1(a).

331 Sien afd 6.3.2.1.1.1(a).

332 Sien afd 6.3.2.1.1.1(a) tov die posisie in Engeland, afd 6.2.3.1.1(a) tov die posisie in Duitsland, afd 6.3.2.2.1.1(a) tov die posisie in die VSA en afd 6.3.2.3.1.1(a) tov die posisie in Frankryk.

posisie ietwat anders: alhoewel die oorgrote meerderheid van leke-regters doodgewone lede van die publiek is wat oor geen regskwalifikasies beskik nie, is 'n klein persentasie akademiese regsgeleerdes en is daar geen beswaar teen bekleërs of gewese bekleërs van 'n hoë regterlike amp om as leke-regters op te tree nie.

6.4.2.1.1.2 Diskresionêre verskonings

Daar is oor die algemeen 'n bepaling ingevolge waarvan burgers van 'n land wat nie in een van die uitsluitingskategorieë val nie, vrygestel word van diens indien hulle aansoek doen om vrygestel te word en 'n grondige rede kan aanvoer. In Engeland word persone vrygestel wat byvoorbeeld die voorafgaande twee jaar op 'n jurie gedien het, persone wat teenspoed van 'n persoonlike aard ondervind of iemand wat 'n gewetensbeswaar het.[333]

Om saam te vat: By die selekteer van beide leke-regters en jurielede word geen onderskeid getref op grond van ras, geslag of sosiale status nie, maar persone, wat in sekere kategorieë val, word wel uitgesluit omdat

- hulle nie aan die burgerskap-vereiste voldoen nie, of
- hulle ongeskik of onbevoeg verklaar is, of
- hulle self op gegronde redes versoek het om uitgesluit te word.[334]

---

333 Sien afd 6.3.2.1.1.1(a).

334 Dit is in ooreenstemming met die riglyn vervat in die "Universal Declaration on the Independence of Justice" wat in 1983 in Montreal, Kanada aanvaar is en wat lees:

"4.01 The opportunity for jury service shall be extended without distinction of any kind by reason of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or status, subject however to citizenship requirements."

Sien Anoniem "Universal Declaration" 459. Dit blyk dat in die VSA en Frankryk die vereiste wel gestel word dat die jurielede wel onderskeidelik Engels en Frans (die taal waarin die verrigtinge gevoer word) magtig moet wees – dit blyk 'n sinvolle vereiste te wees, want 'n jurielid wat nie die taal van die verrigtinge kan verstaan nie, kan nie aan die verrigtinge en die beraadslagingsproses deelneem nie. Die ander bepalings ten opsigte van die seleksie van potensiële jurielede wat in die handves vervat is, lees soos volg:

"4.02 The names of prospective jurors shall be drawn from a jury source list compiled from one or more regularly maintained lists of persons residing in the court's jurisdiction.

4.03 The jury source list shall be representative, and shall be as inclusive of the adult population in the jurisdiction, as is feasible.

4.04 The Court shall periodically review the jury source list for its representativeness and inclusiveness. Should the Court determine that improvement is needed in the representativeness or inclusiveness of the jury source list, appropriate corrective action

By die saamstel van die lys van potensiële jurielede en leke-regters word bogenoemde kriteria gebruik om sekere persone uit te sluit. Die wyse waarop hierdie lys saamgestel word, die prosedure wat gebruik word om te bepaal spesifiek watter jurielede op die regbank sal dien in 'n betrokke saak en die kriteria vir verwydering van spesifieke persone as jurielede by wyse van besware wat geopper kan word deur die aanklaer en die verdediging se regsverteenwoordiger, kom in die volgende afdeling ter sprake.

6.4.2.1.2 Wyse van seleksie

Die wyse van seleksie[335] van beide jurielede en leke-regters geskied oor die algemeen

---

shall be taken.

4.05 Random selection procedures shall be used at all stages throughout the jury selection process except as provided herein.

4.06 The frequency and the length of time that persons are called upon to perform jury service and to be available therefor, shall be the minimum consistent with the needs of justice.

4.07 All automatic excuses or exemptions from jury service shall be eliminated.

4.08 Eligible persons who are summoned may be excused from jury service only for valid reason by the court, or with its authorization."

335 Volgens die riglyne neergelê in die handves (Anoniem "Universal Declaration" 459) behoort die seleksie van 'n betrokke jurielid soos volg te geskied:

"4.09 Examination of prospective jurors shall be limited to matters relevant to determining whether to remove a juror for cause, and to exercising peremptory challenges.

4.10 If the judge determines during the examination of prospective jurors, that an individual is unable or unwilling to hear the particular case at issue fairly and impartially, the individual shall be removed from the panel. Such a determination may be made on motion of a party or on the judge's own initiative.

4.11 In jurisdictions where peremptory challenges are permitted, their number and the procedure for exercising them shall be uniform for the same type of case.

4.12 Peremptory challenges shall be limited to a number no larger than necessary, to provide reasonable assurance of obtaining an unbiased jury."

Ten opsigte van die administrasie van die juriestelsel, lê die handves die volgende riglyne neer:

"4.13 The responsibility for administration of the jury system shall be under the control of the judiciary.

4.14 The notice summoning a person to jury service shall be in writing, easily understandable, and delivered sufficiently in advance.

4.15 Courts shall employ the services of prospective jurors, so as to achieve the best possible use of them with a minimum of inconvenience.

4.16 Courts shall employ adequate protection for jurors from threat and intimidation.

4.17 Courts shall provide an adequate suitable environment for jurors, and jury facilities shall be arranged to minimize contact between jurors and parties, counsel and the public.

4.18 Persons called for jury service shall receive a reasonable allowance.

4.19 Employers shall be prohibited from penalizing employees who are called for jury

aan die hand van 'n lys (wat gereeld op datum gebring word) van persone wat woonagtig is in die hof se jurisdiksie. In die geval van Engelse leke-regters, moet die plaaslike advieskomitees (waarvan daar ten minste een in elke *county* is) nadat onderhoude met kandidate gevoer is, besluit wie om aan te beveel en die finale lys van name aan die *Lord Chancellor* stuur vir goedkeuring en formele aanstelling van sulke persone as leke-regters.[336]

Die toewysing van leke-regters aan 'n betrokke saak geskied oor die algemeen op 'n lukrake wyse sonder inagneming van enige eienskappe van die betrokke leke-regter. In Duitsland byvoorbeeld word die aanvanklike nominasielys van leke-regters deur die munisipaliteitsraad van 'n betrokke distrik opgestel en latere toewysing van 'n betrokke leke-regter aan 'n bepaalde hof en 'n bepaalde dag geskied op 'n lukrake wyse, sonder dat enigsens aandag geskenk word aan die geskiktheid van 'n leke-regter vir 'n bepaalde saak. Dit is nie vooraf bekend hoe die *Schöffen* toegewys gaan word nie; nog minder word die eienskappe van die leke-regters wat toegewys word bekend gemaak – nie eens hul ouderdom of geslag nie en nog minder hul vorige ondervinding of waartoe hulle geneig is. Die Duitse leke-regters word met ander woorde op 'n lukrake metode toegewys met die moontlikheid van diskwalifikasie indien partydigheid teenwoordig blyk te wees, maar Wolfe wys daarop dat sulke besware selde geopper word.[337]

Hierteenoor staan die juriestelsel, waar besware teen individuele jurielede ten opsigte van 'n betrokke verhoor tydens die samestelling van die juriepaneel (in die hof) gemaak kan word. In die VSA het die sogenaamde *voire dire*-proses die seleksie van jurielede vir 'n spesifieke verhoor as oogmerk.[338] Die identifisering van jurielede in die VSA om 'n betrokke saak aan te hoor verskil van die metode van toewysing van leke-

---

service."

336 Sien afd 6.2.1.1.1(b).

337 "Participation in Courts" 129; Langbein "Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need?" 1981 *American Bar Association Research Journal* 195 208.

338 Sien die bespreking van die *voir dire*-proses in die VSA in afd 6.3.2.2.1.1(b).

regters in byvoorbeeld Duitsland. In die VSA word die potensiële jurielid opgeroep deur die hof om op 'n spesifieke dag te verskyn; so 'n jurielid word dan breedvoerig ondervra[339] voordat hy of sy kwalifiseer om as deel van die juriepaneel op te tree – 'n proses wat fokus op die potensiële jurielede se individuele ondervinding en eienskappe. Die beswaarmakingsprosedure wat gereguleer word deur die betrokke hof vertraag dikwels die samestelling van die juriepaneel vir dae, soms selfs vir weke. Waar regsverteenwoordigers van mening is dat sekere potensiële jurielede nie hul kliënt se saak gunstig sal beskou nie, maar sodanige jurielede kan nie by wyse van besware (wraking) met die opgawe van 'n geldige rede (*challenges for cause)* verwyder word nie, kan hulle verwyder word by wyse van besware sonder die opgawe van 'n rede (*peremptory challenges)*. Omdat slegs 'n beperkte aantal geleenthede tot beswaarmaking sonder die opgawe van 'n rede (*peremptory challenges)* gebruik kan word, is die regsverteenwoordiger se bedrewenheid met die gebruik van *peremptory challenges* baie belangrik hier.[340] Hierdie prosedure is al gekritiseer dat dit die dimensies van 'n tipe spel aanneem in 'n poging om die sogenaamde ideale, simpatieke jurie saam te stel.

Wetgewing en hofbeslissings vereis dat die juriepaneel saamgestel moet word uit 'n deursnee van die gemeenskap (*cross-section of the community)*. Om hieraan te voldoen, gebruik die howe lyste van stemgeregtigde kiesers as primêre bron vir jurielede. Teoreties gesproke, sal die verskillende standpunte in die gemeenskap, indien verteenwoordig op die jurie, lei tot 'n lewendige debatvoering. Die hoop is dat vooroordele wat in konflik is met mekaar, mekaar sal uitkanselleer. Die verteenwoordiging van gemeenskapswaardes is egter net een van die oogmerke van jurieseleksie. Die oorheersende doelwit is 'n *onpartydige* jurie.[341]

---

339 In die Amerikaanse howe (van beide staats- en federale jurisdiksie) vereis die toewysing van potensiële jurielede tot 'n verhoor-jurie dat potensiële jurielede eers ondervra moet word. In sommige jurisdiksies, word die ondervraging hoofsaaklik gedoen deur die regter; in ander speel die regsverteenwoordigers 'n belangrike rol. Daar is gewoonlik 'n spesifieke aantal *peremptory challenges*, maar die hoeveelheid hang af van die erns van die misdryf. Sien die bespreking ten opsigte van die posisie in die VSA in afd 5.3.2.2.1(b).

340 Strier *Reconstructing Justice* 132.

341 Strier *Reconstructing Justice* 132.

Die debat rondom die *voir dire* is van besondere belang vir die akkusatoriese stelsel: Wie moet die *voir dire*-ondervraging onderneem – die regter, die regsverteenwoordigers of beide? Strier voer aan: "The greater the control of the attorneys, the greater the likelihood that the jury will be skewed in favor of the attorney with superior jury selection skills."[342] In die federale howe, doen die regter die ondervraging – die regter beskik oor die diskresie om te besluit watter vrae (wat die regsverteenwoordigers voor die ondervraging ingehandig het) om te vra of nie te vra nie. In die howe op staatsvlak is beide die regsverteenwoordigers en die regter oor die algemeen betrokke by die ondervraging. Daar bestaan uiteenlopende standpunte oor die *voir dire*-praktyk wat lei tot konflik tussen die regbank en die regsverteenwoordigers (balie). Die regbank maak beswaar teen die regsverteenwoordigers se misbruik van die *voir dire*-proses. Teoreties gesproke is die hoofoogmerk van die *voir dire*-proses die bepaling van vooroordeel. Die regters maak beswaar daarteen dat die regsverteenwoordigers dié proses eerder gebruik "to gain adversarial advantage"[343] Strier kom tot die gevolgtrekking:

> "By strategic use of peremptory challenges, the attorney tries to assemble a jury most receptive to his case. As candid practitioners readily admit, lawyers conduct *voir dire* not to get unbiased jurors, but to get jurors favorably biased."[344]

Hierdie kommentaar dui op 'n korrupsie van die akkusatoriese *voir dire*-proses, waar die oogmerk van die *voir dire* is om 'n onpartydige regbank saam te stel. Dit blyk dat regsverteenwoordigers meer doen as om net potensiële jurielede met vooroordeel teen hulle kliënte te identifiseer. Regsverteenwoordigers beoog ook om kompete-

---

342 Strier *Reconstructing Justice* 132.

343 Regter Knapp van New York het per geleentheid aangevoer: "The vice [of attorney participation] is that *voir dire* is used to condition jurors, not to select jurors." – Strier "Through the Jurors' Eyes" 1988 *The ABA Journal* 80.

344 *Reconstructing Justice* 133. 'n Soortgelyke standpunt blyk uit die navorsing gedoen deur Hand en Vidmar *Judging the Jury* waar hulle op 74 verwys na die standpunt van 'n regsverteenwoordiger tydens 'n onderhoud: "Attorney Herald Price Fahringer frankly admits that jury selection involves some deception. Lawyers begin the selection process by claiming to the jury panel that their only wish is for fair and impartial jurors. Yet they do not desire impartiality but rather favorability. Fahringer argues that it is the duty of attorneys to select people for the jury who are likely to decide in favor of their clients. In jury selection, he claims, '[w]e lie to them and they in turn lie to us'."

rende voordeel te verkry deur te poog om voornemende jurielede te beïnvloed tydens die ondervragingsproses. Die aanname dat regsverteenwoordigers wat op dieselfde vlak van bedrewenheid is sal lei tot die seleksie van slegs neutrale jurielede gaan van die veronderstelling uit dat daar geen ander motiewe is as slegs die opspoor en uitskakeling van potensiële jurielede met klaarblyklike vooroordeel nie.[345]

Strier wys op verdere aspekte wat daarop dui dat die *voir dire*-proses eerder gebruik word om 'n voordeel te verkry as om vooroordeel uit te snuffel:

> "Most of this is designed to *create* bias in prospective jurors – via indoctrination, education and socialization – rather than to detect it. Trial advocacy tracts (some even appearing in law school textbooks) are replete with advice on how to gain adversarial advantage during *voir dire*. Several studies support the conclusion that the vast majority of the attorney's efforts in time and questions are concerned with using *voir dire* for achieving an illegitimate goal: gaining adversarial advantage rather than screening for bias."

Sodanige misbruik vind plaas ten spyte van reëls op federale sowel as staatsvlak wat regsgeleerdes verbied om die *voir dire*-proses te misbruik – reëls is egter slegs effektief indien dit afgedwing word. Twee voorwaardes beperk die afdwinging van hierdie reëls, naamlik eerstens kan hulle slegs in werking gestel word sodra die regsverteenwoordiger van die teenkant beswaar maak, en tweedens, moet die regter bereid wees om die beswaar te handhaaf indien hy of sy saamstem dat die beweerde misbruik wesenlik is. Strier[346] wys daarop dat die aard van die akkusatoriese stelsel die voldoening aan enigeen van hierdie twee voorwaardes problematies maak. Omdat regsgeleerdes se vlakke van bedrewenheid verskil, is dit moontlik dat regsverteenwoordigers wat minder aggressief en op hulle hoede is net teen die ergste gevalle van misbruik beswaar sal maak. Selfs indien beswaar gemaak word, dwing die voorgeskrewe rol ten opsigte van die neutraliteit van die regter (om nie eens te praat van vrees vir omverwerping op appèl nie) dat die regter in slegs die mees

---

345 Strier *Reconstructing Justice* 133. Hy verwys ook na Ginger se boek *Jury Selection in Criminal Trials* waar agt ander oogmerke van die *voir dire* aangestip word wat nie tradisioneel as regmatig beskou word nie: "1. To move the jury as a group; 2. To discover 'friendly' jurors; 3. To teach jurors important facts in the case; 4. To expose jurors to damaging facts in the case; 5. To teach jurors the law in the case; 6. To develop personal relationships between lawyer and juror; 7. To expose opposing counsel; 8. To prepare for summation".

346 *Reconstructing Justice* 134.

ondubbelsinnigste en ekstreme gevalle sal ingryp.

Die uitbreiding van die akkusatoriese teorie na die *voir dire*-ondervraging word gebaseer op hierdie opeenvolgende aannames:[347]

- goed-gebalanseerde regsverteenwoordigers (met ander woorde, wat op dieselfde vlak van bedrewenheid[348] is) sal potensiële jurielede wat die meeste toegeneë voel ten gunste van die teenparty se saak, verwyder by wyse van *challenges* en daardeur mekaar uitkanselleer; en
- die jurie wat as gevolg hiervan saamgestel word sal bestaan uit onpartydige jurielede, of ten minste uit jurielede wie se vooroordele eweredig gebalanseer is.

Ten opsigte van laasgenoemde het die *Supreme Court* beslis dat dit onmoontlik is om 'n absolute onpartydige jurie te verkry sonder enige vooropgestelde idees ten opsigte van die verhoor – dit vereis 'n "impossible standard".[349] Strier wys tereg daarop dat:

> "No one who has not had a recent lobotomy can be totally impartial about matters jurors must decide. As long as we use people and not computers as jurors, biases formed by prior beliefs and experiences will always significantly affect our deliberations and judgements. Even a *voir dire* which eliminates the most obviously biased individuals will not produce a literally unbiased panel – there is no such thing."

Dit laat 'n mens dus met die aanname dat dit oorgelaat word aan 'n jurie met eweredig gebalanseerde vooroordele om gevolg te gee aan die ideaal van 'n regverdige verhoor deur onpartydige jurielede. Volgens Strier is dit inderdaad wat die oogmerk is van die reg deur te vereis dat daar 'n breë *cross-section of community attitudes* op juries verteenwoordig moet wees. Volgens sekere *Supreme Court*

---

347 Strier *Reconstructing Justice* 135.

348 Bermant *Conduct of the Voir Dire Examination: Practices and Opinions of Federal District Judges* het, op grond van 'n opname wat hy gemaak het onder 420 federale regters waarvan tagtig persent saamgestem het dat sommige praktisyns baie bedrewe is met *voir dire*, terwyl ander nie is nie, tot die slotsom gekom dat die aanname van goed-gebalanseerde regsverteenwoordigers wat lei tot 'n onpartydige jurie as 'n akkusatoriese mite beskou moet word.

349 *Irvin v Dowd* 366 US 723 (1961). Strier *Reconstructing Justice* 135.

beslissings word die ideale jurie gekenmerk deur *diffused impartiality*.[350] Dit blyk egter dat om op 'n gereelde basis juriepanele saam te stel met eweredig gebalanseerde vooroordele een van die reg se gerieflike, maar denkbeeldige drogbeelde is – daar bestaan net eenvoudig nie 'n towerprosedure of formule om 'n groep individue in 'n onpartydige jurie of selfs 'n eweredig gebalanseerde jurie te verander nie.[351]

Dit blyk dat een van die realiteite van die verhoor is dat wie oor die saak moet beslis net so belangrik is as wat beslis moet word. Dit is waarom so baie verhoor-praktisyns glo dat die saak reeds gedurende die seleksie van die jurie, nog voor die verhoor begin het, gewen of verloor word. Solank as wat die regsverteenwoordigers 'n rol speel by die seleksie van die jurie, sal die praktisyn wat die beste bedrewenheid toon met die *voir dire*-proses die besliste voordeel hê.[352]

Volgens Strier[353] was die oogmerke van beide die jurie en die akkusatoriese stelsel om as instrumente te dien om die mag van die owerheid (in die vorm van die regter) te versprei. Die jurie was die medium vir die desentralisering van mag en die beliggaming van die besluitnemingsproses met gemeenskapswaardes. Die akkusatoriese stelsel versprei ook die mag in die hof self, deur die beheer oor die omvang

---

350 Vir 'n ontleding van die *Supreme Court* se benadering ten opsigte van onpartydigheid, sien Howe "Juror Neutrality or An Impartial Array? A Structural Theory of the Impartial Jury Mandate" 1995 *The Notre Dame LR* 1173.

351 Strier *Reconstructing Justice* 136.

352 Strier *Reconstructing Justice* 136 verduidelik: "Anecdotes of winning jury selection strategies are legion. The obvious scheme is to challenge prospective jurors who seem the most biased against your client or opposed to what you hope to establish. But some successful tactics involves choices based on projections comparable to those of a chess master. In some criminal trials, for example, defense attorneys with weak cases choose a combination of jurors whose interpersonal chemistries create a 'poison pill.' They pick jurors they predict will dislike each other – intensely. That way, deliberations may grind to a halt without the verdict being reached. No verdict, no conviction." Ten opsigte van strategieë vir selekteer van jurielede, sien Singer "Selecting Jurors: What to Do About Bias" 1996 *Trial* 29; Call "Jury Persuasion: Making the Research Work for You" 1996 *Trial* 20; White "The Nonverbal Behaviors in Jury Selection" 1995 *Criminal Law Bulletin* 414; Denove en Imwinkelried "Jury Selection: An Empirical Investigation of Demographic Bias" 1995 *American Journal of Trial Advocacy* 285; Barber "The Jury Is Still Out: The Role of Jury Science in the Modern American Courtroom" 1994 *American Criminal LR* 1225; Reiff "Reiff's Road Map to Jury Selection New York City and Vicinity" 1994 *Trial Lawyers Quarterly* 14.

353 *Reconstructing Justice* 139.

en voer van die verhoorondersoek aan die partye en hulle regsverteenwoordigers oor te dra. Dit blyk egter dat daar 'n sekere mate van wanfunksie is by die samesmelting van die jurie en die akkusatoriese stelsel. Die beginsels van *due process* veronderstel dat die jurie in staat sal wees om die feite te verstaan en die reg op die feite toe te pas. Terselfdertyd stel die akkusatoriese stelsel die regsverteenwoordigers in staat om die swakhede van die jurielede uit te buit wat gewoonlik nie van toepassing sal wees by 'n regter nie, wat gewoonlik 'n beter opleiding agter die rug het, meer gesofistikeerd is en minder vatbaar is vir oortuiging deur regsgeleerdes. Regsverteenwoordigers selekteer gewoonlik onkundige en inskiklike jurielede, verduister hulle feitebevinding en benewel hulle bevoegdheid om die reg op die feite toe te pas met emosionele aansprake. Dit het tot gevolg dat die legitimiteit van die jurieverhoor dikwels in die slag bly, terwyl regsverteenwoordigers bloot net doen wat van hulle verwag word.[354]

Jurieseleksie in Engeland verskil weer aansienlik van die prosedure in Amerika en bowe-alles is dit 'n vinniger prosedure. Dit gebeur dikwels dat die eerste twaalf potensiële jurielede wat deur die deur stap die uiteindelike juriepaneel word. Nóg die vervolging, nóg die verdediging kan potensiële jurielede ondervra en die aantal kandidate wat hulle kan verwyder het op drie gestaan in 1990.[355] Abraham[356] verwys na 'n persoon wat per geleentheid kommentaar gelewer het op die Engelse jurieseleksie en gesê het dat "[p]icking the jury here requires about as much time as it takes twelve people to swear an oath." Ook die selekteer van die juriepaneel in Frankryk geskied vinniger as dié in die VSA. By die samestelling van die juriepaneel in Frankryk word vier geleenthede tot beswaarmaking ten opsigte van jurielede aan die vervolging toegestaan en vyf aan die verdediging – geen rede word vir die beswaar gegee nie.[357]

---

354 Strier *Reconstructing Justice* 140.

355 Tov jurieseleksie in Engeland, sien afd 6.3.2.1.1.1(b).

356 *Judicial Process* 118-119.

357 Tov die posisie in Frankryk, sien afd 6.3.2.3.1.1(b).

Om saam te vat: die toewysing van leke-regters aan 'n betrokke saak geskied oor die algemeen op 'n lukrake wyse sonder inagneming van enige eienskappe van die betrokke leke-regter, met die moontlikheid van latere diskwalifikasie indien partydigheid teenwoordig blyk te wees. Aan die ander kant, kan daar reeds by die samestelling van die juriepaneel (voor die aanvang van die verhoor) besware teen individuele jurielede (ten opsigte van die betrokke verhoor) gemaak word.

Sodra leke-regters en jurielede geselekteer is, moet aan hulle verduidelik word wat van hulle verwag word. In die afdeling wat hieronder volg, kom die mate van opleiding wat aan hulle verskaf word ter sprake.

6.4.2.1.3 Opleiding na seleksie

Uit die regsvergelykende ontleding blyk dit dat sodra die jurielede en leke-regters geselekteer is, daar normaalweg aan hulle 'n sekere mate van opleiding verskaf word sodat hulle die regsproses, en die aard en omvang van hulle verpligtinge kan verstaan. Van leke-regters in Engeland (*justices of the peace*), wat sogenaamd "lewenslank" op die regbank optree, word verwag om binne een jaar na aanstelling en voordat 'n nuwe leke-regter as regsprekende beampte op die regbank optree, 'n basiese opleidingskursus te ondergaan. Daarna word vereis dat hulle gereeld opknappingskursusse bywoon: 'n minimum van twaalf ure elke drie jaar tot die ouderdom van 65 jaar, waarna die verpligting eindig.[358] Ook in Amerika ondergaan die leke-regters 'n vyf-dag-opleidingskursus voordat hulle op die regbank kan optree, en moet hulle tydens die eerste en elke daaropvolgende jaar 'n twee-dag gevorderde kursus bywoon waarna hulle 'n toets in elk moet aflê.[359] In Duitsland, waar die leke-regters vir 'n tydperk van vier jaar geselekteer word, word aan hulle aanvanklike opleiding verskaf by wyse van 'n handleiding (wat aan hulle die hofprosedure kortliks verduidelik en uiteensit wat van hulle verwag word).[360] Oor die vier jaar-tydperk tree

---

358 Sien die bespreking tov opleiding in afd 6.2.1.1.1(a).

359 Sien afd 6.2.2.1.1(a).

360 Niedersächsisches Justizministerium *Das Schöffenamt*.

hulle in verskeie sake op wat tot gevolg het dat hulle ondervinding opdoen en meer vertroud raak met die hofprosedure.

In die geval van juries, daarenteen, word opleiding aan die jurielede oor die algemeen eers verskaf die dag van die verhoor. Direk nadat die juriepaneel saamgestel is, verduidelik die regter normaalweg aan die jurielede wat van hulle verwag word. Na die lei van al die getuienis en afsluiting van die saak, maar voor die beraadslagingsproses som die regter kortliks die hoofpunte van die saak op vir die jurie en gee aan hulle 'n opdrag om uit te voer (met ander woorde, verduidelik wat tydens die beraadslagingsproses van hulle verwag word).[361]

Om saam te vat: Waar die aanvanklike opleiding aan leke-regters opgevolg word deur gereelde opknappingskursusse of ervaring wat opgedoen word deur optredes in latere hofsake, is die opleiding van jurielede oor die algemeen beperk tot die *opdrag* wat deur die regter gegee word. Die verskillende regstelsels se hantering van hierdie *opdrag aan die jurie*, verskil van mekaar. In die afdeling wat hierop volg, kom die verskillende benaderings ter sprake.

Soos reeds in 'n vorige bespreking aangedui,[362] sluit die aspek van 'n verteenwoordigende regbank nou aan by die bespreking ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare. Derhalwe is die bespreking ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite[363] van die regbank wat later in hierdie hoofstuk bespreek word, ook hier van belang.

6.4.2.2 Diensvoorwaardes

'n Opvallende verskil tussen die jurie en die stelsel van leke-regters is dat jurielede

---

361 Tov die posisie in Engeland, sien die bespreking in afd 6.3.2.1.2.1, ten opsigte van die posisie in die VSA, sien afd 6.3.2.2.2.1 en ten opsigte van die posisie in Frankryk, sien afd 5.3.2.3.2.1.

362 Sien die bespreking in afd 3.2 en 3.5.

363 Sien afd 6.4.2.3.

net geselekteer word vir die duur van die verhoor van een saak en daarna ontbind word, teenoor leke-regters wat vir 'n langer tydperk as regsprekende beampte diens doen en dan gedurende hierdie tydperk in verskeie sake optree: Engelse leke-regters (*justices of the peace*) word sogenaamd *lewenslank* aangestel tot bereiking van die ouderdom van 70 jaar (of 75 jaar in die geval van diegene wat 'n hoë regterlike amp bekleë het)[364] en oor hierdie tydperk tree hulle gereeld in sake as leke-regters op. In Amerika word die leke-regters verkies tot die amp, bereg gereeld sake oor naweke of gedurende weeksaande, maar as gevolg van swak werksomstandighede is die gemiddelde dienstydperk van leke-regters vyf tot ses jaar.[365] In Duitsland word die leke-regters toegewys aan bepaalde hofsessies oor 'n periode van vier jaar (gewoonlik een dag per maand).[366]

Wat die jurie betref, word persone in die VSA opgeroep om vir 'n sekere blok-tydperk as jurielede op te tree. Die meeste statute in die VSA skryf 'n maksimum periode voor ten opsigte van juriediens, maar nie 'n mimimum tydperk nie – die gemiddelde tydperk van juriediens is tien dae,[367] alhoewel statistiek aangedui het dat 'n tydperk van 20 tot 30 dae nie buitengewoon is nie.[368] Daar word egter 'n poging aangewend om die dienstydperke in die VSA sover moontlik te verkort, maar persone wat gekies is om op 'n juriepaneel te dien is verplig om vir die duur van die verhoor beskikbaar te wees vir juriediens.[369] In teenstelling met die beweging in die VSA ten gunste van

---

364 Sien afd 6.2.1.1.2.

365 Sien afd 6.2.2.1.2.

366 Sien afd 6.2.3.1.2 Vir verdere bespreking van hierdie aspek, sien Wolfe "Participation in Courts" 124.

367 Anoniem *A Guide to Jury System Management.*

368 Wolfe "Participation in Courts" 124.

369 Wolfe "Participation in Courts" 125 wys daarop: "Jury selection in the federal courts of the United States are controlled by Title 28; Article 1864 stipulates that 'from time to time,' as directed by the district court, the clerk is to summon the requisite number of persons to serve on a venire. Persons summoned on venire are obligated for the term of court (usually about a month). Federal courts, like those of the states, attempt to avoid burdening veniremen unnecessarily, and in some districts 'on call' systems have been implemented; jurors may remain at home or at work until notified by the jury commissioner. Veniremen chosen to hear a specific trial are obligated for the length of the trial. Unfortunately, there appears to be a trend toward longer trials in the federal courts; a 1980 report indicated an increase of 14.5% (Over the previous year) for

korter dienstydperke, het die dienstydperk van leke-regters in Duitsland langer geword sedert die stelsel van gemengde regbanke in 1850 in Hanover ingestel is – vanaf een jaar in 1850 tot vier jaar teenswoordig.[370] Voorstanders van die langer dienstermyne in Duitsland baseer dikwels hul standpunt op die laer administratiewe koste van seleksie, omdat seleksie minder gereeld uitgevoer word.

Jurielede se termyn strek vanaf die tydstip dat hulle gekies is vir juriediens totdat hulle uitspraak in die hofsaak gegee het. Daar word oor die algemeen van hulle verwag om aandagtig en onbevooroordeeld te luister na al die getuienis en saam met die ander jurielede te beslis oor die skuld of onskuld van die beskuldigde. Die regter beslis normaalweg oor regsvrae en vonnisoplegging. In Frankryk besluit die jurie egter saam met die regters oor vonnisoplegging by wyse van 'n proses van geheime stemming. Indien daar nie eenstemmigheid is oor vonnis nie, sal die vonnis die hoogste voorgestelde vonnis wees waaroor die meerderheid saamstem.[371]

Dit blyk dat beide jurielede en leke-regters oor die algemeen nie besoldig word vir hulle diens nie, maar dat hulle wel 'n statutêr voorgeskrewe toelaag ontvang om hulle uitgawes te dek (of dan altans gedeeltelik te dek). Die leke-regters in Engeland is byvoorbeeld geregtig op 'n reistoelaag vir bywoning van die hof of opleidingskursusse, 'n algemene dagtoelaag en 'n toelaag vir verlies aan verdienste of noodsaaklike uitgawes om byvoorbeeld iemand te kry om om te sien na 'n eenmansbesigheid of 'n huishouding vir tye wanneer die leke-regter afwesig is weens amptelike verpligtinge. Die tarief waarteen vergoed word, word ingevolge regulasie voorgeskryf en 'n leke-regter kan nie laasgenoemde toelaag eis, tensy so 'n leke-regter 'n verlies gely het nie.[372] Die leke-regters in Amerika is egter in 'n minder gunstige posisie. Hulle is van die plaaslike owerheid afhanklik vir alle finansiële ondersteuning, fasiliteite en besoldiging, indien enige, met die gevolg dat leke-regters in welgestelde areas beter

---

trials lasting four days or more."

370 § 36 *GVG*.

371 Sien afd 6.3.2.3.2.1.

372 Sien afd 6.2.1.1.2.

daaraan toe is as leke-regters wat diens doen in minder welgestelde areas.[373] In die VSA word aan jurielede 'n statutêr-voorgeskrewe dagtoelaag betaal en reiskoste (wat bereken word as 'n bedrag per mylafstand van die hof).[374]

6.4.2.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Die bespreking in hierdie afdeling sluit aan by die bespreking hierbo ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare.[375] Wat die leke-regters in Engeland betref, blyk dit dat die *Lord Chancellor* en die advieskomitees hul beywer om die regbank in die landdroshowe so saam te stel dat dit 'n goeie sosiale mengsel reflekteer: daar word gesoek na kandidate wat nie net geskik is wat betref karakter en temperament nie, maar wat ook verteenwoordigend is van die verskillende groepe van die bevolking – geografiese verspreiding is belangrik, veral in plattelandse gebiede (waar die bevolking Swart of Asiër is, word leke-regters gesoek wat uit dieselfde groepe kom). Dit word ook as wenslik geag dat daar 'n balans moet wees wat betref ouderdom en geslag. Die getal vroue leke-regters het gegroei tot ongeveer 40 persent van die leke-regters in totaal en die aantal Swart leke-regters stem tot 'n groot mate ooreen met die verhouding van Swartes in die gemeenskap as geheel. Die enigste probleem wat ondervind word wat verteenwoordiging betref is om die getal leke-regters uit die werkersklas te vermeerder in vergelyking met die getal professionele persone – dit word deels toegeskryf aan die verskil in werksomstandighede en onwilligheid by hande-arbeiders om tyd by hul werkgewer af te vra in vrees dat hulle hul werk sal verloor (veral in slegte ekonomiese tye).[376]

In Amerika (en meer spesifiek New York) kan enige volwassene, wat binne die area woon en wat verkies word deur sy of haar plaaslike gemeenskap, as leke-regter optree. Alhoewel daar geen voorskriftelike bepaling is ten opsigte van ras, geslag of

---

373 Sien afd 6.2.2.1.2.

374 Sien afd 6.3.2.2.1.2.

375 Sien afd 6.4.2.1.

376 Sien afd 6.2.1.1.3.

sosiale status nie, is die deursnee leke-regter in Amerika manlik, getroud (oor die algemeen met twee of drie kinders) met 'n gemiddelde ouderdom van vyftig jaar.

Soos in geval van die jurie in Amerika, is daar in Duitsland by die opstel van die lys van leke-regters, 'n statutêre bepaling ten opsigte van verteenwoordiging: daar word bepaal dat by seleksie van *Schöffen* daarop gelet moet word dat alle bevolkingsgroepe wat betref geslag, ouderdom, beroep en sosiale status gelyke verteenwoordiging behoort te geniet. Dit blyk egter dat hierdie bepaling nie verpligtend is nie en dat nóg die statutêre prosedures nóg die praktyk van plaaslike owerhede en komitees gerig is op voldoening aan hierdie bepaling. Alhoewel die bedoeling is dat die stelsel leke-regters ewekansig moet selekteer, blyk seleksie in die praktyk eerder ooreen te kom met die *key man*-metode van identifikasie van potensiële jurielede wat in die VSA in sommige state gebruik is. 'n Voorvereiste vir seleksie as leke-regter is Duitse burgerskap en globaal gesien is die burgers van Duitsland, wat ras betref, redelik homogeen. Derhalwe kom vrae rondom etniese verteenwoordiging nie werklik ter sprake nie. Volgens Dubber kan aanvaar word dat etniese minderhede as leke-regters onderverteenwoordig is.[377] Daar blyk verder 'n geneigdheid te wees om leke-regters en professionele regters uit soortgelyke sosiale groepe te selekteer en leke-regters word verder onproporsioneel geselekteer uit die geledere van die staatsdiens.

Wat die posisie in die VSA betref, word daar oor die algemeen vereis dat die jurie saamgestel moet word uit 'n *cross-section of the community*. Die klem val egter steeds op 'n *onpartydige* jurie – met ander woorde, daar word nie vereis dat die jurie se samestelling persentasiegewys 'n getroue refleksie moet wees van die samestelling van die bevolking wat betref ras en geslag nie.

Die jurielede in Frankryk word by wyse van 'n lotery verkies en die jurielede in Engeland word ewekansig geselekteer van die kiesersregister af – in albei gevalle het enige burger, afgesien van ras of geslag, wat nie in een van die uitsluitingskategorieë val nie, dus 'n gelyke kans om op die regbank te dien.

---

377 Sien die bespreking tov die posisie in Duitsland in afd 6.2.3.1.3.

6.4.3 Saaklike onafhanklikheid

By evaluering van die saaklike onafhanklikheid van die regterlike amptenare[378] draai die bespreking hoofsaaklik om twee aspekte, naamlik eerstens, die bevoegdhede en verpligtinge van die regterlike amptenare en tweedens, diskresie-uitoefening en die invloed van regterlike amptenare sonder regsopleiding op die beslissing.

6.4.3.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Die bevoegdhede en verpligtinge hang af van die kategorie van leke-beregting wat ter sprake is. In die bespreking wat hieronder volg sal die bevoegdhede en verpligtinge bespreek word aan die hand van die drie kategorieë van leke-beregting.

6.4.3.1.1 Leke-regters wat alleen of saam met ander leke-regters op die regbank dien

Die leke-regters in Engeland tree alleen op in die geval van summiere verhore van geringe misdade (byvoorbeeld verkeersoortredings waarvoor beperkte boetes opgelê kan word). In geval van voorlopige ondersoeke van ernstige misdrywe, bestaan die paneel uit twee tot drie leke-regters wat oor beide die feite van die saak en vonnisoplegging besluit. In so 'n geval word aan die betrokke hof 'n *clerk of the court* (wat 'n *barrister* of *solicitor* kan wees) toegeken wat die leke-regters kan raadpleeg ten opsigte van substantiewe of prosesreg. Die finale beslissing word egter geneem deur die leke-regters. Alhoewel die *clerks of the court* se taak beperk is tot die gee van advies, is daar egter kritici wat van mening is dat die *justices of the peace* sterk beïnvloed word deur hierdie regsgeleerdes se opinies en uitsprake dienooreenkomstig gee.[379]

---

378 Vir 'n omskrywing van die saaklike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.2.

379 Sien die bespreking van hierdie aspek in afd 6.4.3.2.1 en 6.4.3.2.2.

In Amerika verskil die bevoegdhede van leke-regters van staat tot staat, maar oor die algemeen sluit dit die bevoegdheid in om te beslis oor verkeersoortredings, klein siviele eise en geringe misdade. In New York tree die leke-regters op in die *town and village courts* wat dien as hof van eerste instansie vir die plaaslike bevolking. Die leke-regters beslis oor *misdemeanors*, motorvoertuigoortredings en klein siviele eise – die meeste tyd word egter in beslag geneem deur verkeerssake. Verder het hulle die bevoegdheid tot uitreiking van ondersoek- en arrestasielasbriewe, die hanteer van *arraignments*, die vasstelling van borg in elke tipe strafsaak (van wanordelike gedrag tot moord). Afgesien van *felonies*, waar hul bevoegdheid beëindig word wanneer die saak na die *grand jury* verskuif vir *indictment*, het die leke-regters ten opsigte van die ander misdade die bevoegdheid om die sake te verhoor tot afhandeling daarvan. Met ander woorde, hulle tree van dag-tot-dag heeltemal onafhanklik op ten opsigte van die aanhoor van getuienis, die gee van 'n beslissing en vonnisoplegging. Appèlle vanaf die *town and village courts* kan aangeteken word na die *county courts* wat deur regsgeleerdes beman word en voltyds funksioneer. Die verrigtinge in die *town and village courts* is oor die algemeen meer informeel – die beskuldigdes voel dikwels tot so 'n mate op hul gemak dat hulle nie die nodigheid sien om regsverteenwoordigers te verkry nie.[380]

6.4.3.1.2 Leke-regters wat saam met professionele regters op gemengde regbanke dien

Die leke-regters in Duitsland het dieselfde bevoegdhede as die professionele regters. Daar word van hulle verwag om aandagtig en onpartydig na die saak te luister en daarna saam met die professionele regters te verdaag om te beslis oor die skuld of onskuld van die beskuldigde en vonnisoplegging. Die leke-regters in Duitsland het volgens statuut volle bevoegdhede tot ondervraging, beraadslaging, stemming en vonnisoplegging. Dit blyk egter in die praktyk dat die professionele regters in die oorgrote meerderheid van gevalle die prosedure tydens die verhoor, maar ook

380 Sien die bespreking in afd 6.2.2.2.1.

gedurende beraadslaging en vonnisoplegging oorheers.[381]

6.4.3.1.3 Leke-persone wat as deel van 'n jurie optree

Jurielede moet oor die algemeen aandagtig en onpartydig na die getuienis in 'n saak luister. Na afhandeling van die verhoor, som die regter gewoonlik die hoofpunte van die saak op en gee aan die jurie 'n opdrag om uit te voer tydens die beraadslagingsproses. Hierdie opdrag aan die jurie is belangrik omdat dit rigtinggewend is vir die hele bespreking tydens die beraadslagingproses. Nie alle stelsels se benadering ten opsigte van hierdie opdrag aan die jurie is dieselfde nie, soos sal blyk uit die volgende bespreking.

In die VSA gee die regter sy opdrag aan die jurie aan die einde van die verhoor, waarna die jurie verdaag om te beraadslaag oor die beslissing. Hierdie opdrag bestaan kortliks uit 'n opsomming van die saak waartydens die hoofpunte uitgelig word en word afgesluit met die opdrag dat die jurie 'n uitspraak van "skuldig" of "onskuldig" moet gee op elkeen van die aanklagte en, indien 'n keuse moontlik is ingeval van moordsake, moet die graad van straf bepaal word.[382] Enige uitspraak van "skuldig" moes die afwesigheid van *reasonable doubt* in ag geneem het – dit is dikwels 'n moeilike, debatteerbare vraag.

Die Engelse regters maak gebruik van 'n opdrag, soortgelyk aan dié aangetref in die Amerikaanse howe, maar hulle bied oor die algemeen meer leiding aan die jurie tydens die verhoor.[383] Daarteenoor is die posisie in Frankryk, waar nie gebruik gemaak word van so 'n opdrag nie: Die voorsittende regter, wat tydens die verhoor die prosedure in die hof aktief reguleer deur die beskuldigde en die getuies te ondervra, rig aan die nege lede van die juriepaneel 'n lys van vrae waarop 'n eenvoudige "ja" of "nee" vereis word. Voorbeelde van die standaard-tipe vrae is "Het die beskuldigde

---

381 Sien die bespreking in afd 6.2.3.2.1 en 6.4.3.2.

382 Abraham *Judicial Process* 124.

383 Abraham *Judicial Process* 128.

sy verweer of alibi bewys?"; "Was die beskuldigde teenwoordig op die toneel van die misdaad toe die misdaad gepleeg is?"; "Is die moord gepleeg in selfverdediging?" en "Indien u die beskuldigde skuldig bevind, is daar enige versagtende omstandighede?"[384] Dit is duidelik dat die regter deur hierdie vrae poog om aan die jurie sover as moontlik riglyne te gee om hul te help in hul beslissing. Die jurielede in Frankryk, wat individueel stem in 'n geheime stemming, beantwoord elkeen van hierdie vrae en kom so tot 'n beslissing – by wyse van 'n meerderheidstem, indien nodig, in teenstelling met die vereiste van eenparigheid wat geld by die Amerikaanse federale howe. Indien die verdeling onder die jurielede te naby mekaar lê, soos 7:5 of selfs 6:6, het die voorsittende regter die bevoegdheid om self, met die hulp van die ander twee mede-regters, die beslissing te neem. Dit kan dan gebeur dat die beskuldigde in so 'n geval vrygespreek sal word.

Die praktyksposisie soos hierbo uiteengesit stem grootliks ooreen met die riglyne neergelê in die "Universal Declaration on the Independence of Justice"[385] wat eenparig aanvaar is tydens 'n internasionale kongres in Montréal, Kanada in 1983 wat soos volg bepaal ten opsigte van die beraadslagingsprosedure:

> "4.20 Procedures shall be provided to prevent a trial from being terminated because of unforeseen circumstances which would reduce the number of jurors.
>
> 4.21 Courts shall provide some form of orientation or instruction to persons called for jury service, to increase prospective jurors understanding of the judicial system, and prepare them to serve competently as jurors.
>
> 4.22 In simple language the trial judge shall: i)directly following empanelment of the jury, give preliminary explanations of the jury's role and of trial procedures; ii) prior to commencement of deliberations, direct the jury on the law.
>
> 4.23 A jury's deliberations shall be held in secrecy. Jurors shall not make public, reasons for their decisions.
>
> 4.24 a) A jury shall be sequestered only for the purpose of insulating its members from improper information or influence.
>
> b) Standard procedures shall be promulgated to make certain that the inconvenience and discomfort of the sequestered jurors are minimized."

---

384 Abraham *Judicial Process* 128.

385 Anoniem "Universal Declaration" 460.

Om saam te vat: Die opdrag aan die jurie verskaf die riglyne vir hulle beraadslagingsprosedure. Oor die algemeen bestaan dit uit 'n opsomming van die hoofpunte van die verhoor en 'n opdrag om 'n uitspraak van "skuldig" of "onskuldig" te gee. In Frankryk word die jurie se beraadslagingsproses nog verder afgebaken deurdat die regter 'n lys van vrae aan die jurie rig waarop 'n eenvoudige "ja" of "nee" vereis word. Die vraag wat onvermydelik ter sprake kom en later in hierdie hoofstuk aangespreek word, is welke invloed die jurie en leke-regters onderskeidelik het op die uitspraak in 'n saak.[386]

Die vraag wat hieruit voortvloei is of die lengte van die tydperk wat die leke-regters en jurielede diens doen enigsens 'n invloed uitoefen op hulle onafhanklikheid. Hierdie aspek kom ter sprake in die afdeling wat hierna volg.

6.4.3.2 *Uitoefening van diskresie en die invloed van juries en leke-regters onderskeidelik op die beslissing*

Soos reeds vroeër in hierdie proefskrif aangedui is,[387] beteken die saaklike onafhanklikheid van die regbank dat die regsprekende amptenare in die uitoefening van hulle verpligtinge slegs onderworpe moet wees aan die reg. Die mate waarin die uitoefening van diskresie deur regsprekende amptenare plaasvind, dui dus op die mate van onafhanklikheid van die regbank om sonder enige beïnvloeding van buite tot 'n beslissing te kom. In die bespreking wat hierna volg, word die uitoefening van diskresie deur leke-regters en jurielede, sowel as hulle invloed op die beslissing in 'n saak onder die loep geneem. Die bespreking sal gedoen word aan die hand van die volgende indeling:

- Leke-regters wat alleen of saam met ander leke-regters op die regbank dien;
- Leke-regters wat op 'n gemengde regbank dien; en
- Juries

---

386 Sien die bespreking in afd 6.4.3.2.

387 Sien afd 2.3.2.

Een van die punte van kritiek wat teen jurie-lede en leke-regters geopper word, is dat hulle nie in staat is om regterlike gesag eweredig en sonder om emosioneel daarby betrokke te raak, uit te oefen nie – met ander woorde, dat hulle *ad hoc* optree in plaas daarvan om in die uitoefening van diskresionère besluite meer eenvormig te wees. Sodanige versuim sal natuurlik nie noodwendig werk tot die nadeel van die beskuldigde nie – in teenstelling met nie-nakoming van prosessuele waarborge wat wel tot nadeel van die beskuldigde kan werk. Kritici argumenteer dat 'n simpatieke leke-regter moontlik meer toegeeflik mag wees teenoor beskuldigdes as 'n regter met regsopleiding, wat geneig sal wees om konsekwentheid by die besluitnemingsproses te beklemtoon.[388]

6.4.3.2.1 Leke-regters wat alleen of saam met ander leke-regters op die regbank dien

Kalven en Zeisel voer aan dat jurie-lede meer toegeeflik is as regsgeleerdes wat as regters optree, omdat die jurie nie so reël-geörienteerd is nie en erkenning gee aan waardes wat buite die amptelike reëls val.[389] Of sulke gewilligheid om reëls oorboord te gooi en te vervang met *ad hoc* geregtigheid wenslik is, word baie gedebatteer wanneer juries ter sprake kom.[390] Wat is die posisie as leke-persone alleen op die regbank dien? Wanneer die leke-persoon wat die regsbeslissing neem nie 'n jurielid is nie, maar 'n leke-regter, kan die geneigdheid om nie reël-geörienteerd te wees nie, meer gevare inhou, omdat so 'n leke-regter se mag nóg deur kollegas nóg deur die

---

388 Provine *Judging Credentials* 107.

389 *The American Jury* 495: "The jury, in the guise of resolving doubts about the issues of fact, gives reign to its sense of values. It will not often be doing this consciously; as the equities of the case press, the jury may, as one judge put it, 'hunt for doubts.' Its war with the law is thus both modest and subtle. The upshot is that when the jury reaches a different conclusion from the judge on the same evidence, it does so not because it is a sloppy or inaccurate finder of facts, but *because it gives recognition to values which fall outside the official rules*...we suspect there is little or no intrinsic directionality in the jury's response. It is not fundamentally defendant-prone, rather it is *non-rule minded*; it will move where the equities are. And where the equities are at any given time will depend on both the state of the law and the climate of public opinion." (Eie kursivering.)

390 Provine *Judging Credentials* 107; Broeder "The Functions of the Jury: Facts or Fiction?" 1954 *University of Chicago LR* 386.

leiding van 'n gesaghebbende regsgeleerde gekontroleer word. Provine[391] stel dit soos volg:

> "Lacking the lawyer's sensitivity to rules applicable across the board, the lay judge may well fall prey to all-too-human weaknesses: bias in favor of locals, racial prejudice, hostility to litigants who fail to show sufficient deference, and inappropriate reliance on one's own personal likes and dislikes in making judgments."

Die volgende bevindings ten opsigte van diskresie-uitoefening by vonnisoplegging blyk uit Provine se studie ten opsigte van die *justices of the peace* in Amerika (waar sy leke-regters met regsgeleerdes wat as regters optree, vergelyk het):

- Dit het geblyk dat die regsgeleerdes en leke-regters wat onderskeidelik as *justices of the peace* opgetree het, baie min verskil het wat betref vonnisoplegging, behalwe dat regsgeleerdes tydens die besluitnemingsproses baie meer aspekte in ag geneem het as wat die geval was by leke-regters.[392]
- Die meeste *justices of the peace*, regsgeleerdes en leke-regters, was onwillig om persoonlik betrokke te raak by hul beskuldigdes se probleme.

  Daar was verskille tussen die *justices of the peace* ten opsigte van die gewig wat hulle geheg het aan hul beskuldigdes se verduidelikings vir hul wangedrag – slegs twee regters, 'n leke-regter en 'n regsgeleerde, het aangedui dat hulle feitlik geen waarde heg aan verskonings nie; hulle het aanvaar die meeste van die beskuldigdes vertel die meeste van die tyd onwaarhede. (Dié betrokke *justices of the peace* het swaar strawwe opgelê.)
- Ten opsigte van die hoeveelheid straf wat opgelê behoort te word, was daar verskille onder die regters, maar daar was nie 'n defnitiewe benaderingsverskil wat die regsgeleerdes en leke-regters van mekaar onderskei het nie, behalwe dat die leke-regters oor die algemeen kleiner boetes opgelê het.[393]
- Daar was geen getuienis ter ondersteuning van die kritiek dat leke-regters meer as regsgeleerdes geneig is om bevooroordeeld te wees ten gunste van

---

391 *Judging Credentials* 108.

392 Op 110 *Judging Credentials* kom sy tot die gevolgtrekking dat "lawyers typically consider more factors relevant to a sentencing decision than nonlawyers do."

393 *Judging Credentials* 114.

plaaslike inwoners, of rassisties bevooroordeeld is, of oorsensitief is omdat beskuldigdes nie genoeg eerbied betoon het nie. Beide leke-regters en regsgeleerdes het soms kwaad geword vir beskuldigdes, maar dit is nooit gereflekteer in die vonnisse wat opgelê is nie.[394]

- Die feit dat die *justices of the peace* (en veral die leke-regters, omdat hulle in kleiner gemeenskappe dien) 'n groot gedeelte van die beskuldigdes en ander partye wat voor hulle verskyn het, geken het, het oor die algemeen klaarblyklik nie probleme opgelewer nie. Die benadering was oor die algemeen 'n vriendelike groet van die regter se kant af en daarna het die regsprekende amptenaar oorgeslaan na 'n formele houding en taal sodat die beskuldigde moes verstaan om nie gunste te verwag nie en dat 'n boete nie persoonlik opgeneem moes word nie.[395] Sy erken dat haar studie beperk was ten opsigte van die gelykheid of ongelykheid van vonnisoplegging, maar wys daarop dat volgens haar getuienis "neither lay nor lawyer judges routinely exhibit gross forms of bias toward locals or other types of defendants and that both lay and lawyer judges are well aware of the problem of favoritism".[396]

'n Studie wat gedoen is in Ontario om die verskillende benaderings van leke-regters en regsgeleerdes (wat as regsprekende beamptes optree) te bepaal, het bevind dat leke-regters meer aan regsreëls verknog is as regsgeleerdes:

> "It appears that lay magistrates adhere strictly to the formal requirements of the law. In contrast, legally trained magistrates are likely to interpret the law more flexibly, responding more to what they believe to be its true meaning and

---

394 *Judging Credentials* 115.

395 *Judging Credentials* 115 verduidelik haar bevinding ten opsigte van hierdie netelige aspek soos volg: "The question of bias in favor of local residents is more difficult to assess. What is a judge to make of personal knowledge of the background and character of some defendants but not others? The judges I interviewed, both lay and lawyer, claimed to bend over backward not to favor local defendants...Yet I could see that many of the locals who came before these judges expected some form of personal recognition. The situation is delicate because these defendants are neighbors and voters, and many would not hesitate to tell others in the community about their courtroom experience if they found 'their' judge to be aloof or high-handed. The judges I observed solved this dilemma by acknowledging the relationship to defendant with body language and a friendly greeting, and then shifting to a rather formal mien. The shift to more formal language and manner effectively signaled acqaintances that they should not expect favored treatment and that a fine was not to be taken personally."

396 *Judging Credentials* 115-116.

spirit."[397]

Hierdie bevinding ten opsigte van leke-regters wat alleen of saam met ander leke-regters op die regbank dien, is natuurlik in teenstelling met die bevinding van Kalven en Zeisel ten opsigte van juries waarna hierbo verwys is, naamlik dat juries meer toegeeflik is as regsgeleerdes, omdat hulle nie so reël-geörienteerd is nie en derhalwe erkenning gee aan waardes wat buite die amptelike reëls val.

Die Ontario-studie het verder bevind dat regsgeleerdes by die besluit ten opsigte van vonnisoplegging meer faktore in ag neem, meer gewillig is om advies van aanklaers en paroolbeamptes te volg, en meer positief was ten opsigte van parool. Een van die bevindings uit hierdie studie stem ooreen met dié van Provine: leke-regters was minder beskuldigde-geörienteerd as regsgeleerdes in dié sin dat leke-regters drie keer swaarder vonnisse opgelê het as regsgeleerdes.[398]

Provine kom tot die gevolgtrekking na 'n empiriese studie en analisering van ander soortgelyke studies ten opsigte van leke-beregting, dat die bevindings uit al hierdie studies "failed to expose any major differences between lay and lawyer judges in attitudes or behavior. Other published evidence is consistent. None of it supports the charge that nonlawyers are unable or unwilling to adhere to due-process standards, or less likely to be fair in the exercise of discretion."[399]

Tot dusver het die bespreking gedraai om leke-regters wat alleen of saam met ander leke-regters op die regbank dien. Die vraag is egter wat is die posisie waar leke-regters onder toesig of met bystand van regsgeleerdes sake bereg en bevoeg is tot vonnisoplegging, soos in die geval van die Engelse *justices of the peace*? Die leke-regters in Engeland tree alleen op in die geval van summiere verhore van geringe misdade (byvoorbeeld verkeersoortredings waarvoor beperkte boetes opgelê kan

---

397 Hogarth *Sentencing as a Human Process* 213.

398 *Judging Credentials* 119.

399 *Judging Credentials* 120.

word). In geval van voorlopige ondersoeke van ernstige misdrywe, bestaan die paneel uit twee tot drie leke-regters wat oor beide die feite van die saak en vonnisoplegging besluit. In so 'n geval word aan die betrokke hof 'n *clerk of the court* (wat 'n *barrister* of *solicitor* kan wees) toegeken wat die leke-regters kan raadpleeg ten opsigte van substantiewe of prosesreg. Die finale beslissing word egter geneem deur die leke-regters, maar dit blyk dat die leke-regters wel tot 'n redelike mate beïnvloed word deur gemelde beampte as gevolg van laasgenoemde se regsopleiding.[400] Dit blyk dat selfs regsgeleerdes wat oënskynlik net bystand verleen aan die regbank waarop leke-regters dien, aansienlike invloed uitoefen op leke-beregting.

In Engeland het die *clerk of the court* (wat 'n *barrister* of *solicitor* kan wees) die bevoegdheid om die hofroetines te hanteer en die *justices of the peace* te adviseer, maar hulle word al geruime tyd gekritiseer "that they actually run the court".[401] Baie kommentatore het oor die jare al kritiek uitgespreek teen die Engelse leke-regters en hedendaagse pogings om die verteenwoordiging op die regbank sowel as hul diens te verbeter, het nie die negatiewe kommentaar hok geslaan nie. Dit het egter steeds kritiek uitgelok van diegene wat bekommerd is oor die moeilike tegniese aspekte wat mag opduik voor leke-regters en waaroor hulle sal moet beslis.[402]

6.4.3.2.2 Leke-regters wat op 'n gemengde regbank dien

Ten opsigte van die gemengde regbank in Duitsland, waar leke-regters saam met professionele regters op die regbank dien, is bevind dat die leke-regters gewoonlik

---

400 Sien afd 6.2.1.2.1.

401 Provine *Judging Credentials* 186. Sy verwys na Laski wat reeds in 1932 hierdie probleem uitgelig het: "In any case which involves more than common sense, they tend to be at the mercy of the clerk of the court who acts as their technical advisor." Hy was verder van mening dat "the place for the lay mind is emphatically in the jury and not on the bench" – "Judiciary" in *Encyclopedia of the Social Sciences* 1932 7:465

402 Provine *Judging Credentials* 186 wys op die beswaar van 'n Engelse appèlregter wat per geleentheid gesê het: "A question which the Divisional Court or Court of Criminal Appeal, assisted by experienced counsel, would have difficulty answering has to be answered by the retired farmer, the checkweighman and the school-caretaker."

saam met die regters stem wat betref uitspraak en vonnisoplegging. Indien die leke-regters nie saamstem met die professionele regters nie, is dit gewoonlik ten opsigte van vonnisoplegging en dan is die leke-regters gewoonlik meer toegeeflik. Zeisel en Casper[403] wat 'n omvangryke studie ten opsigte van die gemengde regbank in Duitsland gedoen het, kom tot die volgende gevolgtrekkings:

- Slegs in 6.5 persent van die 1 245 sake wat hulle ondersoek het, het leke-regters en professionele regters verskil ten opsigte van skuld;
- In 20.1 persent van 1 093 sake het hulle aanvanklik nie saamgestem oor vonnisoplegging nie – in meeste van hierdie gevalle het leke-regters toegegee of is hulle uitgestem;
- Die leke-regters se teenwoordigheid het slegs 'n invloed gehad op 1.4 persent van die beslissings en 6.2 persent van die vonnisse – in hierdie gevalle het die stemme van leke-regters daartoe gelei dat beskuldigdes, in ongeveer twee keer meer gevalle, vrygespreek is as wat daar skuldigbevindings was, en dat vonnisse in ongeveer drie keer meer gevalle verminder is.

Uit bogenoemde resultate en bevindings uit ander studies[404] wat tot dusver onderneem is om die invloed van leke-regters op gemengde regbanke te bepaal, blyk dit dat waar leke-regters en professionele regters saam op die regbank dien en saam beraadslaag om tot 'n beslissing te kom, dat daar oor die algemeen eenstemmigheid is onder hulle. Met ander woorde, alhoewel die leke-regters in getal net soveel of meer is as die professionele regters en hulle die professionele regters teoreties

---

403 "Lay Judges in the German Criminal Courts" 1972 *Journal of Legal Studies* 1 135-139. Sien ook Provine *Judging Credentials* 116.

404 Volgens 'n studie ten opsigte van leke-regters in Pole, sien Pomorski "Comment: Lay Judges in the Polish Criminal Courts: A Legal and Empirical Description" 1975 *Case Western Reserve Journal of International Law* 198. 'n Soortgelyke studie is gedoen om die invloed van leke-regters op 'n gemengde regbank (appèlhof), bestaande uit drie professionele en drie leke-regters, in Denemarke te bepaal. Die bevindings van die ondersoek het aangedui dat leke-regters en professionele regters saamgestem het in 85 persent van die 123 sake wat ondersoek is, met ten minste een van die leke-regters ten gunste van onskuldigbevinding in die res van die sake. Regter Lucas, die regter wat vir 'n paar jaar as voorsittende regter op hierdie gemengde regbank opgetree het, die data versamel het en die bevindings bekend gemaak het, kom tot die gevolgtrekking dat leke-regters geen beduidende bydrae tot die beslissings in sy hof gemaak het nie. Sien 'n uiteensetting van sy bevindings in Kalven en Zeisel *The American Jury* 516-519. Sien egter ook Anderson "Lay Judges and Jurors in Denmark" 1990 *The American Journal of Comparative Law* 839.

gesproke kan uitstem,[405] stem die leke-regters in die oorgrote meerderheid van gevalle gewoonlik saam met die professionele regters. In die klein persentasie van gevalle waar daar nie eenstemmigheid is nie, is leke-regters geneig om ten gunste van die beskuldigdes te beslis.[406]

Myns insiens kan hierdie ongelyke beïnvloeding (ten opsigte van regspraak) van leke-regters aan die een kant en professionele regters aan die ander kant (wat saam dien op 'n gemengde regbank) toegeskryf word aan die ongelyke verhouding waarin hulle teenoor mekaar staan op die regbank en tydens die beraadslagingsproses.[407] Provine[408]som hierdie ongelyke verhouding soos volg op:

> "... it is important to bear in mind that lawyer and nonlawyer judges do not play identical roles on a mixed bench. Their relationship is in some respects more like that of judge and jury. The nonlawyer judges, like jurors, can usually outvote the lawyers, but in other respects they are subordinant. A lawyer always presides, enjoying the power to summarize evidence and write the court's opinion. Even more important, perhaps, are differences in tenure. The lawyers are professional full-time judges, while the nonlawyers, like jurors, are essentially amateurs. In Germany, for example, nonlawyer judges are supposed to serve only one day per month over a four-year term. The nonlawyer judges are to be ordinary citizens, free from the day to day responsibilities of judicial office; as such they presumably add legitimacy and independent judgment to criminal adjudication.
>
> Non-lawyer judges who serve alone on the other hand, are equal to and independent of lawyer judges at the same level."

Kritiek van onbevoegdheid word dikwels uitgespreek teen leke-regters wat op gemengde regbanke optree:

> "Some lawyer judges complain that their nonlawyer colleagues are too

---

405 Aangesien 'n meerderheidstem nodig is vir 'n skuldigbevinding, kan die leke-regters in der waarheid 'n onskuldigbevinding afdwing.

406 Volgens Anderson "Lay Judges and Jurors in Denmark" 859 vn 18 is dit oor die algemeen ook die geval in Denemarke – daar blyk egter uitsonderings te wees in Denemarke en dit is ten opsigte van sake waar verdowingsmiddels betrokke is of waar gewelddadig opgetree is teen weerlose slagoffers.

407 Ten opsigte van die oorheersende rol wat die Duitse professionele regter, wat as voorsittende beampte optree op die gemengde regbank, sien Langbein "Mixed Court and Jury Court" 200. Ook Pomorski dui aan dat die voorsittende professionele regter in Pole in die meeste gevalle 'n oorheersende rol speel – "Lay Judges in the Polish Criminal Courts" 204.

408 *Judging Credentials* 117-118.

> emotional and are easily swayed by the histrionics of a skilled attorney; others claim that the nonlawyers are simply irrelevant in the search for intelligent decisions. Where nonlawyer judges sit alone, lawyers allege that they are arbitrary and dangerously ignorant of the law."[409]

Dit blyk dat ten spyte van die statutêre waarborg van absolute gelykheid tussen professionele en leke-regters in Duitsland, laasgenoemde 'n minimale rol speel tydens die hofprosedure en beraadslagingsproses. Dit word hoofsaaklik toegeskryf aan die oorheersende rol van die professionele regter[410] wat as voorsittende beampte optree, die feit dat leke-regters verbied word om na die dossier te kyk en die feit dat leke-regters waarskynlik oorweldig voel deur hul onkunde van die hofprosedure, hofterminologie en verwysings na statutêre bepalings terwyl hulle omring is deur professionele kollegas met hul meerdere kennis en uitgesprokenheid.[411]

Die gemengde regbank in Denemarke is gebaseer op die Europese model en derhalwe soortgelyk aan dié in Duitsland. Anderson[412] wat die gemengde regbank in Denemarke ontleed, verwys na twee Deense kommentatore, Koktvedgaard en Gammeltoft-Hansen, wat van mening is dat die teenwoordigheid van leke-regters op die gemengde regbank die professionele regters (saam met wie hulle sit) positief beïnvloed ("wholesome influence"), omdat die professionele regters dan gestimuleer word om hulle volle aandag aan elke saak te gee en nie te verval in die groef van

---

409 Provine *Judging Credentials* 187. Sy wys ook daarop dat leke-regters dikwels net vaagweg bewus is van die kritiek wat teen hulle uitgespreek word en dat hulle bydrae tot die regspleging nie hoog aangeskrewe is nie. In dié verband verwys sy na Pomorski se verslag waaruit dit blyk dat die oorgrote meerderheid van die leke-regters in die strafhowe in Pole "believe that they exert substantial and beneficial influence on the verdicts by bringing them into harmony with public opinion at large. The legal profession is, on the other hand, less enthusiastic. Although the majority of legal professionals polled support the *idea* of lay participation in the administration of criminal justice, they are extremely critical of the actual implementation of the idea." – Pomorski "Lay Judges in the Polish Criminal Courts: A Legal and Empirical Description" 1975 *Case Western Reserve Journal of International Law* 202. Haar studie het aan die lig gebring dat 'n soortgelyke tendens te bespeur is onder Amerikaanse leke-regters en Hollandse leke-regters.

410 Pizzi "The OJ Simpson Trial and the American Legal System" 1995 *New LJ* 990 991 bevestig dat in die Europese stelsels van gemengde regbanke "judges have tremendous control over the conduct of the trial as well as the outcome."

411 Sien afd 6.2.3.2.1.

412 "Lay Judges and Jurors in Denmark" 860.

alledaagse-en-roetine beslissings[413] nie:

> "Extensive experience as a judge (and often previously as prosecutor) perhaps imports a certain danger of short circuiting the evaluation of evidence. When one has for years in daily work found that the geat majority of...accused persons are patently guilty, it is hardly surprising if one's view is now and then distracted from the few oases in the deserts of criminality...[T]he lay judge precisely from his infrequent confrontation with criminality *can* have a more open mind beforehand on the question of the accused's guilt."

In Denemarke waar die gebruik van die juriestelsel aansienlik afgeskaal is[414] en tot 'n groot mate vervang is met die stelsel van leke-regters op 'n gemengde regbank, is daar ook meningsverskil[415] oor die invloed van leke-regters op die beslissing in 'n betrokke saak en op die strafregspleging in die algemeen. Anderson[416] wys op die volgende:

> "In the past, experts have wrestled with the question of the professional judges' influence on lay judges. If they are not influenced by the professionals, some lay decisions may be misguided or capricious. If they are dominated by professional judges, lay contributions may be negligible. The truth lies

---

413 Anderson "Lay Judges and Jurors in Denmark" 863 wat die Deense stelsel ondersoek om moontlike oplossings daaruit te put vir die Amerikaanse reg, omskryf hierdie standpunt soos volg: "Repetitiveness makes judging tedious, while the continual confrontation with human misery and the burden of imposing sentence bring pressure – a stressful combination. Professional judges might find some relief both as to boredom and tension by sharing the load and lay judges could contribute to the fairness, actual and perceived of the American criminal justice system, including run-of-the-mill cases. Even in cut-and-dried prosecutions, the collegial context – requiring an explanation to lay colleagues by the professional judge – could add a measure of deliberation to the otherwise understandably hasty and reflexive responses of judges to overloaded dockets and recurrent fact situations."

414 Op 856 wys Anderson "Lay Judges and Jurors in Denmark" daarop dat daar slegs by die verhoor van die ernstigste misdade gebruik gemaak van jurie-verhore – dit beteken in effek in slegs 0.75% van sake wat verhoor word. Op 840 verduidelik hy verder dat die juriestelsel vir die verhoor van strafsake in 1919 oorgeneem is vanaf Engeland "as part of a rejection of the civil law inquisitorial system and in favor of the common law accusatorial system". Daar is in 1937 besluit ten gunste van die stelsel van leke-regters (wat gebaseer is op die Europese modelle van leke-regters) as 'n meer effektiewe en goedkoper manier vir die uitbreiding van leke-beregting.

415 Anderson "Lay Judges and Jurors in Denmark" 860 verwys na Gomard wat leke-beregting verdedig deur aan te voer dat dit die voordelige effek het "of reinforcing the confidence of the population in the legal system." Anderson gaan egter voort: "While the mere presence of the laity does lend credence to the system, this analysis is premised partly upon the naiveté of the general population, whose approbation is probably based on the assumption that lay judges do more than sit and watch. For more sophisticated observers, including journalists and scholars who influence public opinion, macro and micro evaluations of the utility of lay judges are linked, because judgments at large are based upon judgments in fine."

416 "Lay Judges and Jurors in Denmark" 861.

somewhere in between. The use of lay judges implies mutual influence. What are the proper bounds? How may the professional judges circumscribe lay discretion, without exerting undue influence?"

Op die Deense gemengde regbank beraadslaag die professionele regters en leke-regters saam. Wanneer gestem moet word, stem die leke-regters eerste, daarna stem die junior professionele regters voordat die senior professionele regters aan die beurt kom. Anderson verwys na die standpunt van 'n voormalige regter van die *High Court* wat opmerk dat "[t]he time is...long past when a judge thought that his task was to grind away at the lay judges". Hy verwys verder na Peterson wat 'n soortgelyke standpunt opper, naamlik dat gebaseer op sy eie ondervinding van "lay judge cases, the deliberations between professional and lay judge flow as a formless discussion, most often with alternating comments...".

Alhoewel die statistiek aandui dat in die meeste sake, soos in die geval van Duitsland se gemengde regbank, daar eenstemmigheid is tussen die leke-regters en professionele regters ten opsigte van beslissings,[417] wil dit egter voorkom asof die persepsie van die gemengde regbank in Denemarke deur die leke-regters en deur die regsgeleerdes meer positief[418] is as wat in Duitsland die geval is.

6.4.3.2.3 Juries

Die redenasie, naamlik dat 'n simpatieke regsprekende amptenaar sonder regs-opleiding moontlik meer toegeeflik mag wees teenoor beskuldigdes as 'n regter met

---

417 Anderson "Lay Judges and Jurors in Denmark" 861 wys op die volgende statistiese ontleding: "...dissenting votes are cast in 13% of the cases. Professional judges are in the minority in 15% of the cases in which there is dissention. The individual lay judge is in the minority in 42% of the cases in which there is dissention. Professional judges are outvoted in nearly 2% of the cases. Lay Judges are outvoted in almost 5.5% of the cases. This may be as close as one can get to a mathematical indication of the relative potency of professional and lay judges."

418 Volgens 'n empiriese studie wat onderneem is onder Deense leke-regters het minder as 2% van die leke-regters gevoel dat hulle geen invloed gehad het op die beslissings in sake waar hulle op die regbank gedien het nie. Anderson "Lay Judges and Jurors in Denmark" 861 vn 97. Hy wys verder daarop dat "the overall approval of the institution is high on both sides. Ninety percent of lay judges evaluate the cooperation of professional judges highly. Most judges, prosecutors, and defense attorneys are supportive of the institution."

regsopleiding, omdat laasgenoemde geneig sal wees om konsekwentheid by die besluitnemingsproses te beklemtoon[419] terwyl eersgenoemde nie in staat is om regterlike gesag eweredig uit te oefen nie weens emosionele betrokkenheid, is al toegepas om te verduidelik waarom jurielede geneig is om meer toegeeflik te wees as die regsgeleerdes wat saam met hulle op die regbank sit en dieselfde getuienis aanhoor. Die geneigdheid van jurielede om meer toegeeflik te wees, het al uit verskeie empiriese studies geblyk[420] en was alreeds 'n eeu gelede 'n voldonge feit. Forsyth het alreeds in 1878 opgemerk:

> "With respect to the jury system as a means of protecting innocence, it may be safely averred that it is the rarest of accidents when an innocent man is convicted in this country...But can it with equal truth be asserted that juries never acquit in ordinary cases when they ought to condenm? I fear not. This is no doubt the vulnerable point of the system, that feelings of compassion for the prisoner, or of repugnance to the punishment which the law awards, are sometimes allowed to overpower their sense of duty. They usurp in such cases the prerogative of mercy."[421]

Of sulke gewilligheid, soos hierbo genoem, om reëls oorboord te gooi en te vervang met *ad hoc* geregtigheid wenslik is, word baie gedebatteer wanneer juries ter sprake kom.[422]

Dubber[423] wys daarop dat die jurie in die VSA 'n defnitiewe invloed uitoefen op die uitspraak in 'n betrokke saak in teenstelling byvoorbeeld met die leke-regters op 'n gemengde regbank in Duitsland:

---

419 Provine *Judging Credentials* 107.

420 Sien die studies ondemeem deur Baldwin en McConville *Jury Trials* 1979 37-51 en Kalven en Zeisel *The American Jury* 1971. Op 58-59 dui laasgenoemde aan dat in 78 persent van die gevalle die jurielede en regters saamstem. In die 22 persent van gevalle wat oorbly, was die jurie in 19 persent van gevalle meer toegeeflik as die regters: "The jury is less lenient than the judge in 3 per cent of the cases and more lenient than the judge in 19 per cent of the cases. Thus, the jury trials show on balance a net leniency of 16 per cent. This means that in the cases which the defendant decides to bring before the jury, on balance, he fares better 16 per cent of the time than he would have in a bench trial."

421 Provine *Judging Credentials* 226.

422 Provine *Judging Credentials* 107; Broeder "The Functions of the Jury: Facts or Fiction?" 1954 *University of Chicago LR* 386.

423 "German Lay Judges" 587.

> "If anything, the American regime of lay participation is preferable because, although symbolic on the systemic level, it has a very noticeable impact in individual cases. In the United States, lay participation has become largely symbolic because only a small percentage of criminal defendants actually have their fate decided by lay participants. No one would suggest, however, that in those few cases that do make it to a jury, lay participation remains a mere symbol. By contrast, German lay participation has become symbolic not only because few criminal cases are decided by a tribunal with lay participants, but because even in those cases that do make it before the collaborative courts, lay participants play a negligible role. Therefore, even if every single criminal case were tried before a German collaborative court, lay participation still would have merely symbolic significance because lay judges would remain under the often overpowering influence of the professional judges, particularly the presiding judge. By contrast, as long as the American jury retains its independence during guilt deliberations, the influence of the presiding professional judge will remain limited."

Die juriestelsel het sedert sy ontstaan al verskeie veranderinge ondergaan om aan te pas by die behoeftes en omstandighede van die land waarin dit gebruik word.[424] Die jurie is 'n instelling met net soveel voorstanders as teenstanders, en min onderwerpe kan so 'n uiteenlopende debatvoering uitlok as die juriestelsel. Teenstanders is van mening dat juries tot 'n groot mate 'n uitgediende instelling is, wat onnodige vertraging veroorsaak en heeltemal onvoorspelbaar is. Voorstanders is van mening dat dit 'n goeie geleentheid bied vir lede van die gemeenskap om deel te neem aan die regspleging en sodoende 'n opvoedkundige rol vervul.[425]

In die VSA gee die regter sy opdrag aan die jurie aan die einde van die verhoor

---

424 Strier *Reconstructing Justice* 110 verduidelik: "Two forces impelled the spread of the lay jury beyond England and America. An expanding British Empire exported it to Asia and Africa (as well as America), while the French Revolution triggered the growth of the lay jury (as a populist check on government) to most of the other nations of continental Europe. Jury use in most of these countries, however, was limited to trials of major crimes. Eventually, the lay jury failed in all but the United States and the British Commonwealth countries. Even England has virtually eliminated it in civil cases. But other forms of lay participation in the judicial process persist, most notably the mixed lay-professional 'juries' of France and Germany. These trials use a combination of lay and professional members...The United States thus remains the last bastion of extensive lay jury use in criminal and civil cases. Yet there are major exceptions in American courts. Jury trial is generally unavailable as a matter of right to criminal defendants if the maximum sentence they can receive cannot exceed six months."

425 Strier *Reconstructing Justice* 107.

waarna die jurie verdaag om te beraadslaag totdat 'n beslissing geneem is.[426] Daar word van juries verwag om die feite te bepaal van die getuienis wat voorgelê word. Verder word daar aangeneem dat hulle die reg verstaan en in staat is om die reg op die feite toe te pas om tot 'n beslissing te kom. In beide gevalle veronderstel die reg dat jurielede in staat is om vooroordele wat buite die hof bestaan op te skort wanneer hulle op die regbank dien.

Volgens Strier[427] kan sowel inherente beperkings, as eksterne beperkings (wat van buite af opgelê word) veroorsaak dat die jurie nie behoorlik funksioneer nie – daar word dikwels hierna verwys as die onbevoegdheid (*incompetence*) van die jurie. Die inherente beperkings lê opgesluit in die feit dat die jurie aangewend word in 'n rol wat vir die jurielede nuut en dikwels moeilik is. Eksterne beperkings in die vorm van prosessuele hofreëls bemoeilik dikwels die taak van die jurie nog verder.

Die jurie in Amerika se basiese funksie is eerstens om te besluit *wat die feite is*, en tweedens, om *die reg op die feite toe te pas*. Met ander woorde, die jurie se rol is tweeledig: eerstens tree hulle op as feite-bevinder en tweedens, as toepasser van die reg op die feite.

6.4.3.2.4 Die jurie se rol as feite-bevinder

Inherente beperkings wat die jurie se rol as feitebevinder belemmer, sluit in dat juries nie altyd ingewikkelde aspekte kan verstaan nie. Die kollektiewe begrip en geheue van die jurie as geheel mag beter wees as dié van die individuele jurielid, veral wanneer dit aangevul word met bespreking deur die jurie, maar volgens sekere navorsingsresultate het dit geblyk dat "juries rarely perform up to the ability of their best member." Juries het oor die algemeen ook 'n probleem om rasioneel tussen deskundige getuies se getuienis te onderskei en te selekteer – die deskundige wat oor die vaardigheid beskik om meer oortuigend voor te kom, word dikwels bevoordeel

---

426 Tov die posisie in die VSA, sien afd 6.3.2.2.2.1.

427 *Reconstructing Justice* 111.

ten koste van die deskundige met die mees oortuigende getuienis (met die beste meriete).[428] 'n Verdere inherente beperking lê opgesluit in die jurie se vooroordeel wat veroorsaak kan word deur hul etniese herkoms, oorhaastige gevolgtrekkings wat gemaak word sonder verdere bevestiging[429] en foutiewe aannames.[430]

Eksterne beperkings wat feitebevindings belemmer, lê gewoonlik in tradisionele hofprosedure, byvoorbeeld die beperking op die neem van nota's en vra van vrae deur jurielede, die beperking dat die jurie nie 'n transkripsie van die getuienis mag sien nie, die feit dat sekere getuienis by wyse van uitsluitingsreëls nie tot die kennis van die jurie mag kom nie.

6.4.3.2.5 Die jurie se rol as toepasser van die reg op die feite

Die tweede komponent van die jurie se rol is as toepasser van die reg op die feite. Dit behels weer twee onderskeibare funksies, naamlik begrip van die reg soos uiteengesit in die regter se opdrag en korrekte toepassing daarvan op die feite.

- *Begrip van die reg soos uiteengesit in die regter se opdrag*

Indien die jurie nie die regter se opdrag verstaan nie, kan selfs die mees noukeurige feitebevinding lei tot 'n verkeerde resultaat. Om die reg korrek te verstaan soos wat

---

428 Strier *Reconstructing Justice* 112.

429 'n Studie wat gedoen is om die impak van getuies se spraakpatrone en voorkoms op die jurie te bepaal, het aangedui dat "jurors tend to make decisions about witness credibility based on their style of speech, clothing, occupation and social status – notwithstanding the lack of any actual correlation. For criminal cases, jurors tend to assume the defendant's guilt if he or she has a criminal record or has been charged with multiple offenses." – Strier *Reconstructing Justice* 114.

430 Strier *Reconstructing Justice* 114 wys op die volgende: "Beliefs traditionally affecting jury decisions and decision making are frequently based on erroneous and archaic assumptions. For instance, jurors place more weight on eyewitness testimony than perhaps any other form of evidence. Yet a century of research shows that eyewitness accounts are notoriously unreliable. Another misimpression relates to the weight given confident testimony: The more confidence displayed by the witness, the more accurate jurors treat his or her testimony, even though there is virtually no relationship between confidence and accuracy."

die regter dit verwoord in sy opdrag aan die jurie, is dikwels baie moeilik vir jurielede.[431] 'n Voorbeeld van 'n regsbegrip wat dikwels probleme oplewer is die vereiste van *reasonable doubt*. Die *due process*-klousule[432] vereis dat die vervolging elke element van die misdaad *beyond a reasonable doubt* moet bewys voordat 'n beskuldigde skuldig bevind mag word.[433] Op die vlak van die verhoor, is die belangrikste element van hierdie vereiste die regter se opdrag aan die jurie, want dit is die jurie wat hierdie standaard moet toepas.[434] Smith[435] verduidelik ten opsigte van die regter se opdrag:

> "This charge is important because it is the jurors who must apply the reasonable doubt standard. In order to apply the standard in a rational way, a juror must first understand the concept of reasonable doubt. Unfortunately, this concept is as elusive as it is important.
>
> The definitions of reasonable doubt most often employed by courts are flawed. Typically they contain random combinations of archaic phrases, misleading comparisons, and unhelpful illustrations. While they may be legally accurate, or at least constitutionally acceptable, they lack clarity. This problem

---

431 Strier *Reconstructing Justice* 124 omskryf die probleem soos volg: "Understanding the law is often the most difficult task for the juror; legal instructions can be extroadinarily complex and/or long. Nonetheless, this task constitutes a critical interface between community standards – as represented by the jury – and the accumulated law, with all its nuances, subtleties and idiomatic jargon. The very legitimacy of the jury system is inextricably tied to a successful devolution of the law's administration from the bench to the jury. Albeit taking a relatively small part of the jury's time of service, the significance of this process cannot be underemphasized. All the received wisdom of the ages contained in the law is to no avail if the jury cannot understand the judge's instructions." Sien ook May "'What Do We Do Now?': Helping Juries Apply the Instructions" 1995 *Loyola of Los Angeles LR* 869. Juries in Kanada ondervind soortgelyke probleme – sien Nathanson "Strengthening the Criminal Jury: Long Overdue" 1995 *The Criminal LQ* 217.

432 Die *due process*-klousule van die *Fourteenth Amendment* van die Amerikaanse Grondwet bepaal dat "[n]o State shall...deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law." – U.S. Constitutional Amendment XIV, § 1.

433 Alhoewel die strenge *reasonable doubt*-vereiste reeds lank deel was van Amerikaanse strafverhore, het die *Supreme Court* eers in 1970 bewys van *reasonable doubt* uitdruklik vereis as synde 'n konstitutionele vereiste in elke strafverhoor. In die saak *In re Winship* 397 US 358 (1970) op 364: "[T]he Due Process Clause protects the accused against conviction except upon proof beyond a reasonable doubt of every fact necessary to constitute the crime with which he is charged." Sien ook Patterson v New York 432 US 197 (1977).

434 Die hof beslis in *Sullivan v Louisiana* 113 S Ct 2078 (1993) op 2081 dat "the Fifth Amendment requirement of proof beyond a reasonable doubt and the Sixth Amendment requirement of a jury verdict are interrelated...[T]he jury verdict required by the Sixth Amendment is a jury verdict of guilty beyond a reasonable doubt."

435 "The Process of Reasonable Doubt: A Proposed Instruction in Response to Victor v. Nebraska" 1995 *Wayne LR* 1811.

is not new. Legal scholars have long lamented the quality of reasonable doubt instructions, but they have seen little change."

Voor 1895 moes die jurie besluit oor die reg sowel as oor feite – die gevolg was chaos. Namate meer beslissings omvergewerp is op appèl as gevolg van verkeerde instruksies, het dit geblyk dat gestandaardiseerde instruksies (*pattern instructions)* moontlik 'n oplossing sou wees. In 1938 is die *Book of Approved Jury Instructions* gepubliseer deur 'n komitee van regters en regsgeleerdes in Kalifornië. Teen 1980 het ongeveer 39 state soortgelyke weergawes van *pattern instructions* aangeneem. Strier[436] wys egter daarop dat "[i]mpelled by the desire to avoid appellate reversal, pattern instructions nonetheless sacrificed clarity, simplicity and, most importantly, comprehensibility."[437] Hy stel voor dat instruksies herskryf word in algoritme-vorm met hoofbegrippe wat aansluit by onderliggende begrippe in 'n hiërargies-georganiseerde struktuur – sodanige instruksies sal makliker wees om te verstaan en te memoriseer.[438] Die realiteit is egter dat veranderinge aan die prosedure en bewoording van instruksies in die praktyk in die meeste state nog steeds net in 'n eksperimentale fase is. Die feit dat die reg (soos vervat in die regter se opdrag) eers aan die jurie gegee word *nadat* hulle al die getuienis aangehoor het, bemoeilik hulle taak nog verder in dié sin dat hulle nie so maklik die hooffeite van die ander massa feite kan ondeskei nie.[439]

---

436 *Reconstructing Justice* 125. Hy verwys na verskeie studies wat onderneem is om die jurie se begrip van model-instruksies te verstaan, maar oor die algemeen was die resultaat teleurstellend: "Pattern jury instructions were about as effective in helping jurors understand the law as no instructions at all." Verkeerde beslissings gebaseer op onverstaanbare instruksies kom neer op "gross miscarriages of justice" soos die geval waarna hy verwys waar die jurie die regter se instruksies verkeerd verstaan het en die beskuldigde skuldig bevind het terwyl hulle bedoel het dat hy moet vrygaan.

437 Strier *Reconstructing Justice* 126 wys daarop dat sogenaamde *pattern instructions* vier probleme vir die jurie veroorsaak: "To begin with, instructions are usually replete with legal jargon and esoteric words. Second, the language tends to be abstract instead of concrete. Third, sentences are often lengthy, complex and grammatically constructed in the most confounding way, rife with subordinate clauses and double negatives. Fourth, the instructions are not presented in an organized way."

438 Strier *Reconstructing Justice* 126. Sien ook die voorstelle in May "Helping Juries Apply the Instructions" 884 ev; Nathanson "Strengthening the Criminal Jury: Long Overdue" 243.

439 Strier *Reconstructing Justice* 127 voer aan: "Jurors reach a verdict by applying the dispositive law to the facts as they believe them to be. The law is withheld from them, however, until *after* they hear all the evidence. The object is to keep them open to all information. Instead, this imposed ignorance denies them the capacity to discriminate the key factual issues from the mass information they receive. They must interpret the evidence before they know what their

Ander hofgebruike belemmer ook die jurie se taak: die regter se opdrag word gewoonlik *nie* in skriftelike vorm aan die jurie gegee om saam te neem na die juriekamer toe nie en hulle word verder ook nie in kennis gestel dat hulle kan vra vir hulp met onduidelike instruksies nie. Waar jurielede wel vra vir hulp, word onduidelike instruksies soms net weer voorgelees en empiriese navorsing het aan die lig gebring dat sommige regters weier om instruksies aan die jurie te verduidelik. Strier[440] wys daarop dat die voorlees van onduidelike instruksies in stryd is met die reg in verskeie state en "does nothing to promote the interests of a just trial." Verskeie *Supreme Court*-beslissings het dit al duidelik gestel dat dit die verantwoordelikheid van die regter is om toe te sien dat die jurie die reg verstaan.

- *Toepassing van die reg op die feite*

Die feit dat die jurie die reg (soos vervat in die regter se opdrag) verstaan, is nie noodwendig 'n waarborg dat die jurie dit sal toepas om tot 'n beslissing te kom nie – dit blyk uit wat bekend staan as *jury nullification* en wat neerkom daarop dat die jurie doelbewus die reg kan ignoreer om 'n ongewenste resultaat te vermy.[441] Alhoewel *jury nullification* al sedert 1734 voorkom, weier die howe oor die algemeen versoeke van regsgeleerdes om die jurie in te lig aangaande hierdie bevoegdheid. Die meeste howe benadruk dit dat die jurie moet hou by die reg soos vervat in die regter se opdrag.[442] Strier[443] beredeneer hierdie verskynsel soos volg:

---

decisional choices are. Essentially, the rules of the game are unknown to them until the game is over. Envision attempting to be the scorekeeper of an athletic contest without knowing what acts receive points or penalties until after the conclusion of the game."

440 Strier *Reconstructing Justice* 127.

441 Strier *Reconstructing Justice* 128 verduidelik: "Most commonly, jury disregard of the law in criminal cases is in favour of leniency. Some judges and other procedural policymakers fear that clarifying jury instructions may broaden the jurors' perceived scope of discretion, leading to a form of jury lawlessness known as jury nullification: The intentional disregard of the law by the jury to avoid an unjust result. A paradox of the jurys' role is that jurors are sworn to unhold the law (as instructed by the judge), yet can disregard it with impunity."

442 Strier *Reconstructing Justice* 129 verduidelik dat "...numerous instances of nullification persist. U.S Supreme Court rulings on nullification are unclear at best, inconsistent at worst. In the 1895 *Sparf* case, the Court apparently reversed the age-old practice of permitting the jurors to decide the law as well as the facts, declaring that jurors 'cannot be allowed to increase the penalties or create laws of their own' and 'cannot be allowed to reduce such penalties or nullify the law.'

> "How then is this nullification power to be classified? If it is also a right, then trial judges would not specifically admonish jurors not to exercise it. If it is a power without an accompanying right, then its exercise would subject the user to penalty. But the nonaccountability of jurors precludes any such eventuality. Clearly, the ambiguity stems from the distinct historical experience of the jury in America. Apparently, the nullification power is unique, a right which exists despite jurors being told it does not."

Tydens die beraadslagingsproses word beslissings deur die jurie dikwels geneem gebaseer op foutiewe aannames en gebrekkige geheue-terugroeping, fisiese en emosionele intimidasie deur ander jurielede of blote uitputting. Dit kan daartoe lei dat beslissings geneem word op sterkte van die opskiet van 'n muntstuk of enige ander ongewenste metode. Soms is die jurielede haastig om die beraadslagingsproses af te handel sodat hulle kan terugkeer tot hulle persoonlike lewe en besigheid.[444]

Gesien in die lig van die kwaliteit van baie van die jurie-beslissings, is baie kritici van mening dat die beslissings nie aan appèl onderworpe gestel word nie as gevolg van die algemene gebruik van *general verdicts* wat die jurie in staat stel om hul besluitnemingsproses te verdoesel. Strier[445] kom tot die gevolgtrekking:

> "We commonly perceive the jury as a popular symbol of democracy. In another sense, however, it is the antithesis of democracy: The jury is not accountable to anyone; its members are anonymous. After delivering the verdict, jurors disappear, leaving no one to blame. Conversely, the judge, being subject in most states to re-election, must be prepared with rational and legitimate explanations for her decisions."

Due process wat die standaard is waarmee die regverdigheid van verhore bepaal word veronderstel dat 'n jurie in staat moet wees op die feite te verstaan en die reg

---

Since then, however, the Court has consistently affirmed lower court rulings reaffirming the jurors' innate power of nullification, even though the exercise of that power is a violation of their explicit oath. In *Duncan v Louisiana*, for example, the Court recognized the jury's power to displace unjust law or unjust application of the law by appeal to consience as 'fundamental to our system of justice'." Sien ook afd 6.3.2.2.2.1 en die bronne aangehaal ten opsigte van *jury nullification*.

443 *Reconstructing Justice* 130.

444 Strier *Reconstructing Justice* 131.

445 *Reconstructing Justice* 131.

op die feite toe te pas.

Daar word van die jurie verwag om 'n algemene of allesomvattende beslissing *(general or overall verdict)* ten gunste van die een of die ander party te gee. Die gebruik van *general verdicts* frustreer kritici van die jurie, aangesien hulle nie hulle kritiek kan staaf met akkurate statistiese data nie, want die beraadslagingsproses vind in geheimhouding plaas. Teoreties gesproke, soos reeds verduidelik hierbo, word die juriebeslissing gebaseer op die feite van die saak waar die regter self alreeds die regsreëls vasgestel het, alhoewel dit nie altyd moontlik is om die feite en die reg duidelik te onderskei nie. Kritiek teen hierdie praktyk is dat die jurie bloot sy finale beslissing gee sonder enige fyner besonderhede en dat dit nie duidelik is watter feite die jurie na aanleiding van die getuienis bevind het nie. Baie kritici het al voorgestel dat die spesiale of feitebeslissing *(special or fact verdict)*, wat al vir eeue in England gebruik word en wat weer bevestig is deur die *Courts Act* van 1971, ingevolge waarvan die jurie versoek word om 'n spesifieke feitevraag te beantwoord, 'n baie meer bevredigende metode is om tot 'n beslissing te kom en meer regverdig is vir almal betrokke daarby. By die spesiale-beslissing-prosedure vra die verhoorregter die jurie om sy bevindings bekend te maak ten opsigte van bepaalde feitekwessies wat gedurende die verloop van die verhoor geopper is, feite wat 'n jurie in staat behoort te wees om te oorweeg en oor te beslis met 'n sekere mate van akkuraatheid. Die regter pas dan die betrokke regsreël toe op die feite wat die jurie bevind teenwoordig te wees.

Die verdeling van werk tussen die Engelse jurie en die regter is soortgelyk aan die posisie in die Verenigde State. Die jurie se taak word beperk tot 'n besluit oor die feite in die saak en die lewer van 'n uitspraak. Die regter besluit oor die verloop van die verhoor, besluit oor al die regsvrae,[446] lei die jurie en besluit oor vonnisoplegging. Die

---

446 Terrill *World Criminal Justice Systems* 52 verduidelik die eersgenoemde twee aspekte soos volg: "The first two items may need further clarification. For example, the judge must rule on all motions raised by both sides during the trial. Following the prosecutor's presentation of the case, the judge must decide if the prosecution has presented sufficient evidence against the accused to warrant a continuance of the trial. The judge has the power to exclude evidence from the case if it was obtained illegally or is deemed inadmissible. Also, if inadmissible evidence is presented, and the judge believes the defendant would not get a fair trial, he may discharge the jury."

jurie se beslissing is finaal – daar kan slegs beswaar gemaak word teen die uitspraak indien faktore bewys kan word wat daarop dui dat die beslissing op 'n onbehoorlike wyse geneem is byvoorbeeld indien bewys kan word dat een van die jurielede nie Engels kan verstaan nie of tydens die verhoor besope was.[447] Ook ten opsigte van die Engelse jurie word bedenkinge uitgespreek ten opsigte van die jurie se effektiwiteit om 'n regverdige beslissing te lewer. Bonnington wys daarop dat die redes vir die totstandbring van juries, naamlik om die partye te beskerm teen korrupte regters en om jurielede te betrek as gevolg van hulle "local knowledge of the individuals involved" nie meer betsaan nie. Verder blyk dit dat jurielede dikwels soveel eksterne faktore in ag neem om tot 'n beslissing te kom, dat 'n mens tot die gevolgtrekking kom dat "the system is simply not working."[448]

Volgens Abraham[449] hou die Franse nie baie van die juriestelsel nie en hul gebruik van die inkwisitoriese prosesstelsel laat ook nie veel ruimte vir 'n verhoor-jurie om enige werklike doel op sigself te dien nie. Die Franse se persepsie van die jurie is oor die algemeen dat dit 'n instrument is "designed to confuse the issues in a case". Die jurie in Frankryk het ook al verskeie veranderinge ondergaan. Probleme wat geblyk het uit die vorige posisie, waar wetgewing van 1932 die jurie gemagtig het om alleen te beslis oor uitspraak en slegs in geval van 'n skuldigbevinding saam met regters kon beslis oor vonnis, sluit onder andere in die feit dat die jurie maklik beïnvloed kon word deur emosionele faktore, dat die juries dikwels uitsprake gegee het wat teenstrydig

---

447 Seriti *The Jury System* 22.

448 "The Jury – A Suitable Case for Treatment?" 1995 *New LJ* 847. Op 848 voer hy aan: "Do juries not judge cases by reference to outside factors? Anecdotal evidence most lawyers hold from friends and clients who have sat on juries indicate that sometimes the most bizarre extraneous considerations come into play in the jury's decision-making process...often they are reported to take into account such matters as the accused's mode of dress, personal experience of the police force and the contents of TV dramas in reaching their verdicts. If that is true, then the system is simply not working." In Engeland word ondersoek na die juriestelsel egter verbied deur artikel 8 van die *Contempt of Court Act* 1981. Bonnington is van mening dat hierdie bepaling verander moet word " for the purpose of permitting scientific analysis of the operation of juries." In Australië, waar die juriestelsel ingestel is na kolonialisering deur Engeland, word soortgelyke bedenkinge uitgespreek. Young "Current Issues: Juries" 1997 *The Australian LJ* 9 kom tot die gevolgtrekking "[m]odern concern is that in many ways local juries work against obtaining of a just result."

449 *Judicial Process* 109.

was met die getuienis wat gelewer is en dat die juries probleme ondervind het met ingewikkelde sake. Om hierdie probleme te oorkom is in 1941 beslis dat regters saam met die jurie moet verdaag om saam oor die uitspraak en vonnis te beslis. Daar is gevoel dat hierdie wysiging die beste oplossing sou bied, omdat dit die jurie nog steeds sy onafhanklikheid sou toelaat, maar die teenwoordigheid van die regters sou 'n teenvoeter wees vir enige onkunde, gebrek aan ondervinding en vooroordeel aan die kant van jurielede terwyl die regters ook kon help om getuienis in gekompliseerde sake te interpreteer. Die regters het egter die reg behou om te beslis oor enige regsaspekte.[450] Aan die ander kant wys Terrill[451] daarop dat alhoewel die jurie in Frankryk saam met die professionele regters verdaag om oor die skuld en vonnis van die beskuldigde te beslis, die jurie eintlik maar bloot 'n aanhangsel tot die regters is. Hy beweer dat die jurie in hierdie posisie geplaas word omdat hulle nie toegang het tot die geskrewe dokumente in die dossier nie en daar is geen opsomming van die reg voordat die beraadslagings begin nie – as gevolg hiervan is die jurie hoofsaaklik afhanklik van die professionele regters om beide die reg ten opsigte van die relevante aspekte en baie van die feite van die betrokke saak aan hulle te verduidelik.

Vanuit 'n koste-effektiewe standpunt, is die jurie 'n baie lang en duur proses van beregting. In Denemarke, waar die juriestelsel in 1919 oorgeneem is vanuit Engeland, is in 1929 tot die slotsom gekom dat "[j]uries...were not only expensive, but they were a considerable burden on the citizenry" en die stelsel van leke-regters het die juriestelsel tot 'n groot mate vervang.

Om saam te vat: Dit wil voorkom asof regsprekende beamptes (sonder regsopleiding)

---

450 Sheehan *Criminal Procedure In Scotland and France* 185.

451 *World Criminal Justice Systems* 135 verduidelik: "Although the jurors are mandated along with the judges to decide the ultimate fate of the defendant, they are considered an appendage to the judges. They are placed in this inferior position because they do not have access to the written record of the trial, which contains most of the evidence in a French trial, and they are not provided with a summing up of the law before deliberations commence. Thus, they are dependent on the judges to explain both the law and many of the facts of the case on which they are sitting in judgment." Daar is ook ander kritici wat meen dat, alhoewel die *président* onpartydig moet voorkom tydens die verhoor, daar geen twyfel bestaan dat die *président* en die ander twee professionele regters die jurie tot 'n groot mate beïnvloed in die juriekamer – Phillips ea *Report on the Visit to Paris* 6.

wat op die regbank sit as deel van 'n juriepaneel wat alleen beraadslaag (sonder deelname van professionele regsgeleerdes) soos in die geval van die jurie in die VSA en Engeland, 'n groter invloed uitoefen op die regspraak as in die geval waar hulle as leke-regters beraadslaag saam met professionele regters soos in Duitsland en selfs in Engeland, waar die *justices of the peace* alleen die finale besluit neem, maar hulle tog beïnvloed word deur die *clerk of the court (wat 'n barrister of solicitor* kan wees) wat hulle adviseer oor substantiewe of prosesreg. Dit blyk dat die professionele regters tog oor die algemeen vanweë hul meerdere kennis van die reg en regsprosedures en die leidende rol wat hulle tydens die verhoor en die beraadslagingsproses speel, die leke-regters beïnvloed.

6.4.4 Nakoming van *due process*-waarborge

In die afdeling wat hieronder volg sal die nakoming van *due process*-waarborge van die beskuldigde deur regsprekende amptenare sonder regsopleiding ontleed word. Die nakoming van *due process*-waarborge is belangrik ten einde toe te sien dat die beskuldigde regverdiglik verhoor word terwyl hy of sy beskerm word teen willekeurige gesagsuitoefening deur die owerheid.

Die fokus van die bespreking sal hoofsaaklik handel oor die posisie van leke-regters *(justices of the peace)* in Amerika, en meer spesifiek New York, omdat daar te veel verskille is van staat tot staat.[452] New York is een van die state met die meeste leke-regters in diens: meer as 1600 leke-regters wat gemiddeld drie miljoen sake per jaar hanteer.[453] Hierdie leke-regters se hantering van prosessuele aspekte is van belang, omdat hulle alleen of saam met ander leke-regters op die regbank dien. Hulle hanteer van dag-tot-dag sake sonder toesig deur enige persoon met regskwalifikasies. Om

---

452 Provine *Judging Credentials* 84 dui aan dat daar baie verskille is van staat tot staat wat betref geografiese gebiede wat binne die howe se jurisdiksie val, die tipe sake wat val binne die jurisdiksie en finansiële ondersteuning. Verder is daar ook verskille van hof tot hof wat betref werkslading, fasiliteite en salarisse.

453 Provine *Judging Credentials* xii.

die leke-regters wat as *justices of the peace* optree te evalueer, word hulle benadering en handelswyse in die hof vergelyk met dié van regsgeleerdes wat as *justices of the peace* optree. Die ander twee kategorië van regsprekende beamptes sonder regsopleiding, naamlik leke-regters wat op gemengde regbanke dien en jurielede, kom nie werklik ter sprake by die vraag of die beskuldigde se prosessuele regte tydens die verhoor nagekom is nie, omdat dit aspekte is waarna die professionele regters (op die gemengde regbank) of regter (wat as voorsittende beampte in jurieverhore optree), moet omsien. Met ander woorde, dit is een van die professionele regter of regters se verpligtinge om toe te sien dat die beskuldigde se reg op *due process* tydens die verhoor nagekom word.

Die vraag ten opsigte van leke-regters (*justices of the peace)* in Amerika is nie tot welke mate die leke-regters beskuldigdes se regte beskerm nie, maar hoe leke-regters in howe met beperkte jurisdiksie kies tussen geoorloofde alternatiewe in vonnisoplegging en ander aangeleenthede. Die prosedure in die howe is baie meer informeel as in gewone howe en die meeste tyd word in beslag geneem deur eenvoudige sake soos verkeersoortredings en geringe misdade waar besluit moet word oor feitelike aspekte en daar oor die algemeen bepaalde alternatiewe strawwe voorgeskryf is. Waar regsgeleerdes deur hul regsopleiding geleer het om ingewikkelde probleme te vereenvoudig deur analities te dink, is leke-regters meer geneig om volgens hul intuïsie te werk. Waar regsgeleerdes by die uitoefening van diskresie kriteria vir besluitneming sou standaardiseer en soek vir ooreenkomste in verskillende sake, benader die leke-regter "each case as a unique proposition."[454]

Provine, wat die *justices of the peace* in New York empiries[455] ontleed het, en 'n

---

454 Provine *Judging Credentials* 91. Sy verwys na Smith wat dekades gelede reeds die situasie soos volg opgesom het: "He has no category or class into which he may place it, no analogies from which to draw to solve the new problem before him...Wholly unlike the judge who is trained in the law, he has no precedents to guide him." – "The Justice of the Peace in the United States" 1927 *California LR* 127-128.

455 *Judging Credentials* 86. Sy dui aan dat haar gevolgtrekkings gebaseer is op vraelyste, onderhoude en bywoning van hofverrigtinge, want daar is geen rekord van enige hofbeslissings op hierdie vlak nie: "The state seeks a correct accounting of moneys received and accurate records on individuals convicted of crimes and vehicle offenses, but little more. New York keeps no records at all on numbers of jury trials, plea bargaining, or sentencing patterns in the local

vergelyking gedoen het tussen die benaderings van onderskeidelik leke-regters wat as *justices of the peace* optree en regsgeleerdes wat as *justices of the peace* optree, kom tot die volgende gevolgtrekking wat betref hul handhawing van die beskuldigde se reg op *due process*:

- Dit het geblyk dat in gevalle waar die *justices of the peace* regsgeleerdes is ongeveer 15 persent van die totale hoeveelheid sake strafsake is, in vergelyking met 10 persent in gevalle waar die *justices of the peace* leke-regters is. Verkeersoortredings het egter die grootste deel van die hofrol in beslag geneem.[456]
- Daar was geen getuienis ter stawing van die kritiek dat aanklaers enigiets sal doen om jurieverhore voor leke-regters te vermy nie. Die voorkoms van jurieverhore in hierdie howe met beperkte jurisdiksie is laag, maar in die howe waar leke-regters as *justices of the peace* opgetree het, was dit nie proporsioneel laer as dié in gevalle waar regsgeleerdes as *justices of the peace* opgetree het nie en die tyd wat dit geneem het om voor te berei vir 'n jurieverhoor (met ander woorde, die tydperk wat verloop het vanaf die aanvra tot die plaasvind van die verhoor) was 25 persent minder in die geval van leke-howe.[457]
- Die meeste sake wat op hierdie vlak voorkom is egter sogenaamde "bench

---

courts. Nor is it possible to use central records or the docket books individual justices are required to keep to match litigant characteristics to dispositions. No one gathers detailed information on the criminal defendants and civil litigants that pass through these courts, except in the small minority of criminal cases considered serious enough to merit pretrial or presentence investigation."

456 *Judging Credentials* 93.

457 *Judging Credentials* 94. Ten opsigte van die tyd wat dit neem tussen die aanvraag vir 'n jurieverhoor en die plaasvind daarvan voeg sy by: "No one I interviewed liked jury trials: they require more time, trouble, and stress than any other means of disposing of cases. The time problem can be acute if the part-time judge has a law practice or other full-time occupation because the proceedings can easily consume a whole evening or most of a weekend. Yet judges do not want defense counsel to think they are unwilling or afraid to conduct a jury trial, so they hold them when a plea bargain seems inappropriate, despite the inconvenience. Over half of the nonlawyer justices I interviewed, including the one in my own jurisdiction, had held one or more jury trials."

trials" waar die regter alleen op die regbank sit[458] – die regsaspekte en tyd wat dit in beslag neem is minder as in die geval van jurieverhore.

- Beide leke-regters en regsgeleerdes in hierdie howe het geregtigheid teenoor die beskuldigde as rede aangevoer vir *plea bargaining*.
- Die enigste werklik duidelike onderskeid tussen die perspektief van leke-regters aan die een kant en regsgeleerdes aan die ander kant het betrekking gehad op die neiging die afgelope paar dekades ten gunste van groter grondwetlike beskerming vir beskuldigdes. Twee-en-sestig persent van die leke-regters, teenoor vyf-en-veertig persent van die regsgeleerdes was van mening dat die neiging "somewhat" of "much too far" gegaan het. Slegs ses persent van die regsgeleerdes en drie persent van die leke-regters was enigsens ten gunste van die verdere uitbreiding van enige regte.[459]
- Daar was geen getuienis dat leke-regters meer bereid was om prosessuele onreëlmatighede oor te sien en nietemin voort te gaan met sake om skuldigbevindings te verkry nie.[460] Dit het geblyk dat leke-regters baie gesteld was op die korrektheid van prosessuele en tegniese aspekte.[461]
- Dit het geblyk dat die leke-regters klaarblyklik net so goed soos die regsgeleerdes verstaan dat prosessuele waarborge bestaan om te beskerm teen skuldigbevinding, selfs wanneer dit beteken dat 'n beskuldigde wat verdien om gestraf te word vry moet gaan in die proses.

---

458 *Judging Credentials* 94-95 verduidelik: "Fortunately, the choice between a jury and a plea bargain does not come up too often in the courts at this level because most defendants are not entitled to jury trials. The legal dividing line is the misdemeanor. In cases classified as less serious than misdemeanors – a category that includes most traffic offenses – the defendant is entitled only to a bench trial, so named because the judge conducts it alone."

459 *Judging Credentials* 96.

460 Sy verduidelik in *Judging Credentials* op 97: "Instead, I found pride among lawyer and nonlawyer judges alike in recognizing and acting upon legal errors, such as defective informations or improper transfers from one jurisdiction to another. All read with care the papers offered for their signatures, and most kept a desk book, code books, and other material at hand for consultation. A few took special pride in their legal acumen."

461 "The lay justices differed from the lawyers only in that nearly all of them especially enjoyed criticizing and correcting counsel when they made technical errors. They resented the air of superiority some practitioners displayed before them, and some went to considerable lengths to avoid ignorance in the face of any legal question. One justice, for example, kept three lawyers and a local judge 'on call.' His goal was to be as responsive and knowledgeable as the county judge about procedures affecting his court." – *Judging Credentials* 97.

- Dit het geblyk dat leke-regters nie alleen die prosessuele regte van beskuldigdes verstaan nie, maar dat hulle net so effektief soos regsgeleerdes hierdie regte aan beskuldigdes verduidelik het tydens *arraignment* (die eerste voorbrenging in die hof).[462]
- Daar was nie 'n noemenswaardige verskil tussen leke-regters en regsgeleerdes wat betref die hoeveelheid kere dat borgtog toegestaan is nie, alhoewel die besluit om borgtog toe te staan soms meer gekompliseerd was as wat die aanvanklike ondersoek aangedui het.[463]
- By vonnisoplegging was daar 'n klein verskil tussen leke-regters en regsgeleerdes: negentig persent van die regsgeleerdes en sewe-en-tagtig persent van die leke-regters het aangedui dat hulle nie by vonnisoplegging 'n pleit van onskuldig in aanmerking neem nie – binne die klein persentasie wat hierdie faktor wel in aanmerking neem, was leke-regters meer geneig om swaarder strawwe te verleen: agt-en-tagtig persent van die leke-regters en 60 persent van die regsgeleerdes het aangedui dat hulle swaarder strawwe oplê waar die beskuldigde oorspronklik onskuldig gepleit het.[464]

Provine[465] kom tot die gevolgtrekking dat die leke-regters en regsgeleerdes wat as *justices of the peace* optree ten opsigte van die meerderheid aspekte wat ondersoek is, byna ononderskeibaar is, en waar hulle wel verskil is die resultate van die ondersoek ten opsigte van die leke-regters nie soveel swakker as dié van hul regsgeleerde eweknieë nie. Sy kom tot die slotsom dat:

---

462 Provine *Judging Credentials* 98 omskryf hierdie stadium in die proses as "the stage in proceedings when defendants learn of the charges against them, their right to representation, trial, and other provisions that depend on the charge. Defendants can also plead guilty as charged at this time, an opportunity many defendants use to 'get it over with.' "

463 Provine *Judging Credentials* 99 verduidelik soos volg: "Judges must decide whether they will adhere strictly to the legal justification for bail: to achieve the defendant's return to court – or whether bail will be imposed for different reasons. Some judges, I found, will set bail to sober up a drunken driver, or to protect a wife from an angry husband, or to clear a recreational area from noisy out-of-town revelers. In such cases, the judge may go to jail the next morning to reduce or revoke the bail. Bail may be imposed for educational purposes."

464 *Judging Credentials* 100.

465 *Judging Credentials* 103.

> "The legal issues at this level are apparently not too complex for a lay person schooled in the basics of criminal adjudication to comprehend and apply."[466]

Die resultate in ander studies wat ondersoek ingestel het na die vraag of leke-regters en regsgeleerdes (wat as regters optree) verskil in hul benaderings ten opsigte van die regte van beskuldigdes, is grootliks in ooreenstemming met Provine se bevindings.[467] In die een studie[468] is egter aanbeveel dat die jurisdiksie van leke-regters eng omskryf moet word en dat leke-regters nie meer jurieverhore behoort te hanteer nie – 'n aanbeveling wat gemaak is nie as gevolg van foute wat waargeneem is nie, maar as gevolg van besorgdheid dat "legal issues that might arise might be too difficult for nonlawyers."[469]

Due process waarborge moet nagekom word sodat die beskuldigde regverdig verhoor kan word – om die beskuldigde te beskerm teen willekeurige owerheidsgesag. Dit

---

466 *Judging Credentials* 103. In hfst 5 (122 ev) wys sy daarop dat "[v]iolations of procedural standards and bias seemed to be a function, not of lack of expertise but of judicial characteristics unrelated to training and expertise as a lawyer, including self-confidence and personal sensitivity."

467 *Judging Credentials* 105. In een studie het studente van die Universiteit van Oregon 'n ondersoek geloods ten opsigte van leke-regters *(justices of the peace)* dwarsdeur die staat en bevind dat die leke-regters in staat is om prosessuele aspekte suksesvol te hanteer en dat "most of the problems with procedure stemmed from lack of supervision and guidance, rather than from inherent complexities in the procedural system or neglect on the part of J.P.s." – Sien Student Note "Justice Courts in Oregon" 1974 *Oregon LR* 427-428.

468 In 1979 is 'n studie onderneem spesifiek om leke-regters en regsgeleerdes (wat as regters optree) te vergelyk. Die navorsing is geborg deur die *Institute of Judicial Administration and the National Commission on State Courts* – geen wesenlike verskille tussen leke-regters en regsgeleerdes wat as regters optree, kon gevind word nie: "In general, the lay judges' in-court method and appearance differed little from that of an attorney judge hearing similar cases of limited jurisdiction...Differences between attorney and non-attorney judges in these courts were largely 'stylistic'; attorney judges were more likely to use legal terminology in referring to matters in the case. In some cases, the 'decorum' in the non-attorney courts was more 'judicial' than in the courts with attorney judges. Our impression was that the 'professionalism' and 'decorum' in the court was dependent largely upon the conduct and personality of the individual judge and not upon attorney or lay status." – Provine *Judging Credentials* 105.

469 Provine *Judging Credentials* 105. Ryan en Guterman "Lawyer versus Non-Lawyer Town Justices" 1977 *Judicature* 274 het geen direkte getuienis ten opsigte van verskillle in beregting opgemerk nie, behalwe dat hulle tot die gevolgtrekking kom dat leke-regters "...tend to tilt – slightly – the delicate standard of due process away from the individual defendants. Equally, the knowledge that the nonlawyer will be presiding in the lower court may subtly influence police and prosecutors away from responsible investigative and evidentiary procedures."

blyk uit bogenoemde studies dat daar nie veel getuienis is ter stawing van die kritiek teen leke-regters dat hulle nie voldoende aandag gee aan beskuldigdes se regte op *due process* nie. Dit blyk ook uit bogenoemde dat leke-regters prosessuele aspekte suksesvol kan hanteer in howe met beperkte jurisdiksie. Dit is egter wenslik dat die jurisdiksie eng omskryf moet word om sover moontlik voorsiening te maak daarvoor dat daar nie aspekte opduik wat probleme kan oplewer vir leke-beregting nie.

6.4.5 Tussentydse gevolgtrekkings en waardeskatting

Dit blyk dat die mees algemene redes vir burgerlike deelname aan die regspraak neerkom daarop:

- dat leke-persone as onafhanklike besluitnemers beskou word wat nie deel vorm van die regbank of die uitvoerende gesag nie,
- dat leke-beregting 'n opvoedkundige funksie vervul, dat dit die legitimiteit van hofbeslissings bevorder omdat leke-regters deel is van die gemeenskap en met die burgery kan kommunikeer op hulle vlak en in taal wat hulle verstaan en
- dat die morele gemeenskapsgevoel gereflekteer word in hofbeslissings.[470]

Daar is verskille van stelsel tot stelsel in die mate waarin leke-deelname gebruik word om die uitdrukking van morele gemeenskapsgevoel te reflekteer in hofbeslissings en vonnisoplegging. Waar die regsprekende amptenare (sonder regsopleiding) deel vorm van 'n juriepaneel, word die gemeenskapsgevoel dikwels weerspieël deur die jurie wat by wyse van *jury nullification* 'n regsreël ignoreer om 'n ongewenste resultaat te vermy.[471] Waar die regsprekende amptenare as leke-regters optree, is daar meer verskille van stelsel tot stelsel in die geleenthede wat bestaan vir die opname van

---

470 Sien Richert "Lay Judges and Assessors: A Comparative Perspective" in Silberman ea *Non-Attorney Justice in the United States: An Empirical Study* 350.

471 Provine *Judging Credentials* 183 wys daarop dat juries soms "reject law and impose their own sense of just deserts, a controversial power that has been increasingly circumscribed by judicial authority". Sien ook Scheflin "Jury Nullification – the Right to Say No" 1972 *Southern California LR* 168; Strier *Reconstructing Justice* 128.

gemeenskapsgevoel in hofbeslissings en vonnisoplegging afhangende van die mate waarin die leke-regters beïnvloed word deur regsgeleerdes wat saam met hulle op die regbank dien, of hulle van advies voorsien

Daar is ook ooreenkomste tussen die verskillende lande se stelsels van leke-beregting. Wanneer leke-regters alleen of saam met ander leke-regters op die regbank dien, tree hulle gewoonlik op in die voorste linies van die hofstruktuur. Geringe misdade en verkeersoortredings neem gewoonlik 'n groot deel van die hofrol in beslag. Die jursidiksie van regbanke waarop leke-regters dien, strek gewoonlik nooit sover as ernstige misdade (of siviele eise vir groot bedrae geld nie), tensy die leke-persone deel vorm van 'n jurie of op gemengde regbanke dien onder die toesig van 'n professionele regter. Oor die algemeen word geen beslissings geneem ten opsigte van regsvrae nie, maar slegs feitelike aangeleenthede word beslis. Die meeste van die tyd, soos in Amerika die geval is, neem leke-regters slegs wesenlike besluite ten opsigte van vonnisoplegging.[472] Die werksomstandighede, fasiliteite en administratiewe benodigdhede van leke-regters is oor die algemeen ontoereikend – 'n aanduiding dat die sake wat leke-regters hanteer oor die algemeen beskou word as roetine-aangeleenthede en onbelangrik. Hulle is dikwels van plaaslike owerhede afhanklik vir alle hulpmiddels. Leke-regters word oor die algemeen glad nie, of indien wel, swak besoldig. Hulle dienstermyne is onderbroke en vir redelike kort tydperke. Die gevolg hiervan is dat hierdie howe minder indrukwekkend, minder effektief en minder gesaghebbend is as dié van voltydse personeel met meer toereikende begrotings.

- **Persoonlike onafhanklikheid**

Dit blyk dat daar oor die algemeen geen professionele of regskwalifikasies van die leke-regters (soos aangetref in Engeland, Amerika en Duitsland) of van die jurie (soos aangetref in Engeland, Amerika en Frankryk) vereis word nie. Dit is dus lede van die

---

472 Provine *Judging Credentials* 184.

publiek wat op 'n vasgestelde wyse geselekteer word om as leke-regters of jurielede op te tree. By die seleksie van leke-regters of jurielede word oor die algemeen geen onderskeid getref op grond van ras, geslag of sosiale status nie, maar persone wat in sekere kategorieë val word oor die algemeen uitgesluit omdat

- hulle nie 'n burger van die land is nie, of
- hulle ongeskik of onbevoeg verklaar is, of
- hulle self op gegronde redes versoek het om uitgesluit te word.

Die kategorieë van gevalle waar 'n persoon uitgesluit word vanweë ongeskiktheid of onbevoegdheid stem grootliks ooreen in die verskillende stelsels en die mees algemene gevalle sluit in: nie-voldoening aan 'n voorgeskrewe ouderdomsvereiste, nievoldoening aan 'n verblyfvereiste (gewoonlik binne die omgewing van die betrokke hof), die aanwesigheid van 'n geestelike of fisiese gestremdheid wat effektiewe optrede as leke-regter of jurielid sal belemmer, uitdiening van gevangenisstraf vir 'n bepaalde tydperk (tensy vryskelding of amnestie verleen is), verklaring tot ongerehabiliteerde insolvent, behendigheid met die taal en sekere beroepskategorieë.

Die beweegrede agter die oorgrote meerderheid van bogenoemde uitsluitingskategorieë blyk te wees die soeke na persone uit die gemeenskap wat eerbaar, volwasse en verstandig genoeg is om 'n objektiewe oordeel te kan vel, wat die gemeenskap ken en wat in staat is om die verrigtinge te volg en te verstaan en hul pligte te kan uitvoer. Verder word persone wat in sekere beroepe val vanweë die aard van hulle beroepe vrygestel van diens omdat hulle deskundigheid en dienste meer benodig word in die gemeenskap (byvoorbeeld dokters, tandartse, lede van die weermag, polisie-offisiere, brandweermanne, predikante en onderwysers) of om 'n botsing van belange te vermy (amptenare van al drie vertakkings van die regering). Regsgeleerdes word oor die algemeen uitgesluit van juriediens – waarskynlik omdat dit juis hier gaan om lede van die gemeenskap wat nie oor regskwalifikasies beskik nie inspraak te gee aan die regspraak. In Duitsland, waar die leke-regters saam met professionele regters op die regbank optree, word regsgeleerdes as kategorie ook uitgesluit – waarskynlik om dieselfde rede as wat sopas genoem is ten opsigte van juries en omdat leke-regters alreeds saam met professionele regters deelneem aan

die beraadslagingsproses. In Engeland is die posisie ietwat anders: alhoewel die oorgrote meerderheid van leke-regters doodgewone lede van die publiek is wat oor geen regskwalifikasies beskik nie, is 'n klein persentasie akademiese regsgeleerdes en is daar geen beswaar teen bekleërs of gewese bekleërs van 'n hoë regterlike amp om as leke-regters op te tree nie.

Die toewysing van leke-regters aan 'n betrokke saak geskied oor die algemeen op 'n lukrake wyse sonder inagneming van enige eienskappe van die betrokke leke-regter, met die moontlikheid van latere diskwalifikasie indien partydigheid teenwoordig blyk te wees. In teenstelling hiermee kan reeds by die samestelling van die juriepaneel besware teen individuele jurielede (ten opsigte van 'n betrokke saak) gemaak word.

'n Sekere mate van opleiding is noodsaaklik om die leke-regters en jurielede in te lig aangaande hulle verpligtinge en die regsproses. Waar die aanvanklike opleiding aan leke-regters opgevolg word deur gereelde opknappingskursusse of ervaring wat opgedoen word deur optredes in latere hofsake, is die opleiding van jurielede oor die algemeen beperk tot die *opdrag* wat deur die regter gegee word. Die verskillende regstelsels se hantering van hierdie *opdrag aan die jurie*, verskil van mekaar. Die opdrag aan die jurie verskaf die riglyne vir hulle beraadslagingsprosedure. Oor die algemeen bestaan dit uit 'n opsomming van die hoofpunte van die verhoor en 'n opdrag om 'n uitspraak van "skuldig" of "onskuldig" te gee. In Frankryk word die jurie se beraadslagingsproses nog verder afgebaken deurdat die regter 'n lys van vrae aan die jurie rig waarop 'n eenvoudige "ja" of "nee" vereis word.

'n Opvallende verskil tussen die jurie en die stelsel van leke-regters is dat jurielede net geselekteer word vir die duur van die verhoor van een saak en daarna ontbind word, teenoor leke-regters wat vir 'n langer tydperk as regsprekende beampte diens doen en dan gedurende hierdie tydperk in verskeie sake optree. Beide jurielede en leke-regters word oor die algemeen nie besoldig vir hulle diens nie, maar ontvang oor die algemeen 'n statutêr voorgeskrewe toelaag om hul uitgawes te dek (of altans gedeeltelik).

Daar blyk oor die algemeen 'n neiging te wees om burgers te probeer selekteer as leke-regters of jurielede uit alle vlake van die samelewing sodat die regbank 'n goeie sosiale mengsel reflekteer. Selfs in Amerika, waar pertinent vereis word dat die jurie saamgestel moet word uit 'n *cross-section of the community*, val die klem egter steeds op 'n *onpartydige* jurie – met ander woorde, daar word nie vereis dat die jurie se samestelling persentasiegewys 'n getroue refleksie moet wees van die samestelling van die bevolking wat betref ras en geslag nie.

Die leke-regters (*justices of the peace)* se hantering van die beskuldigde se *due process*-waarborge is van belang, omdat hulle alleen of saam met ander leke-regters op die regbank dien. Hulle hanteer van dag-tot-dag sake sonder toesig deur enige persoon met regskwalifikasies. Die ander twee kategorië van regsprekende beamptes sonder regsopleiding, naamlik leke-regters wat op gemengde regbanke dien en jurielede, kom nie werklik ter sprake by die vraag of die beskuldigde se prosessuele regte tydens die verhoor nagekom is nie, omdat dit aspekte is waarna die professionele regters (op die gemengde regbank) of regter (wat as voorsittende beampte in jurieverhore optree), moet omsien. Met ander woorde, dit is een van die professionele regter of regters se verpligtinge om toe te sien dat die beskuldigde se reg op *due process* tydens die verhoor nagekom word. *Due process* waarborge moet nagekom word sodat die beskuldigde regverdig verhoor kan word – om die beskuldigde te beskerm teen willekeurige owerheidsgesag. Dit blyk uit bogenoemde studies dat daar nie veel getuienis is ter stawing van die kritiek teen leke-regters dat hulle nie voldoende aandag gee aan beskuldigdes se regte op *due process* nie. Dit blyk ook uit bogenoemde dat leke-regters prosessuele aspekte suksesvol kan hanteer in howe met beperkte jurisdiksie. Dit is egter wenslik dat die jurisdiksie eng omskryf moet word om sover moontlik voorsiening te maak daarvoor dat daar nie aspekte opduik wat probleme kan oplewer vir leke-beregting nie.

- **Saaklike onafhanklikheid**

Dit blyk dat in gevalle waar leke-regters saam met professionele regters op die

regbank dien, die professionele regters die regterlike proses oorheers of ten minste 'n onproporsionele invloed daaroor uitoefen. Dit blyk dat ten spyte van die statutêre waarborg van absolute gelykheid tussen professionele en leke-regters in Duitsland, laasgenoemde 'n minimale rol speel tydens die hofprosedure en beraadslagingsproses. Dit word hoofsaaklik toegeskryf aan die oorheersende rol van die professionele regter wat as voorsittende beampte optree, die feit dat leke-regters verbied word om na die dossier te kyk en die feit dat leke-regters waarskynlik oorweldig voel deur hul onkunde van die hofprosedure, hofterminologie en verwysings na statutêre bepalings terwyl hulle omring is deur professionele kollegas met hul meerdere kennis en uitgesprokenheid.[473]

Selfs regsgeleerdes wat oënskynlik net bystand verleen aan die regbank waarop leke-regters dien, oefen aansienlike invloed uit op leke-beregting. In Engeland het die *clerk of the court* (wat 'n *barrister* of *solicitor* kan wees) die bevoegdheid om die hofroetines te hanteer en die *justices of the peace* te adviseer, maar hulle word al geruime tyd gekritiseer "that they actually run the court."[474] Die feit dat daar op hierdie wyse verwys word na leke-regters se afhanklikheid van professionele gesag dui op 'n diepgaande twyfel oor die vermoë van leke-regters om as regsprekende amptenare op te tree. Baie kommentatore het oor die jare al kritiek uitgespreek teen die Engelse leke-regters en hedendaagse pogings om die verteenwoordiging op die regbank sowel as hul diens te verbeter, het nie die negatiewe kommentaar hok geslaan nie. Dit het egter steeds kritiek uitgelok van diegene wat bekommerd is oor die moeilike tegniese aspekte wat mag opduik voor leke-regters en waaroor hulle sal moet beslis.[475]

---

473 Sien afd 6.2.3.2.1.

474 Provine *Judging Credentials* 186. Sy verwys na Laski wat reeds in 1932 hierdie probleem uitgelig het: "In any case which involves more than common sense, they tend to be at the mercy of the clerk of the court who acts as their technical advisor." Hy was verder van mening dat "the place for the lay mind is emphatically in the jury and not on the bench" – "Judiciary" in *Encyclopedia of the Social Sciences* 1932 7:465

475 Provine *Judging Credentials* 186 wys op die beswaar van 'n Engelse appèlregter wat per geleentheid gesê het: "A question which the Divisional Court or Court of Criminal Appeal, assisted by experienced counsel, would have difficulty answering has to be answered by the retired farmer, the checkweighman and the school-caretaker."

Onder diegene wat ten gunste is van voortgesette leke-beregting in Amerika[476] is daar byna orals 'n oproep vir meer opleiding. Selfs die leke-regters blyk gretig te wees vir meer opleiding. Maar die hele konsep om opleiding aan te bied aan persone wat juis gekies moet word omdat hulle nie regsgeleerdes is nie, is problematies. Provine[477] wys daarop dat:

> "Education for personnel ostensibly chosen because they are *not* lawyers, however, raises difficult questions. The temptation is to try to make the nonlawyers more like lawyers; indeed, criticism of lay capacities and performance is usually couched in terms of their deviation from professional standards. Yet lay persons who internalize professional criteria for judgment lose some of the very characteristics that rationalize their presence in the system. Lay participants become more like experts in the institution. A legal system, it seems clear, cannot simultaneously satisfy desires to represent citizen opinion on tribunals and at the same time satisfy professional standards for performance."

Provine[478] wys verder daarop dat om leke-regters te akkommodeer in regstelsels wat deur regsgeleerdes beheer word, verder gekompliseer word deur die toenemende druk in die meeste lande om effektiwiteit in beregting te verhoog. Probleme ontstaan omdat opleiding, ondervinding opgedoen in die amp en voltydse deelname die effektiwiteit van enige onderneming verhoog, maar dit verander ook 'n mens se ingesteldheid teenoor jou verpligtinge. Die verbetering van leke-effektiwiteit deur opleidingsperiodes te vermeerder of die dienstydperke te verleng sal dus inderdaad die aard van leke-deelname verander. Sulke veranderinge sal ook die praktiese koste van deelname vir indiwidue verhoog, en verteenwoordiging onder leke-deelnemers, alreeds 'n moeilik bereikbare doelwit, sal nog moeiliker wees om te bereik. Die probleem met deelname, is volgens Bankowski en Mungham, "one of managing the contradiction between efficiency and democracy."[479]

---

476 Sien egter die standpunt in Anderson "Lay Judges and Jurors in Denmark" 860 vn 95 waar 'n waarskuwing gerig word teen die professionalisering van leke-regters en hy verwys na Gomard wat van mening is dat "too much instruction is perhaps not consistent with the function of the lay judge institution."

477 *Judging Credentials* 187.

478 *Judging Credentials* 188.

479 Bankowski en Mungham "Lay and Lay Participation" in Blegvad ea *European Yearbook in Law and Sociology* 1979 21.

Die neiging is feitlik oral om te beweeg na professionalisering van beregting. Sommige lande het die stelsel van leke-regters, wat alleen op die regbank dien, afgeskaf, en baie ander, soos sekere state in Amerika, sou indien hulle dit kon bekostig. In Duitsland blyk dit dat die gemengde regbank oorleef meer as gevolg van sentimentele en strategiese redes as wat daar geglo word dat die burgery bydra tot beter regspleging.[480] In lande waar die jurie oorleef, het die gebruik daarvan geweldig afgeneem – selfs in Amerika, wat nog die bastion is van jurieverhore. Dit blyk dat die jurie oor die algemeen behou word as 'n simbool van burgerlike deelname, maar dat dit 'n duur proses is en dat vertroue in die effektiwiteit van die jurie afgeneem het.

Leke-regters wat saam met professionele regters op regbanke dien, bekend as "gemengde" regbanke, beslis gewoonlik saam oor skuld en vonnisoplegging. Hierdie regbanke kom gewoonlik in Europa voor. Teoreties gesproke het die leke-regters op hierdie regbanke baie mag, want hulle is in totaal gewoonlik net soveel of meer as die professionele regters. Aangesien 'n meerderheidstem nodig is vir 'n skuldigbevinding, kan die leke-regters in der waarheid 'n onskuldigbevinding afdwing. Uit empiriese studies wat gedoen is blyk dit egter dat, alhoewel leke-regters en professionele regters aanvanklik verskillende opinies mag hê, die uiteindelike resultaat na die beraadslagingsproses dui op eenstemmigheid. Met ander woorde, in die oorgrote meerderheid van gevalle stem die leke-regters gewoonlik saam met die professionele regters. In die klein persentasie van gevalle, waar daar nie eenstemmigheid is nie, is die leke-regters geneig om ten gunste van die beskuldigde te beslis. In teenstelling hiermee, is die professionele regter se rol in geval van 'n jurieverhoor, soos in Amerika en Engeland, beperk tot die verhoor self en neem hy of sy geensins deel aan die beraadslagingsproses nie. By die gemengde regbank neem die professionele regter of regters deel aan die beraadslagingsproses en kry dan die geleentheid vir "clearing-up of misunderstandings" soos een kritikus dit per geleentheid gestel het.[481]

---

480 Richert "Lay Judges and Assessors" 350.

481 Kalven en Zeisel *The American Jury* 519.

HOOFSTUK 7

REGSVERGELYKENDE ONDERSOEK NA REGSPREKENDE BEAMPTES IN INFORMELE HOWE

7.1 INLEIDING

Die regsvergelykende ondersoek in hierdie hoofstuk is daarop gerig om die informele howe en die onafhanklikheid van die regsprekende amptenare betrokke by hierdie howe in ander regstelsels te ontleed met die oog op identifisering van riglyne wat in die Suid-Afrikaanse konteks toegepas kan word ten einde die bestaande stelsel van informele howe uit te bou, om gebreke aan te vul[1] of oplossings te bied vir bestaande probleme.

Vir doeleindes van hierdie proefskrif sal die begrip *informele howe* gebruik word as synde beide *inheemse howe* en *gemeenskapshowe* in te sluit. Uit die bespreking wat in hierdie hoofstuk volg, blyk dit dat hierdie informele howe aanvanklik ontstaan uit die inheemse gemeenskap self as gevolg van 'n behoefte om dispute in die gemeenskap op te los en om versoening en harmonie in die gemeenskap te herstel. Alhoewel daar baie ooreenkomste is tussen inheemse howe en gemeenskapshowe, is daar ook 'n klemverskil: waar die *inheemse howe* (ook bekend as *tradisionele howe*) gewoonlik deel vorm van die tradisie van 'n bepaalde inheemse bevolking en geskille beslis ooreenkomstig tradisionele gewoontes en gebruike van die bepaalde inheemse bevolking, is die *gemeenskapshowe* (ook bekend as *volkshowe*) normaalweg nie gekoppel aan die tradisionele reg van 'n bepaalde inheemse bevolking nie, maar is dit eerder 'n dispuutbeslegtingsmeganisme om geskille wat in die gemeenskap ontstaan op te los en harmonie te herstel.

In hierdie hoofstuk sal verwys word na die inheemse stelsels van die Amerikaanse Rooihuide, die Australiese *Aborigines*, die volkshowe in Papua New Guinea en die inheemse volkshowe van Indië. Soos in die geval van Suid-Afrika het al hierdie

---

1 Van Zyl *Beginsels* 17-18.

stelsels ook gebuk gegaan onder kolonialisering. 'n Nalatenskap van kolonialisering is gewoonlik 'n tweeledige regstelsel, bestaande uit die inheemse reg, van toepassing op die inheemse bevolking, en die dominante reg (ook bekend as die gemenereg) van toepassing op al die burgers van die land. Waar daar 'n tweeledige regstelsel is, word daar met verloop van tyd gewoonlik pogings van owerheidsweë aangewend om die inheemse stelsel te formaliseer of dit binne die raamwerk van die dominante stelsel te bring – uit hierdie ondersoek blyk dit dat sodanige pogings tot 'n mindere of meerdere mate suksesvol was, afhangende van die stelsel. Waar daar tans in Suid-Afrika debatvoering is ten opsigte van formalisering van die informele howe, bied die ondervinding wat in hierdie lande opgedoen is ten opsigte van pogings tot formalisering van die informele howe wat uit die regsvergelykende ondersoek in hierdie hoofstuk blyk, riglyne ten opsigte van die praktiese toepassing en gevolge van 'n beleid van formalisering, die struikelblokke wat moontlik oorbrug moet word en die gewenstheid van sodanige optrede. Soos in die geval met die informele howe in die Suid-Afrikaanse konteks, blyk dit dat daar by die stelsels wat in hierdie hoofstuk ondersoek word, ten spyte van kolonialisering en ontwikkeling in die dominante regstelsel, oor die algemeen 'n behoefte bly voortbestaan enersyds by inheemse bevolkingsgroepe vir die beregting van geskille ooreenkomstig hul inheemse reg en tradisies en andersyds, by gemeenskappe vir die oplos van minder ernstige aangeleenthede in die gemeenskap op 'n vinnige, informele, koste-effektiewe manier wat so gou moontlik die harmonie in die gemeenskap sal herstel. Hierdie informele howe voorsien dus tot 'n groter mate aan die behoeftes van die inheemse bevolking of die bepaalde gemeenskap as wat die geval is met die formele howe. Een van die hoofredes hiervoor is dat dit meer toeganklik is vir die inheemse bevolking (wat dikwels ook die armer deel van die bevolking is) of die bepaalde gemeenskap.[2]

Die veranderende omstandighede in die onderskeie regstelsels en pogings vanaf owerheidskant af tot regulering van hierdie howe, het tot gevolg dat die onderskeid tussen die inheemse howe en gemeenskapshowe, soos hierbo aangedui, soms vervaag, byvoorbeeld waar inheemse tradisies en gebruike dikwels bygetrek word ter

---

2 Vergelyk die posisie tov die inheemse howe en gemeenskapshowe in die Suid-Afrikaanse konteks in afd 8.5.

oplossing van geskille. By hierdie informele howe kan daar ook nie altyd streng tussen sivielregtelike en strafregtelike aangeleenthede onderskei word nie, omdat die klem lê by *versoening* tussen die partye en daar dikwels na uiteenlopende aangeleenthede verwys word in 'n poging om hierdie doelwit te bereik.

7.2 DIE INHEEMSE HOWE VAN DIE ROOIHUIDE IN DIE VSA

Die toepassing van regspleging binne die Amerikaanse Rooihuid-gemeenskappe is niks nuuts nie. Hierdie gemeenskappe het al sedert onheuglike tye owerheidstelsels. In die VSA is daar ongeveer 150 inheemse hofstelsels[3] wat die administrasie van regspleging toepas.[4] Vanweë die beperkte omvang van hierdie proefskrif, is dit onmoontlik om na elkeen van hierdie hofstelsels te kyk. Daar is besluit om na een spesifieke stelsel in Michigan te verwys, omdat dit 'n baie goeie voorbeeld is van die struktuur van 'n moderne inheemse hofstelsel. Verder sal volstaan word met 'n oorsigtelike bespreking en waar bepaalde aspekte van ander stelsels rigtinggewend blyk te wees, sal na die betrokke stelsels verwys word.

Die eg tradisionele[5] howe bestaan egter nie meer nie – dit het tot niet gegaan as

---

3 Dit spreek vanself dat die oplossing van dispute en oortredings telkens binne 'n bepaalde sosiale konteks plaasvind. As gevolg van die reservaatstelsel, maak baie buitestaanders die fout om 'n Rooihuid se reservaat gelyk te stel met sy stam (*tribe*), maar volgens Brandfon "Tradition and Judicial Review in the American Indian Tribal Court System" 1991 *UCLA LR* 994 "[a]n Indian however, may identify himself not with his reservation or tribe, but with his nation, clan, family or band."

4 Petoskey "Tribal Courts" 1988 *Michigan BJ* 366. Eggleston *Fear, Favour or Affection: Aborigines and the Criminal Law in Victoria, South Australia and Western Australia* 300 wys op die bestaan van twee regstelsels op Amerikaanse bodem en kom tot die gevolgtrekking dat lande soos die Verenigde State van Amerika het gevind dat dit moontlik is om inheemse reg te erken sonder om die gemeenskap uitmekaar te skeur. Rooihuid-stamme op reservate het bepaalde bevoegdhede tot regskepping en regstoepassing, insluitende die bevoegdheid om bepaalde misdade te bereg. Nêrens bied die dominante stelsel absolute vryheid en algehele erkenning aan die inheemse stelsel nie, maar beperkte erkenning word in bepaalde gevalle tot 'n mindere of meerdere mate toegelaat.

5 Petoskey "Tribal Courts" 366 wys daarop dat die eg tradisionele howe informele, gemeenskapshowe was waar dispute bereg is ooreenkomstig tradisionele inheemse reg, tradisies en gebruike. Die samehorigheidsgevoel en die norme van die Rooihuid-gemeenskap het effektief gefunksioneer om oortredings te ontmoedig en oortreders te bestraf. By strafoplegging het die volgende ter sprake gekom: restitusie (of vergoeding), die slagoffer se regte, gemeenskapsdiens en verbanning uit die gemeenskap. Sien ook Brandfon "Tradition and Judicial Review in the

gevolg van die toepassing van 'n fluktuerende federale beleid in die VSA. Hierdie beleid het dan ook gelei tot die ontwikkeling van die moderne inheemse howe, beginnende in die laat 1960's en vroeë 1970's. Die oorsprong van die moderne inheemse howe kan egter teruggespoor word na die *Bureau of Indian Affairs (BIA)*. Om reg en orde op die reservate te handhaaf, het plaaslike agente van die *Bureau* dikwels as regters opgetree of die verantwoordelikheid gedelegeer aan 'n gunsteling-Rooihuid. In 1883 is die *Courts of Indian Offences* tot stand gebring en die plaaslike agente van die *BIA* is voorsien van riglyne ten opsigte van hofadministrasie en 'n beperkte straf- en siviele kode. In 1934 het die *Indian Reorganization Act (IRA)* die Rooihuidstamme toegelaat om hul eie grondwette aan te neem en voorsiening te maak vir hul eie hofstelsels.[6] Die gesag wat die basis vorm van die inheemse Rooihuid-hofstelsel vloei egter nie voort uit wetgewing nie, maar uit die "inherent self-governing power of American Indian tribes based on original sovereignty".[7]

Vandag is daar vier tipe inheemse howe van die Rooihuidgemeenskap:[8]

- die meeste inheemse howe is produkte van die IRA;
- ongeveer 22 ander howe staan bekend as die *CFR courts*, wat verwys na die *Code of Federal Regulations* ingevolge waarvan hulle gereguleer word;
- die tradisionele hof, wat ongeskrewe en gewoontereg toepas;
- die Navajo-stam het sy eie hofstelsel ontwikkel, wat heeltemal anders daar

---

American Indian Tribal Court System" 1991 *UCLA LR* 991 994 ev.

6 Brandfon "American Indian Tribal Court System" 998.

7 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 784. Hulle verwys na 'n aanhaling uit *Felix S Cohen's Handbook of Federal Indian Law* (2de uitg) 1982 wat dit soos volg omskryf op 231: "The present right of tribes to govern their members and territories flows from a pre-existing sovereignty limited, but not abolished, by their inclusion within the territorial bounds of the United States. Tribal powers of self-government today are recognized by the Constitution, legislation, treaties, judicial decisions, and administrative practice. They necessarily are observed and protected by the federal government in accordance with a relationship designed to insure continued viability of Indian self-government insofar as governing powers have not been limited or extinguished."

8 Brandfon "American Indian Tribal Court System" 999. Peloskey "Tribal Courts" 367 wys daarop dat die meeste inheemse howe vandag óf 'n stelsel van 'n ander stam oorgeneem en by hul eie behoeftes aangepas het, óf die stelsel wat hulle toepas is afgedwing deur die federale owerheid in 'n poging om sogenaamd reg en orde te handhaaf tussen die Rooihuide. Laasgenoemde howe staan bekend as die *CFR Courts* omdat die siel en inhoud van hierdie howe voorgeskryf is deur die *Code of Federal Regulations*.

uitsien as die howe in die voorgaande drie kategorieë – dit bevat omvangryke geskrewe reg gebaseer op die Anglo-Amerikaanse tradisie. Die Navajo-hofstelsel word nie gereguleer by wyse van 'n grondwet nie.

Brandfon,[9] wat verwys na die inheemse howe gevestig ingevolge die *IRA* en die Navajo-stelsel, wys daarop dat alhoewel die gesag van hierdie howe berus by die inheemse soewereiniteit van die Rooihuidstamme, is die howe self skeppings van die VSA.[10] Op die oog af lyk die huidige inheemse howe eintlik glad nie na die tradisionele inheemse Rooihuid-stelsels wat die oplossing van dispute gehanteer het nie. Nieteenstaande die verskil in die inhoud van die twee stelsels, stem hulle funksionele rolle in die Rooihuid-gemeenskap grootliks ooreen. Dit is duidelik dat altwee stelsels hul beoogde doel dien, naamlik om spesifieke dispute op te los. Hulle funksioneer ook dieselfde: moderne inheemse howe, soos tradisionele dispuutbeslegtingsmeganismes het die "unintended effect of helping to define the social identity of the tribe".

In Michigan is daar egter geen *CFR Courts* nie. Die struktuur van die moderne inheemse howe in Michigan word vervat in elke individuele stam se grondwet. Hierdie moderne inheemse howe het ontwikkel vanuit aanpassings van federale en staatshowe. Binne die moderne struktuur word die funksie van die inheemse hof egter bepaal deur inheemse tradisies en gemeenskapswaardes. 'n Goeie voorbeeld van die struktuur van 'n moderne inheemse hof word vervat in die grondwet van die *Grand Traverse Band (GTB)*.[11] Die hoofonderskeid tussen die hofstruktuur van die *GTB* en

---

9 "American Indian Tribal Court System" 1000.

10 Brandfon "American Indian Tribal Court System" 1000.

11 Brandfon "American Indian Tribal Court System" 1991 *UCLA LR* 991 992-993 verduidelik die begrip "band" in die konteks van "Indian tribe" soos volg: "The English word 'tribe' derives from the Latin word 'tribus' denoting an ethnic and then an administrative division of the Roman state. Anthropologists have employed either geographic, kin-based, linguistic, or political criteria for defining the boundaries of a tribe. But the 'tribe' is not the only level at which Indian social organization has been defined. Modern writers on tribes have recognized a variety of sub-tribal social groups including bands, families and lineages. Similarly, these writers have decribed supra-tribal entities such as chiefdoms, amphictyonies, and nation-states. Contemporary American Indians are socially organized on all three of these levels simultaneously and recent tribal court decisions have noted all three levels of social organization." In vn 7 omskryf hy 'n "band" as 'n "sub-tribal social group which cooperates only on the religious or ceremonial level. Small groups within the band carry out subsistence activities without such cooperation."

dié van ander Rooihuid-owerhede in Michigan is dat die *GTB*-struktuur vereis dat die appèlhof deel moet wees van die amptelike onafhanklike regstelsel, terwyl die ander Rooihuid-regstelsels in Michigan voorsiening maak vir appèl om aangehoor te word deur die *Tribal Council*.[12]

Volgens artikel 1 van die grondwet vestig die regsprekende gesag van die *GTB* in die inheemse regstelsel, wat bestaan uit die hof van algemene jurisdiksie (waarna hierna verwys sal word as die *Tribal Court*), 'n appèlhof (hierna na verwys as die *Tribal Appellate Court)* en sulke laer howe as wat die *Tribal Appellate Court* mag skep.[13]

- **Die samestelling van die inheemse hofstelsel (*Tribal Court System*)**

(a) *Tribal Court*: Die *Tribal Court* is 'n hof van algemene jurisdiksie en bestaan uit een regter en een assistent regter (*associate judge*) wat byeenkom so dikwels as wat omstandighede vereis.

(b) *Tribal Appellate Court*: Die *Tribal Appellate Court* bestaan uit drie regters. Ten minste een van die regters moet 'n regsgeleerde wees wat toegelaat is om te kan praktiseer in die howe van een van die state in die VSA.[14]

---

12 Die *Tribal Council* is 'n verkose liggaam binne die owerheidstruktuur van die Rooihuid-stamme en -groeperings.

13 Volgens Petoskey "Tribal Courts" 369 het elke Rooihuidstam, as 'n afsonderlike soewereine entiteit, 'n bepaalde hoeveelheid regsreëls wat eie is aan dié betrokke stam. Dit is derhalwe noodsaaklik om na die regsreëls van die betrokke stam te verwys om 'n behoorlike begrip te vorm van die jurisdiksie van die inheemse hof. Die *Grand Traverse Band* omskryf die inheemse reg soos volg in hul grondwet: "This Constitution, ordinances, resolutions, regulations, and judicial decisions of the Band shall govern all people subject to Grand Traverse Band's jurisdiction."

14 Petoskey "Tribal Courts" 368.

7.2.1 Persoonlike onafhanklikheid

By ontleding van die persoonlike onafhanklikheid van die regsprekende amptenare[15] in hierdie howe, sal kortliks aandag gegee word aan hul kwalifikasies en wyse van seleksie, diensvoorwaardes en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank. Omdat 'n verteenwoordigende regbank lei tot 'n verhoging in openbare vertroue en legitimiteit van die regbank, is dit 'n aspek wat ter sprake kom by die seleksie van regterlike amptenare. Hierdie gedeelte moet dus saamgelees word met die bespreking verder in hierdie hoofstuk ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.[16]

7.2.1.1 Kwalifikasies en wyse van seleksie

Enige persoon sal geskik wees vir aanstelling as 'n *tribal court judge* indien hy of sy

(a) 'n lid is van die *GTB* en reeds die ouderdom van 18 jaar bereik het, en/of 'n regsgeleerde is wat gemagtig is om in die howe van een van die state van die VSA te praktiseer;

(b) nie op daardie stadium 'n lid is van die *Tribal Council* of staan om as lid van die *Tribal Council* verkies te word nie; en

(c) nie skuldig bevind is binne die voorafgaande 10 jaar aan enige oortreding *(felony)* deur 'n bevoegde hof nie.[17]

Die regters van die *Tribal Court* (die hof van algemene jurisdiksie) en die laer howe wat die *Tribal Appellate Court* in die lewe mag roep, sal aangestel word vir 'n termyn van vier jaar indien vyf van die sewe lede van die *Tribal Council* ten gunste daarvan stem. Elke regter van die *Tribal Appellate Court* sal aangestel word vir 'n termyn van ses jaar indien vyf van die sewe lede van die *Tribal Council* ten gunste daarvan

---

15 Tov 'n omskrywing van die persoonlike onafhanklikheid van die regbank in die algemeen, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

16 Sien afd 7.2.1.3.

17 Petoskey "Tribal Courts" 368.

stem.[18]

Een van die uitdagings wat inheemse howe in die gesig staar, is een wat hulle in gemeen het met alle ander hofstelsels, naamlik om professionele en bekwame personeel te hê. Wat die inheemse regters van die Rooihuid-bevolking betref, wys Petoskey daarop dat opleiding, om aan hierdie uitdaging te voldoen, vryelik beskikbaar is dwarsdeur die land. Die inheemse regters in Michigan steun swaar op die opleiding wat aangebied word deur *The National Indian Justice Center* en die *Judicial College* in Reno, Nevada (hy wys daarop dat laasgenoemde instelling ook deur baie regters van die staatshowe bygewoon word vir opleiding).

7.2.1.2 Diensvoorwaardes

Die *Tribal Council* het die bevoegdheid om te beslis oor die hoeveelheid vergoeding wat elke regter sal ontvang, met dien verstande, dat die vergoeding van elke individuele regter nie gedurende sy of haar ampstermyn verminder mag word nie.[19]

Ingevolge artikel 8 mag die *Tribal Judiciary* 'n regter ontslaan indien die meerderheid van die ander lede van die regbank ten gunste daarvan stem en die gronde vir sulke ontslag is:[20]

(a) onetiese gedrag, soos omskryf deur die *American Bar Association Code of Judicial Conduct*;

(b) fisiese of geestelike gestremdheid wat die uitvoer van regterlike funksies verhinder;

(c) 'n aanhoudende versuim om verpligtinge na te kom;

(d) growwe wangedrag wat duidelik nadelig is vir die administrasie van die regspleging; of

---

18 Petoskey "Tribal Courts" 368. Ten opsigte van vakante poste bepaal artikel 9: "Any vacancy in the Tribal Judiciary shall be filled by the Tribal Council in the same manner as the original appointment for the balance of the unexpired term."

19 Petoskey "Tribal Courts" 369.

20 Petoskey "Tribal Courts" 368.

(e) ongeskiktheid ingevolge artikel 5[21] om as lid van die *Tribal Judiciary* op te tree.

Ingevolge artikel 9 sal die *Tribal Council* aanstellings maak om enige vakante poste wat mag ontstaan te vul.

7.2.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Hierdie aspek ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank sluit aan by die bespreking ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare wat hierbo bespreek is.[22] Artikel 5 van die grondwet (wat handel oor die geskiktheid vir aanstelling as regter) bepaal spesifiek dat enigeen ("any person") geskik sal wees om as *tribal court judge* te dien mits hy/sy ("he/she") aan sekere voorwaardes voldoen. Hierdie omskrywing dui daarop dat daar nie 'n onderskeid getref word wat betref geslag nie. Daar word ook as vereiste gestel dat slegs 'n lid van die *Grand Traverse Band* as regter aangestel kan word – dit is dus 'n inheemse hof vir Amerikaanse Rooihuide wat aan daardie spesifieke groepering behoort.

7.2.2 Saaklike onafhanklikheid

In die afdeling wat hierop volg sal die saaklike onafhanklikheid[23] van die regbank ontleed word. Die bespreking sal gedoen word aan die hand van die bevoegdhede en verpligtinge van die partye, met spesifieke verwysing na regterlike diskresie-uitoefening en onafhanklikheid van regterlike amptenare wat betref prosedure tydens die verhoor en administratiewe funksies.

7.2.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Daar word van die regsprekende amptenare van die *Tribal Judiciary* verwag om

---

21 Soos genoem in afd 7.2.1.1 ten opsigte van kwalifikasies vereis vir seleksie.

22 Sien afd 7.2.1.1.

23 Tov die saaklike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.2.

onafhanklik (van die wetgewende en uitvoerende gesag van die inheemse owerheid) op te tree[24] en om sake wat voor hulle gebring word, onpartydig te beoordeel.[25] Ingevolge artikel 7 val die prosedure wat tydens die verhoor gebruik word, binne die diskresie van die regsprekende amptenaar.

Ingevolge artikel 6 word van die regbank (*Tribal Judiciary*) vereis om onafhanklik van die wetgewende en uitvoerende arms van die inheemse owerheid te funksioneer.[26] Ingevolge artikel 7 word die prosedure in die inheemse hof bepaal deur die *Tribal Judiciary*, en verder kan hulle ook die prosedure en praktyk in die howe aanpas, wysig of vereenvoudig. Die prosedure wat gevolg word is dus binne die regsprekende beamptes se diskresie. Al wat van hulle verwag word is om die geskille wat voor hulle gebring word, onpartydig te beoordeel.

Een van die faktore wat die ontwikkeling van 'n professionele personeelkorps beïnvloed, is die behoefte om die opgeleide personeel te behou. Die daaglikse uitdaging wat alle inheemse howe in die praktyk moet bemeester, is onvoldoende fondse. Die meeste Rooihuid-stamme deur die land was al die slagoffers van federale beleid wat die verlies van Rooihuid-grond en -bronne aan nie-Rooihuide en die vernietiging van die Rooihuid-bevolking, -kultuur en instellings tot gevolg gehad het. Die feit dat die inheemse bevolkings dus arm is en slegs uiters beperkte bronne tot hul beskikking het, benadeel die stamme se geleenthede om voldoende inkomste te genereer om owerheidsinstellings te befonds of noodsaaklike owerheidsdienste aan stamlede te verskaf.[27]

---

24 A 6 van die Grondwet van die GTB. Petoskey "Tribal Courts" 368.

25 Dit blyk ook uit die gronde vir ontslag van 'n regter in afd 7.2.1.2.

26 A 6 bepaal soos volg ten opsigte van regterlike onafhanklikheid: "The Tribal Judiciary shall be independent from the legislative and executive functions of the tribal government and no person exercising powers of the legislative or executive functions of government shall exercise powers properly belonging to the judicial branch of government: provided that the Tribal Council shall be empowered to function as the Judiciary of the Grand Traverse Band until the judges prescribed by this Article have been appointed; provided further that the first Tribal Council elected under this Constitution shall make appointments to its courts within ninety (90) days after its members are elected." Petoskey "Tribal Courts" 368.

27 Petoskey "Tribal Courts" 369.

7.2.3 Evaluering

Petoskey[28] wys daarop dat die *Tribal Courts* se twee fundamentele uitdagings is om die respek van die Rooihuid-bevolking te verdien en te behou, en om geloofwaardigheid buite die Rooihuid-bevolking te verkry.

> "Because modern tribal court systems are somewhat alien to traditional tribal dispute resolution mechanisms, they have to earn the respect of those they serve. The fairness and wisdom used to resolve disputes in these forums will dictate, to a very large extent, whether tribal courts can be effective judicial institutions for their communities."

Kritici[29] wys egter daarop dat inheemse howe in die Verenigde State nie inheemse reg toepas nie en om daardie rede slegs beperkte sukses bereik het ter voldoening aan die behoeftes van die gemeenskap wat hulle moet dien.

Uit die voorgaande bespreking blyk dit dat, alhoewel daar geen spesifiek voorgeskrewe prosessuele reëls is wat tydens 'n verhoor nagekom moet word nie en die prosedure ten tye van 'n verhoor binne die diskresie van die regsprekende amptenare val, daar tog aan sekere *due process*-vereistes voldoen word deurdat beide partye tot 'n geskil die geleentheid gegun word om hul kant van die saak te stel en dat beregting daarvan plaasvind deur 'n regsprekende amptenaar van wie vereis word om elke saak onafhanklik te bereg. Beslissings kan op appèl geneem word na die inheemse appèlhof (die *Tribal Appellate Court*), wat in geval van die *Grand Traverse Band* se grondwet deel moet wees van die amptelike onafhanklike howe – daar kan dus kontrole oor die regbank uitgeoefen word. Die prosesstelsel wat toegepas word, is die inkwisitoriese stelsel wat baie geskik is vir 'n meer informele verrigtinge. Daar word voldoen aan die beginsel van skeiding van magte in dié sin dat dit uitdruklik in die Grondwet gestel word dat die regbank onafhanklik van die uitvoerende en wetgewende arms van die inheemse owerheid moet funksioneer. Daar word van regsprekende amptenare verwag om geskille wat voor hulle gebring word, onafhanklik te bereg. Dit blyk dat die verkryging van voldoende fondse om

---

28 "Tribal Courts" 369.

29 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 231.

opgeleide personeel te behou, egter voortdurend problematies is.

7.2.3.1 Jurisdiksieprobleme

Die aspek wat sekerlik die meeste konflik en ergernis veroorsaak is dié ten opsigte van jurisdiksie. Dit is al 'n netelige saak sedert die aanvanklike erkenning van Rooihuid-soewereiniteit en het sedertdien al hoe meer kompleks geword. In beide kriminele sowel as siviele aangeleenthede is daar nog in sekere sake onsekerheid of die federale, staats- of inheemse owerheid jurisdiksie het. Faktore wat deuslag-gewend kan wees ten opsigte van welke hof of howe jurisdiksie het, sluit in: of die betrokke persone van Rooihuid-afkoms is of nie, die aard van die oortreding of eis wat ingestel word en die plek waar die oortreding plaasvind. Hierdie onsekerheid ten opsigte van jurisdiksie spruit voort enersyds uit wetgewing wat inbreuk maak op Rooihuid-soewereiniteit, en andersyds uit teenstrydige uitsprake van die *Supreme Court*.[30]

Saamgevat kom die jurisdiksie ten opsigte van strafregtelike aangeleenthede in breë trekke op die volgende neer:

- *Oortredings buite die jurisdiksie van die inheemse howe*
  Hierdie oortredings sal val binne staats- of federale jurisdiksie afgesien daarvan of die oortreder van Rooihuid-afkoms is of nie. Die hoofuitsondering op hierdie reël is dat sekere visvanggebiede, wat aan 'n stam behoort en wat nie op reservaatgrond is nie, steeds deur ondertekende verdrae erken word en in sulke gevalle sal die inheemse howe steeds jurisdiksie behou om hul eie lede te vervolg vir oortredings van die enige visregulasies van die betrokke stam.

- *Oortredings binne die jurisdiksie van die inheemse howe*
  Oortredings wat op reservaatgrond plaasvind veroorsaak die meeste jurisdiksieprobleme. Oor die algemeen het inheemse howe jurisdiksie oor Rooihuid-

30 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 785.

oortreders – daar is egter uitsonderings waar hierdie howe sodanige jurisdiksie by wyse van wetgewing ontneem is.[31] Inheemse howe het geen jursidiksie ten opsigte van nie-Rooihuide nie, selfs nie as die slagoffer van Rooihuid-afkoms is nie. Oortredings waarby slegs nie-Rooihuide betrokke is (as oortreder en slagoffer) is aangeleenthede vir beregting deur die amptelike howe van die staat. As gevolg van hierdie onsekerhede het sekere inheemse howe opgehou om sekere tipe sake te bereg "for fear of acting beyond their powers". Dit kan 'n negatiewe invloed hê op die gesag van sodanige inheemse hof.[32]

Daar is egter ook die moontlikheid dat, waar Rooihuide in stedelike gebiede woon en minder ernstige geskille ontstaan, dit bereg kan word deur die gemeenskapshowe wat bekend staan as *neighborhood justice courts*. Hierdie howe is primêr daarop ingestel om minder ernstige probleme wat in die gemeenskap ontstaan, in die gemeenskap op te los en om beregting van geskille deur 'n geregtelike instelling tot beskikking van die armer deel van die bevolking te stel. Hierdie howe is meer gerig op versoening en die bewerkstelliging van 'n skikkingsooreenkoms tussen die partye. Daar word gebruik gemaak van 'n inkwisitoriese prosesstelsel om die geskil op te los.

Omdat die tekortkomings van hierdie inheemse stelsel van howe kan dui op gevare wat vermy moet word wanneer aanbevelings gemaak word ten opsigte van die inheemse bevolking in die Suid-Afrikaanse opset, word punte kritiek wat dikwels teen die inheemse Rooihuid-howe *in die algemeen*[33] geopper word, hieronder aangestip:

- die prosedure van die howe is dikwels baie informeel en kan lei tot 'n gebrek aan respek teenoor die regsprekende amptenare en ander hofpersoneel;
- die gebrek aan *due process* vereistes;

---

31 Twee gevalle waar jurisdiksie ten opsigte van Rooihuide nie vestig in die inheemse howe nie, is soos volg: 14 oortredings in die *Major Crimes Act* (1885) wat val onder federale jurisdiksie (wat insluit misdrywe soos moord, ontvoering, verkragting, roof, diefstal en brandstigting) en in state waar *Public Law 280* (1953), ingevolge waarvan die jurisdiksie spesifiek aan die staatsowerheid oorgedra word, van toepassing is. Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 786.

32 Vir jurisdiksie ten opsigte van siviele aangeleenthede, sien die Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 786.

33 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 788.

- tekortkomige in die inheemse kodes wat die howe toepas. Die kodes dek nie alle aangeleenthede wat voor die inheemse howe kom vir beregting nie en moet deur wetgewing van die State aangevul word;
- die gebrek aan opgeleide personeel. Dit sluit in regsprekende amptenare wat gewoonlik uit plaaslike reservate gekies word en geen regsopleiding het nie. Daar is egter sedert die totstandkoming van die *National American Indian Court Judges Association* in 1970 ernstige pogings aangewend om opleiding te verskaf aan regsprekende amptenare en ander hofpersoneel. Daar word ook gereeld publikasies vrygestel deur die *National Indian Justice Centre* en die *American Indian Lawyer Training Program*;
- die fisiese fasiliteite van die howe, insluitende die gebrek aan administratiewe en tegniese ondersteuning;
- die feit dat die howe gebaseer is op die algemene hofstelsel, en afgesien van die personeel, daar niks aan die howe is wat as uniek aan die Rooihuid-bevolking beskou kan word nie;
- die bytrek van inheemse politiek by die hofstelsel, insluitende in baie gevalle by die seleksie van regsprekende amptenare;
- die lae status van die regsprekende amptenare wat beweer word lei tot 'n gebrek aan vertroue in, en resprek vir, die inheemse hof;[34]
- daar word ook kritiek geopper teen die konsep van aparte howe vir een etniese groep.[35]

---

34 Dit word as 'n moontlike rede genoem waarom persone nie lank as regsprekende amptenare in hierdie howe wil optree nie. Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 788. Sien ook Brakel *American Indian Tribal Courts: The Costs of Separate Justice* 16-28 vir bespreking van hierdie punte van kritiek.

35 Brakel *American Indian Tribal Courts: The Costs of Separate Justice* 100 is van mening dat dit "...appears anomalous in the latter part of the twentieth century that one small ethnic group should be separated from the judicial system that extends to all other citizens of the United States." Op 92 bevraagteken hy die geldigheid van die stelling dat inheemse Rooihuid-howe 'n vorm is van tradisionele Rooihuid-geregtigheid wat meer gepas is vir persone van Rooihuid-afkoms wat op reservate woon. Volgens hom is die sogenaamde Rooihuid-geregtigheid wat deur die inheemse howe gespreek word niks meer as 'n poging "...to copy white man's precepts and white man's institutions" nie. Hy is van mening dat hierdie inheemse howe nie noodsaaklik is vir die voortbestaan van inheemse Rooihuid-kultuur nie en dat dit ook nie noodwendig is wat die Rooihuid-gemeenskap self werklik wil hê nie.

Afgesien van bogenoemde kritiek is daar ook voorstanders van die inheemse howe, wat van mening is dat die howe redelik suksesvol funkioneer, al is dit net binne die beperkte jurisdiksie wat hulle uitoefen. Die inheemse howe het egter tekortkominge en spesiale behoeftes wat in ag geneem word deur kritici, regsprekende amptenare van hierdie howe, die inheemse rade (*councils)* en ander organisasies.[36]

❑ KORT OPSOMMING

Wat die *persoonlike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare van hierdie howe betref, blyk die volgende:

- Die *Tribal Council* ('n verkose liggaam binne die owerheidstruktuur van die Rooihuid-gemeenskap) stel die persone aan, wat as regters van die *Tribal Court* sal optree, vir 'n termyn van vier jaar en die regters van die *Tribal Appellate Court* vir 'n termyn van ses jaar. Daar is geen geslagsdiskriminasie met betrekking tot aanstelling as regterlike amptenaar nie.
- Kwalifikasies wat vereis word vir aanstelling sluit in: lidmaatskap van die *GTB* en 18 jaar of ouer en/of 'n regsgeleerde wat gemagtig is om in een van die state van die VSA te praktiseer. Persone wat lede is van die *Tribal Council* of skuldig bevind is aan 'n *felony* gedurende die voorafgaande 10 jaar, word uitgesluit.
- Gronde vir ontslag sluit in: versuim om sake onbevooroordeeld te bereg, onetiese gedrag, gestremdheid, versuim om verpligtinge na te kom, growwe wangedrag of ongeskiktheid ooreenkomstig vereistes vir aanstelling as *tribal court judge.*

---

36 Die moeilike taak van die inheemse howe word soos volg beskryf: "They must comply with the mandates imposed by the federal government, yet maintain the uniqeness and cultural relevance that makes them 'tribal courts' and not merely arms of the federal government operated by Indians in Indian country. Accomplishment of these goals depends, to a great extent, on the availability of adequate funding and relevant and pervasive training programs. In addition, tribes must address the need for separation of powers in those courts which are not traditional or customary, in order to assure procedural due process, fundamental fairness, stability and credibility. Moreover, tribes must demand, and other government entities, both within and outside the tribe, must give recognition to the judgments of tribal courts." – American Indian Lawyer Training Program Inc *Justice in Indian Country* 54. Sien ook Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 789.

- Die *Tribal Council* besluit oor die hoeveelheid vergoeding wat elke regter sal ontvang – sodanige vergoeding mag nie gedurende 'n regter se ampstermyn verminder word nie.

Wat hul *saaklike onafhanklikheid* betref, blyk die volgende:

- Daar word uitdruklik in die grondwet vereis dat die regbank onafhanklik van die uitvoerende en wetgewende arms van die inheemse owerheid moet funksioneer en dat sake wat voor hulle gebring word, onpartydig beoordeel moet word. Die prosedure wat in die hof gevolg word, word oorgelaat aan die diskresie van die regsprekende amptenare. Verkryging van voldoende fondse om in alle behoeftes te voorsien is 'n voortdurende probleem.
- Daar bestaan voortdurend jurisdiksieprobleme waar daar onsekerheid is of die vervolging (en gevolglike beregting) van 'n betrokke misdaad val onder die jurisdiksie van die federale, staats- of inheemse owerheid.

7.3 INHEEMSE HOWE IN AUSTRALIË

In Australië het die inheemse bevolking, die *Aborigines*,[37] hulle inheemse reg toegepas vanaf ongeveer 40 000 jaar gelede.[38] Met die kolonialisering van Australië deur Brittanje, het die Anglo-Australiese regstelsel die algemene regstelsel geword. Die Anglo-Australiese regstelsel (*white law*) het nooit die inheemse regstelsel (*black law*) as 'n afsonderlike, outonome regstelsel en dispuutbeslegtingsprosedure erken nie. In teenstelling met ander gebiede wat gekolonialiseer is deur Brittanje en ander lande

---

37 Die woord *aboriginal* is afkomstig van die Latyn *ab origine* (wat beteken: van die begin af) en is die ekwivalent van inheems – dit word dikwels gebruik waar verwys word na die inheemse bevolking (*aboriginal people*) van 'n land. Alhoewel die inheemse bevolking van Australië uit verskillende inheemse groepe (nasies) bestaan, het die woord *Aborigine* met verloop van tyd ingeburger geraak as 'n globale term wat verwys na al die inheemse bevolkingsgroepe van Australië, net soos die woord Rooihuid (*Indian*) gebruik word as globale begrip wat verwys na 'n verskeidenheid van inheemse bevolkingsgroepe in Noord-Amerika. McRae ea *Aboriginal Legal Issues* vii. Die woorde *Aborigine* en *Aborigines* word vir doeleindes van hierdie proefskrif as 'n globale term gebruik wat verwys na al die inheemse bevolkingsgroepe van Australië.

38 Vir 'n bespreking van die toepassing van tradisionele inheemse reg voor kolonialisering, sien Eggleston *Fear, Favour and Affection* 278 ev; McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 202 ev.

waar die inheemse bevolkings aangemoedig is om hulle inheemse regstelsel te behou as synde 'n stelsel ondergeskik aan die algemene regstelsel, maar wat die beste voldoen aan die behoeftes van die inheemse bevolking,[39] het die Australiese inheemse stelsel nie eers hierdie mate van erkenning verkry nie. Die enigste erkenning wat die inheemse reg geniet het, was as synde *deel te wees van die Anglo-Australiese raamwerk*.[40] Selfs binne hierdie raamwerk is die erkenning wat verleen word, nie volledig nie en is dikwels afhanklik van die diskresie van die regsprekende amptenaar (*judge* of *magistrate*).[41] Die Regskommissie het aanbeveel dat 'n funksionele benadering gevolg word met betrekking tot erkenning van die inheemse stelsel binne die bestaande stelsel: daar moet telkens bepaal word watter effek erkenning van 'n inheemse regsbeginsel sal hê – met ander woorde, al die voor- en nadele moet teen mekaar opgeweeg word – voordat dit uitgebrei word na enige betrokke area in plaas van grootskaalse erkenning van al die regsbeginsels, waar van toepassing.[42] Alhoewel inheemse reg wel op hierdie stadium 'n mate van erkenning geniet het in hofbeslissings en wetgewing, verteenwoordig hierdie benadering tot funksionele erkenning van die inheemse reg wat deur die Regskommissie ontwikkel is die eerste groot ommeswaai ten opsigte van erkenning van inheemse reg.[43]

---

39 McRae ea *Aboriginal Legal Issues: Commentary and Materials* 221 wys daarop dat in die voormalige kolonies van Brittanje en die ander lande, is die inheemse bevolking aangemoedig om hul tradisionele dispuutbeslegtingsprosedure te behou as afsonderlike beregtingsmeganismes. Die nuut-ingestelde howe het dan parallel met hierdie inheemse howe gefunksioneer, gewoonlik met die gevolg dat die inheemse howe 'n ondergeskikte rol beklee het met 'n beperkte jurisdiksie, maar ten minste is daar erken dat gemelde informele howe die beste voldoen aan die behoeftes van die inheemse bevolking.

40 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 221 ev. In die Australian Law Reform Commission *The Recognition of Aboriginal Customary Laws – Report No 31* par 195-196 word daarop gewys dat enige erkenning van inheemse gewoontereg moet geskied teen die agtergrond en binne die raamwerk van die algemene reg. Sover moontlik, moet die inheemse gewoontereg erken word deur bestaande regterlike en administratiewe owerhede, terwyl die skepping van nuwe en afsonderlike regstruktue tensy die nodigheid daarvoor voor-die-hand- liggend is Eggleston *Fear, Favour or Affection* 283-284.

41 Vir 'n bespreking van hierdie aspek, sien McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 269 ev.

42 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 222; Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 209.

43 McLachlan "The Recognition of Aboriginal Customary Law: Pluralism Beyond the Colonial Paradigm – A Review Article" 1988 *The International and Comparative LQ* 368 371. Volgens Amankwah "*Post*-Mabo: The Prospect of the Recognition of a Regime of Customary (Indigenous) Law in Australia" 1994 *University of Queensland LJ* 15 is daar 'n vooruitsig vir

McRae ea[44] wys daarop dat die inheemse regstelsel 'n groot rol speel in die lewe van baie verskillende groepe van *Aborigines* en as sulks moet dit nie geïgnoreer word deur die algemene regstelsel nie, maar behoort erken en gerespekteer te word in oorleg met die inheemse gemeenskap. Onnadenkende erkenning van inheemse regsreëls[45] kan net so skadelik wees soos onnadenkende miskenning van inheemse regsreëls. Hulle voer aan dat die *Aborigines* al ernstig benadeel is op sekere gebiede as gevolg van miskenning van inheemse reg.[46] Die gevare daaraan verbonde om die inheemse reg te ondermyn moet nie onderskat word nie, maar kan afgewend word deur versigtige opweging van die gevolge in konsultasie met die inheemse gemeenskap. McRae ea voer aan dat 'n kombinasie van "black and white law", wat in oorleg met inheemse gemeenskappe toegepas word, die mees effektiefste manier is om

---

verdere erkenning van die inheemse reg na die beslissing in *Mabo v Queensland* (1992) 175 CLR 1 waar beslis is ten gunste van die inheemse bevolking se aansprake op eiendomsreg tov bepaalde grond.

44 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 225-226.

45 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 223 wys daarop dat inheemse huwelike nie deur die Anglo-Australiese regstelsel erken word nie, ten spyte daarvan dat ongeveer 90% van die tradisionele *Aborigines* sulke huwelike aangaan. Volgens hulle sou dit onwenslik wees om sulke tradisionele huwelike voor die voet gelyk te stel met huwelike ingevolge die *Marriage Act*, want dit sou lei tot onvanpaste regsgevolge wat tot effek sal hê dat tradisionele huweliks- en familieverpligtinge ondermyn word. Verder sal diegene wat minderjarige of poligame huwelike sluit ingevolge tradisionele reg onderhewig word aan die strafreg. Waar eggenote vervreem of geskei is, sal hulle aanspreeklik word vir betaling van onderhoud vir die ander eggenoot en vir die kinders uit die huwelik met die gevolg dat verpligtinge geskep word wat vreemd is aan die regsreëls van die Aborigines wat vereis dat 'n groter netwerk van familielede verantwoordelikheid aanvaar en moontlik sal lei tot ondermyning van die tradisionele stelsels van familie-ondersteuning. Die Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 513 waarsku ook teen direkte inmenging deur die Anglo-Australiese howe in inheemse dispuutbeslegtingsprosedures of sanksies, bv om oortreders opgeskort vonnisse te gee op voorwaarde dat sekere tradisionele sanksies toegepas word of dat jong oortreders aan inisiasie onderwerp moet word. Direkte inmenging neem beheer uit die hande van die inheemse howe en kan moontlik daartoe lei dat stappe geneem word wat onvanpas is en die tradisionele regsreëls belaglik laat voorkom.

46 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 226 verduidelik dat in kinderwelsynsake het miskenning van die tradisionele reg tov kinderopvoeding al tot groot onregverdigheid gelei. In navolging van 'n statutêre bepaling dat die *beste belang van die kind* voorrang moet geniet en miskenning van die tradisionele regsreël dat 'n uitgebreide familienetwerk na minderjarige kinders omsien waar die ouers nie in staat is daartoe nie, is baie minderjarige *Aborigine*-kinders in die verlede al weggeneem en aan blanke families toevertrou in plaas van *Aborigine*-families. Die verwydering van die kinders het 'n fragmenterende effek op die familienetwerk gehad en het groot verdriet by die kinders en families veroorsaak. Tans is die howe se persepsie van die positiewe aspekte van *Aborigine*-identiteit baie duideliker, maar die *beste belang van die kind*-beginsel kan steeds lei tot plasing van *Aborigine*-kinders by families wat nie van *Aborigine*-oorsprong is nie.

sosiale orde te handhaaf.[47] Dit blyk verder dat alhoewel toenemende erkenning van inheemse reg binne die Anglo-Australiese regstelsel aanbeveel word deur die Regskommissie, is erkenning by wyse van kodifisering van die inheemse reg nie wenslik nie – eerstens, omdat die inheemse reg as't ware onkodifiseerbaar is, want dit kan nie op 'n bepaalde punt in tydsverloop gevries word nie.[48] Die inheemse reg het 'n buigbare en dinamiese kwaliteit wat nie maklik gekodifiseer kan word nie en wat afhang van die sosiale konteks waarbinne oortredings en dispuutbeslegting plaasvind. Kodifisering sal lei tot miskenning en vernietiging van die essensiële aard van die reg van die *Aborigines*.[49]

McRae ea voeg verder by dat:

> "codification takes the interpretation and context of their law out of the hands of Aboriginal communities, placing it in the hands of those who write and administer the code."

Erkenning van die inheemse reg dui egter op erkenning van die *toepassing daarvan deur die inheemse gemeenskap self* en nie op direkte toepassing daarvan deur die Anglo-Australiese howe nie. Die Regskommissie het die gedagte van direkte toepassing van *Aborigine*-reg deur die Anglo-Australiese howe verwerp op grond van die volgende redes: die gekompliseerdheid en verskeidenheid van *Aborigine*-regsreëls, die kommunikasieprobleme wat ervaar word binne die konteks van die reg, die gebrek aan deskundigheid en soms onsensitiwiteit van die regsprofessie teenoor *Aborigine*-reg, die feit dat *Aborigine*-regsreëls nie buite hul sosiale konteks toegepas kan word sonder verdraaiing daarvan nie en dat *Aborigine*-gemeenskappe beheer oor hulle eie regsreëls sal verloor.[50]

---

47 *Aboriginal Legal Issues* 226-227: "So long as Aboriginal laws and wishes are respected, white laws are often helpful in dealing with European-introduced problems such as petrol sniffing and drunkenness which Aboriginal law does not countenance...and may assist in maintaining an atmosphere where Aboriginal law can flourish."

48 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 461.

49 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 227.

50 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 202. McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 228.

Daar is op die oomblik egter twee struikelblokke wat die toenemende erkenning van die inheemse reg in die howe belemmer, naamlik, die voorlê van getuienis ten opsigte van inheemse regsreëls en die hantering van getuienis afgelê deur die *Aborigine*-bevolking.[51] Eggleston[52] wys daarop dat in die afwesigheid van statutêre riglyne staar 'n hof, wat 'n saak moet bereg waarby tradisioneel-geöriënteerde *Aborigines* betrokke is, baie probleme in die gesig: eerstens moet bepaal word of die regsreëls en gebruike van die stam van toepassing en indien wel, wat die regsreëls van die betrokke stam is. Dit is 'n praktiese probleem wat moeilik oplosbaar is, want daar is geen gekodifiseerde weergawe van die stamreg nie, geen erkende metode vir die howe om antropologiese inligting van deskundiges te verkry nie en 'n gebrek aan gekwalifiseerde tolke om behulpsaam te wees waar *Aborigine*-beskuldigdes of sodanige getuies nie vlot is in Engels nie. Indien vasgestel word wat die toepaslike stamreg is en bevind word dat dit die omstandighede van die saak beïnvloed het, is die vraag of die stamreg van regsweë erken moet word en, indien wel, tot welke mate en in watter opsig? Hy kom tot die gevolgtrekking dat die antwoord op hierdie vraag "involves broad considerations of policy and of the ends law is considered to be serving."

7.3.1 Twee modelle van bestaande Australiese inheemse howe

Daar is van tyd tot tyd pogings aangewend in sekere state van Australië om spesiale howe vir *Aborigines* te skep. Hierdie howe het nie gebruik gemaak van bestaande inheemse owerheidstrukture nie, maar het eerder gebruik gemaak van die algemene hofstelsel-model om voorsiening te maak vir wat beskou is as die spesiale omstandighede van die *Aborigines*. Die bedoeling met hierdie howe was nie noodwendig om 'n toegewing te wees ten opsigte van inheemse vereistes nie – die Regskommissie[53]

---

51 Vir meer besonderhede ten opsigte van hierdie aspekte, sien Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* hfst 24-25; McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 50.

52 *Fear, Favour or Affection* 298.

53 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 721.

wys daarop dat een rede vir hul instelling moontlik te wyte kon wees aan die "difficulty in obtaining convictions before the ordinary courts, where juries were often reluctant to convict." 'n Hofstelsel is dikwels afgedwing op *Aborigines* met min of geen inagneming van die standpunte of die effektiwiteit van hul eie inheemse meganismes nie. Die twee modelle van beregting van inheemse geskille en oortredings in Australië waarna hieronder verwys sal word, is te vinde in Queensland en in Wes-Australië. Weens die omvang van hierdie navorsingstuk sal slegs hierdie twee modelle in Australië kortliks bespreek word. Daar is besluit op die model in Queensland omdat dit 'n voorbeeld is waar 'n inheemse hof ingestel is wat afsonderlik van die algemene amptelike hofstelsel in Australië funksioneer. Hierteenoor staan die model in Wes-Australië, waar die inheemse gemeenskap inspraak het in die opstel van hul eie reëls en regulasies, maar waar beregting plaasvind in die howe van die algemene amptelike hofstelsel.

7.3.1.1 Queensland

In Queensland het inheemse howe tot stand gekom tydens owerheidspogings gedurende 1930-1940 vir die inwerkingstelling van sodanige howe. Daar was egter geen konsultasie met die inheemse bevolking oor waar die betrokke howe moes funksioneer of oor gebruikmaking van die inheemse dispuutbeslegtingsprosedures nie.[54] Hierdie howe is egter hersien deur die inwerkingtreding van die *Community Services (Aborigines) Act* 1984.[55]

7.3.1.1.1 Persoonlike onafhanklikheid

By die persoonlike onafhanklikheid van die regsprekende amptenare[56] sal die soeklig

---

54 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 229. Vir kritiek teen die destydse stelsel in Queensland, sien Eggleston *Fear, Favour or Affection* 270 ev.

55 'n Soortgelyke stelsel is van toepassing op *Queensland Islander Communities*, naamlik die *Community Services (Torres Strait) Act* 1984 (Qld).

56 Vir 'n omskrywing van wat die persoonlike onafhanklikheid van regterlike amptenare behels, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

val op hul kwalifikasies en wyse van seleksie, hul diensvoorwaardes en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.

7.3.1.1.1.1 Kwalifikasies en wyse van seleksie

Voor die 1984-wetgewing is 'n spesiale *magistrate* vanaf owerheidskant af aangestel om in hierdie howe te beslis oor oortredings. Ingevolge artikel 42 van die *Community Services (Aborigines) Act* 1984 (Qld) is elke trustgebied in staat gestel om 'n inheemse hof te hê wat bestaan het uit twee *justices of the peace,* wat elkeen 'n *Aborigine*-inwoner (*an Aboriginal resident*) van die hof se gebied is en wat gemagtig is om as lid van die hof in die betrokke saak te dien, of waar dit nie moontlik is nie, sal die hof bestaan uit lede van die *Aboriginal Council* vir die betrokke area of 'n meerderheid van hulle.[57]

Omdat 'n verteenwoordigende regbank lei tot 'n verhoging in openbare vertroue en legitimiteit van die regbank, is dit 'n aspek wat ter sprake kom by die seleksie van regterlike amptenare. Hierdie gedeelte moet dus saamgelees word met die bespreking verder in hierdie hoofstuk ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.[58]

7.3.1.1.1.2 Diensvoorwaardes

Sover vasgestel kon word hang die duur van die termyne (of die gereeldheid daarvan) wat die regsprekende beamptes op die regbank dien, af van hoe gereeld die howe moet sit om sake aan te hoor en van die "presence in particular communities of individuals with sufficient strength or community acceptance to comprise the court".[59]

---

57 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 723.

58 Sien afd 7.3.1.1.1.3.

59 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 737.

7.3.1.1.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Hierdie aspek sluit aan by die seleksie van regterlike amptenare wat hierbo bespreek is.[60] Met die inwerkingtreding van artikel 42 van die *Community Services (Aborigines) Act* van 1984 het die inheemse bevolking verteenwoordiging verkry op die regbank: die twee *justices of the peace* moet inboorlinge wees wat in die gebied van die hof woon, of waar dit nie in 'n gegewe geval moontlik is nie, moet die hof saamgestel word uit lede van die *Aboriginal Council* van die betrokke gebied.

7.3.1.1.2 Saaklike onafhanklikheid

Die ontleding van die saaklike onafhanklikheid[61] van die regsprekende amptenare sal gedoen word aan die hand van hul bevoegdhede en verpligtinge, met spesifieke verwysing na die aspekte van regterlike diskresie-uitoefening en die mate waartoe die prosessuele en administratiewe aspekte aan die regbank oorgelaat word.

7.3.1.1.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Voor die 1984-wetgewing was dit die taak van 'n spesiale *magistrate* om ingevolge die Anglo-Australiese reg en -regsprosedures te beslis oor oortredings – getuienis van plaaslike inheemse reg is slegs toegelaat ten opsigte van strafversagting. Hierdie howe het nie die reg en aspirasies van die inheemse bevolking gereflekteer nie en was nie baie suksesvol nie.[62]

Na ingryping deur die federale owerheid in 1984 deur die inwerkingstelling van die *Community Services (Aborigines) Act* 1984 (Qld) het inheemse howe begin

---

60 Sien afd 7.3.1.1.1.1.

61 Tov die saaklike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.2.

62 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 229 wys daarop dat hierdie howe eerder instrumente van onderdrukking en beheer deur die wit owerhede (*white authorities*) was wat gefunksioneer het sonder respek vir basiese menseregte. Sien ook Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 723-746.

funksioneer in 14 inheemse trustgebiede. Die howe het jurisdiksie ten opsigte van geringe misdade soos uiteengesit in die Wet en die model-reëls-en-regulasies van die betrokke in-heemse gemeenskap. Hierdie howe moet, waar toepaslik, die reg en gewoontes van die gemeenskap toepas en 'n mediasie-rol vervul. Die howe kan boetes van tot $500 of gemeenskapsdiens oplê, maar nie gevangenisstraf nie. Die inheemse bevolking kan inheemse polisie aanstel om die betrokke gebied te patroleer.[63] Die mees algemene oortredings is dronkenskap, wanordelike gedrag, aanranding en dobbelary. Uit die verslag van die Australiese Regskommissie blyk dit dat daar bedenkinge uitgespreek word ten opsigte van die geslaagdheid van die nuwe wetgewing om die howe asook gevestigde praktyke en houdings te verander.[64] Na ontleding van die wetgewing, kom die Regskommissie tot die gevolgtrekking dat dit duidelik is dat die bedoeling agter die wetgewing was om die inheemse howe te laat voortbestaan, maar met meer beperkte magte.[65] Vir doeleindes van appèl word die beslissing van 'n *Aboriginal Court* beskou asof dit 'n beslissing van die *Magistrates' Court* is sodat die gewone appèlmoontlikhede bestaan.[66] Die Regskommissie wys daarop dat daar egter min van die appèlbevoegd-heid gebruik gemaak word.[67] Prosedures in die howe na die 1984-wetgewing het meer formaliteit in die howe tot gevolg gehad as voorheen. Die regsprekende amptenare van die inheemse howe beslis oor stafregtelike aangeleenthede wat binne die howe se jurisdiksie[68] val. By oorweging van hierdie aangeleenthede, moet hulle die reg en gewoontes van die inheemse gemeenskap in berekening bring. Ingevolge regulasie 23 van die

---

63 Vir die probleme wat ondervind word met inheemse polisiëring, sien McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 228-229; Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 730-731.

64 Die Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 741-745.

65 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 728.

66 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 725.

67 Redes wat daarvoor aangevoer word is onkunde tov beide die reg tot appèl en die prosedure. Verder is daar toeganklikheidsprobleme wat betref die afstand en tye van hofsittings. Gesien in die lig van die beperkte strawwe wat opgelê kan word, beskou baie dit as net nie die moeite werd nie – Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 736.

68 Dit sluit in strafregtelike jurisdiksie tov spesifieke statutêre oortredings, reëls en regulasies, en 'n mediasie- of konsiliasierol tov plaaslike dispute – Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 724.

Community Services (Aborigines) Regulations 1985 moet die prosedures vir en afdwinging van die beslissings van die *Aboriginal Court* dieselfde wees as wat dit sou wees indien die saak beslis sou word voor *justices of the peace* en *magstrates* van die gewone howe onder die algemene regstelsel van Australië. Hieruit blyk dit dat daar van inheemse howe verwag word om met groter formaliteit op te tree as in die verlede.[69]

Buiten die normale appèlbevoegdheid wat bestaan teen 'n beslissing van 'n inheemse hof, is daar ook nog 'n bepaling dat 'n besoekende regsprekende amptenaar ("visiting justice") elke drie maande die trustgebied moet besoek. So 'n regsprekende amptenaar se taak is dan om klagtes te ondersoek, die strafrekord van die inheemse hof na te gaan, self te beslis oor misdade in gemeenskappe waar daar nie 'n inheemse hof bestaan nie en verslag te doen aan die *Under Secretary* oor die administrasie van die gebied en die inheemse howe.[70]

7.3.1.2 Wes-Australië

Volgens McRae ea[71] is die model wat gebruik word in Wes-Australië kontroversieel. Alhoewel dié betrokke model nie dieselfde onderdrukkende aard het as die Queensland-model nie, dui dit tog op die gevare daaraan verbonde om Europees-geïnisieerde en Europees-gerigte stelsels in te voer, nieteenstaande die goeie bedoelings wat daarmee gepaardgaan.

Die stelsel van inheemse howe in Wes-Australië is in die lewe geroep ingevolge die

---

69 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 726.

70 Die Regskommissie wys daarop dat hierdie bepaling gekritiseer word deur die *Human Rights Commission* (in die *Human Rights Commission Report No 9* (1985) par 20) omdat "the whole concept of a visiting justice has overtones of the gaol or other institution in which people are incarcerated against their will, which is to be subject to regular inspections by that functionary. The concept fits uneasily with that of a community of Aboriginal Queenslanders living freely together under their own institutions." Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 733.

71 *Aboriginal Legal Issues* 230. Vir die aanloop tot die huidige stelsel, sien Eggleston *Fear, Favour or Affection* 247 ev.

Aboriginal Communities Act 1979 (W.A.). Met die toestemming van die Minister mag gemeenskappe aansoek doen om ingesluit te word in die stelsel,[72] wat gemeenskapsrade in staat stel om regulasies uit te vaardig met betrekking tot sekere plaaslike aangeleenthede.

7.3.1.2.1 Persoonlike onafhanklikheid

In die afdeling wat hierna volg sal die persoonlike onafhanklikheid[73] van die inheemse howe in Wes-Australië kortliks onder die loep geneem word, met die klem op die regsprekende amptenare se kwalifikasies en wyse van seleksie, hul diensvoorwaardes die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.

7.3.1.2.1.1 Kwalifikasies en wyse van seleksie

Aangeleenthede word aangehoor deur gewone amptelike howe waar *magistrates* of *justices of the peace* (of albei gesamentlik) as regsprekende amptenare optree. Die *justices of the peace* word geselekteer uit die gemeenskap as synde verteenwoordigend van bepaalde seksies van die gemeenskap en aangestel deur die owerheid. Met die instelling van hierdie stelsel was die vooropgestelde bedoeling dat die *magistrate* die *justices of the peace* sou oplei en sodra hulle dan bedrewe genoeg raak, sou die *magistrate* se rol afneem of selfs verdwyn, wat hulle dan sou oorlaat om die howe te beman.[74] Hierdie doelwit is slegs in 'n baie beperkte mate in die meeste gemeenskappe verwesenlik. 'n Verteenwoordigende regbank lei tot 'n verhoging in openbare vertroue en legitimiteit van die regbank.[75] Gevolglik kom dit ter sprake by die seleksie van regterlike amptenare en hierdie gedeelte moet dus saamgelees word

---

72 Tov die vereistes vir insluiting by die stelsel, sien Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 753.

73 Tov die persoonlike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

74 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 230; Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 755.

75 Sien afd 2.10 en 3.5.

met die bespreking verder in hierdie hoofstuk ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.[76]

7.3.1.2.1.2 Diensvoorwaardes

Die *magistrates* en *justices of the peace* word deur die owerheid aangestel en gevolglik word hulle diensvoorwaardes gereël deur die dienskontrak tussen die owerheid en die regsprekende amptenare. Die aanvanklike bedoeling was eintlik dat persone van die inheemse bevolking uiteindelik die howe alleen verantwoordelik sou wees vir die funksionering van die howe, maar dit het nog nie gematerialiseer nie.[77]

7.3.1.2.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Hierdie aspek sluit aan by die bespreking hierbo ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare.[78] Die inheemse bevolking het wel verteenwoordiging op die regbank omdat die *justices of the peace* as regsprekende amptenare optree. Hierdie *justices of the peace* word egter deur die owerheid geselekteer, aangestel en dien in baie gevalle saam met 'n *magistrate* op die regbank. Alhoewel sommige kommentatore[79] van mening is dat die aanstelling van die inheemse bevolking as *magistrates* sal bydra tot die harmonisering van verhoudinge, het dit nog nie plaasgevind nie. Die Australiese Regskommissie het bevestig dat die aanvanklike hoop dat die howe beman sou word deur slegs die inheemse bevolking, nog nie gematerialiseer het nie, met die gevolg dat die inheemse gemeenskappe "still have little responsibility for their own local law and order problems. Obviously, training of Aboriginal justices and other court personnel is required, but the aim should be substantial independence, if this is

---

76 Sien afd 7.3.1.2.1.3.

77 *Aboriginal Legal Issues* 230.

78 Sien afd 7.3.1.2.1.1.

79 Syddall "Aborigines and the Courts II" in Swanton *Aborigines and Criminal Justice* 144 waar hulle op 162 die mening uitspreek dat die aanstelling van inheemse *magistrates* sal bydra tot harmonisering van verhoudinge deur afkeur te verminder in gevalle waar 'n regsreël, wat kultuurvreemd is, deur Europeërs toegepas word.

what local Aboriginal communities want."[80]

7.3.1.2.2 Saaklike onafhanklikheid

Wat die regsprekende amptenare se saaklike onafhanklikheid[81] betref, die volgende: Beregting van oortredings vind plaas in die gewone amptelike howe deur *magistrates* en *justices of the peace*. Omdat die aanvanklike bedoeling was dat die inheemse bevolking uiteindelik alleen die howe sou beman, is *justices of the peace* en ander administratiewe personeel vanuit die inheemse bevolking aangestel. Sodra 'n *justice of the peace* egter aangestel is, het so 'n persoon die normale bevoegdhede van 'n *justice of the peace* en moet nie alleen oortreding van die inheemse regulasies bereg nie, maar ook van die algemene amptelike reg van Wes-Australië (byvoorbeeld die *Criminal Code* en die *Police Act*) wat ook op die inheemse bevolking van toepassing is.[82] Die regsprekende amptenare se diskresie-uitoefening, die prosedures wat gevolg word en die administratiewe funksies is dus dieselfde as dié ten opsigte van die gewone amptelike howe.

7.3.1.2.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Ingevolge die wetgewing[83] kan die gemeenskapsrade (*community councils*) regulasies opstel met betrekking tot aangeleenthede soos toegang tot gemeenskapsgrond,

---

80 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 755. Sien ook par 760-766 in hierdie verslag ten opsigte van minder uitgebreide stelsels in *Northern Territory* en *South Australia* wat gebaseer is op afdwinging van regulasies wat opgestel is en geadministreer word in konsultasie met die inheemse bevolking. Hoddinnott "Aboriginal Justices of the Peace and 'Public Law'" in Hazlehurst *Justice Programs for Aboriginal and Other Indigenous Communities* 175-177 is van mening dat die howe in Wes-Australië nie suksesvol is nie, dat dit die inheemse reg van die *Aborigines* ondermyn en tradisionele owerheidstrukture afbreek.

81 Tov die saaklike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.2.

82 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 750. Ingevolge a 13 van die Aboriginal Communities Act 1979 "no by-law takes away or restricts any liability, civil or criminal, arising under any other statutory provision or at common law". Daar is dus potensiële konflik tussen die inheemse regulasies en die algemene reg van die owerheid, in welke geval laasgenoemde seëvier.

83 *The Aboriginal Communities Act 1979 (WA)*.

skade aan plaaslike flora, rommelstrooiing, wanordelike gedrag, beperkings op alkohol en regulering van motors en vuurwapens (soos vervat in artikel 7). 'n Stel modelregulasies is ook beskikbaar. Daar is geen spesifieke bepaling met betrekking tot die opstel van regulasies oor plaaslike inheemse gebruike nie – dit kan egter ingesluit word by die toepassing van die regulasies genoem in artikel 7. Boetes van tot $100 en vergoeding van tot $250 mag opgelê word.[84]

7.3.1.2.2.2 Beregting van geskille buite die trustgebiede van die inheemse bevolkings

Daar vind egter ook geskille tussen lede van die inheemse bevolking (*Aborigines*) en ander lede van die Australiese bevolking plaas buite die trustgebiede. Waar *Aborigines* ernstige oortredings begaan buite die trustgebiede, sal hulle natuurlik onderhewig wees aan vervolging deur die gewone amptelike howe. Dit sal binne die regsprekende amptenaar se diskresie wees tot welke mate, indien enige, erkenning gegee sal word aan inheemse regsbeginsels. Daar is egter ook die moontlikheid dat waar *Aborigines* in stedelike gebiede woon en minder ernstige geskille ontstaan, dat dit bereg kan word deur die gemeenskapsentrums wat in Australië bekend staan as *Community Justice Centres* (NSW) en *Neighbourhood Mediation Centres* (VIC).[85] Die proses waartydens gepoog word om geskille op te los wat hier gebruik word, staan bekend as alternatiewe dispuutbeslegting.[86] Hierdie sentrums is primêr daarop

---

84 *Aboriginal Legal Issues* 230.

85 Pears *Beyond Dispute: Alternative Dispute Resolution in Australia* 148 wys daarop dat hierdie sentrums dispuutbeslegting hanteer tussen lede van die inheemse bevolking, en tussen lede van die inheemse bevolking en blankes in stedelike gebiede. 'n Leemte in die stelsel is dat daar nie genoeg *Aborigine* bemiddelaars is sodat een betrokke kan raak by elke dispuut waarby 'n lid van die inheemse bevolking betrokke is nie.

86 Pears *Beyond Dispute* 2 omskryf alternatiewe dispuutbeslegting as 'n metode van oplossing van dispute wat nie alleen buite die hof plaasvind nie, maar verskil ook van litigasie in dié sin dat die partye saamwerk op soek na 'n gemeenskaplik-bevredigende oplossing in plaas daarvan om in 'n stryd gewikkel te wees op soek na 'n wenner of verloorder. Dit verg dat daar met 'n oop gemoed en ter goeder trou opgetree word wat nie altyd nodig of teenwoordig is by litigasie nie. Die oplossing word nie deur 'n derde party op die partye afgedwing nie, maar laat hulle toe om self 'n oplossing te kies in die lig van die partye se werklike belange en is absoluut vertroulik. Hierdie eienskappe maak alternatiewe dispuutbeslegting aanloklik, veral waar die partye, nadat die dispuut opgelos is, nog met mekaar moet kan oor die weg kom.

ingestel om minder ernstige probleme wat in die gemeenskap ontstaan, binne die gemeenskap op te los. Alternatiewe dispuutbeslegting is gerig op versoening en die bewerkstelliging van 'n skikkingsooreenkoms tussen die partye.

7.3.1.3 Evaluering van die stelsels in Queensland en Wes-Australië

Volgens die Regskommissie[87] kom die kritiek teen die inheemse howe in Queensland in breë trekke neer op die volgende:

- die howe is minderwaardig en "tweede-klas" instellings;
- daar is 'n gebrek aan werklike invloed of beheer deur die *Aborigines;*
- die hof se onvermoë, of versuim om die plaaslike gebruike en tradisies in ag te neem;
- kritiek teen die howe as 'n aspek van die reservaatstelsel, wat beskou word as 'n afdwinging van vreemde strukture en waardes.

Daar sal kortliks op elkeen van hierdie punte van kritiek uitgebrei word.

7.3.1.3.1 Mindere status van die inheemse howe

'n Punt van kritiek wat dikwels geopper word teen die inheemse howe is die gebrek aan opleiding van die inheemse regsprekende amptenare. *Justices of the peace* word aangestel om op die regbank te dien, maar daar word geen riglyne, instruksies of formele opleiding aan hulle gegee ten opsigte van die werk wat hulle veronderstel is om te doen nie. Die gevolg van hierdie gebrek aan opleiding is dat die inheemse regsprekende amptenare onseker is oor die jurisdiksie, prosedure of bevoegdhede van die inheemse hof. Die Regskommissie het bevind dat die regsprekende amptenare hul taak ernstig opneem, bewus is van hulle tekortkominge, gretig is om hul vaardighede te verbeter, maar nie weet hoe om te werk te gaan om dit te doen

---

87 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 741-745.

nie.[88] Die inheemse howe se beperkte bevoegdhede beïnvloed ook die howe se status.

7.3.1.3.2 Gebrek aan werklike invloed of beheer deur die *Aborigines*

'n Ander punt van kritiek teen die stelsel in Queensland, is dat dit tot stand gebring is en in effek beheer word deur die betrokke staatsdepartement in Queensland (die *Department of Community Services*). Die rol van die staatsdepartement is veronderstel om uitgefaseer te word en in beginsel behoort die *Community councils* dan meer beheer te hê oor die samestelling en inhoud van die reëls en regulasies van 'n betrokke inheemse gemeenskap en of 'n inheemse hof in 'n bepaalde gebied ingestel moet word, of nie. Die Regskommissie voeg egter by dat hierdie veranderinge moontlik meer formeel van aard is en nie in die praktyk 'n groot verskil gaan maak nie.[89]

7.3.1.3.3 Inagneming van plaaslike gebruike en tradisies

Die *Community Services (Aborigines) Act* van 1984 het die inagneming van plaaslike gebruike en gewoontes verpligtend gemaak. Dit is 'n verbetering op die vorige wetgewing wat dit nie as vereiste gestel het nie. Alhoewel sekere howe dit in elk geval in ag geneem het, is dit beter dat hierdie funksie spesifiek voorgeskryf word.[90]

---

88 Indien die mening gehuldig word dat hulle moontlik ontoepaslik opgetree het, kan die uitvoerende amptenaar of die plaaslike Queensland polisiebeampte (of, alhoewel dit minder waarskynlik is, die *Aborigine*-raad) ingryp om hulle te adviseer. Dit hang egter baie af van die ingesteldheid van die uitvoerende beampte of polisiebeampte van die hof. Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 39. Die afdwinging van vonnisse opgelê deur die inheemse howe hang ook af van die effektiwiteit van die polisiëring. Sien ook hierdie paragraaf ten opsigte van die probleme met polisiëring.

89 Alhoewel die reservate ingevolge die Community Services (Aborigines) Act 1984 as plaaslike selfregerende gebiede erken word, is daar steeds verwarring tov die inheemse rade se gesag in trustgebiede en die gesag van gewone plaaslike owerheidsrade in daardie gebiede. Totdat hierdie probleme opgelos is, kan daar nie gesê word dat die trustgebiede beskik oor 'n behoorlike stelsel van selfregering nie. Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 743.

90 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 744.

7.3.1.3.4 Afdwinging van vreemde strukture en waardes

Uit die Regskommissie se verslag blyk dit dat een van die redes wat aangevoer word waarom die inheemse howe nog nooit effektief was nie, toegeskryf kan word aan die feit dat hierdie howe nie die morele waardes van die plaaslike gemeenskap reflekteer nie. Die owerheid van Queensland het die struktuur en die inhoud van die wette afgekondig en sodoende aan die reservaatbevolking voorgeskryf welke optrede onder bepaalde omstandighede aanvaarbaar sou wees. Omdat die dominante beïnvloeding van die howe deur die owerheid op 'n indirekte wyse geskied het, het die hofmasjinerie aan sekere *Aborigines* meer mag gegee as aan ander, met die gevolg dat die inheemse howe se beslissings moontlik bepaalde plaaslike belange of groepe bevoordeel het ten koste van ander (onverteenwoordigde) partye.[91]

Oor die vraag of die howe behou moet word, was die Regskommissie van mening dat die howe al vir meer as 20 jaar funksioneer, alhoewel dit geskied met sekere tekortkominge. Hierdie howe het al ingeburger geraak as deel van die reservaatlewe, geniet 'n sekere mate van steun onder die inheemse inwoners van die trustgebiede en skep darem ietwat van 'n buffer "between the white world and the black world". Met die inwerkingtreding van die *Community Services (Aborigines) Act* van 1984 is sommige van die kritiek wat in die verlede teen die howe geopper is, wel tot 'n mate ondervang.[92] Die *Aborigine*-rade het byvoorbeeld groter seggenskap verkry in die opstel van hulle eie reëls en regulasies wat afdwingbaar is in die inheemse hof. Die howe het nou byvoorbeeld groter magte om boetes of gemeenskapsdiens op te lê (alhoewel gevangenisstraf nie meer opgelê mag word nie). Die rol wat die *Department of Community Services* speel, is veronderstel om gaandeweg af te neem en daar word pogings aangewend om opleiding te verskaf aan regsprekende amptenare van die inheemse howe. Die Regskommissie[93] kom tot die gevolgtrekking dat indien die inheemse howe in Queensland bly voortbestaan, moet aan sekere vereistes voldoen

---

91 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 745.

92 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 746.

93 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 746.

word:

- die howe moet sekere basiese standaarde handhaaf[94] en prosessueel regverdig wees;
- enige besluit ten opsigte van die inheemse howe se voortbestaan of hoe lank dit moet voortbestaan, behoort by die inheemse gemeenskappe self te berus;
- meer aandag moet gegee word aan die opleiding van regsprekende amptenare en personeel van die howe;
- die verwarrende verhouding tussen die plaaslike owerheidsbevoegdhede en die bevoegdhede van die *Aborigine*-rade ingevolge die 1984-wetgewing van Queensland, moet opgeklaar word.

Die inheemse howe wat van owerheidsweë ingestel is in Queensland en Wes-Australië is geskool op die Europese model van howe (wat betref prosedure) en word ook beman deur regsprekende amptenare wat deur die staat aangestel en besoldig word. Die howe het oor die algemeen jurisdiksie ten opsigte van geringe oortredings en klein boetes en gemeenskapsdiens kan opgelê word. Die prosedure in beide die howe in Queensland en Wes-Australië is formeel van aard en dit word aan die regsprekende amptenaar se diskresie oorgelaat om te besluit welke inheemse gewoontes en gebruike in ag geneem sal word. Hierdie howe is veronderstel om die inheemse bevolking te dien, en om oortredings en dispute wat onder die inheemse bevolking ontstaan te bereg. Alhoewel die inheemse bevolking wel verteenwoordiging het op die regbank in albei stelsels, is die stelsels op hulle afgedwing en steeds tot 'n groot mate onder beheer van die owerheid. Alhoewel die aanvanklike bedoeling by beide stelsels was dat die rol van die owerheid (en die *magistrate* in Wes-Australië) algaande sou afneem en mettertyd heeltemal sou wegval, het dit tot dusver nie gebeur nie. In Wes-Australië blyk daar ook min belangstelling te wees onder die inheemse bevolking om op hierdie regbanke (wat op hulle afgedwing is) te dien. Dit wil voorkom asof hierdie howe nie voldoen aan die behoeftes van die inheemse bevolking nie.

---

94 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 818.

7.3.1.3.5 Inheemse howe: Basiese standaarde volgens die Regskommissie

Na evaluering van beide die stelsels in Queensland en Wes-Australië, kom die Regskommissie tot die gevolgtrekking dat waar inheemse howe ingestel word, daar aan die volgende basiese standaarde voldoen moet word:[95]

- Die plaaslike inheemse gemeenskap behoort die bevoegdheid te hê om hul eie plaaslike regulasies op te stel, insluitende regulasies wat inheemse gewoontes, reëls en tradisies inkorporeer of in ag neem.
- Individuele regte behoort beskerming te geniet deurdat voorsiening gemaak word vir appèl of 'n reg om 'n alternatiewe vorm van verhoor (byvoorbeeld in 'n *magistrate's court*) te kies.
- Die regulasies behoort oor die algemeen van toepassing te wees op alle persone binne die grense van die gemeenskap.
- Indien die howe beheer word deur die plaaslike gemeenskap, behoort hulle binne breë perke oor die bevoegdheid te beskik om hul eie prosedure te bepaal in ooreenstemming met wat beskou word as "procedurally fair by the community at large".
- Die gemeenskap behoort inspraak te hê in die selekteer van persone wat as regsprekende amptenare sal optree, en toepaslike opleiding behoort beskikbaar te wees vir sulke geselekteer persone. Dit is nie nodig dat daar in minder ernstige aangeleenthede 'n outomatiese reg op regsverteenwoordiging, met die oog op verskyning voor die inheemse hof, hoef te bestaan nie, alhoewel die beskuldigde in sulke sake die reg behoort te hê dat iemand anders (byvoorbeeld 'n vriend of familielid) namens hom of haar die hof mag toespreek.
- Die hof se bevoegdhede behoort in te sluit die bevoegdheid tot mediasie en konsiliasie. 'n Hof wat ontvanklik is vir die tradisies, behoeftes en standpunte van die plaaslike gemeenskap mag moontlik in staat wees om sekere dispute op te los voordat hulle vererger en sodoende kan meer ernstige kriminele aanklagte vermy word. Die bevoegdheid om te beslis dat vergoeding van een of ander aard in so 'n situasie betaal moet word, is een manier om dit te doen.

---

95 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 818.

- Inheemse howe behoort oor toepaslike ondersteuningsfasiliteite te beskik.
- Die werking van sodanige howe behoort op 'n gereelde basis in samewerking met die plaaslike gemeenskap hersien te word.

McRae ea[96] kom tot die gevolgtrekking dat erkenning van inheemse reg binne die raamwerk van die Anglo-Australiese regstelsel waardevol is tot op 'n sekere punt, maar dat dit tekort skiet in die sin dat "it has not rendered the courts or the police effective in administering social control in a manner which is appropriate for Aboriginal communities." Hulle stel voor dat afsonderlike regsplegingsmeganismes, wat beheer word deur die inheemse bevolking, moontlik baie meer effektief sal wees.

Behrendt[97] verwys na hofuitsprake waaruit dit blyk dat vooroordeel teenoor *Aborigines* dikwels in hofverrigtinge voorkom en gevolglik is die inheemse bevolking nie gretig om gebruik te maak van die formele amptelike howe om klagtes van diskriminasie of beslegting van geskille te bereg nie. Volgens Behrendt[98] is deel van die probleem te wyte aan die feit dat die amptelike regstelsel die kulturele waardes van die *white society* reflekteer en dat dié in konflik is met die waardes van die inheemse bevolking. Sy noem spesifiek die volgende aspekte:

> "• The criminal justice system reflects western notions of hierarchy rather than Aboriginal notions of egalitarianism. It is an authoritarian structure which conflicts with the consensus nature of Aboriginal resolution and justice.
> • The adversary system is designed around competitive and individualistic values which are foreign to Aboriginal culture where value is given to co-operation and collectivism.
> • Evidence is presented in the criminal justice system in a manner that is controlled. The controlled response conflicts with the emotional response that is part of Aboriginal culture.
> • The procedure of the criminal justice system is deadline oriented. In Aboriginal culture, time is not an issue. The court system is structured with specific rules which are in conflict with the flexibility of Aboriginal decision-making and justice.
> • Western culture does not respect women or the elderly. It is a youth-

---

96 *Aboriginal Legal Issues* 229.

97 *Aboriginal Dispute Resolution* 46.

98 *Aboriginal Dispute Resolution* 48-49.

> oriented culture. It fails to recognise the equality of women. Women in traditional society were as powerful as men. Elders were the most respected members of the community. They were respected for their wisdom. Female Elders were as respected as male Elders."

Een van die funksies van 'n regstelsel is om dispute op te los sodat die balans in die gemeenskap herstel kan word. Inherent aan hierdie doelwitte van dispuutbeslegting en straftoemeting is die ideaal dat geregtigheid moet geskied. Die oogmerk van 'n regstelsel is dus om regverdig en billik te wees – geregtigheid en billikheid dien as versekeringsmeganismes: mense sal 'n straf aanvaar indien dit is wat 'n oortreder toekom. Beslissings moet gevolglik billik en regverdig wees om te verseker dat die normatiewe waarde van die reg bly voortbestaan. Dit blyk dat die inheemse bevolking in Australië van mening is dat die dominante regstelsel nie regverdig is nie en derhalwe het 'n beweging in die rigting van alternatiewe dispuutbeslegting ontstaan.[99] Voorstanders wys daarop dat die instelling van alternatiewe dispuutbeslegtingskemas ten opsigte van die inheemse bevolking ook in ooreenstemming sal wees met die owerheid se beleid ten opsigte van selfbeskikking, want sodoende word dispute wat in die gemeenskap ontstaan, in die gemeenskap opgelos. Dit laat die gemeenskap toe om aktief deel te neem in die hantering van gemeenskapsaangeleenthede.[100]

In so 'n geval sal die inheemse bevolking nie jurisdiksie hê ten opsigte van 'n persoon buite die inheemse gemeenskap nie en sal gevolglik ook nie so 'n persoon kan dwing om hom of haar te onderwerp aan die inheemse dispuutbeslegtingsprosedure (mediasie) van die betrokke gemeenskap nie.[101] Ten opsigte van die verlening van die bevoegdheid tot mediasie aan die inheemse bevolking, kom Behrendt tot die gevolgtrekking dat "what this procedure does is acknowledge the existence of Aboriginal autonomy. To acknowledge the autonomy of the Aboriginal community is to give dignity and respect to it." Dit is egter beter dat 'n betrokke inheemse

---

99 Behrendt *Aboriginal Dispute Resolution* 52. Op 83-96 doen sy aan die hand op welke wyse alternatiewe dispuutbeslegting in geval van die inheemse bevolking (*Aborigines)* toegepas behoort te word.

100 Behrendt *Aboriginal Dispute Resolution* 87.

101 Behrendt *Aboriginal Dispute Resolution* 104.

gemeenskap self besluit watter vorm van alternatiewe dispuutbeslegting op hulle van toepassing moet wees en dat 'n bepaalde stelsel nie op 'n gemeenskap afgedwing moet word nie.[102]

❑ KORT OPSOMMING

Die enigste erkenning wat die inheemse reg tot dusver in Australië geniet het, was *binne die Anglo-Australiese raamwerk* ooreenkomstig die diskresie van die regsprekende amptenaar wat 'n funksionele benadering moet volg met betrekking tot erkenning van inheemse regsbeginsels binne die bestaande stelsel. Dit beteken dat daar telkens bepaal moet word watter effek erkenning van 'n inheemse regsbeginsel sal hê deur die voor- en nadele teen mekaar op te weeg voordat dit uitgebrei word na enige betrokke area. Twee struikelblokke wat die toenemende erkenning van die inheemse reg in die howe belemmer is die voorlê van getuienis ten opsigte van inheemse regsreëls en die hantering van getuienis afgelê deur die inheemse bevolking. Dit blyk dat die stelsel van inheemse howe wat in Queensland en Wes-Australië onderskeidelik ingestel is, nie baie suksesvol was met betrekking tot die voldoening aan die behoeftes van die inheemse bevolking nie.

Ten opsigte van die *persoonlike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare in die inheemse howe in **Queensland**, blyk die volgende:

- Die inheemse hof (in elke trustgebied) bestaan uit twee *justices of the peace* (wat elkeen 'n *Aborigine*-inwoner van die gebied moet wees en gemagtig moet wees om as *justice of the peace* op te tree), of waar dit nie moontlik is nie, moet die hof bestaan uit lede van die *Aborigine*-raad vir die betrokke area. Die inheemse bevolking het dus na die inwerkingtreding van die 1984-wetgewing verteenwoordiging verkry op die regbank.
- Die duur van die termyne wat regsprekende beamptes optree (of die gereeldheid daarvan) hang af van hoe gereeld die howe moet sit om sake aan te hoor en van die "presence in particular communities of individuals with sufficient

---

102 Behrendt *Aboriginal Dispute Resolution* 108.

strength or community acceptance to comprise the court".

Ten opsigte van die *saaklike onafhanklikheid* van hierdie regterlike amptenare, blyk die volgende:

- Die inheemse howe het jurisdiksie ten opsigte van geringe misdade, en moet, waar toepaslik, die reg en gewoontes van die gemeenskap toepas en 'n mediasierol vervul. Dit word egter aan die diskresie van die regsprekende amptenare oorgelaat om te beslis in welke geval die inheemse bevolking se reg en gewoontes ter sprake kom en as sodanig toegepas moet word. Die inheemse bevolking kan inheemse polisie aanstel om die betrokke gebied (reservate) te patroleer – polisiëring geskied egter ook nie sonder probleme nie. Daar is van die howe verwag om met meer formaliteit op te tree.

Met betrekking tot die *persoonlike onafhanklikheid* van regterlike amptenare van die inheemse howe in **Wes-Australië**, blyk die volgende:

- Die stelsel van inheemse howe is van owerheidsweë tot stand gebring en aangeleenthede word aangehoor in gewone amptelike howe waar *magistrates* of *justices of the peace* as regsprekende amptenare optree – alhoewel die bedoeling was dat die howe mettertyd deur lede van die inheemse bevolking alleen beman sou word, het dit sedert instelling van hierdie howe in1979 nog nie gematerialiseer nie. Die inheemse bevolking het wel verteenwoordiging op die regbank, maar die *justices of the peace* word egter deur die owerheid geselekteer, aangestel en dien in baie gevalle saam met 'n *magistrate* op die regbank.
- Die *magistrates* en *justices of the peace* word deur die owerheid aangestel en gevolglik spruit hul diensvoorwaardes voort uit die dienskontrak. Die aanvanklike bedoeling dat persone van die inheemse bevolking uiteindelik alleen verantwoordelik sou wees vir die funksionering van die howe, het nog nie gematerialiseer nie.

Ten opsigte van die *saaklike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, blyk dit dat:

- Beregting van oortredings vind plaas in die gewone amptelike howe deur

magistrates en *justices of the peace*. Sodra 'n *justice of the peace* aangestel is, het so 'n persoon die normale bevoegdhede van 'n *justice of the peace* en moet nie alleen oortreding van die inheemse regulasies bereg nie, maar ook van die algemene amptelike reg van Wes-Australië (byvoorbeeld die *Criminal Code* en die *Police Act*) wat ook op die inheemse bevolking van toepassing is. Die regsprekende amptenare se diskresie-uitoefening, die prosedures wat gevolg word en die administratiewe funksies is dus dieselfde as dié ten opsigte van die gewone amptelike howe.

Volgens die Australiese Regskommissie kan nie een van bogenoemde twee stelsels as werklik suksesvol beskou word nie. As gevolg van 'n gebrek aan vertroue in die dominante regstelsel om geskille ten opsigte van die inheemse bevolking regverdig en billik te bereg, het daar 'n beweging ten gunste van alternatiewe dispuutbeslegting in die vorm van mediasie ontstaan. Voorstanders voer aan dat dit in lyn is met die owerheid se beleid ten opsigte van selfbeskikking, mits die gemeenskap self besluit ten opsigte van die vorm wat die alternatiewe dispuutbeslegting moet aanneem.

7.3.2 Voorgestelde model van Australiese inheemse howe: Die Yirrkala-stelsel

In die afdeling wat hierna volg, sal 'n model van 'n inheemse hof wat deur die Yirrkala-gemeenskap in Australië voorgestel is, bespreek word. Die belang van hierdie stelsel in die Australiese inrigting van inheemse howe is dat die voorstel kom van een van die inheemse gemeenskappe self – dit is 'n stelsel wat in besonderhede uitgewerk is en wat dié besondere inheemse gemeenskap wil implementeer, maar waarvoor nog nie goedkeuring verkry is van die Australiese owerheid nie.[103] Soos die stelsel van die howe in Papua New Guinea (wat in die volgende afdeling bespreek word) kombineer die Yirrkala-voorstel inheemse sowel as Anglo-Australiese prosedures. In teenstelling met die Papua New Guinea-stelsel wat 'n nasionale netwerk van howe daarstel, is hierdie voorstel spesifiek gerig op die plaaslike gemeenskap vir hul eie

---

103 Tov meer agtergrond oor hierdie voorstel, sien McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 232.

besondere behoeftes en sosiale struktuur.

7.3.2.1 Persoonlike onafhanklikheid

Die persoonlike onafhanklikheid[104] van die voorgestelde stelsel van inheemse howe sal in die onderstaande bespreking ontleed word, weer eens aan die hand van die regsprekende amptenare se kwalifikasies en wyse van seleksie, hul diensvoorwaardes en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.

Volgens McRae ea[105] beoog die Yirrkala-voorstel die instelling van 'n *Law Council*, wat bestaan uit die ouer lede (*elders*) van die *clans* in Yirrkala en verwante tuislande. Hierdie *Law Council* het die taak om:

- reëls neer te lê (onderhewig aan die goedkeuring van die gemeenskap) vir die handhawing van sosiale orde;[106]
- lede van die gemeenskap te benoem om 'n *community court* te vorm met die oog om beslegting van enige geskil of die oortreding van enige bogenoemde reëls of tradisionele inheemse reg (*Aboriginal law*);
- lede van die gemeenskap te benoem om verantwoordelikheid te neem vir die uitvoer van die strawwe of skikkings (waartoe ooreengekom is deur die *community court*);

---

104 Tov die persoonlike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

105 *Aboriginal Legal Issues* 232-233.

106 Ten opsigte van die reëls wat die *Law Council* kan uitvaardig, verduidelik McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 233: "The rules which the Law Council envisaged would be general and concerned primarily with the maintenance of social order, apart from some 'omnibus' rules relating to Aboriginal and balanda [white] law. In discussions over a number of visits the community suggested the following rules:

(a) It is wrong to do anything which will or could injure another person.
(b) It is wrong to take or damage anything which belongs to somebody else.
(c) It is wrong to go where other people have a right to be by themselves.
(d) It is wrong to do anything which will cause great noise or violence and will make other members of the community frightened and unhappy.
(e) It is wrong to behave outside the community in a way which will offend members of other communities or will cause trouble with them.
(f) It is wrong to do anything forbidden by Aboriginal law or which will make that law weak.
(g) It is wrong not to do those things which Aboriginal law and tradition says should be done.
(h) It is wrong to do anything forbidden by balanda [white] law."

- *judges* en *magistrates* te adviseer ten opsigte van
  - (i) die feite van enige saak voor hulle wat betrekking het op 'n lid of lede van die gemeenskap;
  - (ii) die gemeenskap se houding ten opsigte van die betrokke aangeleentheid;
  - (iii) die inhoud van *Aboriginal law* wat betrekking mag hê op die betrokke saak;
  - (iv) die vorm en graad van vergoeding of straf; en
- met die goedkeuring van die *judge* of *magistrate*, 'n voorlopige ondersoek van die betrokke saak te hou om hul in staat te stel om die *judge* of *magistrate* behoorlik te adviseer.
- 'n groep *orderlies* met polisiëringsfunksies aan te stel wat insluit die mag om enigeen wat dreig om wet en orde te ontwrig te arresteer en oornag op te sluit.

7.3.2.1.1 Kwalifikasies en wyse van seleksie

Volgens die Yirrkala-voorstel word dit aan die *Law Council* oorgelaat om lede uit die gemeenskap te benoem wat 'n *community court* sal vorm. Die *community court* sal ingestel word vir elke dispuut of beweerde oortreding en sal senior lede van die families of *clans* van die beweerde oortreder en van die klaer insluit, asook ander in die gemeenskap gekies vir hulle wysheid en posisie in die gemeenskap. 'n Verteenwoordigende regbank lei tot 'n verhoging in openbare vertroue en legitimiteit van die regbank.[107] Gevolglik kom dit ter sprake by die seleksie van regterlike amptenare en hierdie gedeelte moet dus saamgelees word met die bespreking verder in hierdie hoofstuk ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.[108]

7.3.2.1.2 Diensvoorwaardes

Dit blyk dat daar volgens die Yirrkala-voorstel telkens vir elke dispuut of oortreding 'n

---

107 Sien afd 2.10 en 3.5.

108 Sien afd 7.3.2.1.3.

nuwe *community court* saamgestel word, omdat dit telkens senior lede van die families of *clans* van die beweerde oortreder en van die klaer insluit, asook ander lede in die gemeenskap wat gekies vir hulle wysheid en posisie in die gemeenskap.[109]

7.3.2.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Hierdie aspek sluit aan by die bespreking ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare wat in 'n voorafgaande afdeling bespreek is.[110] Die inheemse howe is gerig op bereiking van 'n skikkingsooreenkoms. Om dit te kan bereik, moet daar verteenwoordigers van beide die oortreder en benadeelde party op die regbank dien. In dié opsig is die *community courts* wel verteenwoordigend van die gemeenskap, want die lede van die regbank sluit in lede van die oortreder sowel as lede van die benadeelde se familie of *clan*, asook ander lede van die gemeenskap wat insette kan lewer as gevolg van hulle wysheid en senioriteit in die gemeenskap.

7.3.2.2 Saaklike onafhanklikheid

Die vraag wat ter sprake kom by die saaklike onafhanklikheid[111] van hierdie howe, is tot welke mate die regsprekende amptenare hul diskresie kan uitoefen en wat die posisie is ten opsigte van die prosedure en administratiewe funksies van hierdie howe.

7.3.2.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Die hof se doelwit sal wees om 'n ooreengekome skikking te bereik, in welke geval dit verkieslik sal wees dat beide die oortreder en klaer en hul onderskeie families sal saamstem. Afdwinging van die ooreenkomste wat deur die *community court* bewerkstellig is, sal soos volg plaasvind: Indien die ooreenkoms wat die hof bewerkstellig

---

109 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 233.

110 Sien afd 7.3.2.1.1.

111 Tov die saaklike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.2.

het, betrekking het op die betaling van vergoeding aan 'n benadeelde party of straf van 'n oortreder, sal dit, onderhewig aan die goedkeuring van die *Law Council*, die verantwoordelikheid wees van die *clan* of familie waaraan die oortreder behoort om toe te sien dat die straf uitgevoer word of dat die vergoeding betaal word, en dat die voorwaardes van die skikkingsooreenkoms nagekom word.[112]

Die mees algemene oortredings wat die *community courts* sal moet hanteer behels onder andere die volgende: geweld of dreigemente van geweld onder die invloed van alkohol, oortredings van inheemse reg of gedragskodes onder die invloed van alkohol, versuim om tradisionele verpligtinge met betrekking tot familie na te kom (byvoorbeeld versorging van kinders) of jeugdige misdadigheid (byvoorbeeld, die snuif van petrol en geringe diefstal).[113]

Afgesien van die oornag-arrestasie (waarna hierbo verwys is) en verskeie vorms van vergoeding waartoe ooreengekom kan word, kan 'n persoon ook, as straf, toegeken word aan 'n ouer lid van die *clan* vir hersosialisering, wat dikwels gekombineer kan word met die volgende: verpligte verblyf by 'n *homeland settlement*; boetes; werk aan 'n gemeenskapsprojek; tydelike verbanning uit die gemeenskap.[114]

Dit blyk dat volgens die Yirrkala-voorstel oplossing van dispute en beslegting van oortredings berus op ooreengekome skikkings wat bewerkstellig word deur die *community court*, wat bestaan uit verteenwoordigers van beide die oortreder en benadeelde se families of *clans* sowel as wyse en gesiene lede van die gemeenskap – diskresionêre besluite deur 'n bepaalde regsprekende amptenaar word dus uitgesluit. Dit blyk dat daar geen bepaalde voorgeskrewe prosedure gevolg word nie. Die verrigtinge is informeel en gerig op die bereiking van 'n ooreengekome skikking.

---

112 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 233.

113 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 233.

114 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 234.

7.3.2.3 Evaluering van die Yirrkala-model: bykomende vraagstukke

Met die eerste oogopslag lyk die Yirrkala-gemeenskap se voorstel vir 'n inheemse hofstelsel vir hulself redelik goed: die regsprekende amptenare kom uit die gemeenskap self; hulle is bekend met die gewoontes, gebruike en taal (dialek) van die betrokke gemeenskap; die verrigtinge is informeel en gerig op bereiking van 'n skikking tussen die partye; beide die klaer sowel as die beskuldigde het ondersteuning tydens die verrigtinge in die persoon van lede van hul *clans* of families; slegs geringe misdade kom hier ter sprake en daar word persone in die gemeenskap aangewys om toe te sien dat die strawwe of skikkingsooreenskomste uitgevoer word. Indien die inheemse gemeenskap die geleentheid gebied word om hul eie afsonderlike regsplegingsmeganismes te implementeer, is daar egter verskeie ander aspekte waaroor eers duidelikheid verkry moet word.[115] Hierdie aspekte word nou telkens afsonderlik bespreek.

7.3.2.3.1 Bepaling van die reg en prosedure wat toegepas moet word

McRae ea wys daarop dat die inheemse gemeenskappe nie beperk sal wees om net tradisionele *Aboriginal laws* en prosedures te gebruik nie. Sommige groepe mag moontlik versoek dat hulle toegelaat word om hul eie reg en praktyksreëls toe te pas, welke reg en praktyksreëls se inhoud en omvang deur hulself bepaal sal word soos en wanneer die nodigheid daarvoor opduik. Ander mag moontlik verkies om kodes van regsreëls op te stel, moontlik in die vorm van regulasies, gebaseer op 'n vermenging van tradisionele en nie-tradisionele reg soortgelyk aan die Yirrkala-voorstel en die Papua New Guinea *Inheemse hof*-stelsel.[116]

---

115 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 234-237.

116 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 234. Sien Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 681 tov algemene ontwikkelings in die vorme van regsplegingsmeganismes wat daarop gerig is om die ingewikkeldheid, formaliteit, koste en konfrontasie-aard ("confrontationist aspects") van bestaande regsprosedures te verminder en waarvan inheemse gemeenskappe moontlik gebruik kan maak.

7.3.2.3.2 Bepaling van toepaslikheid van 'n model-stelsel

Die vraag is of gemeenskappe die opsie moet hê om te kan versoek dat hulle binne die omvang van 'n algemene skema ingebring word soos dié ingestel ingevolge die *Village Courts Act* 1973 van Papua New Guinea?[117] Dit mag moontlik onredelik wees om van plaaslike gemeenskappe te verwag om hul eie uitvoerbare stelsel op te stel. Aan die ander kant mag 'n modelstelsel moontlik nie in staat wees om te voldoen aan die individuele behoeftes van alle gemeenskappe nie. McRae ea[118] is egter van mening dat die stelsel in Papua New Guinea 'n voorbeeld van 'n goeie werkbare stelsel vir Australië is. Dit is 'n voorbeeld van 'n stelsel wat opgestel is vir algemene toepassing maar tog buigbaar is om 'n bevredigende basis te bied vir gemeenskappe wat uiteenlopend is, beide ten opsigte van die verskeidenheid van tradisionele reg en graad van tradisionele oriëntasie, soos wat die geval is met die *Aborigine*-gemeenskappe van Australië.

7.3.2.3.3 Jurisdiksie en die konsep van twee regstelsels ("two laws")

Inheemse reg (*Aboriginal law*) maak nie voorsiening vir alle aangeleenthede nie en baie gemeenskappe trek 'n lyn tussen die sogenaamde "two laws" – met ander woorde, hulle onderskei tussen aangeleenthede wat hanteer moet word deur gebruik te maak van inheemse reg en dié wat hanteer moet word deur gebruik te maak van die algemene reg (die Anglo-Australiese reg). Die Regskommissie verwys na navorsers wat gewaarsku het dat dit onwys sal wees vir burokrate "to foist new ways of doing things" op inheemse gemeenkappe onder die voorwendsel dat hulle aangemoedig word om nuwe uitdagings te aanvaar.[119] McRae ea[120] wys daarop dat die inheemse gemeenskappe moontlik mag verkies dat sekere aangeleenthede deur die

---

117 Sien die bespreking in afd 6.4.

118 *Aboriginal Legal Issues* 234.

119 Sien die voorlegging deur Von Sturmer in die Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 689.

120 *Aboriginal Legal Issues* 235.

algemene howe hanteer word en hierdie keuse moet aan hulle oorgelaat word.

7.3.2.3.4 Jurisdiksie slegs oor minder ernstige aangeleenthede

Dit is onwaarskynlik dat die inheemse gemeenskappe jurisdiksie sal verkry ten opsigte van aangeleenthede wat as ernstig beskou word deur die westerse reg. Alhoewel die dorpshowe in Papua New Guinea, bekend as *Village Courts* 'n voorbeeld is van 'n suksesvolle inheemse hofstelsel, beskik hulle byvoorbeeld nie oor jurisdiksie om moordsake, of ander ernstige kriminele oortredings te bestraf nie. Ingevolge die Yirrkala-voorstel is jurisdiksie aanvanklik in die vooruitsig gestel om alle aangeleenthede ten opsigte van wet en orde te omvat, maar die Regskommissie was onwillig om dit toe te laat.[121]

7.3.2.3.5 Die keuse om nie onderhewig te wees aan die inheemse reg nie

Die Regskommissie[122] is van mening dat lede van die gemeenskap die keuse gegee moet word om onderhewig te wees aan die inheemse reg nie, al dan nie. Dit is egter onduidelik of so 'n keuse-uitoefening beliggaam moet wees in die vorm van 'n algemene toestemming en of dit gebruik kan word om verrigtinge in 'n betrokke geval te vermy (*forestall proceedings*). Persone wat verkies om nie onderhewig te wees aan die inheemse reg nie sal dan in die plek daarvan waarskynlik onderhewig wees aan die algemene reg (Anglo-Australiese reg). Persone wat sal verkies om in hierdie kategorie te val, sal waarskynlik jonger lede van die gemeenskap wees wat nie daarvoor kans sien om te hou by die tradisonele reg met betrekking tot huwelike en inisiasie nie. Die Regskommissie dui aan dat so 'n keuse natuurlik 'n baie ondermynende effek op die inheemse reg sal hê. Dit is natuurlik nie moontlik vir individue om die keuse uit te oefen om nie onderhewig te wees aan die algemene reg nie.

---

121 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 829. McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 235 bevraagteken hierdie aspek.

122 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 828, 830.

7.3.2.3.6 Jurisdiksie oor besoekers

Die vraag is of besoekers aan die inheemse gemeenskap ook onderhewig behoort te wees aan die jurisdiksie van die inheemse hof? Die Yirrkala-gemeenskap het dit versoek – hulle argument is dat alle persone binne hul gebied hul regsreëls moet gehoorsaam.[123] McRae ea[124] wys daarop dat "one can imagine the outcry if a traditional Aboriginal punishment such as spearing were inflicted on a non-Aborigine, even though Aborigines have been subject to traditional European punishments from first contact." Die Yirrkala-gemeenskap het egter voorgestel dat die straf normaalweg eerder 'n boete of vergoeding sal wees.

7.3.2.3.7 Geografiese beperkings op jurisdiksie

Die Yirrkala-gemeenskap het versoek dat aan hulle jurisdiksie verleen moet word oor alle lede van hulle gemeenskap buite hulle gebied.[125] Ook 'n ander inheemse gemeenskap, die Northern Territory Peppimenarti Community het 'n soortgelyke versoek aan die Regskommissie gerig.[126] Hierdie versoeke is egter nog nie toegestaan nie.

7.3.2.3.8 *Due Process*

Die Regskommissie wys in hulle verslag daarop dat "basic standards of due process

---

123 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 830.

124 *Aboriginal Legal Issues* 235.

125 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 831.

126 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 686. Die *Northern Territory Peppimenarti Community* het verduidelik dat hulle sou verkies dat die inheemse reg tot 'n mate van toepassing moet wees op *Aborigines* buite hul gemeenskap sodat indien 'n *Aborigine* in die dorp moles maak, of dronk word of 'n kar steel, wil hulle so 'n persoon kan terugneem na hulle gemeenskap om daar rekenskap te doen.

need to be maintained in courts and other officially established justice mechanisms".[127] McRae ea[128] wys daarop dat hierdie standpunt verstaanbaar is in die lig van die ondervinding in Queensland, maar ten opsigte van die ander inheemse howe mag dit moontlik onredelik en ongepas wees om standaarde, wat benodig word vir die regverdige funksionering van die Anglo-Australiese-tipe geregtigheid, op die *Aborigine*-gemeemskappe af te dwing. Sodanige standaarde mag moontlik meer gepas wees vir bepaling van individuele skuld of blaamwaardigheid in navolging van Anglo-Australiese regsprosedures, maar nie vir die meer groeps-geöriënteerde en harmoniserende styl van *Aborigine*-prosedures nie. Hy stel voor dat die gemeenskappe toegelaat word om self te bepaal wat hulle beskou as regverdigheid en geregtigheid as deel van selfbeskikking, selfs waar die *Aborigine*-prosedures moontlik vir die Eurosentriese buitestaander as streng, onregverdig, arbitrêr of seksisties mag voorkom.

7.3.2.3.9 Appèlle na hoër howe

Die Regskommissie[129] het voorgestel dat daar voorsiening gemaak behoort te word vir 'n reg van appèl na 'n hoër hof om te voldoen aan internasionaal-erkende vereistes van *due process*. Alhoewel die redes ten gunste van so 'n vereiste voor-die-handliggend is, wys McRae ea daarop dat die algemene howe dit baie moeilik sal vind om tradisionele reg en tradisionele prosedures wat deur die inheemse *Aboriginal communities* toegepas word, te evalueer. Hulle stel voor dat indien voorsiening gemaak word om te appelleer, dit moontlik beter mag wees om dit te beperk tot aangeleenthede soos "allegations of bribery, or exceeding jurisdiction (as in the case of Papua New Guinean Village Courts), rather than whether 'correct' Aboriginal laws or procedures

---

127 Hulle wys daarop dat sulke standaarde vervat word in *Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966* wat *due process* waarborge bevat, spesifiek met betrekking tot strafsake, byvoorbeeld, die reg tot 'n regverdige en openbare verhoor; om voldoende tyd en fasiliteite te hê vir die voorbereiding van 'n verdediging; om verhoor te word sonder onnodige oponthoud; om jouself te kan verdedig; skuldigbevinding en vonnis behoort deur 'n hoër hof hersien te kan word.

128 *Aboriginal Legal Issues* 235-236. Sien ook Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 817-818.

129 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 807; McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 236.

have been applied".

7.3.2.3.10 Handhawing van fundamentele menseregte

McRae ea wys daarop dat om aan die *Aboriginal groups* die bevoegdheid te verleen om hul eie regulasies uit te vaardig of hul eie reg toe te pas, die vraag na die handhawing van fundamentele menseregte laat ontstaan. Op baie gebiede[130] word praktyke wat fundamentele menseregte mag skend, bloot *erken* (*recognised*), "but granting the power to groups to carry out these practices actually *authorises* them much more directly". Die vraag is of gemeenskappe, wat tradisionele huwelike wil afdwing of wat tradisionele lyfstraf, of selfs doodstraf, wil toepas die gesag verleen kan word en toegelaat kan word om dit te doen, en of van hulle verwag moet word om te voldoen aan internasionaal-erkende (moontlik westers-geöriënteerde) fundamentele regte? So 'n bepaling sal inbreuk maak op selfbeskikking, sal 'n weg skep vir inmenging deur buiteliggame en sal moontlik bydrae tot ernstige ondermyning van die tradisionele reg.[131]

Die Regskommissie waarsku verder dat die tekortkomige van die algemene regstelsel nie op die inheemse bevolking afgelaai moet word nie,[132] en dat daar gevare daaraan verbonde is om die bestaande inheemse strukture te ondermyn. Die Australiese

---

130 Byvoorbeeld erkenning (volgens westerse standaarde) van minderjarige huwelike waartoe nie toestemming verleen is nie en strawwe soos *spearing* – Sien McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 212 tov die verskillende tipe inheemse huwelike wat gesluit kan word en 213 tov die tipe lyfstraf wat toegedien kan word en waar die tipe instrument wat gebruik word vir sodanige lyfstraf afhang van die oortreding en die effek wat die instrument op die oortreder se liggaam sal hê, want oormatige skade waar die doelwit is om net 'n les te leer, kan 'n vergeldingsaanval meebring. By die toediening van lyfstraf geld reëls soos die volgende: dit geskied in die openbaar en waar 'n boomerang gebruik word, word verwag dat dit skade sal aanrig aan die lyf en skouers. Wanneer 'n spies gebruik word, moet die wond toegedien word op die been of lyf; met 'n klipmes moet die wond toegedien word op die rug, ens.

131 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 236.

132 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 689 waarsku dat die bevoegdheid om bepaalde aangeleenthede by wyse van inheemse reg te beslis, nie bloot aan die *Aborigines* gegee moet word omdat die algemene regstelsel, soos dit van toepassing is op *Aborigines*, tekort skiet tov die hantering daarvan nie, want die *Aborigine*-gemeenskappe "may have neither the inclination nor the resources to take on this task." Sien ook McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 236.

Regskommissie kom tot die gevolgtrekking dat die inheemse howe meestal gebaseer is op die howe op die laagste vlak van die algemene regstelsel. Aanvanklik word buigbare prosedures gebruik, maar die howe neig om algaande meer formalisties en regsgeöriënteerd (*legalistic*) te word. Die Regskommissie waarsku dat dit 'n ondermynende effek het op die inheemse reg en gebruike, en dat die inheemse bevolkings bewus moet wees van hierdie gevare.[133]

❑ KORT OPSOMMING

Die Yirrkala-voorstel vir 'n inheemse hofstelsel behels kortliks die volgende:

- Die *Law Council* (bestaande uit ouer lede van die gemeenskap) benoem persone om 'n *community court* te vorm. Hierdie *community court* sal ook insluit senior lede van die families of *clans* van beide die oortreder en klaer, asook ander lede in die gemeenskap wat betrek word vanweë hul wysheid en posisie in die gemeenskap. As gevolg van die betrokke samestelling van die *community court*, word daar telkens vir elke dispuut 'n nuwe *community court* saamgestel. Hierdie *community court* is dus werklik verteenwoordigend van die gemeenskap.
- Slegs geringe oortredings kom hier ter sprake – die verrigtinge is informeel en gerig op bereiking van 'n skikking tussen die partye, maar ligte strawwe is ook toelaatbaar, byvoorbeeld, boetes, gemeenskapsdiens, tydelike verbanning, ensovoorts.
- Die *Law Council* wys ook persone in die gemeenskap aan wat moet toesien dat die skikkings nagekom word of strawwe uitgevoer word.

---

133 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* wys daarop in par 840 dat sommige *Aborigines* oortuig mag word dat die antwoorde op hul probleme buite hul eie gemeenskappe lê, naamlik in die oorname van nie-inheemse instellings en manier van dinge doen. 'n Ene Barsh, wat steun op sy wye ondervinding van die inheemse volke in die Verenigde State en Kanada, het in sy voorlegging aan die Australiese Regskommissie gewaarsku teen die te geredelike aanvaarding van so 'n benadering. Hy het verduidelik dat die inheemse gemeenskappe in Amerika en Kanada uitgevind het dat westerse instellings nie noodwendig goed funksioneer in inheemse gemeenskappe nie en as gevolg daarvan skadelike nagevolge kan hê. McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 236-237.

7.4 DIE VOLKSHOWE IN PAPUA NEW GUINEA

Die volkshowe in Papua New Guinea[134] is 'n voorbeeld van 'n suksesvolle en innoverende stelsel, wat ten minste daarop dui dat plaaslike howe vir inheemse bevolkings goed kan funksioneer.[135] Dié betrokke volkshowe dien 'n inheemse meerderheid, met 'n grootskaalse plattelandse gemeenskap, wat ten spyte van probleme met kolonialisasie, tog nog sy eie uiteenlopende reg en tradisies behou het. Sosiale orde draai om uitgebreide familieverhoudings binne klein groeperings, en daar is geen instelling van oorgeërfde leierskap nie.[136] Voor kontak met die koloniale magte was daar geen abstrakte konsep van geregtigheid nie – die oogmerk met die oplossing van dispute was om die balans en harmonie in die gemeenskap te herstel.[137] Daar was geen vasgestelde regsreëls nie – een onderliggende beginsel waarop dispuutoplossing berus het, is wederkerigheid: mense moet behandel word soos hulle jou behandel.[138] Alhoewel daar geen geregshowe was nie, is die oplossing van dispute dikwels bewerkstellig deur *village moots* waar leiers uit die gemeenskap 'n belangrike rol as bemiddelaars vervul het. Vir meer as 100 jaar van kolonialisasie het die Australiese owerheid geweier om formele regsplegingsgesag in lede van die plaaslike bevolking,

---

134 Tov die geskiedenis van kolonialisering van Papua New Guinea, sien Oram "Grass Roots Justice: Village Courts in Papua New Guinea" in Clifford *Innovations in Criminal Justice in Asia and the Pacific* 49 50.

135 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 802.

136 Oram "Grass Roots Justice" 50 verduidelik dat, alhoewel daar ongeveer 700 verskillende tale geïdentifiseer is, die meeste gemeenskappe bestaan uit 'n paar honderd mense. Daar word geen klem geplaas op oorgeërfde rang of leierskap nie en onder geen omstandighede kan dit beskou word as 'n enkele politiese eenheid nie.

137 Volgens Oram "Grass Roots Justice" 51-52 is daar geen abstrakte konsep van geregtigheid nie. Die oogmerk is om die balans in die gemeenskap te herstel. Die aard van die oortreding word omskryf nie soseer deur te verwys na die optrede self nie, maar na die sosiale konteks waarbinne dit plaasgevind het. Dispute is aangeleenthede wat betrekking het op die familie of groep, eerder as op die individu, en die oplossing daarvan is 'n politieke proses eerder as opweeg van getuienis. Dispute word opgelos met verwysing na die status van die onderskeie partye in die gemeenskap en hul verhouding tot mekaar.

138 Oram "Grass Roots Justice" 52 merk op dat, in teenstelling met westerse reg, bestaan die inheemse reg nie uit 'n klomp vasgestelde reëls nie, maar kom daarop neer dat, die denkrigtings en beginsels waarop 'n gemeenskap georganiseer is, op bepaalde omstandighede toegepas word. Een onderliggende beginsel is wederkerigheid: mense moet behandel word soos hulle jou behandel.

wat net inheemse reg sou toepas, te setel – daar is van die standpunt uitgegaan dat gebrek aan administratiewe ervaring en familie-lojalitiete tot gevolg sal hê dat die stelsel nie sal werk nie. In die aanloop na onafhanklikheid in 1975 het die inheemse leiers hulle egter sterk beywer vir die voortbestaan van die kultuur van Papua New Guinea – een van die gevolge hiervan was die implementering van die *Village Courts Act* 1973 (P.N.G.). Hierdie *inheemse howe* is ingestel met die oog op die fasilitering, versterking en verlening van amptelike status aan die inheemse reg en inheemse dispuutbeslegting.[139] Ingevolge die 1973-wetgewing funksioneer die inheemse howe *alongside the existing local and district courts.*[140]

7.4.1 Persoonlike onafhanklikheid

In die afdeling wat hierna volg sal die persoonlike onafhanklikheid[141] van die howe in Papua New Guinea ondersoek word deur te verwys na die kwalifikasies en wyse van seleksie van die regsprekende amptenare, hul diensvoorwaardes en die howe se verteenwoordigende kwaliteite.

7.4.1.1 Kwalifikasies en wyse van seleksie

Meer as 850 inheemse howe (*village courts*) funksioneer in Papua New Guinea, elk in sy eie gebied. Dit blyk dat die regterlike amptenare (*village court magistrates*) direk of indirek verkies word deur die plaaslike gemeenskap.[142] Nadat die Minister van Justisie die gebied van elke inheemse hof (*village court*) aangewys het, gee die *district*

---

139 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 231.

140 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 770.

141 Tov die persoonlike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

142 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 231. Oram "Grass Roots Justice" 68 verduidelik die proses soos volg: "The Village Courts Act 1973 provides that the Minister for Justice may declare village court areas, which usually comprise several wards within a local government council area. After consultation with local government councils and others, the district supervising magistrate recommends the names of between three and 10 magistrates to the Minister for Justice. In practice, village people are close to electing their magistrates. The people of a Highlands Village court area, for example, elected their magistrates."

supervising magistrate[143] ('n staatsamptenaar) na konsultasie met die gemeenskap, 'n lys van tussen drie en tien name aan die Minister vir aanstelling as regterlike amptenaar (*village court magistrate*).[144] Geen spesifieke kwalifikasies word vereis nie, maar kort opleidingskursusse word deur die *Village Court Secretariat* aangebied vir nuwe regterlike amptenare.

'n Regbank wat verteenwoordigend is van die gemeenskap lei tot 'n verhoging in openbare vertroue en legitimiteit van die regbank[145] en kom gevolglik ter sprake by die seleksie van regterlike amptenare. Die bespreking hier ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare sluit dus aan by die gedeelte ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank wat hieronder bespreek word.[146]

7.4.1.2 Diensvoorwaardes

Die regterlike amptenare en ander hofamptenare word nie salarisse betaal nie, maar klein *honoraria* word aan hulle toegeken. Die regterlike amptenare word vir termyne van drie jaar aangestel.[147]

7.4.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank sluit aan by die seleksie van regterlike amptenare wat hierbo bespreek is.[148] Die regsprekende amptenare wat as voorsittende beamptes optree in die inheemse howe word verkies (of ten minste,

---

143 Hierdie *district supervising magistrates* word aangestel deur die Australiese owerheid en is deel van die masjinerie om om te sien na die funksionering van die *inheemse howe*.

144 "The Minister is responsible for appointment but generally approves magistrates chosen by local elections." – Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 770 vn 10.

145 Sien afd 2.10 en 3.5.

146 Sien afd 7.4.1.3.

147 Oram "Grass Roots Justice" 68; Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 770.

148 Sien afd 7.4.1.1.

indirek verkies) deur lede van die inheemse gemeenskap wat deur die howe gedien moet word.[149] In dié opsig is die howe dus verteenwoordigend van die gemeenskap self.

7.4.2 Saaklike onafhanklikheid

By ondersoek na die saaklike onafhanklikheid[150] van die regbank word aspekte, soos die diskresie-uitoefening van die regsprekende amptenare asook die posisie ten opsigte van prosedure en administratiewe funksies, ontleed binne die raamwerk van hul bevoegdhed en verpligtinge.

7.4.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Die *magistrates* moet eers 'n geskil probeer oplos by wyse van die inheemse mediasieprosedures[151] en eers as dit nie slaag nie, kan hulle die saak bereg. Die inheemse howe is nie gebonde aan die algemene reg of regsprosedures nie – die bedoeling is dat die *magistrates* die tradisionele dispuutprosedures en inheemse reg moet toepas.[152] Alhoewel regsgeleerdes uitgesluit word van die howe, kan partye deur ander lede van die gemeenskap bygestaan word.[153]

---

149 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 231. Oram "Grass Roots Justice" 68.

150 Tov die saaklike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.2.

151 Ingevolge artikel 19 van die *Village Courts Act* van 1973 is die primêre funksie van die *village court* "to ensure peace and harmony in the area for which it is established by mediating in and endeavouring to obtain just and amicable settlements of disputes." – Oram "Grass Roots Justice" 68.

152 "Between 3 and 10 local magistrates constitute the court, but in many areas a distinction has developed between an 'Area Court' and a 'Full Court'. With an 'Area Court' one or two village court magistrates try to mediate and reach a settlement which is reduced to writing and may be enforced. If mediation is unsuccessful a 'Full Court' of 3 or more magistrates will hear the case. A village court clerk who is the record keeper, and a village peace officer who assists the court and enforces its decisions, are the only other officials. They are not full time officals and receive only a limited amount of remuneration. A district court magistrate is given responsibility for regularly inspecting village courts within his area." – Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 770. In vn 11 word aangedui dat die aantal magistrates gewoonlik in onewe getalle (3,5,7,9) sit om voorsiening te maak vir meerderheidsbeslissings.

153 Oram "Grass Roots Justice" 69.

Die howe het hoofsaaklik jurisdiksie ten opsigte van aangeleenthede rakende die handhawing van wet en orde en die afdwinging van inheemse reg (gevalle van minder ernstige diefstal, aanrandings, beledigings, saakbeskadiging, dronkenskap, toordery, ensovoorts).[154] Hulle kan onbeperkte bedrae toeken as vergoeding ter beslegting van dispute wat handel oor bruidskat (*brideprice)*, toesig en beheer oor kinders, en vergoeding vir die dood van iemand – alles aangeleenthede wat draai om die inheemse reg en wat dikwels ernstige probleme veroorsaak. Die howe kan ook boetes en werksvonnisse[155] oplê, asook gevangenisstraf (wat bevestig moet word deur 'n hoër hof) vir nie-nakoming van 'n hofbevel.[156] Dit blyk dat in die praktyk geskille gewoonlik na die hof gebring word eers nadat plaaslike informele dispuutbeslegtings-prosedures onsuksesvol was. Die meer ernstige kriminele en siviele aangeleenthede word bereg deur die Anglo-Australiese howe.[157]

Die inheemse howe bestaan hoofsaaklik buite die formele hofhiërargie, maar daar is 'n beperkte reg tot appèl tot 'n *local or district court magistrate* wat tesame met twee *village court magistrates* op die regbank moet dien. Hierdie beslissing is onderhewig aan hersiening deur 'n *district supervising magistrate.*[158] Daar is geen verdere reg op appèl nie. Gronde vir appèl word beperk tot aangeleenthede soos die volgende: dat die hof nie behoorlik saamgestel was nie of dat die hof sy jurisdiksie oorskry het en ook dat die beslissing van die inheemse hof neerkom op "a substantial miscarriage of justice". Die handhawing van wet en orde en die afdwinging van hofbevele is die

---

154 Oram "Grass Roots Justice" 69 wys daarop dat die howe jurisdiksie het tov beregting van oortredings omskryf in die Village Courts Regulations 1974. Dit mag verder insluit versuim om tradisionele verpligtinge na te kom, soos beslis deur die *magistrates*. Hulle mag ook oortredings van plaaslike owerheidsreëls bereg, indien die reëls daarvoor voorsiening maak.

155 Oram "Grass Roots Justice" 69 wys daarop dat ingevolge artikel 24(2) van die *Village Courts Act* van 1973 "parties to a dispute may also be ordered to work for the benefit of an aggrieved party." McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 231.

156 Oram "Grass Roots Justice" 69; McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 232.

157 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 231-232.

158 Oram "Grass Roots Justice" 69. Volgens die Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 770 word die beslissings hersien deur 'n amptenaar wat bekend staan as die *provincial supervising magistrate*.

verantwoordelikheid van die *village peace officers*[159] wat as hofamptenare optree, maar ook polisiëringsfunksies het.

Die *magistrate* wat as voorsittende beampte optree se primêre taak is om 'n skikking ten opsigte van 'n dispuut te bewerkstellig by wyse van die inheemse mediasie-prosedures[160] en eers as dit nie slaag nie, kan sodanige *magistrate* die saak bereg. Dit word dus aan die diskresie van die *magistrate* oorgelaat om te besluit op watter stadium oorgegaan word na beregting van die geskil. Die howe is nie gebonde aan die algemene reg of regsprosedures nie – ingevolge artikel 39 van die *Village Courts Act* van 1973[161] is die inheemse howe verantwoordelik vir bepaling van hul eie prosedures en ingevolge artikel 31 word van hulle verwag om nie tegniese bewysregtelike reëls toe te pas nie.[162] Die bedoeling is dat die *magistrates* die tradisionele dispuut-prosedures en inheemse reg moet toepas. Daar is egter 'n geneigdheid by *magistrates* om 'n meer westerse benadering te volg wat kritiek uitlok by sommige navorsers.[163] Die administratiewe funksies word vervul deur die klerk van die hof (*village court clerk)* – ingevolge artikel 12 van die *Village Courts Act* van 1973 is die *district supervising magistrate*[164] verplig om 'n klerk van die hof aan te stel om rekord te hou

---

159 Oram "Grass Roots Justice" 69 verduidelik dat vredesbeamptes (*peace officers*) as klerke van die hof optree, maar ook verantwoordelik is vir handhawing van vrede in die gebied van die hof. Hulle het die bevoegdheid om persone te arresteer en dieselfde bevoegdhede as 'n konstabel ingevolge die gemene reg. 'n *District supervising magistrate* kan vredesbeamptes aanstel, maar is nie verplig om dit te doen nie.

160 Ingevolge artikel 19 van die *Village Courts Act* van 1973 is die primêre funksie van die inheemse hof om vrede en harmonie in die gebied te verseker deur dispute by wyse van mediasie en die bewerkstelliging van regverdige en aanvaarbare skikkings op te los. Oram "Grass Roots Justice" 68.

161 Oram "Grass Roots Justice" 69.

162 Volgens die Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 770 pas die inheemse howe inheemse regsreëls (en in uitsonderingsgevalle, algemene reg) toe. Die algemene reg is nie van toepassing nie, tensy toepassing daarvan uitdruklik voorgeskryf word. Die howe beslis aangeleenthede in ooreenstemming met substansiële geregtigheid en is geregtig om hul eie prosedures te bepaal.

163 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 231.

164 Hierdie *district supervising magistrate* blyk 'n aanstelling te wees van die Australiese owerheid wat sekere oorsigtelike funksies vervul tov die inheemse howe om die masjinerie sogenaamd in werking te hou – hierdie beampte moet nie verwar word met die *magistrates* wat deur die gemeenskap verkies word om as voorsittende beamptes in die inheemse howe op te tree nie.

van die verrigtinge. Oram[165] verduidelik dat "without records, those dissatisfied with the decision of a court could constantly try to reopen issues already decided".

7.4.3 Evaluering van die Volkshowe van Papua New Guinea

Dit blyk dat partye hulle slegs na die inheemse howe wend as laaste toevlugsoord wanneer 'n betrokke dispuut nie in die gemeenskap by wyse van alternatiewe dispuutbeslegting opgelos kon word nie.[166] Die prosesregtelike model wat by die inheemse howe ter sprake kom, is die eenvoudige model wat oor die algemeen van toepassing is by volkshowe. Die prosedure tydens die verrigtinge is informeel van aard en kan gevolglik geklassifiseer word as inkwisitories – hierdie prosedure is baie gepas vir verrigtinge wat gemik is op die bereiking van 'n skikking en slegs indien dit nie suksesvol is nie, op beregting van die aangeleentheid.[167] Dit blyk dat daar wel kontrole oor die regbank uitgeoefen word by wyse van die appèl- en hersienings-bevoegdhede wat bestaan – om dit moontlik te maak, word rekord gehou van die verrigtinge voor die hof.

McRae ea wys daarop dat die mengsel van westerse en inheemse regsbeginsels goed funksioneer en dat dit die inheemse reg en gewoontes in Papua New Guinea versterk het.[168] Die Regskommissie van Australië wys daarop dat om te funksioneer, die inheemse hofstelsel 'n sentrale sekretariaat benodig en dat toesighoudings-masjinerie in werking gestel moet word, wat alhoewel dit benodig word in Papua New Guinea om te voldoen aan die geweldige aanvraag vir inheemse howe, nie noodwendig prakties is in alle ander inheemse regstelsels nie.[169]

---

165 "Grass Roots Justice" 68.

166 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 774.

167 Kritici het daarop gewys dat die inheemse howe geneig is om die gemeenregtelike howe as hul model te neem ten koste van mediasie en versoening en dat die verrigtinge gevolglik meer formeel van aard is. In 'n verslag van die Regskommissie van Papua New Guinea word dit egter uitdruklik gestel dat volgens die inligting beskikbaar, word mediasie twee maal soveel gebruik as formele verhore – Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 772.

168 *Aboriginal Legal Issues* 232. Sien ook Oram "Grass Roots Justice" 72.

169 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 817.

Oram[170] voer aan dat die invoering van inheemse howe in Papua New Guinea gedoen is in 'n poging "to close the gap between Western and indigenous systems, which are products of different cultural milieux. Village courts are not intended to be purely customary courts but to settle disputes and preserve order in the light of changing circumstances." Hy kom tot die gevolgtrekking dat die kombinasie van *magistrates* en vredesbeamptes *(peace officers)* aan plaaslike gemeenskappe meer bevoegdheid verleen het om in beheer te wees van hul eie sake as in enige stadium sedert koloniale heerskappy. Dispute kan vinnig opgelos word in die teenwoordigheid van lede van die betrokke gemeenskap. Die inheemse hofstelsel verlig die druk op 'n dun verspreide sentrale polisiemag om verantwoordelikheid te neem vir minder ernstige aangeleenthede en laat hulle vry om in 'n meer voorkomende hoedanigheid op te tree en meer ernstige misdade te hanteer.

Oram wys daarop dat die bepaling van die grense van inheemse howe moontlik probleme kan veroorsaak in dié sin dat minderheidsgroepe moontlik kan beswaar maak daarteen om in dieselfde gebied ingedeel te wees as 'n meerderheidsgroep. Hy doen egter aan die hand dat "fair representation of groups among the magistracy may go far to overcome this".[171] 'n Verdere probleem wat mag opduik is die veelvuldigheid van howe: waar groeperings daarop aandring om elk hul eie inheemse hof te hê terwyl die afstand wat hulle van mekaar geleë is en die grootte van die groeperings op administratiewe gronde streng gesproke slegs een inheemse hof sou regverdig. Te veel howe bring meer kostes mee en maak administrasie moeiliker. Hy doen aan die hand dat die probleem oorkom word deur 'n beleid van amalgamasie van "contiguous court areas". Daar is 'n bepaling in die wet wat voorsiening maak vir mense om as *magistrates* ten opsigte van meer as een hofgebied op te tree, en meer as een hof kan saam dien om aangeleenthede aan te hoor wat betrekking het op persone wat in verskillende hofgebiede woon.

Oram noem die volgende moontlike slaggate verbonde aan die stelsel van inheemse

---

170 "Grass Roots Justice" 71.

171 "Grass Roots Justice" 72.

howe: ten spyte van hierdie stelsel se sukses, beskou hy dit ook nie as die ideale stelsel van geregtigheid nie, en die *magistrates* van die inheemse howe en die vredesbeamptes mag dikwels hul mag misbruik. Selfs indien hulle nie korrup is nie, mag hulle dalk die inheemse reg so interpreteer dat dit nadelig is vir individue en groepe. Hy is van mening dat veranderende plaaslike openbare mening waarskynlik met verloop van tyd tot gevolg sal hê dat die regsprekende amptenare se interpretasie van inheemse reg daarby aangepas sal word en in sulke gemeenskappe is dispuutbeslegting onskeibaar van die uitoefening van gesag.[172] 'n Verdere probleem wat mag opduik is dat indien hulle magte (ten opsigte van jurisdiksie en vonnisoplegging) te klein is of hulle interpretasie van inheemse reg te veel omvergewerp word op appèl, sal hulle gevolglik nie meer voldoen aan die behoeftes van die gemeenskap nie en derhalwe onsuksesvol wees om bestaande nie-amptelike howe te vervang.

'n Verdere probleem kan ontstaan as gevolg van oorvleuelende jurisdiksie van die inheemse howe, die plaaslike howe en streekshowe. Daar behoort in beginsel voorsiening gemaak te word daarvoor dat "urbanised and educated people should not be required to accept them".[173] Sulke persone se sake behoort met ander woorde oorgeplaas te kan word vanaf inheemse howe na ander howe toe. Waar daar 'n behoefte bestaan vir die uitbreiding van inheemse howe na meer stedelike gebiede toe, behoort daar groter buigbaarheid te wees in die hof se prosedures om die meer stedelike lewenstyl te akkommodeer, byvoorbeeld om hofsittings in die aand te hou om in te pas by die werksomstandighede van die betrokke gemeenskap.[174]

Dit blyk dat toesighouding 'n groot praktiese probleem is wat geassosieer word met inheemse howe. By die besprekings rondom die totstandkoming van die inheemse howe is geargumenteer dat "former field officials should be appointed to tour village

---

172 "Grass Roots Justice" 73.

173 Oram "Grass Roots Justice" 74.

174 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 777.

court areas and tactfully encourage and guide village magistrates in their work."[175] Ingevolge wetgewing[176] is die verantwoordelikheid opgedra aan die plaaslike *magistrates* en die *senior district court magistrate* in elke distrik om toe te sien dat alle amptenare werksaam by die inheemse howe hulle werk behoorlik doen en hulself ook gebonde ag aan die *Village Courts Act*. In 'n omsendbrief gesirkuleer deur die *Village Courts Secretariat* is aangedui dat inspeksie van alle inheemse howe maandeliks gedoen word en dat 'n verslag en statistiese rekord aan hulle gestuur word vir verdere inspeksie. Oram wys op twee probleme met hierdie inspeksies: eerstens is dit moontlik dat die *supervisory magistrates* in sekere gebiede nie oor voldoende hulpbronne mag beskik om gereelde inspeksies te doen nie, en tweedens, stuur die *district supervisory magistrates* dikwels junior *magistrates* uit om die las te verlig.[177] Die Australiese Regskommissie wys daarop dat die *magistrates* in hul rol as toesighouers en inspekteurs 'n belangrike rol speel in die behoorlike ontwikkeling van die inheemse howe. Verder dra dit daartoe by dat minder foute gemaak word en dat die howe nie van koers af raak nie. Die vinnige toename in die aantal howe het egter die verpligtinge van die *supervising magistrates* aansienlik vermeerder. Gevolglik is voltydse *village courts inspectors* aangestel om die toesighoudingsfunksie van die *magistrates* oor te neem. As gevolg hiervan het die gehalte van inspeksies aansienlik verbeter.[178]

Die Australiese Regskommissie wys verder onder andere op die volgende punte van kritiek wat al teen die inheemse howe geopper is en probleme kan oplewer:

- alhoewel die inheemse howe veronderstel is om plaaslike gebruike toe te pas om geskille op te los, is daar 'n geneigdheid by die regsprekende amptenare om te soek na formele regsreëls om hul eie gesag asook dié van die howe binne die gemeenskap af te dwing, in plaas daarvan om te steun op plaaslike gebruike. Aan die ander kant is die toepassing van tradisionele gebruike ook soms problematies: eerstens, is die gebruike nie altyd op skrif nie en twee-

---

175 Oram "Grass Roots Justice" 74.

176 *The Village Courts Act* van 1973, a 72.

177 "Grass Roots Justice" 74.

178 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 776.

dens, is die regsprekende amptenare se kennis van die gebruike soms beperk omdat die regsprekende amptenare wat aangestel word "are not always the older, more knowledgeable persons in the community. Younger, tertiary educated persons are also chosen as magistrates."[179]

- Hofpersoneel het al klagtes geopper ten opsigte van die gebrek aan ondersteuning deur die owerheid, en meer spesifiek ten opsigte van besoldiging, fasiliteite soos vervoer en polisie-ondersteuning. Omdat daar geen formele skakeling tussen die polisiediens en die *inheemse howe* is nie, kan dit konflik veroorsaak wanneer beide by dieselfde dispuut betrokke raak.[180]
- Inheemse howe is manlik gedomineerde instellings.[181] Kritici het aangevoer dat omdat die *magistrates* oorwegend manlik is, is baie vroue huiwerig om dispute na hierdie howe te bring. Redes wat aangevoer word vir hierdie huiwering is, eerstens, twyfel oor die moontlikheid van 'n regverdige verhoor en tweedens, gebrek aan ervaring by vrouens om as openbare sprekers op te tree. Aan die ander kant blyk dit uit die verslag van die Regskommissie van Papua New Guinea dat in 32% van die gevalle wat bestudeer is, vrouens die eisers was en dat die klagtes dikwels teen mans gerig is.[182]

Ten spyte van bogemelde punte van kritiek, kom die Australiese Regskommissie tot die gevolgtrekking dat die inheemse howe in Papua New Guinea oor die algemeen wel voldoen aan die behoeftes van die gemeenskap.[183]

---

179 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 773.

180 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 775.

181 *Magistrates* is gewoonlik manlik, tussen die ouderdomme van 35 en 50 jaar en is dikwels 'n belangrike persoon in die gemeenskap (*clan*). Daar is baie min vroulike *magistrates* – Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 778 vn 27.

182 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 778.

183 Die Australiese Regskommissie kom tot die gevolgtrekking dat ten spyte van aanvanklike weerstand teen die konsep van inheemse howe, daar groot aanvraag is vir sodanige howe. Die inheemse howe voldoen in die meerderheid van gevalle aan hul doelwit. Alhoewel die howe nie sonder probleme is nie, is dit duidelik dat sodanige howe 'n leemte gevul het op die vlak van die inheemse gemeenskap. Die groot aantal sake wat deur hierdie howe hanteer word dien ook as bewys dat hierdie howe voldoen aan plaaslike behoeftes en 'n vermindering teweeg bring in die aantal sake wat na die hoër howe gaan. Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 779.

❑ KORT OPSOMMING

Die inheemse hofstelsel in Papua New Guinea funksioneer op nasionale vlak en is van toepassing op 'n inheemse meerderheid. Van owerheidskant af is daar 'n sekretariaat wat sekere oorsigtelike funksies vervul en 'n oog hou oor die gladde verloop van die hofstelsel.

Ten opsigte van die *persoonlike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, blyk dit dat:

- Die regterlike amptenare (*magistrates)*, indien nie direk nie, dan wel indirek verkies word deur die plaaslike gemeenskap self – die howe is dus verteenwoordigend van die gemeenskap self. Sodanige regterlike amptenare word nie besoldig nie, maar ontvang *honoraria*.

Ten opsigte van die *saaklike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, blyk die volgende:

- Die prosedure tydens die verrigtinge is informeel en primêr gerig op bewerkstelliging van 'n skikking tussen die partye – slegs indien 'n skikking nie moontlik is nie, kan die *magistrate* die aangeleentheid bereg;
- Slegs geringe oortredings kom hier ter sprake – die inheemse howe is bevoeg om skikkings te bewerkstellig, vergoedingsbedrae toe te ken, boetes, werksvonnisse of gevangenisstraf (wat deur 'n hoër hof bevestig word) op te lê;
- Die afdwinging van hofbevele is die verantwoordelikheid van die vredesbeampte (*village peace officer).*

7.5 INHEEMSE HOWE IN INDIË

In die afdeling wat hieronder volg, sal die klem hoofsaaklik val op die *Lok Adalat*-howe in Indië. Omdat evaluering van hierdie informele howe in 'n wyer konteks meer sinvol is, sal ook kortliks aandag gegee word aan 'n alternatief tot die *Lok Adalat*-howe en

die onsuksesvolle voorloper, bekend as die *Nyaya Panchayat*, sal ook kortliks bespreek word.

7.5.1 Die *Lok Adalat*-howe

In Indië is geëksperimenteer met alternatiewe dispuutbeslegting[184] met die oog daarop om die formele regstelsel wat oorgeërf is van Brittanje meer inheems te maak en om regsbeskerming uit te brei na die armes.[185] Die howe wat as gevolg van hierdie beweging ingestel is om informele regspleging toe te pas, het bekend gestaan as *Lok Adalats*,[186] wat letterlik beteken volkshowe (*people's courts*). Hierdie howe is geadministreer deur die regshulpprogram en die vooropgestelde doel was "to provide speedy and informal resolution of disputes through conciliation and mediation at the local level".[187] As gevolg van die poging om hierdie informele howe toenemend te formaliseer, het die *Lok Adalats* 'n hibriede stelsel geword van sentrale kontrole en inheemse konsiliasie en het dit steun verloor onder die bevolking wat dit eintlik veronderstel was om te dien.[188]

'n Vorige hoofregter van die *Supreme Court*, regter Bhagwati het die aanvanklike

---

184 Daar word ook algemeen in die literatuur hierna verwys as ADR ("alternative dispute resolution").

185 Whitson "'Neither Fish, Nor Flesh, Nor Good Red Herring" *Lok Adalats*: An Experiment in Informal Dispute Resolution in India" 1992 *Hastings International & Comparative LR* 391. Hy verduidelik die agtergrond waarteen hierdie ontwikkeling plaasgevind het soos volg: Die grondwet van Indië vereis van die owerheid om moderne waardes van gelykheid en niediskriminasie te bevorder. Terselfdertyd plaas dit 'n verpligting op die owerheid om plaaslike regering en regterlike self-administrasie daar te stel in ooreenstemming met die tradisionele en morele waardes wat dikwels ongelykheid en diskriminasie bevorder. Laasgenoemde opdrag het voorstanders van alternatiewe dispuutbeslegting, wat die formele regstelsel gekritiseer het as synde akkusatories, prosessueel onbuigbaar en onversoenbaar met inheemse voorkeur vir informele konsiliasie, aangevuur. Hy wys egter daarop dat Indië se eksperiment met alternatiwe dispuutbeslegting om die formele regstelsel meer inheems te maak, onsuksesvol was.

186 Whitson "*Lok Adalats*" 391 verwys ook hierna as die "L.A. courts".

187 Whitson "*Lok Adalats*" 392.

188 Volgens Whitson "*Lok Adalats*" 392 is dit 'n onsuksesvolle stelsel wat tot 'n groot mate reeds in onbruik verval het. In vn 2 verwys hy na 'n ander onsuksesvolle eksperiment met informele plaaslike howe wat die *Lok Adalats* voorafgegaan het, naamlik die *Nyaya Panchayats* (die "N.P. courts") wat later in hierdie hfst bespreek word.

ondersoek na die verskaffing van gratis regshulp ingestel net na onafhanklikwording van Indië in 1949. Die komitee waardeur hy die ondersoek geloods het, het tot die gevolgtrekking gekom dat die verskaffing van regshulp die verantwoordelikheid van die regering is,[189] dat daar 'n behoefte bestaan om regshulp aan individue te verskaf en dat dit belangrik is dat die sosio-ekonomiese status van die armes en onderdruktes by wyse van die reg verlig word. Na Bhagwati se verslag gepubliseer is, het die regering regter Krishna Iyer aangestel om die implementering van die regshulpstelsel te ondersoek. As gevolg van die baie kritiek[190] wat geopper is teen die formele regstelsel wat deur Brittanje afgedwing is,[191] het regter Iyer se komitee-verslag van die standpunt af uitgegaan dat dit noodsaaklik geword het om die Anglo-Indiese regstelsel te hervorm om beter aan te pas by die behoeftes van die bevolking[192] en het voorgestel dat konsiliasie en informele dispuutbeslegting voortaan deel moet wees van die regshulpstelsel.[193] Volgens een van die bepalings van die verslag sou 'n individu wat wil aansoek doen om regshulp, eers moet instem om die aangeleentheid

---

189 Whitson "*Lok Adalats*" 393. Die komitee het tot die gevolgtrekking gekom dat die beginsels van gelykheid voor die reg en gelyke beskerming deur die reg ingevolge artikel 14 van die Grondwet van Indië 'n verpligting op die owerheid geplaas het om regshulp aan al die burgers te verskaf.

190 Argumente vir 'n ander stelsel het voortgespruit uit 'n gevoel dat die regstelsel wat afgedwing is deur Brittanje onvanpas was vir die Indiese bevolking, dat die formele stelsel tydrowend was, te veel appèlle vanaf laerhowe aangehoor het, die gebruik van vervalste dokumente en meineed dikwels voorgekom het en die stelsel verder gelei het tot misbruik deur die rykes – Whitson "*Lok Adalats*" 396-397.

191 Hierdie probleme het almal voortgevloei uit die fundamentele verskille tussen die inheemse meganismes van dispuutbeslegting en die vreemde regstelsel wat op die land afgedwing is. Whitson "*Lok Adalats*" 397.

192 Op 398 wys hy op verdere kritiek wat ingebring is teen die Britse prosessuele fokus om elke saak afsonderlik en onafhanklik van ander sake of omstandighede te beslis, met 'n aangeduide wenner en verloorder, in teenstelling met die tradisionele stelsel van versoening en 'n kompromie om harmonie in die gemeenskap te handhaaf.

193 Baie Indiese akademici en regters wat op daardie stadium teruggekeer het van Amerika af waar hulle onder andere die geregtelike gemeenskapsentrums (*neighborhood legal centres)* bestudeer het, was beïndruk met wat hulle beskou het as 'n gunstige regsontwikkeling in Amerika. Gevolglik het die Amerikaanse regsteorie 'n belangrike rol gespeel in die ontwikkeling van die Indiese skemas vir regshulp en regshervorm. Regter Iyer het verwys na die standpunt van regter Burger, van die Amerikaanse *Supreme Court,* tov die wyse waarop 'n plaaslike stelsel van dispuutbeslegting ingestel behoort te word. Dit kom daarop neer dat so 'n hof behoort te bestaan uit drie verteenwoordigende burgers wat beklee is met finale onhersienbare bevoegdheid (*final unreviewable authority)* om te besluit oor sekere minder ernstige aangeleenthede. Buigbaarheid en informaliteit behoort die hooftoon aan te gee in sodanige howe en hierdie howe behoort beskikbaar te wees op 'n gemeenskapsvlak. Whitson "*Lok Adalats*" 396.

op te los by wyse van 'n regverdige kompromie voordat regshulp toegestaan sal word.

Whitson[194] wys daarop dat die nie-staatlike regstelsels wat onafhanklik van die staatlike regstelsels funksioneer, dui op die kontras wat bestaan met die formele regstelsel. Waar die formele regstelsel strewe na geregtigheid *inter partes* by wyse van onafhanklike regters en omslagtige prosedures vir bepaling van die waarheid, bevorder inheemse dispuutbeslegtingsinstellings geregtigheid by wyse van informele verrigtinge deur *village or caste notables* wat die partye tot die geding persoonlik ken. Waar die akkusatoriese stelsel van die formele howe strewe na individuele geregtigheid, strewe die informele howe na kollektiewe geregtigheid. Inheemse reg en geregtigheid strewe na sosiale harmonie in die gemeenskap by wyse van konsensus waar die partye gewikkel is in 'n proses van gee-en-neem; daarteenoor berus die formele stelsel op die beginsel van 'n algehele wenner ("winner-take-it-all principle").

Solank as wat partye tot plaaslike dispute hul wend tot die nie-staatlike instellings vir oplossing daarvan, kom die waardes en norme wat die staat wil bevorder gevolglik nie tot hul reg nie.[195] Verpligte regshulp en uitgebreide eksperimentering met alternatiewe metodes van dispuutbeslegting is ingestel na 'n algemene bewuswording dat die Indiese regstelsel 'n krisis beleef.[196] In 1978 het die regering van Indië, in 'n verslag getiteld "National Juridicare: Equal Justice – Social Justice" bekend gemaak dat die nuwe filosofie agter regshulp nie net die voorsiening van tradisionele regsdienste, soos gratis regshulp en advies, behels nie, maar dat dit gerig is op die uitwissing van armoede deur toegang tot die regstelsel moontlik te maak. Wetgewing is opgestel en 'n komitee vir implementering van die stelsel, die *Committee for Implementing Legal Aid Schemes* (*CILAS*), is in 1980 ingestel onder die voorsitterskap van Regter Baghwati "to organize, finance and monitor legal aid schemes throughout the country, and to advise the Government on further steps to be taken to institutionalize the

---

194 Whitson "*Lok Adalats*" 399; Baxi *The Crisis of the Indian Legal System* 337.

195 Whitson "*Lok Adalats*" 399.

196 Whitson "*Lok Adalats*" 400.

program".[197] *CILAS* het 'n baie ambisieuse program opgestel vir uitvoering deur die *CILAS*-komitee en die regshulpprogramme van die onderskeie state.[198]

Aanvanklik het die *Lok Adalat*-howe natuurlikerwys ontstaan: verskeie state het met verskillende variasies van rekonsiliasieprosedures geëksperimenteer. Gujarat was die eerste staat om sy eksperiment 'n *lok adalat* te noem. In 1982 is die eerste *Lok Adalat*-hof in Gujarat[199] ingestel en kort daarna het ander state gevolg. *CILAS* het besluit om die informele *Lok Adalat*-howe te ondersteun en te implementeer as deel van die nasionale regshulpstrategie. In Junie 1986 is riglyne gepubliseer, primêr gerig op wie gemagtig sou wees om die *Lok Adalat*-howe te hou en te administreer.[200] Daar is opgemerk dat die *Lok Adalats* geweldig toegeneem het in populariteit, daar is besluit dat hierdie informele howe gemonitor word deur die *State Legal Aid and Advice Boards* en die wenslikheid van statutêre regulering[201] in die toekoms is geopper. Met die aanstelling van Regter Misra in Augustus 1986 as die uitvoerende voorsitter van *CILAS*, het die klem veral geval op die bevordering van vinnige, informele en

---

197 Whitson "Lok Adalats" 401 verduidelik dat daar in elke staat 'n afsonderlike Regshulp- en Adviesraad ingestel sou word met regshulpkomitees op verskillende vlakke wat die publiek van advies sou bedien. Die samestelling van bogemelde raad en komitees is gebaseer op 'n breë model opgestel deur *CILAS*, maar kon effens verskil van staat tot staat as gevolg van wisselende omstandighede en faktore.

198 Dit het onder andere behels die opstel van 'n gids met al die besonderhede van die regshulpinstellings en die dienste wat aangebied word, asook die opstel van handleidings; die gee van algemene en professionele opleiding aan almal wat betrokke sou wees by die regshulpstelsel, die bevordering van praktiese regsopleiding aan universiteite deur regstudente te betrek by die regshulpprogramme, die publiseer van 'n regshulp-nuusbrief in alle tale en die beskikbaarstelling van inligting aan die publiek – Whitson "*Lok Adalats*" 402-403.

199 Sien Whitson "*Lok Adalats*" 405 tov die verloop van 'n tipiese verhoor.

200 Whitson "*Lok Adalats*" 406 verduidelik dat dit uit die riglyne blyk dat daar 'n sterk gevoel was ten gunste daarvan om die howe onder administratiewe en prosessuele kontrole te bring, maar bedenkinge gekoester is tov die effek wat sodanige kontrole op die informaliteit en buigbaarheid van die howe sou hê.

201 Sien Whitson "*Lok Adalats*" 407 tov besonderhede in die *CILAS*-nuusbrief mbt moontlike statutêre regulering rakende aspekte soos dagvaarding om partye, getuies en dokumente voor die hof te bring, betrokkenheid van die regbank, die professie en die owerheid, pligte en kwalifikasies van die regsprekende beamptes en ander partye betrokke by die howe, en 'n gedragskode.

tradisionele dispuutbeslegting[202] vir die landelike en stedelike armes. Uit verskeie oorde is steun uitgespreek vir die *Lok Adalats*.[203] Nie alleen sou dit koste bespaar vir die staat[204] nie, maar dispute kon opgelos word met die hulp van 'n bemiddelaar, wat poog om twee partye te versoen, wat opsigself vatbaar moes wees vir 'n kompromie. In teenstelling met die amptelike howe, waar formaliteit aan die orde van die dag is, is die *Lok Adalat*-howe gerig op die oplossing van geregtelike dispute tussen partye by wyse van onderhandeling, versoening en die aanname van 'n oorredende, sinvolle en humanitêre benadering tot hul probleme, met behulp van 'n spesifiek-geöriënteerde en ervare span bemiddelaars.

Hoofregter Pathak het, met die opening van die sewende *Lok Adalat* in Delhi, sy steun vir hierdie informele howe uitgespreek met 'n vermaning dat toegesien moet word dat die volgende twee aspekte nagekom word: eerstens, moet die partye voor die hof deeglik ingelig word ten opsigte van hulle regte en verpligtinge, en tweedens, moet 'n skikking bewerkstellig word met die vrye en bereidwillige toestemming van die partye.[205]

Aanvanklik het die *Lok Adalats* geen beperkings op jurisdiksie gehad nie; alle tipe sake is aangehoor. Sommige state het egter reëls neergelê ingevolge waarvan hierdie informele howe beperk was tot die aanhoor van minder ernstige kriminele oortredings, maar ook siviele aangeleenthede soos vergoeding vir motorvoertuig-

---

202 Whitson "*Lok Adalats*" 408 wys op regter Misra se opinie soos vervat in die *CILAS*-nuusbrief, naamlik dat "[t]he weaker sections of society do not have the staying power which the affluent and the well-to-do possess. Speedier avenues of justice must be found for them and there must be greater opportunity for resorting to them." Hy het verder bygevoeg dat die *Lok Adalat*-beweging 'n welkome vernuwing in daardie rigting is, omdat dit werk op die beginsel dat 'n skikking of kompromie tussen die partye verkies word – daar is geen wenners of verloorders nie en daar is nie sprake daarvan dat een van die partye die verrigtinge kan uitrek deur aanspraak te maak op appèl of hersiening nie.

203 Sien Whitson "*Lok Adalats*" 408 en die gesag aangehaal in vn 75.

204 Regter Misra het aangedui dat, benewens besparing wat dit meebring vir die begroting, word ook bespaar op uitgawes tov rondbeweeg van howe, openbare tyd, bitterheid en spanning in die lewe van die litigant, en op 'n groter skaal, in die gemeenskap. Sien *CILAS* Nuusbrief, Nov 1983-Dec 1984 soos aangehaal in Whitson "*Lok Adalats*" 409 vn 75.

205 Whitson "*Lok Adalats*" 409 vn 75.

ongelukke en klein siviele eise, familieregtelike aangeleenthede, erfregtelike aangeleenthede, voogdyskap en arbeidsdispute.[206]

In 1987 is die *Lok Adalats* ingevolge die *National Legal Services Authorities Act* onder statutêre beskerming en regulering gebring, en staats- en distriksowerhede die magtiging verleen om die howe na goeddunke te organiseer. Bogenoemde wet het aan die *Lok Adalat*-howe die jurisdiksie verleen om in enige voorgeskrewe kriminele en siviele aangeleentheid 'n skikking of kompromie te bewerkstellig. Gemelde wet se enigste prosessuele riglyn het vereis "utmost expedition to arrive at a compromise or settlement between the parties and shall be guided by legal principles and the principles of justice, equity and fair play" en dit is aan elke *Lok Adalat*-hof oorgelaat om sy eie prosedure vir beslegting van 'n dispuut te formuleer.[207] Die *Lok Adalats* is beklee met die bevoegdheid om vergoedingsbedrae toe te ken "deemed to be a decree of a civil court, or order of any other court or tribunal". Verder is bepaal dat elke toekenning wat deur 'n *Lok Adalat* gemaak is "shall be final and binding on all the parties to the dispute, and no appeal shall lie to any court against the award."[208] Al die 1986 *CILAS*-riglyne, insluitende dié wat vereis het dat die howe deur die staat geadministreer moet word sowel as dié wat besluitneming tot staatspersoneel beperk het, is vervat in gemelde wetgewing.[209]

Hierdie wetgewing en die bepalings ten opsigte van die *Lok Adalats* het baie kritiek uitgelok. Kritici het gevoel dat hierdie wetgewing die gees en doel van die *Lok Adalats*

---

206 Whitson "*Lok Adalats*" 412.

207 Whitson "*Lok Adalats*" 414-415.

208 Whitson "*Lok Adalats*" 415. Hierdie bepaling van die Wet het klaarblyklik nooit in werking getree nie met 'n tweeledige nadelige gevolg. In die eerste plek het dit as afskrikkingsmiddel gedien vir partye wat dit moes oorweeg of hulle hul dispuut na hierdie howe moet neem en het dit terselfdertyd teenproduktief gewerk tydens die verrigtinge – hierdie finaliteit het veroorsaak dat skikking voor 'n *Lok Adalat*-hof as 'n risiko beskou is, gegewe die spoed waarteen van partye verwag is om hul dispute op te los. In die tweede plek het partye wat uitgevind het van die nie-inwerkingtreding van hierdie bepaling nadat 'n skikking bereik is (en wat ontevrede was met die skikking), die bepalings van die skikking geïgnoreer en die dispuut in elk geval na die formele howe geneem. Sien die bespreking verder in afd 7.5.1.2.1.

209 Die *National Legal Services Authorities Act* van 1987.

as informele, "grass-roots courts" wat byna afsonderlik van owerheidsgesag bestaan het, ondermyn. Kritici het daarop gewys dat die *Lok Adalats* natuurlikerwys ontstaan het as gevolg van 'n behoefte onder die bevolking om dispute by wyse van konsiliasie op te los, sonder enige tussenkoms (*intervention)* van amptelike howe.[210] Regter Iyer, stigter van die *Lok Adalat*-beweging het een van die vurigste teenstanders van die nuut-ontwerpte *Lok Adalat*-howe geword. Hy het onder andere te velde getrek teen toekenning van primêre verantwoordelikheid vir die *Lok Adalat*-howe (ingevolge die Wet) aan die regsprekende amptenare en regsgeleerdes, en die verdere vereiste dat beslissings gemaak moet word ooreenkomstig die gemene reg (*common law).*[211]

Regter Iyer het ook die nuwe wetgewing[212] se monopolisering van die funksies van die *Lok Adalat*-howe (wat aanvanklik 'n nie-staatlike instelling was) gekritiseer, omdat hy aangevoer het dat dit vrywillige organisasies met geloofwaardigheid, kreatiwiteit en ondervinding, wat in die verlede dispute by wyse van *lok adalat*-howe besleg het, uitsluit. Hy kom tot die gevolgtrekking dat "[t]o exclude such organizations merely because they are not state-run is to defeat the broad objective of promoting settlement of cases through voluntary bodies of stature and standing."

Ten spyte van imple-mentering van die nuwe wetgewing,[213] was daar volgens alle aanduidings 'n geweldige afname in die hoeveelheid sake wat sedert die einde van 1987 voor die *Lok Adalat*-howe gebring is.[214]

---

210 Whitson "*Lok Adalats*" 415.

211 Sien Whitson "*Lok Adalats*" 415-416 tov Regter Iyer se besware wat in die *CILAS*-nuusbrief van November 1987-Februarie 1988 verskyn het.

212 Die *National Legal Services Authorities Act* van 1987.

213 Die *National Legal Services Authorities Act* van 1987.

214 Whitson "*Lok Adalats*" 416: "Even Rajasthan, the leader of the L.A. court movement, reported holding only seven sessions in 1987, in comparison to a peak of 154 sessions in 1986. Furthermore, L.A. courts continue to be used almost exclusively for motor vehicle compensation and matrimonial cases."

7.5.1.1 Persoonlike onafhanklikheid

In die bespreking wat hieronder volg, sal die persoonlike onafhanklikheid[215] van die regsprekende amptenare van die *Lok Adalat*-howe onder die loep geneem word. Dit sal gedoen word teen die agtergrond van die praktiese funksionering van die howe deur te verwys na *Lok Adalat*-howe in Rajasthan, wat as een van die leiers in die *Lok Adalat*-beweging beskou is omdat dit meer *Lok Adalat*-hofsessies gehou het as enige ander staat.[216] Sekere aspekte van die posisie in Rajasthan, sal vergelyk word met die posisie in die staat Maharashtra om die verskil in toepassing van die *Lok Adalat*-stelsel in die twee state aan te toon. Aspekte wat in ag geneem sal word, behels die kwalifikasies en wyse van seleksie van die regsprekende amptenare, hul diensvoorwaardes sowel as die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.

7.5.1.2 Kwalifikasies en wyse van seleksie

Uit die afdeling wat hierop volg, blyk dit dat regskwalifikasies nie ten opsigte van alle regsprekende amptenare vereis word nie. Wat die wyse van seleksie betref: sover vasgestel kon word, word die persone wat as regsprekende amptenare in 'n bepaalde *Lok Adalat*-hof moet optree, deur die owerheidsliggaam wat in 'n betrokke staat verantwoordelik is vir die hantering van die regshulpprogram, aangewys.

Die *Lok Adalat*-howe in Rajasthan is oor die algemeen beman deur drie regsprekende amptenare. In die praktyk het prominente sosiale figure, sosiale werkers en afgetrede regters van die Rajasthan *High Court* en *district courts*[217] van plek tot plek deur die

---

215 Tov die persoonlike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.1 en hfst 3.

216 Whitson "*Lok Adalats*" 417 verduidelik dat vanaf die instelling van die program in November 1985 tot Julie 1989, is berig dat daar in Rajasthan 252 *Lok Adalat*-howe gehou is wat 345,154 sake hanteer het, en 'n gemiddeld van 1,369 sake per kamp hanteer het. In teenstelling met die ander state se *Lok Adalat*-howe, was slegs 'n klein persentasie van hierdie sake motorvoertuigongelukkesake. Sien verdere bespreking van die tipe sake wat aangehoor is, onder afd 7.5.1.2.1 wat handel oor bevoegdhede en verpligtinge van die regsprekende amptenare van hierdie howe.

217 Whitson "*Lok Adalats*" 418.

plaaslike gemeenskappe gegaan (as 'n tipe rondgaande hof) en as regsprekende amptenare van die *Lok Adalat*-howe opgetree.[218] In die staat Maharashtra het die paneel van elke *Lok Adalat*-hof ook bestaan uit drie bemiddelaars wat kon insluit advokate, afgetrede regters, sosiale werkers en regsdosente.[219] Whitson[220] wys daarop dat volgens die wet[221] wat in 1987 afgekondig is om die howe te formaliseer "only retired judges, lawyers, and social workers were allowed to serve as L.A. court judges."

Omdat 'n regbank wat verteenwoordigend is van die gemeenskap lei tot 'n verhoging in openbare vertroue en legitimiteit,[222] is dit 'n aspek wat ter sprake kom by die seleksie van regterlike amptenare. Hierdie bespreking moet dus saamgelees word met die bespreking ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank wat in 'n opvolgende afdeling bespreek word.[223]

7.5.1.2.2 Diensvoorwaardes

Dit blyk dat slegs afgetrede regters, regsgeleerdes (hetsy advokate of regsdosente) en sosiale werkers gemagtig was om na die afkondiging van die *National Legal Services Authorities Act* van 1987 as regsprekende amptenare op te tree.[224] Persone in hierdie kategorie, soos sosiale werkers wat in diens is van die staat, se diensvoorwaardes is vervat in hul dienskontrak met die staat. Sover vasgestel kon word, het die regsprekende amptenare van die *Lok Adalat*-howe opgetree (en waar vandag

---

218 Whitson "*Lok Adalats*" 434.

219 Whitson "*Lok Adalats*" 424.

220 "*Lok Adalats*" 434, 438. Soos een kommentator dit gestel het: "[S]tate informalism not only expropriates conflict from the parties but also reduces participation by other citizens in the handling of disputes. State informal institutions substitute paraprofessional state employees for citizen jurors."

221 Die *National Legal Services Authorities Act* van 1987.

222 Sien afd 2.10 en 3.5.

223 Sien afd 7.5.1.1.3.

224 Whitson "*Lok Adalats*" 434.

nog sulke howe funksioneer, is dit steeds die geval) sonder enige vergoeding vir hierdie funksie. Dit wil voorkom asof daar geen dienskontrakte vir optrede as regsprekende amptenaar gesluit is nie, maar dat dit gedoen is as deel van gemeenskapsdiens. Die *Lok Adalat*-howe het ook nie elke dag hofsessies gehou nie – die paneel van die hof het van gemeenskap tot gemeenskap beweeg en op 'n *ad hoc*-basis[225] (byvoorbeeld elke twee of drie maande) 'n hofsessie gehou, waartydens 'n lang lys sake afgehandel is.

7.5.1.2.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Hierdie bespreking sluit aan by die seleksie van regterlike amptenare in 'n voorafgaande afdeling.[226] Daar word geen vereistes gestel ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank wat optree in die *Lok Adalat*-howe nie. Slegs sekere persone word egter ingevolge wetgewing toegelaat om as regsprekende amptenare op te tree en hulle val oor die algemeen in die volgende kategorieë, naamlik afgetrede regters, regsgeleerdes en sosiale werkers.[227]

7.5.1.3 Saaklike onafhanklikheid

In die afdeling wat hierna volg, word die saaklike onafhanklikheid[228] van die regsprekende amptenare van die *Lok Adalat*-howe ondersoek. Die klem sal enersyds val op hul onafhanklikheid ten opsigte van prosedure en administratiewe funksies, en andersyds op regterlike diskresie-uitoefening. Die bespreking sal geskied binne die raamwerk van die bevoegdhede en verpligtinge van die regterlike amptenare.

---

225 Whitson "*Lok Adalats*" 426.

226 Sien afd 7.5.1.1.1.

227 Whitson "*Lok Adalats*" 424, 434, 438.

228 Tov die saaklike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.2.

7.5.1.3.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Die bevoegdhede en verpligtinge van die regsprekende amptenare kom vervolgens onder die soeklig. Afgesien daarvan dat die *Lok Adalat*-howe in Rajasthan die meeste hofsessies gehou het, was dit ook uniek en onderskeibaar van die ander state as gevolg van Rajasthan se uitgebreide gebruik van die *Lok Adalat*-howe vir kriminele sake[229] en staatsmisdrywe ingevolge die *Motor Vehicle, Wireless, Municipal, and Police Acts*. Alhoewel hul strafjurisdiksie beperk was tot minder ernstige misdrywe met beperkte strawwe, was dit verbode vir hierdie howe om ekonomiese misdrywe teen die staat aan te hoor, "because the white collar criminals should not be allowed to get [the] benefit of L.A. courts."

In Rajasthan is die *Lok Adalat*-howe tot 'n groot mate gebruik om minder ernstige sake wat hangend is oor te plaas vanuit die plaaslike distrikshowe na die *Lok Adalat*-howe. Alhoewel die *Lok Adalat*-hofsessies nooit volgens 'n vasgestelde skedule gehou is nie, is 'n datum vir elke sessie ongeveer agt tot tien weke vooruit bepaal. Die *Legal Aid Committee* het die taak gehad om sake vanaf 'n lys van hangende sake te selekteer vir oorplasing na die *Lok Adalats*. Whitson[230] verduidelik dat die *Legal Aid Committee* sterk gesteun het op die deelname van die *local political administration* en private vrywilligerorganisasies om die geselekteerde sake te skik nog voordat dit die *Lok Adalat*-howe bereik.[231] Sake het dus slegs by die *Lok Adalats* uitgekom indien die amptenare van die dorpie (*village officials)* of vrywilligerorganisasies nie in staat was om die partye te oorreed om te skik nie. Sodra die aangeleentheid aan die *Lok Adalat*-howe voorgelê is, was dit die taak van die regsprekende amptenare (*judges)* om te poog om 'n skikking tussen die partye te bewerkstellig.

---

229 Dit blyk dat 21% van die *Lok Adalat*-howe se sake, kriminele sake was – Whitson "*Lok Adalats*" 417.

230 "*Lok Adalats*" 418.

231 Sodra die lys van geselekteerde sake opgestel is, is dit versprei aan onderriginstellings, plaaslike liggame, sosiale instellings en diegene wat belang gestel het in die werking van die *Lok Adalat*-howe. Sodra die lyste deur die verskillende instellings ontvang is, het hulle ook as bemiddelaars op gemeenskapsvlak opgetree en gepoog om geskille alreeds daar op te los. Whitson "*Lok Adalats*" 418.

Sodra die aangeleenthede geskik is, is die skikking aan die hof voorgelê vir bekragtiging en vir uitreiking van die nodige hofbevele sonder enige reg tot appèl. Die aangeleenthede wat nie geskik kon word op dorpsvlak (*village level*) nie, word verwys na die *Lok Adalat* op die datum vasgestel vir afsluiting van die sessie, waar die verrigtinge begin deur toesprake van regters van die hoë hof en distrikshowe, en ander persone. Amptenare van die hof gaan gewoonlik op hierdie stadium die skikkings na om seker te maak dat geeneen daarvan in stryd is met die reg nie.

Partye wat voor die *Lok Adalats* verskyn, is geregtig op regsverteenwoordiging. Alhoewel die regsverteenwoordigers wat voor die *Lok Adalats* verskyn se fooie regtens beperk is – soms tot 'n persentasie van die bedrag ten aansien waarvan geskik is – het 'n empiriese studie aangedui dat vyf-en-tagtig persent van die partye wat regsverteenwoordigers aangestel het, vooraf die volle fooi betaal het, selfs waar die saak in 'n *Lok Adalat* geskik is.[232]

Die sukses van die *Lok Adalat*-howe in Rajasthan het skynbaar in 1986 sy piek bereik. In teenstelling met die 154 *Lok Adalat*-hofsessies wat in 1986 gehou is, is geen sodanige hofsessies gehou vanaf Januarie tot Augustus 1987 nie. In geen staatsevalueringsverslae of verslae wat voorgelê is aan die *CILAS Newsletter* is enige rede vir die afname gegee nie. Teen 1988 is geen *Lok Adalat*-howe meer gehou nie. Volgens Whitson[233] is een van die redes wat deur die voorsitter van die *State Legal Aid Board* in 'n onderhoud aangevoer is vir die afname, 'n kritiese gebrek aan personeel. Dit blyk dat regtersklerke aanvanklik al die nodige voorbereidingswerk vir verwysing van 'n saak na 'n *Lok Adalat*-hof hanteer het, en daarna die skikking nagegaan (*reviewed*) en die besonderhede daarvan in die rekords aangeteken het. Die klerke het begin kla oor die toenemende werkslas en het later geweier om enige *Lok Adalat*-sake te hanteer. Die *State Legal Aid Board*, wat alreeds 'n personeeltekort ondervind het, kon nie die ekstra werkslas hanteer nie. Hulle het geëis dat die *Lok Adalat*-howe hul eie klerke en amptenare aanstel, maar die owerheid het geweier om ekstra fondse

---

232 Whitson "*Lok Adalats*" 419.

233 "*Lok Adalats*" 421.

vir addisionele personeel te verskaf.

'n Verdere probleem blyk uit 'n klagte van die personeel betrokke by die *Lok Adalat*-howe – hulle het gekla dat "their work had no legal sanction". Hulle het betoog vir formalisering van die *Lok Adalat*-howe en dat die skikkings wat daar bereik word bindende regskrag moet verkry. Klaarblyk het partye 'n groot aantal van die skikkings wat bereik is, geïgnoreer en bloot weer hulle gedinge in die amptelike howe ingestel. Dit blyk dat ten spyte van die promulgering van die wetgewing, is die bepalings ingevolge waarvan die *Lok Adalat*-howe statutêre gesag sou verkry, nie geïmplementeer nie.[234]

In die staat Maharashtra het die *Lok Adalat*-howe, wat bekend gestaan het as *Lok Nyayalayas* (*L.N. courts*) en waarna hieronder verwys sal word as die L.N.-howe, meestal motorvoertuig-vergoedingseise en huweliksregtelike aangeleenthede hanteer. Ten spyte daarvan dat hierdie howe minder strafregtelike aangeleenthede aangehoor het, is die *funksionering* van hierdie howe egter van belang vir hierdie bespreking. In hierdie stelsel is die personeel wat die voorbereidende administratiewe werk en vooraf-versoeningspogings[235] aanwend, regsgeleerdes *(lawyers)* wat deur die *Maharashtra Legal Aid Board* betaal word.[236]

In teenstelling met die geval in Rajasthan, het die owerheid in Maharashtra reëls

---

234 Whitson "*Lok Adalats*" 422.

235 Daar is van persone, wat aansoek gedoen het vir regshulp in Maharashtra, verwag om eers te poog om die dispuut by wyse van konsiliasie op te los voordat enige regshulp of selfs 'n verskyning voor 'n *Lok Adalat*-hof toegelaat is. Whitson "*Lok Adalats*" 422.

236 Volgens Whitson "*Lok Adalats*"422 is die partye wat 'n dispuut het verplig om eers aansoek te doen vir regshulp by die *Counseling Center*. "The Center is reportedly run entirely by lawyers who are paid by the state board to listen to grievants' legal problems. The lawyers then represent grievants whose income meets the qualification levels." Voordat die saak voor die *Lok Adalat*-hof gebring kan word, neem die regsgeleerde 'n verklaring van albei partye "to put two sides of the story together". Dit neem gewoonlik twee na drie maande vir die *Center* om 'n afspraak te reël waar beide partye teenwoordig is – tydens hierdie ontmoeting word die meeste sake gewoonlik geskik. Daar bestaan geen regsgeleerde/kliënt-verhouding tussen die regshulp-regsgeleerde en 'n kliënt van die *Counseling Center* nie. Een van die regsgeleerdes het openlik erken dat die regsgeleerdes as regters optree en het bygevoeg dat alhoewel konsiliasie vrywillig is, tree die regsgeleerde, tydens mediasie van 'n skikkingsooreenkoms en opvolging van afgehandelde sake, op volgens eie diskresie. Dit blyk dat opvolgprosedures nie amptelik voorgeskryf is nie en heeltemal binne elke individuele regsgeleerde se diskresie val.

uitgevaardig wat die prosedure in die *Lok Adalat*-howe reguleer en statutêre erkenning gee aan die skikkings wat in hierdie howe bereik word. Sodra 'n skikking bereik is, word dit aan 'n regter gegee vir bekragtiging en uitreiking van 'n hofbevel.[237] Partye kan nie teen die skikking appelleer nie. Die prosessuele reël wat voorsiening maak vir onmiddelike regterlike bekragtiging en afhandeling van geskikte sake sonder die moontlikheid van appèl, is met groot entoesiasme bepleit deur diegene wat betrokke is by hierdie howe en hulle beywer het vir formele erkenning van hierdie howe. Die Direkteur van die *State Legal Aid Board* het verduidelik dat om partye toe te laat om van plan te verander nadat 'n skikking bereik is, 'n slegte idee is, want die partye kan beïnvloed word deur die standpunte van hul familie, bure en vriende wat hul kan aanmoedig om die skikking te verwerp en eerder te litigeer. So 'n stand van sake sou die primêre doelwit van die *Lok Adalat*-howe, naamlik verligting van die werkslas van die amptelike howe, verydel. Whitson[238] kom tot die gevolgtrekking dat die Maharashtra LN-howe klaarblyklik baie voordelig was vir die staat. Sodanige howe het vinnige en goedkoop dispuutbeslegting hanteer, het sake uit die amptelike stelsel gehou, het die vertraging en las van prosessuele of bewysregtelike reëls vermy, en die beslissings het volle regskrag gehad.[239]

Ingevolge die wetgewing[240] wat afgekondig is, is dit aan elke *Lok Adalat*-hof oorgelaat om sy eie prosedure te bepaal[241] met die oog op bewerkstelliging van 'n skikking. Die wetgewing het verder ook aan staats- en distriksowerhede die magtiging verleen om

---

237 Whitson "*Lok Adalats*" 424 verduidelik dat, sodra 'n skikking bereik is, word dit op skrif gestel, onderteken en oorgeplaas na 'n regterlike amptenaar, wat dit onderteken as 'n finale hofbevel. Volgens berig, duur 'n verhoor tussen vyf en sewe minute. As gevolg van bogenoemde prosedure kry die partye nie tyd om van plan te verander nie en derhalwe bring die kompromie feitlik onmiddelik finaliteit. Geen appèl kan teen die skikking aangeteken word nie.

238 "*Lok Adalats*" 424.

239 Hierdie howe is ook gekritiseer. Een van die punte van kritiek is dat in familieregtelike aangeleenthede, waar vrouens aansoek doen om regshulp (gewoonlik met die oog op egskeiding of onderhoud) word dikwels groot druk deur die hof op die vrouens uitgeoefen om te versoen "despite evidence that her husband had beaten and abused her." – "*Lok Adalats*" 425.

240 Die *National Legal Services Authorities Act* van 1987.

241 Whitson "*Lok Adalats*" 415.

die howe na goeddunke te organiseer[242] – die verrigting van administratiewe funksies sou dus waarskynlik in hierdie kategorie val.

Die regsprekende amptenare kon die prosedure tydens die verrigtinge bepaal en het in daardie opsig oor die diskresie beskik om alles in hul vermoë te doen om 'n skikking te bewerkstellig. Die enigste prosessuele vereiste gestel in die wetgewing is dat hulle regsbeginsels as riglyne moet gebruik en skikkings op 'n spoedeisende wyse moet bewerkstellig, ooreenkomstig die beginsels van *justice, equity and fair play*.[243]

7.5.2 'n Alternatief tot die *Lok Adalat*-howe

In die staat Himachal Pradesh (H.P.) is 'n stelsel ingevoer wat uitstaan as 'n voorbeeld van 'n alternatief tot die *Lok Adalat*-howe. Alhoewel meestal sivielregtelike aangeleenthede hier aangehoor word,[244] kan steeds met vrug gekyk word na die positiewe aspekte wat blyk uit die funksionering van hierdie howe. In hierdie staat word gepoog om versoening tussen partye te bewerkstellig binne die formele hofstruktuur deur gebruikmaking van die *Conciliation Court*. Die eksperiment in hierdie staat was baie meer beskeie in vergeleke met dié in die ander state, maar statistiek dui aan dat hierdie hof tot dusver in staat was om in sewe tot agt persent[245] van alle sake wat voor die hof gebring is, 'n skikking te bewerkstellig. Dit blyk ook dat geeneen van hierdie sake op appèl of hersiening na die *High Court* geneem is nie. In teenstelling met die *Lok Adalat*-howe in die ander state, word die *Conciliation Courts* steeds tot vandag toe

---

242 Whitson "*Lok Adalats*" 414.

243 Whitson "*Lok Adalats*" 414.

244 Die hoofregter van hierdie staat het in 1984 die *Conciliation Courts* ingestel as 'n alternatief tot die *Lok Adalat*-howe. Hierdie stap is geregverdig as synde binne die bedoeling van die *Code of Civil Procedure* "which enjoins courts to assist parties in settling certain types of suits and proceedings, and within the intent of similar provisions in the Hindu Marriage Act." Whitson "*Lok Adalats*" 426 wys verder daarop dat aangeleenthede wat verwys word na die *Conciliation Courts* "pertains to petitions under the H.P. Rent Control Act, the Hindu Marriage Act, family disputes, water disputes, easement rights, maintenance claims and motor accident claims".

245 Whitson "*Lok Adalats*" 425 wys daarop dat vanaf September 1984 tot Mei 1989 is in 22 937 sake 'n versoening bewerkstellig.

gebruik.[246]

Die *Conciliation Courts* is ingevoer deels as teenvoeter vir die *Lok Adalat*-howe. Daar is gevoel dat daar 'n neiging was deur politici om die *Lok Adalat*-howe as 'n politieke speelbal te gebruik as deel van 'n *political show* en dat dit min vertroue in die regstelsel ingeburger het. Whitson[247] wys daarop dat die *Conciliation Courts* "far superior" was, omdat sodanige howe, in teenstelling met die *Lok Adalat*-howe, op 'n permanente basis toeganklik was en nie op 'n *ad hoc*-basis gehou is nie Die regsprekende amptenare van hierdie howe het uit die distrik gekom, die taal van die streek gepraat en 'n beter begrip gehad van plaaslike konflikte. In teenstelling hiermee, was die rondgaande regters van die *Lok Adalat*-howe afkomstig uit die stad. Ten slotte, was die regsprekende amptenare van die *Conciliation Court* ervare, praktiserende regters en nie die mengelmoes van sosiale werkers, regstudente en huisvrouens wat dikwels op die *Lok Adalat*-howe gedien het nie.

Die prosedure in hierdie howe is soortgelyk aan skikkingsonderhandelings onder regterlike toesig. Nadat klerke sake geïdentifiseer het wat aan die vereiste riglyne voldoen, word die sake na 'n gewone laerhof gestuur wat vir 'n paar dae elke maand as 'n *Conciliation Court* dien. Die *Conciliation Court* gaan deur die feite van die saak, verduidelik aan die partye die *prima facie* meriete van die saak, die tipe getuienis wat vereis word, gee 'n beraming van die tyd wat die saak in beslag sal neem en die kanse van sukses van elke party. Dit word daarna aan die partye oorgelaat om hul eie oordeel uit te oefen. Indien 'n skikking bereik word, word dit in 'n hofbevel vervat. Daar bestaan egter ook prosessuele waarborge wat verseker dat die partye nie gedwing word om te skik nie: voordat 'n saak oorgeplaas word na die *Conciliation Court*, konsulteer die *district judge* (met oorspronklike jurisdiksie) met die partye om aan hulle die geleentheid te bied om die dispuut by wyse van konsiliasie op te los. Die

---

246 Volgens Whitson "*Lok Adalats*" 425 dui die besprekings met regterlike amptenare van die distrik, regshulpamptenare en regsgeleerdes daarop dat die eksperiment sorgvuldig gemonitor en geadministreer is.

247 Whitson "*Lok Adalats*" 426.

saak word slegs oorgeplaas indien beide partye instem daartoe.[248]

7.5.3 Die onsuksesvolle voorloper: Die *Nyaya Panchayat*

In hierdie afdeling word die onsuksesvolle voorloper van die *Lok Adalat*-howe, naamlik die *Nyaya Panchayat*, kortliks onder die loep geneem. Whitson[249] wys daarop dat die eksperiment met *Lok Adalats* in Indië tot 'n groot mate dieselfde resultate opgelewer het as die voorafgaande eksperiment met informele howe, bekend as *Nyaya Panchayats* (*N.P. courts*). Beide gevalle was 'n poging om aan die Indiese bevolking die geleentheid te bied om dispute op te los in howe wat geglo is so na as moontlik 'n nabootsing is van die inheemse meganismes vir dispuutbeslegting. Beide is gekritiseer as blatante voorbeelde van die staat se monopolisering van outonome liggame van dispuutbeslegting.[250] Die organisasie van die *Nyaya Panchayats* was eenvoudig[251] – die doelwit daarmee was onder andere sodat die staat regterlike gesag oor die dorpies (*villages*) kon uitoefen en om die howe meer toeganklik te maak vir die

---

248 Whitson "*Lok Adalat*" 427 wys egter daarop dat dit onseker is of partye werklik vrywillig toestem tot die skikking. Alhoewel dit regverdig kan word dat regterlike amptenare die partye waarsku tov die tyd en koste verbonde aan litigasie, voel sommige partye dat hulle nie 'n distriksregter se advies, om die aangeleentheid voor 'n *Conciliation Court* uit te stryk, kan weier nie. 'n Party wat weier om die saak te laat oorplaas na 'n *Conciliation Court*, moet sy of haar saak voortsit voor dieselfde distriksregter en die risiko loop om die toorn van sodanige regter op die hals te haal.

249 "*Lok Adalats*" 427.

250 Sien Whitson "*Lok Adalats*" 427 tov die aanloop tot hierdie howe. Hy wys voorts daarop dat die *Nyaya Panchayats* wat in die 1950s en 1960s ontwikkel en geïmplementeer is, as geregverdig beskou is as synde 'n konstitusionele vereiste, aangesien "[a]rticle 40 of the Constitution calls for government efforts to foster local self-rule, and for the eventual decentralization of most major governmental functions. Like the locally elected village panchayats which would govern each village, the N.P.s would administer the laws and resolve legal disputes locally." Sien ook Meschievitz en Galanter "In Search for Nyaya Panchayats: The Politics of a Moribund Institution" in Abel (red) *The Politics of Informal Justice* 44 ev.

251 Regsprekende amptenare (*panchas*) is indirek verkies vanuit die gemeenskap of streek. 'n *NP*-hof het klein siviele en strafregtelike sake aangehoor wat daarheen verwys is deur drie tot tien gemeenskapsrade, maar het geen afdwingingsbevoegdhede gehad nie. Alhoewel hulle boetes van tot een honderd roepees kon oplê, was die klem op versoening gewees. Regsverteenwoordiging is nie toegelaat nie. 'n Regsprekende amptenaar van die distrik (district magistrate) het die beslissings hersien en die partye kon vra vir oorplasing van die saak na 'n amptelike hof waar hulle kon aanvoer dat die *NP*-howe bevooroordeeld was. Whitson "*Lok Adalats*" 428.

bevolking (van die dorpies (*villages*)). Meschievitz en Galanter[252] wys daarop dat die oogmerk met die *Nyaya Panchayats* was "to combine the virtues of traditional legal institutions (accessibility, informality, economy of time and money, and familiarity of legal norms) with those of the state legal system (impartiality, uniformity of law and procedures, and legitimacy)". Die voorstanders het daarop gewys dat die *Nyaya Pachayats* baie van die tekortkominge van die Britse stelsel van regspleging sou ondervang omdat hulle beman sou wees deur persone met kennis van die plaaslike gebruike en gewoontes, sienings en waardes en vertroud met die manier van leef en dink van die partye wat voor hulle verskyn. Aan die ander kant sou hierdie howe die nuwe reg met betrekking tot gelykheid tussen mans, vrouens en lede van die verskillende kaste (*castes)* kon toepas. Hierdie howe sou aan die bevolking van die betrokke dorpies (*villages*) 'n forum daarstel waarin hulle hul regte ingevolge die Indiese Grondwet kon uitoefen.[253] Die *Nyaya Panchayats* was onsuksesvol: binne twintig jaar het die dispute wat voor hierdie howe gebring is tot omtrent 'n tiende van die oorspronklike aantal gedaal en uiteindelik heeltemal gefaal. Redes wat aangevoer word vir hierdie howe se mislukking, blyk soos volg te wees:

- in die *Nyaya Panchayats* moes regspleging geskied ooreenkomstig die regsvereistes en norme uiteengesit in die Grondwet – die reg wat toegepas moes word vereis 'n basiese regsopleiding waaroor die regsprekende amptenare nie beskik het nie;[254]
- soos die geval was met die tradisionele *panchayats*, het hierdie howe (die

---

252 "In Search for Nyaya Panchayats" 47 ev.

253 Whitson "*Lok Adalats*" 429 vat dit soos volg saam: Die *Nyaya Panchayat*-howe het twee teenstellende oogmerke gehad. Aan die een kant was sodanige howe daargestel om plaaslike selfregering te bevorder deur die toepassing van plaaslike waardes en tradisionele gebruike. Aan die ander kant, was sodanige howe veronderstel om gerig te wees op bevordering van die regsreëls en waardes van die nuwe progressiewe Indiese staat te bevorder. Die nasionale owerheid was van plan om die voorafbestaande *caste panchayats* af te skaf – hulle beheer en invloed oor die lewe van die gemeenskap is gesien as ondermynend tov die oogmerke van die nuwe staatsbestel.

254 Whitson *"Lok Adalats"* 430. Sien ook Baxi en Galanter *Panchayat Justice: An Indian Experiment in Legal Access* in Cappelletti en Garth (reds) *Access to Justice* vol 3 89.

Nyaya Panchayats) ook gestruikel oor die probleem van partydigheid[255] met die gevolg dat die bevolking eerder hul dispute na die gewone howe geneem het;[256]

- alhoewel die doelwit met hierdie howe die voorsiening van forums vir informele konsiliasie was, het hierdie howe (in teenstelling met die tradisionele *panchayats*) nie daarin geslaag nie – dit het eerder gebuk gegaan onder 'n tipe meganiese formaliteit.[257]

7.5.4 Evaluering van die *Lok Adalat*-howe

In die afdeling wat hieronder volg word die *Lok Adalat*-howe geëvalueer teen die agtergrond van hul voorloper, die *Nyaya Panchayat*, omdat eersgenoemde stelsel

---

255 Whitson "*Lok Adalats*" 431; Robbins "Comment: India: Judicial Panchayats in Uttar Pradesh" 1962 *American Journal of Comparative Law* 245. Baxi en Galanter *Panchayat Justice* 90 verduidelik die probleem met partydigheid soos volg: Omdat die sosiale en politiese lewe in die landelike gebiede van Indië draai om kaste (*caste*) en godsdiens in die gemeenskap, is dit moeilik vir enige burger om onafhanklikheid te behou, en selfs waar dit gehandhaaf kan word, word dit met wantroue bejeën. Dit is egter meer problematies as in gedagte gehou word dat die lede van die *nyaya panchayats* politieke leiers in hul gebied is. 'n Verdere probleem is dat die regsprekende amptenare *(panches)* bekend is, en dikwels verwant is aan die partye wat voor die hof verskyn. Daar is selde die tipe onpersoonlikheid wat as so noodsaaklik beskou word volgens die konvensionele beginsels van geregtigheid. Inteendeel, die stelsel is juis ontwerp om gerig te wees op bevordering van die persoonlike kennis van die partye voor die hof en die regter.

256 Robbins "Judicial Pachayats" 245 verduidelik dat wat veronderstel was om 'n neutrale, onpartydige liggaam van plaaslike leiers te wees wat help met onderhandeling en mediasie van geringe dispute het ontaard in óf 'n vesting van die elite en dominante kaste (*caste*) in die gemeenskap, óf is in ander gemeenskappe dood gebore. Die *Nyaya Panchayat*-howe is deur die gemeenskap beskou as vreemde instellings en het om hierdie rede nie meer van hierdie howe gebruik gemaak as van die gewone howe nie. Hierdie informele howe was die vergestalting van die slegste eienskappe van tradisionele en meer moderne geregtelike instellings. Lede van die gemeenskap wat oor toegang beskik het tot die gewone howe, het min daarby gebaat om terug te keer na die gemeenskap en gebruik te maak van die *Nyaya Panchayats*. Diegene sonder sodanige bronne, moes hul keuses binne die gemeenskap evalueer voordat hulle die dominante faksie in die gemeenskap uitdaag deur na die *Nyaya Panchayat*-hof te gaan. Hy voeg verder by dat die afname in die aantal sake wat die hof hanteer het, daarop dui dat die gemeenskap aanvanklik die hof gebruik het as alternatiewe forum, maar dit mettertyd as onbevredigend begin beskou het. Aan die ander kant, dui 'n toename in die gebruik van die gewone howe, daarop dat sodanige howe steeds lewensvatbaar bly en dat diegene wat bereid en in staat is om die plaaslike instellings prys te gee, die *Nyaya Panchayat*-howe sal omseil en eerder na die formele amptelike howe gaan.

257 Meschievitz en Galanter "In Search of Nyaya Panchayats" 69 kom tot die gevolgtrekking dat die *Nyaya Panchayat*-howe nóg die onpartydigheid van die amptelike howe (op hul beste) kon bereik, nóg die intimiteit, informaliteit en vermoë om 'n versoening te bewerkstellig van die tradisionele *panchayat*-howe (op hul beste).

veronderstel was om 'n verbetering te wees op laasgenoemde stelsel.

Volgens Whitson stem persone wat partye was tot aangeleenthede voor die *Lok Adalats*, oor die algemeen saam dat die gewildheid van hierdie howe nie soseer lê by hulle intrinsieke waarde (*intrinsic merit*) nie, maar by ontevredenheid onder die bevolking ten opsigte van die tyd en koste verbonde aan litigasie in die gewone howe.[258] In hierdie verband het voorstanders van die *Lok Adalat-howe* hulle tevredenheid uitgespreek met die kenmerke van die stelsel, wat insluit 'n vinnige manier om geregtigheid te verkry, die bevordering van wedersydse begrip, versoening en broederskap (gesien in die lig van die belange van die gemeenskap), in teenstelling met die akkusatoriese stelsel van die amptelike howe. Sommige voorstanders het aangevoer dat, omdat die meeste besluite geneem is en skikkings bereik is voor 'n samekoms van lede van die gemeenskap, partye minder geneig is om feite te versin (klaarblyklik 'n algemene verskynsel in die amptelike howe).

Die voorsitter van die staatsprogram (met betrekking tot regshulp) het verwys na twee gevalle wat daarop dui dat die *Lok Adalat*-howe groot sukses behaal het in die fasilitering van oplossings van godsdienstige geskille en in voorsiening van 'n forum vir vreedsame arbitrasie van gemeenskapsdispute wat dikwels in die verlede tot geweld gelei het.[259] Whitson wys egter daarop dat in beide gevalle het die *Lok Adalat* in effek funksies uitgevoer wat eintlik normaalweg deur die *panchayat*-dorpshof[260] uitgevoer word. Volgens hom is die versoening wat bereik is in beide gevalle eerder die resultaat van die toegewydheid en gesag van die drie regters as wat dit te danke is aan enigiets inherent unieks aan die struktuur van die *Lok Adalat*. Die evalueringS-

---

258 "*Lok Adalats*" 418. Die evalueringskomitee het bevind dat 'n persoon se koste voor 'n *Lok Adalat*-hof 'n gemiddeld van 38 roepees beloop het, in teenstelling met die 955 roepees wat litigasie beloop het. Dit het die staat 'n merkwaardige lae bedrag van 1.4 roepees gekos per *Lok Adalat*-saak. In teenstelling met die gemiddeld van 4.6 dae wat 'n saak voor 'n amptelike hof geduur het, het 'n *Lok Adalat*-beslissing 'n gemiddeld van 1.2 dae geneem.

259 Sien Whitson "*Lok Adalats*" 419-420 tov suksesvolle mediasie en bewerkstelliging van 'n skikking in geval van 'n godsdienstige geskil.

260 Die *panchayat*-nedersettingshof (*village panchayat*) is die tradisionele (nie-staatlike) verteenwoordigende liggaam in die inheemse gemeenskap wat normaalweg dispuutbeslegting hanteer.

komitee[261] het egter toegegee dat die skikking wat bereik word, sal afhang van wie as bemiddelaars optree – sodanige persone moet respek afdwing. Whitson kom tot die gevolgtrekking (met betrekking tot die sukses van die *Lok Adalats*), dat alhoewel hierdie sake 'n bewys is van die waarde en voordeel van 'n ooreengekome skikking bo 'n eensydige oorwinning in 'n akkusatoriese stelsel, "it is not clear that such settlements could not have been reached outside the L.A. court context". Hy voer aan dat die tradisionele benadering tot litigasie in Indië moontlik daartoe lei dat onderhandelings in die hof onder geregtelike toesig verhinder word. Hy wys daarop dat dit moontlik is dat die *panchayat*-dorpshowe in die gemeenskap oneffektief was in die bewerkstelliging van skikkings tussen botsende groepe. Hy kom tot die gevolgtrekking dat die *Lok Adalat*-howe nie noodwendig hierdie moontlikheid bied nie, tensy sodanige howe die intensiewe betrokkenheid van professionele regsprekende amptenare en ander gerespekteerde gemeenskapsleiers insluit.

Analisering van die eksperiment met *informele* dispuutbeslegting in die vorm van *Lok Adalats* het die volgende probleme aan die lig gebring. Die *Lok Adalat*-howe het die belofte ingehou om informeel te funksioneer en beter resultate te bereik as die amptelike howe. Hulle sou skikkings bereik waarmee alle partye tevrede sou wees. Hulle sou vry wees van die prosedures en reëls van die formele howe, en toeganklik wees vir selfs die mins-opgeleide inwoner van 'n dorpie (*village*). Hulle sou waarlik volkshowe wees. Deur die bevolking te oorreed om dispute binne die staatsforums (die *Lok Adalats*) op te los, sou regte en waardes van die staat terselfdertyd uitgebrei word.[262]

Kritici van die staat se eksperimente met informele dispuutbeslegting beskryf dit dikwels as 'n kwalik-verhole poging om staatsbeheer uit te brei na gebiede waar die formele regstelsel min sukses gehad het.[263] Dit blyk dat beide die *Lok Adalats* sowel as hul voorlopers, die *Nyaya Panchayats*, gepaardgegaan het met die standpunt dat

---

261 Whitson "*Lok Adalat*" 420 verwys na die evalueringskomitee van die Rajasthan *State Evaluation Organisation* wat toegee dat die langdurigheid van die skikking afhang van die persone wat as bemiddelaars optree. Hulle moet persone wees wat gerespekteer word in die gemeenskap.

262 Whitson "*Lok Adalats*" 433.

263 Whitson "Lok Adalats" 433 en die gesag daar aangehaal.

hulle plaaslike self-regering bevorder deur regspleging te laat geskied voor sosiale gelykes. Whitson kom tot die gevolgtrekking dat in teenstelling met die instelling van die *panchayat*-dorpshowe, wat gelei het tot eenvormigheid van die owerheidstruktuur wat deur elke inheemse dorpie of stam gebruik is, het die *Nyaya Panchayat*-howe en die *Lok Adalat*-howe baie meer gebied as 'n eenvormige struktuur vir regspleging. Sodanige howe het ook die staat se regsreëls en grondwet afgedwing, en was as sodanig die geleiers vir die uitbreiding van reëls wat dikwels baie vreemd is vir plaaslike gewoontes en gebruike. Verder verteenwoordig die *Lok Adalat*-howe selfs 'n verdere wegbeweeg van selfregering af as in die geval van die *Nyaya Panchayat*-howe, omdat hul regsprekende amptenare of bemiddelaars dikwels nie eens van die dieselfde plaaslike gemeenskap afkomstig was, as wat die geval was met die *Naya Panchayat*-howe nie. Inteendeel, prominente sosiale figure en afgetrede regters het rondbeweeg van plek na plek deur die plaaslike gemeenskappe om die *Lok Adalat*-howe te beman. Die aanbevelings vir hervorming van die *Nyaya Panchayat*-howe, wat later in die *Lok Adalat*-howe toegepas is, het dit benadruk dat die regsprekende amptenare los moet staan (*detached*) ten opsigte van die plaaslike gemeenskap om probleme van partydigheid te vermy. In die *Lok Adalat*-howe is daar dus gesteun op die waardes en begrip van so-te-sê vreemdelinge ten einde plaaslike dispute op te los.

Beide die *Lok Adalat*-howe sowel as die *Nyaya Panchayats* het partye aangemoedig om staatshowe te gebruik eerder as die kompeterende nie-staatlike regstelsels van die kaste, gemeenskap en stam-gebaseerde *panchayats* – die gesag van hierdie instellings is as teenstrydig met die doelwitte van die staat beskou. Die staat het gevolglik forums ingestel met eienskappe wat die staat as aanloklik vir die nedersetting-bevolking beskou het in die hoop om konflik in die formele staatshowe weg te keer (*divert*) en te beheer.[264] Dit het egter geblyk dat die blote toename in gebruik van die informele regsinstellings en die gevolglike uitbreiding van sosiale

---

264 Whitson "*Lok Adalats*" 434 wys daarop dat die *Lok Adalat*-beweging uitdruklik hierdie doelwit ondersteun het. "The Legal Services Act, in accord with CILAS' guidelines, prohibited non-state organizations or groups from administering independent L.A. courts. All L.A. courts required state approval, cooperation, or financing. The Legal Services Act also required that L.A. court judges associate closely with the state. Only retired judges, lawyers, and social workers were allowed to serve as L.A. court judges."

staatsbeheer, nie noodwendig beteken dat hierdie instellings effektief is nie.[265] Die sentrale regering se bevordering van sy eie regstelsel dwarsdeur die land was daarop gemik om sy reg en konstitusionele waardes eenvormig uit te brei en om potensiële plaaslike gewoontes en gebruike wat konflik kan veroorsaak te omseil. Whitson[266] wys daarop dat, soos met die *Nyaya Panchayats*, het juis die informaliteit en buigbaarheid van die howe in die pad gestaan van enige eenvormige uitbreiding van norme en waardes. Sonder prosessuele en bewysregtelike reëls, konsekwente rekordhouding, of navolging van wetgewing en die presedenteleer, kon eenvormigheid nouliks verseker word.

Whitson verduidelik dat een van die redes vir die mislukking van die *Lok Adalat*-howe was dat dit in die praktyk nie die voordele gebied het van óf die formele howe óf die tradisionele inheemse howe nie. Dit was, soos regter Iyer dit gestel het, "neither fish, nor flesh, nor good herring!" In teenstelling met die *Nyaya Panchayats* het die *Lok Adalat*-howe nie gepoog om dispute op te los deur plaaslike regsprekende amptenare ooreenkomstig plaaslike reëls en gebruike nie. Die regsprekende amptenare van die *Lok Adalat*-howe, wat slegs soms afkomstig was uit die plaaslike gemeenskap en soms oor regsopleiding beskik het, het *ad hoc* beslissings gegee slegs ten einde die dispute so gou as moontlik af te handel.

Daar is klaarblyklik getuienis wat daarop dui dat die regsprekende amptenare van die *Lok Adalats* hul invloed gebruik het om skikkings te bewerkstellig ooreenkomstig hul eie persoonlike waardes en oortuigings.[267] Op ander tye het die hoë vlak van politisering klaarblyklik die *Lok Adalats* onderwerp aan die beïnvloeding van plaaslike leiers.[268] Whitson kom tot die gevolgtrekking dat alhoewel 'n wegbeweeg van

---

265 Whitson "*Lok Adalats*" 434.

266 "*Lok Adalats*" 435.

267 Dit het veral gebeur in huweliksregtelike aangeleenthede – Whitson "*Lok Adalats*" 435-436.

268 Whitson "*Lok Adalats*" 436. Op 434 wys hy daarop dat die *National Legal Services Authorities Act* van 1987 tesame met die *CILAS*-riglyne die hou van *Lok Adalat*-howe deur nie-staatlike organisasies of groepe verbied het. Alle *Lok Adalat*-howe "required state approval, cooperation, or financing". Gemelde wet het ook vereis dat "L.A. court judges associate closely with the state".

informaliteit 'n natuurlike ontwikkeling in die burokratisering van enige staatsliggaam[269] is, die formalisering van die informele *Lok Adalat*-howe (by wyse van wetgewing) teenproduktief gewerk het. Dit het nie net 'n effek op die prosedure gehad nie, maar algehele staatsbeheer het tot gevolg gehad dat nie-staatlike organisasies verbied is om self *lok adalat*-howe te hou. Hy voer aan dat die staat bedreig gevoel het deur die bestaan van outonome informele instellings en hulle onderdruk het.

Een van die sterkste punte van kritiek teen bewegings wat konsiliasie voorstaan, is die negatiewe effek wat dit het op die regte van die partye wat betrokke is by die konsiliasie. In Indië is die hele konsiliasiebeweging bewerkstellig deur die staat se regshulpprogramme. Volgens Whitson[270] was dit geheel en al gerig op oorreding van die armes, meestal vrouens, lede van kaste (*castes*) en stamme, en klein grondeienaars, wat die grootste behoefte het vir beskerming van hul regte, om afstand te doen van hul regte by wyse van 'n kompromie. Die kern van die kritiek is dat bemiddelaars druk uitoefen op die partye (en veral vrouens in huweliksaangeleenthede) om afstand te doen van hul regte en 'n skikking te bereik.[271] Hy wys daarop dat die meriete van die tradisionele standpunte ten opsigte van die mislukking van die formele regstelsel (gewone, amptelike howe) om aan die behoeftes van die plattelandse en arm landgenote te voldoen al hoe meer bevraagteken word in Indië. Veral die standpunt dat die formele regstelsel *vreemd en derhalwe ontoeganklik* is vir die algemene bevolking word aangeveg deur 'n toenemende aantal getuienis tot die teendeel. Die feit dat die howe se werkslading te veel is, is volgens hom 'n aanduiding dat die howe wel gebruik word. Of die howe oneweredig gebruik word deur die hoë- en middelklas en of die howe effektief is, is twee verskillende vraagstukke. Ten spyte van die ingewikkeldheid van wetgewing en standpunte dat die formele howe vanuit 'n kulturele oogpunt irrelevant is vir die meerderheid van Indiërs, het empiriese navorsing aan die lig gebring dat daar wel al sukses bereik is in die aanpassing van

---

269 Sien ook Abel "Introduction" in *The Politics of Informal Justice* 4-5.

270 "*Lok Adalats*" 440.

271 Sien "*Lok Adalats*" 440 tov sy standpunt dat informele dispuutbeslegting ook die potensiaal van nadeel kan inhou vir die partye wat daarvan gebruik maak.

howe om aan plaaslike behoeftes te voldoen.[272] Whitson[273] kom tot die gevolgtrekking dat alhoewel oneweredige onderhandelingsposisies selfs in die formele stelsel die uiteinde van 'n saak kan beïnvloed, die prosessuele waarborge van die formele stelsel sekuriteit bied wat nie die geval is by 'n informele stelsel nie.

In nabetragting kom Whitson tot die gevolgtrekking dat met die destydse implementering van die regshulpprogram waartydens begin is om regshulp toe te staan, is die howe oorstroom deur die armes en voorheen onverteenwoordigde partye. Die besigheidssektor en tradisionele gebruikers van die stelsel het dit moeilik gevind om die stelsel te gebruik en as gevolg van hul ontevredenheid het 'n beweging ontstaan om hierdie nuwe sake na alternatiewe howe te kanaliseer. Hy kom tot die gevolgtrekkking dat die *Lok Adalat*-howe wel 'n goedkoop en vinnige alternatief gebied het, maar juis as gevolg van die feit dat daar geen *due process*-waarborge was nie, die regsprekende amptenare sonder regsopleiding onbekend was met bewysregtelike en prosessuele reëls sake beslis het in verhore wat veels te kort was. Dit is juis as gevolg van die aard en die lengte van die verhore dat kritici die *Lok Adalat*-howe beskou as tweederangse forums van geregtigheid vir die armer deel van die bevolking.

Ten spyte daarvan dat die doelwit met die *Lok Adalat*-howe was om voorsiening te maak vir 'n nuwe stelsel van dispuutbeslegting, was hierdie howe eerder 'n voortsetting van die tekortkominge van die amptelike, formele regstelsel. Whitson doen aan die hand dat daar eerder aandag gegee behoort te word aan die tekortkominge van die amptelike, formele regstelsel deur byvoorbeeld die aantal howe en regters te vermeerder en deur hofprosedures, wat lei tot vertragings en misbruik, te hervorm.[274]

---

272 Gordon en Lindsay *Law and the Poor in Rural India* 139; Whitson "*Lok Adalats*" 442.

273 "*Lok Adalats*" 440 ev.

274 "*Lok Adalats*" 444.

❑ KORT OPSOMMING

Die *Lok Adalat*-howe is ingestel as deel van 'n regshulpprogram om aan die arm landgenote meer toegang te verleen tot die howe vir oplossing van geskille en minder ernstige oortredings. As gevolg van toenemende formalisering, het dit 'n hibriede stelsel geword van sentrale kontrole deur die staat en inheemse versoening. Dit het steun verloor onder die bevolking en het tot 'n groot mate in onbruik verval.

Ten opsigte van die *persoonlike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare van die *Lok Adalat*-howe, blyk die volgende:

- Die paneel van die *Lok Adalat*-howe in Rajasthan het oor die algemeen uit drie regsprekende amptenare bestaan wat in die praktyk afkomstig was uit die geledere van prominente sosiale figure, sosiale werkers en afgetrede regters. Dit het as 'n tipe rondgaande hof gefunksioneer en het van plek tot plek deur die plaaslike gemeenskappe beweeg en as regsprekende amptenare van die *Lok Adalat*-howe opgetree. In die staat Maharashtra het die paneel van elke *Lok Adalat*-hof ook bestaan uit drie bemiddelaars wat kon insluit advokate, afgetrede regters, sosiale werkers en regsdosente. Daar is gewoonlik vereis dat ten minste een van die paneel van drie 'n regsgeleerde moes wees. Die regsprekende amptenare is aangewys deur die regshulpraad van die betrokke gebied.
- Geen addisionele vergoeding is betaal om as regsprekende amptenaar op te tree nie – dit is as gemeenskapsdiens beskou. Staatsamptenare, soos sosiale werkers, wat betrokke was by die howe se diensvoorwaardes is vervat in hul dienskontrak met die staat.
- Die regsprekende amptenare was slegs soms afkomstig uit die plaaslike gemeenskap. Om partydigheid te vermy, is besluit dat die regsprekende amptenare juis objektief moet kan staan teenoor die betrokke plaaslike gemeenskap. Dit is een van die redes wat aangevoer word vir die mislukking van die howe.

Ten opsigte van die *saaklike onafhanklikheid* van die regterlike amptenare, blyk die

volgende:

- Die *Lok Adalat*-howe het nie elke dag hofsessies gehou nie – die paneel van die hof het van gemeenskap tot gemeenskap beweeg en op 'n *ad hoc*-basis[275] (byvoorbeeld elke twee of drie maande) 'n hofsessie gehou, waartydens 'n lang lys sake afgehandel is.
- Die howe het beskik oor jurisdiksie om dispute te besleg en hul strafjurisdiksie was beperk tot minder ernstige misdrywe met beperkte strawwe, maar ook staatsmisdrywe ingevolge die *Motor Vehicle, Wireless, Municipal, and Police Acts* ingesluit.
- Sake het slegs by die *Lok Adalats* uitgekom indien die amptenare van die dorpies of vrywilligerorganisasies nie in staat was om die die partye te oorreed om te skik nie. Sodra die aangeleentheid aan die *Lok Adalat*-howe voorgelê is, was dit die taak van die regsprekende amptenare om te poog om 'n skikking tussen die partye te bewerkstellig.
- Die regsprekende amptenare kon die prosedure tydens die verrigtinge bepaal en het in daardie opsig oor die diskresie beskik om alles in hul vermoë te doen om 'n skikking te bewerkstellig. Die enigste prosessuele vereiste gestel in wetgewing is dat hulle regsbeginsels as riglyne moet gebruik en skikkings op 'n spoedeisende wyse moet bewerkstellig, ooreenkomstig die beginsels van *justice, equity and fair play*.[276]

7.6 TUSSENTYDSE GEVOLGTREKKINGS EN WAARDESKATTING

7.6.1 Tweeledige regstelsel

Al die stelsels in die voorafgaande regsvergelykende ondersoek het die juk van kolonialisering afgeskud, maar het daarna steeds te kampe gehad met die nalatenskap van kolonialisering, naamlik 'n sosiale orde wat in wese bestaan het uit twee

---

275 Whitson "*Lok Adalats*" 426.

276 Whitson "*Lok Adalats*" 414.

komponente: 'n westerse of Europese kultuur, waar dié deel van die gemeenskap hulle oor die algemeen vereenselwig met westerse of Europese-tipe howe, en 'n inheemse kultuur, waar dié deel van die bevolking hulle oor die algemeen vereenselwig met beregting van geskille in inheemse howe. Die probleem met versoening van hierdie regstelsels is grootliks te wyte aan die feit dat die uitgangspunt ten opsigte van die waardes wat toegepas moet word en die bewerkstelliging van geregtigheid uiteenlopend is. Waar die westerse kultuur van geregtigheid draai om individuele vryheid en gelykheid en die belange van die individu voorrang geniet, is 'n fundamentele beginsel van inheemse bevolkings oor die algemeen dat daar harmonie in die gemeenskap moet wees en dat die belange van die gemeenskap voorkeur behoort te geniet bo individuele eise.[277] Soortgelyke probleme rondom die tweeledigheid van die regstelsel, gebaseer enersyds op 'n westerse kultuur en andersyds op 'n inheemse kultuur, word ook in die Suid-Afrikaanse konteks aangetref.[278]

In die stelsels wat in die voorafgaande ondersoek ontleed is, is erkenning verleen aan die inheemse regstelsel op een van twee wyses:

a) *Erkenning van die inheemse regstelsel parallel met die dominante regstelsel*: In Amerika word die inheemse reg erken ten opsigte van reservate wat aan die inheemse bevolking behoort, naas die dominante Anglo-Amerikaanse regstelsel. Aan die Rooihuidstamme wat op reservate bly, word sekere regskeppings- en regsafdwingingsbevoegdhede ten opsigte van hul inheemse reg verleen, insluitende die bevoegdheid om sekere minder ernstige strafregtelike aangeleenthede te bereg. Die dominante stelsel verleen nie absolute vryheid en algehele erkenning aan die inheemse regstelsel nie, maar op baie gebiede

---

277 Informele hofstrukture word wêreldwyd aangetref 'n poging om harmonie te bewerkstellig en te kompenseer vir die ontoereikendheid van die formele hofstrukture. Afgesien daarvan dat persone hul tuis voel by hul tradisionele gewoontes en gebruike, is die uitgangspunt wat wêreldwyd die basis van informele howe vorm gebaseer op die beginsel van wederkerigheid (*reciprocity*): persone gehoorsaam die howe omdat hulle weet dat hulle die ander lede in die gemeenskap op 'n bepaalde toekomstige tydstip mag nodig kry. Solidariteit in die familie, stam of nedersetting is dikwels 'n vereiste vir oorlewing. Abel "The Contradictions of Informal Justice" in Abel (red) *The Politics of Informal Justice* 267 ev; Regskommissie "Community Structures" 4. Tov Papua New Guinea, sien afd 7.4. Tov die konflik tussen die waardes van die amptelike regstelsel en dié van die inheemse bevolking in Australië, sien afd 7.3.1.3.5. Tov Indië, sien afd 7.5.1.

278 Sien die bespreking in afd 8.2.

word beperkte erkenning verleen.[279] 'n Soortgelyke reëling is ook van toepassing op die volkshowe in Papua New Guinea, waar die inheemse volkshowe sedert 1973 parallel met die plaaslike en distrikshowe funksioneer.[280]

b) *Geen erkenning van die inheemse regstelsel as afsonderlike outonome regstelsel, maar slegs as deel van die dominante regstelsel:* Erkenning aan die inheemse *Aborigine*-howe geskied slegs as deel van die Anglo-Australiese raamwerk. Alhoewel die inheemse reg 'n groot rol speel in die reservate van die *Aborigines*, is die enigste erkenning wat die inheemse stelsel geniet, as synde deel te wees van die Anglo-Australiese raamwerk. Selfs binne hierdie raamwerk is die erkenning nie volledig nie en is dikwels afhanklik van die diskresie van die regsprekende amptenaar. 'n Funksionele benadering word oor die algemeen gevolg wat behels dat daar telkens bepaal moet word watter effek erkenning van 'n inheemse regsbeginsel sal hê voordat dit uitgebrei word na enige betrokke area in plaas van grootskaalse erkenning van al die regsbeginsels.[281] Alhoewel toenemende erkenning van inheemse reg binne die Anglo-Australiese regstelsel deur die Regskommissie aanbeveel word, is erkenning by wyse van kodifisering nie wenslik nie, omdat die inheemse reg buigbaar is, afhang van die omstandighede van elke geval en van interpretasie deur die betrokke inheemse bevolking (stam), en kan dit nie op 'n bepaalde tydstip gevries word nie. Dit blyk dat om werklik erkenning aan die inheemse reg te verleen, daar erkenning verleen behoort te word aan die *toepassing daarvan deur die gemeenskap self*. In teenstelling hiermee sal kodifisering neerkom op direkte toepassing daarvan deur die Anglo-Australiese howe.[282]

Daar blyk egter goeie motivering te wees vir behoud en erkenning van die inheemse reg naas die dominante regstelsel, soos in die volgende afdeling aangevoer word.

---

279 Petoskey "Tribal Courts" 366. Sien afd 7.2.

280 Sien afd 7.4.

281 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 222; Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 209.

282 Sien afd 7.3.1. Volgens Amankwah "Post-Mabo" is daar egter 'n vooruitsig van erkenning van inheemse reg in Australië na die saak van *Mabo v Queensland* (1992) 175 CLR 1.

7.6.2 Behoud en erkenning van inheemse reg naas die dominante regstelsel

By al die stelsels wat in die voorafgaande ondersoek ontleed is, bestaan daar 'n behoefte by die inheemse bevolkingsgroepe enersyds, vir die beregting van geskille ooreenkomstig hul inheemse reg en tradisies en andersyds, by gemeenskappe vir die oplos van minder ernstige aangeleenthede in die gemeenskap op 'n vinnige, informele, koste-effektiewe manier wat so gou moontlik die harmonie in die gemeenskap sal herstel.[283]

Dit blyk dat waar koloniale oorname gelei het tot die instelling van Europese reg en regsinstellings meer as driehonderd jaar gelede,[284] die Rooihuid-bevolking in Amerika en Kanada, na al hierdie jare nog steeds die behoefte het om deur hul eie owerhede geregeer en deur hul eie howe bereg te word. Sulke owerhede en regsinstellings het bestaan nog voor kolonialisering plaasgevind het. Fleming[285] verduidelik dat die algemene opvatting dat die inheemse bevolkings van Noord-Amerika nie geregtig is op 'n eie regstelsel afgesien van die Europese-tipe regstelsel nie, voortspruit, nie alleen uit liberalisme[286] nie, maar ook uit die gevestigde standpunt dat die Europeërs beskawing en die konsep van regstelsels na Amerika gebring het en dat, as gevolg daarvan, almal beter daaraan toe is. Dit is tans algemene kennis dat 'n verskeidenheid van owerhede en regstelsels op die vasteland van Amerika bestaan het, lank voordat die eerste Europeërs voet aan wal gesit het. Ten spyte daarvan dat die inheemse bevolking en kultuur in die verlede onder groot druk geplaas is, het baie

---

283 Sien afd 8.5.2 tov die Suid-Afrikaanse konteks.

284 Brandfon "American Indian Tribal Court System" 991.

285 "Aboriginal Criminal Justice: A Commentary on Coughlan and Domareki" 1993 *University of New Brunswick LJ* 281 283-284.

286 Hy verwys na McDonald " Liberalism, Community and Culture" 1992 *University of Toronto LJ* 113 se omskrywing van "liberalism" (die primêre ideologiese raamwerk vir die konstitusionele, owerheids- en politiese elemente van die westerse wêreld) as synde dikwels primêr gerig te wees op die verhouding tussen die staat en die individu en op inperking van staatsinmenging in die regte van die individu. Fleming "Aboriginal Criminal Justice" verduidelik verder op 282 dat gemelde filosofiese tradisie die standpunte omskryf van persone afkomstig vanuit 'n westerse kultuur tot uitsluiting van standpunte gebaseer op ander tradisies. Hy wys daarop dat die liberale perspektief nie rekening hou met minderheidsgroepe wat nie aspireer om hulself te integreer in die hoofstroom van "non-Aboriginal society" nie.

daarvan bly voortbestaan in die tradisies, owerheidsinstellings en regsreëls van die inheemse bevolkings. Hy kom tot die gevolgtrekking dat in die lig van die feit dat die soewereiniteit van die inheemse bevolkings in Noord-Amerika nie ontken kan word nie, daar geen gronde is waarop hulle die reg ontsê kan word vir instelling van hul eie owerhede en regstelsels indien hulle so sou verkies nie. Fleming wys ten slotte daarop dat in die lig van bogenoemde en die beperkte trefwydte van die filosofie van liberalisme, die vermoede dat 'n eenheidsregstelsel, gebaseer op die Europese model, noodwendig die mees aanvaarbare stelsel vir alle bevolkings is, verwerp moet word.[287]

Soortgelyke standpunte is ook afkomstig uit Australië waar die posisie van die inheemse bevolking en hul regstelsel, meer as 200 jaar na die eerste Europeërs aan wal gestap het, algaande al hoe meer in heroorweging geneem word. Alhoewel inheemse reg in onlangse tye 'n mate van erkenning begin geniet het in hofbeslissings en wetgewing, het die ommeswaai eintlik eers begin na die Verslag van die Australiese Regskommissie[288] en nadat die *High Court* in *Mabo v Queensland*[289] beslis het ten gunste van inheemse aansprake op eiendomsreg op bepaalde grond. Die Regskommissie het 'n metode van funksionele erkenning van inheemse reg binne die bestaande stelsel ontwikkel.[290] McLachlan[291] kom tot die gevolgtrekking dat al hierdie aspekte 'n belangrike stap is om weg te breek van die koloniale denkpatroon. Hy voer aan dat

> "where the State legal system cannot be modified by applying customary law generally to all persons within the territory, a system of recognition based on the *personal* application of laws to the members of the indigenous people concerned is the essential starting point. But the proper role of State law is not to appropriate or define customary law. It is rather to take account of its existence and adjust itself accordingly".

---

287 "Aboriginal Criminal Justice" 284.

288 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws*.

289 (1992) 175 CLR 1.

290 Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 209. Sien ook McLachlan "Recognition of Aboriginal Customary Law" 371. Sien afd 7.3.

291 "Recognition of Aboriginal Customary Law" 386.

In Papua New Guinea funksioneer die inheemse howe sedert 1973 parallel met die plaaslike en distrikshowe.[292] Uit voorgaande ondersoek blyk dit dat die standpunt ten gunste van erkenning van inheemse reg naas die dominante regstelsel, algemeen aanvaar word in die stelsels wat ondersoek is en blyk 'n positiewe riglyn te wees met betrekking tot die Suid-Afrikaanse konteks, waar erkenning verleen word aan die inheemse reg ingevolge die Grondwet.[293] Ten spyte van groot druk tydens die apartheidsera op die inheemse bevolking in die Suid-Afrikaanse konteks, het inheemse reg bly voortbestaan en word toegepas in die inheemse howe en, in 'n mindere mate, in die gemeenskapshowe.[294]

Alhoewel die omstandighede verskil van land tot land, blyk dit uit die regsvergelykende ondersoek dat daar in die verskillende stelsels wat ondersoek is, oor die algemeen op een of ander stadium owerheidspogings aangewend is tot formalisering van die informele howe van die inheemse gemeenskap, met 'n mindere of meerdere mate van sukses. Hierdie pogings tot formalisering en probleme rondom sodanige pogings, asook die suksesse en mislukkings ten opsigte daarvan, wat hieronder bespreek word, kan dien as nuttige riglyne vir die Suid-Afrikaanse konteks of lesse dat sekere aspekte met omsigtigheid hanteer moet word.

7.6.3 Formalisering: Praktiese uitvoerbaarheid en die aspek van legitimiteit[295]

Ten opsigte van formalisering en daarmee gepaardgaande regulering van die informele howe kan drie standpunte ingeneem word, naamlik, eerstens, kan die informele howe as informele howe bly voortbestaan en deur die gemeenskap gereguleer word (selfregulering); tweedens, kan die informele howe ten volle deur die staat gereguleer word, en derdens, kan 'n middeweg tussen eersgenoemde twee moont-

---

292 Sien afd 7.4.

293 A 30-31 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996.

294 Van Niekerk *Interaction of Indigenous Law and Western Law* 327 wat die parallelle toepassing van die twee regstelsels in die Suid-Afrikaanse konteks voorstaan. Sien die bespreking in afd 8.5 tov inheemse howe en gemeenskapshowe in Suid-Afrika.

295 Sien afd 8.5.2 en 8.6.1 tov die Suid-Afrikaanse konteks.

likhede gevolg word, naamlik gedeeltelike regulering deur die owerheid met 'n groot mate van selfregulering deur die gemeenskap.[296] Elkeen van hierdie moontlikhede sal kortliks aangespreek word.

Die eerste moontlikheid, naamlik dat die inheemse howe as informele howe bly voortbestaan en dat selfregulering plaasvind, impliseer dat daar geen formele erkenning plaasvind van inheemse reg en inheemse howe nie. Uit voorgaande bespreking blyk dit dat daar juis 'n behoefte bestaan by die inheemse bevolkings vir die behoud en erkenning van hulle inheemse reg en inheemse howe, naas die reg en howe van die dominante regstelsel.[297] Erkenning en regulering deur die owerheid verleen normaalweg verdere legitimiteit aan die inheemse howe, kan dien as 'n buffer teen magsmisbruik deur die regterlike amptenare betrokke by die howe en sodoende kan (al is dit net gedeeltelik) voldoen word aan die behoefte vir finansiële bronne ten opsigte van ondersteuningsfasiliteite.[298] Hierdie moontlikheid bied dus nie 'n geskikte oplossing nie, aangesien daar 'n behoefte bestaan vir erkenning en 'n mate van regulering.

By die tweede en derde moontlikhede wat onderskeidelik handel oor algehele regulering en gedeeltelike regulering, het dit geblyk dat daar twee aspekte is wat hier in gedagte gehou moet word: eerstens, moet erkenning en regulering (met ander woorde, formalisering) prakties uitvoerbaar wees, en tweedens, moet die inheemse stelsel, binne die raamwerk van regulering, nog steeds voldoen aan die volksbehoeftes, want juis daarin lê die legitimiteit van die stelsel.

Ten opsigte van die aspek van praktiese uitvoerbaarheid, blyk dit dat waar die administratiewe en finansiële las ten volle op die owerheid geplaas word, die las moontlik te swaar kan wees in die lig van die owerheid se reserwes en dit opsigself kan lei tot

---

296 Sien die hantering van hierdie vraagstukke in die Suid-Afrikaanse konteks in afd 8.5.2.

297 Sien afd 7.6.2.

298 Sien die evaluering van die stelsels in Australië in afd 7.3.1.3, tov die stelsel in Papua New Guinea, sien afd 7.4.3.

mislukking. Dit blyk uit die tenietgaan van die Kubaanse volkshowe[299] na die rewolusie en die onsuksesvolle inlywing van die gemeenskapshowe in Zimbabwe.[300] In laasgenoemde geval was die inlywing nie koste-effektief nie: die owerheid was nie in staat om die proses van opleiding en ontwikkeling van die gemeenskappe te befonds nie en gevolglik is baie van die afgeleë gebiede nooit bereik nie. Selfs by die *Lok Adalat*-howe in Indië (wat gemeenskapshowe is), is een van die redes wat aangevoer word vir die mislukking van die howe, 'n kritieke gebrek aan personeel om die werkslas te hanteer en 'n weiering deur die owerheid om ekstra fondse daarvoor beskikbaar te stel (hetsy as gevolg van blote onwilligheid of omdat die owerheid nie in staat was daartoe om meer fondse te bewillig nie).[301]

Die tweede aspek wat in gedagte gehou moet word, is dat die howe steeds moet bly voldoen aan die behoeftes van die gemeenskap, want dit is die belangrikste basis van legitimiteit van hierdie howe. Waar die inheemse stelsels ten volle gereguleer word deur die owerheid, sal dit waarskynlik neerkom op inlywing by die dominante stelsel met die gevolg dat dit deel word van die formele regstelsel. Die gevaar hieraan verbonde is dat die inheemse stelsel sy aard as volkshof sal verloor en uiteindelik bloot net weer 'n formele, geburokratiseerde aanhangsel van die owerheid sal word.[302] Dit kan daartoe lei dat die howe nie meer aan die volksbehoeftes sal voldoen nie en gevolglik legitimiteit sal verloor. Daarteenoor, hou die voorstel van gedeeltelike regulering deur die owerheid die voordeel in, dat daar steeds aan die inheemse gemeenskap se behoefte ten opsigte van selfbeskikking voldoen sal word, maar verder ook dat die howe (soos hierbo uiteengesit is) selfs 'n groter mate van legitimiteit sal geniet, finansiële ondersteuning sal kan bekom en dat daar beter beheer teen magsmisbruik uitgeoefen sal kan word.

---

299 Salas "The Emergence and Decline of the Cuban Popular Tribunals" 1983 *Law and Society Review* 587.

300 Cutshall *Justice for the People: Community Courts and Legal Transformation in Zimbabwe* 17ev.

301 Sien afd 7.5.4.

302 Nina *Community Court System* 13.

Soos hierbo genoem, is 'n belangrike riglyn ten opsigte van die suksesvolle voortbestaan van hierdie howe, die feit dat die howe moet voldoen aan die volksbehoeftes. Nie-voldoening hieraan kan lei tot 'n legitimiteitskrisis wat die ondergang van die howe kan beteken.[303] Uit die voorafgaande ondersoek blyk dit dat voldoening aan die volk se behoeftes normaalweg aspekte insluit soos dat die howe toeganklik moet wees ten opsigte van afstand en tyd van die hofsittings,[304] die koste verbonde aan die hofverrigtinge,[305] die taal wat tydens die verrigtinge gebruik word is gewoonlik die moedertaal, die verrigtinge is informeel en verstaanbaar, so na as moontlik aan die volk se eie tradisie, en die hof moet vinnig tot 'n beslissing kan kom ten einde harmonie in die gemeenskap te herstel. Die informele howe bereg normaalweg sake op 'n informele wyse met die klem by inheemse howe op toepassing van inheemse reg en by gemeenskaphowe op dispuutbeslegting by wyse van mediasie en versoening.[306] Uit die regsvergelykende ondersoek blyk dit dat ten spyte daarvan dat daar in die onderskeie regstelsels 'n behoefte bestaan vir die informele howe (wat in elkeen van die stelsels ter sprake is), sodanige informele howe nie in alle gevalle aan die behoeftes van die bevolking voldoen nie.

Van al die stelsels wat ondersoek is, het slegs die hofstelsel in Papua New Guinea geblyk te voldoen aan die behoeftes van die inheemse bevolking en is dus die enigste

---

303 Die *Lok Adalat*-howe in Indië, wat aanvanklik suksesvol was, het later na formalisering nie meer voldoen aan die volksbehoeftes nie, het steun verloor onder die bevolking en tot 'n groot mate in onbruik verval – sien afd 7.5.4.

304 Elke inheemse gemeenskap (of reservaat (in Amerika) of trustgebied (in Australië)) beskik gewoonlik oor 'n hof, wat dikwels binne loopafstand is, en hofsittings word normaalweg gehou op tye wat geskik is, wat soms beteken dat hofsittings saans of oor naweke gehou word.

305 Informele howe word grootliks gebruik deur die armer deel van die bevolking. Informele hofverrigtinge is gewoonlik goedkoop: omdat die hof naby is, word bespaar op vervoerkoste, omdat daar nie algemeen van regsverteenwoordiging gebruik gemaak word nie, word bespaar op die koste van 'n regsverteenwoordiger. In Indië was die oogmerk met die gemeenskapshowe om dispute op 'n vinnige en informele wyse by wyse van mediasie en versoening op te los, en om koste te bespaar, nie alleen vir die partye voor die hof nie, maar ook vir die owerheid – sien afd 7.5.1.

306 Sien afd 7.3.1.2.2.1 tov die inheemse howe in die trustgebiede in Queensland en afd 7.4.2.1 tov die howe in Papua New Guinea. Die feit dat die inheemse howe van die Rooihuide nie tradisionele inheemse reg toepas nie, word geopper as 'n punt van kritiek – sien afd 7.2.3. Vgl afd 7.5.1 tov die gemeenskapshowe in Indië wat as dispuutbeslegtingsmeganismes gefunksioneer het.

van hierdie stelsels wat as suksesvol beskou kan word.[307] Die howe is egter ingestel op nasionale vlak vir 'n *inheemse meerderheid* met 'n grootskaalse plattelandse gemeenskap – om hierdie rede sal die riglyne wat daaruit blyk met omsigtigheid hanteer moet word in 'n land waar daar 'n *verskeidenheid van inheemse bevolkingsgroepe* is wat elkeen hul eie inheemse reg en tradisies wil handhaaf, soos in Suid-Afrika die geval is. Dit blyk dat partye tot 'n dispuut in Papua New Guinea hul slegs wend tot die inheemse howe (*village courts)* nadat hul pogings om die geskil by wyse van alternatiewe dispuutbeslegting in die gemeenskap op te los, misluk het.

Die *Lok Adalat*-howe in Indië het aanvanklik groot steun in die gemeenskap geniet, maar het as gevolg van toenemende formalisering verander in 'n hibriede stelsel van sentrale kontrole deur die staat en inheemse versoening;[308] aan die een kant, was dit nie deel van die amptelike en formele regstelsel met beoordeling van sake deur regters met regsopleiding volgens streng prosessuele en bewysregtelike reëls nie – aan die ander kant, het dit ook nie dispuutbeslegting deur plaaslike regsprekende amptenare ooreenkomstig plaaslike gebruike en reëls bevorder nie. Alhoewel hierdie howe totstand gebring is met die retoriek dat dit plaaslike selfregering sal bevorder, blyk dit dat die stelsel nie voldoen het aan die volksbehoeftes nie. Verskeie redes word hiervoor aangevoer: 1) om die probleem van partydigheid te omseil, is die howe beman met regsprekende amptenare wat nie uit die gemeenskap afkomstig was nie – die gevolg was dat sodanige persone, wat nie bekend was met die plaaslike gebruike, waardes en reëls nie, nie altyd suksesvol was met oplossing van plaaslike dispute nie; 2) alhoewel een van die oogmerke van die sentrale owerheid was om sy reg en konstitusionele waardes eenvormig uit te brei, is dit gekniehalter deur die gebrek aan regsopleiding by 'n groot aantal van die regterlike amptenare;[309] 3) 'n kritieke gebrek aan administratiewe personeel om die werkslas te hanteer en weiering deur die owerheid om addisionele fondse beskikbaar te stel (of dit te wyte is aan blote

---

307 Sien afd 7.4.

308 Sien afd 7.5.

309 Dit blyk dat in die praktyk die regbank nie net bestaan het uit afgetrede regters en regsgeleerdes nie, maar ook uit sosiale werkers en soms ook uit prominente sosiale figure – Whitson "*Lok Adalats*" 418, 424, 434.

onwilligheid aan die kant van die owerheid of nie-beskikbaarheid van fondse, is onduidelik); 4) skikkings het nie bindende regskrag geniet nie en 5) voorvalle van onbehoorlike beïnvloeding enersyds, deur regsprekende amptenare van die *Lok Adalat*-howe wat hul invloed gebruik het om skikkings te bewerkstellig ooreenkomstig hul eie persoonlike waardes en oortuigings, en andersyds deur plaaslike leiers as gevolg van die noue skakeling tussen die owerheid en die regsprekende amptenare van die *Lok Adalat*-howe.[310]

Die howe in Queensland en Wes-Australië blyk egter ook nie suksesvol te wees met betrekking tot voldoening aan die behoeftes van die inheemse bevolking nie.[311] Redes hiervoor blyk te wees: 1) die howe is van owerheidsweë ingestel en is nie eie aan die aard en die tradisies van die inheemse gemeenskap nie;[312] 2) die verrigtinge neig om formeel van aard te wees (in Wes-Australië word aangeleenthede in gewone amptelike howe bereg); 3) die howe word beskou as minderwaardig of tweede-klas instellings met 'n gebrek aan werklike invloed of beheer deur die inheemse bevolking en 4) die howe se onvermoë of versuim om die plaaslike gebruike en tradisies in ag te neem. Die gevolgtrekking waartoe gekom word is dat die howe nie baie steun geniet onder die inheemse bevolking nie.[313]

Die howe van die Rooihuide in Amerika voldoen slegs gedeeltelik aan die volksbehoeftes omdat die howe nie die tradisionele inheemse reg toepas nie. Dit blyk dat die tradisionele inheemse howe nie meer bestaan nie – die moderne inheemse howe in Michigan het ontwikkel vanuit aanpassings van federale en staatshowe (met ander woorde, dit is gebaseer op die algemene hofstelsel). Binne die moderne struktuur

---

310 Sien afd 7.5.4.

311 Volgens McRae *Aboriginal Legal Issues* 229 skiet die erkenning van inheemse reg binne die raamwerk van die Anglo-Australiese regstelsel tekort in die sin dat "it has not rendered the courts or the police effective in administering social control in a manner which is appropriate for Aboriginal communities" en stel voor dat afsonderlike regsplegingsmeganismes (beheer deur die inheemse bevolking) meer effektief sal wees.

312 Daar word aangevoer dat die howe nie die morele waardes van die plaaslike gemeenskap reflekteer nie (sien afd 7.3.1.3.4).

313 Sien afd 7.3.1.3.

word die funksie van die inheemse howe egter bepaal deur inheemse tradisies en gemeenskapswaardes.[314]

7.6.4 Persoonlike onafhanklikheid

Die afdeling wat hierop volg sal gewy word aan rigtingwysers ten opsigte van die persoonlike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die informele howe wat ondersoek is.

7.6.4.1 Seleksie van regterlike amptenare, hul diensvoorwaardes en verteenwoordigende kwaliteite van die regbank[315]

Wat die seleksie van die regterlike amptenare betref, blyk dit dat hulle in sommige gevalle deur die gemeenskap verkies word,[316] maar in ander gevalle deur die owerheid aangestel[317] word. Die kwalifikasies vereis vir aanstelling van die regsprekende amptenare verskil van stelsel tot stelsel: in sommige gevalle word geen kwalifikasievereistes[318] gestel nie, behalwe dat 'n persoon aanvaarbaar moet wees vir die bevolking (byvoorbeeld in Queensland),[319] maar in ander word spesifieke vereistes gestel soos die beskikking oor regskwalifikasies[320] of dat 'n persoon *geskik is* en nie in sekere uitsluitingskategorieë val nie. Die diensvoorwaardes verskil ook, afhangende van die

---

314 Sien afd 7.2.3.

315 Sien afd 8.5.3 tov hantering van hierdie aspekte in die Suid-Afrikaanse konteks.

316 Die regterlike amptenare van die Rooihuidhowe in Michigan (*GTB*) word aangestel deur die *Tribal Council* ('n verkose liggaam binne die owerheidstruktuur van die Rooihuidstam) – sien afd 7.2.1.1. Die regterlike amptenare van die volkshowe in Papua New Guinea word óf direk óf indirek deur die gemeenskap verkies – sien afd 7.4.1.1.

317 Tov die posisie in Australië, sien afd 7.3.1.1.1.1 (Queensland) en afd 7.3.1.2.1.1 (Wes-Australië). Tov Indië, sien afd 7.5.1.1.1.

318 In Papua New Guinea word geen spesifieke kwalifikasies vereis nie (sien afd 7.4.1.1)

319 Sien afd 7.3.1.1.1.2.

320 Tov die vereiste van regskwalifikasies, sien afd 7.5.1.1.1 (tov Indië) en afd 7.2.1.1 (tov informele hof van Rooihuidstam in Michigan). Sien die bespreking tov regskwalifikasies en opleiding in afd 7.6.4.2 hieronder.

stelsel wat ter sprake is. Waar persone deur die owerheid aangestel word, vloei die diensvoorwaardes gewoonlik voort uit die dienskontrak.[321] Die ampsduur wissel van bepaalde termyne[322] tot slegs vir spesifieke hofsittings[323] en waar vergoeding ter sprake kom, bestaan dit meestal slegs uit *honoraria*.[324] Ten opsigte van die ontslag van regterlike amptenare kan die volgende bepalings (vervat in die grondwet van die Rooihuid-regbank (*Tribal Judiciary)*), as riglyn dien: Waar 'n regterlike amptenaar vir 'n bepaalde ampstermyn aangestel word, mag so 'n amptenaar ontslaan word indien die meerderheid van die ander lede van die regbank ten gunste daarvan stem en die gronde vir sulke ontslag is onetiese gedrag, fisiese of geestelike gestremdheid wat die uitvoer van regterlike funksies verhinder, 'n aanhoudende versuim om verpligtinge na te kom, growwe wangedrag wat duidelik nadelig is vir die administrasie van die regspleging of ongeskiktheid om as lid van die regbank (in hierdie geval die *Tribal Judiciary)* op te tree.[325]

Wat die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank betref, blyk dit dat die regterlike amptenare meestal uit die gemeenskap kom wat deur die bepaalde informele hof gedien word en derhalwe verteenwoordigend is van die gemeenskap.[326] Gevalle waar

---

321 Sien afd 7.3.1.2.1.2 (tov die posisie in Wes-Australië) en afd 7.5.1.1.1 (tov Indië, waar diensvoorwaardes tov staatsamptenare geld ooreenkomstig hul dienskontrak wat in elk geval van toepassing is – geen addisionele dienskontrak word gesluit tov optrede by informele howe nie, maar word gedoen as deel van gemeenskapsdiens).

322 Tov die informele hof van die Rooihuidstam in Michigan, word regterlike amptenare vir 'n termyn van vier jaar aangestel tot die *Tribal Court* en vir 'n termyn van ses jaar tot die *Tribal Appellate Court* (sien afd 7.2.1.1). In Papua New Guinea word die *magistrates* van die inheemse howe vir termyne van drie jaar aangestel (sien afd 7.4.1.2).

323 Sien afd 7.3.1.1.1.2 (tov die inheemse howe in Queensland) en afd 7.3.2.1.2 tov die Yirrkala-voorstelle.

324 Tov *honoraria* betaalbaar in Papua New Guinea, sien afd 7.4.1.2. In die grondwet van die Rooihuidstam in Michigan word bepaal dat die *Tribal Council* oor die bevoegdheid beskik om te beslis oor die hoeveelheid vergoeding wat elke regter sal ontvang, met dien verstande, dat die vergoeding van elke individuele regter nie gedurende sy of haar ampstermyn verminder mag word nie – sien afd 7.2.1.2. In Indië tree die regterlike amptenare van die *Lok Adalat*-howe op sonder vergoeding daarvoor (maw, as deel van gemeenskapsdiens) – sien afd 7.5.1.1.2.

325 Sien afd 7.2.1.2.

326 Sien afd 7.2.1.3 (tov die Rooihuid-hof in Michigan), afd 7.3.1.1.1.1 en 7.3.1.1.1.3 (tov die inheemse howe in Queensland), afd 7.3.1.2.1.1 en 7.3.1.2.1.3 (tov die inheemse howe in Wes-Australië), afd 7.3.2.1.3 (tov die Yirrkala-voorstelle), afd 7.4.1.3 (tov Papua New Guinea).

die regterlike amptenare nie uit die bepaalde gemeenskap kom nie, is aanduidend van howe wat minder suksesvol is.[327] In geeneen van die stelsels is 'n bepaling teëgekom wat dui op enige geslagsdiskriminasie nie – die afleiding is dus dat daar oor die algemeen geen beletsel is teen vroue om as regterlike amptenare op te tree nie.[328] Uit die voorgaande regsvergelykende ondersoek blyk daar dus 'n duidelik riglyn te wees ten gunste van inspraak deur die gemeenskap in die selekteer van persone wat as regterlike amptenare moet optree[329] en ook dat die regterlike amptenare uit die betrokke gemeenskap afkomstig[330] moet wees. So 'n redenasie is sinvol, omdat 'n persoon wat uit die gemeenskap afkomstig is, beskik oor agtergrondskennis van die gewoontes, gebruike en reëls van die gemeenskap en gevolglik moontlik beter in staat sal wees om dispute wat in die gemeenskap ontstaan te besleg met die oog op die herstel van die harmonie in die gemeenskap.

7.6.4.2 Regskwalifikasies of opleiding van regsprekende amptenare[331]

Die regsprekende amptenare van die informele howe moet in staat wees om die regspleging in die informele howe te kan verstaan en korrek toe te pas, hetsy dit tradisionele reg of amptelike reg is of dispuutbeslegting by wyse van mediasie behels. In die geval van beide die *Nyaya Panchayats* en die *Lok Adalats* van Indië, moes regs-

---

327 Sien afd 7.5.1.1.3 en afd 7.5.4 (tov Indië, waar statutêr voorgeskryf is dat slegs sekere persone as regterlike amptenare aangestel kan word – die feit dat sodanige persone gewoonlik nie vanuit die gemeenskap afkomstig is nie, word gekritiseer en as een van die redes vir die mislukking van die stelsel aangevoer).

328 Tov die Rooihuid-hof in Michigan, wat verwys na regterlike amptenare as "any person" en "he/she", sien afd 7.2.1.3. In die tradisionele inheemse reg van die *Aborigines* word vroue as gelykes met mans beskou en "[f]emale Elders were as respected as male Elders" – dit bevestig die afleiding teen geslagsdiskriminasie (sien afd 7.3.1.3.5). In Papua New Guinea is daar geen beletsel teen vroulike regterlike amptenare nie – in die praktyk blyk die regterlike amptenare egter oorwegend manlik te wees (sien afd 7.4.3).

329 Ook die Regskommissie van Australië beskou dit as een van die basiese standaarde waaraan voldoen moet word by die instelling van inheemse howe (sien afd 7.3.1.3.5).

330 Die grondwet van die Rooihuid-hof in Michigan stel lidmaatskap van die bepaalde Rooihuidstam as vereiste – sien afd 7.2.1.1 en afd 7.2.1.3. Sien verder ook afd 7.3.1.1.1.1 en 7.3.1.1.1.3 (tov die inheemse howe in Queensland), afd 7.3.1.2.1.1 en 7.3.1.2.1.3 (tov die inheemse howe in Wes-Australië), afd 7.3.2.1.3 (tov die Yirrkala-voorstelle), afd 7.4.1.3 (tov Papua New Guinea).

331 Sien afd 8.5.3.1.1 tov die posisie in Suid-Afrika.

pleging geskied ooreenkomstig die regsvereistes en norme in die Grondwet – die reg wat toegepas moes word vereis 'n basiese regsopleiding. In die geval van die *Nyaya Panchayats* het die regsprekende amptenare oor geen regsopleiding beskik nie en in die geval van die *Lok Adalats* het slegs sommige regsprekende amptenare oor regsopleiding beskik terwyl die ander min of geen regsopleiding gehad het.[332] Albei hierdie howe het uiteindelik in onbruik verval. Een van die redes wat aangevoer word vir die mislukking van die *Lok Adalat*-howe is die gebrek aan regsopleiding by 'n groot aantal van die regterlike amptenare.

Dit blyk uit die regsvergelykende ondersoek, dat in stelsels waar *regsopleiding*[333] vereis word, dit slegs vereis word ten opsigte van een van die regterlike amptenare waar die paneel van die regbank byvoorbeeld uit drie regterlike amptenare bestaan. In ander stelsels word net vereis dat *gepaste opleiding*[334] verskaf word. Die Australiese Regskommissie wys daarop dat waar regsprekende amptenare (*Justices of the peace)* aangestel word om op die inheemse howe te dien en daar word geen riglyne, instruksies of formele opleiding aan hulle gegee nie, dit tot onsekerheid lei by die regsprekende amptenare ten opsigte van die jurisdiksie, prosedure of bevoegdhede van die inheemse hof. Die Regskommissie het bevind dat die regsprekende amptenare hul taak ernstig opneem, bewus is van hulle tekortkominge, gretig is om hul vaardighede te verbeter, maar nie weet hoe om te werk te gaan om dit te doen nie.[335] Wat die inheemse regters van die Rooihuid-bevolking betref, blyk dit dat opleiding vryelik beskikbaar is dwarsdeur die land. Die inheemse regters in Michigan steun swaar op die opleiding wat aangebied word deur *The National Indian Justice Center* en die *Judi-*

---

332 Dit blyk dat in die praktyk die regbank nie net bestaan het uit afgetrede regters en regsgeleerdes nie, maar ook uit sosiale werkers en soms ook uit prominente sosiale figure (sien afd 7.5.1.1.1).

333 Alhoewel regskwalifikasies as vereiste genoem word by die *Lok Adalat*-howe in Indië, word dit nie vereis ten opsigte van elke lid van die paneel van die informele hof nie (sien afd 7.5.1.1.1). Dit geld ook vir die paneel van die *Tribal Appellate Court* van die Rooihuid-stam in Michigan, wat bestaan uit drie regters. Ten minste een van die regters moet 'n regsgeleerde wees wat toegelaat is om te kan praktiseer in die howe van een van die state in die VSA (sien afd 7.2.1.1).

334 Sien die voorstelle van die Regskommissie van Australië in afd 7.3.1.3.5. Dit blyk dat kort opleidingskursusse ook aangebied word aan die nuwe *magistrates* in Papua New Guinea (sien afd 7.4.1.1).

335 Sien afd 7.3.1.3.

cial College in Reno, Nevada (laasgenoemde instelling word ook deur baie regters van die staatshowe bygewoon vir opleiding).[336]

Die gevolgtrekking waartoe gekom word en wat as duidelike riglyn dien ten opsigte van die Suid-Afrikaanse konteks, is dat opleiding aan die regterlike amptenare van die inheemse howe onontbeerlik blyk te wees.

7.6.5 Saaklike onafhanklikheid van die regbank:[337] Bevoegdhede en verpligtinge van regterlike amptenare

'n Ondersoek na die saaklike onafhanklikheid van die regterlike amptenare draai normaalweg om aspekte soos onafhanklikheid ten opsigte van die prosedure tydens die verhoor, administratiewe funksies en regterlike diskresie-uitoefening.[338] Hierdie aspekte sal as deel van die bevoegdhede en verpligtinge van die regterlike amptenare bespreek word.

Wat die bevoegdhede en verpligtinge van die regsprekende amptenare betref, het almal die volgende in gemeen: die onpartydige[339] beregting van oortredings en geskille. Met uitsondering van die howe in Wes-Australië,[340] kan die prosesstelsel by die

---

336 Sien afd 7.2.1.1.

337 Sien afd 8.5.4 tov die Suid-Afrikaanse posisie.

338 Sien afd 2.3.2.

339 Sien afd 7.2.2.1 tov die Rooihuid-hof in Michigan waar onafhanklike en onpartydige beregting (wat insluit onafhanklikheid van die wetgewende en uitvoerende arms van die inheemse owerheid) ingevolge a 6 van die Grondwet van die *GTB* vereis word.

340 Die inheemse howe in Wes-Australië funksioneer as verlengstuk van die algemene amptelike howe. Beregting van oortredings vind plaas in die gewone amptelike howe deur *magistrates* en *justices of the peace* (laasgenoemde word vanuit die gemeenskap aangestel). Sodanige *justice of the peace* het na aanstelling die normale bevoegdhede van 'n *justice of the peace* en moet nie alleen oortreding van die inheemse regulasies bereg nie, maar ook van die algemene amptelike reg van Wes-Australië (byvoorbeeld die *Criminal Code* en die *Police Act*) wat ook op die inheemse bevolking van toepassing is. Die regsprekende amptenare se diskresie-uitoefening, die prosedures wat gevolg word en die administratiewe funksies is dus dieselfde as dié ten opsigte van die gewone amptelike howe. Sien afd 7.3.1.2.2.

informele howe oor die algemeen as inkwisitories[341] geklassifiseer word, wat beteken dat dit informeel[342] van aard is en dat die regsprekende amptenaar die partye voor die hof uitvra na die besonderhede van die dispuut of oortreding en dan die saak bereg (ooreenkomstig die tradisionele inheemse reg, of die inheemse reg en gewoontes soos vervat in die model-reëls-en-regulasies[343] of inheemse kodes)[344] of 'n versoening tussen die partye probeer bewerkstellig by wyse van mediasie. In sekere stelsels word van partye verwag om eers 'n poging aan te wend om hul dispuut by wyse van mediasie en 'n skikkingsooreenkoms[345] op te los voordat hulle hul na die howe wend vir beregting van die geskil.[346] Die klem is op herstel van die harmonie in die gemeenskap. In teenstelling met die formele akkusatoriese stelsel wat berus op die beginsel van *winner takes all*, is beide partye in die informele howe gewikkel in 'n proses van gee-en-neem sodat die uiteindelike skikking[347] gebaseer is op versoening en harmonie. Die prosedure wat tydens die verhoor gebruik word val normaalweg binne die

---

341 Sien afd 7.2.3 tov die Rooihuid-hof in Michigan.

342 Die Australiese Regskommissie (afd 7.2.3.1) maan dat in gedagte gehou moet word dat waar die prosedure baie informeel is, dit kan lei tot 'n gebrek aan respek teenoor die regsprekende amptenare en ander hofpersoneel.

343 Tov die howe in Australië, sien afd 7.3.1.1.2.1 (tov Queensland) en afd 7.3.1.2.2.1 (tov Wes-Australië).

344 Tov die Rooihuid-howe in Amerika, sien afd 7.2.3.1.

345 Sien afd 7.5.1.2.1 tov die gemeenskapshowe in Indië. Mbt die meer suksesvolle howe in Maharashtra, blyk dit dat sodra die aangeleenthede geskik word, word die skikking aan die hof voorgelê vir bekragtiging en vir uitreiking van die nodige hofbevele sonder enige reg tot appèl. Die aangeleenthede wat nie geskik kan word op nedersetting-vlak nie, word verwys na die *Lok Adalat*-howe. Een van die redes wat aangevoer word vir die mislukking van die howe in Rajasthan is die feit dat die skikkings nie bindende regskrag verkry het nie met die gevolg dat baie van die partye die skikking geïgnoreer het en die geding weer in die amptelike howe ingestel het.

346 In geval van die inheemse howe van Papua New Guinea, moet die regterlike amptenare (*magistrates)* eers 'n geskil probeer oplos by wyse van inheemse mediasie-prosedures (in welke geval die regbank bestaan uit een of twee regterlike amptenare) en eers as dit nie slaag nie, kan hulle die saak bereg (in welke geval die regbank bestaan uit drie of meer regterlike amptenare) (sien afd 7.4.2.1). Sien afd 7.5.1 tov Indië, waar van die partye verwag is om eers te probeer om hul geskille op te los by wyse van 'n regverdige kompromie voordat hulle hul wend tot die howe.

347 Tov die voorgestelde stelsel van die Yirrkala-gemeenskap, sien afd 7.3.2.1.

diskresie van die regterlike amptenaar.[348]

Die administrasie van hierdie howe word tot 'n groot mate oorgelaat aan die personeel van die inheemse howe (wat dikwels slegs die klerk van die hof en die polisiëringsbeampte[349] insluit), maar hulle is afhanklik van die owerheid vir finansiële ondersteuning en fasiliteite.[350] In Papua New Guinea is die *district supervising magistrate* ('n aanstelling van die owerheid met die taak om oorsigtelike kontrole-funksies te vervul) verplig om 'n klerk van die hof (*village court clerk*) aan te stel om rekord te hou van die verrigtinge.[351] Rekordhouding van die verrigtinge is dus 'n belangrike bewys ten opsigte van wat tydens die verrigtinge bespreek is en wat die voorwaardes van die skikkingsooreenkoms of die beslissing van die hof was.[352] Verder vergemaklik dit kontrole oor die verrigtinge by wyse van appèl of hersiening.

Daar blyk 'n algemene tendens te wees onder inheemse howe om met verloop van tyd te neig na meer formele verrigtinge[353] en om by beregting van dispute oor te leuen

---

348 Sien afd 7.2.2.1 tov die Rooihuid-hof in Michigan waar sodanige bepaling gevind word in a 7 van die Grondwet van die *GTB*. Tov die howe in Papua New Guinea, sien afd 7.4.2.1, tov die *Lok Adalat*-howe in Indië, sien afd 7.5.1.2.

349 Tov Queensland (Australië), sien afd 7.3.1.1.2.1. Buiten die regterlike amptenare in Papua New Guinea, is die klerk van die hof (wat rekord hou van die verrigtinge) en die polisiëringsbeampte (*village peace officer*) die enigste ander amptenare van die hof. Hulle word deeltyds aangestel en verdien slegs 'n geringe vergoeding. Sien afd 7.4.2.1.

350 Sien afd 7.2.2.1 tov die Rooihuid-hof in Michigan. Volgens die Australiese Regskommissie (afd 7.3.1.3.5) is een van die basiese standaarde by die instelling van inheemse howe dat sodanige howe oor toepaslike ondersteuningsfasiliteite moet beskik. Sien afd 7.4.3 tov Papua New Guinea en klagtes geopper deur hofpersoneel tov 'n gebrek aan ondersteuning deur die owerheid mbt besoldiging, fasiliteite soos vervoer en polisie-ondersteuning.

351 Oram "Grass Roots Justice" 68 verduidelik dat "without records, those dissatisfied with the decision of a court could constantly try to reopen issues already decided". Sien afd 7.4.2.1.

352 Sien afd 7.5.1.2.1 tov Indië, waar dit blyk dat skikkingsooreenkomste wat bereik is op skrif gestel is as bewys van sodanige ooreenkomste. In Rajasthan is die howe nie geformaliseer nie met die gevolg dat skikkings wat daar bereik is nie bindende regskrag verkry het nie. Baie van die skikkings is geïgnoreer deur partye wat bloot net weer hul gedinge na die amptelike howe geneem het. Dit word aangevoer as een van die redes vir mislukking van die howe.

353 Die prosedures in die howe van Queensland het na die *Community Services (Aborigines) Act* van 1984 meer formeel begin raak (sien afd 7.3.1.1.2.1).

na vasgestelde regsreëls.[354] Die Regskommissie van Australië[355] doen aan die hand dat indien die howe beheer word deur die plaaslike gemeenskap, hulle binne breë perke oor die bevoegdheid behoort te beskik om hul eie prosedure te bepaal in ooreenstemming met wat beskou word as "procedurally fair by the community at large". Die Kommissie stel verder voor dat die hof se bevoegdhede behoort in te sluit die bevoegdheid tot mediasie en konsiliasie. 'n Hof wat ontvanklik is vir die tradisies, behoeftes en standpunte van die plaaslike gemeenskap mag moontlik in staat wees om sekere dispute op te los voordat hulle vererger en sodoende kan meer ernstige kriminele aanklagte vermy word.

7.6.5.1 Jurisdiksie[356]

Die aspek wat sekerlik die meeste konflik en ergernis veroorsaak is dié ten opsigte van jurisdiksie. In Amerika is dit al 'n netelige kwessie sedert die aanvanklike erkenning van Rooihuid-soewereiniteit en het sedertdien al hoe meer kompleks geword. In beide kriminele sowel as siviele aangeleenthede is daar nog in sekere sake onsekerheid of die federale, staats- of inheemse owerheid oor jurisdiksie beskik. Faktore wat daar as deurslaggewend beskou word ten opsigte van welke hof of howe oor jurisdiksie beskik, sluit in: of die betrokke persone van Rooihuid-afkoms is of nie, die aard van die oortreding of eis wat ingestel word en die plek waar die oortreding plaasvind. Hierdie onsekerheid ten opsigte van jurisdiksie spruit voort enersyds uit wetgewing wat inbreuk maak op Rooihuid-soewereiniteit, en andersyds uit teenstrydige uitsprake van die *Supreme Court*.[357]

---

354 Alhoewel die regterlike amptenare (*magistrates*) in Papua New Guinea tradisionele dispuut-prosedures en inheemse reg moet toepas, is daar by sommige 'n geneigdheid om 'n meer westerse benadering te volg, wat kritiek uitlok. Sien afd 7.4.2.1.

355 Sien afd 7.3.1.3.5.

356 Sien afd 8.5.4.1.1 tov die posisie in Suid-Afrika.

357 Sien afd 7.2.3.1.

7.6.5.1.1 Aard van die reg wat toegepas word[358]

Evaluering van die Yirrkala-model van 'n inheemse hofstelsel het aan die lig gebring dat, indien die reg aan 'n inheemse gemeenskap verleen word om hul eie afsonderlike regsplegingsmeganismes te implementeer in hul eie gemeenskappe (waar die gebiede en persone buite die gemeenskappe onderhewig is aan die dominante regstelsel) moet eerstens duidelikheid verkry word[359] ten opsigte van welke reg en prosedures binne die betrokke gemeenskap toegepas moet word. Die Regskommissie van Australië kom tot die gevolgtrekking dat waar inheemse howe ingestel word, daar aan die volgende basiese standaarde voldoen moet word:[360] die plaaslike inheemse gemeenskap behoort die bevoegdheid te hê om hul eie plaaslike regulasies op te stel, insluitende regulasies wat inheemse gewoontes, reëls en tradisies inkorporeer of in ag neem. 'n Vraag wat hiermee verband hou en in ag geneem moet word is of die bevoegdheid aan inheemse gemeenskappe verleen moet word om hul eie regulasies uit te vaardig en hul eie reg toe te pas waar dit bots met die handhawing van fundamentele menseregte?

Met die uitsondering van die howe in Indië en Wes-Australië, het dit geblyk dat die jurisdiksie van die howe ten opsigte van die aard van die reg wat toegepas word oor die algemeen beperk is tot reëls en regulasies wat deur die inheemse gemeenskap opgestel is of waartoe hulle inspraak gehad het. Daar is egter groot klem geplaas op bereiking van 'n skikking tussen die partye by wyse van mediasie met die oog op versoening en die herstel van die harmonie in die gemeenskap.

7.6.5.1.2 Geografiese jurisdiksiegebied[361]

Die Australiese Regskommissie stel voor dat die regulasies van 'n bepaalde inheem-

---

358 Sien afd 8.5.4.1.1(a) tov die posisie in Suid-Afrika.

359 McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 234-237.

360 Sien afd 7.3.1.3.5.

361 Sien afd 8.5.4.1.1(b) tov hantering hiervan in Suid-Afrika.

se bevolkingsgroep oor die algemeen van toepassing behoort te wees op alle persone binne die grense van die gemeenskap.[362] Die Kommissie wys verder daarop dat by oorweging van afsonderlike regsplegingsmeganismes wat deur die inheemse gemeenskap self geïmplementeer word, verskeie aspekte oorweeg moet word. Die inheemse gemeenskappe mag moontlik verkies dat sekere aangeleenthede deur die algemene amptelike howe gehanteer word en hierdie keuse moet aan hulle oorgelaat word.[363] Alhoewel die inheemse howe slegs oor jurisdiksie behoort te beskik om geringe oortredings te bereg, behoort daar 'n keuse aan lede van die gemeenskap gegee te word om onderhewig te wees aan die inheemse reg nie, al dan nie. Sodanige persone sal dan onderhewig wees aan die algemene amptelike reg.[364] Vrae waaroor besin moet word is of besoekers aan die inheemse gemeenskap ook onderhewig behoort te wees aan die jurisdiksie van die inheemse hof[365] en of aan die inheemse gemeenskap jurisdiksie verleen moet word ten opsigte van alle lede van hul gemeenskap buite hul geografiese gebied?

Wat die geografiese jurisdiksie betref, het dit geblyk dat van die aspekte wat moontlik probleme kan oplewer by die stelsel in Papua New Guinea, die volgende is: 1) omdat die hofstelsel op nasionale vlak georganiseer is, kan die afbakening van *village court*-grense problematies wees omdat minderheidsgroepe beswaar daarteen kan maak om in dieselfde gebied ingedeel te word as 'n meerderheidsgroep[366] en 2) waar groeperings te na aan mekaar elk hul eie inheemse hof (*village court)* wil hê, kan dit

---

362 Sien afd 7.3.1.3.5 tov die Australiese Regskommissie se voorstelle tov basiese standaarde by die instelling van inheemse howe.

363 Sien afd 7.3.2.3.3. In Papua New Guinea word die meer ernstige kriminele en siviele aangeleenthede aangehoor deur die Anglo-Australiese howe (sien afd 7.4.2.1).

364 Sien afd 7.3.2.3.4 en afd 7.3.2.3.5.

365 Volgens die Yirrkala-gemeenskap se voorstel sal alle besoekers binne hul gebied onderhewig wees aan hul regsreëls, maar die straf sal beperk wees tot 'n boete of vergoeding – sover vasgestel kon word is die Yirrkala-gemeenskap se versoek nog nie toegestaan nie. Sien afd 7.3.2.3.6.

366 Daar word aangevoer dat indien die regterlike amptenare 'n billike weerspieëling is van die verskillende groepe, dit die probleem kan verlig – Oram "Grass Roots Justice" 72. Sien afd 7.4.3.

veelvuldigheid van howe veroorsaak wat weer ekstra kostes meebring.[367]

7.6.5.1.3 Strafregtelike jurisdiksie en keuse van beskuldigde[368]

Die jurisdiksie van inheemse howe is oor die algemeen beperk tot geringe oortredings[369] – meer ernstige kriminele oortredings word gewoonlik bereg deur die howe van die amptelike regstelsel.[370] Volgens die Australiese Regskommissie behoort 'n beskuldigde geregtig te wees om 'n keuse uit te oefen om eerder sy of haar saak deur die formele howe te laat bereg, indien so 'n persoon dit so sou verkies.[371]

7.6.5.1.4 Vonnisoplegging[372]

Ten opsigte van vonnisoplegging blyk dit dat die informele howe oor die algemeen eerder vonnisse soos vergoeding,[373] gemeenskapsdiens en boetes oplê as gevang-

---

367 Oram "Grass Roots Justice" 72-73 doen hier 'n amalgamasie van howe aan die hand sodat *magistrates* ten opsigte van meer as een hofgebied kan optree, en meer as een hof kan saam dien om aangeleenthede aan te hoor wat betrekking het op persone wat in verskillende hofgebiede woon. Sien afd 7.4.3.

368 Sien afd 8.5.4.1.1(c) tov Suid-Afrika.

369 Die mees algemene oortredings wat die howe in Queensland (Australië) bereg, is dronkenskap, wanordelike gedrag, aanranding en dobbelary (sien afd 7.3.1.1.2.1). Afgesien van 'n stel model regulasies kan die gemeenskapsrade (*community councils*) in Wes-Australië self regulasies opstel met betrekking tot aangeleenthede soos toegang tot gemeenskapsgrond, skade aan plaaslike flora, rommelstrooiing, wanordelike gedrag, beperkings op alkohol en regulering van motors en vuurwapens (sien afd 7.3.1.2.2.1). Die Yirrkala-gemeenskap se voorstelle sluit oortredings in soos geweld of dreigemente van geweld terwyl onder die invloed van alkohol, oortredings van inheemse reg of gedragskodes terwyl onder die invloed van alkohol, versuim om tradisionele verpligtinge na te kom of jeugdige misdadigheid (soos die snuif van petrol en geringe diefstal (*petty theft*)) (sien afd 7.3.2.2.1). In Papua New Guinea bereg die howe aangeleenthede soos minder ernstige diefstal (*minor theft*), aanrandings, beledigings, saakbeskadiging, dronkenskap, toordery, 'n versuim om inheemse verpligtinge na te kom en rusverstoring (sien afd 7.4.2.1). Die gemeenskapshowe in Indië se strafjurisdiksie was beperk tot minder ernstige misdrywe met beperkte strawwe (sien afd 7.5.1.2.1).

370 Sien afd 7.4.2.1 tov Papua New Guinea – dit blyk dat die meer ernstige kriminele en siviele aangeleenthede bereg word deur die Anglo-Australiese howe.

371 Tov die Australiese Regskommissie, sien afd 7.3.1.3.5.

372 Sien afd 8.5.4.1.1.(d) tov die Suid-Afrikaanse konteks.

373 Sien afd 7.3.1.3.5 tov die Australiese Regskomissie se basiese standaarde.

enisstraf.[374] 'n Uitsondering op hierdie reël blyk te wees Papua New Guinea waar gevangenisstraf opgelê kan word vir nie-nakoming van 'n hofbevel, maar slegs indien dit bevestig word deur 'n hoër hof.[375]

7.6.5.2 Afdwinging van hofbevele[376]

Daar behoort voorsiening gemaak te word vir afdwinging van hofbevele deur persone wat spesifiek daarvoor aangestel is.[377] In Papua New Guinea verleen die kombinasie van *magistrates* (vir vinnige beregting van dispute) en *peace officers* (vir afdwinging van hofbevele) aan gemeenskappe die bevoegdheid om in beheer te wees van hul eie sake. Die Regskommissie van Australië bevind dat die afdwinging van vonnisse opgelê deur die inheemse howe afhang van die effektiwiteit van die polisiëring.[378]

7.6.6 Kontrole oor die howe, appèl en hersieningsbevoegdhede[379]

Daar word oor die algemeen kontrole oor die inheemse howe uitgeoefen, eerstens

---

374 In Queensland kan die howe boetes van tot $500 of gemeenskapsdiens oplê, maar nie gevangenisstraf nie (afd 7.3.1.1.2.1), in Wes-Australië kan die howe boetes van tot $100 en vergoeding van tot $250 oplê (sien afd 7.3.1.2.2.1). Afgesien van die oornag-arrestasies en verskeie vorms van vergoeding waartoe ooreengekom kan word, sluit die Yirrkala-gemeenskap se voorstelle die volgende vorme van straf in: toekenning aan 'n ouer lid van die *clan* vir hersosialisering, wat dikwels gekombineer kan word met die volgende: verpligte verblyf by 'n *homeland settlement* of boetes of werk aan 'n gemeenskapsprojek of tydelike verbanning uit die gemeenskap (sien afd 7.3.2.2.1). Vonnisoplegging in Papua New Guinea sluit in onbeperkte bedrae vergoeding (veral tov bruidskostes, toesig en beheer oor kinders, en vergoeding vir die dood van iemand), boetes en werksvonnisse oplê, asook gevangenisstraf (wat bevestig moet word deur 'n hoër hof) vir nie-nakoming van 'n hofbevel (sien afd 7.4.2.1).

375 Sien afd 7.4.2.1.

376 Sien afd 8.5.4.1.2.

377 Volgens die Yirrkala-gemeenskap se voorstel word persone in die gemeenskap (afkomstig van die *clan* of familie waaraan die oortreder behoort) aangewys om toe te sien dat die strawwe of skikkingsooreenkomste uitgevoer word (sien afd 7.3.2.2.1).

378 Sien afd 7.3.1.3.1.

379 Sien afd 8.5.5 tov posisie in Suid-Afrika.

deur die beslissings op appèl[380] of hersiening te kan neem, en tweedens, word die howe (by sommige stelsels) ook onderwerp aan inspeksies waartydens die werksaamhede en beslissings van die howe nagegaan word deur regsprekende amptenare van die formele amptelike howe.[381] Die Australiese Regskommissie stel voor dat individuele regte beskerming behoort te geniet deur voorsiening te maak vir appèl of 'n reg om 'n alternatiewe vorm van verhoor[382] (byvoorbeeld in a *magistrate's court*) te kies.

Die stelsel in Papua New Guinea is 'n voorbeeld van 'n stelsel wat goed funksioneer en dien derhalwe as goeie riglyn ten opsigte van die Suid-Afrikaanse konteks. In Papua New Guinea bestaan die inheemse howe (*village courts)* hoofsaaklik buite die formele hofhiërargie, maar daar is 'n beperkte reg tot appèl tot 'n *local or district court magistrate* wat tesame met twee regterlike amptenare van die inheemse hof (*village court magistrates*) op die regbank moet dien. Die beslissing van hierdie paneel is onderhewig aan hersiening deur die *District Supervising Magistrate.*[383] Daar is geen verdere reg op appèl nie. Gronde vir appèl word beperk tot aangeleenthede soos die volgende: dat die hof nie behoorlik saamgestel was nie of dat die hof sy jurisdiksie oorskry het en ook dat die beslissing van die inheemse hof (*village court)* neerkom op

---

380 Sien afd 7.2.3 tov die Rooihuid-Hof in Michigan waar 'n beslissing op appèl geneem kan word na die inheemse appèlhof (*Tribal Appellate Court)* wat ingevolge die grondwet van die *GTB* deel moet wees van die amptelike hofstelsel. Sien afd 7.3.1.1.2.1 tov howe in Queensland waar beslissings van die inheemse hof vir doeleindes van appèl beskou word asof dit beslissings van die *Magistrates' Court* is sodat die gewone appèlmoontlikhede bestaan – daar word egter min van die appèlbevoegdheid gebruik gemaak as gevolg van onkunde en toeganklikheidsprobleme.

381 Sien afd 7.3.1.3.5 tov Australiese Regskommissie se voorstel dat die werking van die howe op 'n gereelde basis in samewerking met die plaaslike gemeenskap hersien behoort te word. Sien afd 7.3.1.1.2.1 tov howe in Queensland waar besoekende regterlike amptenaar elke drie maande die trustgebied besoek met die oog op hantering van klagtes, nagaan van die strafrekord, beregting van sake in gebiede waar daar nie inheemse howe bestaan nie en terug-rapportering aan die *Under Secretary* tov die administrasie van die gebied en howe.

382 Sien afd 7.3.1.3.5.

383 Oram "Grass Roots Justice" 69. Volgens Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws* par 770 word die beslissings hersien deur 'n amptenaar wat bekend staan as die *Provincial Supervising Magistrate.*

"a substantial miscarriage of justice".[384] In Papua New Guinea word kontrole op nasionale vlak oor die inheemse howe uitgeoefen deur 'n sekretariaat (die *Village Court Secretariat*) wat maandeliks 'n amptenaar (bekend as 'n *village court inspector*) uitstuur om inspeksie te doen ten opsigte van die behoorlike funksionering van die howe.[385]

Tydens evaluering van die voorstelle ten opsigte van die Yirrkala-howe deur die Australiese Regskommissie, het die vraag ter sprake gekom of daar voorsiening gemaak behoort te word vir 'n reg van appèl na 'n hoër hof om te voldoen aan internasionaal-erkende vereistes van *due process* in die lig van die feit dat die algemene howe dit baie moeilik sal vind om tradisionele reg en tradisionele prosedures wat deur die inheemse gemeenskappe toegepas word, te evalueer?[386] Myns insiens, bied die stelsel in Papua New Guinea die beste oplossing vir hierdie tipe probleem, eerstens, omdat daar wel kontrole uitgeoefen word by wyse van appèl en hersiening, en tweedens, bestaan die regbank (tydens die appèlverrigtinge) uit 'n regterlike amptenaar van die laer hof (*local or district court magistrate*), wat deel vorm van die amptelike regstelsel, en twee regterlike amptenare van die inheemse hof (*village court magistrates*), welke regterlike amptenare uit die gemeenskap self kom. Hierdie regbank wat die appèl aanhoor is so saamgestel dat dit die beste van twee wêrelde kombineer: die regskwalifikasies van die regterlike amptenaar van die laer hof en die kennis en insig ten opsigte van die gemeenskap, die gewoontes, gebruike en regsreëls wat die regterlike amptenare van die inheemse howe na die regbank bring.

By die *Lok Adalat*-howe van Indië is daar geen voorsiening dat die skikking wat bereik word op appèl of hersiening na 'n hoër hof geneem kan word nie. Die mate van

---

384 Sien afd 7.4.2.1.

385 Sien afd 7.4.3.

386 Sien afd 7.3.2.3.9. Die Regskommissie stel voor dat indien voorsiening gemaak word om te appelleer, dit moontlik beter mag wees om dit te beperk tot aangeleenthede soos "allegations of bribery, or exceeding jurisdiction (as in the case of Papua New Guinean Village Courts), rather than whether 'correct' Aboriginal laws or procedures have been applied".

hersiening wat plaasvind is bloot sodat bepaal kan word of die skikking nie in stryd is met die reg nie. Dit het 'n tweeledige gevolg: eerstens is daar geen kontrole oor die howe by wyse van appèl of hersiening nie, en tweedens, as daar geen reg tot appèl is nie en daar is nie 'n bepaling dat aan die skikking regskrag verleen word nie, kan 'n ontevrede party die skikking verontagsaam en weer sy saak na die gewone amptelike howe neem, wat inderdaad gebeur het in Rajasthan en as een van die redes vir die mislukking van die stelsel aangevoer word.[387] Die reëling wat by hierdie stelsel gevolg is, maak die hele stelsel oneffektief en al die voordele wat gepaardgaan met 'n informele stelsel (byvoorbeeld, besparing van tyd en koste) gaan dan verlore.

Dat effektiewe kontrole op 'n nasionale vlak benodig word, word ook geïllustreer deur die stelsel in Indië waar dit blyk dat 'n gebrek daaraan meegewerk het daartoe dat die gemeenskap vertroue verloor het in die howe. Een van die redes wat aangevoer word vir mislukking van die gemeenskapshowe is voorvalle van onbehoorlike beïnvloeding enersyds, deur regsprekende amptenare van die *Lok Adalat*-howe wat hul invloed gebruik het om skikkings te bewerkstellig ooreenkomstig hul eie persoonlike waardes en oortuigings, en andersyds deur plaaslike leiers as gevolg van die noue skakeling tussen die owerheid en die regsprekende amptenare van die *Lok Adalat*-howe.[388]

7.6.7 Regsverteenwoordiging[389]

Volgens die Australiese Regskommissie-verslag is dit nie nodig dat vereis word dat daar in minder ernstige aangeleenthede 'n outomatiese reg op regsverteenwoordiging, met die oog op verskyning voor die inheemse hof, bestaan nie, alhoewel die beskuldigde in sulke sake die reg behoort te hê dat iemand anders (byvoorbeeld 'n vriend of familielid) namens hom/haar die hof mag toespreek.[390]

---

387 Sien afd 7.5.1.2.1.

388 Sien afd 7.5.4.

389 Sien afd 8.5.7 tov hantering van hierdie aspek in die Suid-Afrikaanse konteks.

390 Sien afd 7.3.1.3.5.

Ten opsigte van voldoening aan *due process*-waarborge,[391] is tot die volgende gevolgtrekking gekom na die voorafgaande ondersoek. Benewens die feit dat daar voorsiening gemaak word dat sake op appèl of hersiening geneem kan word, word daar oor die algemeen voldoen aan die *audi alteram partem*-beginsel. Met die uitsondering van die stelsel van die Rooihuid-howe in Michigan,[392] word daar oor die algemeen nie klem gelê op die beginsel van skeiding van magte nie, alhoewel tog vereis word dat beregting op 'n onafhanklike en onpartydige wyse sal plaasvind. Daar word as algemene reël nie gebruik gemaak van regsverteenwoordiging nie[393] – nieteenstaande hiervan, is partye wat voor die hof moet verskyn gewoonlik geregtig daarop om deur 'n vriend of familielid bygestaan te word.[394]

Die afleiding wat hiervan gemaak word is dat die informele proses van beregting van geskille, die bystand wat aan die beskuldigde verleen word deur 'n vriend of familielid, die kontrole oor die howe by wyse van appèl of hersiening, die beperkte jurisdiksie van die informele howe ten opsigte van die oortredings wat bereg word en die vonnisse wat opgelê kan word, alles meewerk ten einde voldoende beskerming te verleen aan die regte van die beskuldigde en dat regsverteenwoordiging (ter beskerming van die individu se regte) derhalwe nie noodsaaklik is nie.

---

391 Alhoewel die Australiese Regskommissie heeltemal tereg die belang van *due process*-waarborge beklemtoon by amptelike regspiegingsmeganismes, bevraagteken McRae ea *Aboriginal Legal Issues* 235-236 die toepaslikheid daarvan by inheemse howe op grond daarvan dat dit moontlik onregverdig kan wees om standaarde vir die behoorlike funksionering van Anglo-Australiese-tipe howe op die inheemse gemeenskappe af te dwing (afd 7.3.2.3.8).

392 Sien afd 7.2.2.1 tov Rooihuid-hof in Michigan waar ingevolge a 6 van die grondwet van die *GTB* vereis word dat die regbank (*Tribal Judiciary*) onafhanklik van die wetgewende en uitvoerende arms van die inheemse owerheid funksioneer. Hierdie moderne inheemse howe het ontwikkel vanuit aanpassings van federale en staatshowe.

393 'n Uitsondering op hierdie reël is die *Lok Adalat*-howe van Indië, waar regsverteenwoordiging wel toegelaat word. Dit blyk egter dat in hierdie howe moes regspleging geskied ooreenkomstig die regsvereistes en norme uiteengesit in die grondwet – derhalwe is groter beskerming van die individu klaarblyklik nodig geag (sien afd 7.5.1.2.1).

394 Volgens die Yirrkala-gemeenskap se voorstel sal beide die klaer en die beskuldigde ondersteuning tydens die verrigtinge geniet in die vorm van lede van hul *clans* of families (sien afd 7.3.2.3). Tov Papua New Guinea, sien afd 7.4.2.1.

7.6.8 Die impak van informele howe teenoor formele howe

Die ontwikkeling en praktiese funksionering van die informele hofstelsel in elke land is afhanklik van die omringende omstandighede en geskiedenis. Ten opsigte van die howe waar inheemse reg toegepas word, is dit moeilik om al die hofstelsels as *inheems* of *tradisioneel* te klassifiseer, omdat sommige van hulle (byvoorbeeld die stelsel in Wes-Australië) funksioneer as verlengstukke van die algemene strafregstelsel en dit bloot van die voorsittende amptenaar afhang wanneer en tot welke mate erkenning verleen word aan die inheemse reg en gebruike. Ten spyte van hierdie, en ander, wesenlike verskille tussen die onderskeie stelsels, is daar tog riglyne wat daarop dui dat die informele howe wel 'n belangrike rol vervul.

Die ontstaan van die inheemse howe kan oor die algemeen teruggevoer word na tradisionele inheemse howe wat tot stand gekom het in 'n betrokke inheemse gemeenskap weens 'n behoefte tot beslegting van dispute in die gemeenskap met die oog op herstel van vrede en harmonie. Ten spyte van kolonialisering het hierdie behoefte bly voortbestaan, omdat die inheemse howe tot 'n groter mate voldoen het aan die volksbehoeftes as wat die geval was met die formele howe van die amptelike regstelsel. Waar die formele howe gerig is op bewerkstelliging van geregtigheid tussen die partye voor die hof by wyse van onafhanklike regters en omslagtige prosedures vir bepaling van die waarheid, is die informele howe gerig op bevordering van geregtigheid by wyse van informele verrigtinge, deur regterlike amptenare wat afkomstig is uit die gemeenskap en vertroud is met die waardes, reëls en gebruike van die gemeenskap met die oog op versoening en herstel van harmonie in die gemeenskap. Waar die verrigtinge in die formele howe gerig is op die regte van die individu en berus op die beginsel van een algehele wenner (*winner-takes-all*), is die informele howe meer gerig op kollektiewe geregtigheid met die oog op sosiale harmonie in die gemeenskap deur konsensus, waar die partye voor die hof gewikkel is in 'n proses van gee-en-neem.[395] Selfs waar die howe nie meer as streng inheems of tradisioneel

---

395 Vgl hierdie standpunt in afd 7.4 (tov Papua New Guinea), afd 7.3.1.3.5 (tov Australië) en afd 7.5.1(tov Indië).

geklassifiseer kan word nie en selfs by gemeenskapshowe (waar die inheemse reg van een betrokke inheemse gemeenskap nie 'n sterk rol speel nie) is hierdie riglyne te bespeur. Gesien vanuit die hoek van die gemeenskap geniet die informele howe legitimiteit omdat dit voldoen aan die volksbehoeftes.[396] Daarteenoor lê die legitimiteit van die formele howe, in die voorafgaande ondersoek, in die akkusatoriese ideaal waar gepoog word om ongelykhede in die hof uit die weg te ruim by wyse van *due process*-waarborge en regsverteenwoordiging en die partye dan geleentheid gebied word om op gelyke voet hul saak te stel voor 'n onafhanklike regter.

Gesien vanuit die hoek van die owerheid is daar ook goeie redes vir die voortbestaan van die informele howe. Die informele howe lei tot 'n kostebesparing, nie alleen vir die partye wat hulle wend tot hierdie howe nie, maar ook vir die owerheid. Dispute word opgelos in die gemeenskap voordat dit lei tot meer ernstige kriminele oortredings. Waar geringe oortredings deur die informele howe bereg word, verlig dit die las op die formele howe van die amptelike regstelsel, wat andersins hierdie geringe oortredings ook sou moes bereg. Dit blyk uit voorafgaande regsvergelykende ondersoek dat ernstige kriminele oortredings as algemene reël steeds deur die formele howe van die amptelike regstelsel bereg word.

Uit die voorafgaande ondersoek blyk dit dat erkenning en regulering van die informele howe vanaf owerheidskant af wenslik is. Erkenning van die informele howe deur die owerheid sal nie alleen lei tot bevestiging van die *rule of law* nie, maar sal lei tot 'n verhoging in legitimiteit, nie alleen ten opsigte van die informele howe, die geldigheid van hul verrigtinge en die afdwingingswaarde van hul beslissings nie, maar ook ten opsigte van die owerheid, wat (na regulering) voordeel kan trek uit bestaande instellings wat voldoen aan die volksbehoeftes.[397]

---

396 Tov voldoening aan die volksbehoeftes, sien ook afd 7.6.3.

397 Abel "Contradictions of Informal Justice" 304 ev.

HOOFSTUK 8

DIE ONAFHANKLIKHEID VAN DIE REGBANK IN SUID-AFRIKA

8.1 INLEIDING

Die onafhanklikheid van die regbank in die Suid-Afrikaanse reg sal in hierdie hoofstuk geëvalueer word. Ten einde die onafhanklikheid van die regbank te kan evalueer, is dit allereers nodig om die konteks waarbinne die regbank funksioneer te verstaan. Derhalwe sal hierdie hoofstuk eerstens gewy word aan 'n kort historiese oorsig oor die ontwikkeling van die tweeledige regstelsel. Vervolgens sal aandag gegee word aan die kritiek wat teen die regbank uitgespreek is en verduidelik word waarom daar 'n persepsie is dat die regbank 'n krisis beleef. Die persoonlike en saaklike onafhanklikheid van die regbank word bespreek eerstens ten opsigte van die posisie in die hoër howe en daarna ten opsigte van die posisie in die laer howe. Twee voorstelle wat gemaak is met die oog daarop om die regbank meer verteenwoordigend te maak van die gemeenskap, naamlik die herinstelling van die juriestelsel en die assessorestelsel word bespreek en geëvalueer. 'n Evaluering van die regbank ten opsigte van die beregting van strafsake, sal egter nie volledig wees sonder om te verwys na die informele howe nie. Die hoofstuk word derhalwe afgesluit deur te verwys na die inheemse en gemeenskapshowe en die problematiek rondom hierdie howe.

8.2 HISTORIESE OORSIG

Om die onafhanklikheid van die regbank te evalueer, is dit allereers nodig om die konteks waarbinne die regbank funksioneer te verstaan. Suid-Afrika het 'n tweeledige regstelsel, bestaande uit die *gemenereg* en *inheemse reg*: eersgenoemde is van toepassing op al die burgers van die land, laasgenoemde is hoofsaaklik van toepassing op die Swart bevolking in die plattelandse gebiede.[1] Hierdie tweeledigheid is tiperend

---

1 Seekings en Murray *Lay Assessors in South Africa's Magistrates' Courts* 9. "In this country the largest numeric divide is between what may broadly be termed a western or European culture and an indigenous African culture, thus a western legal order and an indigenous legal order. In

van lande in Afrika wat gebuk moes gaan onder kolonialisering en gevolglike ontwikkeling van die regstelsels daarna. Die ontwikkeling van die gemenereg word hoofsaaklik gekenmerk deur beïnvloeding van die Romeins-Hollandse reg en die Engelse reg, met latere wysigings en vernuwings om aan te pas by Suid-Afrikaanse omstandighede. Elkeen van hierdie komponente van beïnvloeding sal kortliks aangeraak word wanneer die historiese ontwikkeling van ons regstelsel tot en met die huidige geskets word. Die bespreking sal ook 'n kort oorsig oor die inheemse reg insluit en dui op die posisie wat dit inneem met betrekking tot die gemenereg.

Die Romeins-Hollandse reg het inslag gevind in die Suid-Afrikaanse regstelsel met die koms van Jan Van Riebeeck na die Kaap in 1652. Die Raad van Justisie, wat in 1656 as hoogste hof aan die Kaap gestig is, het Romeins-Hollandse reg toegepas. In 1806 is die Kaap deur Brittanje verower en die 19de en vroeë 20ste eeu het 'n beduidende neerslag van Engelsregtelike beginsels in ons reg gesien. In navolging van die posisie in Engeland is die Westminster-stelsel ook in Suid-Afrika ingevoer, wat onder andere meegebring het dat die Parlement die oppergesag in die land is.[2] 'n Verdere gevolg van Engelse beïnvloeding was die instelling van die juriestelsel in 1828.[3] Teen 1954 het die jurie bestaan uit nege blanke mans, en 'n beslissing is bereik deur 'n meerderheid van sewe.[4] Ten spyte van die prominensie van die jurie-

---

western law, the modern, liberal perceptions of justice focus on individual freedom and equality and the interests of the individual take precedence over the common good. This is in stark contrast with the most important fundamental principle of indigenous law, namely harmony of the collectivity, in which the collective good takes precedence over individual claims." – Van Niekerk "Indigenous Law, Public Policy and Narrative in the Courts" ongepubliseerde intreerede gelewer by die Universiteit van Suid-Afrika op 23 Februarie 2000. Sien afd 7.6.1 tov tweeledige regstelsels in ander lande.

2 Met die inwerkingtreding van die interim-Grondwet van 1993 en later die finale Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 het die posisie verander. Voorts sou die Grondwet die hoogste gesagsbron in ons regshiërargie wees.

3 Vir 'n bespreking van die juriestelsel in Suid-Afrika, sien Kahn "Restore the Jury? Or 'Reform? Reform? Aren't Things Bad Enough Already?' !" 1991 *SALJ* 672 679 ev; Rood "A Return to the Jury System?" 1990 *De Rebus* 749; Strauss "The Jury in South Africa" 1973 *West Australia LR* 133; Chubb "The Jury System" 1956 *SALJ* 194; Van der Spuy "Verhoor Met of Sonder Jurie" 1956 *THRHR* 244.

4 In sekere omstandighede kon 'n vroulike of minderjarige beskuldigde versoek om deur 'n algeheel-vroulike jurie verhoor te word – dit het egter selde gebeur. Huebner "Restructuring Criminal Justice" 971 vn 48.

stelsel in die Engelse reg was dit nooit in Suid-Afrika baie suksesvol nie en het dit van die begin af baie kritiek uitgelok. Na Uniewording in 1910 is algaande meer beperkings op die juriestelsel ingestel. Teen 1917 kon die beskuldigde kies tussen 'n verhoor deur 'n regter of 'n verhoor deur 'n jurie. Die reg om afstand te doen van jurieverhore is ingestel hoofsaaklik as gevolg van die rassistiese beslissings van die algeheel-blanke, algeheel-manlike juries.[5] In 1935 is die Minister van Justisie statutêr gemagtig om toe te stem dat 'n verhoor gehou word deur 'n regter en assessore eerder as deur 'n jurie indien die beskuldigde aangekla is van 'n misdaad waar blankes en persone wat nie tot die blanke bevolkingsgroep behoort nie, betrokke was.[6] Teen 1954 het jurieverhore tot so 'n mate afgeneem dat, tensy 'n beskuldigde spesifiek gevra het vir 'n jurieverhoor, het die verhoor plaasgevind voor 'n regter, wat alleen of saam met assessore gesit het.[7] In 1954 is slegs 5.6% van alle strafsake in die hoër howe aangehoor deur juries. In 1966 het juries slegs 0.4% van sake aangehoor, in 1967 slegs 0.57% en in 1968 slegs 0.48% van sake.[8] Na jare van feitlike onbruik, is die juriestelsel afgeskaf deur die Wet op Afskaffing van Juries 34 van 1969.[9] Die afskaffing van die juriestelsel het ook natuurlik meegebring dat die publiek nie meer inspraak in die regspraak gehad het nie: daar is nie meer van lekepersone gebruik gemaak om as jurielede op te tree nie. Die regbank het voortaan bestaan uit professioneel-gekwalifiseerde persone, wat hoofsaaklik blanke mans was.[10]

---

5 Chubb "The Jury System" 199 vn 47 wys daarop dat regters male sonder tal hul skok uitgespreek het ten opsigte van onskuldigbevindings deur juries. "Particularly has this been the case where Europeans and non-Europeans have been concerned. These acquittals have often been made in the teeth of evidence pointing only one way. There are several instances where the judge has had to rebuke the jury in the strongest terms...". Sien ook Kahn "Restore the Jury or Reform?" 685 ev.

6 Ingevolge hierdie wetgewing is erkenning gegee aan die feit dat 'n algeheel-blanke jurie soms nie in staat was om regverdigheid te laat geskied wanneer 'n misdaad wat plaasgevind het tussen persone van verskillende rassegroepe deur hulle verhoor moes word nie – Huebner "Restructuring Criminal Justice" 972 vn 51.

7 Rood "Jury System" 753 vn 47.

8 Rood "Jury System" 753.

9 Sien die bespreking by afd 8.4.1.3.1(a) ten opsigte van die herinstelling van die juriestelsel in Suid-Afrika.

10 Seekings en Murray *Lay Assessors* 9.

Tydens kolonialisering en die daaropvolgende ontwikkeling van die amptelike regstelsel, is 'n stelsel van inheemse howe tot stand gebring wat afsonderlik van die amptelike regstelsel moes funksioneer[11] – die bestaan en funksionering van hierdie howe was egter nie eenvormig nie. Ingevolge die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 is amptelike erkenning verleen aan die inheemse reg en is daar voorsiening gemaak vir die organisering van die inheemse howe met betrekking tot die koloniale (amptelike) howe. In hierdie inheemse howe het leke-persone,[12] naamlik kapteins en hoofmanne, as regsprekende amptenare opgetree en inheemse reg toegepas.[13] In sulke gevalle het daar 'n appèlbevoegdheid[14] bestaan na die kommissarishowe, waar 'n Swart kommissaris (aangestel deur die owerheid en met regsopleiding) as voorsittende beampte opgetree het. Appèlle vanaf kommissarishowe is beslis deur 'n spesiale hof van appèl.[15] Vanaf 1957 is die kommissarishowe ook met die be-

---

11 Inheemse howe is aanvanklik ingestel in gebiede "where the colonisers were administratively weak, and unable to impose a single legal system. But, over time, it came to be seen as having political benefits; as the administrative capacity of the colonisers grew, the customary law or court system was maintained. Thus, when the new Union of South Africa was formed in 1910, African people in some areas were subject to the same law as white citizens, but in other areas were subject to a separate legal system" – Seekings en Murray *Lay Assessors* 10. Volgens Hoexter *Verslag van die Kommissie van Ondersoek na die Struktuur en Funksionering van die Howe* – RP 78/1983 (hierna die Hoexter-verslag) op 316 is die howe vir Swartes geskep sodat geskille tussen Swartes met inagneming van hulle eie tradisionele reg en gebruike, in soverre dit nie met die beginsels van die openbare beleid of natuurlike regverdigheid in stryd is nie, besleg kan word.

12 Geen akademiese kwalifikasie of praktiese ondervinding word by aanstelling as regsprekende amptenaar in hierdie howe vereis nie – Hoexter-verslag 316.

13 Ingevolge a 20 van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 kan die minister 'n kaptein of hoofman magtig om enige misdryf onder die gemenereg of onder Swart reg en gebruike en enige statutêre misdryf met die uitsondering van 'n misdryf in die Derde Bylae van die betrokke Wet genoem, te verhoor en te straf. Dit blyk egter dat hierdie howe slegs minder ernstige misdrywe kon aanhoor – hulle het geen jurisdiksie gehad ten opsigte van ernstige misdrywe nie. "In criminal cases, these courts were not allowed to impose punishments of imprisonment, fines of more than R40 (or two cattle or ten sheep or goats), or corporal punishment (except to unmarried men below the age of thirty)" – Seekings en Murray *Lay Assessors* 11. Die jurisdiksie van kapteinshowe is egter so vaag omskryf dat daar gedurig 'n dispuut was of die saak in hierdie howe of in die landdroshof verhoor moes word – Bennett *A Sourcebook of African Customary Law for Southern Africa* 64-65.

14 Vanweë die feit dat die howe van kapteins en hoofmanne nie howe van rekord is nie, kom 'n appèlverhoor wesenlik neer op 'n herverhoor – Hoexter-verslag 319.

15 Ten opsigte van strafsake wat in die kommissarishowe verhoor is, is daar appèl- en hersieningsbevoegdheid na 'n Appèlhof vir Kommissarishowe wat vir die betrokke area ingestel is. So 'n Appèlhof vir Kommissarishowe lê op die vlak van die hoër howe van die amptelike regstelsel – Hoexter-verslag 319.

voegdheid beklee om te beslis oor die strafregtelike vervolging van misdade gepleeg deur Swartmense. Hierdie howe was nie gemagtig om inheemse strafreg in howe van eerste instansie toe te pas nie, maar kon dit wel toepas wanneer hulle as appèlhof ten opsigte van Howe van kapteins en hoofmanne opgetree het.[16] In navolging van 'n aanbeveling van die Regskommisie[17] is die magte en bevoegdhede van die kommissarishowe in 1986 by wyse van wetgewing[18] oorgedra aan die landdroshowe en is die sekondêre (parallelle) regstelsel onder die administratiewe beheer van die Departement van Justisie gebring. Die howe van kapteins en hoofmanne het egter bly voortbestaan.[19] Hierdie inheemse regstelsel bestaan tot vandag nog en funksioneer parallel met die primêre regstelsel.[20]

Die primêre (amptelike) regstelsel[21] word basies verdeel in twee onderafdelings, naamlik die hoër howe, wat insluit die Konstitusionele Hof,[22] die Hoogste Hof van Appèl[23] en die Hoë Howe,[24] en die laerhowe waarvan die belangrikste is die streeks-[25]

---

16 Van Niekerk *The Interaction of Indigenous Law and Western Law in South Africa: A Historical and Comparative Perspective* 1995 76 ev.

17 Hoexter-verslag 346-348.

18 Wet op die Afskaffing van Spesiale Howe vir Swartes 34 van 1986.

19 Seekings en Murray *Lay Assessors* 13.

20 Seekings en Murray *Lay Assessors* 10 verduidelik die historiese ontwikkeling van die primêre (amptelike) regstelsel soos volg: "The latter system comprised higher and lower courts. The higher courts consisted of the Supreme Court system, broadly inherited from the pre-Union colonies and republics, which was divided between an overarching Appelate Division [sic] and various Provincial Divisions. The lower courts comprised the Magistrates' Courts, organised by magisterial district, and regulated in terms of the 1917 and 1944 Magistrates' Courts Acts. In 1952, regional magistrates' courts were created with broader powers of criminal punishment than the existing district courts, and with jurisdiction over a number of districts."

21 Sien a 104A van die Grondwet van 1996 tov die hiërargie van die howe.

22 Dit is die hoogste hof wat betref konstitusionele aangeleenthede. Die Hof kan optree as 'n verhoorhof sowel as 'n appèlhof, maar sy jurisdiksie is beperk tot konstitusionele aangeleenthede. Die Konstitusionele Hof bestaan uit elf lede: 'n President en Adjunkpresident en nege regters. Vier van die lede moet persone wees wat reeds op die regbank gedien het toe hulle as regsprekende amptenare in die Konstitusionele Hof aangestel is.

23 Dit is die hoogste hof wat betref sake wat nie oor konstitusionele aangeleenthede handel nie. Voor inwerkingtreding van die finale Grondwet van Suid-Afrika, het hierdie hof bekend gestaan as die Appèlafdeling van die Hooggeregshof. Die voorsittende regter van hierdie hof is die hoofregter, en die funksie van hierdie hof is om appèlle en kwessies wat verband hou met appèlle aan te hoor. Die Hoogste Hof van Appèl is gesetel in Bloemfontein en kan normaalweg

en distrikslanddroshowe.[26] Streekshowe (wat deel vorm van die laerhowe), het 'n hoër strafbevoegdheid as die distrikshowe en hul jurisdiksie strek oor 'n aantal distrikte.[27] Ten spyte van die tweeledigheid van die regstelsel was daar in die praktyk ook baie punte van interaksie tussen die twee parallelle stelsels.[28]

In die sewentigerjare het die owerheid 'n beleid van afsonderlike ontwikkeling gevolg, wat die effek gehad het dat daar in elke selfregerende gebied 'n onafhanklike regstelsel gefunksioneer het. Suid-Afrika se demokratiseringsproses het sedertdien egter gelei tot wetgewing[29] wat voorsiening maak vir 'n eenvormige regstelsel en die gevolglike herintegrasie van hierdie howe by die amptelike regstelsel. Alhoewel daar tesame met die inwerkingtreding van die Grondwet van Suid-Afrika van 1996 'n visie

---

nie as verhoorhof optree nie.

24 Hierdie howe het voorheen bekend gestaan as die verskillende provinsiale en plaaslike afdelings van die Hooggeregshof. Daar is 'n Hoë Hof vir elke provinsie – meer digbevolkte gebiede soos bv Witwatersrand en Durban het bykomende Hoë Howe. Die Hoë Howe tree op as verhoorhowe (ten opsigte van ernstige misdrywe) en as appèlhowe om appèlle aan te hoor van howe wat laer in die hiërargie is.

25 A 2(1)(g) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

26 A 166(d) van die Grondwet van 1996 en a 2(1)(a)-(f) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944. Sien ook Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 221.

27 Seekings en Murray *Lay Assessors* 11 omskryf die strafjurisdiksie van hierdie laerhowe soos volg: "The criminal jusrisdiction of district courts extends to all charges except murder, rape and treason, but sentencing in the district courts is limited. In 1998, the limits are twelve months imprisonment and fines up to R20 000. Regional courts were initially permitted to deal with all cases except murder and treason, but since 1990 they have been permitted to hear murder cases. Sentences in the regional courts are limited in 1998 to ten years' imprisonment or a fine of up to R200 000 (Magistrates' Courts Act, section 92(1)). District and regional courts could formerly also impose a sentence of whipping up to a limit of seven strokes...until whipping was declared unconstitutional in 1995...and the relevant legislation was amended in 1997." A 89,92 van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944. Sien ook Kriegler *Hiemstra* 282-285.

28 "Appeals in the minor criminal cases heard in chief's and headman's courts would be heard in the magistrates' courts, not the commissioners' courts. Commissioners' courts could use their discretion in whether to apply customary or common law. Many magistrates doubled up as commissioners (and vice-versa, it seems). But, crucially, customary law was always subordinate to common law if there was any conflict between them; customary law may be recognised as the sole law on some matters – such as *lobola* – but this recognition was made under the common law, and could be retracted." – Seekings en Murray *Lay Assessors* 11.

29 Rasionaliseringswet op Justisiewette 18 van 1996.

van 'n eenvormige regstelsel geskep is,[30] is daar nog nie ten volle aan hierdie visie gestalte gegee nie.[31] Alhoewel die Grondwet voorsiening maak vir die funksionering van tradisionele howe,[32] wys Seekings en Murray[33] daarop dat die status van die meer as 1500 tradisionele howe, waar kapteins en hoofmanne as voorsittende amptenare optree, onseker bly. Inheemse reg word beskerm deur die Grondwet[34] en word voortdurend toegepas. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het 'n komitee aangestel om ondersoek in te stel na die harmonisering van die inheemse reg en die gemenereg.[35]

Bogenoemde bespreking sal egter nie volledig wees sonder om te verwys na die feit dat daar ook 'n lang geskiedenis van informele howe in die Swart stedelike woongebiede (*townships*) en plattelandse gebiede is "that were either unrecognised by the state, or tolerated without official sanction".[36]

---

30 "An official vision of future institutional structure was previewed by Minister of Justice Omar in June 1996. Following the provisions of the newly-passed Constitution, Omar envisaged a fully-integrated hierarchy of courts, extending from the Constitutional Court and an appeal court at the national level, through provincially-based High Courts, to Regional Courts, District Courts and, below them, Community Courts (*Hansard*, 13 June 1996)." – Seekings en Murray *Lay Assessors* 13. Die daarstelling van 'n eenvormige regstelsel was ook een van die aanbevelings van die Hoexter-verslag 342, 346.

31 Ten opsigte van die hoër howe, sien ook die *Report of the Commission of Enquiry into the Rationalisation of the Provincial and Local Divisions of the Supreme Court* (onder voorsitterskap van regter GG Hoexter) wat in 1995 aangestel is, en welke verslag in 1998 gepubliseer is (hierna die Hoexter-verslag: *Rasionalisering)*.

32 A 211(2) van die Grondwet van 1996 bepaal dat "[a] traditional authority that observes a system of customary law may function subject to any applicable legislation and customs, which includes amendments to, or repeal of, that legislation or those customs."

33 *Lay Assessors* 14.

34 Ingevolge a 211(3) van die Grondwet van 1996 "[t]he courts must apply customary law when that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that specifically deals with customary law."

35 Seekings en Murray *Lay Assessors* 14. Sien ook Suid-Afrikaanse Regskommissie-besprekingsdokument No 82 Projek 90 *The Harmonisation of the Common Law and Indigenous Law: Traditional Courts and the Judicial Function of Traditional Leaders* 1999.

36 Seekings en Murray *Lay Assessors* 11. Sien ook Bennett *African Customary Law*; Burman en Schärf "Creating People's Justice: Street Committees and People's Courts in a South African City" 1990 *Law and Society Review* 693.

8.3 DIE REGBANK IN 'N KRISIS

In die afdeling wat hierop volg word aangedui dat daar in die laat 1980's en veral vanaf 1990 baie kritiek[37] teen die regbank uitgespreek is en dat hierdie kritiek teen die regbank so wydverspreid was en in so 'n ernstige lig beskou is dat die regbank (volgens sommige kommentatore)[38] 'n krisis beleef het. Dit blyk dat wat die *persoonlike onafhanklikheid* van die regbank betref, die belangrikste besware wat geopper is, daarop neerkom dat politieke oorwegings 'n rol gespeel het by aanstelling[39] van regsprekende amptenare in beide die hoër en laer howe,[40] en dat die regbank nie verteenwoordigend genoeg is van die bevolking wat betref ras en geslag nie.[41] Daar is veral daarop klem gelê dat die Swart bevolking uitgesluit is van die samestelling van die regbank en dat die regbank oorwegend uit blanke mans bestaan. Wat die

---

37 Vir 'n gebalanseerde opsomming van verskillende kritiese opinies, sien Van Zyl "Judiciary in a Changing South Africa" 1994 *Consultus* 16.

38 Sien oa Seekings en Murray *Lay Assessors* 20 ev; Anoniem "Oorgangstydperk vir die Regbank" 1997 *Consultus* 83; Huebner "Restructuring Criminal Justice" 964 ev.

39 Vir kritiek tov sommige van die diensvoorwaardes, sien Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1117-1118, Boulle ea *Constitutional and Administrative Law* 201.

40 Gauntlett "Appointing and Promoting Judges: Which Way Now?" 1990 *Consultus* 23-24; Labuschagne "Tussen Onafhanklikheid en Tirannie: Opmerkinge oor die Kontrolemeganismes van die Regsprekende Gesag" 1993 *De Jure* 347 360; Dugard *Human Rights in the South African Legal Order* 283-284, 287; Kentridge "Telling the Truth about the Law" 1982 *SALJ* 648; Regskommissie: Verslag van die Kommissie van Ondersoek na die Struktuur en Funksionering van die Howe – RP 78 van 1983 (verwys na as die Hoexter-verslag) Deel A, Deel II par 1.3.2 tov die hoër howe en Deel I par 3.4.1, Deel II par 1.4, Deel IV par 4.2.1(g) tov laer howe; Van Blerk *Judge and be Judged* 145-147; Mokgatle "The Exclusion of Blacks from the South African Judicial System" 1987 *SAJHR* 44 49; Cameron ea "Judicial Appointments" 1980 *De Rebus* 430; Olivier "Die Aanstelling van Regsprekende Amptenare" 1988 *De Jure* 132; Kahn "The Judges – II: How Are They Appointed; Where Do They Come From?" 1989 *BML* 185 189; Kahn "The Judges – III" 1989 *BML* 201; Kahn "The Judges – IV" 1989 *BML* 249; Regskommissieverslag Projek 77: *Grondwetlike Modelle Verslag* vol 3 (1991) (verwys na as: Regskommissie: *Grondwetlike Modelle)* 1116; Kahn "Appointment of Magistrates as Judges" 1971 *SALJ* 512; Kahn "The Judges and the Professors or Bench and Chair" 1979 *SALJ* 560; Van der Merwe "Standpunt" 1987 *De Rebus* 5; Anoniem "Die Aanstelling van Regters" 679.

41 Marcus "Judging the Judges" 1984 *SALJ* 160 163; Lubowski "Democracy and the Judiciary" in Corder (red) *Democracy and the Judiciary* 1989 13 14-16; Corbett "The Role of Policy in the Evolution of Our Common Law" 1987 *SALJ* 52 67-68; Corder *Judges at Work: The Role and Attitudes of the South African Appellate Judiciary 1910-1950* 237; Dhlamini "The Influence of Race on the Administration of Justice in South Africa" 1988 *SAJHR* 38; Mokgatle "The Exclusion of Blacks from the South African Judicial System" 1987 *SAJHR* 44 46; Van der Merwe "Thirteenth SA Law Conference: Challenges to Attorneys" 1990 *De Rebus* 457; Seligson "The Bar and Change: A Roadmap for the Road Ahead" 1990 *Consultus* 7.

saaklike onafhanklikheid van die regbank betref, is die beswaar geopper dat die regbank in sommige gevalle te owerheidsgesind (*executive-minded)* was en soms diskriminerende wetgewing sonder veel skroom of teenspraak aanvaar en toegepas het.[42] Sommige kritici het daarop gewys dat selfs waar die regbank voor 'n keuse te staan gekom het, was die neiging om die standpunt wat die gunstigste vir die owerheid sou wees, in te neem.[43]

Teen die einde van die 1980's en veral in 1990-1991 is die kritiek algaande al hoe meer teen die regbank geopper dat dit geloofwaardigheid en algemene aanvaarding in die oë van die breë bevolking verloor het en derhalwe 'n legitimiteitskrisis beleef het.[44] Hierdie kritiek is geopper in die Parlement, by regskonferensies en in regstydskrifartikels. Dit is egter nie die doel van hierdie proefskrif om in volle besonderhede in te gaan op die magdom literatuur wat hierdie aspek as onderwerp bespreek nie. Daar sal volstaan word met die uitlig van die redes wat kritici aangevoer het vir die bestaan van die legitimiteitskrisis. Kritici het onder andere verwys na die stelling gemaak deur die Raad op Geesteswetenskaplike Navorsing wat bevind het dat:

> "The South African legal system is suspect among large parts of the population because, on the one hand, the administration of justice is controlled by whites and, on the other, because, as a result of various economic, language and other factors, legal processes and administration as well as penal and litigation procedures have become inaccessible and incomprehensible to many. This legitimacy crisis in the legal system will have to be resolved systematically through training, legal aid, guidance and reform, since mistrust of a legal

---

42 Kruger "Beregting van Fundamentele Regte" 396 402.

43 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 968-969; Friedrichs "Law in South Africa and the Legitimacy Crisis" 1990 *IJ Comp and Appl Crim J* 188; Ranchod "Seminar on the Legal Aspects of Apartheid" 1986 *De Rebus* 28; Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1114, sien ook die bronne aangehaal op 1112 vn 10.

44 Lubowski "Democracy and the Judiciary" 21; Friedrichs "Legitimacy Crisis" 189; Trengove "Perspectives on the Role of Judges in a Deeply Divided Society" in Corder (red) *Democracy and the Judiciary* 125 131-132; Anoniem "Legitimering van Regstelsel" 1991 *Consultus* 2; Van Blerk "The South African Courts: A Legitimacy Crisis – Yes or No?" 1992 *Consultus* 135; Hiemstra "The Courts in the New South Africa" 1992 *Consultus* 119; Carpenter "Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy" 110; Mokgatle "Exclusion of Blacks" 44; Dhlamini "The Influence of Race" 38; Gauntlett "Appointing and Promoting Judges" 23; Kahn "Restore the Jury or Reform?" 672 en die gesag daar aangehaal; Huebner "Restructuring Criminal Justice" 966; Ellman "Law and Legitimacy in South Africa" 1995 *Law and Social Inquiry* 407-479; Seekings en Murray *Lay Assessors* 20.

system is one of the strongest incentives for revolution."[45]

Kritici het verder daarop gewys dat die vermeerdering van die sogenaamde *people's courts* in die 1980's as alternatief tot die formele howe daarop gedui het dat die bevolking vertroue verloor het in die formele regstelsel.[46] Daar is ook gewys op die uitlatings ten opsigte van die legitimiteitskrisis gemaak deur Swart leiers as synde 'n weerspieëling van die algemene gevoel onder die Swart bevolking.[47] Kruger[48] kom (in 1994) tot die gevolgtrekking dat daar min twyfel bestaan dat die regbank van die Hoë Hof nie as verteenwoordigend van die samestelling van die breë bevolking beskou kan word nie. Hy voeg by dat die redes hiervoor deels te vinde is in die konvensies en strukture van die regsprofessie, maar ongetwyfeld ook te wyte is aan diskriminasie op grond van ras en geslag. Hy wys voorts daarop dat waar dit gaan om die beskerming en beregting van fundamentele regte, die persepsie dat die regbank illegitiem is, nie geïgnoreer kan word nie.[49]

Die Regskommissie het in sy verslag[50] daarop gewys dat alhoewel die Wet op die Hooggeregshof[51] slegs vereis het dat "geskikte persone" as regsprekende beamptes aangestel word en daar derhalwe geen voorsiening vir eksklusiwiteit op 'n rassegrondslag was nie, is daar sedert 1910 tot 1991 (met ander woorde, tot en met die publikasie van die Regskommissieverslag) slegs twee persone wat nie tot die blanke

---

45 *South African Society: Realities and Future Prospects* 166-167.

46 Seekings en Murray *Lay Assessors* 20; Schärf "People's Courts in Transitions" 167.

47 Seekings en Murray *Lay Assessors* 21; Ellman "Law and Legitimacy in South Africa" 417-418.

48 "Beregting van Fundamentele Regte" 401.

49 Ook die destydse Minister van Justisie Dullah Omar het in 1994 met 'n toespraak in die parlement sy stem gevoeg by die kritici en verklaar dat die regbank 'n legitimiteitskrisis beleef. Sien Seekings en Murray *Lay Assessors* 21.

50 Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1113 ev.

51 A 10 van Wet 59 van 1959.

bevolkingsgroep behoort nie aangestel.[52] Kritici het daarop gewys dat persone wat nie tot die blanke bevolkingsgroep behoort nie, en meer spesifiek Swartmense, die regsproses en die regbank met agterdog bejeën.[53] Die Regskommissie het verklaar dat dit wil voorkom asof Swartmense nie meer vertroue in die regstelsel het nie.[54] Kritici was voorts van mening dat dit belangrik is om weer die vertroue van Swartmense in die onafhanklikheid en onpartydigheid van die regbank te herstel.[55] Alhoewel verskeie redes aangevoer is vir hierdie verskynsel, beklemtoon die Regskommissie dat dit altyd gekoppel kan word aan die afwesigheid van persone (wat afkomstig is van ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep) op die regbank[56] in die Hoë Howe. Ten opsigte van die landdroshowe, het die Regskommissie bevind dat daar nie alleen 'n persepsie bestaan dat die landdroshowe 'n verlengstuk van die Departement van Justisie[57] is nie, maar dat dit vererger word deur die feit dat persone (wat afkomstig is van ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep) onvoldoende verteenwoordiging geniet in die samestelling van die regbanke in landdroshowe.[58]

Volgens kritici beleef die regsbestel onder persone (wat afkomstig is van ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep) en meer spesifiek onder die

---

52 Die Regskommissie het daarop gewys dat gedurende Februarie 1987 is meneer Hassan Mall SC as waarnemende regter in Natal aangestel en op 12 Augustus 1991 is meneer Ismael Mahomed SC as regter in die Transvaalse Provinsiale Afdeling aangestel. Dit is egter onbekend of ander advokate wat nie tot die blanke bevolkingsgroep behoort nie sodanige aanstelling van die hand gewys het.

53 Mokgatle "The Exclusion of Blacks" 48 is van mening: "While blacks still have greater confidence in the Supreme Court bench than in the magistracy, it would be untrue to suggest that judges still enjoy the reputation for independence, racial impartiality and fairness in the black community than their brother judges enjoyed some 30 or 40 years ago."

54 *Grondwetlike Modelle* 1114.

55 Ranchod "Legal Aspects of Apartheid" 28.

56 *Grondwetlike Modelle* 1114.

57 Mokgatle "The Exclusion of Blacks" 49.

58 "White men certainly predominated in the judiciary and magistracy. This was not the result of statutory restrictions: there was never a statutory prohibition on the appointment of black (or female) South Africans as judges in the higher courts, and the monopoly of the judicial office by white (male) South Africans was thus *de facto* rather than *de jure*...Similarly, the near monopoly of white men to appointment as magistrates was *de facto* rather than *de jure*" – Seekings en Murray *Lay Assessors* 22. Kahn "Restore the Jury or Reform?" 673.

Swartmense, 'n legitimiteitskrisis en daar word aangevoer dat ras as gevolg van 'n verskeidenheid van faktore 'n belangrike rol speel.[59] Die Regskommissie[60] noem in sy verslag die volgende faktore:

(1) Alhoewel aanvaar kan word dat die meeste mense onkundig aangaande die reg is, het persone afkomstig van die ander bevolkingsgroepe dié verdere agterstand, naamlik dat baie van hulle ongeletterd is en gekonfronteer word met 'n regstelsel wat 'n Westerse oorsprong het en bedryf word in 'n taal wat hulle nie verstaan nie.

(2) Daar is baie minder regsgekwalifiseerde persone in die ander bevolkingsgroepe as blanke regsgeleerdes.[61] In die praktyk kom dit daarop neer dat die meeste prokureurs en advokate in die land blankes is en ingestel is op die behoeftes van die blankes. Alhoewel regsgeleerde persone in die ander bevolkingsgroepe opleiding in die Romeins-Hollandse reg ontvang en die toepassing daarvan verkies bo die toepassing van die inheemse reg, speel die inheemse reg weer 'n groot rol by baie van die Swart burgers in die gemeenskap.[62]

Uit verskeie oorde is die behoefte geïdentifiseer dat daar aan persone afkomstig van die ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep 'n groter inspraak in die regspleging gegee moet word en dat die balie en regbank meer verteenwoordigend van alle rasse moet wees.[63] Tydens die dertiende jaarlikse Suid-Afrikaanse Regskon-

---

59 Sien oa Dhlamini "The Influence of Race" 38; Mokgatle "The Exclusion of Blacks" 46.

60 *Grondwetlike Modelle* 1122 ev.

61 In die verslag van die Regskommissie *Grondwetlike Modelle* op 1122 word die volgende syfers genoem: in 1983 was daar ongeveer 5 654 prokureurs en 696 advokate wat 26 miljoen persone, waarvan 17,7 miljoen Swartmense was bedien het. Dit beteken een prokureur vir elke 4 599 persone of een prokureur vir elke 3 131 persone wat nie tot die blanke bevolkingsgroep behoort nie. McQuoid-Mason het in 1990 daarop gewys dat meer as 80% van die ongeveer agt duisend prokureurs in Suid-Afrika blankes is en minder as 5% afkomstig is vanuit die ander bevolkingsgroepe. Op daardie stadium was regters uitsluitlik blank. Hy het gewaarsku:"if the legal profession and the judiciary are to have credibility, it will be necessary to change their composition to reflect the broader South African community." Sien Van der Merwe "Thirteenth SA Law Conference" 457.

62 Veral by familieverhoudings. Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1123.

63 Seligson "The Bar and Change" 7.

ferensie is verskeie oplossings vir hierdie probleem aan die hand gedoen. Terwyl sommige kritici meen dat die samestelling van die regsberoep evolusionêr moet ontwikkel en alle diskriminasie uitgeskakel moet word, is ander van mening dat blanke regsgeleerdes daadwerklike stappe moet doen om persone van die Swart-, Kleurling en Asiër-bevolkingsgroepe aan te moedig om prokureurs te word en poste as kandidaatprokureur by groot firmas vir hulle moet aanbied.[64] Sodanige persone behoort dan ook aangemoedig te word om toe te tree tot die balie.[65] Hulle moet met ander woorde aangemoedig word om die regbank as deel van hulle toekoms en loopbaan te beskou. Ander voorstelle was die instel van die juriestelsel of die uitbrei van die assessorestelsel sodat persone in bogemelde kategorie 'n betekenisvolle inspraak in die regspleging kan hê.[66] Hierdie twee voorstelle sal later in meer besonderhede bespreek word. Volgens Ackerman sal enigeen van hierdie twee stelsels 'n kort-termynoplossing wees om, in die afwesigheid van geskikte, gekwalifiseede, regsgeleerde persone vanuit die ander bevolkingsgroepe, die legitimiteit van die regstelsel te herstel.[67] Appèlregter Milne[68] wys daarop dat daar onvoldoende regsgeleerde persone in hierdie kategorie bestaan wat ervare genoeg is vir aanstelling op die regbank en meen 'n langtermynoplossing is om meer persone in hierdie kategorie in die regte op te lei. Die voorstel tot samesmelting van die balie en sy-balie ten einde die "poel" waaruit kandidate geselekteer kan word te vergroot, word tans nog gedebatteer.[69]

---

64 Van der Merwe "Thirteenth SA Law Conference" 457.

65 Arendse en Ngalwana "The Underrepresentation of Blacks and Women at the Bar" 1998 *Consultus* 74 maak voorstelle in hierdie verband wat moontlik as kontroversieel beskou kan word.

66 Labuschagne "Kontrolemeganismes" 356; Rood "Jury System" 749; Anoniem "A Time for Juries" 1990 *De Rebus* 507; Kahn "Restore the Jury or Reform?" 672; Wood "The Time is Ripe for Juries" 1991 *De Rebus* 6; De Wet "Tot Wanneer Moet die Jurie Nog Uitbly?" 1992 *De Rebus* 295; Van Zyl Smit "Assessors and Criminal Justice" 1985 *SAJHR* 218; Van der Merwe "Thirteenth SA Law Conference" 457; Milne "Speech by the Honourable Mr Justice AJ Milne to the Natal Law Society" 1980 *SALJ* 453 461.

67 Van der Merwe "Thirteenth SA Law Conference" 457.

68 Milne "Speech by Justice Milne to the Natal Law Society" 461.

69 Sien die bespreking by afd 8.4.1.1(b)(dd) en die gesag daar aangehaal.

Wat die *saaklike onafhanklikheid* van die regbank betref, wys Kruger[70] in 1994 daarop dat daar weining twyfel kan bestaan dat ten minste 'n deel (indien nie die grootste deel nie) van die bevolking die ervaring het dat die regbank nie altyd sterk in die bres getree het om fundamentele regte teen owerheidsingrepe te beskerm nie. Met ander woorde, die persepsie bestaan dat die regbank diskriminerende wetgewing sonder veel skroom of teenspraak aanvaar het en maar te geredelik (en positivisties-dienstig) toegepas het.[71]

Sedert 1994 het die regbank egter heelwat verandering ondergaan, veral met die inwerkingtreding van die Grondwet van 1996 en die handves van menseregte. In die bespreking wat hierna volg sal die onafhanklikheid van die regbank ontleed word teen die agtergrond van die kritiek wat hierbo uitgespreek is en voorstelle wat gemaak is ter oplossing van die probleme.

8.4 DIE HUIDIGE POSISIE: DIE ONAFHANKLIKHEID VAN DIE REGBANK

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 bevat 'n algemene bepaling dat die regsprekende gesag onafhanklik, onpartydig en slegs onderworpe aan die Grondwet en die reg is.[72] Soos uit die bespreking hieronder sal blyk bevat die Grondwet ook bepalings oor die meeste ander aspekte van die onafhanklikheid van die regbank.

Soos reeds by die bespreking van die fundamentele beginsels uitgelig is, word daar, wanneer die onafhanklikheid van die regbank ter sprake kom, gewoonlik 'n onderskeid gemaak tussen die persoonlike onafhanklikheid en die saaklike onafhanklikheid van

---

70 "Beregting van Fundamentele Regte" 402. Hy voeg egter by dat die hoë gehalte van regspraak wat ongetwyfeld ook deur die Suid-Afrikaanse regbank gelewer is, nie misken moet word nie.

71 Ten opsigte van hierdie punt van kritiek, sien ook die gesag aangehaal in die verslag van die Regskommissie *Grondwetlike Modelle* op 1112 vn 10.

72 A 165(2) van die Grondwet van 1996.

die regbank.[73] Hierdie aspekte sal nou bespreek word met verwysing na die Suid-Afrikaanse posisie.

8.4.1 Regsprekende beamptes in die hoër howe: Persoonlike onafhanklikheid

Soos in die voorafgaande bespreking[74] verduidelik is, beteken persoonlike onafhanklikheid van die regbank dat die aanstelling, ampsduur en diensvoorwaardes van regsprekende amptenare nie willekeurig deur ander owerheidsorgane beheer word nie. Die bespreking van die persoonlike onafhanklikheid sal gedoen word aan die hand van die volgende indeling: seleksie, diensvoorwaardes en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.

8.4.1.1 Seleksie

(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie

Ingevolge artikel 174(1) mag enige man of vrou, wat oor gepaste kwalifikasies beskik, en wat 'n geskikte en gepaste persoon is aangestel word as regterlike beampte.[75] Enige persoon wat aangestel word as regter van die Konstitusionele Hof moet ook 'n Suid-Afrikaanse burger wees.[76] Die vereiste van *geskikte en gepaste persoon* met *gepaste kwalifikasies* het in die praktyk die gevolg dat die meeste regsprekende amptenare geselekteer word uit die geledere van die balie – dit was dan ook een van die punte van kritiek wat in die ou bedeling teen die seleksie van regsprekende

---

73 Sien afd 2.3. Sien ook die bespreking van hierdie aspekte in Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 237 ev; Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 598.

74 Sien afd 2.3.1 en hfst 3.

75 Die betrokke gedeelte van a 174(1) van die Grondwet van 1996 lees: "Any appropriately qualified woman or man who is a fit and proper person may be appointed as a judicial officer." Dit word bevestig deur die uitspraak van die hof in *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 10 BCLR 1253 (KH) par 122: "These are objective criteria subject to constitutional control by the courts...".

76 A 174(1) van die Grondwet van 1996.

amptenare geopper is, naamlik dat die "poel" waaruit die seleksie plaasvind te klein is en dat persone wat nie tot die blanke bevolkingsgroep behoort nie en vrouens derhalwe verhoed word om aangestel te word tot die regbank.[77] Alhoewel die oorgrote meerderheid aanstellings nóg steeds uit die geledere van die balie gemaak word, word daar teenswoordig ook persone buite die balie wat aan bogenoemde vereistes voldoen, soos akademici en prokureurs, aangestel tot die regbank.[78]

Artikel 180(a) van die Grondwet van 1996 maak voorsiening vir opleidingsprogramme vir regsprekende amptenare.[79] In lyn met die tendens ten opsigte van regterlike opleiding wat wêreldwyd in van die belangrikste regstelsels[80] posgevat het,[81] is die eerste opleidingsprogram vir regters in Suid-Afrika oor drie dae in Julie 1997 gehou. Van die redes wat sodanige opleiding noodsaak is onder andere snel-ontwikkelende tegnologie, die aanvaarding van die Grondwet van 1996 met die handves van menseregte (waar dikwels van regters verwag word om waarde-oordele te vel by, byvoorbeeld, die bepaling van grondwetlikheid van parlementêre wetgewing), die noodsaaklikheid

---

77 *Grondwetlike Modelle* 1116 en die bronne daar aangehaal. Sien ook die bespreking hierna tov die wyse van seleksie van regsprekende amptenare in afd 8.4.1.1(b).

78 Van der Merwe "SA's New Minister of Justice Sets the Scene for a Changed Legal System: Rights of Audience, Judicial Appointments for Attorneys" 1994 *De Rebus* 489. Anoniem "'n Vooraanstaande Prokureur op die Regbank" 1996 *De Rebus* 338; Arendse en Ngalwana "Underrepresentation" 75. Regterpresident Somyalo is in 1995 die eerste prokureur wat aangestel is tot die regbank en is in 1999 aangestel as regterpresident van die Oos-Kaap Hoë Hof – Carlisle "Judge President Somyalo Tackles the Challenges of the Grahamstown Bench" 1999 *De Rebus* (Desember) 20.

79 A 180(a) van die Grondwet van 1996 bepaal die volgende: "National legislation may provide for any matter concerning the administration of justice that is not dealt with in the Constitution, including–
(a) training programmes for judicial officers..."

80 Soos reeds vermeld in die voorafgaande regsvergelykende ondersoek, word regsopleidingsprogramme vir regters georganiseer in Engeland (deur die *Judicial Studies Board*) en in Amerika (deur die *Federal Judicial Centre*) – sien die bespreking in afd 5.2.1.1.1 (a) en afd 5.3.1.1.1(a). Soortgelyke opleidingsprogramme word ook aangebied in Kanada (deur die *National Judicial Institute* onder leiding van die *Chief Justice*), Australië, Nieu-Seeland, Maleisië, Pakistan en Sri-Lanka – Mahomed "Welcoming Address at the First Orientation Course for New Judges" 1998 *SALJ* 107; Brand "Perspective on Judicial Education" 1997 *Consultus* 124.

81 In Kanada is die *National Judicial Institute* in 1988 in die lewe geroep met die mandaat "to foster a high standard of judicial performance through programs that stimulate continuing professional and personal growth; to engender a high level of social awareness, ethical sensitivity and pride of excellence, within an independent judiciary; thereby improving the administration of justice" – Pickett "The Canadian Judicial System" 1997 *Consultus* 133 135.

vir sensitiwiteitsopleiding (*sensitivity training*)[82] om regsprekende amptenare bedag te maak op perspektiewe van groepe wat in die verlede moontlik onregverdiglik vervreem is[83] en 'n gebrek aan tyd (met 'n al-groterwordende werkslading) om op hoogte te bly van alle nuwe regsontwikkelinge.[84] Die befondsing van die opleidingsprogram is moontlik gemaak deur 'n samewerkingsooreenkoms met Kanada, wat bekend staan as die *Canada-South Africa Justice Linkage Project.*[85] Suid-Afrika kon baat vind by die ondervinding van ander regstelsels:[86] Een van die belangrikste riglyne wat na vore gekom het, is dat dit 'n aanvaarde beginsel is dat regterlike opleiding altyd onder die beheer van *regters* moet wees.[87] Alhoewel ruim gebruik gemaak kan word van die talente van regsdosente (van veral regsfakulteite) en ander deskundiges met moontlike waardevolle praktykservaring, moet die dryfveer agter die proses en die kontrole ten opsigte van die proses berus by die regbank. 'n Verdere riglyn wat geblyk het is dat voordat regsopleiding op hierdie vlak enigsens suksesvol kan wees, dit sigbare

---

82 Indien regters openlik 'n aktiewe program van voortgesette regterlike opleiding ondergaan wat kwessies soos bv geslagssensitiwiteit aanspreek, sal dit as bewys dien van hulle toewyding tot die waardes van die Grondwet en die nuwe regsklimaat – Anoniem "Die Beoordeling van Regters" 1998 *De Rebus* 4.

83 Sulke groepe sluit onder andere in vrouens, Swartmense, homoseksuele en ongeletterde en gestremde persone – Mahomed "Orientation Course" 109.

84 Rekenaartegnologie word ook al hoe meer gebruik (en voortdurend verbeter) om regterlike navorsings en administratiewe pligte te vergemaklik met die oog op vinniger en meer effektiewe regspleging. Sien oa Flemming "Bestuur en Rekenarisering in die Hooggeregshof" 1996 *Consultus* 116; Anoniem "Computerisation of Court Records" 1994 *Consultus* 159; Mustill Lord "Helping the Judges: Information Technology in the Courts" 1996 *Civil Justice Quarterly* 288.

85 Anoniem "The Canada-South Africa Justice Linkage Project" 1997 *Consultus* 136; Bawa "Judicial Education" 1999 *Consultus* 28.

86 Vir verdere riglyne en besprekings tov regterlike opleidingsprogramme, sien Nicholson "Judicial Education and the Means of Funding it in the Asian Region: A Judge's View" 1997 *Journal of Judicial Administration* 83; Sallmann "A Note on Judicial Education in Australia: An Australian Institute of Judicial Administration Perspective" 1992 *Journal of Judicial Administration* 28; Armytage "Continuing Judicial Education: The Education Programme of the Judicial Commission of New South Wales" 1993 *Journal of Judicial Administration* 28; McGarvie "Equality, Justice and Confidence" 1996 *Journal of Judicial Administration* 141.

87 Mahomed "Orientation Course" 110; Brand "Judicial Education" 124; Whittle "Johannesburg Judge: The Time Has Come for a Judicial Conference" 1999 *De Rebus* (April) 16. In Kanada bestaan die *National Judicial Institute* uit sewe lede, waarvan ses regters is en een 'n dekaan van 'n regskool – Pickett "Canadian Judicial System" 136. In Engeland is die standpunt ook dat "[c]ontrol of the content and form of such training must be in the hands of judges themselves" – British Information Services "British Judges Learn More To Do Than Judge" 1998 *De Rebus* (Julie) 17; Nicholson "Judicial Education" 83 85.

ondersteuning moet geniet op die hoogste vlak van die regbank. In Suid-Afrika is hierdie twee riglyne suksesvol nagevolg.[88] Die regterlike opleidingsprogramme bestaan gewoonlik uit twee programme, naamlik 'n oriënteringsprogram vir nuut aangestelde regters en 'n opknappingskursus vir regters wat al geruime tyd op die regbank dien.[89] Dit is insiggewend om te verwys na die woorde waarmee hoofregter Mahomed sy verwelkomingsrede afgesluit het:

> "But I think it is important to conclude by understanding what judicial education is and what it is not.
>
> It is about self-education in collective discourse among colleagues, who all receive as much as they give. It is *not* about instructions from superiors to inferiors. It is about discovering problems as much as seeking solutions. It is not about prescribing solutions. It is about process and journey. Not about results and destiny."[90]

Tydens die eerste opleidingskursus vir regters is 'n idee geopper vir die instel van moontlike beroepsgerigte opleiding vir *aspirant*-regters wat oor die vermoë en potensiaal beskik, maar 'n tekort aan ondervinding het – of so 'n radikale verandering ingestel moet word, is 'n ope vraag wat waarskynlik eers in die toekoms beantwoord sal kan word.[90] Myns insiens kan dit moontlik dien om die "poel" waaruit die regsprekende amptenare normaalweg kom te vergroot. Daar sal egter goed besin moet word oor presies wie in so 'n kategorie sal val, met ander woorde wat die minimumkwalifikasies sal wees om in so 'n kategorie te val, die aard van die opleiding (wat waarskynlik daarop gerig sal wees om praktiese ondervinding op te doen)[91] wat aan sulke persone

---

88 Brand "Judicial Education" 124 ev. Die eerste regterlike opleidingsprogram is geloods onder leiding van 'n sub-komitee (onder voorsitterskap van regter Farlam) van die Regterlike Dienskommissie. Die verteenwoordiger van die Kommissie op die subkomitee was op daardie stadium die President van die Konstitusionele Hof, regter Chaskalson. Verskeie regters het die gehoor toegespreek ten opsigte van aangeleenthede soos die belangrikheid van regterlike opleiding, die rol van die regbank in 'n konstitusionele staat, die skryf van regsbeslissings, vonnisoplegging, waarna 'n paneel-bespreking ten opsigte van praktiese probleme gevolg het. Die evaluering van die kursus deur die deelnemers was oorweldigend positief en die algemene gevoel was dat beide die orienteringsprogramme sowel as opknappingsprogramme jaarliks aangebied moet word. Sien Mahomed "The Role of the Judiciary in a Constitutional State" 1998 *SALJ* 111; Corbett "Writing a Judgment" 1998 *SALJ* 116.

89 Bawa "Judicial Education" 28; Brand "Judicial Education" 124.

90 Anoniem "Beoordeling van Regters" 4.

91 By bepaling van die aard van die opleiding, kan moontlik gekyk word na die opleidingskursusse aangebied vir aspirant-beroepsregters in Duitsland (sien afd 5.4.1.1.1(a)) en Frankryk (afd 5.5.1.1.1(a)).

verskaf moet word, of sodanige persone 'n eksamen moet aflê na bywoning van die kursus en of sodanige persone (na suksesvolle aflegging van die eksamen) eers vir 'n proeftermyn aangestel moet word.

(b) Wyse van seleksie

Voor die instelling van die Regterlike Dienskommissie ingevolge die Grondwet van 1993[92] en die latere bevestiging ingevolge die Grondwet van 1996,[93] was die kritiek dat alhoewel die uitvoerende gesag die aanstelling van regters moes doen in oorleg met die betrokke regter-president,[94] dit in die praktyk nie gedoen is nie en die aanstelling van regters dus uitsluitlik en onbelemmerd berus het by die uitvoerende gesag.[95] Kritici was van mening dat alhoewel regters uitsluitlik op grond van meriete tot die bank aangestel behoort te word, dit in die praktyk nie plaasgevind het nie en dat politieke oorwegings oor die jare 'n rol gespeel het by die aanstelling van regters, regters-presidente, appèlregters en hoofregters.[96] Die Hoexter-kommissie het reeds in 1983 daarop gewys dat dit nie vir doeltreffende regspleging, die beeld van die regbank of die publieke vertroue bevorderlik is dat die wyse waarop regters aangestel word enige ruimte laat vir bespiegelings aangaande die onafhanklikheid van diegene wat op die regbank aangestel word nie.[97]

Ingevolge die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 stel die President (*saam met* die kabinet)[98] die Hoofregter en Adjunkhoofregter aan *na oorleg-*

---

92 Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1993.

93 Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996.

94 A 10 van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959.

95 Gauntlett "Appointing and Promoting Judges" 24; Labuschagne "Kontrolemeganismes" 360.

96 Dugard *Human Rights* 283-284, 287; Kentridge "Telling the Truth about the Law" 648; Hoexter-verslag Deel A, Deel II par 1.3.2; Van Blerk *Judge and be Judged* 145-147; Gauntlett "Appointing and Promoting Judges" 23.

97 Sien die Hoexter-verslag Deel A, Deel II par 1.3.5. Regskommissieverslag *Projek 77: Grondwetlike Modelle Verslag* – vol 3 1991.

98 A 85(2) van die Grondwet van 1996.

pleging met die Regterlike Dienskommissie.[99]

In geval van die Konstitusionele Hof,[100] wat bestaan uit 'n President, 'n Adjunk-president en nog nege regters, word vereis dat die regters behoorlik *gekwalifiseer* en gepaste en geskikte Suid-Afrikaanse burgers moet wees.[101] Op enige tydstip moet ten minste vier lede van die Hof persone wees wat met hulle aanstelling regters was.[102] Die regters van die Konstitusionele Hof word soos volg aangestel:

- die President en Adjunk-president van die Konstitusionele word aangestel deur die President (saam *met* die ander lede van die kabinet), *na oorlegpleging* met die leiers van die partye in die Nasionale Vergadering[103] en *na oorlegpleging* met die Regterlike Dienskommissie;[104] en
- die ander regters van die Konstitusionele Hof word aangestel deur die President (saam met die ander lede van die kabinet) *na oorlegpleging* met die President van die Konstitusionele Hof en die leiers van die partye in die Nasionale Vergadering *vanaf* 'n lys van name[105] wat die Regterlike Dienskommissie voorgelê het.[106]

---

99 A 174(3) van die Grondwet van 1996. Ingevolge A 175(1) van die Grondwet word waarnemende regters aangestel deur die Minister van Justisie na raadpleging met die senior regter van die hof waarin die waarnemende regter sal dien. Besware teen hierdie aanstellingsprosedure is verwerp in *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 10 BCLR 1253 (KH) par 125-132.

100 A 167(1) van die Grondwet van 1996.

101 A 174(1) van die Grondwet van 1996.

102 A 174(5) van die Grondwet van 1996. Die vereiste wat vervat is in a 99(2) van die Oorgangs-grondwet van 1993 dat die regters aangestel word uit regters van die Hoë Hof, prokureurs en advokate wat minstens 10 jaar gepraktiseer het, regsakademici wat minstens 10 jaar gedoseer het en hoogstens 2 ander kundiges in staatsreg, is nie in die Grondwet van 1996 herbepaal nie.

103 A 174(3) en (4) van die Grondwet van 1996 gelees met a 85(2).

104 A 174(3) van die Grondwet van 1996.

105 A 174(4)(a) van die Grondwet van 1996. Die aantal name op die lys wat die Regterlike Diens-kommssie aan die President voorlê, moet die vakatures met drie oorskry.

106 A 174(4) van die Grondwet van 1996. Ingevolge a 175(1) word waarnemende regters wat dien op die Konstitusionele Hof aangestel deur die President op aanbeveling van die Minister van Justisie, wat optree in oorleg met die President van die Konstitusionele Hof en die Hoofregter.

Al die ander regters (met ander woorde, met uitsluiting van die regters van die Konstitusionele Hof) word aangestel deur die President *op advies* van die Regterlike Dienskommissie.[107]

Die vraag wat ontstaan is of die Regterlike Dienskommissie se aanbevelings bindend is? In die geval van aanstellings tot Hoofregter (en Adjunk-Hoofregter), sowel as aanstelling tot President (en Adjunk-President) van die Konstitusionele Hof word die Regterlike Dienskommissie geraadpleeg ("after consulting"). Daar is geen uitdruklike verpligting in die bewoording van hierdie bepalings om die aanbevelings van die Regterlike Dienskommissie as bindend te beskou nie. In die geval van aanstelling van ander regters tot die Konstitusionele Hof, is die Regterlike Dienskommissie se aanbevelings aanvanklik nie bindend nie. Aanstellings word gemaak *na oorlegpleging* met die Regterlike Dienskommissie[108] – voorts word die prosedure vasgestel vir die geval waar die genomineerdes nie aanvaarbaar is nie:[109] die President moet redes verskaf waarom die genomineerde kandidate nie aanvaarbaar is nie en aanstellings *moet*[110] daarna gemaak word vanaf 'n aanvullende lys van genomineerdes wat deur die Regterlike Dienskommissie opgestel is. In geval van aanstelling van regsprekende beamptes tot die ander howe, *moet*[111] die President die aanstellings maak op die advies van die Regterlike Dienskommissie. Die Regterlike Dienskommissie se aanbevelings is dus bindend in die gevalle waar daar 'n *verpligting* is om aanstellings vanaf 'n lys van genomineerdes te maak.

Die instelling van die Regterlike Dienskommissie is 'n baie belangrike hervorming wat

---

Sien Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 226.

107 A 174(6) van die Grondwet van 1996.

108 Ingevolge a 174(4)(b) van die Grondwet van 1996 "[t]he President *may* make appointments from the list".

109 A 174(4) van die Grondwet van 1996.

110 A 174(4)(c) van die Grondwet bepaal dat "the President *must* make the remaining appointments from the supplemented list".

111 A 174(6) van die Grondwet bepaal dat "the President *must* appoint the judges" van die ander howe op advies van die Regterlike Dienskommissie.

plaasgevind het in 'n poging om soveel as moontlik belanghebbende partye te betrek by die aanstelling van regters en om die kritiek teen politieke beïnvloeding by regterlike aanstellings, wat hierbo genoem is, te ondervang.[112] Alhoewel aanstelling deur 'n regterlike dienskommissie duidelik 'n beter model is as aanstelling deur die uitvoerende gesag, hetsy onderhewig aan wetgewende bevestiging of nie, draai die problematiek hier tot 'n groot mate om die samestelling van so 'n regterlike dienskommisssie – met ander woorde, die kernvraag is wie op so 'n regterlike dienskommissie aangestel moet word.

Omdat daar by aanstelling deur 'n regterlike dienskommissie, meerdere persone betrokke is by die seleksieproses en verskillende belangegroepe verteenwoordig kan wees op so 'n kommissie, is dit meer waarskynlik dat 'n groter verskeidenheid regterlike amptenare aangestel kan word as wat die geval sou wees wanneer die besluit ten opsigte van aanstelling by 'n individu berus het.[113]

Met die oog op die saamstel van 'n lys van moontlike kandidate vir regterskap, bestaan die Regterlike Dienskommissie uit drie verteenwoordigers van die regbank, een van die uitvoerende gesag (die Minister van Justisie), vier regspraktisyns (benoem deur die professies en aangestel deur die President), een regsdosent aangewys deur die regsdosente van regsfakulteite van universiteite, ses lede van die Nasionale Vergadering waarvan drie lede van die opposisiepartye moet wees, vier lede van die Nasionale Raad van Provinsies gesteun deur ten minste ses provinsies en vier persone aangewys deur die President saam met die kabinet na raadpleging met die leiers van al die partye in die Nasionale Vergadering.[114]

---

112 In hierdie verband is dit betreurenswaardig dat die seleksieproses omstrede gemaak is deur President Mandela se openlike, voortydige aanbeveling van regter Mahomed se kandidatuur as nuwe hoofregter van Suid-Afrika. Anoniem "The New Chief Justice: A Man for His Time" 1996 *De Rebus* 775.

113 Harris "Appointments to the Bench" 205. Tov die evaluering van modelle van regterlike aanstelling in regsvergelykende perspektief, sien afd 5.7.1.1.

114 A 178(1) van die Grondwet van 1996. Sien ook Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 226.

(aa) Die impak wat die samestelling van die Regterlike Dienskommissie het op sy besluite en werksaamhede

Die wyse waarop die Regterlike Dienskommissie saamgestel word, dit wil sê die verskeidenheid van belange en standpunte wat op so 'n wyse daarby betrek word, beïnvloed die werksaamhede van die Kommissie en die rigting waarin die Kommissie beweeg. Die samestelling van die Regterlike Dienskommissie lei tans tot uiteenlopende kommentaar: aan die een kant word daarop gewys dat die Kommissielede oor die algemeen regspraktisyns, regters en 'n regsakademikus is en dat selfs die politieke aanstellings regsgeleerdes is;[115] aan die ander kant word kritiek geopper teen die grootte van die Kommissie en dat die samestelling daarvan deur politici oorheers[116] word. Dit blyk dat 13 van die 23 permanente Kommissielede hul aanstelling direk of indirek te danke het aan die meerderheidsparty in die nasionale uitvoerende gesag.[117] As gevolg daarvan dat die Regterlike Dienskommissie onlangs baie indruk-

---

115 Malleson "Assessing the Performance of the Judicial Service Commission" 1999 *SALJ* 36 wys op 38 daarop dat, alhoewel dit op papier lyk asof die politieke verteenwoordigers seëvier, "[i]n practice, however, the Commission is heavily dominated by members appointed in their capacities as judges, practising advocates, practising attorneys, or a teacher of law. In addition, almost all those appointed in a political capacity are lawyers in practice or by training, as are three of the four presidential appointees."

116 In Anoniem "Oudregter-president CF Eloff: 25 Jaar as Regter" 1999 *Consultus* 18 19 stel oudregter-president Eloff dit soos volg: "Ek dink dat die daarstelling van 'n instansie soos die Regterlike Dienskommissie onafwendbaar was, maar ek voel sterk daaroor dat die Regterlike Dienskommissie uit regsgeleerdes moet bestaan – regspraktisyns, regters, die hoofregter, die regters-president en so meer. Ek meen dat politici tans die Regterlike Dienskommissie oorheers. Ek dink dat persone wat nie regspraktisyns of regters is nie, nie in staat is om te oordeel wat die kwalifikasies behoort te wees van 'n regter nie". Sien ook Leon "Editorial on JSC is Worrying" 1999 *De Rebus* 6.

117 "Indeed, with hindsight, the ALS's [Assosiation of Law Societies'] constitutional committee was remarkably prescient to observe that the preponderance of political appointees on the JSC [Judicial Service Commission] 'might not ensure that candidates for judicial appointments are appropriately qualified, independent and impartial'. That was because we argued that the constitutional text (now s 178 of the Constitution) could result in a situation in which the party that controlled the national executive had direct or indirect control of the majority of appointments to the JSC. The fact is that no fewer than thirteen out of the JSC's twenty-three permanent members owe their appointment directly or indirectly to the majority party. The appointment of Judges Ngoepe and Tshabalala as Judge President and Deputy Judge President respectively of the Transvaal and Natal high courts indicate how this inbuilt majority weighed in their favour." – Leon "Editorial on JSC is Worrying" 6. In antwoord hierop het die redakteur van *De Rebus* saamgestem dat "with the wisdom gained from two years' experience' the time had come to revisit the ALS's proposals that the JSC should be reduced in size and its membership depoliticised."

wekkende blanke kandidate met wye ondervinding en goeie diensrekords – hoofsaaklik van die balie en nie almal manlik nie – oor die hoof gesien het en eerder Swart kandidate aangestel het met minder ondervinding wat derhalwe minder bekwaam is,[118] het gelei tot die persepsie dat hierdie meerderheid van (direkte of indirekte) politieke aanstellings tot so 'n mate 'n rol gespeel het dat hierdie aanstellings gemaak is op grond van politieke oorwegings en nie op grond van meriete nie. Dit het gebeur ten spyte van die feit dat Swart regsgeleerdes hulle al sterk uitgespreek het teen aanstellings bloot op grond van ras. Dlova (op daardie stadium professor en dekaan van die Regsfakulteit van die Universiteit van Transkei) het op 'n afskeidsfunksie vir 'n aftredende regsprofessor dit onomwonde gestel:

> "We do want blacks as judges in our law courts but they must be real judges – competent, efficient and knowledgeable. Anything cosmetic is unacceptable."[119]

Regter Somyalo[120] (wat onlangs aangestel is as regter-president van die Oos-Kaapse Hoë Hof) het gesê:

> "Apartheid meant that few black people were able to advance themselves in the legal community. That means I have a very small pool to draw on to make the bench more representative *while maintaining standards. It is not good enough to appoint black people simply because they are black or women because they are women.*"[121]

Indien dit wel die geval sou wees dat politieke oorwegings by aanstellings swaarder weeg as meriete, dan is die enigste gevolgtrekking waartoe gekom kan word dat die Regterlike Dienskommissie *nie* 'n verbetering teweeg gebring het wat betref die aanstelling van regterlike amptenare tot die regbank nie en dat dieselfde politisering van die regbank plaasvind as wat die geval was in die vorige bedeling, behalwe dat dit gedoen word onder die dekmantel van die aansien wat die Regterlike Diens-

---

118 Hodes "Chair's Report: The Judicial Service Commission" 1999 *Consultus* 7.

119 Hodes "Chair's Report: The Judicial Service Commission" 7.

120 Carlisle "Judge President Somyalo Tackles the Challenges of the Grahamstown Bench" 1999 *De Rebus* 20.

121 Eie kursivering.

kommissie bied.[122] Die Regterlike Dienskommissie ontken die aantygings dat enige van hulle aanstellings "had not enhanced the judiciary".[123] Ten spyte daarvan dat die Minister van Justisie Dullah Omar die ideale situasie omskryf, naamlik "[i]t is extremely important that people who join the JSC do not see themselves as representing any particular constituency", bly dit egter 'n realiteit dat indien 'n lid van die Kommissie direk of indirek aangestel word deur politici, so 'n lid na alle waarskynlikheid gekies is omdat hy of sy die oogmerke van so 'n politieke party simpatiek gesind is, wat noodwendigerwys daartoe lei dat sy of haar standpunt ten opsigte van die kriteria vir regterlike aanstellings waarskynlik ook polities versoenbaar sal wees. Dit is natuurlik so, dat elke Kommissielid se besluit beïnvloed word deur sodanige lid se besondere standpunte – die probleem is dat as gevolg van die besondere samestelling van die Kommissie is die lede wat direk of indirek deur politici daargestel is in die meerderheid. Daar word aan die hand gedoen dat die samestelling van die Regterlike Dienskommissie in heroorweging geneem en verander word sodat dit, nie alleen in effek onafhanklik is nie, maar ook enige persepsie van politisering uit die weg ruim.

(bb) Evaluering van die werksaamhede van die Regterlike Dienskommissie

By die uitvoering van die Kommissie se werksaamhede neem die lede van die regbank 'n leidende rol in die volgende opsig: tydens onderhoude met kandidate,

---

122 "The reality is...that the existing JSC [Judicial Service Commission] could not serve the governing party's purposes better: it enables it to make political appointments without any political responsibility. That is precisely what the ALS [Association of Law Societies] objected to in 1996; an objection which in the passage of two years has, unfortunately become a reality. Sadly it is likely to lead to exactly the same politicisation of the judiciary that occurred under National Party rule, although, this time, with the cloak of respectability that the JSC gives it." – Leon "Editorial on JSC is worrying" 6.

123 Whittle "How to Judge A Judge" 1999 *De Rebus* 18 19 wys regter Chaskalson daarop dat "there had been no noticeable drop in the standard of judgments reported in the law reports." Hy voeg ook by dat die negatiewe persepsie moontlik toegeskryf kan word aan "some leaders in the legal profession who resent the fact that there has been a change in the method of appointment." Hierdie rede vir die kritiek (wat regter Chaskalson aanvoer) oortuig egter nie, aangesien die kritiek oor die algemeen kom van persone en instellings wat hierdie metode van aanstelling (naamlik deur 'n Regterlike Dienskommissie) verwelkom. Die Minister van Justisie, synde self 'n politieke aanstelling, se reaksie dat die Regterlike Dienskommissie in die vier jaar "had performed well" en "has helped to depoliticise the issue of appointments" is nie verbasend nie.

speel die Hoofregter, wat as voorsittende beampte optree, saam met die President van die Konstitusionele Hof, 'n dominante rol ten opsigte van die ondervraging van kandidate.[124]

Ooreenkomstig die Grondwet se klem op *transparency*[125] word vereis dat indien die President een van die genomineerdes ten opsigte van die Konstitusionele Hof onaanvaarbaar bevind, moet redes verskaf word vir so 'n besluit en kan die Regterlike Dienskommissie in so 'n geval versoek word om die lys aan te vul indien daar nog vakatures is wat gevul moet word. Die Kommissie moet dan die lys aanvul en die President *moet* die aanstelling(s) uit hierdie lys maak[126]– die Kommissie se besluite is dus bindend in hierdie stadium. By aanstelling van regterlike amptenare ten opsigte van regters in die ander howe, is aanstelling ooreenkomstig die kommissie se lys van genomineerdes bindend.

Na evaluering van die werksaamhede van die Regterlike Dienskommissie kom Malleson tot die gevolgtrekking dat "[t]he removal of direct executive influence in the selection process and the emergence of a sense of collective identity and purpose amongst the different members indicate that the Commission has achieved a degree of independence."[127] Sy voeg egter by dat 'n goeie aanstellingsproses gekenmerk word, nie alleen deur die vereiste van *onafhanklikheid* van die stelsel nie, maar ook deur die element van *verantwoordbaarheid*. Hierdie twee vereistes staan dikwels in 'n spanningsverhouding teenoor mekaar. Met die instel van die Regterlike Diens-

---

124 Malleson "Judicial Service Commission" 38.

125 Dickson "South Africa's Constitutional Court" 1995 *New LJ* 246 verduidelik ten opsigte van die Regterlike Dienskommissie (JSC):" In mid 1994 the appointment of the JSC itself gave rise to considerable controversy, as did the Commission's decision to subject the candidates for appointment to the court to public, though non-televised, hearings. The Commission wished the selection process to be more open than under the old regime but not as inquisitorial as for Supreme Court judges in the United States."

126 A 174(4) van die Grondwet van 1996. Malleson "Judicial Service Commission" 39 vn 9 wys daarop dat hierdie prosedure tot op datum nog nie gebruik is nie. "For High Court posts it is generally accepted that the President has no equivalent discretion and is obliged to appoint the Commission's chosen candidates (s174(6))."

127 "Judicial Service Commission" 39. Sy voeg by dat "[a] measure of its success in this regard is the opposition which its appointments have provoked in the government."

kommissie (wat primêr bestaan uit onverkose regsgeleerdes en regters en aanstellings van die uitvoerende gesag) is die skakel met die kieserspubliek (en gevolglik die verantwoordbaarheid teenoor die kiesers) verswak. Sy voer aan dat so 'n stap slegs geregverdig sal kan word, indien aangedui kan word dat die Kommissie fundamentele veranderings in die aanstellingsproses teweeggebring het; in besonder, die invoer van deursigtigheid *(openness)* in die seleksieproses[128] en die bevordering van groter verskeidenheid (*greater diversity)* in die samestelling van die regbank.[129]

Ten opsigte van die vereiste van *deursigtigheid* van die seleksieprosedure blyk dit dat:

- vakante vakatures geadverteer word en die Kommissie moet poog om nominasies van 'n wye verskeidenheid van bronne te verkry;[130]
- die name van kandidate wat op 'n kortlys geplaas is (vir onderhoude) deur 'n keuringssubkomitee (*screening subcommittee*) bekend gemaak word en die Kommissie die standpunte van verskeie instellings[131] ten opsigte van die geskiktheid van die betrokke kandidate verkry – daar bestaan nie streng reëls ten opsigte van die vertroulikheid van inligting wat deur derde partye ten

---

128 "The requirement of openness is particularly acute in the judicial appointments process, because a recurring criticism of the old system was the high level of secrecy within which the selection process functioned. The extent to which the Commission operates transparent procedures is therefore a critical test of its legitimacy." – "Judicial Service Commission" 40.

129 "An equally important test of the success of the Commission is the extent to which it has improved the representativeness of the Bench. The Constitution states that those appointed must be 'fit and proper' persons and that the selectors must have regard to the need for the South African judiciary to reflect broadly the racial and gender composition of the country. Having inherited an almost completely white male Bench, the Commission was thus given the daunting task of completely reforming the composition of the judiciary."– "Judicial Service Commission" 46.

130 Die voorgeskrewe prosedure van die Regterlike Dienskomissie is vervat in *Procedure of the Judicial Service Commission* GN R114 GG 16952 van 2 Februarie 1996.

131 Instellings wat geraadpleeg word is oa die Regsvereniging van Suid-Afrika, die Algemene Balieraad en die Departement van Justisie – Malleson "Judicial Service Commission" 40. Dit blyk egter dat die verslae van verskillende instellings waarop die Kommissie steun tov veral die kandidate se tegniese vaardighede dikwels ontoereikend is: in sekere gevalle kom dit bloot neer op 'n stem vir of teen die kandidaat; in ander gevalle blyk die nominasie van die kandidaat polities gemotiveer te wees of selfs 'n beloning vir dienste in die verlede – Whittle "How to Judge a Judge" 18.

opsigte van die kandidate geopper is nie;[132]

- onderhoude met kandidate in die openbaar gehou word – alhoewel die kandidate die openbare onderhoude oor die algemeen as persoonlik ongemaklik vind, is daar, ten spyte van die gemengde gevoelens daaroor, 'n aantal wat hul ondersteuning daarvoor uitgespreek het as 'n effektiewe meganisme om deursigtigheid te bewerkstellig;[133]
- een van die mins bevredigende aspekte van die onderhoude die volgende is: die gebrek aan konsekwentheid deur die Kommissie ten opsigte van die aard en aantal vrae wat aan die kandidate gestel word, die lengte van die onderhoude en die graad van ondersoek wat ingestel word ten opsigte van sekere aspekte by sekere kandidate – Malleson wys daarop dat alhoewel gestandaardiseerde vrae duidelik ontoepaslik sal wees, "the requirement that interviews be as similar as possible in length, content and approach is a basic requirement of any equal-opportunities selection process";[134]
- die besluitnemingsproses eerstens, om te bepaal welke kandidate op die kortlys geplaas moet word vir onderhoude, en tweedens, ten opsigte van die

---

132 Vertroulike konsultasies wat 'n belangrike rol speel in die seleksieproses van bv Engeland (sien die bespreking in afd 5.2.1.1.1(b)) is nie hier so belangrik nie. Individuele lede kan soms regters of ander regsgeleerdes kontak om hul standpunt te verneem tov 'n kandidaat se werk en ondervinding, waar die lede die kandidaat nie persoonlik ken nie. Die meeste regters word egter steeds geselekteer vanuit die Balie (wat nie baie groot is nie) – die gevolg is dat meeste lede van die Kommissie persoonlike kennis het van die meerderheid van die kandidate. Tensy 'n derde party versoek dat inligting as vertroulik beskou moet word, word inligting oor die algemeen aan die Kommissie gegee met die verstandhouding dat dit aan die kandidate geopenbaar en bespreek mag word tydens onderhoude. Malleson "Judicial Service Commission" 41.

133 Kritici van openbare onderhoude het verwys na die *United States Senate Judiciary Committee* se *confirmation hearings* (meer spesifiek dié tov Clarence Thomas en Robert Bork) en gewys op die gevaar dat die openbare onderhoude kan ontaard in persoonlike aanvalle en gebuk gaan onder politieke korrektheid en die openbare vertroue in die regbank sal ondermyn. In reaksie hierop het die Kommissie die eerste rondte van onderhoude vir Hoë Hof-poste agter geslote deure gehou. Sedertdien is alle onderhoude in die openbaar gehou. Malleson "Judicial Service Commission" 42. Volgens Nthai "The JSC and Judicial Transformation" 1998 *De Rebus* 29 "this public conduct of its business has removed a veil of secrecy over the appointment of judges." Daarenteen is oudregter-president Eloff van mening dat "die huidige praktyk van openbare onderhoude en kommentaar deur die pers 'n negatiewe effek tot gevolg gehad het. 'n Groot aantal advokate wat goeie regters sou wees, laat hulle afsit deur die huidige sisteem."– Anoniem "Oudregter-president CF Eloff: 25 Jaar as Regter" 1999 *Consultus* (Junie) 18 19.

134 "Judicial Service Commission" 44. In sekere gevalle en ten opsigte van sekere kandidate word die kritiek uitgespreek dat die onderhoude die vorm van 'n inkwisisie aanneem – Hodes "Chair's Report: The Judicial Service Commission" 1999 *Consultus* (September) 7.

finale aanstelling egter agter geslote deure geskied – in reaksie op kritiek hieroor, het die Kommissie in 1998 besluit om bandopnames van die besprekings tydens die besluitnemingsproses aan joernaliste beskikbaar te stel;[135]

- om te voldoen aan die vereiste van *deursigtigheid*, die waarde van die openbare onderhoude gemeet moet word aan die vraag eerstens, of dit *meer en beter inligting* ten opsigte van kandidate daarstel en tweedens, of die inligting *aan 'n wyd genoeg gehoor versprei* word – ten opsigte van die eerste vraag, blyk daar geen twyfel te wees dat die openbare onderhoude wel die omvang en kwaliteit van inligting oor kandidate verbeter het nie;[136] ten opsigte van die tweede vraag, het die Kommissie se verbod op die teenwoordigheid van die elektroniese media (radio en televisie) tydens onderhoude[137] die gevolg dat dit die grootte van die gehoor, wat ingelig is ten opsigte van die onderhoude of selfs die bestaan van die Kommissie, baie beperk. Die meerderheid van die bevolking het waarskynlik nie méér kennis ten opsigte van die regters wat aangestel word of die aanstellingsproses as onder die vorige bedeling nie.[138] Malleson kom tot die gevolgtrekking dat "[t]he extent of this gap in the Commission's accountability audit is such that the question of whether and how to extend coverage is another issue that will need to be revisited by the Commission in the future if it is to maintain public confidence in the openness

---

135 "The change in policy on this matter by the Commission would appear to rest upon a desire to end critical speculation about the decisionmaking process by clarifying the way it is interpreting and applying the selection criteria so as to further the improved composition of the Bench, whilst ensuring its continuing competency." – Malleson "Judicial Service Commission" 44-45. Nthai "Judicial Transformation" 28 ondersteun die besluitnemingsproses agter geslote deure. Na kontroversiële aanstellings en 'n versoek deur die voorsitter van die Algemene Balieraad om alle vergtinge in die openbaar te hou, het die Regterlike Dienskommissie besluit om vol te hou daarmee om die besluitnemingsproses agter geslote deur te hou – Hodes "Chair's Report: The Judicial Service Commission" 7.

136 Malleson "Judicial Service Commission" 44. Die verslae wat van instellings verkry word tov kandidate se tegniese vaardigheid, is dikwels ontoereikend – Whittle "How to Judge a Judge" 18.

137 Sien argumente vir en teen dekking deur die elektroniese media – "Judicial Service Commission" 45.

138 Malleson "Judicial Service Commission" 44 ev.

of its work."[139]

Ten opsigte van die vereiste vir *bevordering van groter verskeidenheid* in die samestelling van die regbank, blyk dit dat aansienlike vordering hiermee gemaak is: van die totaal van 91 aanstellings wat deur die Kommissie vanaf 1994 tot November 1998 gemaak is, was 43 Indiër-, Swart en/of vroulike regsgeleerdes.[140] Dit verteenwoordig 'n dramatiese verandering in die aanstellings wat gemaak is. Die aantal blanke mans wat aangestel is, is egter steeds buite verhouding groot – dit het kritiek tot gevolg gehad dat die transformasie nie vinnig genoeg geskied nie. Selfs die kritici aanvaar egter dat as gevolg van historiese[141] en ander redes[142] die "poel" van kandidate wat kwalifiseer vir regterskap beperk is en transformasie derhalwe tyd neem. In die lig van die opdrag in die Grondwet dat daar gestrewe moet word daarna dat regterlike aanstellings *reflect broadly the racial and gender composition of South Africa* en omdat die Grondwet bloot vereis dat 'n *appropriately qualified* en 'n *fit and proper person* aangestel word, het die Kommissie sy wye diskresie gebruik om seleksiekriteria aan te neem wat wyer gaan as die eng vereistes van regsvaardigheid en deskundigheid

---

139 "Although interviews are open to the public, very few observers attend in person. Interest in the first interviews for the Constitutional Court was intense, but since then the appointments process has attracted less media interest and, as a result, press coverage is generally limited to the weekly newspapers, which serve only a small fraction of the general public. The effect of the current arrangements is that the majority of the country probably have no greater knowledge of the judges who are being appointed or the process by which they are chosen than they did under the old appointments process."– "Judicial Service Commission" 45.

140 Van die 43 aanstellings was 12 Indiër mans, 21 Swart mans, ses blanke vrouens, drie Swart vrouens, en een Indiër vrou. Malleson "Judicial Service Commission" 46 vn 22.

141 Swart, Indiër en vroulike regsgeleerdes het tot redelik onlangs nie dieselfde geleenthede gehad om ondervinding op te doen wat hulle sou kwalifiseer vir die regbank nie. Malleson "Judicial Service Commission" 46. Sien ook Anoniem "Beoordeling van Regters" 4; Russell "'No Quick Change' in White Judiciary" *Business Day* (22 Junie 1993) 2; Carlisle "Judge President Somyalo Tackles the Challenges of the Grahamstown Bench" 20; Whittle "How to Judge a Judge" 18-19.

142 Malleson wys daarop dat die "general problem is compounded in South Africa by the effect of the quota system in industry and government, which tends to draw very talented lawyers from non-traditional backgrounds into high-paying jobs away from the Bar and the Bench, thus reducing the diversity of the candidate pool still further." – "Judicial Service Commission" 46 vn 23. Sien ook General Council of the Bar "Bar Strategy 2000" 1999 *Consultus* (September) 20 waar dit op 22 gestel word dat "[unfortunately], a number of eligible senior black lawyers have declined to allow their names to go forward for nomination". Sien ook Whittle "How to Judge a Judge" 19.

wat tradisioneel gebruik is vir aanstelling. Malleson[143] wys op die volgende kriteria:

> "Instead, the criteria include more general characteristics, notably independence, open-mindedness, intellectual ability, fairness, judgement, perceptiveness, stamina, industry, courage and integrity. Negative attributes that would disqualify a candidate include a personal history of hypocrisy, dishonesty, opportunism or expediency."

Deur die kriteria op hierdie wyse uit te brei, het die Kommissie kandidate wat nie die tradisionele beroepspad gevolg het nie, ook die geleentheid gebied om te toon dat hulle op ander gebiede oor kwaliteite beskik wat tot gevolg sou hê dat hulle ook as *fit and proper* persone beskou sou kon word om as regter aangestel te word.[144]

Die Kommissie het ook sekere seleksiekriteria omskryf.[145] Onder die kriterium van vaardigheid (*competence*) word nie alleen tegniese vaardigheid (*technical competence*)[146] verstaan nie, maar ook die bereidwilligheid en bekwaamheid om uitdrukking te gee aan die waardes van die Grondwet. Volgens die Kommissie behoort 'n kandidaat se ondervinding te verwys na beide sy tegniese ondervinding en sy ondervinding van die waardes en behoeftes van die gemeenskap waarin hy of sy dien.

Skrywer doen aan die hand dat alle kandidate, afgesien van ras of geslag, tot die regbank aangestel behoort te word op grond van *meriete*. By oorweging van die meriete van 'n kandidaat, kan verskillende aspekte soos hierbo genoem in ag ge-

---

143 "Judicial Service Commission" 47.

144 Malleson "Judicial Service Commission" 47.

145 Whittle "How to Judge a Judge" 18-19. Hierdie artikel bevat 'n samevatting van die hoofpunte van 'n bespreking van die Kommissie oor die seleksiekriteria (wat blyk uit 'n transkripsie van sodanige bespreking wat plaasgevind het in Oktober 1998).

146 Volgens regter Chaskalson (in daardie stadium die president van die Konstitusionele Hof) is daar "a level of technical ability which is required for a judge and a person who does not meet that technical level ought not to be appointed. That person would rather be given the opportunity to mature...". Hy het egter bygevoeg dat die meerderheid van die Swart bevolking nie die geleentheid gehad het om die nodige tegniese vaardighede te bemeester nie. Volgens 'n ander Kommissielid (Moosa) behoort tegniese vaardigheid nie belangriker te wees as 'n verbintenis tot konstitusionele en demokratiese waardes nie. Volgens hom word 'n regter benodig vir die vaardigheid om 'n dispuut regverdig te beslis, dws wat benodig word is "broad competence and competence which allows our state to flow in the direction that our society is pushing it towards." – Whittle "How to Judge a Judge" 18.

neem word, maar van die belangrikste behoort nog steeds te wees die *vaardigheid* van 'n kandidaat (wat insluit tegniese vaardigheid sowel as vaardigheid om uitdrukking te gee aan die waardes van die Grondwet) en *regskundigheid* wat opgedoen word deur *ondervinding* op die regbank.[147] Daar behoort ruimte te wees om die *potensiaal*[148] van 'n kandidaat om 'n regter te wees in ag te neem, met die voorbehoud dat indien die betrokke kandidate nie oor voldoende ondervinding beskik nie, dit aangespreek behoort te word deur intensiewe opleidingsprogramme[149] wat moontlik kan lei tot tydelike aanstellings op die regbank[150] – sodanige regterlike werksaamhede as waarnemende regter kan dan dien as tipe toets of siftingsproses om te bepaal of 'n kandidaat gereed is vir permanente aanstelling of nie.[151] Daar word verder aan die

---

147 Regter Eloff wys daarop dat daar geen substituut is vir *ondervinding op die regbank* nie – opleiding kan slegs 'n matige bydrae lewer. Anoniem "Oudregter-president CF Eloff: 25 Jaar As Regter" 20. Chaskalson "Reshaping the Structures of Justice for a Democratic South Africa" in Norton (red) *Reshaping the Structures of Justice for a Democratic South Africa* 1994 13 23 beaam dat regsprekende amptenare op meriete aangestel behoort te word en omskryf meriete as synde insluitende "technical skills, but that is not all; it also includes other qualities which are attributes of good judges, and which may be as important as technical skills. There is a minimum threshold of skills and qualities that all judges require, and these should be met in every case. They include integrity, experience, an ability to listen to and understand witnesses...and an intellectual capacity to master the law, to deal with arguments, and to write judgements in a clear and reasoned manner. This minimum threshold should always be met, and to that extent merit must always be a requirement, and the appointment of persons who do not meet the threshold requirements should not be entertained."

148 Sien die potensiaal (*potential*) van 'n kandidaat as een van die seleksiekriteria – Whittle "How to Judge a Judge" 18. Volgens regter Mahomed (op daardie stadium die hoofregter) hou 'n kandidaat se *appropriate potential to be a judge* verband met sy "potential such that any lack of experience can be made up by intensive training".

149 Dit is in ooreenstemming met regter Moroko se standpunt dat aan Swart kandidate, wat nie die geleentheid gehad het om tegniese vaardighede te bekom nie en oor die potensiaal beskik, opleiding gegee moet word – Whittle "How to Judge a Judge" 19. Skrywer stel voor dat hierdie bepaling egter nie beperk behoort te word tot Swart kandidate nie, maar enige kandidate wat oor die potensiaal beskik en wat in die verlede nie die geleentheid gehad het om tegniese vaardigheid op te doen nie.

150 Sien ook General Council of the Bar "Bar Strategy 2000" 22. Daar word aan die hand gedoen dat sodanige tydelike aanstellings, soortgelyk aan die proeftydperk-aanstellings van die lande met 'n beroepsregbank soos Duitsland en Frankryk, gedoen word met die oog op opdoen van ondervinding en om te dien as 'n tipe siftingsproses om te bepaal welke persone ongeskik is vir die regtersamp. Verder behoort dit ook nog te voldoen aan die aspek van legitimiteit omdat die besluit tov permanente aanstelling nie deur die owerheid nie, maar 'n onafhanklike liggaam, die Regterlike Dienskommissie, geneem word. Sien die bespreking tov tydelike aanstellings in afd 3.3.

151 Regter Eloff wys op die voordele wat tydelike aanstellings inhou: "in die eerste instansie dien dit die doel om te besluit of die betrokke persoon geskik sal wees om 'n permanente aanstelling te hê; in die tweede instansie dien dit ook die doel om die betrokke persoon in staat te stel om self

hand gedoen dat intensiewe opleiding (wat insluit die opdoen van praktyksondervinding) behoort te geskied *voordat* 'n kandidaat permanent aangestel word, en nie omgekeerd nie: met ander woorde, kandidate behoort nie permanent aangestel te word met die oog daarop om enige gebrek aan ondervinding *daarna* deur intensiewe opleiding reg te stel nie. In hierdie verband kan gewys word op 'n bespreking (ten opsigte van die seleksiekriteria) deur die Regterlike Dienskommissie waartydens twee van die Kommissielede 'n kandidaat se *potensiaal* as *van groter belang* as sy *tegniese vaardigheid* beskou het en die standpunt is gehuldig dat die Regterlike Dienskommissie nie huiwerig behoort te wees nie om te "experiment with previously disadvantaged persons who would have the potential".[152] Verder behoort die *integriteit* van 'n kandidaat en van 'n aanstelling as sulks van groter belang te wees as die *simboliek*[153] van die aanstelling. Verder word aan die hand gedoen dat waar dit gaan om seleksiekriteria vir die aanstelling van regterlike amptenare, daar ook ag geslaan kan word op wat Harris noem, die kandidaat se *sosiale waarnemingsvermoë*.[154] Die implikasie van hierdie voorstel is dat 'n kandidaat nie net aangestel word omdat hy of sy van 'n bepaalde ras of geslag is (wat neerkom op 'n tipe kwota-stelsel) nie, maar omdat so

---

te oordeel of dit die soort werk is wat hy wil doen. Transformasie van die regbank moet geskied, maar slegs indien die betrokkenes geskik is om regters te word" – Anoniem "Oudregter-president CF Eloff: 25 Jaar as Regter" 19. Sien ook Redgment "Plus Ça Change...:Fifty Years of Judges in Southern Rhodesia, Rhodesia and Zimbabwe" 1985 *SALJ* 529 537 waar, met verwysing na die uitlating van Lord Coleridge in 1891 dat "[i]t is one of the curious things about our profession that you can never tell what sort of a judge a man will be", die standpunt gehuldig word dat "the risk of making bad appointments is greatly curtailed by appointments which permit the opportunity to assess the candidates."

152 Een van die kriteria vir aanstelling van regters (wat blyk uit 'n transkripsie van 'n bespreking hieroor deur die Regterlike Dienskommissie) is *potential* en volgens Hoofregter Mahomed hou 'n kandidaat se "appropriate potential" om 'n regter te wees verband met sy of haar "potential such that any lack of experience can be made up by intensive training". Ten opsigte van hierdie aspek, het ander Kommissielede bygevoeg dat "a candidate's potential was of greater importance than his technical ability" en dat die Regterlike Dienskommissie "should not be scared to experiment with previously disadvantaged persons who would have the potential" – Whittle "How to Judge a Judge" 1999 *De Rebus* 18.

153 Die *symbolism* van 'n betrokke aanstelling is volgens hoofregter Mahomed die "message...given to the community at large"; daarenteen was Bizos ('n advokaat) van mening dat "integrity was so important that he would have to 'weigh it aganst symbolism'" – Whittle "How to Judge a Judge" 1999 *De Rebus* 18.

154 Om sake te bereg steun regters op hul algemene ondervinding van die lewe en die gemeenskap in die breë. 'n Sosiale waarnemingsvermoë gee hulle 'n algemene begrip van die gemeenskap as geheel. Harris "Appointments to the Bench" 198-180. Sien ook die bespreking tov verteenwoordiging in afd 3.5 en 8.4.1.3.

'n kandidaat, synde van 'n bepaalde ras of geslag 'n *bepaalde persepsie* na die regbank bring waaroor die regbank nie alreeds beskik nie, in die lig van die feit dat dit nodig is dat die regbank alle persepsies in die gemeenskap moet reflekteer. Die beginsel dat die regbank verteenwoordigend moet wees van die gemeenskap beteken dan eerder dat *verskillende perspektiewe* op die regbank verteenwoordig moet wees sodat die verskeidenheid van standpunte op die regbank dié in die bevolking reflekteer.[155]

Ten opsigte van *transformasie* van die regbank, was die meerderheid van die Kommissie dit eens dat transformasie nie bloot beteken verandering van die personeel van die regbank deur "replacing white faces with black faces" nie, maar ook 'n geval van intellektuele transformasie.[156] Die "small number of qualified women and black men in the legal profession" is as een van die struikelblokke in die pad van transformasie van die regbank wat betref ras en geslag, geïdentifiseer. Daar word aan die hand gedoen dat transformasie beteken "changing for the better," wat gemeet word eerstens aan 'n erkenning dat daar nog te min vroulike en persone afkomstig van die Swart-, Kleurling- en Asiër-bevolkingsgroepe is wat as regterlike amptenare aangestel is en as regspraktisyns optree, en tweedens, 'n bereidwilligheid om dit so gou as moontlik te verander. Die tansformasieproses behoort egter daarop ingestel te wees om die regstelsel te *verbeter*[157].

---

155 Arbour "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 15; Mahoney "The Myth of Judicial Neutrality: The Role of Judicial Education in the Fair Administration of Justice" 1996 *Willamette LR* 785 wys op 787 daarop dat '[a]s the proliferation of laws continues to expand the judicial role, a greater diversity of judges is needed to reflect the pluralistic nature of the population and the life experiences of minorities." Smith "Diversifying the Judiciary: The Influence of Gender and Race on Judging" 1994 *University of Richmond LR* 202 voer aan dat "diversity may lead to creative problem-solving...Increased diversity in our courtrooms will also go a long way toward eliminating institutional bias, a prerequisite to ensuring all voices are heard and providing for solutions to problems. However, token diversity will not achieve these goals". Sien ook die bespreking in afd 3.5 en 8.4.1.3.

156 Kommissielid De Lange het bygevoeg dat die "intellectual content of what we have in this country is equally important [to] the diversity...therefore I would like us as a JSC to start encapsulating that moralistic integrated approach of what transformation is." – Whittle "How to Judge a Judge" 19.

157 Gauntlett "A Matter of Race?"25 ev. Sien die bespreking in afd 3.5.

Ten opsigte van die vraag welke waarde onderskeidelik geheg moet word aan *individuele bekwaamheid* teenoor *"verteenwoordigendheid"*[158] van die regbank, blyk die standpunt van die Kommissie in die verlede te gewees het dat die aspek van verteenwoordiging nie 'n kwaliteit is wat aan 'n individuele regter kleef nie – dit is 'n kollektiewe kwaliteit wat nagestreef word, nie met die oog op die individuele kandidate nie, maar met die oog op die kollektiewe verbetering van die kwaliteit van geregtigheid. Met hierdie interpretasie verwerp die Kommissie derhalwe die idee "that the need to constitute a Bench which is representative in respect of race and gender requires the selection of such groups in direct proportion to their share of the national population."[159] Volgens die rekord blyk dit dat die Kommissie by die vroeëre aanstellings nie bereid was om kandidate aan te stel wat volgens die Kommissie nie voldoende ondervinding gehad het nie – meer onlangse aanstellings van Swart kandidate met relatief min ondervinding[160] mag moontlik dui op 'n groter bereidwilligheid aan die kant van die Kommissie om opofferings te maak ten opsigte van regterlike ondervinding indien dit die prys is wat betaal moet word vir vinniger diversifikasie van die regbank. Malleson wys daarop dat tydens die bespreking by dié betrokke rondte van aanstellings, het die Kommissie dit beklemtoon dat dit noodsaaklik is om die kwaliteite van *potential and integrity* voorrang te laat geniet bo dié van *technical competence*.[161] Wat die effek hiervan, indien enige, sal wees op die algehele vlak van bekwaamheid van die regbank, sal net die tyd leer.[162]

---

158 Dit kan soos volg geparafraseer word: Moet 'n minder bekwame kandidaat ooit verkies word bo 'n meer bekwame kandidaat waar die keuse die "verteenwoordigendheid" van die regbank sal verbeter?

159 Malleson "Judicial Service Commission" 47.

160 Malleson verwys hier spesifiek na die aanstelling van Swart kandidate tot die poste van regterpresident van die Transvaalse Hoë Hof en die adjunk-regterpresident van die KwaZulu-Natal Hoë Hof in Oktober 1998. Sien ook Anoniem "Die Beoordeling van Regters" 1998 *De Rebus* 4.

161 "Judicial Service Commission" 48.

162 Die feit dat die *Black National Association of Democratic Lawyers* volgens 'n mediaberig beide die Swart en blanke kandidate, naamlik regters Vuka Tshabalala en Willem Booysen, voorspoed toegewens het met die oog op die onderhoude ten opsigte van die pos van regterpresident van KwaZulu-Natal, is verblydend. Alhoewel die vereniging die Swart kandidaat genomineer het, is hul uitgangspunt (volgens hul woordvoerder) "[h]ere is an opportunity to show that the province will benefit whichever candidate is chosen since we will in any case have a black judge among our provincial leaders on the bench". Dit kan moontlik bydra tot 'n klimaat waarin die kiem al

Na evaluering van die Kommissie se werksaamhede blyk dit dat alhoewel, sommige van die Kommissie se besluite deur sekere kritici as kontroversieel beskou is, het dit tog wydverspreid vertroue gewen "by demonstrating accountability through the adoption of more open procedures and a commitment to the appointment of a more diverse judiciary."[163]

(cc) Die belangrikheid van aanstellings tot die Konstitusionele Hof

By die aanstelling van regsprekende amptenare, moet nie alleen gestrewe word na 'n hof wat onafhanklik en bekwaam is nie, maar ingevolge die Grondwet moet die behoefte in ag geneem word dat die regbank in die algemeen die rasse- en geslagsamestelling van Suid-Afrika moet weerspieël.[164] Kruger[165] wys daarop dat aanvaar moet word dat, juis vanweë die kwasie-politieke aard van konstitusionele beregting asook die wydlopende invloed wat die beslissings van die Konstitusionele Hof op die staatkundige ontwikkelingsproses sal hê, die aanstelling van daardie regters inderdaad 'n hoogs verpolitiseerde aangeleentheid is en sal bly.[166] Dit is 'n feit dat die politieke ingesteldheid van 'n regter so 'n regter se standpunt ten opsigte van bepaalde aangeleenthede beïnvloed.[167] Juis daarom is die aanstellingsproses (van veral die regsprekende amptenare van die Konstitusionele Hof) van besondere

---

meer geplaas word op meriete-aanstellings. Rickard "About-turn in Judicial Contest" *Sunday Times* (20 Februarie 2000) 2.

163 Malleson "Judicial Service Commission" 48.

164 A 174(2) van die Grondwet van 1996.

165 "Beregting van Fundamentele Regte" 404.

166 Sien ook Dickson "South Africa's Constitutional Court" 1995 *New LJ* 246 wat op 247 verwys na die eerste samestelling van die Konstitusionele Hof: "Criticism was also raised against the apparent preference given to candidates with ANC leanings: all five new appointments who were not already judges of another court were ANC supporters (although all are now obliged to give up membership of the party): this may well have resulted from the fact that the JSC [Regterlike Dienskommissie] itself is heavily ANC-dominated."

167 "The extent to which personal characteristics influence a judicial decision will vary from judge to judge. The better the judge, the less likely is this to occur. Nevertheless, personal bias does play a part in legal decisions." – Marcus "Judging the Judges" 163. Hy verwys op 160 ook na 'n aanhaling van Jerome Frank (*Law and the Modern Mind* 1949 115): "For in the last push, a judge's decisions are the outcome of his entire life history."

belang vir die besluitnemingsproses en die uiteindelike beslissings van die Konstitusionele Hof. Na evaluering van twee beslissings van die Konstitusionele Hof, kom Sarkin tot die gevolgtrekking dat

> "[j]udicial review is the major weapon of the judiciary in adjudicating constitutional issues. The utility of judicial review, however, is predicated on the existence of vigorous courts which have authority and stature, and are worthy of respect. If this is not manifest, the decisions of the courts will be regarded as little worth and the Bill of Rights of little value.
>
> The two decisions discussed in this article reflect the critical importance of the judicial-appointment process on the process of decision-making. While many authors dispassionately look at doctrine and constitutional theory, the politics of the individual members of the court is of major importance and has been the focus of much attention in other countries. The death-penalty decision is one that could have gone either way, and it is clear that the judicial philosophy of the judges of the court played a significant role in the process of arriving at the decision."[168]

Die hoop word uitgespreek dat alle betrokkenes die aanstelling van sodanige regters op 'n hoogs verantwoordelike wyse sal hanteer, sodat die regbank van die Konstitusionele Hof deur die bevolking gesien en beleef sal word as 'n bekwame en verteenwoordigende regbank waarvan die integriteit (en politieke onpartydigheid) bo verdenking staan.

(dd) Vergroting van die "poel" van kandidate waaruit aanstellings gemaak kan word

Alhoewel die Zuid-Afrika Wet van 1909 niks oor die kwalifikasies van regsprekende beamptes vermeld het nie en die Wet op die Hooggeregshof[169] bloot net 'n "geskikte persoon" vereis, is die regsprekende beamptes van die hoër howe in die ou bedeling[170] in die praktyk op enkele uitsonderings na uit 'n klein professionele elite aangestel.[171] Kritici het twyfel uitgespreek oor die vermoë van die balies om voldoende

---

168 "Problems and Challenges Facing South Africa's Constitutional Court: An Evaluation of its Decisions on Capital and Corporal Punishment" 1996 *SALJ* 71 84-85. Sien ook Sarkin "The Political Role of the South African Constitutional Court" 1997 *SALJ* 134.

169 A 10 van Wet 59 van 1959.

170 Voor die inwerkingtreding van die 1993- en later die 1996-Grondwet.

171 Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1115.

regsprekende amptenare van die vereiste kaliber te lewer.[172] Daar is aangevoer dat die standaard van regspleging moontlik verbeter kan word deur regsprekende beamptes van die Hoë Hof uit meer as een bron te trek, byvoorbeeld uit die geledere van prokureurs, landdroste, direkteure van openbare vervolgings, ander staats-amptenare wat SC-status geniet, regsadviseurs en akademici.[173]

Die Regskommissie[174] het in 1991 in sy verslag daarop gewys dat die gebruik waar-deur regterlike aanstellings tot lede van die balie beperk word, ook die aanstelling van regters, wat nie tot die blanke bevolkingsgroep behoort nie, beperk, aangesien daar slegs 'n klein aantal advokate is wat in hierdie kategorie van persone val. Die praktyksreël op daardie stadium was dat slegs 'n senior-advokaat kwalifiseer vir aanstelling op die regbank. Die Regskommissie het daarop gewys dat daar op daardie stadium ook slegs drie senior advokate was wat in hierdie kategorie van persone geval het. Die Regskommissieverslag het dit benadruk dat 'n uitbreiding van die bronne waaruit regsprekende beamptes getrek kan word sodat ander persone ook as lede van die balie ingesluit word, 'n meer rasgemengde regbank tot gevolg kan hê. Daar is al uit verskeie oorde voorstelle gemaak vir die samesmelting van die balie en sy-balie[175] ten einde die "poel" te vergroot waaruit potensiële kandidate geselekteer

---

172 Cameron ea "Judicial Appointments" 1980 *De Rebus* 430; Hoexter-verslag 70; Olivier "Die Aanstelling van Regsprekende Amptenare" 1988 *De Jure* 132; Kahn "The Judges – IV" 1989 *BML* 249; Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1116.

173 Kahn "Appointment of Magistrates as Judges" 1971 *SALJ* 512; Kahn "The Judges and the Professors or Bench and Chair" 1979 *SALJ* 560; Hoexter-verslag Deel A 73-77; Van der Merwe "Standpunt" 1987 *De Rebus* 5; Olivier "Aanstelling van Regsprekende Amptenare" 132; Kahn "The Judges – II: How Are They Appointed; Where Do They Come From?" 1989 *BML* 189; Kahn "The Judges – III" 1989 *BML* 201; Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1116.

174 *Grondwetlike Modelle* 1116.

175 Die samesmelting van die balie en sy-balie is een van die metodes wat in Zimbabwe gebruik is om die "poel" van kandidate vir seleksie te vergroot ten einde die regbank meer verteenwoordigend van die gemeenskap te maak – Kamba "The Future Role of the Judiciary and the Courts" in Norton (red) *Reshaping the Structures of Justice for a Democratic South Africa* 1994 25 29. In Duitsland en Amerika word daar ook geen onderskeid gemaak tussen die balie en sy-balie nie – tov Duitsland, sien Werle "The Transformation of the structures of South African Courts: A Comparative Analysis of the German Model" in Norton (red) *Reshaping the Structures of Justice for a Democratic South Africa* 1994 37 38-41; tov Amerika, sien Josman "Advantages of the Divided Bar: A View from the American Experience" 1999 *Consultus* (Desember) 31. Sien ook die bespreking tov die seleksie van regterlike amptenare in afd 5.3.1.1.1 (tov Amerika), in afd 5.4.1.1.1 (tov Duitsland) en in afd 5.6.1.1 (tov Zimbabwe).

kan word, maar sodanige voorstelle lok uiteenlopende kritiek uit.[176]

In navolging van die bepaling in die Grondwet van 1996 dat enige *appropriately qualified woman or man who is a fit and proper person may be appointed as a judicial officer* en die behoefte soos uitgespreek hierbo, word daar wel tans in die nuwe bedeling regsprekende amptenare uit 'n groter "poel" getrek as voorheen: dit blyk dat manlike en vroulike prokureurs en akademici ook hedendaags as regsprekende amptenare aangestel word.[177] In een sodanige geval, het die regterlike amptenaar gevorder tot aanstelling as regterpresident: 'n voormalige prokureur, Somyalo, wat in 1995 aangestel is as regter, is in 1999 aangestel as regterpresident van die Oos-Kaapse Hoë Hof.[178] Hierdie vergroting van die "poel" waaruit kandidate getrek word, is te verwelkom. Die probleem is egter dat nie alle regspraktisyns (hierby word ingesluit blankes sowel as persone van ander bevolkingsgroepe)[179] hulself beskikbaar

---

176 Die rede wat aangevoer word vir die voorstel tot samesmelting van die balie en sy-balie kom daarop neer dat die balie dan nie meer eksklusiewe regte tot verskyning in die Hoë Hof sal hê nie, wat weer op sy beurt kan bydra tot vergroting van die "poel" van kandidate sodat meer persone wat nie tot die blanke bevolkingsgroep behoort nie op die regbank aangestel kan word. Kahn "The Judges – IV" 249 wys daarop dat daar in 1989 net 60 Swart lede van die balie was uit 'n totaal van 900 balielede, terwyl daar 700 Swart prokureurs was uit 'n totaal van ongeveer 6 700 prokureurs in die professie. Sien die verslag van die Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1116. Tov die herstrukturering en fusie van die regsprofessie, sien oa General Council of the Bar "Transformation of the Legal Profession: Response by the GCB" 1999 *Consultus* (Desember) 9; Langa "The Importance of an Independent Bar in South Africa" 1999 *Consultus* (Desember) 17; Kriegler "Of Holy Cows and China Shops" 1999 *Consultus* (Desember) 19; Wallis "Will the Bar Survive?" 1999 *Consultus* (Desember) 21; Bizos "Let Us not Change the Essential Fabric of the Bar" 1999 *Consultus* (Desember) 23; Josman "Divided Bar: American Experience" 28; Bredenkamp "Legal Practitioners in New South Wales" 1999 *Consultus* (Desember) 31.

177 Sien in hierdie verband Van der Merwe "Judicial Appointments for Attorneys" 489; Anoniem "'n Vooraanstaande Prokureur op die Regbank" 338; Arendse en Ngalwana "Underrepresentation" 75; Langa "The Importance of an Independent Bar in South Africa" 17.

178 Carlisle "Judge President Somyalo Tackles the Challenges of the Grahamstown Bench" 20.

179 Tydens 'n bespreking van die Regterlike Dienskommissie, het een van die Kommissielede daarop gewys dat "[i]t was not so much that the pool of black practitioners was small, but that not all black lawyers sought judicial office. Among these he identified outstanding black lawyers' who were serving in the national and provincial legislatures, those who had been appointed or seconded to commissions of enquiry and 'capable black advocates who are now being given the opportunity of enjoying some of the riches of a successful practice' – Whittle "How to Judge A Judge" 19. Dit word bevestig in die verslag van die Algemene Balieraad: "Unfortunately, a number of eligible senior black lawyers have declined to allow their names to go forward for nomination. A consequence has been in certain instances the appointment of persons with insufficient experience." – General Council of the Bar "Bar Strategy 2000" 1999 *Consultus*

wil stel vir aanstelling tot die regbank nie. Dit kan toegeskryf word aan 'n verskeidenheid van redes, byvoorbeeld groter finansiële voordeel as advokaat in private praktyk[180] en 'n persepsie by senior blanke advokate dat hulle as gevolg van hulle ras en geslag nie 'n kans staan om aangestel te word tot die regbank nie.[181] Regter Chaskalson wys daarop dat die "poel" waaruit kandidate getrek word kleiner word elke keer as 'n aanstelling gemaak word en indien vooraanstaande praktisyns nie telkens toetree tot die "poel" nie, word die kwaliteit van die kandidate in die "poel" algaande swakker. Hy stel dit onomwonde dat "we need to acknowledge this and do something about building up the pool".[182] Daar word aan die hand gedoen dat die oplossing van hierdie probleem nie oornag kan geskied nie en dat dit vanuit verskeie hoeke benader sal moet word. Ten eerste, behoort groter toetrede tot die regsprofessie, 'n groter geleentheid om praktyksondervinding op te doen as voorheen en intensiewe opleidingsprogramme meer kandidate, wat nie tot die blanke bevolkingsgroep behoort nie, op te lewer. Verder behoort diens as assessor[183] verdere praktyksondervinding te bied. Die persepsie, soos wat hierbo genoem word, behoort direk aangespreek en uit die weg geruim te word. Werksomstandighede op die regbank moet meer aanloklik gemaak word,[184] sodat kandidate nie weggelok word deur die private sektor nie.

Die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank hou direk verband met die proses van seleksie van regterlike amptenare wat in die voorafgaande afdeling bespreek is.

(September) 20 22.

180 Whittle "How to Judge A Judge" 19.

181 "There is a general perception amongst many senior white lawyers that, regard being had to their race and gender, they enjoy no real prospect of judicial appointment and thereafter, promotion. The consequence has undoubtedly not only been the effective withdrawal of many senior white advocates from the ranks of those eligible for nomination for appointment, but their unwillingness to serve as acting judges." – General Council of the Bar "Bar Strategy 2000" 22.

182 Whittle "How to Judge A Judge" 19.

183 Sien die bespreking tov assessore in afd 8.4.1.3.1 (b).

184 Werksomstandighede op die regbank, wat betref toerusting en ondersteuningspersoneel, is nie altyd na wense nie – General Council of the Bar "Bar Strategy 2000" 22; Whittle "Judicial Conference" 16.

Die onafhanklikheid van die regbank word veronderstel indien sekere objektiewe waarborge teenwoordig is – aanvullend tot hierdie waarborge is die vereiste dat die regbank "be reasonably perceived by the reasonable and informed person as independent".[185] 'n Regbank wat verteenwoordigend is van die gemeenskap verhoog die persepsie dat die regbank onafhanklik is en by beregting van sake alle perspektiewe in ag sal neem ten einde 'n billike en onpartydige beslissing te maak.[186] Dit dra weer by tot die legitimiteit van die regbank, want laasgenoemde word weer gemeet deur onder andere te kyk na die openbare vertroue in die regbank.[187] Slegs as die regbank as onafhanklik gesien word, sal daar 'n algemene gevoel van nakoming van hofbevele deur die publiek wees – "the authority of the law rests on public confidence".[188] Hierdie aspek, asook die evaluering van voorstelle wat gemaak is ten einde die regbank meer verteenwoordigend te maak, word later in meer besonderhede in hierdie hoofstuk bespreek.[189]

8.4.1.2 Diensvoorwaardes

Die ampsduur van regsprekende amptenare word verskans in a 176(1) en (2) van die Grondwet. Regters word normaalweg nie lewenslank aangestel nie – die ampsduur van regters word gewoonlik gekoppel aan die bereiking van 'n bepaalde ouderdom. Regters van die Konstitusionele Hof word aangestel vir 'n enkele termyn van twaalf jaar, maar hulle moet uitttree op die ouderdom van 70 jaar.[190] Ingevolge grondwetlike waarborge moet die ander regters se ampsduur strek totdat hul diens beëindig word ingevolge 'n Parlementswet.[191] In geval van die hoër howe strek regsprekende ampte-

---

185 Laue "Judicial Independence and Accountability" 96.

186 Arbour "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 15; Harris "Appointments to the Bench" 194,198.

187 Carpenter "Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy" 122.

188 Mahomed "The Role of the Judiciary" 112.

189 Sien afd 8.4.1.3.

190 A 176(1) van die Grondwet van 1996.

191 A 176(2) van die Grondwet van 1996.

nare se ampsduur ingevolge die Wet op die Besoldiging en Diensvoorwaardes van Regters tot op die aftree-ouderdom van 75 jaar.[192]

Ten opsigte van die aspek van *ontslag* het die Regskommissie[193] in 1991 daarop gewys dat, alhoewel daar geen wesenlike kritiek teen die parlementêre prosedure vir die ontheffing van 'n regter uit sy amp geopper kan word nie, dit tog noodsaaklik is om in die Grondwet bepalings te verskans ten einde te waak teen die arbitrêre ontslag van 'n regter. Die omstandighede waaronder regsprekende amptenare voor die verstryking van hulle ampstermyne hul ampte moet ontruim, kan ook die onafhanklikheid van die regbank beïnvloed. Die Grondwet bevat 'n spesifieke reëling ten opsigte van hierdie aspek. Ingevolge artikel 177 van die Grondwet van 1996 kan die President 'n regter ontslaan slegs indien

- die Regterlike Dienskommissie bevind het dat die regter aan 'n onvermoë ly, uitermate onbevoeg is, of aan growwe wangedrag skuldig is;[194] en
- die Nasionale Vergadering by besluit met minstens 'n twee derde meerderheid gevra het vir die ontheffing.[195]

Dit blyk dat die Regterlike Dienskommissie geen dissiplinêre jurisdiksie het nie – met

---

192 Sien aa 3,4 en 7(1) van Wet 88 van 1989. Hierdie beginsel word verskans in a 176(2) van die Grondwet van 1996. Sien ook Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 238 ev.

193 *Grondwetlike Modelle* 1118.

194 "The JSC [Regterlike Dienskommissie] received a number of complaints against judges and, in the exercise of its jurisdiction under s 177(1)(a), invited the judges concerned to respond to those complaints when they appeared to raise matters of substance. Whenever a judge responded to the complaint, his or her response was referred to the complainant for comment if it appeared that any useful purpose would be served by it. Upon completion of the process, the complaint was considered and a determination made. In every case thus far, the JSC concluded that the matter did not justify a finding of incapacity, incompetence or misconduct of the kind contemplated by section 177(1)(a)." – Trengove en Moerane "Judicial Service Commission" 1998 *Consultus* 121.

195 In Engeland bestaan die betrokkenheid van die parlement by ontslagprosedures sedert die aanname van die *Act of Settlement* van 1701 (12 en 13 Will.III c 2) – die bepaling ingevolge a III(7) lees: "That after the said limitations shall take effect as aforesaid judge's commissions be made *quamdui se bene gesserint* and their salaries ascertained and established but upon the address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them." Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 238.

ander woorde, indien regsprekende amptenare hulle skuldig maak aan wangedrag wat val buite die omvang van bogenoemde voorskrif in artikel 177, is daar nie voorsiening vir enige dissiplinêre optrede teen so 'n regsprekende amptenaar nie. Die Regterlike Dienskommissie het hulself egter al uitgespreek ten gunste van 'n meganisme wat sulke klagtes van wangedrag kan hanteer[196] – dit het gelei tot die opstel van voorgestelde wysigings in hierdie verband wat in die media groot opslae gemaak het.[197] Die drie aspekte van die voorgestelde wysigings wat die grootste kritiek uitgelok het, is die volgende:

- die dissiplinêre verhore van regters sal plaasvind agter geslote deure en sal dus in die geheim gehou word, tensy die persoon wat voorsit anders besluit;
- indien daar beslis word dat 'n regter, teen wie 'n ondersoek ingestel word, 'n lid van die tugkomitee probeer beïnvloed of so 'n lid verhinder om sy werk te doen, kan so 'n regter 'n vonnis van hoogstens vyf jaar tronkstraf opgelê word; en
- niemand, ook nie die regter teen wie die tugondersoek gehou word, mag enigiets oor die getuienis wat gelewer is of die dokumente wat ingedien is bekend maak nie. Versuim om hieraan te voldoen sal 'n vonnis van 'n boete of gevangenisstraf van hoogstens vyf jaar tot gevolg hê.

Kritiek teen hierdie voorgestelde wysigings het uit verskeie kringe gekom. Die regterpresident van Transvaal, regter B Ngoepe, het dit uitdruklik gestel dat hy en die regters van Pretoria volstaan daarmee dat die wetgewing nooit die lig moes gesien het nie. Botha is ook van mening dat die hele idee van regters wat aan tugverhore onderwerp word, ongelooflik drakonies en onaanvaarbaar is[198] en dat daar genoeg wigte en teenwigte in ons regstelsel is om 'n regter se werk in hersiening te neem.

---

196 Trengove and Moerane "Judicial Service Commission" 121.

197 De Bruin "SA Regslui Vra VN Om Te Help Keer: Regbank 'Word Soos in Zimbabwe'" *Naweek-Beeld* (4 Desember 1999) 1. Alhoewel De Bruin na hierdie voorgestelde wysigings verwys as konsepwetgewing, wil dit voorkom asof die dokument waarna hy verwys op hierdie stadium nog voorgestelde wysigings is wat in 'n besprekingsdokument vervat is wat aan verskeie instansies gestuur is vir kommentaar.

198 De Bruin "Regbank" 1.

Alhoewel daar wel remedies bestaan indien regsprekende amptenare in die uitvoering van hul pligte foute begaan, bly die vraag egter tot welke mate regsprekende amptenare verantwoordbaar is in die geval van onaanvaarbare optredes wat nie aan appèl of hersiening deur 'n hoër tribunaal onderhewig is nie of wat weens gebrek aan fondse of om ander redes nie verder gevoer kan word nie.[199] In hierdie kategorie van onaanvaarbare optredes val byvoorbeeld gewone indiskresies deur 'n regter, soos om die lewering van voorbehoue uitsprake uitermate te vertraag, onbeheerste onverdraagsaamheid op die regbank ten gevolge waarvan aangeklaagdes, getuies of regspraktisyns geïnhibeer en die regspleging se openbare beeld geskaad raak. Dit blyk dat, volgens die verwysing in die Grondwet[200] na *growwe wangedrag*, slegs uiterste gevalle na die Regterlike Dienskommissie verwys sal word en dat indiskresies deur regters, soos hierbo genoem, nie die aandag van die Regterlike Dienskommissie sal ontvang nie. Skrywer stem saam met die standpunt dat, in die lig van die nuwe staatkundige bedeling wat betree is en die belangrikheid daarvan dat die howe absolute legitimiteit verkry en behou, dit wel sinvol is om meganismes te skep om die optredes van regters op 'n deurlopende grondslag te monitor en daaroor aan die publiek verslag te doen.[201] Die Grondwet maak ook voorsiening daarvoor dat klagtes teen regters by wyse van 'n bepaalde prosedure hanteer kan word.[202] Ten opsigte van hierdie aspek is die standpunt van regter Arbour,[203] in daardie stadium 'n regter van die Kanadese Hof van Appèl, insiggewend:

---

199 Vir 'n bespreking van die posisie voor die Grondwet van 1996 (en voor 1993), sien Marcus "Judging the Judges" 1984 *SALJ* 160 ev; Anoniem "Verantwoordbaarheid op Regterlike Vlak" 1994 *Consultus* 82 ev. In hierdie artikels word daarop gewys dat alhoewel die grondwette wat voor die Interimgrondwet (Wet 200 van 1993) van krag was, wel voorsiening gemaak het vir ontslag van regters, dit nooit toegepas is nie. Bowendien sou 'n drastiese stap soos die ontslag van 'n regter slegs in heel uitsonderlike gevalle ter sprake kom, met die gevolg dat gewone indiskresies deur 'n regter nooit sigbare aandag sou ontvang het nie.

200 A 177 van die Grondwet van 1996.

201 Anoniem "Verantwoordbaarheid op Regterlike Vlak" 82.

202 Ingevolge a 180(b) van die Grondwet van 1996 "[n]ational legislation may provide for any matter concerning the administration of justice that is not dealt with in the Constitution, including procedures for dealing with complaints about judicial officers".

203 Gelewer tydens die Nasionale Baliekonferensie in 1991 – sien Arbour "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 16; Anoniem "Verantwoordbaarheid op Regterlike Vlak" 84.

"Equally essential to the legitimacy of a properly composed judiciary is the need to reconcile independence and accountability. Judges must obviously have security of tenure. However, just as impartiality and diversity are not incompatible, I believe that the independence of the judiciary is not threatened but is enhanced by putting in place a system responsible for the articulation and the policing of judicial ethics.

As judges are perceived as becoming more politicised by media publicity which tends to surround their decisions in constitutional cases, they are more vulnerable to public criticism and, frankly, often in need of public vindication, if that is felt to be justified after an assessment of their conduct by their peers. A Judicial Council is a useful forum for the articulation of a Code of Conduct for judges and for hearing of allegations of improper conduct. Often cases brought before the Council relate merely to the dissatisfaction of a litigant with the outcome of a case and should therefore be dealt with by an appeal rather than by a complaint about the judge. However, there has to be a discipline forum, self-administered by judges, as there are for other professions, for the hearing of complaints by the public of unprofessionalism, bias, abuse of authority or unbecoming conduct on the part of a member of the judiciary."[204]

Hieruit blyk daar drie aspekte wat van belang is ten opsigte van die *Judicial Council* soos dit in Kanada funksioneer:

- 'n liggaam wat funksies vervul, soortgelyk aan die *Judicial Council*, moet bestaan uit regters se eweknieë *(peers)*;
- die prosedure moet deursigtig wees; en
- die proses kan ook 'n nuttige doel dien om optredes van regters wat ten onregte in die openbare media gekritiseer is, te regverdig.[205]

Die feit dat die tugverhore, volgens die voorgestelde wysigings, heeltemal in die geheim gehou moet word, kan nie alleen lei tot ongerymdhede nie, maar dit druis in teen die hele gees en strekking van die Grondwet en die klem wat deurgaans geplaas

---

204 Ten opsigte van die funksionering van die *Judicial Council* in die Kanadese stelsel, sien Pickett "Canadian Judicial System" 135.

205 Anoniem "Verantwoordbaarheid op Regterlike Vlak" 84. Sien ook in die lig van die standpunt dat regters en hul beslissings meer gereeld aan kritiek en evaluering deur die publiek en die regsprofessie blootgestel moet word – Marcus "Judging the Judges" 164 ev. Kritiek teen beslissings van regters is te verwelkom, want dit lei tot gesonde debatvoering; polities-geïnspireerde aanvalle op regters in hul persoonlike hoedanigheid is ongewens en ondermyn die regbank – Carlisle "Judge President Somyalo Tackles the Challenges of the Grahamstown Bench" 20.

word op *transparency*. Volgens Botha druis dit verder in teen die reg op vryheid van spraak, die vryheid van die pers en die reg op inligting wat die staat hou. Hy wys daarop dat regters bekleërs is van uiters belangrike openbare ampte en dat dit niks minder as reg is dat die publiek ten volle op die hoogte gehou word van die klagtes wat die sogenaamde straftribunale aanhoor nie.

Alhoewel die ontslag van 'n regsprekende amptenaar wel in die ou bedeling[206] statutêr gereël is,[207] was daar geen voorskrifte ten opsigte van die *oorplasing* van regsprekende amptenare nie. Ten opsigte van die aspek van *oorplasing* van regters van een afdeling van die Hoë Hof na 'n ander, het die Regskommissie daarop gewys dat dit wil voorkom asof die oorplasing van 'n regter in die praktyk slegs op grond van vroeëre konsultasie en toestemming plaasvind. Die Regskommissie het egter voorgestel dat aangesien oorplasing 'n gedugte wapen van onderdrukking en afskrikking kan wees, behoort die Grondwet ook hierdie aspek aan te spreek.[208] Dit blyk egter dat daar geen bepaling ten opsigte van die *oorplasing* van regters in die Grondwet vervat is nie.[209]

Nog 'n aspek wat ontleed moet word by die ondersoek na die onafhanklikheid van regsprekende amptenare, is hul *finansiële sekuriteit* – met ander woorde, die vraag is of druk uitgeoefen kan word op die regsprekende amptenare deur die manipulasie van hulle salarisse?[210] Ingevolge artikel 176(3) van die Grondwet mag die salarisse, toelaes en voordele van regters nie tydens hulle ampsbekleding verminder word nie.

---

206 Dit wil sê, voor die inwerkingtreding van die 1993- en 1996-Grondwette.

207 Ingevolge a 10(7) van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959 kan 'n regter uit sy of haar amp onthef word op grond van wangedrag of onbekwaamheid.

208 *Grondwetlike Modelle* 1119.

209 Die bepaling in artikel 174(7) van die Grondwet van 1996 wat oa bepaal dat die oorplasing moet geskied *without favour or prejudice* het betrekking op *other judicial officers* – maw regterlike amptenare wat *nie* as regters bekend staan nie, bv regterlike amptenare in die laer howe.

210 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 238. In Engeland het die *Act of Settlement* van 1701 alreeds bepaal dat regters teen 'n vaste salaris aangestel moet word. Regsvergelyking het aan die lig gebring dat in meeste regstelsels 'n vaste salaris aan regterlike beamptes 'n belangrike vereiste is. Sien afd 5.7.1.2.

Hierdie bepaling wat in die ou bedeling (voor die 1993- en 1996 Grondwette) en nog steeds vervat is in die Wet op die Hooggeregshof,[211] is nou ook verskans in die Grondwet. Hierdie aangeleenthede word gereël deur die Wet op die Besoldiging en Diensvoorwaardes van Regters. Volgens laasgenoemde wet ontvang regsprekende amptenare (benewens bepaalde voordele en 'n toelae) 'n maandelikse salaris teen 'n skaal wat van tyd tot tyd deur die President by proklamasie in die Staatskoerant bepaal word. Sodanige proklamasie moet in die parlement ter tafel gelê word en verval indien die parlement dit gedurende dieselfde sessie afkeur.[212] Dit blyk dat daar in die praktyk egter ook ongelukkigheid is omdat die salarisse van regterlike amptenare nie tred hou met stygende lewenskostes nie.[213]

8.4.1.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Hierdie bespreking ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank sluit aan by die aspek van seleksie van regsprekende amptenare wat in 'n voorafgaande afdeling bespreek is.[214] Die aspek van verteenwoordiging is belangrik by die onafhanklikheid van die regbank omdat 'n verteenwoordigende regbank bydra tot die legitimiteit van die regbank omdat dit die persepsie verhoog dat die regbank alle perspektiewe in ag sal neem ten einde 'n billike en onpartydige beslissing te maak.[215] Die gesag van die regbank berus weer op vertroue wat die publiek in die regbank het: slegs as die regbank as onafhanklik gesien word, sal daar 'n algemene gevoel van nakoming van hofbevele deur die publiek wees.[216] In die afdeling wat hierop volg sal die konsep van *verteenwoordiging* asook die voorstelle wat gemaak is ten einde die regbank meer verteenwoordigend te maak, geëvalueer word.

---

211 A 10(1)(a) van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959.

212 Aa 2(1) en 2(3)(b) van Wet 88 van 1989. Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 238.

213 Whittle "Judicial Conference" 16.

214 Sien afd 8.4.1.1.

215 Arbour "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 15; Harris "Appointments to the Bench" 194,198.

216 Mahomed "The Role of the Judiciary" 112.

Die stelling dat die regbank nie die samestelling van die gemeenskap reflekteer nie, sê tot 'n mate meer van die regsprofessie as wat dit van die regbank sê. In die lig van die feit dat lidmaatskap van die professie oor die algemeen in die praktyk vereis word vir aanstelling tot die regbank, is dit duidelik dat die onverteenwoordigende aard van die regbank eintlik beteken dat die professie onverteenwoordigend is. Fundamentele hervorming van die regbank sal op die lang termyn dus afhang van hoe suksesvol universiteite en die professie is om 'n wyer verskeidenheid van studente en praktisyns te betrek as wat in die vorige bedeling die geval was. Dit is egter 'n langtermyn doelwit en daar is ook geen waarborg dat wanneer die professie verbreed is, dat dit outomaties gereflekteer sal word in die samestelling van die regbank nie.[217]

Voordat pertinent gekyk word na die regbank in Suid-Afrika, is dit nodig om net eers stil te staan by die aspek van 'n *verteenwoordigende* regbank. In die lig van die oorheersende belangrikheid van regterlike *onafhanklikheid*, wys Harris daarop dat die regbank nooit in die letterlike sin van die woord, *verteenwoordigend* kan wees nie.[218] Die onafhanklikheid van die regbank word gefundeer op die beginsel dat by uitoefening van hul funksie regterlike amptenare vry van eksterne druk en interne bevooroordeeldheid moet optree – met ander woorde, met objektiwiteit.[219] Wanneer regterlike amptenare in 'n verteenwoordigende hoedanigheid optree (as die verteenwoordiger van 'n bepaalde ras, geslag of sosiale klas) sal dit hul onafhanklikheid, wat die grondslag is van hul professie, ondermyn. Harris[220] stel hierdie dilemma soos volg:

> "It would place a judge fundamentally at odds with the requirements of the office were they to decide a case from a Protestant, Catholic, male, female, Maori or European perspective, or that of any of the particular social groups to which the judge happened to belong. It is precisely this type of background factor from which a judge must strive to free him or herself. I am not saying here that it will always be possible for all judges to detach themselves from the values which upbringing, intellect and experience have produced. The issue of the extent to which objectivity is attainable is a debate in itself. But it is quite a different thing from saying that complete objectivity is not always achieved to

---

217 Harris "Appointments to the Bench" 195-196.

218 Harris "Appointments to the Bench" 196; Walker *The Rule of Law* 38.

219 Sien die bespreking tov die onafhanklikheid van die regbank in afd 2.3.

220 "Appointments to the Bench" 196.

> say that because of this, objectivity should be discouraged, and that judges should be appointed in the hope that they will not detach themselves from their personal prejudices, but will instead bring them to bear in the decision making process."[221]

Hy wys heeltemal tereg daarop dat om regterlike amptenare aan te stel op grond van ras, geslag of enige ander tipe regstellende aksie omdat gemeen word dat die regbank nie in kontak is met die gemeenskap nie (*out of touch with society*), sal (ten spyte van die onmiddellike visuele effek op die samestelling van die regbank) lei tot die persepsie dat sodanige aanstellings geskied het "on the basis of tokenism rather than ability". Sodanige persone "will also be thought to have been appointed in order to bring their own biases to bear, as if in compensation for the biases of the unrepresentative sector of the bench".[222] Natuurlik is 'n regsprekende amptenaar se intellek tot 'n groot mate 'n produk van sy of haar opvoeding en ondervinding, wat verder beïnvloed word deur faktore soos ras, geslag of godsdienstige oortuigings. Tensy 'n mens 'n absoluut-deterministiese standpunt ten opsigte van die mensdom inneem, moet 'n mens die moontlikheid toegee dat regterlike amptenare in staat is om, tot 'n mate in elk geval, "discard whatever prejudices to which their backgrounds may have predisposed them, and to develop the intellectual qualities appropriate to their role".[223] Ten einde sake te bereg, steun regters baie op hul algemene ondervinding van die lewe en die gemeenskap in die breë – regterlike amptenare benodig dus 'n sosiale waarnemingsvermoë (*social perceptiveness*) wat hulle 'n algemene begrip gee van die gemeenskap as geheel. Harris kom tot die gevolgtrekking dat "while a judge's gender, race, religion or political views should not be relevant to their process of decision making – and therefore their suitability for selection to the bench – their experience and understanding of life in general *are* relevant, and ought to be taken into account in the selection process". Hy gee toe dat die moontlikheid bestaan dat beide metodes

---

221 Walker *The Rule of Law* 38 wys daarop dat "if a judge did act as the representative of a particular group or section of society he or she would be false to the judicial oath".

222 In hierdie verband verwys Harris op 197 vn 16 na Goldstein "Reverse Discrimination – Reflections of a Jurist" 1965 *Israel Yearbook on Human Rights* 28 35 waaruit dit blyk dat 'n regstellende aksie-beleid tot nadeel kan werk van diegene wat dit veronderstel is om te bevoordeel.

223 Harris "Appointments to the Bench" 197.

van regterlike seleksie (naamlik, seleksie op grond van ras, geslag of etniese kwotas, en seleksie op grond van regskundigheid en 'n sosiale waarnemingsvermoë) op die lange duur kan lei tot 'n regbank van soortgelyke samestelling, en wys daarop dat die belangrike verskil tussen aanstelling op grond van ras-, geslag- of ander kwota-stelsel en aanstelling waar sosiale waarnemingsvermoë in ag geneem word, is, dat alhoewel albei moontlik tot dieselde resultaat mag lei, koppel eersgenoemde die seleksie aan die ontoepaslike kriterium van groepslidmaatskap, terwyl laasgenoemde dit koppel aan die gepaste kriterium van intellektuele kwaliteit.[224] Regterlike amptenare moet op grond van meriete aangestel word, maar "meriete" moet aspekte soos sosiale waarnemingsvermoë insluit. Hy voeg egter by dat die feit dat die regbank nie die samestelling van die bevolking, of ten minste die professie, weerspieël nie, daarop kan dui dat die reeks van persepsies van die gemeenskap, wat teenwoordig is op die regbank, nie wyd genoeg is nie. Die belangrikste oogmerk is dan om te bepaal welke metode van regterlike seleksie waarskynlik 'n regbank tot gevolg sal hê wat die kwaliteit van *sosiale waarnemingsvermoë* bevat. *Verteenwoordiging* volgens Harris se verduideliking beteken dus eintlik dat *alle persepsies in die gemeenskap teenwoordig moet wees* op die regbank, en *nie* dat die regbank die gemeenskap demografies moet reflekteer nie.

Ingevolge artikel 174(2) van die Grondwet van 1996 word vereis dat wanneer regterlike beamptes aangestel word (dit geld vir beide die Konstitusionele Hof as die ander howe), die behoefte, naamlik "for the judiciary to *reflect broadly*[225] the racial and gender composition of South Africa" oorweeg moet word. Daar word aan die hand gedoen dat die volgende kwaliteite van die regbank, naamlik *onafhanklikheid* en veral

---

224 "Appointments to the Bench" 198 verduidelik die kwaliteit van *sosiale waarnemingsvermoë* aan die hand van die aspek van geslag: waar *sosiale waarnemingsvermoë* in ag geneem word by die seleksie van regterlike amptenare, sal 'n vrou byvoorbeeld aangestel word, nie omdat sy van die vroulike geslag is nie, maar omdat haar persepsie (as 'n vrou) van die gemeenskap anders is as dié van 'n man, en dit nodig is dat haar persepsie op die regbank gereflekteer word. Dit is egter ook moontlik dat daar wel vrouens mag wees wat nie aangestel word of behoort te word nie omdat hulle geen nuwe persepsie na die regbank bring nie; daarteenoor is dit moontlik dat mans aangestel kan word omdat hulle 'n wyer persepsie het van die aspekte rakende vroue as ander kandidate. Dit illustreer die verskil tussen die aanstelling van regters op grond van wie hulle is (soos in enige tipe kwota-stelsel) en aanstelling op grond van hulle kennis en persepsie.

225 Eie kursivering.

bekwaamheid (waarby die kwaliteit van sosiale waarnemingsvermoë ingesluit word) om effektiewelik geregtigheid te laat geskied by wyse van regspraak, voorrang behoort te geniet bo die kwaliteit van demografiese *"verteenwoordigendheid"* van die gemeenskap. Die redes hiervoor kan kortliks soos volg saamgevat word:

- Eerstens vereis die bewoording in die Grondwet *nie* dat die regbank verteenwoordigend moet wees van die bevolking wat betref ras en geslag in *direkte verhouding* tot die bevolkingsamestelling nie – daar word net vereis dat die *behoefte* dat die regbank die *gemeenskap in die breë moet reflekteer* (*broadly reflect*) *in gedagte gehou* moet word wanneer aanstellings gemaak word. Verder kom demografiese verteenwoordiging neer op 'n tipe kwota-stelsel wat indruis teen die waardes vervat in die Grondwet: een so 'n waarde wat uitdruklik vermeld word is dié van *nie-rassisme*[226] wat bevestig word deur artikel 7 en die gelykheidsklousule in artikel 9. Die Grondwet beklemtoon dat die stappe wat ingevolge artikel 9(2) geneem kan word om die rassewanbalans reg te stel gedoen word met die oog daarop *to promote the achievement of equality*. Hierdie bepalings in die Grondwet is onversoenbaar met 'n kwotastelsel waar dit bloot gaan om getalle.[227]
- Tweedens blyk die standpunt van die Regterlike Dienskommissie te wees dat *verteenwoordiging* nie 'n kwaliteit is wat aan 'n individuele regter kleef nie – dit is 'n kollektiewe kwaliteit wat nagestreef word, nie met die oog op die individuele kandidate nie, maar met die oog op die kollektiewe verbetering van die kwaliteit van geregtigheid.[228] Met hierdie interpretasie het die Kommissie die idee verwerp dat samestelling van 'n regbank wat verteenwoordigend is wat betref ras en geslag, noodwendigerwys beteken dat sodanige groepe uit die gemeenskap geselekteer moet word in direkte verhouding tot hul teenwoordigheid in die nasionale bevolking.[229] (Daar word toegegee dat die Kommissie in latere aanstellings, op sterkte daarvan dat *potential and integrity*

---

226 A 1(b) van die Grondwet van 1996.

227 Sien ook Gauntlett "A Matter of Race?" 4.

228 Soos reeds in die bespreking hierbo in afd 8.4.1.1 (b) aangedui is.

229 Malleson "Judicial Service Commission" 47.

van kandidate swaarder weeg as *technical competence*, Swart kandidate aangestel het met relatief min ondervinding – hierdie besluit is betreurenswaardig, en alhoewel dit waarskynlik gedoen is om die regbank vinniger met regters, wat nie tot die blanke bevolkingsgroep behoort nie, aan te vul, is sodanige optrede riskant, nie alleen vir so 'n regsprekende amptenaar wat hom of haar in 'n posisie mag bevind waarvoor hy of sy nie opgewasse is nie, maar ook vir die partye wie se sake deur sodanige regter bereg moet word. Dit is 'n ope vraag wat die effek hiervan, en veral as volhard word met aanstellings in lyn met hierdie denkpatroon, op die algehele vlak van bekwaamheid van die regbank sal wees.);[230]

- in die derde plek, wys Seekings en Murray[231] daarop dat daar wel meningspeilings is wat daarop dui dat die legitimiteitskrisis oorvereenvoudig is deur sommige kritici en dat dit nie noodwendig net saamhang met die rassesamestelling van die regbank nie – die publiek blyk meer bekommerd te wees "with the efficacy of the criminal justice system than with any residual racial discrimination or prejudice";
- in die vierde plek, bring regsvergelykende ondersoek aan die lig dat in geeneen van die regstelsels wat ondersoek is, dit 'n absolute vereiste is dat die regbank die samestelling van die gemeenskap demografies moet reflekteer wat betref ras en geslag nie; in geeneen van die regstelsels voldoen die samestelling van die regbank in die praktyk ook aan so 'n vereiste nie;[232]
- in die vyfde plek, vereis die minimumstandaarde neergelê deur die *IBA* saamgelees met dié in die "Universal Declaration"[233] dat seleksie van regters moet geskied op grond van meriete, wat beteken dat hulle individue moet wees met integriteit, wat goed opgelei is in die reg en bekwaam is; daar word bygevoeg dat regterlike kandidate op gelyke voet toegang moet hê tot die

---

230 Sien ook Malleson "Judicial Service Commission" 47; Anoniem "Beoordeling van Regters" 4.

231 *Lay Assessors* 171.

232 Sien die bespreking tov die posisie in Engeland in afd 5.2.1.1.3, tov die posisie in Amerika in afd 5.3.1.1.3, tov die posisie in Duitsland in afd 5.4.1.1.3, tov die posisie in Frankryk in afd 5.5.1.1.3.

233 Sien die bespreking in afd 5.7.1.1.

regstersamp. Skrywer doen aan die hand dat indien daar nie aan laasgenoemde vereiste voldoen word nie, omdat daar nie genoeg regsgeleerdes is wat nie tot die blanke bevolkingsgroep behoort nie, hierdie probleem opgelos behoort te word by wyse van opleidingsprogramme.

Alhoewel die samestelling van die regbank nog steeds nie demografies gesproke verteenwoordigend is van die bevolking wat betref ras en geslag nie, word daar stadig maar seker vordering gemaak hiermee: sedert 1991[234] is meer persone wat nie tot die blanke bevolkingsgroep behoort nie[235] en vrouens[236] aangestel tot die regbank.[237] Daar word aan die hand gedoen dat *regskundigheid* en *bekwaamheid* van die regbank swaarder behoort te weeg as *"verteenwoordigendheid"*, en dat, waar opleidingsprogramme nie voldoende kandidate oplewer om as regters aan te stel nie, demokratisering van die regbank eerder moet plaasvind deur gebruikmaking van assessore[238] wat betrek word by die regspleging.

---

234 Volgens C Stagg "Changing Face of the Bench" *Sunday Times* 15 September 1991 20 het die regbank in 1991 bestaan uit 141 permanente regters, 11 waarnemende regters, een vroueregter en een Swart regter. Sien oa ook Mokgatle "Exclusion of Blacks" 44; Forsyth *In Danger for their Talents* 44-46.

235 Ten opsigte van Regter Mahomed se aanstelling as Hoofregter, sien Anoniem "The New Chief Justice: A Man For His Time" 1996 *De Rebus* 775. Die seleksieproses het egter in hierdie geval gepaardgegaan met heelwat kontroversie as gevolg van "the President's premature endorsement of Justice Mahomed and the unprecedented public lobbying for Judge Van Heerden by a number of his bretheren and subsequently for Justice Mahomed by certain other judges."

236 Daar is reeds twee Swart vroueregters aangestel tot die regbank. Scher "On Scale: Judge Lucy Mailula, A New Face in the Hallowed Halls of Fame" 1995 *Vlieënde Springbok* 50; Anoniem "Judiciary: Second Black Woman Appointed As A Judge" 1999 *Consultus* 16.

237 Na ontleding van statistiek sedert 1982 kom Seekings en Murray *Lay Assessors* 23-24 tot die gevolgtrekking dat sedert 1994 is heelwat Swart kandidate in senior poste aangestel. Teen 1997 is reeds 22 Swart persone as permanente regters aangestel. Volgens telefoniese navraag en 'n faksimilee ontvang van die Departement van Justisie op 13 Desember 1999, sien die verteenwoordiging van die regbank tans soos volg daaruit: Die totaal van 189 regters word soos volg saamgestel: 172 manlike regters (waarvan 134 blank is en 38 persone is wat nie deel is van die blanke bevolkingsgroep nie) en 17 vroulike regters (waarvan 10 blank is en 7 persone is wat nie deel is van die blanke bevolkingsgroep nie). Volgens telefoniese navraag by die Departement van Justisie op 19 Mei 2000 het die statistiese ontleding van die totaal van 192 regters volgens Me Kok, op daardie datum, soos volg daaruit gesien: die 172 manlike regters het bestaan uit 130 blanke persone en 42 persone wat nie afkomstig is van die blanke bevolkingsgroep nie); die 20 vroulike regters het bestaan uit 11 blanke persone en 9 persone wat nie afkomstig is van die blanke bevolkingsgroep nie).

238 Sien die bespreking hierna in afd 8.4.1.3.1(b) ten opsigte van assessore.

8.4.1.3.1 Evaluering van hervormingsvoorstelle

Twee van die voorstelle wat vroeër genoem is[239] om die regbank meer verteenwoordigend te maak van die gemeenskap, is die herinstelling van die juriestelsel en die uitbreiding van die assessorestelsel. Hierdie twee hervormingsvoorstelle sal in die afdeling wat hierop volg ontleed word.

(a) Die herinstelling van die juriestelsel

Die herinstelling van die juriestelsel is as 'n moontlike hervormingsvoorstel genoem, omdat die primêre doelwit met 'n juriestelsel is om te verseker dat die regterlike liggaam (oftewel, die regbank) verteenwoordigend sal wees van die bevolking. Suid-Afrika het alreeds ondervinding met 'n juriestelsel gehad, welke juriestelsel uiteindelik weens onbruik afgeskaf is.[240] Die juriestelsel en die moontlike herinstelling daarvan is alreeds behandel in die regsliteratuur[241] – ek wil my stem voeg by dié kategorie wat die herinstelling van die juriestelsel afkeur en wel om die volgende redes.

Ten spyte van die oënskynlike bruikbaarheid van die juriestelsel as 'n demokratiseringsinstelling, is daar vyf redes waarom die juriestelsel nie 'n werkbare oplossing in Suid-Afrika sal bied nie.[242] Eerstens is daar 'n gebrek aan ondersteuning vir die juriestelsel in die Suid-Afrikaanse regsgemeenskap. In die tweede plek, is dit moeilik om die bewysstandaard aan jurielede te verduidelik en is daar geen vereiste dat die jurie redes vir 'n beslissing moet verskaf nie. In die derde plek, word die juriestelsel deur regspraktisyns tot partydigheid ten gunste van hul eie kliënte gemanipuleer. In die vierde plek, is daar 'n algemene aanvaarding dat juries nie suksesvol funksioneer

---

239 Sien die bespreking in afd 8.3.

240 Sien die bespreking in afd 8.2.

241 Bekker "The American Grand Jury: Judicial Empowerment of the South African Population in General?" 1995 *Huldigingsbundel vir SA Strauss* 19 21 ev; Huebner "Restructuring Criminal Justice" 970; Kahn "Restore the Jury or Reform?" 672; Rood "Jury System" 749 ev; Wallis MJD "Some Thoughts on Juries" 1991 *Consultus* 112; Strauss "Jury in South Africa" 133; Chubb "The Jury System" 194; Van der Spuy "Verhoor Met of Sonder Jurie" 244.

242 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 970.

in gefragmenteerde gemeenskappe nie. In die vyfde plek, sal die herinstelling van die juriestelsel gepaardgaan met te hoë administratiewe koste en is dit derhalwe nie koste-effektief nie.

(aa) Gebrek aan ondersteuning vir die juriestelsel

Huebner, wat 'n ondersoek onderneem het na regsartikels vanaf 1975 tot en met die verskyning van sy resultate in 1993, wys heeltemal tereg daarop dat die oorgrote meerderheid van hierdie artikels wat handel oor die juriestelsel glad nie die herinstelling daarvan as 'n moontlike oplossing vir Suid-Afrika se probleem met die regbank oorweeg nie.[243] Dieselfde kan ook gesê word ten opsigte van die debattering van die probleem sedert 1993 tot en met die huidige.[244]

(bb) Probleme om die bewysstandaard aan jurielede te verduidelik en die afwesigheid van redes vir 'n beslissing

Skuldigbevindings in strafsake geskied slegs indien die beskuldigde se skuld *bo redelike twyfel* bewys kan word. Dit is moeilik om aan jurielede wat regsleke is, die bewysstandaard wat vereis word, te verduidelik.[245] Bekker[246] wys daarop dat sover dit die neem van beslissings in ons regstelsel betref, "it is not practicable for a professional

---

243 "Restructuring Criminal Justice" 971. Van die min artikels ten gunste van die juriestelsel is oa te vinde in 'n eenbladsy redaksionele kolom getiteld "A Time for Juries?" 1990 *De Rebus* 507; sien ook Brook "Re-introducing the Jury System" 1992 *Wits Univ Student LR* 1 ev. Huebner kom op 972 derhalwe tot die gevolgtrekking dat "[t]he very fact that no South African legal scholars – from the left or right – are seriously discussing the reintroduction of the juries is in itself enough to foreclose it as a viable option. The South African legal community, including its most reformist elements, has seemingly rejected the jury as a solution to the problem of the all-white judiciary." Sien ook Rood "Jury System" 754; Anoniem "Legitimering van Regstelsel" 1991 *Consultus* 2.

244 Selfs die destydse Minister van Justisie, Dullah Omar, het die juriestelsel as onvanpas vir Suid-Afrika beskou, en was van mening dat leke-assessore 'n beter oplossing sou wees – Van der Merwe "Appointments for Attorneys" 492. Sover vasgestel kon word is die enigste ander Suid-Afrikaanse bronne waar die herinstelling van die juriestelsel bepleit word, 'n doktorale proefskrif – sien Seriti *The Jury System: A Critical Analysis* en 'n gepubliseerde brief deur De Wet "Tot Wanneer moet die 'Jurie' Nog Uitbly?" 1992 *De Rebus* 295.

245 Labuschagne "Kontrolemeganismes" 357; Bekker "American Grand Jury" 21.

246 "American Grand Jury" 21.

functionary to function on exactly the same footing as complete laymen". Uit die voorafgaande regsvergelykende bespreking blyk dit dat hierdie probleem ook voorkom in ander regstelsels waar gebruik gemaak word van die juriestelsel indien 'n mens kyk na die hele problematiek rondom die *instruksies* wat deur die voorsittende professionele regter aan die jurielede gegee moet word voordat hulle verdaag vir beraadslaging.[247]

Hiermee saam hang die kritiek dat daar oor die algemeen nie 'n vereiste is dat juries redes moet gee vir hul beslissings nie. Die gevolg hiervan is dat daar geen manier is om vas te stel of die jurie die regter se instruksies ten opsigte van die bewysstandaard korrek verstaan en toegepas het en of die redes vir hul beslissing geldig of voldoende is nie.[248]

'n Verdere gevolg hiervan is dat daar derhalwe geen reg tot appèl in sulke gevalle bestaan nie. Daarteenoor is die verpligting wat daar rus op regters in strafsake om redes te gee ten opsigte van beslissings op regs- en feitelike vrae, 'n ingeburgerde beginsel van die Suid-Afrikaanse reg en is vervat in artikel 146 van die Strafproseswet van 1977.

(cc) Manipulasie deur regspraktisyns

Dit blyk dat die juriestelsel deur regspraktisyns tot partydigheid ten gunste van hul eie kliënte gemanipuleer word.[249] Uit die voorafgaande regsvergelykende bespreking blyk dit, veral uit die Amerikaanse reg, dat daar 'n magdom literatuur bestaan ten opsigte van *voir dire*-tegnieke om 'n regbank van jurielede saam te stel wat gesamentlik die gunstigste uitkyk sal hê ten opsigte van 'n betrokke party se saak.[250]

---

247 Sien die bespreking in afd 6.4.3.2.4 en 6.4.3.2.5.

248 Bekker "American Grand Jury" 22; Mullineux "Some Random and Subversive Thoughts on Fact-finding, Juries and Unlawfulness" 1993 *De Rebus* 721 727 ev.

249 Labuschagne "Kontrolemeganismes" 357.

250 Sien die bespreking tov *voir dire*-tegnieke en kritiek daarop in afd 6.4.2.1.2.

(dd) Juries in gefragmenteerde gemeenskappe

Daar bestaan 'n algemene aanvaarding dat juries nie suksesvol funksioneer in gefragmenteerde gemeenskappe nie – met ander woorde, dat die jurie net behoorlik kan funksioneer in homogene gemeenskappe wat nie groot rasse-, kulturele of godsdienstige verdelings het nie.[251] Die uitbreiding van die juriestelsel na Suid-Afrika en ander Afrika-lande was nie suksesvol nie – juis om hierdie rede.[252] Suid-Afrika bly 'n gefragmenteerde gemeenskap: selfs ná die demokratiseringsproses is daar steeds sterk, diepgewortelde groeps- en rasse-lojaliteite.[253]

Jeary[254] wys daarop dat die meeste lande wat eers onder Britse heerskappy geval het na onafhanklikwording nie die juriestelsel uitgebrei of ingestel het nie,[255] ten spyte van hulle gemeenskaplike doelwit om die strafregspleging te demokratiseer. Hy identifiseer drie voorwaardes wat noodsaaklik is vir die juriestelsel om suksesvol te funksioneer en wys daarop dat daar aan geeneen van hierdie voorwaardes voldoen is in

---

251 Labuschagne "Kontrolemeganismes" 357 en die gesag daar aangehaal. Bekker "American Grand Jury" 23 wys daarop dat ondervinding met juries in bv Amerika daarop dui dat rasse of etniese verskille wel 'n rol speel in die howe en dat juries waarskynlik "a basic homogeneity in the population " vereis vir die ideale funksionering daarvan. Dit is derhalwe moeilik vir die jurie om bevredigend te funksioneer in 'n veelrassige en heterogene gemeenskap. Rood "The Jury System" 752.

252 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 972 verwys na 'n toespraak deur Steytler "Democratising Criminal Justice" gelewer tydens 'n regskonferensie, met die tema "A New Jurisprudence for a Future South Africa" by die Universiteit van Pretoria op 25 Oktober 1998, waar hy die stelling maak dat "[i]n African countries where such divisions exist, kinship and group loyalties often overrule the fair application of the criminal law". Hy kom derhalwe tot die gevolgtrekking dat "[i]n our divided society, participatory democracy in general, and lay participation in criminal justice in particular, may serve sectarian interests rather than that of the whole community...The group loyalties of lay members of courts may stand in the way of rational fact finding". Steytler is egter ten gunste van 'n gemengde regbank omdat hy meen die samevoeging van professionele regsprekende amptenare met leke-persone in 'n gemengde regbank daartoe bydra om hierdie probleme te ondervang. Rood "Jury System" 752.

253 Rood "The Jury System" 752.

254 "Trial by Jury and Trial with the Aid of Assessors in the Superior Courts of British African Territories: I" 1960 *Journal of African Law* 133 ev.

255 Hier kan bv vermeld word dat nie Zimbabwe of Namibië na onafhanklikwording die juriestelsel ingevoer het nie, ten spyte van druk tot hervorming en demokratisering van die regbank. Sien die bespreking in afd 5.6.1. Sien ook Kahn Kahn "Restore the Jury? or 'Reform? Reform? Aren't Things Bad Enough Already? ' V" 1993 *SALJ* 322 323.

die Afrika-lande wat hy ondersoek het nie:[256]

> "First, the community in which it operates must be socially homogeneous, that is, there must be no big racial, cultural, religious or linguistic divisions. Secondly, the people in the community must be sufficiently advanced educationally and otherwise to understand the responsibilities cast on them as jurors and to set the fulfillment of those responsibilities above private prejudices. Thirdly, the people of the community must be in basic agreement with the laws which, as jurors, they are required to enforce."

Alhoewel Jeary hierdie bydrae reeds in 1960 geskryf het, wil dit voorkom asof daar nog steeds meriete is in Jeary se argument. Dit is baie duidelik uit die Suid-Afrikaanse opset dat daar nie hier aan hierdie voorwaardes voldoen word nie. Daar bestaan dus 'n vrees dat die juriestelsel die vyandigheid tussen politieke en ander groeperings sal versterk. Jurielede met sterk etniese, rasse of godsdienstige affiliasies sal geneig wees om toe te laat dat hulle oordeel ten opsigte van die feite en reg wat aan hulle voorgelê word, beïnvloed word deur hierdie affiliasies.[257] Suid-Afrika het 'n geskiedenis van konflikte tussen stamme, rasse en groeperings en daar word gevrees dat hierdie konflikte die jurie sal verhoed om regverdige beslissings te neem.

Dit is dus die feit dat juries nie in staat is om behoorlik te funksioneer in sterk verdeelde gemeenskappe nie, (wat insluit Suid-Afrika en ander Afrika-lande) wat Suid-Afrikaners noop om die juriestelsel as 'n oplossing af te keur.[258] Hierdie probleem is egter nie net beperk tot Suid-Afrika of ander Afrika-lande nie. Verskeie Amerikaanse studies het al verwys na die rassisme van juries.[259] In een studie het die outeur tot die gevolgtrekking gekom dat juries so rassisties is dat die enigste manier om regverdige beslissings vir Swartmense te verseker was om jurie-distrikte te herverdeel sodat dit ooreenstem met die rasse-verdeling in die gemeenskap. In areas waar die meeste misdade deur Swartmense gepleeg word, is die samestelling van die juries dus van

---

256 Jeary "Trial by Jury and Trial with the Aid of Assessors in the Superior Courts of British African Territories: II" 1961 *Journal of African Law* 36, 46.

257 Sien Bekker "American Grand Jury"23; Kahn " Restore the Jury or Reform? V" 323 ev.

258 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 974.

259 Bekker "American Grand Jury" 23; Coetzer "Die Juriestelsel in 'n Veelrassige Samelewing" 1992 *Consultus* 124.

drie-kwart tot heeltemal Swart.[260] Verskeie studies het al daarop gewys dat waar daar 'n klimaat van rassisme en rasse-spanning is, *juries achieve racial ends, not justice.*[261]

(ee) Hoë administratiewe koste

Die herinstelling van die juriestelsel sal gepaardgaan met te hoë administratiewe koste en is derhalwe nie koste-effektief nie. Afgesien daarvan dat daar by die meeste howe addisioneel voorsiening gemaak sal moet word vir jurie-afskortings en jurie-besluitnemingsvertrekke, sal verdere finansies benodig word vir jurie-toelaes en reiskostes, en daar sal 'n administratiewe orgaan geskep moet word om die stelsel te administreer. Benewens bogenoemde, sal daar ook nog addisionele vertalingskostes wees wat nie uit die oog verloor moet word nie. Die Grondwet van 1996 erken elf amptelike landstale en bepaal onder andere dat al die amptelike tale gelykheid van aansien moet geniet en billik behandel moet word.[262] Met die verstedeliking van baie Swartmense lei dit daartoe dat verskillende tale die moedertaal van voornemende jurielede kan wees. Jurielede kan in sulke gevalle moontlik gelyktydige vertaling in drie, vier, vyf of selfs meer verskillende tale benodig. Dit sal 'n geweldige administratiewe las op die personeel en finansiële en ander bronne van die regbank plaas.[263] In die lig van bogemelde bepalings in die Grondwet ten opsigte van die amptelike landstale, duik daar alreeds taalprobleme in die howe op.[264] Met die juriestelsel sal hierdie probleme net nog meer gekompliseerd raak.

---

260 "By requiring that juries trying civil cases be drawn from the community where the cause of action arose, and in criminal cases where the crime occurred, we could ensure that civil and criminal law for black people would be administered by substantially all-black juries."—Note "The Case for Blacks Juries" 1970 *Yale LJ* 531, 548.

261 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 974; Coetzer "Juriestelsel in 'n Veelrassige Samelewing" 1992 *Consultus* 125.

262 A 6 en meer spesifiek a 6(4) van die Grondwet van 1996.

263 Sien ook Huebner "Restructuring Criminal Justice" 975-976; Rood "Jury System" 750 ev; Kahn "Restore the Jury or Reform ? V" 331.

264 Ten opsigte van reeds bestaande taalprobleme in die howe, sien Malan "Oor die hofnotuleringstaal in die lig van die Grondwet en na aanleiding van onlangse regspraak" 1998 *THRHR* 696.

Bogemelde probleme dui dus daarop dat die juriestelsel nie die aangewese oplossing vir Suid-Afrika sal wees nie. 'n Ander voorstel wat gemaak is om te voldoen aan die behoefte van inspraak in die regspraak deur die gemeenskap, is die uitbreiding van die bestaande stelsel van assessore, wat vervolgens ondersoek sal word.

b) Uitbreiding van die assessorestelsel

Die assessorestelsel sal in die afdeling wat hierop volg bespreek word deur te verwys na die funksionering van die bestaande stelsel in die praktyk en tekortkominge van hierdie stelsel. Daarna sal hervormingsvoorstelle aan die hand gedoen word.

(aa) Die bestaande stelsel

Die assessorestelsel is aanvanklik ingestel om, met die uitfasering van die juriestelsel, steeds te voldoen aan die oogmerk van "informing and broadening judicial decisionmaking."[265] Die standpunt is ook geopper dat die assessorestelsel die beskuldigde beskerm teen eensydige beslissings as gevolg van moontlike isolering van die regsprekende amptenaar in die gemeenskap.[266] Die assessore moes dus die rol van die jurie oorneem.[267] Hulle moes saam met die regsprekende amptenaar op die regbank sit en hom of haar behulpsaam wees met verskillende besluite. Feitelike besluite is oor die algemeen geneem deur die regbank van drie ('n professionele regter en twee assessore), terwyl die professionele regter alleen besluit het oor regsaspekte.[268]

---

265 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 976.

266 Steyn "Public Participation in the Prevention of Crime" 1971 *SALJ* 210, 218 wys daarop dat daar altyd die moontlikheid bestaan dat 'n regsprekende amptenaar, in die lig van sy relatiewe isolasie in die gemeenskap, "may cease to reflect the constantly changing realities of society and by his application of justice, removed from current attitudes as he is, forfeit the confidence of those whose mutual relationships he is supposed to regulate". In die lig hiervan stel hy voor dat die regsprekende amptenaar slegs een veiligheidsmaatreël het en dit is "to choose his assessors wisely so that his court is balanced and, to some extent, representative also of the community".

267 Chubb "The Jury System" 202.

268 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 976. Hierdie stelsel is analoog aan die gemengde regbank in Duitsland, waar die regbank bestaan uit óf een professionele regter en twee leke-regters, óf twee professionele regters en drie leke-regters. Sien die bespreking ten opsigte van

Ingevolge artikel 145(2) van die Strafproseswet 51 van 1977 kan 'n regter wat as voorsittende beampte optree in 'n strafsaak in die Hoë Hof, in sy diskresie, een of twee assessore aanstel om hom by te staan.[269] Die Grondwet van 1996 maak ook voorsiening vir die deelname van assessore in hofbeslissings, maar laat die regulering daarvan oor aan nasionale wetgewing.[270]

Onder die huidige stelsel word dit aan die regsprekende amptenare oorgelaat om self enige twee assessore te selekteer wat na die oordeel van die regsprekende amptenaar, ondervinding van die regspleging het of bedrewe is in 'n aangeleentheid wat by die verhoor oorweeg mag word.[271] Alhoewel die voorskrif in die wetgewing baie wyd is, blyk dit uit empiriese navorsing wat gedoen is dat die meerderheid van assessore wat in die verlede aangestel is, regsgeleerdes en/of voormalige amptenare in die regsprofessie was en dat bykans almal bekend was aan die regsprekende amptenaar wat hulle geselekteer het.[272] In sekere gevalle het regsprekende amptenare die assessore geselekteer van 'n lys af waarop persone aangedui het dat hulle as assessore wou optree. Sekere regsprekende amptenare het aangedui dat hulle bepaalde persone op die lys eerder gebruik as ander – met ander woorde, dat hulle die lang lys gebruik en hul eie kortlys daarvan saamstel vir hul eie gebruik.[273]

Die Strafproseswet bepaal verder dat 'n assessor (na aflê van die eed of doen van

---

die stelsel in Duitsland in afd 5.4.1.2.1 en afd 6.2.3.

269 A 145(2) van die Strafproseswet van 1977. Kriegler *Hiemstra Suid-Afrikaanse Strafproses* 357-361. Dit was vroeër verpligtend om gebruik te maak van assessore in alle kriminele verhore in die Hoë Hof waar die doodstraf as 'n geldige vonnis opgelê kon word. In navolging van die uitspraak van die Konstitusionele Hof in *S v Makwanyane & another* 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH) ingevolge waarvan die doodstraf in effek afgeskaf is, het hierdie verpligting ook verval.

270 A 180 bepaal soos volg: "National legislation may provide for any matter concerning the administration of justice that is not dealt with in the Constitution, including- ...(c) the participation of people other than judicial officers in court decisions."

271 A 145(1)(b) van die Strafproseswet van 1977.

272 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 977.

273 Sien Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 1985 *SAJHR* 218 223; Huebner "Restructuring Criminal Justice" 977.

'n bevestiging) 'n lid van die hof is. In geval van 'n feitevraag, sal *die beslissing of bevinding van die meerderheid van die lede van die hof* die beslissing of bevinding van die hof wees, *behalwe wanneer die voorsittende regter met slegs een assessor sit, in welke geval die beslissing of bevinding van die regter, by verskil van mening, die beslissing of bevinding van die hof* sal wees.[274]

Vanaf 1982 kan die regsprekende amptenaar ook assessore uitsluit wanneer die toelaatbaarheid van getuienis bespreek word.[275] Wat regsvrae betref, beslis die voorsittende regter alleen.[276] Dit het egter uit empiriese navorsing geblyk dat die uitsluiting van assessore baie min in die praktyk plaasgevind het en dat die voorsittende regters in die meeste gevalle saam met die assessore besluit het oor regs- en feitevrae.[277]

Huebner[278] wys daarop dat, soos met die regbank, is die assessore ook nie verteenwoordigend van die gemeenskap nie – volgens hom *an especially grievous flaw considering the problem the system was designed to counteract*. Indien geargumenteer word dat die regbank verteenwoordigend moet wees van die gemeenskap, dan vloei dit logieserwyse daaruit voort dat die assessore, wanneer hulle geselekteer word om op die regbank te dien, ook verteenwoordigend van die gemeenskap behoort te wees. Huebner voeg verder by dat daar op 'n te ongereelde basis van assessore gebruik gemaak word en dat die aanstellingsprosedure die oogmerke van die assessore-

---

274 A 145(4)(a) van die Strafproseswet van 1977.

275 A 145(4)(b) van die Strafproseswet van 1977 bepaal dat:
"indien die voorsittende regter van oordeel is dat dit in belang van die regspleging sal wees dat die assessor of assessore wat hom bystaan nie deelneem aan 'n beslissing oor die vraag of getuienis van 'n bekentenis of ander verklaring gedoen deur 'n beskuldigde as getuienis teen hom toelaatbaar is nie, slegs die regter oor bedoelde vraag beslis, en hy vir dié doel alleen kan sit."

276 A 145(4)(c) van die Strafproseswet van 1977 bepaal dat:
"slegs die voorsittende regter oor 'n ander regsvraag beslis of oor 'n vraag of 'n aangeleentheid 'n regsvraag of 'n feitevraag uitmaak, en hy vir dié doel alleen kan sit."

277 Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 226; Huebner "Restructuring Criminal Justice" 977.

278 "Restructuring Criminal Justice" 978.

stelsel ondermyn. Hierdie aspekte sal vervolgens in meer besonderhede bespreek word deur te verwys na die tipe sake waarin assessore gebruik word, die aanstellingsprosedure en die invloed van assessore.

(i) Gebruikmaking van assessore

Selfs voor die afskaffing van die doodstraf (toe die aanstelling van assessore verpligtend was in gevalle waar die doodstraf as 'n moontlike vonnis opgelê kon word), het dit uit empiriese navorsing[279] geblyk dat baie regsprekende amptenare teësinnig van assessore gebruik gemaak het, tensy dit 'n statutêre verpligting was (soos hierbo genoem). Sedert die afskaffing van die doodstraf, het hierdie statutêre verpligting weggeval[280] en word dit heeltemal aan die diskresie van die regsprekende amptenaar oorgelaat om te besluit wanneer assessore aangestel moet word. Daar word geen omskrywing in die wetgewing gegee ten opsigte van wanneer dit wenslik sou wees om assessore aan te stel nie, behalwe die verwysing in artikel 145(1)(b) dat die assessore (na oordeel van die regter wat voorsit by die verhoor) ondervinding moet hê van die regspleging of anders moet beskik oor besondere kennis van 'n aangeleentheid wat tydens die verhoor oorweeg mag word.[281] Indien geargumenteer word dat die doodstraf die ernstigste vryheidsontneming was wat bestaan het en waarvoor die aanstel van assessore verpligtend was, sou 'n mens waarskynlik kon argumenteer dat daar nou, met die afskaffing van die doodstraf, assessore aangestel behoort te word by elke geval waar lewenslange tronkstraf moontlik 'n gepaste vonnis sou wees.[282]

---

279 Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 225.

280 Ingevolge a 31 van die Strafwysigingswet 105 van 1997.

281 'n Persoon met so 'n besondere gespesialiseerde kennis is byvoorbeeld 'n rekenmeester (Kriegler *Hiemstra* 358) of 'n ouditeur (Du Toit ea *Commentary on the Criminal Procedure Act* 21-4) in 'n besonder ingewikkelde kommersiële saak.

282 Du Toit ea *Commentary on the Criminal Procedure Act* 21-5 is van mening dat "[p]resumably judges will continue to summon assessors when life imprisonment or long periods of imprisonment are possible punishments".

(ii) Aanstellingsprosedure

Ten opsigte van die tweede probleem wat genoem is, naamlik dat die aanstellingsprosedure die oogmerke van die assessorestelsel ondermyn: Dit blyk dat die aanstellingsprosedure, in plaas daarvan om demokratisering (gemeenskapsdeelname) in die hand te werk, in die verlede eerder gelei het tot die aanstelling van assessore wat tot 'n groot mate dieselfde agtergrond en ingesteldheid het as die regsprekende amptenaar self. Alhoewel die oogmerk sekerlik is dat 'n assessor 'n onafhanklike ingesteldheid (soos Dugard[283] dit stel: *an independent mind*) na die regbank moet bring,[284] het dit uit empiriese navorsing[285] geblyk dat assessore wat in die praktyk aangestel is, tot 'n groot mate val in die kategorie van persone wat beskryf kan word as *professionele assessore*: afgetrede regsgeleerdes, wat deur die regter geselekteer word, wie se name op 'n lys verskyn en herhaaldelik as assessore optree, 'n onderdanige posisie ten opsigte van die regter beklee en afhanklik is van die regter vir sy toekomstige herindiensneming as assessor. Volgens Huebner[286] "[t]he

---

283 Hy wys daarop dat 'n ideale assessor "is a senior advocate who will bring an independant mind to bear on the fact-finding process. Less ideal is the person who could be described as a 'professional assessor' – that is the lawyer, usually retired from legal practice, who relies on assessing fees for his income. His continued employment as an assessor may be dependent on the goodwill of the judge and he is, therefore, less likely to exercise the same degree of independence as a busy advocate who sits as an assessor on rare occasions. In practice assessors are drawn from a very limited group." – Dugard "Lay Participation in the Administration of Justice" 1972 *Crime Punishment & Correction* 55 56-57. Huebner "Restructuring Criminal Justice" 978.

284 Hiermee wil nie afbreuk gedoen word aan die waardevolle bydrae gemaak deur assessore wat wel in die verlede in alle opsigte onafhanklik opgetree het nie, maar die punt bly staan dat die stelsel hom leen tot ongerymdhede.

285 Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 222, in hul empiriese studie ten opsigte van die Kaapse Provinsiale Afdeling van die Hoë Hof, het bevind dat "[a] striking feature of the professional backgrounds of the assessors was that a very large number of them had retired from active practise of the law. Amongst those who had retired were all the magistrates and attorneys-general. As far as could be established all the attorneys were fully or partially retired as well. This leaves only the law professors and the advocates. The former were statistically insignificant as the seven professors who sat as assessors sat in only 4,4 per cent of the cases heard. Of the nine advocates only five acted more than six times. Four of these maintain chambers but are generally thought to have 'very quiet' practices.

In sum therefore it can be said that the typical assessor in the Cape Provincial Division is a member of a relatively small group. He has a legal background and is in retirement or semi-retirement. It can also be added that he is white and male."

286 "Restructuring Criminal Justice" 979.

appointment process pressures the assessors not to antagonize the judges at whose pleasure they serve, and the judges correspondingly choose assessors from a very limited group – one all too similar to the judges themselves." Hy kom tot die gevolgtrekking dat "[j]udges clearly choose people with whom they are comfortable – and thus predisposed to agree with the judge."

(iii) Die invloed van assessore

Soos reeds hierbo genoem is, het dit in die praktyk gebeur dat daar dikwels, indien nie altyd nie, bespreking was tussen die professionele regters en die assessore oor die hele spektrum van regs- en feitevrae en uiteindelike beslissings wat deur die hof geneem is.[287] Volgens statutêre voorskrif moet die voorsittende regter altyd die redes bekendmaak vir die hof se beslissing ten opsigte van regsvrae, feitevrae en die vonnis.[288] Wat die invloed van die assessore op die regsbeslissing betref, het dit uit die empiriese ondersoek geblyk dat ten opsigte van suiwer regsvrae, het die inspirasie vir die standpunte wat uitgespreek is oor die algemeen van die voorsittende regter gekom, moontlik verfyn na interaksie met die assessore.[289] Ten opsigte van die aspekte waar assessore geregtig was om hulle invloed ten volle uit te oefen, naamlik by feitebeslissings en daardeur die uitendelike beslissing, blyk dit dat die voorsittende regters "were very rarely outvoted by their assessors when it came to public pronouncements on guilt or innocence, or on the existence or absence of extenuating

---

287 Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 226; Huebner "Restructuring Criminal Justice" 977.

288 A 146 van die Strafproseswet van 1977. Dit blyk verder dat indien daar 'n meningsverskil is ten opsigte van 'n feitevraag, moet die voorsittende regter ook nog addisioneel die redes vir die minderheidsuitspraak bekendmaak. Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 228 wys daarop dat in die praktyk beteken dit "that the judge always articulates the decision of the assessors whether they are in the majority or minority".

289 Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 229. Ten opsigte van vonnis, dui hulle aan dat daar wel kommunikasie tussen die assessore en die voorsittende regter was tot dié effek dat "[t]hey would convey to the judge with whom they were sitting what sentences their fellow judges were currently imposing for similar offences. This would allow the judge to form an idea of the 'tariff' sentence for the offence being considered."

circumstances".[290] Die gevolgtrekking waartoe gekom word, is dat die invloed wat assessore op die finale beslissing het, gering is.[291]

Uit die bevindings van die empiriese ondersoek blyk dit dat sekere regters aangedui het dat die rede vir hierdie bevinding (ten opsigte van assessore se geringe invloed op die beslissing) toegeskryf kan word aan die feit dat die beslissing wat uiteindelik bereik word die produk is van gedurige interaksie tydens die verhoor. Ander regters het aangedui dat verskille uitgesorteer is ten gunste van die beskuldigde (hierdie standpunt was nie universeel nie). Die moontlikheid bestaan egter dat 'n voorsittende regter maklik 'n assessor kan oorreed om sy standpunt te steun, soos een van die regters dit ook tydens die empiriese ondersoek gestel het:

> "There is discussion and differences but I have yet to find an assessor who on a question of fact in a difficult matter does not give in to the judge."[292]

Die probleem is dat waar regsprekende amptenare self die assessore kies en dikwels met dieselfde assessore op die regbank dien, ter uitsluiting van andere, die persepsie kan ontstaan dat die assessore nie onafhanklik is nie.[293] Die wyse waarop die regbank saamgestel word en die deelname van assessore aan die besluitnemingsproses is belangrik vir die legitimiteit van die regspleging as geheel. Dit is derhalwe belangrik dat alle moontlike gissinge en spekulering ten opsigte van die verhouding tussen die assessore en die voorsittende regter uit die weg geruim word deur prosessuele hervorming. Die volgende afdeling sal dan nou ook gewy word aan 'n bespreking van hervormingsvoorstelle.

---

290 Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 229. Hulle voeg by: "Viewed differently, a majority of those interviewed, 61,5 percent in all, had not sat with a single assessor who had disagreed publicly with them more than once."

291 Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 230.

292 Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 230. Selfs in die saak van *Von Zell* 1953 (3) SA 303 (A) op 312 het Appèlregter Van den Heever 'n soortgelyke standpunt geopper: "It is true that I have experienced upon occasion that a magistrate acting as an assessor and as a full member of the Court as trier of fact might be loth to dissent and give a dissenting judgement."

293 Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice: 230 bevestig dat "[i]t is certainly unsound from the point of view of the public presentation of the administration of justice...There is a danger that the public will gain the impression that it is a system of patronage."

(bb) Voorstelle ten opsigte van die hervorming van die assessorestelsel

Die hervormingsvoorstelle wat vervolgens bespreek word, draai om die gebruikmaking van assessore, die kies en toewys van assessore aan bepaalde sake, en die vergroting van die "poel" waaruit assessore geselekteer word deur, eerstens, die insluiting van leke-persone op meriete en, tweedens, insluiting van ander persone met regskwalifikasies. Hierdie afdeling word afgesluit deur 'n evaluering van die funksie van asessore.

(i) Die gebruikmaking van assessore

Gesien in die lig van die geloofwaardigheidskrisis wat die regbank beleef, sou dit in beginsel 'n goeie idee wees om van die standpunt af uit te gaan dat twee assessore in alle Hoë Hofsake op die regbank behoort te dien.[294] Nie alleen word sake wat baie ingewikkeld en ernstig is, in die Hoë Hof aangehoor nie, maar sodoende sal gemeenskapsdeelname aan die beregtingsproses kan plaasvind en die beslissing sal die uiteindelike gevolg wees van verskillende persone se insette, standpunte en beredenering. Hierdie voorstel is verwoording van wat die *ideale* situasie sou wees, maar daar moet tred gehou word met die werklikheid en bepaal word of hierdie voorstel koste-effektief toegepas kan word om in elke saak gebruik te maak van assessore. Twee problematiese praktiese implikasies is die volgende: indien die verloop van 'n verhoor oor 'n lang tydperk strek (byvoorbeeld 500 dae of selfs twee jaar, soos dit wel al in sekere sake die geval was), sal die assessore vir die volle tydperk betaal moet word – dit hou dus 'n koste-implikasie in; tweedens, mag dit dalk moeilik wees om assessore te bekom wat bereid sal wees om vir so 'n lang tydperk assessordiens te verrig. Indien dit egter enigsens moontlik blyk te wees, behoort hierdie voorstel tog geïmplementeer te word.

---

294 Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 232. Huebner "Restructuring Criminal Justice" 981. In Zimbabwe, wat 'n soortgelyke stelsel van assessore het as Suid-Afrika, word in a 3 van die *High Court of Zimbabwe Act* 29 of 1981 bepaal dat twee assessore aangestel moet word om saam met die regter te dien in alle kriminele verhore in die *High Court*.

(ii) Die selekteer en toewys van assessore aan bepaalde sake

Kommentatore[295] is daaroor eens dat regsprekende amptenare nie hul eie assessore behoort te kies nie. Daar word voorgestel dat assessore gekies moet word van 'n vooropgestelde lys van *geskikte* persone. Binne die raamwerk van hierdie lys moet assessore op 'n lukrake wyse (*at random selection*) gekies, en ooreenkomstig 'n bepaalde rooster aan 'n spesifieke saak toegewys word. Afwyking van die rooster behoort net toegelaat te word in gevalle waar die assessore gevra kan word om hulself te rekuseer.[296]

(iii) Die vergroting van die "poel" waaruit assessore geselekteer word

Dit blyk asof daar onder kommentatore eenstemmigheid is dat die "poel" waaruit die assessore gekies moet word vergroot moet word. Twee metodes om dit te bewerkstellig word aan die hand gedoen:
eerstens, deur die insluiting van leke-persone[297] op meriete en
tweedens, deur insluiting van ander persone met regskwalifikasies.[298]

- **Die insluiting van leke-persone op meriete**

Ten opsigte van die eerste voorstel, naamlik die insluiting van leke-persone op me-

---

295 Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 232; Huebner "Restructuring Criminal Justice" 982.

296 A 147 van die Strafproseswet van 1977. 'n Soortgelyke stelsel word aangetref in Duitsland waar regters geen diskresie het ten opsigte van welke leke-regters saam met hulle op die regbank sal dien nie. Sodra 'n paneel van leke-regters geselekteer is, word hulle by wyse van looitjies wat getrek word toegewys aan sake op 'n bepaalde rooster. Caspar en Zeisel "Lay Judges in the German Criminal Courts" 183. Sien die bespreking ten opsigte van die Duitse stelsel in afd 6.2.3.1.1(b).

297 Leke-persone word vir doeleindes van hierdie proefskrif beskou as persone wat nie oor 'n regskwalifikasie beskik nie.

298 Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 233; Huebner "Restructuring Criminal Justice" 982-983. Dugard "Lay Participation" 55 se aanvanklike voorkeur vir leke-persone is toe te skryf aan die feit dat hy van mening is dat die regsprofessie "would certainly be unable to provide the necessary assessors for such a scheme as it is already too short staffed. The only solution to the problem would be to employ lay assessors." Hy vereis egter later dat sodanige assessore ten minste 'n universiteitsgraad moet hê.

riete, word daarop gewys dat in teenstelling met juries, leke-assessore die voordeel sal hê dat hulle saam met 'n professionele regter sit en deur hom of haar in die feitebevindingsproses gelei word en derhalwe minder geneig sal wees om die "unreasoned erratic type of decision associated with jury verdicts" te gee.[299] Waar sommige kommentatore die *meriete* omskryf as synde *in besit wees van 'n universiteitsgraad*,[300] beskou ander dit eerder in die lig van *beskik oor ondervinding of 'n kwalifikasie wat hulle geskik maak om as assessore in kriminele verhore op te tree.*[301]

Van Zyl Smit en Isakow[302] wys daarop dat ten einde moontlike probleme verder te bekamp, behoort die kriteria vir die skep van so 'n lys van assessore duidelik uitgespel te word, die proses van opstel van die lys behoort onderhewig te wees aan regterlike toesig en hierdie proses behoort geheel en al geskei te word van die toewysing van assessore aan bepaalde sake.[303] Hulle wys op die meriete van 'n stelsel waar assessore op 'n wyer basis getrek word uit die gemeenskap en geselekteer word by wyse van 'n prosedure waarby beide die regbank sowel as leke-organisasies betrokke is. Volgens hulle kan die nouer samewerking tussen die regbank en die verteenwoordigende leke-persone (wat vereis word vir die opstel van so 'n lys) bewerkstellig word deur 'n liggaam soos die Raad van Justisie wat destyds deur die

---

299 Dugard "Lay Participation" 55.

300 Dugard "Lay Participation" 58. Nadere beskouing bring egter aan die lig dat sy voorkeur vir lekedeelname deels toegeskryf kan word aan sy siening dat die regsprofessie "would certainly be unable to provide the necessary assessors for such a scheme as it is already too short staffed. The only solution would be to employ lay assessors".

301 Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 234. In Zimbabwe, waar daar, addisioneel tot die regs- en deskundige assessore aangetref in Suid-Afrika, ook nog voorsiening gemaak word daarvoor dat 'n persoon wat beskik oor "any other experience or qualification which, in the opinion of the Chief Justice and the Judge President, renders him suitable to act as an assessor in a criminal trial". Sien a 6(1)(d) van die High Court of Zimbabwe Act 29 van 1981.

302 "Assessors and Criminal Justice" 234.

303 In Duitsland word potensiële leke-regters genomineer deur politieke partye en ander burgerlike organisasies. Hierdie nominasies word weer gekeur deur 'n paneel bestaande uit 'n regter, 'n verteenwoordiger van die owerheid van die betrokke staat en tien *Vertrauenspersonen* wat verkies word vir hierdie doel, naamlik om 'n lys van *geskikte* leke-regters saam te stel. Casper en Zeisel "Lay Judges in the German Criminal Courts" 182-183. Sien die bespreking van hierdie prosedure in die Duitse stelsel in afd 6.2.3.1.1(b).

Hoexter-kommissie in die vooruitsig gestel is.[304] Hulle stel voor dat so 'n liggaam waarop beide die regbank en leke-persone verteenwoordiging geniet,[305] se funksies uitgebrei kan word om toesig te hou oor die opstel van "lists of lay assessors suitably qualified to bring their particular knowledge of their own communities to bear upon the trial".[306]

Myns insiens blyk dit tog dat leke-assessore[307] wat *beskik oor bepaalde ondervinding of 'n kwalifikasie wat hulle geskik maak* om in 'n bepaalde saak as assessore op te tree, wel 'n bydrae kan maak tot die regbank. Hier kan byvoorbeeld gedink word aan die geval waar 'n leke-assessor die inheemse gebruike en gewoontes van 'n bepaalde inheemse bevolkingsgroep goed ken en verstaan, en in die lig daarvan moontlik 'n beter begrip het van die getuienis wat afgelê word en sodoende die regbank in staat stel om 'n beter insig te verkry in die misdaad en die agtergrond waarteen dit afgespeel het.[308] Myns insiens behoort die gebruikmaking van leke-assessore nie verpligtend gemaak te word nie, maar die moontlikheid om wel daarvan gebruik te maak indien die feite van die saak dit vereis, behoort ook nie uitgesluit te word nie. So 'n leke-assessor word dan nie gekies bloot omdat hy of sy 'n leke-persoon is nie, maar omdat so 'n persoon 'n kundige is op 'n bepaalde gebied, wat in hierdie geval dan moontlik inheemse gewoontes of gebruike van 'n bepaalde inheemse volk kan wees. Op dieselfde trant behoort leke-assessore ook 'n bydrae

---

304 Sien die Hoexter-verslag 107-108.

305 Hulle wys daarop dat alhoewel die voorstel in die Hoexter-verslag gemaak word dat die lede van die Raad van Justisie aangestel behoort te word *ongeag ras* daar, in die liggaam wat hulle voorstel, verdere stappe gedoen sal moet word om te verseker dat alle groepe verteenwoordiging geniet. "Assessors and Criminal Justice" 234 vn 82.

306 Hulle stel voor verdere aspekte wat ondersoek kan word: die reël dat een assessor 'n praktiserende regsgeleerde of 'n deskundige soos 'n ouditeur moet wees en die ander, 'n leke-persoon; uitbreiding van die regbank om meer regters en meer leke-persone in te sluit. Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 235.

307 Sulke leke-assessore sal maw nie beskik oor 'n regskwalifikasie nie.

308 Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 235 is van mening dat afgesien van die persepsie-probleem is daar ook nog 'n praktiese voordeel: "An all white, predominantly male judiciary runs a severe risk of being perceived as out of touch with the social reality from which springs the crimes it tries. At a practical level the judges might find it difficult to understand the sources of evidence which emerge from a social context foreign to their own."

te kan maak in gevalle waar tegnologies-wetenskaplike vraagstukke ter sake is, maar in so 'n geval behoort leke-assessore aangestel te word wat vakkundiges is op die bepaalde gebied.[309] Alhoewel daar wel in sekere kringe weerstand is teen die aanstel van leke-assessore,[310] kan leke-assessore myns insiens wel 'n bydrae lewer tot die beregtingsproses indien hulle 'n sekere kundigheid aan die regbank verleen wat dit benodig vir die verhoor van 'n betrokke saak. Die ondervinding in verskeie regstelsels, maar veral Duitsland, het aan die lig gebring dat leke-regters wat saam met professionele regters op die regbank dien, deur die professionele regters oordonder word juis omdat hulle nie regskwalifikasies het nie.[311] Juis daarom is tot die gevolgtrekking gekom dat assessore met regskwalifikasies op meer gelyke vlak met die professionele regters sal kan debatteer en redeneer as gevolg van hulle regsopleiding. Om hierdie rede word die volgende aan die hand gedoen: Die moontlikheid kan oorweeg word om die regbank te vergroot in gevalle waar die kundigheid van leke-assessore benodig word sodat die regbank bestaan uit assessore met regskwalifikasies, wat saam met die professionele regter alle aspekte beredeneer, sowel as 'n leke-assessor wat addisioneel aangestel word en wat as gevolg van sy of haar besondere kundigheid 'n bydrae kan lewer tot die feitelike aspekte van die beregtingsproses.

---

309 Ten opsigte van die aard van beregting, wys Wald daarop dat "[t]wo major changes in the court's work, occuring gradually over time, may threaten the continued attainment of basic objectives. One is the quantity of work, which has increased enormously over the years. The second is the complexity of the underlying subject matter, whether it be scientific, economic, medical, or some other field of technical expertise. On a court like the District of Columbia Circuit, whose bread and butter work is the review of decisions of specialized government agencies, a generalist judge's struggle to understand these matters, and then to figure out how the fine or complex distinctions among them affect the law, is endless" – "The Problem with the Courts: Black-Robed Bureaucracy, or Collegiality under Challenge?" 1983 *Maryland LR* 766 769. Labuschagne "Kontrolemeganismes" 358.

310 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 984 ev; Bekker "American Grand Jury" 21.

311 Een van die redes wat Huebner aanvoer ten gunste van assessore met regskwalifikasies is dat "judges seem to heed assessors precisely because the assessors have legal expertise" – "Restructuring Criminal Justice" 984. 'n Ontleding van die stelsel van leke-assessore in Duitsland dui ook daarop dat die leke-regters oorheers word deur die professionele regters. 'n Empiriese ondersoek deur Casper en Zeisel "Lay Judges in the German Criminal Courts" 189-191 dui daarop dat leke-regters die beslissing van die hof in slegs 1.4% van die sake beïnvloed het. Sien die bespreking in afd 6.4.3.2.2.

- **Die insluiting van ander persone met regskwalifikasies**

Van Zyl Smit en Isakow[312] doen aan die hand dat dit verpligtend gemaak moet word vir alle aktiewe praktisyns, beide prokureurs en advokate, om vir 'n minimum aantal dae per jaar as assessore op te tree. Hulle gee toe dat so 'n reëling waarskynlik nie gewild sal wees nie, maar dat indien dit streng en proporsioneel toegepas word op alle praktisyns, dit nie 'n te groot las behoort te wees nie. Skrywer kan haar egter nie vereenselwig met die standpunt dat assessordiens verpligtend gemaak word nie. In die eerste plek is so 'n reëling onnodig omdat daar alreeds genoeg praktisyns met regskwalifikasies behoort te wees waaruit assessors geselekteer kan word.[313] In die tweede plek is dit in beginsel nie verstandig om 'n regbank saam te stel met assessore wat onwillig is om as assessore op te tree nie. Daar word voorsien dat in sekere gevalle so 'n verpligtende bepaling nie net verswarend kan werk ten opsigte van so 'n assessor nie, maar ook onregverdig sal wees ten opsigte van ander partye soos byvoorbeeld in die geval waar 'n prokureur 'n eenmanspraktyk bedryf en so 'n praktyk moet los om assessorsdiens te verrig (wat dikwels weke of maande kan duur) terwyl geen aandag gegee word aan die sake van sy kliënte tot tyd en wyl die assessordiens afgehandel is nie.[314]

Daar word aan die hand gedoen dat 'n assessorlys (elke twee jaar of selfs vier jaar, maar nie langer as dit nie) saamgestel word deur 'n ernstige beroep te doen op alle regspraktisyns (prokureurs en advokate) en landdroste, maar ook akademici en afgetrede persone[315] wat in een van hierdie kategorieë val, wat bereid is om assessor-

---

312 "Assessors and Criminal Justice" 233.

313 Kahn "The Judges IV" 250 wys daarop dat "there are sufficient blacks at the Bar or practising as attorneys or employed as magistrates to make it possible for blacks to serve as assessors in criminal trials". Sedertdien is regsopleiding ook meer toeganklik gemaak deurdat die tydperk vir behaling van die LLB-kwalifikasie landswyd verminder is van 5 jaar na 4 jaar. Verder is Latyn as 'n vereiste vir die LLB-graad en vir advokaat-status laat vaar.

314 Daar kan geensins by die aanvang van 'n saak bepaal word presies hoe lank die verhoor van 'n bepaalde saak sal duur nie. Indien 'n saak weke of selfs maande duur, sal die inkomste wat verdien word uit assessorsgelde ook nie voldoende wees om die oorhoofse koste van 'n prokureurspraktyk te dek nie en so 'n prokureur kan selfs finansiële skade ly.

315 Volgens Van Zyl Smit en Isakow *Assessors and Criminal Justice* 222 het dit geblyk uit hulle empiriese navorsing dat afgetrede prokureur-generaals (nou bekend as direkteure van openbare vervolgings) ook as assessore opgetree het. Daar is in beginsel geen beswaar daarteen dat

diens te verrig, om hul name op die assessorlys te plaas. Afgetrede persone word hierby ingesluit tot op die ouderdom van 70 jaar.[316] Vir elke betrokke saak waarvoor assessore benodig word, moet die assessore dan op 'n lukrake wyse van hierdie lys af geselekteer word en aan 'n bepaalde saak toegewys word. Die administrasie van hierdie lys en toewysing van assessore behoort te geskied onder regterlike toesig en deur gebruikmaking van die mannekrag van die Departement van Justisie.

Huebner stel voor dat die stelsel van assessore dien as 'n opleidingsmedium vir Swart regspraktisyns en verder, dat ten minste een van die twee assessore om hierdie rede Swart moet wees:

> "When South Africa's desperate need for a generation of trained black judicial candidates is considered, the advantages of broadening the system to include the laity are outweighed by its effectiveness as a training and testing ground for future judges. Assessorship is an ideal 'fast track' for training black legal practitioners and providing them with first-hand insight about, and experience with, life on the bench. They sit with an experienced judge, have an equal vote on issues of fact, and are involved in the judges' thinking on issues of law and issues combining both law and fact."[317]

Omdat die standpunt al geopper is dat die demokratisering van die regbank nie ten volle kan plaasvind, omdat daar nie genoeg Swart regspraktisyns[318] is nie, ondersteun verskeie kommentatore[319] die gedagte dat die assessor-stelsel gebruik word om Swart regspraktisyns verder op te lei vir 'n moontlike latere beroep op die regbank. In navolging van sy voorstel dat ten minste een assessor Swart moet wees, stel Huebner[320] voor dat die regspraktisyns in twee groepe verdeel moet word, naamlik blankes en Swartes, en dat dit verpligtend moet wees om een assessor uit die een

---

hierdie persone ook as assessore optree nie.

316 Daar is geen rede waarom hierdie persone se regskundigheid en ondervinding nie nog tot voordeel van die regstelsel aangewend kan word nie.

317 "Restructuring Criminal Justice" 984.

318 Sien Anoniem "Legitimering van die Regstelsel" 2.

319 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 984 ev; Kahn "The Judges IV" 250; Mokgatle "Exclusion of Blacks" 47ev.

320 "Restructuring Criminal Justice" 985.

groep en die ander assessor uit die ander groep te selekteer. Hy erken egter self dat hierdie stelsel nie rekening hou met al die ander bevolkingsgroepe in Suid-Afrika wat nie in die kategorie van blank of Swart val nie.[321] Skrywer is in beginsel nie baie geneë met 'n stelsel waar persone ingedeel word volgens rassegroepe en waar 'n voorskriftelike bepaling gestel word dat ten minste een van die assessore van 'n bepaalde rassegroep moet wees nie.[322] So 'n voorskriftelike bepaling kan deur sommige gesien word as 'n tipe kwota-stelsel wat weer kan gepaardgaan met baie negatiwiteit en dikwels teenproduktief kan werk. Die ideaal sou wees om eerder net 'n assessorlys saam te stel en bloot op lukrake wyse die twee assessore aan 'n bepaalde saak toe te wys. Ons lewe egter nie in 'n ideale samelewing nie en sit as gevolg van historiese en ander redes met bepaalde probleme: die noodsaaklikheid om die regbank te demokratiseer, maar met onvoldoende gekwalifiseerde persone afkomstig van ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep om op die regbank aan te stel. Statistiek van die huidige bevolkingsgroei dui ook daarop dat die opleiding van 'n groot aantal addisionele regters benodig word om in die behoeftes van die toekoms te voorsien.[323] Die assessorstelsel kan dus dien as 'n tipe opleidingsmedium om meer persone van ander bevolkingsgroepe as regspraktisyns verder op te lei[324] en ondervinding te bied om te voldoen aan die behoeftes van die toekoms. In die lig van bogenoemde, blyk dit dus wenslik te wees om 'n *tydelike maatreël* in te stel (ten opsigte van die vereiste dat *een assessor* 'n persoon moet wees wat afkomstig is uit een van die ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep) tot tyd en wyl daar genoeg persone in hierdie kategorie is om op die regbank te dien min of meer in ooreenstemming met hul getalle in die gemeenskap. Hierdie tydelike maatreël sal

---

321 Hier kan genoem word persone van die Kleurling-bevolkingsgroep en Asiërs (wat vir doeleindes van hierdie proefskrif Indiërs sal insluit), ens.

322 Die indeling van persone in bepaalde rassegroepe herinner te veel aan die ou bedeling. In die lig van die Grondwet van 1996 en die handves van menseregte met die klem wat dikwels val op begrippe soos *nasiebou* behoort dit nie nodig te wees om tussen Suid-Afrikaners te onderskei op grond van ras nie.

323 Kahn "The Judges IV" 249.

324 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 986 vn 114 wys daarop dat die "[a]ssessorship system is especially attractive for the short- and medium-term because it takes the black South Africans who have already risen significantly through the system and brings them the final distance through greater exposure to the judicial process."

dus moet dien as 'n brug na dié toekomstige tydstip wanneer hierdie doelwit bereik is.[325] In die lig van die feit dat dit 'n tydelike maatreël is, word voorgestel dat 'n tydsbeperking van byvoorbeeld tien jaar gestel word waarna die posisie *weer in heroorweging* geneem moet word.

Om te bepaal welke persone as assessore moet dien, moet myns insiens helderheid verkry word oor wat die oogmerke is met die assessor-stelsel. Dit blyk uit bogenoemde bespreking dat daar in wese *twee oogmerke* onderskei kan word:

a) om regskundigheid, ervaring en verskillende perspektiewe na die regbank te bring sodat die regsprekende amptenare die feite en reg vanuit verskillende hoeke en standpunte kan bespreek en beredeneer, en daarna tot 'n beslissing kan kom;[326]

b) om te voldoen aan die behoefte van demokratisering en opleiding van persone wat nie tot die blanke bevolkingsgroep behoort nie.[327]

Om te voldoen aan hierdie twee oogmerke word voorgestel dat daar as 'n tydelike maatreël op die assessorlys (wat saamgestel word soos hierbo genoem is) 'n onderskeid getref word tussen 1) *persone (afgesien van ras of geslag) wat oor ten minste 5 jaar regsondervinding beskik* en 2) *persone afkomstig uit een van die ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep*. Om te voldoen aan die eerste oogmerk word voorgestel dat die een assessor uit die eerste kategorie (die regsondervinding-kategorie) geselekteer word; om te voldoen aan die tweede oogmerk, word voorgestel dat die ander assessor uit die tweede kategorie (die bevolkingsgroep-kategorie) geselekteer word. Daar behoort dan ook voorsiening gemaak te

---

325 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 986 vn 115.

326 Ingevolge a 145(1)(b) van die Strafproseswet van 1977 word 'n assessor beskryf as 'n persoon wat *ondervinding het van die regspleging*.

327 In teenstelling met Huebner se voorstel is besluit om die kategorie wat hy wil reserveer vir Swart regspraktisyns, wyer te maak en alle ander bevolkingsgroepe hierby in te sluit. Die wet van gemiddeldes sal tot gevolg hê dat, indien daar meer Swart regspraktisyns is as dié van die ander bevolkingsgroepe, hulle persentasiegewys meer gereeld geselekteer sal word in 'n lukrake seleksieproses. Dit is dus onnodig om tussen hulle te onderskei en op so 'n wyse kan die ander bevolkingsgroepe ook aan die beurt kom, sonder om oormatiglik te hamer op rasseverskille. Die voorgestelde kategorie is ook natuurlik wyer sodat dit nie net regspraktisyns insluit nie, maar alle persone wat voldoen aan die vermelde kwalifikasies en hul name op die assessorlys plaas.

word om 'n derde assessor in uitsonderlike omstandighede aan te stel, naamlik, waar deskundige kennis ten opsigte van 'n bepaalde aangeleentheid na die oordeel van die voorsittende regter benodig word om die saak te bereg.[328]

(iv) Evaluering van die funksie van assessore

Ingevolge artikel 145(4) van die Strafproseswet van 1977 is 'n assessor wat die eed afgelê het (of 'n bevestiging gedoen het) 'n *lid van die hof*. Omdat die assessorstelsel aanvanklik gesien is as 'n direkte substituut vir die juriestelsel, was daar groot klem geplaas op die onderskeid tussen feitevrae en regsvrae, en dat die assessore net oor die feitevrae mag beslis.[329] Empiriese navorsing het egter aangedui dat assessore in die praktyk algaande meer betrek is by alle aspekte van die verhoor. Uit gemelde navorsing het dit geblyk dat beide regters en assessore bevestig het dat beide regsvrae en feitevrae met assessore bespreek is, eerstens omdat die assessore gekwalifiseerde regspraktisyns[330] was en tweedens, omdat dit dikwels onmoontlik is om die regs- en feitevrae van mekaar te onderskei.[331]

Gesien in die lig van bogenoemde voorstel sal die twee assessore albei gekwalifi-

---

328 Dit sal voldoen aan dié gedeelte van a 145(1)(b) van die Strafproseswet van 1977 wat bepaal dat 'n assessor 'n persoon kan wees wat *bedrewe is in 'n aangeleentheid wat by die verhoor oorweeg mag word*.

329 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 987.

330 Om hierdie rede is dit wenslik dat persone met regskwalifikasies en (verkieslik) praktyksondervinding as assessore optree. Ondervinding op gemengde regbanke in Duitsland het aangedui dat die professionele regters dikwels die leke-regters (wat oor geen regskwalifikasies beskik nie) oorheers en dat laasgenoemde gevolglik nie 'n noemenswaardige invloed uitoefen op die uiteindelike beslissing van die howe nie. Sien die bespreking ten opsigte van die posisie in Duitsland in afd 6.4.3.2.2.

331 Een van die regters wat ondervra is ten tye van die empiriese ondersoek, het aangedui dat "[a]s concerns consultation with assessors in matters of *law* – in the run of the mill criminal cases, assessors being court men with extensive experience, well equipped on legal points, legal points are discussed. On the question of guilt one cannot divorce legal points from factual points – they go hand in hand. Unlike the jury, assessors have a knowledge of law. There is a lot of discussion of law in deciding cases especially on intricate facts. Sometimes I take down law reports and discuss the law with assessors. In this way assessors are involved in applying law to a case but not propounding it." Hierdie standpunt is bevestig deur die meerderheid van sy kollegas wat bygevoeg het dat "the involvement of the assessors depended on their abilities and background". Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 228.

seerde regsgeleerdes wees en daar behoort derhalwe konsultasie plaas te vind tussen die voorsittende regter en die assessore ten opsigte van alle regs- en feite-vrae. Die uiteindelike besluit ten opsigte van vonnisoplegging behoort deur die voorsittende regter geneem te word, maar dit behoort gedoen te word na konsultasie met die assessore.[332] Huebner[333] wys tereg daarop dat:

> "Though the judge should retain the ability to decide the *substance* of these issues by himself or herself (or else it would be a full bench of three – with the opinions of two inexperienced and unqualified judges being given equal weight), the *process* should include a full consultation with the assessors."

Samestelling en funksionering van die regbank, soos hierbo voorgestel, het 'n tweeledige voordeel. Aan die een kant, sal die beredenering en bespreking wat plaasvind tussen die voorsittende regter en die assessore, laasgenoemde in staat stel om baat te vind by die "full dimensions of legal reasoning" en "from tracking the thought processes of an experienced judge on issues of law and on mixed issues".[334] Met ander woorde, dit sal 'n leerondervinding wees. Aan die ander kant, sal dit lei tot beter beregting aangesien die voorsittende regter genoodsaak sal wees om sy of haar standpunt te verduidelik en te regverdig teenoor "knowledgeable and interested peers" wat nie noodwendig uit dieselfde agtergrond kom as die voorsittende regter nie.[335] Die voorafgaande voorstelle behoort nie die gemeenregtelike beginsel ten

---

332 Ten opsigte van vonnisoplegging, sien Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 229 wat aandui dat alhoewel die regters in die empiriese ondersoek die uiteindelike besluit oor vonnisoplegging alleen geneem het, het hulle dit tog met die assessore bespreek. In *Sparks* 1972 (3) SA 396 398 (A) het die Hoogste Hof van Appèl per geleentheid aangedui dat dit nie onreëlmatig is om vonnisoplegging met die assessore te bespreek nie. Sien ook Van Zyl "Do Assessors Have Any Part in the Assessment or Imposition of the Sentence?" 1991 *De Rebus* 36 37; Huebner "Restructuring Criminal Justice" 988 vn 122.

333 "Restructuring Criminal Justice" 988.

334 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 988.

335 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 985 opper in vn 111 die volgende vraag: "...if the blacks and whites of South Africa are considered too fractitious and partisan to serve as jurors, why is it assumed that as assessors they will fairly administer justice?" Hier stem ek saam met Huebner wanneer hy daarop wys dat assessore juis vanweë hul regsopleiding beter in staat behoort te wees om geregtigheid onafhanklik te laat geskied. Hy voeg verder by dat "to design a system one must assume that *someone* is capable of rendering justice. I share that assumption here – that South Africa's lawyers will be able to rise above their ethnic (and racial) affiliations and administer justice fairly."

opsigte van die rekusering van 'n assessor[336] of die statutêre reëling ten opsigte van die dood of onbekwaamheid van 'n assessor[337] enigsins te beïnvloed nie.

- **Gevolgtrekking**

Om saam te vat: Beide hierdie voorstelle, naamlik die herinstelling van die juriestelsel en die uitbreiding van die assessorestelsel sal die regbank in effek meer verteenwoordigend maak van die gemeenskap. Soos in die bespreking aangetoon is, bied die juriestelsel nie 'n werkbare alternatief vir Suid-Afrika nie. Die uitbreiding van die bestaande stelsel waar gebruikgemaak word van assessore met regsopleiding, is egter 'n beter en meer prakties uitvoerbare oplossing. Die voorstelle wat gemaak is ten opsigte van die seleksie van die assessore behoort (as 'n tydelike maatreël) te voldoen aan die behoeftes van regskundigheid en demokratisering.

8.4.2 Regsprekende beamptes in die hoër howe: Saaklike onafhanklikheid

Soos reeds in 'n voorafgaande bespreking[338] aangedui is, beteken die saaklike onafhanklikheid van regsprekende amptenare dat hulle in die uitoefening van hulle pligte slegs onderworpe is aan die reg.[339] Aspekte wat hier ter sprake kom is regterlike diskresie-uitoefening asook die onafhanklikheid van regterlike amptenare ten opsigte van die prosedure tydens die verhoor en administratiewe funksies. Hierdie aangeleenthede word in die volgende afdeling bespreek.

---

336 Kriegler *Hiemstra* 360 ev.

337 A 147 van die Strafproseswet 51 van 1977. Sien ook Kriegler *Hiemstra* 365-366.

338 Sien afd 2.3.2.

339 Hier kan ook verwys word na die Duitse Grondwet waar a 97(1) bepaal: "Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen." Engelse uitdrukkings wat in hierdie verband gebruik word is "substantive independence", "functional Independence" en "decisional independence". Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 238.

8.4.2.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Voordat 'n regter sy of haar ampswerksaamhede kan begin uitvoer, moet so 'n persoon 'n eed of plegtige verklaring aflê waarin so 'n persoon verklaar om "aan alle persone op gelyke voet reg te laat geskied sonder vrees, begunstiging of vooroordeel, en, soos die omstandighede van 'n bepaalde saak vereis, ooreenkomstig die reg en gebruike van die Republiek van Suid-Afrika".[340] Dit is derhalwe die plig van elke regsprekende amptenaar om in elke saak wat deur so 'n persoon bereg moet word, die feite en die regsbeginsels te evalueer, en om onpartydig en onbevooroordeeld tot 'n beslissing te kom.[341] Die saaklike onafhanklikheid van die regterlike amptenare sal vervolgens ontleed word deur te verwys na hul diskresie-uitoefening en hul onafhanklikheid ten opsigte van prosedure en administratiewe werksaamhede.

8.4.2.1.1 Diskresie-uitoefening

Regterlike diskresie kom veral ter sprake by die vasstelling van feite, die interpretasie van regsnorme[342] en by regterlike regsvorming (waarna ook dikwels verwys word as regterlike aktivisme).

Soos alreeds in 'n voorafgaande bespreking daarop gewys is, is die verandering van parlementêre tot grondwetlike oppermagtigheid ongetwyfeld een van die belangrikste veranderings wat plaasgevind het in Suid-Afrika gedurende die oorgang na 'n demokrasie. Tot en met die inwerkingtreding van die Grondwet[343] in April 1994, was die parlement oppermagtig – die gevolg was dat die parlement enige wetgewing kon

---

340 A10(2)(a) van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959.

341 Sien in hierdie verband ook die uitspraak van regter-president Steenkamp wat daarop wys dat (buiten onbekwaamheid en wangedrag) regters by die evalueringsproses en die gee van 'n beslissing net aan hul gewete voor God verantwoordelik behoort te wees. Daar behoort net twee vrae vir 'n regter te wees: wat is die waarheid en wat is die reg? Die vraag mag nooit wees: wat sal hierdie groep of daardie groep sê of dink van 'n uitspraak nie. Anoniem "Regspleging Onder Groot Druk" *Naweek-Beeld* (4 Desember 1999) 4.

342 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 340; Barak *Judicial Discretion* 262.

343 Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993.

aanneem en die howe het slegs beskik oor 'n prosessuele hersieningsfunksie.[344] Die standpunt wat geheers het, was dat die enigste taak van die hof is om te bepaal wat die bedoeling van die parlement is soos dit uiting vind in wetgewing en dat dit nie die taak van die hof is om daaraan te verander deur te beoordeel of 'n betrokke bepaling regverdig of onregverdig, goed of sleg is nie.[345] Die regbank is gekritiseer vir hul owerheidsgesinde *(executive-minded)* beslissings:[346] die kritiek kom daarop neer dat sommige regters in die verlede[347] in hul beslissings beïnvloed is deur partydigheid en dienstigheid aan die uitvoerende gesag en dat sodanige beslissings die regbank se onafhanklikheid ondermyn het.[348] Die gevolg van hierdie benadering waardeur meganies gesoek is na die bedoeling van die wetgewer is dat die regsprekende beampte enige regskeppende funksie ontsê is en dat beleidsoorwegings wat op tradisionele regswaardes gegrond is as onbelangrik geag is. Volgens Dugard[349] is hierdie benadering onjuis, omdat die wetgewer nooit voorsiening kon gemaak het vir alle moontlike toepassings van 'n betrokke stuk wetgewing nie – dit gebeur dikwels dat die wetgewer ten opsigte van 'n spesifieke onderwerp geen bedoeling gehad het nie en dat die hof dan moet probeer vasstel wat die bedoeling van die wetgewer sou wees in so 'n geval.

Met die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet (en daarna die 1996-Grondwet) het Suid-Afrika oorgegaan van 'n stelsel van parlementêre soewereiniteit tot grondwetlike oppermagtigheid. Dit beteken dat die Grondwet die hoogste reg van die Republiek is,

---

344 Sarkin "The Political Role of the South African Constitutional Court" 134.

345 "Oor die Taak van Regbank" 107. *Tuhadeleni* 1969 1 SA 153 (A) 172; *Minister of the Interior v Lockhat* 1961 2 SA 587 (A) 602; *Publications Control Board v William Heinemann Ltd* 1965 4 SA 137 (A) 156; *Goldberg v Minister of Prisons* 1979 1 SA 14 (A); *Adams; Werner* 1981 1 SA 187 (A).

346 Sien die bronne aangehaal in die verslag van die Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1112 vn 10. Hlophe "The Role of Judges in a Transformed South Africa" 24-25. Pitts "Judges in an Unjust Society" 65 ev.

347 Dié kritiek het oor die algemeen verwys na regters wat aangestel is voor 27 April 1994 (maw voor die demokratisering van Suid-Afrika en die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet) – Van Zyl "Judiciary in a New Constitutional Dispensation" 133.

348 Hlophe "The Role of Judges in a Transformed South Africa" 26.

349 "The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty" 183.

dat enige reg of optrede wat met die Grondwet bots, ongeldig is en dat die pligte deur die Grondwet opgelê, nagekom moet word. Afgesien daarvan is die Grondwet verskans[350] en word die howe formeel met die bevoegdheid beklee om enige owerheidsoptrede aan die Grondwet te toets.[351] Daarmee het Suid-Afrika formeel afstand gedoen van die stelsel van parlementêre soewereiniteit:[352] die standpunt dat die parlement die hoogste gesag in die staat is wat aan geen ander gesag ondergeskik is nie, is nie meer van toepassing nie en wette van die parlement sal soos die handelinge van enige ander owerheidsliggaam ongeldig verklaar kan word as dit in stryd met die Grondwet bevind word.[353]

Die Grondwet vereis dat regsprekende beamptes 'n 'aktivistiese' waarde-geöriënteerde benadering volg by wets- en grondwetuitleg. Al die elemente vir 'n waarde-geöriënteerde of waarde-aktiverende wets- en grondwetuitleg is reeds aanwesig:

- 'n beregbare oppermagtige Grondwet en sekere fundamentele waardes wat die Grondwet stut, is uitdruklik gepositiveer (insluitende *ubuntu* in die 1993-Grondwet en waardigheid (*dignity*) in die 1996-Grondwet);
- die "ongeskrewe" waardes onderliggend aan die Grondwet (billikheid (*equity*), die natuurreg, die regverdigheidsbasis van die Romeins-Hollandse reg,[354] ens.);
- en die regbank se plig om die grondwetlike waardes te bevorder (artikel 35(3) van die 1993-Grondwet en artikel 39(2) van die 1996-Grondwet, sowel as die regters se ampseed).

Dit alles, asook die erkenning van die feit dat die Grondwet nie self-toepassend (*self-executing*) is nie, is reeds deur die regbank aanvaar. Dit word aan die howe oorgelaat

---

350 A 74. Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 22.

351 A 172(1)(a). Joubert *Legaliteitsbeginsel* 454.

352 Joubert *Legaliteitsbeginsel* 457; Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 22.

353 Vir 'n toepassing van hierdie beginsel, sien *Executive Council of the Western Cape Legislature v President of the Republic of South Africa* 1995 10 BCLR 1289 (KH); 1995 4 SA 877 (KH).

354 Devenish "The Interpretation of Justiciable Rights in South Africa's Interim Constitution" 276.

om die waardes hierbo genoem aktief te bevorder.[355] Waarde-geöriënteerde grondwetuitleg is net 'n raamwerk waarbinne die ander metodes van grondwetuitleg gebruik word.[356] Daar moet 'n balans gehandhaaf word tussen die howe se regsvormende funksie en die wetgewer se wetgewende funksie.

8.4.2.1.2 Onafhanklikheid wat betref prosedure en administratiewe funksies

Soos reeds verduidelik[357] mag die administratiewe werksaamhede van die howe en veral die prosedure wat in 'n besondere geval deur hulle gevolg word en die beslissings wat deur hulle gegee word, in beginsel nie onderworpe wees aan die voorskrifte deur enige ander owerheidsorgaan nie. Die feit dat howe wetgewing interpreteer en toepas en dat 'n hof ingevolge die presedenteleer gebonde kan wees aan die uitspraak van 'n hoër hof, doen nie afbreuk aan hierdie aspek van regsprekende onafhanklikheid nie.[358]

Ten opsigte van onafhanklikheid wat betref administratiewe werksaamhede, het Lord McKay (op daardie stadium Lord Chancellor in Engeland) die regbank se posisie soos volg opgesom:

> "Their function is to decide cases and in so doing they must be given full independence of action, free from any influence. But in order to preserve their independence the judges must have some control or influence over the administrative penumbra immediately surrounding the judicial process. If judges were not, for example, in control of the listing of cases to be heard in the courts, it might be open to an unscrupulous executive to seek to influence the outcome of cases (including those to which public authorities were a party) by ensuring that they were listed before judges thought to be sympathetic to a particular point of view, or simply by delaying the hearing of the case if that seemed to advantage the public authority concerned."[359]

---

355 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 15, 280-283.

356 Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg* 270 ev.

357 Sien afd 2.7.

358 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 630; Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 239.

359 Purchas "What is Happening to Judicial Independence?" 1994 *New LJ* 1306.

Ingevolge artikel 173 van die Grondwet van 1996 het die Konstitusionele Hof, die Hoogste Hof van Appèl en die Hoë Howe die inherente bevoegdheid om hul eie prosedure te reël en te beskerm. Hierdie waarborg ten opsigte van die reël van prosedures behoort ook administratiewe prosedure en werksaamhede te omvat. Ingevolge artikel 165(3) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 is die Suid-Afrikaanse howe slegs aan die reg en die Grondwet onderworpe en geen persoon of staatsorgaan mag met die werksaamhede van die howe inmeng nie. Die Grondwet gaan nog verder deur alle staatsorgane te verplig om die howe deur wette en ander maatreëls te help en te beskerm om die howe se onafhanklikheid en hulle onpartydigheid te verseker.[360] Die regbank word teen eksterne druk beskerm deur maatreëls oor sivielregtelike immuniteit[361] van regsprekende amptenare en die misdaad "minagting van die hof".[362]

Kritici het ook al daarop gewys dat die Regterlike Dienskommissie baie kan doen om die geloofwaardigheid van die regbank te bevorder. Een van die aspekte wat genoem word is om sover moontlik 'n veldtog te loods vir verbetering van die werksomstandighede van regsprekende amptenare in die hoër howe – in besonder sover dit die voorsiening van die nodige ondersteuningspersoneel en toerusting betref.[363] Daar word gewaarsku dat buiten die feit dat die onbevredigende omstandighede 'n ontmoediging vir regterlike kandidaatskap skep (deurdat kandidate weggelok word

---

360 A 165(4).

361 In die beslissing van *May v Udwin* 1981 1 SA 1 (A) 19 is verklaar: "Public interest in the due administration of justice requires that a judicial officer, in the exercise of his judicial functions, should be able to speak his mind freely without fear of incurring liability for damages of defamation." Sien ook *Penrice v Dickenson* 1945 AD 6 14-15.

362 Burchell en Milton *Principles of Criminal Law* 627 definieer minagting van die hof as "unlawfully and intentionally violating the dignity, repute or authority of a judicial body, or interfering in the administration of justice in a matter pending before it".

363 Kritiek teen sodanige ongewenste werksomstandighede is alreeds geopper in General Council of the Bar "Bar Strategy 2000" 22. Whittle "Judicial Conference" 16 verwys na 'n toespraak waarlydens regter Navsa (ten tye van die rede 'n regter van die Johannesburg Hoë Hof) sommige van die praktiese roetineprobleme wat ondervind word in die howe verduidelik. Hy het onder meer daarop gewys dat "judges allow overcrowded rolls to pressure them into deciding too many cases within too short a time. Court support staff were often untrained and poorly paid." Hy het voorgestel dat 'n "professional registrar's office with adequate resources could do much to improve the administration of justice."

deur aanbiedinge in die private praktyk of in die handel), kan dit ook in 'n meer ongunstige lig gesien word: as 'n vorm van uitvoerende beheer wat nie ingevolge die Grondwet, met sy klem op die verdeling van magte, toelaatbaar is nie. Enige ernstige persepsie van sodanige beheer sal die geloofwaardigheid van die regbank negatief beïnvloed. Ongewenste werksomstandighede sal ook as ontmoediging dien wanneer geskikte regslui moet besluit of hulle hulself vir regterlike aanstelling beskikbaar moet stel.[364]

❑ KORT OPSOMMING

Wat die *persoonlike onafhanklikheid* van die regbank betref, blyk die volgende:

- Wat die seleksie van regterlike amptenare betref, blyk dit uit die voorafgaande bespreking dat daar in die verlede al baie kritiek teen die regbank in die hoër howe uitgespreek is. Een aspek van die kritiek het gehandel oor die politisering van die aanstelling van regsprekende amptenare as gevolg van seleksie deur die uitvoerende gesag: daar is aangevoer dat in plaas daarvan dat aanstelling op meriete moes geskied, politieke oorwegings 'n rol gespeel het. Baie van hierdie kritiek is ondervang deur die instelling van die Regterlike Dienskommissie wat tans verantwoordelik is vir die seleksie van regsprekende amptenare in die hoër howe. Dit blyk egter dat die *samestelling* van die Regterlike Dienskommissie van groot belang is met betrekking tot die onafhanklikheid van die instelling en gevolglike aanstellings wat gemaak word. Daar word voorgestel dat die samestelling van die Kommissie in heroorweging geneem word, sodat dit nie alleen in effek onafhanklik is nie, maar ook enige persepsie van politisering uit die weg ruim. Evaluering van die werksaamhede van die Kommissie het aan die lig gebring, dat alhoewel sommige van die Kommissie se besluite as kontroversieel beskou word, die instelling tog wydverspreid vertroue gewen het deur sy verantwoordbaarheid wat blyk uit sy aanvaarding van meer deursigtige prosedures en sy verbintenis tot die aanstelling van 'n meer

364 Anoniem "Beoordeling van Regters" 4.

gediversifiseerde regbank.

- In lyn met die wêreldwye tendens word opleidings- en opknappingskursusse aan regterlike amptenare aangebied – alhoewel gebruik gemaak word van regsdosente en ander kundiges met moontlike waardevolle praktykservaring, moet die dryfveer agter en die beheer oor sodanige opleiding berus by die regbank.
- Wat hul diensvoorwaardes betref, blyk dit dat die ampsduur van regters statutêr vasgestel is en duur tot bereiking van die aftree-ouderdom (75 jaar); regters van die Konstitusionele Hof, word aangestel vir 'n termyn van 12 jaar, maar moet uittree op 70 jaar.
- Ontslag kan geskied op grond van onvermoë, uitermate onbevoegdheid of growwe wangedrag mits 'n bepaalde voorgeskrewe prosedure gevolg word. Onaanvaarbare optredes van regters, wat nie in hierdie kategorie val nie en wat nie onderhewig is aan appèl of hersiening nie of wat weens 'n gebrek aan fondse nie verder gevoer kan word nie, behoort deur 'n liggaam bereg te word wat bestaan uit regters se eweknieë (*peers*) en die prosedure moet deursigtig wees.
- Ten spyte van 'n aanbeveling deur die Regskommissie dat ontslag deur die Grondwet aangespreek behoort te word, is daar geen bepaling tot dié effek in die Grondwet van 1996 nie.
- Die beginsel dat salarisse nie tydens ampsbekleding verminder mag word nie, word vervat in die Wet op die Hooggeregshof[365] en is verskans in die Grondwet. Die prosedure vir vasstelling van salarisse word gevind in die Wet op die Besoldiging en Diensvoorwaardes van Regters 88 van 1989. Sodanige vasstelling van die salaris moet in die parlement ter tafel gelê en tydens dieselfde sessie goegekeur word. Daar blyk egter kritiek te wees dat salarisaanpassings in die praktyk nie tred hou met stygende lewenskostes nie.
- Wat die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank betref, is die regbank gekritiseer omdat dit nie verteenwoordigend is van die gemeenskap wat betref ras en geslag nie. Twee voorstelle is gemaak om hierdie probleem op te los,

---

365 A 10(1)(a) van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959.

naamlik die herinstelling van die juriestelsel en die uitbreiding van die stelsel van assessore.

- Navorsing het aan die lig gebring dat die juriestelsel nie 'n realistiese alternatief is nie en wel om die volgende redes: daar is 'n gebrek aan ondersteuning vir die juriestelsel onder die regsgemeenskap, dit is moeilik om die bewysstandaard aan jurielede te verduidelik en daar is geen vereiste dat die jurie redes moet verskaf vir 'n beslissing nie, die juriestelsel leen hom tot manipulasie deur regspraktisyns, daar is 'n algemene aanvaarding dat juries nie suksesvol funksioneer in gefragmenteerde gemeenskappe nie en die herinstelling daarvan sal te hoë administratiewe koste tot gevolg hê.
- Dit blyk dat die uitbreiding van die stelsel van assessore 'n meer praktiese en geskikte alternatief sal wees en voorstelle is gemaak ten opsigte van die selekteer en toewys van assessore aan 'n bepaalde saak. Daar word van die standpunt uitgegaan dat assessore oor die algemeen moet beskik oor 'n regskwalifikasie, maar dat daar wel van leke-assessore gebruikgemaak kan word indien hulle 'n bepaalde *kundigheid* aan die regbank verleen wat die regbank benodig om tot 'n beslissing te kom. Verder word 'n stelsel (as 'n tydelike maatreël) aan die hand gedoen vir die seleksie van assessore om aan die twee oogmerke agter die stelsel van assessore, naamlik regskundigheid en demokratisering, te voldoen.

Wat die *saaklike onafhanklikheid* van die regbank betref, blyk die volgende:

- Wat hul bevoegdhede en verpligtinge betref, blyk dit dat daar van elke regterlike amptenaar verwag word om aan alle persone op gelyke voet reg te laat geskied, sonder vrees, begunstiging of vooroordeel.
- Ten opsigte van die aspek van diskresie-uitoefening blyk dit dat met die inwerkingtreding van die interim- en finale Grondwet van 1996 en oorgaan na 'n stelsel van grondwetlike oppermagtigheid, daar van regterlike beamptes verwag word om 'n aktivistiese waarde-geöriënteerde of waarde-aktiverende benadering by wets- en grondwetuitleg te volg.
- Wat die regbank se onafhanklikheid wat betref prosedure en administratiewe funksies betref, het dit duidelik geblyk dat die prosedure-aangeleenthede binne

die diskresie van die regbank val, maar dat daar 'n behoefte bestaan vir verbetering van die posisie ten opsigte van administratiewe funksies, veral wat betref die voorsiening van ondersteuningspersoneel en toerusting.

8.4.3 Regsprekende amptenare in die laer howe: Persoonlike onafhanklikheid

Die regsprekende amptenare in die laer howe omvat, vir doeleindes van hierdie proefskrif, die persone wat as regsprekende amptenare aangestel is in die landdroshowe (ook bekend as distrikshowe) en streekshowe. Soos alreeds verduidelik,[366] sal die vraag rondom die persoonlike onafhanklikheid van die regbank afhang tot welke mate die aanstelling, ampsduur en diensvoorwaardes van die regsprekende amptenare willekeurig deur ander owerheidsorgane beheer word. Om doelmatigheidsredes sal die persoonlike onafhanklikheid van die regbank in die laer howe bespreek word aan die hand van hul seleksie, diensvoorwaardes en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.

8.4.3.1 Seleksie

(a) Kwalifikasies vereis vir seleksie

Minimumkwalifikasies ten opsigte van regsprekende amptenare in die laer howe word neergelê deur die Wet op Landdroshowe 32 van 1944. Met die uitsondering van landdroste wat alreeds 'n betrekking beklee, mag niemand as landdros aangestel word nie tensy so 'n persoon die staatsdiens-laerwetseksamen of 'n eksamen wat volgens verklaring van die Minister van Justisie daarmee gelykstaan, geslaag het nie.[367] Verder kan die Landdrostekommissie wanneer hy 'n aanbeveling doen vir die aanstelling van 'n regterlike amptenaar voorkeur gee aan iemand wat 'n graad in die regte van 'n universiteit in Suid-Afrika besit, of wat die staatsdiens-hoërwetseksamen

366 Sien afd 2.3.1 en hfst 3.

367 A 10(a) van die Wet op Landdroste 32 van 1944.

of 'n eksamen wat volgens die oordeel van die Kommissie daarmee gelykstaan, geslaag het.[368]

Opleidingsprogramme aan aspirant-regsprekende amptenare in die laer howe sowel as op gevorderde vlak[369] word aangebied deur Justisiekollege.[370] Die opleiding aan regsprekende amptenare in die laer howe word tot 'n mate indirek gereguleer deur wetgewing. Ingevolge regulasies[371] uitgevaardig ingevolge artikel 16 van die Wet op Landdroste,[372] mag geen persoon as regsprekende amptenaar in die laer howe aangestel word tensy hy of sy onder andere, 'n toepaslike kursus (welke tydsduur, inhoud en omvang gespesifiseer sal word deur die hoof van Justisiekollege na konsultasie met die Landdrostekommissie) geslaag het nie. Van Riet[373] beskryf die omvang van hierdie opleiding soos volg: die kursus vir aspirant-regsprekende amptenare strek oor 'n tydperk van agt weke, waarvan vier weke gewy word aan siviele hofopleiding en vier weke aan strafhof-opleiding.[374] Die gedeelte van die kursus wat betrekking het op strafhof-opleiding bestaan uit teoretiese sowel as praktiese werk. Eersgenoemde handel oor aangeleenthede soos die verantwoordelikhede, taak en kwaliteite van 'n regsprekende amptenaar in die laer howe en sy of haar verhouding met amptenare van die hof, die beskuldigde, getuies en lede van die publiek: *capita selecta* van die strafreg, bewysreg, strafprosesreg en vonnisoplegging.

---

368 A 10(b) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

369 Opknappingskursusse vir bestaande regsprekende amptenare in die laer howe word jaarliks aangebied. Gedurende die kursusse vir strafhof-regterlike amptenare (wat normaalweg vier weke duur) word aandag gegee aan nuwe regsontwikkelings en kwasi-regterlike aspekte wat van belang is vir sodanige amptenare. Sien verdere besonderhede van kursusse vir oa aspirant-regsprekende amptenare in die streekshowe – Van Riet "Training of Magistrates" 138.

370 Justisiekollege is in 1955 ingestel alhoewel dit tot en met 1986 bekend gestaan het as Justisieopleiding. Van Riet "The Training of Magistrates" 1997 *Consultus* 137 ev.

371 Regulasie 3(1)(f)(i) van die "Regulasies vir Regterlike Beamptes in die Laer Howe, 1993" gepubliseer in *Staatskoerant* GK No R 361 van 11 Maart 1994.

372 Wet 90 van 1993.

373 "Training of Magistrates" 137 ev.

374 Van Riet "Training of Magistrates" 137-138 wys daarop dat die meerderheid van kandidate normaalweg alreeds 'n aanklaers-kursus by Justisiekollege sou voltooi het en reeds vir geruime tyd as aanklaers in die hof opgetree het.

Die praktiese gedeelte van die kursus word onder andere aangebied by wyse van skynverhore waardeur gepoog word om soveel as moontlik situasies wat in die praktyk mag voorkom, te dek. Na suksesvolle aflegging van die kursus moet die aspirant-regsprekende amptenaar ook nog vir 'n tydperk van ses maande in die praktyk ondervinding opdoen in 'n tydelike of waarnemende hoedanigheid.[375]

'n Goed-opgeleide regbank is een van die belangrikste prioriteite uiteengesit in die doelstellingsdokument van die Departement van Justisie en is in lyn met die samewerkingsooreenkoms met Kanada, naamlik die *Canada-South Africa Justice Linkage Project*. Alle toekomstige opleidingsprogramme sal gerig wees deur die oogmerke uiteengesit in gemelde doelstellingsdokument en sal gebaseer wees op die volgende vier hoekstene naamlik, vaardigheidsontwikkeling, vestiging van 'n kultuur van openbare dienslewering, persoonlike ontwikkeling en die daarstelling van 'n personeelkorps wat die demografie van die Suid-Afrikaanse gemeenskap as 'n geheel reflekteer.[376]

(b) Wyse van seleksie

Aanstellings van regsprekende beamptes in die landdroshowe (beide distriks- en streekshowe) word gemaak deur die Minister van Justisie na oorleg met die Landdrostekommissie.[377] Die bevoegdheid om aanstellings te maak kan deur die Minister gedelegeer word aan die volgende persone: die Direkteur-generaal van sy of haar departement of 'n ander beampte van daardie departement met die rang van direkteur of 'n gelykstaande of hoër rang, of 'n regsprekende beampte aan die hoof

---

375 Regulasie 3(1)(f)(ii) van die *Regulasies vir Regterlike Beamptes in die Laer Howe.*

376 Van Riet "Training of Magistrates" 138 verduidelik dat ses doelwitte in die doelstellingsdokument van die Departement, bekend as *Justice Vision 2000*, geïdentifiseer word om die vier hoekstene te verwesenlik, naamlik "1 A competent, representative and human rights-driven judiciary. 2 Management that is representative, competent and equipped with leadership and change management skills. 3 Legal and semi-legal professionals who are well-trained, representative, human rights-driven and people-friendly. 4 Well-trained, people-friendly and representative auxiliary personnel. 5 A representative network of competent trainers. 6 Community outreach to facilitate meaningful public participation."

377 A 9(1)(a) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 saamgelees met a 10 van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

van 'n streekafdeling, of 'n regsprekende beampte met die rang van hooflanddros.[378]

In die verlede is baie kritiek uitgespreek teen die regbank in die laer howe. Die Hoexter-kommissie[379] het destyds al daarop gewys dat die feit dat die voorsittende regsprekende beamptes in die laer howe staatsamptenare en as sodanig funksionarisse van die uitvoerende gesag is, lynreg indruis teen die leerstuk van skeiding van magte en neerkom op 'n skreiende anomalie in die Suid-Afrikaanse regspleging.[380] Die Kommissie het beklemtoon dat daar verskeie faktore is wat hul onafhanklikheid onder verdenking kon plaas.[381] Die kritiek het kortliks daarop neergekom dat die aanstelling, bevordering en verplasing van, ondersoeke en tugstappe teen, en prosedure rondom die ontslag van regsprekende amptenare alles faktore was wat daartoe gelei het dat die onafhanklikheid van die regbank in die laer howe bevraagteken is. Kritici het daarop gewys dat die persepsie bestaan dat landdroste nie 'n onafhanklike instelling is nie, maar eerder 'n verlengstuk van die Departement van Justisie.[382] Verder was kritici ook van mening dat persone afkomstig van die ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep selfs minder vertroue in die landdroshowe as in die hoë howe het.[383]

Baie van hierdie kritiek is ondervang deur die instelling en werksaamhede van die Landdrostekommissie ingevolge die Wet op Landdroste 90 van 1993 – hierdie wet

---

378 A 9(1)(aA) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

379 Die Hoexter-verslag.

380 Die Hoexter-verslag Deel I par 3.4.1.

381 Die Hoexter-verslag Deel II par 1.4, Deel IV par 4.2.1 (g).

382 Labuschagne "Kontrolemeganismes" 360 wys daarop dat in die lig van die beginsel van skeiding van magte behoort lede van die regbank nie sterk politieke affiliasies te hê nie en veral nie na die uitvoerende gesag moet oorleuen nie. Die feit dat die laer howe in Suid-Afrika in daardie stadium onder die Departement van Justisie funksioneer het, is hiervolgens geheel en al onaanvaarbaar – internasionale aktes van menseregte vereis deurgaans uitdruklik dat regspraak deur 'n onafhanklike regbank waargeneem moet word. Laue "Judicial Independence and Accountability – A Lower Court's Perspective" 1998 *TJO* 89.

383 Mokgatle "The Exclusion of Blacks" 49. Dit is ook belangrik om daarop te let dat die oorgrote meerderheid van alle strafsake in die landdroshowe bereg word en dat dit derhalwe die regterlike forum is waarmee die publiek die grootste kontak het. Whittle "Judging the Magistrates: Lower Courts' Judiciary Asserts Independence as Magistrates Begin to Speak Out" 1995 *De Rebus* 535.

het in werking getree op 11 Maart 1994 "when magistrates were statutorily removed from the public service."[384] Ingevolge artikel 174(7) van die Grondwet van 1996 word dit uitdruklik gestel dat die regsprekende amptenare in die laer howe aangestel moet word ingevolge 'n wet van die Parlement wat moet verseker dat hul aanstelling, bevordering, oorplasing, ontslag of dissiplinêre stappe teen hulle sal geskied sonder bevoordeling of benadeling. Die vraag is of die bepalings van die Wet op Landdroshowe en die regulasies ingevolge daarvan voldoende is om die onafhanklikheid van die regsprekende amptenare in die laer howe te verseker. Laue[385] wys tereg daarop dat "[t]he key to the actualisation of judicial independence for the magistracy nevertheless remains with the practical implementation of whatever statutory or other support measures may be in place."

Een van die oogmerke van die Landdrostekommissie is om toe te sien dat die aanstelling, bevordering, verplasing of ontslag van, of tugstappe teen regsprekende beamptes in die laer howe sonder bevoordeling of benadeling geskied, en dat die toepaslike wetsbepalings en administratiewe voorskrifte in verband met sodanige optrede eenvormig en korrek toegepas word.[386] Verder moet die Kommissie toesien dat daar geen viktimisasie of beïnvloeding van regsprekende beamptes plaasvind nie.[387] Waar daar 'n moontlikheid van skorsing of tugstappe teen 'n regsprekende beampte ontstaan, onderneem die Landdrostekommissie die ondersoeke en maak aanbevelings aan die Minister in hierdie verband.[388] Die Landdrostekommissie maak ook aanbevelings aan die Minister ten opsigte van aanstellingsvereistes en die

---

384 Laue "Judicial Independence and Accountability" 89.

385 "Judicial Independence and Accountability" 90. In "The Independence of the Judiciary in the Lower Courts" 520 is hy van mening dat die diensvoorwaardes van regsprekende amptenare in die laer howe neig om hul onafhanklikheid, óf feitelik óf potensiëel, te ondermyn en dat die rede daarvoor is die feit dat die diensvoorwaardes van regsprekende amptenare in die laer howe nie in die Grondwet gewaarborg word soos in die geval met die hoër howe nie.

386 A 4(a) van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

387 A 4(b) van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

388 A 4(f) van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

aanstelling van regsprekende beamptes in die onderskeie laer howe.[389] Ander oogmerke wat deur die Wet genoem word, sluit in die opstel van 'n gedragskode vir regsprekende beamptes in die laer howe, advies aan die Minister ten opsigte van administratiewe aangeleenthede (wat diensvoorwaardes insluit) en enige aangeleentheid wat van belang is vir die onafhanklikheid van die beoefening van regspraak en die doeltreffendheid van die regspleging.[390] Ten slotte kan daarop gewys word dat die Landdrostekommissie (wat uit elf lede bestaan) uit verskeie belangegroepe saamgestel word.[391] Alhoewel die lede van die Landdrostekommissie deur die President aangestel word, word hulle oor die algemeen deur die belangegroepe wat hulle verteenwoordig aangewys. Die Landdrostekommissie bestaan eerstens uit 'n regter van die Hoë Hof (aangewys deur die Hoofregter) wat as voorsitter optree, 'n beampte van die Departement van Justisie (aangewys deur die Minister), twee streekhofpresidente (aangewys deur die streekhofpresidente van die onderskeie streekafdelings), twee regsprekende beamptes met die rang van hooflanddros (aangewys deur die onderskeie regsprekende beamptes met daardie rang), die Hoofdirekteur: Justisiekollege, een landdros (aangewys deur die Landdrosvereniging van Suid-Afrika), een advokaat en een prokureur (onderskeidelik aangewys deur die Algemene Balieraad van Suid-Afrika en die Vereniging van Prokureursordes van die RSA) en een regsakademikus (aangewys deur die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte).[392]

---

389 A 4(g) van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

390 A 4(d), (e) en (h) van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

391 A 3 van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

392 In reaksie op kritiek dat die Landdrostekommissie nie verteenwoordigend is van "all the magistrates in the country" en "dominated by individuals [seven of eleven] who...are in some respects still linked to the public service" antwoord die voorsitter van die Kommissie, regter Van Dijkhorst, dat slegs twee van die elf lede van die Kommissie staatsamptenare is – die Direkteur-generaal van die Departement van Justisie en die Hoofdirekteur van Justisiekollege – en dat die onafhanklikheid van die ander lede nie bevraagteken kan word nie. Ten opsigte van die verteenwoordigendheid, het die Kommissie besluit dat dit ten gunste is van 'n herstrukturering om dit meer verteenwoordigend van die gemeenskap te maak. Die Kommissie het voorgestel dat addisionele lede uit die regsprofessie betrek word, insluitende regsprekende amptenare van die laer howe. Whittle "Judging the Magistrates" 534; Laue "Independence of the Judiciary" 520-521.

By die bespreking ten opsigte van die samestelling van die regbank in die laer howe, kom die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank ook ter sprake. Die aspek van verteenwoordiging is belangrik by die onafhanklikheid van die regbank omdat 'n regbank wat verteenwoordigend is van die gemeenskap bydra tot die legitimiteit van die instelling omdat dit die persepsie verhoog dat die regbank regverdig is en sake onpartydig en onafhanklik sal bereg om sodoende tot 'n billike en regverdige beslissing te kom.[393] Die gesag van die regbank berus weer op die openbare vertroue in die regbank: slegs as die regbank as onafhanklik gesien word, sal daar 'n algemene gevoel van nakoming van hofbevele deur die publiek wees.[394] Die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank in die laer howe asook die voorstelle wat gemaak is ten einde die regbank meer verteenwoordigend van die gemeenskap te maak, wat later in hierdie hoofstuk bespreek word,[395] moet saamgelees word met hierdie afdeling.

8.4.3.2 Diensvoorwaardes

Ingevolge artikel 174(7) van die Grondwet van 1996 moet die parlementswet[396] wat die aanstelling van ander regterlike beamptes (as dié in die hoër howe) reël, verseker dat hulle *bevordering*, *oorplasing* en *ontslag* sonder begunstiging of vooroordeel plaasvind.[397] Dit feit dat die Grondwet hierdie aspekte uitdruklik aanspreek en voorskryf dat dit *sonder begunstiging of vooroordeel* moet geskied, is te verwelkom.

Die diensvoorwaardes van regsprekende beamptes in die laer howe, behalwe dié ten opsigte van salarisse en ampsontruiming word bepaal ooreenkomstig die regulasies kragtens artikel 16 van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

---

393 Arbour "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 15; Harris "Appointments to the Bench" 194,198.

394 Mahomed "The Role of the Judiciary" 112.

395 Sien afd 8.4.3.3.

396 In geval van regsprekende amptenare in die laer howe word uitvoerig voorsiening gemaak vir hul aanstelling en kwalifikasies ingevolge die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

397 A 174(7) van die Grondwet van 1996.

Wat *salarisse* betref: Ingevolge statutêre voorskrif moet aan regsprekende beamptes in die laer howe 'n salaris betaal word ooreenkomstig die skaal wat van tyd tot tyd vir sy of haar rang en graad by kennisgewing in die Staatskoerant bepaal word deur die Minister van Justisie in oorleg met die Landdrostekommissie en na oorleg met die Staatsdienskommissie en met die instemming van die Minister van Finansies.[398] Indien daar, nadat so 'n kennisgewing uitgereik is, 'n hersiening of aanpassing van die salarisse van staatsamptenare plaasvind, moet die Minister van nuuts af weer 'n vasstelling doen ten opsigte van die salarisse van regsprekende amptenare in die laer howe, indien omstandighede dit regverdig.[399] Die salaris betaalbaar aan 'n regsprekende amptenaar in die laer howe mag nie verminder word nie, behalwe ingevolge 'n Wet van die Parlement.[400] In reaksie op kritiek dat die salarisstruktuur neerkom op 'n staatsdiensstruktuur en dat dit nie bevorderlik is vir die onafhanklikheid van die regbank nie, het regter Van Dijkhorst (op daardie stadium die voorsitter van die Landdrostekommissie) aangevoer dat om die onafhanklikheid van die regbank te verseker moet voldoende salarisse betaal word sodat regterlike amptenare vry is van korrupsie – die wyse waarop sodanige salarisse vasgestel word, doen nie afbreuk aan die onafhanklikheid van die regbank nie. Hy het egter toegegee dat die koppeling van die salarisstruktuur van regsprekende amptenare in die laer howe aan dié van staatsdiensamptenare nadelig inwerk op eersgenoemde se belange omdat dit geregverdigde salarisverhogings kniehalter. Onvoldoende salarisverhogings in teenstelling met 'n vergrote werkslas met meer verantwoordelikhede het al tot baie ongelukkigheid onder regsprekende amptenare van die laer howe gelei.[401]

Vervolgens word die *ampsontruiming en ontslag* van regsprekende beamptes in die laer howe onder die loep geneem. Ooreenkomstig 'n statutêre voorskrif is 'n regsprekende beampte in die laer howe verplig om sy amp neer te lê wanneer hy die

---

398 A12(1)(a) van die Wet op Landdroste 90 van 1993. Verskillende kategorieë salarisse en salarisskale kan aldus ten opsigte van verskillende kategorieë regsprekende beamptes in die laer howe bepaal word (a 12(1)(b)).

399 A 12(3) van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

400 A 12(6) van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

401 Laue "Independence of the Judiciary" 520-521; Whittle "Judging the Magistrates" 535.

leeftyd van 65 jaar bereik het.[402] 'n Regsprekende amptenaar kan sy amp ontruim (bedank) deur 'n versoek in hierdie verband te rig aan die Minister van Justisie, welke versoek toegestaan kan word deur die Minister indien die redes neerkom op voortdurende swak gesondheid, of ten einde 'n oorplasing te bewerkstellig[403] of om enige ander rede wat die Minister voldoende ag.[404]

Alhoewel die diensvoorwaades van regsprekende amptenare in die laer howe soos uiteengesit in die regulasies al gekritiseer is,[405] is daar veral een bepaling, naamlik dié ten opsigte van *verplasing* wat heelwat ongelukkigheid veroorsaak. Volgens die bepaling is die Direkteur-generaal van Justisie (of sy gedelegeerde) by magte om 'n regsprekende amptenaar te verplaas sodra dit *dienstig* is.[406] Hierdie bepaling word gekritiseer op grond daarvan dat 'n staatsamptenaar oor die bevoegdheid beskik om 'n skynbaar onafhanklike regterlike amptenaar te verplaas. Hierdie rede alleen lei tot die gevolgtrekking dat daar nie voldoen word aan die konstitusionele beginsel sowel as die bepaling in die Grondwet ten opsigte van die onafhanklikheid van die regbank nie.[407] In reaksie op hierdie kritiek het regter Van Dijkhorst soos volg geantwoord:

---

402 A 13(1) van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

403 Hier word verwys na 'n oorplasing en aanstelling soos beoog in a 15(1) van die Staatsdienswet van 1994.

404 A 13(5) van die Wet op Landdroste 90 van 1993. Ingevolge a 5(b) moet die Minister so 'n bedankingsversoek minstens ses kalendermaande voor die datum waarop die regsprekende amptenaar sy amp aldus wil neerlê ontvang, tensy die Minister in 'n bepaalde geval 'n korter tydperk goedgekeur het.

405 Laue "Independence of the Judiciary" 521 verwys na die *Regulasies vir Regterlike Beamptes in die Laer Howe* waarin al die diensvoorwaardes vervat is en voeg by dat "[p]rovisions and whole chapters of the Public Service Code and Public Service Regulations have been incorporated by reference. The day-to-day activities amount, in effect, to a perpetuation of the former days when magistrates were openly acknowledged as public servants and dealt with accordingly."

406 "Over and above the fact that 'expedience' renders the Director-General or his deputy's powers limitless, the mere fact that they have the power appears, at least *prima facie*, to maintain the position that existed prior to the new dispensation. If the aspect of transfer, like the rest of the 'conditions of employment', is an ingredient of or a prerequisite for the guarantee of independence of the judiciary, then it can hardly be contended that there is such a guarantee if the legislation has not brought about any change from the old order." Laue "Independence of the Judiciary" 521.

407 "Granted, the regulations permit of representations being made to the Commission where a magistrate is dissatisfied with a transfer, and the Director-General (or the nominated Justice official) does recuse himself from the Commission in such cases, but such provision does not

> "I do not read this as an objection to the fact that magistrates are subject to transfer. It is, after all, one of their conditions of employment. It is arguably wrong in principle, however, that the decision to transfer is taken by a member of the public service. The independence of the judicial function is not placed in jeopardy, however, as the ultimate decision rests with the Magistrates Commission on review. Improper pressure through the threat of transfer is therefore excluded."[408]

Verder kan die Minister van Justisie op aanbeveling van die Landdrostekommissie 'n regsprekende beampte in sy amp *skors* en hom of haar daarvan *onthef* weens 1) wangedrag, of 2) voortdurende swak gesondheid, of 3) onvermoë om sy of haar pligte op 'n bekwame wyse uit te voer, mits die Parlement 'n besluit aanneem ingevolge waarvan sodanige ontheffing aanbeveel word.[409] Die prosedure ten opsigte van skorsings is kortliks soos volg: die Minister moet 'n verslag, waarin die skorsing van die regsprekende amptenaar en die redes daarvoor uiteengesit word, binne 14 dae (na sodanige skorsing) in die Parlement ter tafel lê, of, indien die Parlement nie op daardie stadium byeen is nie, binne 14 dae na die aanvang van die eersvolgende sessie.[410] Indien die Parlement binne 21 dae (nadat so 'n verslag ter tafel gelê is) 'n besluit neem en 'n aanbeveling maak dat die betrokke regsprekende amptenaar in sy amp herstel moet word, moet sodanige persoon in sy amp herstel word. Indien die Parlement nie sodanige besluit neem nie, bekragtig die Minister die skorsing en word die regsprekende amptenaar van sy amp onthef.[411]

Dit blyk uit bogenoemde ontleding dat die Wet op Landdroste[412] 'n groot verbetering

---

detract from the untenable principle – namely, that a public servant wields the power to transfer a supposedly independent judicial officer. For this reason alone, the constitutional principle, as also the Constitution's provision relating to an independent judiciary, is not being fulfilled." – Laue "Independence of the Judiciary" 521.

408 Whittle "Judging the Magistrates" 534.

409 A 13(3)(a) van die Wet op Landdroste 90 van 1993. 'n Regsprekende beampte ontvang vir die duur van sodanige skorsing geen salaris nie of die salaris wat die Minister van Justisie op aanbeveling van die Landdrostekommissie bepaal (a 13(3)(b)).

410 A 13(3)(c) van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

411 A 13(3)(d)-(e) van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

412 Wet 90 van 1993.

teweeg gebring het deur die instelling van die Landdrostekommissie met die oogmerk om onder andere verslag te doen en aanbevelings te maak ten opsigte van enige aangeleentheid wat van belang is vir die onafhanklikheid van die regspleging. Ten spyte van hierdie verbetering in die posisie, blyk dit egter dat daar nog aspekte is soos salarisse en oorplasings wat, met reg, ongelukkigheid veroorsaak en waaroor weer besin sal moet word ten einde die onafhanklikheid van regsprekende amptenare in die laer howe te verseker. Laue[413] wys daarop dat die bepalings van gemelde Wet[414] nie ver genoeg gaan om die persoonlike onafhanklikheid van die regsprekende amptenare te verseker nie – dit blyk asof die magte en bevoegdhede van die Landdrostekommissie meer daarop ingestel is om inmenging met die *regterlike funksie* te verhoed. Hy voer tereg aan dat

> "[i]f, as contended, magistrates have not been severed from the public service, it follows that there is potential for interference by the Executive. There being essentially no distinction between slight interference by the Executive with the judiciary and a major interference, the independence of the judiciary would be compromised in either case. The interference here envisaged is not necessarily an interference with the judicial function, but rather an 'interference' through the medium of administrative executive control brought about by the existing legislative measures..."

Hy doen dan aan die hand dat die diensvoorwaardes van die regsprekende amptenare in die laer howe in die Grondwet verskans word, dat die Landdrostekommissie geherstruktureer word in lyn met die Regterlike Dienskommissie om 'n werklik onafhanklike beheerliggaam te verseker, algehele skeiding tussen die regbank in die laer howe en die staatsdiens wat ook sal lei tot vestiging van legitimiteit in die laer howe deur verhoging van hul status, en wysiging aan die Wet op Landdroste en regulasies om die onafhanklikheid van die amptenare te verseker.

Objektief gesproke blyk dit asof daar geen rede behoort te wees waarom die

---

413 "Independence of the Judiciary" 521. Hy verwys na Paul Sieghart *The International Law of Human Rights* 1992 op 284 waar hy die onafhanklikheid van die regbank in Ceylon ingevolge die Grondwet bespreek en aanvoer dat aanstellings gedoen word deur die Staatshoof op aanbeveling van die Regterlike Dienskommissie, dat hulle hul amp bekleë "during good behaviour", dat hul salarisse voorsien en betaal word deur die Parlement en dat hul oorplasing en dissiplinêre beheer oor hulle uitsluitlik deur die Regterlike Dienskommissie uitgeoefen word.

414 Die Wet op Landdroste 90 van 1993.

diensvoorwaardes van regterlike amptenare in die laer howe nie ook verskans kan word in die Grondwet, soos die geval is met die regters van die hoër howe nie. Alhoewel artikel 174(7) van die Grondwet van 1996 wel bepaal dat die wetgewing wat van toepassing is op regsprekende amptenare in die laer howe moet verseker dat hul *aanstelling, bevordering, oorplasing of ontslag, en dissiplinêre stappe* teen hulle *sonder bevoordeling of vooroordeel* moet geskied, blyk dit dat die statutêre bepaling saamgelees met die regulasies wat van toepassing is op oorplasings nog steeds nie bevredigend is nie. Die vergoeding van regterlike amptenare in die laer howe word ook nêrens in die Grondwet van 1996 verskans nie. Dit blyk dat die Landdrostekommissie meer lede uit die regsprofessie betrek het by hul werksaamhede en meer verteenwoordigend is[415] – dit blyk dus asof die afleiding gemaak kan word dat die liggaam meer onafhanklik is. Die bespreking hierbo het verder aan die lig gebring dat die skeiding tussen die regbank en die staatsdiens nog nie ten volle bewerkstellig is nie (soos blyk uit byvoorbeeld die bepalings ten opsigte van salarisvasstelling en oorplasing). Gevolglik kan akkoord gegaan word met die voorstel vir die wysiging van gemelde wet en regulasies om dit reg te stel. Dit sou wenslik wees om die gedragskode en die regulasies te verwoord vanuit die gesigpunt van die regterlike amptenare in die laer howe in plaas daarvan om bloot by wyse van verwysing hoofstukke van die staatsdienskode en staatsdiensregulasies van toepassing te maak op eersgenoemde.

'n Regbank moet nie net onafhanklik wees nie, maar ook verantwoordbaar wees. Die regsprekende beamptes in die laer howe is verantwoordbaar deurdat hulle beslissings onderhewig is aan hersiening[416] en appèl[417] na die hoër howe. Met ander woorde, daar

---

415 Sien, mbt die besluit tov betrekking van meer persone uit die regsprofessie, Whittle "Judging the Magistrates" 534.

416 In sekere voorgeskrewe gevalle word die beslissings van regsprekende amptenare in die landdroshowe (distrikshowe) op outomatiese hersiening geneem – a 302 van die Strafproseswet van 1977. Afgesien van outomatiese hersiening is daar ook die normale gronde vir hersiening van beslissings van regsprekende amptenare in die landdroshowe en streekshowe – a 304 van die Strafprosewet van 1977. Sien ook Hosten *South African Law and Theory* 1227; Kriegler *Hiemstra* 760 ev.

417 In teenstelling met die posisie in die hoër howe (waar verlof tot appèl nodig is), mag 'n persoon wat skuldig bevind is in 'n landdroshof appèl aanteken na 'n hoër hof sonder om eers aansoek te doen vir verlof tot appèl – a 309(1) van die Strafproseswet van 1977. Een van die gevolge

bestaan remedies indien regsprekende amptenare in die laer howe in die uitvoering van hul regsprekende funksies foute sou begaan. Die vraag is egter, op welke wyse word regsprekende amptenare verantwoordbaar gehou in die geval van onaanvaarbare optredes wat nie aan appèl of hersiening deur 'n hoër tribunaal onderhewig is nie of wat weens gebrek aan fondse of om ander redes nie verder gevoer word nie? Alhoewel regsprekende amptenare in die laer howe sedert die inwerkingtreding van die 1993-wetgewing[418] nou onafhanklik is van die uitvoerende gesag, is hulle steeds, onder toesig van die Landdrostekommissie, aan dissiplinêre stappe onderworpe.[419]

8.4.3.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Omdat 'n verteenwoordigende regbank bydra tot die persepsie dat die regbank alle perspektiewe in ag neem en die legitimiteit van die regbank verhoog, is dit 'n aspek wat 'n rol speel by die seleksie van regterlike amptenare. Hierdie bespreking ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank sluit dus aan by die proses van seleksie van regsprekende amptenare in die laer howe wat in 'n voorafgaande afdeling in hierdie hoofstuk[420] bespreek is. In die afdeling wat hierop volg sal die voorstelle wat gemaak is ten einde die regbank meer verteenwoordigend te maak, geëvalueer word.

Die kritiek wat al geopper is dat die regbank nie verteenwoordigend is van die bevolking wat betref ras en geslag nie,[421] het ook die laer howe daarby ingesluit. Sedertdien het die samestelling van die regbank in die laer howe al hoe meer

---

van aantekening van appèl is volgens a 309(3) 'n verpligting op die landdros om skriftelike redes te gee vir sy beslissing.

418 Die Wet op Landdroste 90 van 1993.

419 Anoniem "Verantwoordbaarheid op Regterlike Vlak" 82.

420 Sien afd 8.4.3.1.

421 Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 1121 en die gesag daar aangehaal.

verskillende rassegroepe begin insluit.[422] Twee voorstelle wat geopper is om die regbank in die laer howe meer verteenwoordigend van die gemeenskap te maak, is die herinstelling van die juriestelsel en die uitbreiding van die assessorestelsel. Hierdie twee voorstelle regverdig nadere betragting.

8.4.3.3.1 Evaluering van hervormingsvoorstelle

In hierdie afdeling sal die twee voorstelle, naamlik die herinstelling van die juriestelsel en die uitbreiding van die assessorestelsel, in meer besonderhede bespreek word.

(a) Die herinstelling van die juriestelsel

In strafverhore in die laer howe[423] kan die landdros een of twee persone (ook leke-persone) wat hy of sy van oordeel is behulpsaam kan wees by die verhoor van die saak of by die bepaling van 'n gepaste straf ('n gemeenskapsgebaseerde straf) aansê om hom of haar by te staan.[424] Dit het gelei tot die voorstel dat die bogenoemde bepaling ten opsigte van leke-assessore in 'n aangepaste formaat gebruik kan word om voorsiening te maak vir die juriestelsel.[425] In wese kan dieselfde besware wat teen die juriestelsel geopper is by die bespreking van die hoër howe[426] ook hier geopper word, en derhalwe sal die kritiek teen die juriestelsel nie weer hier herhaal word nie.

---

422 Seekings en Murray *Lay Assessors* 22-24 ontleed statistiek sedert 1982 en kom tot die gevolgtrekking dat sedert 1994 is daar 'n definitiewe toename in die aanstelling van Swart regterlike amptenare in senior poste in die landdroshowe. Telefoniese navraag by die Departement van Justisie op 19 Mei 2000 het gelei tot verskaffing van die volgende statistiek deur Mnr Olivier: daar is 'n totaal van 24 hooflanddroste (waarvan 9 blank is en 15 persone is wat nie afkomstig is van die blanke bevolkingsgroep nie; van voorafgenoemde aantal is 2 vroulik). Verder bestaan die aantal streekslanddroste uit 182 mans en 27 vrouens; wat rasseverdeling betref, word hierdie kategorie saamgestel uit 164 blankes, 6 Indiërs, 4 Kleurlinge en 35 Swartes. Die senior landdroste bestaan uit 130 mans en 10 vrouens, wat verder statisties onderverdeel word in 60 blankes, 4 Indiërs, 1 Kleurling en 75 Swartes. Die landdroste bestaan uit 803 mans en 248 vrouens, wat statisties onderverdeel word in 616 blankes, 32 Indiërs, 30 Kleurlinge en 373 Swartes.

423 Die begrip laer howe omvat hier landdroshowe (ook genoem distrikshowe) en streekshowe.

424 A 93*ter* van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

425 Bekker "American Grand Jury" 21.

426 Sien die bespreking in afd 8.4.1.3.1(a).

(b) Die assessorestelsel

Alvorens die uitbreiding van die assessorestelsel geëvalueer word, is dit nodig om eers te verwys na 'n paar aspekte van Suid-Afrika se ondervinding met leke-beregting. Gedurende die sewentiger- en tagtigerjare het daar geen vorm van leke-beregting bestaan nie. Voor daardie datum het leke-beregting egter in Suid-Afrika plaasgevind by wyse van die juriestelsel (wat in gebruik was tot en met 1969)[427] en in die vorm van vrederegters (*justices of the peace*).[428] Soos wat die koloniale grense gedurende die negentiende eeu al hoe verder uitgebrei is en die binneland al hoe verder verower is, is daar van vrederegters gebruik gemaak om regspleging toe te pas en polisiëringsfunksies uit te voer in landelike gebiede, wat net buite die bereik van die plaaslike landdroshofdistrikte was. Met die uitbreiding van die landdroshof-distrikte het die rol wat die vrederegters gespeel het algaande afgeneem. Teen unie-wording in 1910 het vrederegters baie beperkte bevoegdhede gehad: die bevoegd-heid om te arresteer sonder 'n lasbrief, die bevoegdheid om lasbriewe uit te reik met die oog op arrestasies en ondersoeke en die bevoegdheid om as kommissarisse van ede op te tree.[429] Sogenaamde *spesiale* vrederegters het meer bevoegdhede gehad, maar hulle het afgeneem in getal soos wat die Departement van Justisie gepoog het om hulle in landdroste te omskep – teen 1956 was daar nog net twee voltydse en tien deeltydse spesiale vrederegters.[430] Tans bestaan daar nog wetgewing[431] wat van toepassing is op vrederegters, maar hulle bevoegdhede is gering en grootliks ad-ministratief van aard.[432] Hulle speel deesdae geen rol by regspreking nie.

---

427 Sien die bespreking tov die juriestelsel in afd 8.2 en afd 8.4.1.3.1(a).

428 Seekings en Murray *Lay Assessors* 16 wys daarop dat die "involvement of chiefs, headmen and elders in sanctioned chiefs' courts might be considered a form of lay participation, but their significance was greatly reduced by both their subordination to district and commissioner's courts and their restriction to parts of the reserves or bantustans".

429 Seekings en Murray *Lay Assessors* 16; Hahlo en Kahn *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* 281.

430 Seekings en Murray *Lay Assessors* 16; Hahlo en Kahn *Union of South Africa* 275.

431 Wet op Vrederegters en Kommissarisse van Ede 16 van 1963.

432 A 3 van die Wet op Vrederegters en Kommissarisse van Ede 16 van 1963.

In 1991 is voorsiening gemaak vir leke-beregting in die landdroshowe deur 'n wysiging van die Wet op Landdroshowe. By die aanstelling van assessore (soos dit tans bewoord is in artikel 93*ter* van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944)[433] kan basies twee gevalle onderskei word: in die een geval is die vertrekpunt dat daar 'n *verpligting* is om assessore aan te stel, en in die ander geval het die voorsittende beampte 'n *onafhanklike diskresie* wat hy of sy kan uitoefen ten opsigte van die aanstel van assessore. In eersgenoemde geval, is daar 'n *verpligting* op die voorsittende regsprekende beamptes om twee assessore aan te stel waar die beskuldigde in die streekhof teregstaan op 'n aanklag van moord, tensy die beskuldigde versoek dat die verhoor sonder assessore voortgesit word, in welke geval die voorsittende regterlike amptenaar 'n *diskresie* het om een of twee assessore aan te stel. In al die ander gevalle beskik die voorsittende beamptes van die landdroshowe en streekshowe oor 'n *onafhanklike diskresie*[434] om een of twee assessore aan te stel om hulle behulpsaam te wees by die verhoor van 'n strafsaak. Hierdie diskresie behels verder dat die regsprekende beampte kan besluit of gebruik gemaak gaan word van leke-assessore of deskundige assessore.[435]

'n Aspek wat in die verlede heelwat kritiek ontlok het, was die feit dat alhoewel daar 'n bevoegdheid aan die regsprekende amptenare in die landdroshowe en streekshowe verleen is om assessore, wat beskik het oor regservaring of bedrewenheid ten opsigte van 'n bepaalde onderwerp, aan te stel,[436] dit slegs gedoen kon word mits vooraf toestemming daartoe van die Minister van Justisie verkry is. Die verkryging van toestemming het geblyk 'n tydrowende proses te wees, met die praktiese gevolg

---

433 Hierdie artikel wat die aangeleentheid reël is deur artikel 1 van die Wysigingswet op Landdroshowe 118 van 1991 gewysig.

434 A 93*ter* (1) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

435 Sien die bespreking in oa Lamprecht "Die Rol van Assessore in die Laerhof: Feite- of Regsvraag" 1995 *Die Landdros* 26; Kotzé "Aansegging van Assessore ingevolge Artikel 93*ter* Wet 32 van 1944" 1995 *Die Landdros* 144; Louw "Assessore – 'n Woord Met Baie Esse" 1995 *Die Landdros* 83; Kruger "Die Rol van Assessore tydens die Beregting van 'n Strafsaak in die Landdroshof" 1995 *Die Landdros* 43.

436 A 93ter van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

dat daar baie min van assessore by strafsake in hierdie howe gebruik gemaak is.[437] Daar is egter sedertdien weggedoen met die omslagtige vereiste dat ministeriële toestemming vooraf verkry moet word.[438] Die afskaffing van die vereiste om ministeriële goedkeuring te verkry voor die aanstel van assessore is duidelik daarop gemik om die prosedure te vereenvoudig sodat daar makliker en meer algemeen van assessore gebruik gemaak kan word.[439]

Verder is weggedoen met die vereiste dat hierdie assessore noodwendigerwys regservaring of bedrewenheid ten opsigte van 'n bepaalde onderwerp moet hê. Hieruit kan afgelei word dat die bedoeling was om voorsiening te maak vir die gebruikmaking van leke-assessore by die strafregspleging.[440] Voorts kan sodanige assessore uit die staanspoor betrek word (met ander woorde, nog voordat enige getuienis voorgelê is), of spesifiek met die oog op die bepaling van 'n gepaste gemeenskapsgebaseerde straf,[441] met ander woorde, ná skuldigbevinding. Faktore wat die voorsittende regsprekende amptenaar in aanmerking moet neem by oorweging van die vraag of die aansegging van assessore dienstig sal wees vir die regspleging,[442] is die beskuldigde se kulturele en maatskaplike omgewing, sy of haar opvoedkundige agtergrond, die aard en erns van die misdryf, die straf wat by skuldigbevinding opgelê kan word en enige ander aangeleentheid of omstandigheid wat na die oordeel van die voorsittende amptenaar op die wenslikheid van die aanstelling van 'n assessor of assessore mag dui.

---

437 Regskommissie *Grondwetlike Modelle* 226; Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice" 232.

438 Kriegler *Hiemstra* 363; Seekings en Murray *Lay Assessors* 36.

439 Sien die bespreking van hierdie artikel in Kriegler *Hiemstra* 361-364; Du Toit ea *Commentary on the Criminal Procedure Act* 21-6 - 21-8; Seekings en Murray *Lay Assessors* 36 ev.

440 Dit is ook in lyn met a 180(c) van die Grondwet van 1996 wat voorsiening maak vir lekeberegting.

441 Byvoorbeeld 'n vonnis tot gemeenskapsdiens of korrektiewe toesig – sien die omskrywing in a 93*ter*(2)(b) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

442 A 93*ter*(2)(a) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

Empiriese navorsing het aan die lig gebring dat bogenoemde uiteensetting (in die wetgewing) in die praktyk nie voldoende riglyne bied aan regsprekende amptenare by die uitoefening van hul diskresie om assessore aan te stel nie.[443] Regsprekende amptenare oefen dus in sekere gevalle hul diskresie uit vanuit hul eie persepsie van die oogmerke van die assessorestelsel – wat dikwels nie heeltemal in ooreenstemming is met die oogmerke van die stelsel soos vervat in die wetgewing nie.[444] Seekings en Murray[445] kom tot die gevolgtrekking dat

> "[a]s long as the law allows magistrates to exercise their discretion as to when to use assessors but does not provide clear guidelines as to the criteria to apply, the selection of assessors will reflect the beliefs, assumptions and prejudices of individual magistrates. In South Africa, magistrates see society in racial terms primarily, and gendered terms much more rarely. The need to ensure that the court understands the facts of a particular case is almost always interpreted in narrowly racial terms, as is the need to ensure the legitimacy of the courts (when magistrates take this into account). But 'society' should not be seen nor 'represented' in racial and gendered terms alone. 'Society' is constituted in terms of many other factors, including class, age, religion, location, and education. These intersect and overlap such that it is very questionable that society can be 'represented' according to any specific categories, whether racial, gendered, or other. Given the explicitly racial emphasis of the legislators and government officials before and after 1994, it is unsurprising that more subtle conceptions of society have not been reflected in the patterns of magisterial discretion. In post-apartheid South Africa, if magisterial discretion is to be retained, then at the very least the criteria by which such discretion should be exercised need to be thought through and spelt out altogether more thoroughly."

Voordat die assessor of assessore hul plek kan inneem op die regbank, moet sodanige persoon of persone ingesweer word deur die voorsittende regsprekende amptenaar en moet sodanige persoon of persone onderneem om 'n ware uitspraak

---

443 Seekings en Murray *Lay Assessors* 76-81.

444 "Section 93*ter*(2)(a) seems to accommodate and reflect two very different reasons for using assessors: one, to enhance the quality of justice through a more informed adjudication of the facts of particular cases, and the other, to enhance the legitimacy of the courts and its decisions." Alhoewel Justisiekollege in hulle riglyne impliseer dat eersgenoemde oogmerk (verhoging van die kwaliteit van geregtigheid deur meer kennis) meer belangrik is, word geen riglyne gegee tov die kriteria wat gebruik moet word indien laasgenoemde oogmerk (die legitimiteit van die howe, wat spesifiek onder a 93*ter*(2)(a)(v) kan val) van belang is nie. Seekings en Murray *Lay Assessors* 77-78.

445 *Lay Assessors* 80-81.

of oorwoë mening te gee, na gelang van die geval, ooreenkomstig die getuienis ten opsigte van die geskilpunte by die verhoor of ten opsigte van die straf.[446]

Die bepalings ten opsigte van diensbeëindiging waar 'n assessor te sterwe kom of volgens die oordeel van die voorsittende regsprekende amptenaar onbekwaam word om verder as assessor op te tree, wat in artikel 147 van die Strafproseswet van 1977 vervat is, is ook hier van toepassing.[447]

Die uitbreiding van leke-beregting in strafsake word egter in die vooruitsig gestel deur die Wysigingswet op Landdroshowe, 67 van 1998 wat die bestaande artikel 93*ter* sal vervang. Ingevolge gemelde wysigingswet sal die aanstelling van twee assessore *verpligtend* wees by die verhoor van 'n beskuldigde persoon ten opsigte van die volgende misdrywe wat in Bylae 2 vervat is:

"1. Moord.
2. Verkragting.
3. Roof, indien die slagoffer 'n ernstige liggaamlike besering toegedien is.
4. Aanranding, indien die slagoffer 'n ernstige liggaamlike besering toegedien is.
5. Onsedelike aanranding."

Ingevolge gemelde Wysigingswet sal die aanstelling van assessore by verhore ten opsigte van ander misdrywe as dié hierbo genoem in Bylae 2, en by aansoeke om borgtog en vonnisoplegging, *binne die diskresie* van die voorsittende amptenaar wees.[448] Wanneer assessore saam met die voorsittende beampte optree as regsprekende amptenaar, word feitegeskille beslis deur die meerderheid van die hof.[449] Regspunte wat ter sprake kom tydens die verhoor en die vraag of 'n bepaalde aange-

---

446 A 93*ter*(3) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

447 A 93*ter*(5) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944. Tov rekusering, sien ook Seekings en Murray *Lay Assessors* 188. (Sedert die skryf van die proefskrif, het gedeeltes van die wysigingswet in werking getree: a 93*ter*(10) en (11) is ingevoeg by die hoofwet en vervang a 93*ter*(5) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.)

448 A 93*ter*(1)(3) van die Wysigingswet op Landdroshowe, 67 van 1998.

449 A 93*ter*7(e) van die Wysigingswet op Landdroshowe, 67 van 1998. "At magistrates' courts level most disputes centre around disputes of fact rather than law." – Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 78.

leentheid 'n regs- of feitepunt is, word deur die voorsittende amptenaar beslis.[451]

Vir heelwat van die aangeleenthede wat in hierdie wet aangespreek word, word daar alreeds in die praktyk voorsiening gemaak.[452] Die primêre oogmerk van hierdie wysigingswet, naamlik om die *verpligtende* gebruik van assessore *uit te brei*, is egter 'n uitbreiding van die bestaande posisie. Alhoewel sekere probleme ten opsigte van die praktiese toepassing van die stelsel, aangespreek word in die wetgewing, bied dit nie 'n bevredigende oplossing nie en sekere bepalings skep nuwe probleme. Skrywer is van mening dat die hoofoogmerk van hierdie wetgewing, naamlik die uitbreiding van die *verpligtende* gebruikmaking van assessore, eers goed oorweeg moet word.[453] Afgesien van die kritiek teen die beginsel van verpligte gebruikmaking van leke-assessore,[454] is daar (soos in die evaluering van die stelsel van assessore hieronder aangedui sal word) benewens die koste-implikasies, nog heelwat probleme met die assessorestelsel wat eers uitgestryk moet word voordat dit enigsins oorweeg behoort te word om die stelsel uit te brei.

(aa) Evaluering van die stelsel van assessore

Alhoewel die stelsel van assessore, soos hierbo uiteengesit in die huidige artikel 93*ter*

---

451 A 93*ter*7(b) van die Wysigingswet op Landdroshowe, 67 van 1998.

452 Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 78 ev.

453 Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 78 kom ook tot die gevolgtrekking dat "[c]ompulsory lay assessors who can affect the outcome of a trial and determine an accused person's guilt or innocence, may detrimentally affect the independence of the judiciary at magistrate's court level." Die feit dat die voorsittende beampte die saak op hersiening kan stuur in geval van klaarblyklik verkeerde beslissings, dien as 'n tipe vangnet, maar laat sake langer sloer. Waar 'n beskuldigde bygestaan word deur 'n regsverteenwoordiger, bring 'n klaarblyklik verkeerde beslissing meer kostes mee vir 'n beskuldigde wat 'n regsverteenwoordiger moet betaal om te appelleer, en moontlik aansoek te doen vir borgtog – sien a 93*ter*(12) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998. Tov uiteenlopende standpunte van leke-assessore self, sien Seekings en Murray *Lay Assessors* 135-136.

454 Volgens Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 80 is die *verpligtende* aard van die stelsel van leke-assessore onregverdig teenoor die *beskuldigde* wat ingevolge die Grondwet geregtig is op 'n regverdige verhoor en die reg behoort te hê om alleen deur die voorsittende beampte verhoor te word indien hy of sy dit so sou verkies. (Hy wys daarop dat dit in die praktyk blyk dat die meeste beskuldigdes wat aangekla word van moord, versoek dat hulle verhoor word sonder assessore.)

van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944, voorsiening maak vir die betrekking van sowel assessore met regservaring as leke-assessore, is laasgenoemde kategorie relatief nuut en meer problematies. In die lig hiervan en die feit dat die stelsel van leke-assessore uiteenlopende kritiek[455] uitlok, sal die bespreking wat hierop volg primêr toegespits wees op die problematiek rondom die stelsel van leke-assessore. Dit is egter nie moontlik om die een heeltemal afsonderlik van die ander te bespreek nie, aangesien die statutêre bepalings wat op beide van toepassing is, ineengevleg is. Waar dit van belang blyk te wees, sal dus na beide gevalle verwys word. As in ag geneem word dat die toepassing van die stelsel ingevolge waarvan leke-assessore betrek kan word by die regspleging nog relatief nuut is en nog groeipyne beleef, wil dit voorkom asof die stelsel effektief kan funksioneer, mits sekere probleme aangespreek word. Soos hieronder aangedui sal word, draai die belangrikste van hierdie probleme rondom die oogmerke met die stelsel, die administrasie van die stelsel, intimidasie en eksterne beïnvloeding van leke-assessore, die betroubaarheid van leke-assessore ten opsigte van bywoning van verhore, die koste-implikasies, en aspekte rakende opleiding en rekusering.

(i) Onduidelikheid ten opsigte van die oogmerke met die stelsel

Die *oogmerke* met die betrekking van leke-assessore by die stelsel behoort duidelik omskryf te word sodat die partye betrokke by die stelsel nie met teenoorgestelde doelwitte voor oë werk nie.[456] Dit blyk dat sedert die inwerkingtreding van die stelsel daar basies twee verskillende doelwitte met die stelsel geïdentifiseer is: in die een geval is aangevoer (hoofsaaklik deur politici)[457] dat in die lig van die legitimiteitskrisis[458]

---

455 Seekings en Murray *Lay Assessors* 164 ev; Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 78; Lamprecht "Assessore: Feite- of Regsvraag" 26; Kruger "Die rol van Assessore" 43; Louw "Assessore" 83; Kotzé "Aansegging van Assessore" 144.

456 Seekings en Murray *Lay Assessors* 164-171.

457 Sien die aanloop tot die instelling van die stelsel van leke-assessore in Seekings en Murray *Lay Assessors* 20-45.

458 Sien egter Seekings en Murray *Lay Assessors* 24-26 wat wys op die resultate van sekere meningspeilings wat daarop dui dat 'n gebrek aan legitimiteit van die regbank nie noodwendig gekoppel kan word aan die rassesamestelling van die regbank nie.

van die regbank dit nodig is om die rasssesamestelling van die regbank te verander en dat dit die maklikste gedoen kan word deur die aanstelling van leke-assessore uit die gemeenskap (waardeur gewoonlik bedoel is die Swart gedeelte van die bevolking); in die ander geval (soos aangetref in die bewoording van die wetgewing)[459] word dit gestel dat die stelsel van leke-assessore ingevoer is om die graad van geregtigheid te verbeter. Dit word bewerkstellig deur die kennis, van veral die kulturele en sosiale agtergrond van die beskuldigde, wat die leke-assessore na die verhoor bring.

Seekings en Murray[460] wys daarop dat hierdie uiteenlopende visie van die oogmerke van die stelsel verskillende implikasies inhou vir die praktiese uitvoerbaarheid van die stelsel:

- Indien die oogmerk van die stelsel is om gespesialiseerde kennis na die verhoor te bring om sodoende *bystand te verleen aan die regsprekende amptenaar* (soos regsprekende amptenare tans self die stelsel verstaan en toepas[461]), dan kan die gebruik van assessore beperk word, terwyl die regsprekende amptenare self die toewys van assessore aan bepaalde sake en die algemene administrasie van die stelsel beheer. Ooreenkomstig hierdie standpunt behoort assessore nooit oor die bevoegdheid te beskik om regsprekende amptenare te oorstem (*override*) nie; hulle teenwoordigheid of afwesigheid in die hof behoort nie die voortsetting van die verhoor in die hof te beïnvloed nie; en in die hof behoort hulle vrae deur die voorsittende amptenaar te kan vra. Die bepalings soos tans omskryf in die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 akkommodeer hierdie stelsel.
- Indien die oogmerk met die stelsel daarenteen is om die howe se *rassesamestelling te verander* om te voldoen aan die behoeftes van legitimiteit of omdat gemeen word dat regsprekende amptenare nie vertrou kan word om

---

459 A 93*ter*(2)(a)(v) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

460 *Lay Assessors* 170.

461 Ten opsigte van regsprekende amptenare in die laer howe se standpunt oor die bydrae van assessore tot geregtigheid, en die standpunt van assessore self tov hulle bydrae tot geregtigheid, sien Seekings en Murray *Lay Assessors* 69-139,166-167.

> geregtigheid te laat geskied nie, dan blyk die praktiese implikasies soos volg te wees: die seleksie, administrasie en toewys van assessore aan bepaalde sake behoort in so 'n geval buite die beheer van die regsprekende amptenaar gehou te word; assessore behoort in so 'n geval geselekteer te word vanuit die bevolking as 'n geheel (of ten minste gerespekteerde lede daarvan) en toewysing aan sake behoort te geskied ooreenkomstig 'n rooster of 'n lukrake proses (*random process*) en nie ooreenkomstig die bepaalde besonderhede van individuele sake nie; die gebruik van assessore behoort (ten minste vir meerdere kategorieë van sake) verpligtend te wees; assessore sal in sodanige gevalle oor die bevoegdheid beskik om die regsprekende amptenaar uit te stem (*overrule*) en hulle behoort nie ondergeskik te wees aan die regsprekende amptenare met betrekking tot hulle deelname aan die verrigtinge nie.[462]

Dit blyk asof eersgenoemde stelsel tans in die praktyk toegepas word: assessore kan aangestel word indien dit *dienstig sal wees vir die regspleging*[463] – in die geval van enige dubbelsinnigheid in wetgewing of regulasies, sal die praktiese toepassing van die stelsel dus val in hierdie kategorie. Die voorgestelde Wysigingswet[464] gee geen verdere duidelikheid ten opsigte van die oogmerke met die stelsel nie. Dit wil egter voorkom asof daar gepoog word om aan beide oogmerke te voldoen: eerstens aan die oogmerk van *bystandsverlening* deur te vereis dat waar die aanstelling van assessore binne die diskresie van die voorsittende amptenaar val,[465] so 'n aanstelling gemaak kan word indien dit na die mening van die regterlike amptenaar *dienstig sal wees vir die regspleging*; en tweedens aan die oogmerk om die *rassesamestelling* van die regbank te verander deur die aansegging van assessore in die geval van Bylae 2-misdade verpligtend te maak – met ander woorde, deur die aanstelling van assessore buite die diskresie en beheer van die regterlike amptenaar te laat setel.

---

462 Seekings en Murray *Lay Assessors* 170.

463 A 93*ter*(1) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

464 Die Wysigingswet op Landdroshowe, 67 van 1988.

465 Dit sluit in alle verhore (uitgesonderd dié ten opsigte van Bylae 2-misdade), borgaansoeke en vonnisoplegging – a 93*ter*(3) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998.

Seekings en Murray[466] wys daarop dat die resultate van sekere meningspeilings daarop dui dat die argument, naamlik dat die gebruik van Swart assessore nodig is om die legitimiteit van die regbank te herstel, 'n oorvereenvoudiging van die legitimiteitskrisis is en nie noodwendig waar is nie:

> "...the evidence on the legitimacy of the courts is far more complex than captured in crude renditions of the 'legitimacy crisis'. Furthermore, the public seem to be more concerned with the efficacy of the criminal justice system than with any residual racial discrimination or prejudice."

Hulle voer aan dat leke-deelname eerder belangrik is as deel van 'n transformasieproses om die regbank te *demokratiseer* en om *gereqtigheid te laat geskied* waar die reg vatbaar is vir verskillende interpretasies, en die formele toepassing van die reg as onregverdig beskou word.

(ii) Probleme rondom die administrasie van die stelsel

Dit is belangrik om te bepaal wie die *verantwoordelikheid* moet dra ten opsigte van die administrasie van die stelsel en *op welke wyse* die administrasie behoort te geskied. Ter oorweging van eersgenoemde, word die tipe regulerende raamwerk wat benodig word in die bespreking hieronder, ontleed. In die bespreking wat daarop volg, word die wyse waarop die administrasie van die stelsel behoort te geskied, ontleed deur te verwys na die volgende: wie die verantwoordelikheid moet dra vir die seleksie van leke-assessore, die seleksiekriteria, die tipe sake waar van leke-assessore gebruik gemaak behoort te word, die prosedure vir toewysing van 'n leke-assessor aan 'n bepaalde saak, die verpligtinge en bevoegdhede van leke-assessore. Ter afsluiting word ook gekyk na 'n forum vir bespreking van probleme en 'n gedragskode.

- **Die tipe regulerende raamwerk wat benodig word**

Seekings en Murray[467] doen aan die hand dat ingevolge wetgewing die verantwoordelikheid vir die ontwikkeling en bestuur van die stelsel toegeken kan word

---

466 *Lay Assessors* 171.

467 *Lay Assessors* 171-172.

aan die Landdrostekommissie of aan die Minister van Justisie, afhangende van wat die oogmerk met die stelsel is. Wetgewing behoort in elk geval die stelsel te reguleer op so 'n wyse dat "...the goals of involving lay people in the administration of justice are achieved and that lay assessors are independent and have credibility". Schönteich is van mening dat die prosedure van seleksie van assessore deursigtig en regverdig moet wees, en dat beide die verdediging en die vervolging 'n geleentheid gegun moet word "to make a substantial input in the selection of assessors". Wetgewing behoort dus duidelikheid te gee ten opsigte van die seleksieprosedure, en die rol van die verdediging, die vervolging en die voorsittende amptenaar in sodanige seleksie.[468]

- **Wie die verantwoordelikheid behoort te dra vir die seleksie van assessore**

Volgens bestaande wetgewing[469] word dit aan regsprekende amptenare oorgelaat om self hul assessore, waarby leke-assessore ingesluit word, te selekteer. In die praktyk verskil die metode van selekteer van assessore van hof tot hof.[470] Toe die koördinerende komitee in 1995 wetgewing en regulasies opgestel het wat van toepassing sou wees op die gebruik van leke-assessore, is daar uitdruklik bepaal dat leke-assessore geselekteer moes word deur 'n streeks-assessorekomitee.[471] Daar is egter nie so 'n bepaling in die 1998-wysigingswet nie – daar word bloot bepaal dat die Minister regulasies kan

---

468 "Compulsory Lay Assessors" 80-81. Hy voeg by dat "the way the selection procedure is supposed to function should not be left to the Minister of Justice to decide by way of regulation" soos wat oënskynlik gedoen word ingevolge die1998-wysigingswetsontwerp nie.

469 A 93*ter* van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

470 Sien die voorgestelde model van leke-assessore wat deur die koördinerende komitee bevorder is, asook die verskillende modelle van leke-assessore wat in die praktyk voorgekom het – Seekings en Murray *Lay Assessors* 52-58.

471 So 'n streeks-assessorekomitee sou bestaan uit verteenwoordigers van gemeenskapsorganisasies. *Lay Assessors* 172-173.

uitvaardig ten opsigte van die prosedure wat gevolg moet word.[472] Empiriese navorsing het aan die lig gebring dat die stelsel van seleksie van leke-assessore deur 'n streeks-assessorekomitee oor die algemeen ondersteun is deur beide regsprekende amptenare en leke-assessore self.[473] Alhoewel daar aanvaarding is vir die model van streeks-assessorekomitees, is daar nie duidelikheid oor wie op sodanige komitees moet dien nie. Seekings en Murray[474] wys daarop dat volgens die riglyn vervat in regulasies van die koördinerende komitee wat in 1995 versprei is, moet die senior regsprekende amptenaar verteenwoordigers van die gemeenskap uitnooi na 'n vergadering waar die komitee saamgestel moet word, met die voorbehoud dat dit verteenwoordigers van die gemeenskap moet wees wat betref ras en geslag. Hulle kritiseer hierdie model en wys daarop dat dit nie oorgelaat moet word aan die regsprekende beampte om sodanige vergadering te belê of te besluit wie uitgenooi moet word nie. Hulle stel voor dat streeks-assessorekomitees eerder aangestel moet word deur plaaslike munisipale raadslede. Die streeks-assessorekomitee moet dan 'n lys van leke-assessore opstel en die stelsel administreer.[475]

---

472 A 93*quat*(2)(a) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998 bepaal dat die Minister regulasies kan uitvaardig ten opsigte van die prosedure wat gevolg moet word by, en die kriteria wat toegepas moet word vir, die aanwysing en registrasie van persone vanuit die gemeenskap, wat geskik en beskikbaar is om ingevolge artikel 93*ter* as assessore te dien, op 'n rol van assessore vir elke distrik en streekafdeling.

473 "Overall, then, the District Assessor Committee model received support. This makes it especially puzzling that the selection of assessors is left to the discretion of magistrates in the 1998 Bill.

A lay assessor committee is also consistent with the idea of using assessors to add an element of democracy to the courts and it provides the basis for the use of lay assessors in a way that may increase the legitimacy of the courts. Permitting magistrates to select their own magistrates clearly conflicts with these goals." – Seekings en Murray *Lay Assessors* 173.

474 *Lay Assessors* 174. Op 173 blyk dit dat senior regsprekende amptenare in die praktyk bloot 'n verskeidenheid van gemeenskapsorganisasies uitgenooi het om verteenwoordigers na die vergadering te stuur, waar 'n komitee saamgestel is. In sekere areas is hierdie groepe oorheers deur spesifieke sosiale of politieke groepe en in ander gebiede het dit 'n slagveld geword vir party-politieke konflik.

475 "Perhaps the only realistic way of organising a committee independently of the magistrates and at the same time counteracting charges that lay assessor committees (and, by implication, lay assessors themselves) are unrepresentative is to give the responsibility to municipal councils. Local government councillors could appoint a District Assessors Committee in each of the magisterial districts that fall within the council's boundaries (this might involve liason with other councils if a district spans several municipal jurisdictions). The committee would not be made

- **Kriteria by die seleksie van assessore, en meer spesifiek leke-assessore**

Volgens Seekings en Murray lei die vraag rondom die kriteria wat gebruik moet word om assessore te selekteer noodwendigerwys tot die volgende vrae: 1) moet leke-assessore as 'n groep aan enige spesifieke profiel voldoen – met ander woorde, moet hulle die profiel van die plaaslike of Suid-Afrikaanse gemeenskap reflekteer wat betref ouderdom, opleiding, ras, geslag, ensovoorts, en 2) is daar enige noodsaaklike kwalifikasies waaraan voldoen moet word om as leke-assessor te kan optree?[476]

Daar blyk redelike eensgesindheid te wees onder assessore en regsprekende amptenare dat sekere tipe persone geskik is om as assessore geselekteer te word en ander nie. Seekings en Murray[477] wys daarop dat regsprekende amptenare en assessore saamstem dat "assessors should be respected members of the 'community', with knowledge of and understanding of the 'community', and active in the 'community'; they should not be young. Whilst there should be a range of assessors in terms of race and gender, there was no need to be representative strictly of the community in every respect." Die feit dat beide regsprekende amptenare, assessore en die streeks-assessore-komitee dikwels saamgestem het dat sekere individue later geblyk het ongeskik te wees om as assessore op te tree, beklemtoon die noodsaaklikheid vir duidelike prosedures enersyds vir die skorsing of verwydering van leke-assessore van assessordiens, en andersyds vir rekusering van assessore in individuele gevalle.[478]

---

up of members of the council – their political affiliations would be too strong – but the council may be represented on it. The committee would then draw up a list of assessors and manage the system. This process would avoid the arbitrary choice of representatives of local interest groups and strengthen the democratic elements of the programme." – *Lay Assessors* 174.

476 *Lay Assessors* 174.

477 *Lay Assessors* 174 wys daarop dat in die praktyk "assessors are not fully representative, but neither magistrates nor assessors themselves see this as a problem." Sien ook die bespreking en standpunte rondom die vereiste van ouderdom op 175.

478 *Lay Assessors* 176.

Die empiriese ondersoek onderneem deur Seekings en Murray[479] het verder aan die lig gebring dat daar 'n groot mate van ooreenstemming onder die betrokkenes was ten opsigte van die minimumkwalifikasies waaroor leke-assessore behoort te beskik. Meeste assessore het saamgestem dat assessore voldoende geletterd moet wees sodat hulle aantekeninge gedurende die verhoor kan neem, wat later benodig mag word óf in die geval waar die saak uitgestel en op 'n later stadium weer hervat word óf indien die leke-assessor en die regsprekende amptenaar verskil in hulle besluit ten opsigte van 'n saak en die assessor dit nodig vind om redes aan te voer vir sy of haar standpunt (dit is veral belangrik waar twee leke-assessore saam sit, aangesien hulle die regsprekende amptenaar kan uitstem (*outvote*)).[480] Seekings en Murray kom tot die gevolgtrekking dat die kriteria vir die seleksie van leke-assessore verband hou met die oogmerke met die instelling van die stelsel: indien die oogmerk is om die legitimiteit van die stelsel te verhoog en 'n element van demokratisering daarby te voeg, behoort vereis te word dat die profiel van leke-assessore ooreenstem met die profiel van die gemeenskap as geheel; indien die oogmerk is om besluitneming te verbeter deur die hof se sensitiwiteit ten opsigte van die sosiale konteks van sake te verhoog, behoort assessore doelbewus geselekteer te word om te verseker dat die assessorlys persone insluit met kennis en begrip van alle sektore van die gemeenskap (en die gemeenskap behoort nie gesien te word bloot in terme van ras en geslag nie).

Die wysigingswet van 1998 maak bloot voorsiening daarvoor dat die kriteria vir die seleksie van assessore by wyse van regulasie vasgestel sal word.[481]

---

479 *Lay Assessors* 176-177.

480 Seekings en Murray voeg by op 176: "Assessors did emphasise that educational qualifications should not prevent otherwise suitable and generally capable candidates from serving as lay assessors. Stipulating a literacy requirement would exclude a significant portion of the population in some areas – including many respected and active people. It is unlikely that magistrates will disagree strongly to this."

481 A 93*quat*(2)(a) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998.

- **Die tipe sake waarby leke-assessore betrek behoort te word**

By die vraag ten opsigte van wanneer dit dienstig sal wees om assessore aan te stel, bepaal artikel 93*ter*(2)(a) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 dat die aangeleentheid vanuit die hoek van die *beskuldigde*[482] beskou moet word, en dat die volgende faktore in aanmerking geneem moet word:

(i) die kulturele en maatskaplike omgewing waaruit die beskuldigde afkomstig is;

(ii) die opvoedkundige agtergrond van die beskuldigde;

(iii) die aard en erns van die misdryf wat die beskuldigde ten laste gelê word of waaraan hy skuldig bevind is;

(iv) die omvang of waarskynlike omvang van die straf waaraan die beskuldigde by skuldigbevinding sal blootstaan;

(v) enige ander aangeleentheid of omstandigheid wat na sy oordeel op die wenslikheid van die aansegging van 'n assessor of assessore mag dui.

Dit is verpligtend om kriteria (i)-(iv) te oorweeg; by (v) word dit aan die diskresie van die regsprekende amptenaar oorgelaat om enige aangeleentheid of omstandigheid in ag te neem mits dit nie met eersgenoemde vier kriteria bots nie. Die wetgewing verleen ook aan die voorsittende regsprekende beampte die bevoegdheid om bogenoemde inligting by wyse van ondervraging van die beskuldigde te wete te kom. Kriegler[483] wys daarop dat, alhoewel dit nie uitdruklik so gestel word nie, was die bedoeling skynbaar dat die beskuldigde se *sosio-kulturele en opvoedkundige agtergrond* ook by die keuse van assessore 'n rol speel en nie alleen by die vraag of dit *dienstig* sal wees om hulle op

---

482 Kotzé "Aansegging van Assessore" 144-145 wys daarop dat volgens die *Hansard* (10 Junie 1991) kol 12643/4 is die doel en grondslag van die aanstel van assessore om die *gemeenskap* by die regspleging te betrek. Hy wys daarop dat die bepalings van die wetgewing (ingevolge waarvan die belange van die *beskuldigde* voorop gestel moet word) klaarblyklik in stryd is met die destydse Adjunk-Minister se betoog waarin hy *gemeenskapsbetrokkenheid* bepleit. Hy wys voorts daarop dat die *gemeenskap* nie slegs bestaan uit mense van die kulturele en maatskaplike omgewing van die beskuldigde nie. Dieselfde omstandighede van die slagoffer van die beskuldigde en dié van die getuies word glad nie vermeld nie en skynbaar oor die hoof gesien. Ook Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 80 is van mening dat die bepaling onregverdig kan wees teenoor die slagoffer wat moontlik van 'n ander kulturele en sosiale omgewing as die beskuldigde afkomstig is.

483 *Hiemstra* 364.

te roep nie. By ontleding van bogenoemde blyk dit dus dat daar by die eerste vier kriteria spesifiek na die *beskuldigde* gekyk word; die klaer, publiek of ander faktore kan by (v) in ag geneem word, mits dit nie met die eerste vier vereistes bots nie. Hierdie artikel plaas 'n *verpligting* op die hof om hierdie riglyne te oorweeg en doelbewuste verontagsaming daarvan sal waarkynlik as 'n growwe onreëlmatigheid deur die Hoë Hof beskou word. Volgens Louw[484] sal die vraag telkens wees of 'n beskuldigde enigsens benadeel is en, indien wel, sal die verrigtinge moontlik nietig verklaar word. Waar meerdere beskuldigdes uit verskillende agtergronde of kulture kom, gee die bestaande wetgewing geen riglyne nie en Louw[485] doen aan die hand dat die regsprekende amptenaar die beginsels van *billikheid* en *redelikheid* as riglyn moet gebruik.

In dié gevalle waar die aanstelling van assessore ingevolge die wysigingswet van 1998 binne die *diskresie* van die regterlike amptenaar berus,[486] word dit ook, soos tans die geval is, aan die regterlike amptenaar oorgelaat om te bepaal wanneer sodanige aanstelling dienstig sal wees vir die regspleging, maar twee aspekte word bygevoeg by bogenoemde lys van oorwegings. Die regsprekende amptenaar moet ook die volgende in ag neem: 1) die standpunte, indien enige van die beskuldigde persoon betreffende die aansegging van assessore ten opsigte van die betrokke verrigtinge,[487] sowel as 2) die belang wat die gemeenskap in die algemeen of 'n bepaalde gemeenskap, by die beregting van die aangeleentheid mag hê.[488] Hierdie aspekte wat dus normaalweg in die kategorie van *enige ander aangeleentheid* oorweeg moes word, sal dus ingevolge die wysiging ingevolge hierdie spesifiek omskrewe bepalings oorweeg moet word. Hierdie byvoegings is te verwelkom, omdat dit dan pertinent van die regterlike amptenaar verwag sal word om ook hierdie

---

484 "Assessore" 84.

485 "Assessore" 85.

486 A 93*ter*(3) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998.

487 A 93*ter*(4)(v) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998.

488 A 93*ter*(4)(vi) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998.

aspekte te oorweeg.

Artikel 93*ter*(1) bepaal dat die regterlike amptenaar 'n assessor kan aanstel om hom by te staan indien dit na sy oordeel *dienstig vir die regspleging* sal wees. Die vraag wat ontstaan is of *dienstig* betrekking het op 'n *spesifieke saak* en of dit dienstig *in die algemeen* moet wees. Met ander woorde, moet die regsprekende amptenaar elke saak afsonderlik oorweeg en telkens besluit of assessore aangestel moet word of kan hy assessore in die algemeen aanstel om hom by te staan in alle sake op 'n betrokke dag. Na deeglike uitleg van die artikel, blyk dit dat elke regsprekende amptenaar sy diskresie om regsprekende amptenare aan te stel regterlik sal moet uitoefen deur *elke saak afsonderlik te oorweeg*.[489] Die hoeveelheid assessore wat aangestel word is nie van belang nie. Wat wel van belang is, is of die aanstelling die *regspleging dienstig* sal wees en of die assessore die regterlike amptenaar *behulpsaam* sal wees.[490]

Soos reeds vermeld vereis wetgewing tans dat assessore gebruik word by aanklagtes van moord in die streekhof (tensy die beskuldigde versoek dat die verhoor voortgaan sonder 'n assessor).[491] Van belang hier is die feit dat ingevolge artikel 93*ter*(1) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 word aan 'n beskuldigde in 'n moordverhoor in die streekhof die reg verleen om te versoek om sonder assessore verhoor te word. Dit is nie nodig dat redes aangevoer word vir die versoek nie – 'n blote versoek is voldoende om af te sien van 'n verhoor met assessore.[492] Ingevolge die Grondwet is elke beskuldigde geregtig op 'n regverdige verhoor – indien 'n beskuldigde alleenlik deur die voorsittende amptenaar sonder assessore verhoor wil word, behoort hy of sy die reg te hê

---

489 Louw "Assessore" 84 doen verder aan die hand dat waar een regsprekende amptenaar 'n assessor aangestel het en dit blyk later dat 'n ander regsprekende amptenaar die saak moet verhoor, is dit 'n ope vraag of eersgenoemde se diskresie laasgenoemde kan bind. Die praktiese benadering sal wees dat die verhoorlanddros die finale seggenskap sal hê.

490 Louw "Assessore" 84.

491 A 93*ter* van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944. In ander sake word dit oorgelaat aan die diskresie van die regsprekende amptenaar betrokke by die verhoor.

492 Louw "Assessore" 85.

om sodanige keuse uit te oefen. Hierdie artikel 93*ter*(1) eerbiedig die individu se keuse by 'n ernstige misdaad.[493] In die lig hiervan word beswaar aangeteken teen die *verpligtende* aard van assessore ingevolge die 1998-wysigingswet,[494] juis omdat dit inbreuk maak op hierdie beginsel.[495] Waar een beskuldigde egter verkies om sonder assessore verhoor te word en die ander beskuldigdes dit inderdaad verlang, doen Louw[496] aan die hand dat die regsprekende amptenaar hom of haar moet laat lei deur billikheid en regverdigheid met inagneming van moontlike benadeling van enige party.

Empiriese navorsing het aan die lig gebring dat daar in die praktyk onsekerheid is ten opsigte van die tipe sake waarin leke-assessore gebruik moet word en op welke stadium van die verhoor van leke-assessore gebruik gemaak moet word[497] – dit blyk dat verskillende regsprekende amptenare verskillende benaderings volg ten opsigte hiervan. Alhoewel leke-assessore nie beswaar het om uitgesluit te word ten opsigte van besluite oor regsaspekte nie, blyk dit dat hulle wel beswaar maak daarteen om nie ten volle 'n rol te speel by vonnisoplegging nie – alhoewel die meeste regsprekende amptenare die advies van assessore in ag neem by vonnisoplegging, blyk daar onsekerheid te wees oor wat die regsposisie is.[498] Sommige regsprekende amptenare is ook

---

493 Louw "Assessore" 85 voeg by dat die grondslag vir hierdie standpunt daarin geleë is dat die wens van die individuele beskuldigde eerbiedig moet word.

494 A 93*ter*(2) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1988.

495 Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 80.

496 Hy voeg by dat die grondslag van die assessorestelsel *gemeenskapsbetrokkenheid* is en *nie gemeenskapsbelang* nie. Indien laasgenoemde wel die geval was kon geargumenteer word dat gemeenskapsbelang soms voorrang sal geniet bo 'n beskuldigde se keuse tot geen assessorverhoor. Dit is egter nie die geval nie. "Assessore" 85-86.

497 In die praktyk is die volgende modelle van gebruik van leke-assessore aangetref: leke-assessore wat heeldag tydens die verhoor saam met die regsprekende amptenaar op die regbank sit; leke-assessore wat heeldag beskikbaar is by die hofgebou, maar slegs ingeroep word in die hof vir spesifieke sake; en waar assessore vooraf opgeroep word na die verhoor in die hof waar hul teenwoordigheid as noodsaaklik beskou word – Seekings en Murray *Lay Assessors* 52-58;177-179.

498 Ten opsigte van onduidelikheid in die wetgewing oor vonnisoplegging en voorgestelde interpretasie, sien Kriegler *Hiemstra* 383. Kortliks kom dit daarop neer dat feitebeslissings by wyse van meerderheidstem geneem word, maar dat die voorsittende amptenaar die alleenseggenskap

besorg oor die koste-implikasies wat gepaardgaan met die gebruik van assessore – duidelike riglyne hieroor is nodig.

Die 1998-wysigingswet spreek sommige van hierdie probleme aan: die verskeidenheid van sake waar die gebruik van assessore *verpligtend* is, word duideliker afgebaken; assessore mag tydens *enige gedeelte van 'n saak* gebruik word; leke-assessore mag *nie deelneem* aan besluite oor *regsvrae* nie; leke-assessore mag deelneem by *alle tipe vonnisoplegging*, maar tree slegs in 'n *adviserende* hoedanigheid op. Alhoewel hierdie wysigingswetsontwerp sommige van die probleme opklaar, wys Seekings en Murray daarop dat dit steeds nie sal lei tot eenvormigheid ten opsigte van regsprekende amptenare se diskresionêre gebruik van leke-assessore nie.[499]

- **Die prosedure vir toewysing van leke-assessore aan 'n bepaalde saak**

Volgens huidige wetgewing[500] word die besluit hieroor oorgelaat aan die volle diskresie van die regsprekende amptenaar. Die meeste landdroskantore beskik oor 'n "poel" van assessore wat deur die gemeenskap genomineer is.[501] Die regsprekende amptenaar het volgens huidige wetgewing 'n redelike vrye keuse by die seleksie van assessore – niks verhoed so 'n regsprekende amptenaar om selfs van die "poel" af te wyk nie,[502] solank voldoen word aan die kriteria neergelê in artikel 93*ter*(2)(a).[503]

---

het oor regsbeslissings. Vonnisbepaling is 'n regskwessie en die finale besluit hieroor berus by die voorsittende amptenaar.

499 Seekings en Murray *Lay Assessors* 179.

500 A 93*ter* van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

501 Louw "Assessore" 86; Kotzé "Aansegging van Assessore" 144 wys daarop dat kantoorhoofde normaalweg versoek word om 'n register van persone wat gewillig en geskik sou wees om as assessore op te tree, saam te stel. Hy voeg by dat hierdie persone tans deur gemeenskapskomitees sonder enige keuring van integriteit of andersins op 'n roterende basis aangewys word.

502 Louw "Assessore" 86 doen aan die hand dat as praktyksreël behoort 'n regsprekende amptenaar egter nie aan te dring op 'n spesifieke assessor nie.

503 Die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

Daar is verskillende metodes waarop seleksie en toewysing kan geskied. Dit blyk dat in die praktyk word leke-assessore in sommige distrikte toegewys of is hulle beskikbaar vir gebruik ooreenkomstig 'n vooropgestelde rooster.[504] Ander moontlikhede is: seleksie op lukrake wyse (soortgelyk aan die metode van seleksie van jurielede)[505] of spesifieke individue kan geselekteer word vir spesifieke sake deur die regsprekende amptenaar of die streeks-assessore-komitee. Louw[506] wys daarop dat aanstellings van assessore op rotasiebasis objektiwiteit sal bekiemtoon en bevorder – aan die ander kant mag die rotasie van assessore weer die gevaar inhou dat die vereistes neergelê in artikel 93*ter*(2)(a) onbewustelik verontagsaam kan word, want die aanstelling van 'n assessor in een saak is nie noodwendig 'n gepaste aanstelling in die volgende saak nie. Hy waarsku teen die aanstelling van assessore bloot ter wille van die stelsel sonder die behoorlike uitoefening van 'n regterlike diskresie.[507] See-kings en Murray oorweeg die voordele en nadele van die geval waar die regsprekende amptenaar die *tipe* leke-assessor kan *spesifiseer*[508] teenoor die geval van 'n lukrake seleksieproses.[509] Soos hulle tereg aandui blyk dit dat die

---

504 Seekings en Murray *Lay Assessors* 179-180; Louw "Assessore" 86; Kotzé "Aansegging van Assessore" 144.

505 Sien die bespreking tov die seleksie van jurielede in afd 6.3.2.1.1.1 (tov die jurie in Engeland), afd 6.3.2.2.1.1 (tov die jurie in Amerika) en afd 6.3.2.3.1.1 (tov die jurie in Frankryk).

506 "Assessore" 86.

507 Volgens sy uitleg van a 93*ter* van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 op 84 moet elke regsprekende amptenaar sy *diskresie* om assessore aan te sê, *regterlik* uitoefen deur sy aandag aan *elke spesifieke saak* te skenk. Die toets is of die aanstelling *dienstig* sal wees vir die regspleging en of die assessore die regterlike amptenaar *behulpsaam* sal wees.

508 "...if the purpose of using lay assessors is to ensure that the bench is better informed of the social context of a particular case, one might be able to specify the 'type' of lay assessors required. Lay assessors might be chosen from the locality concerned and may also be selected because they are from the same racial, language or cultural background as the accused or complainant. But this form of selection places enormous discretion in the hands of the person who selects and opens up real opportunities for the misuse of the system. If magistrates have a free hand, or specify the particular kind of assessor they need, the allocation of assessors will reflect magistrates' assumptions about the 'culture' and identity of the accused. Taking lay assessors from the very locality in which a crime is committed may also increase the possibility of undue influence being placed on assessors." – *Lay Assessors* 179-180.

509 "On the other hand, a totally random use of lay assessors could mean that lay assessors in particular cases are no more informed of the context of a particular case than the magistrate and, in these circumstances, lay assessors may simply reinforce the preconceived ideas of the

keuse van die seleksiemetode tot 'n groot mate afhang van wat die oogmerke met die assessorestelsel is.

Skrywer doen aan die hand dat waar twee assessore aangestel word, kan die een moontlik geselekteer word met die oog op bring van *kundigheid* na die regbank (sodat die regbank beter ingelig is ten opsigte van die sosiale konteks van die saak – met ander woorde, oorbrugging van die kultuurgaping) en dat die ander geselekteer word op 'n *lukrake wyse* (met inagneming van oorbrugging van die taalgaping wat mag bestaan tussen die beskuldigde, die slagoffer en die regbank) om objektiwiteit te beklemtoon en te bevorder. Uit bogenoemde bespreking blyk dit dat die hele posisie rondom die aanstelling van assessore onseker en onbevredigend is.[510] Daar is 'n behoefte aan riglyne vir almal betrokke by die seleksie van assessore. Die wetgewer behoort die aanstelling van assessore op 'n meer regsekere en permanente grondslag te plaas. Die 1998-wysigingswet bepaal bloot dat die toewys van assessore aan 'n bepaalde saak by wyse van regulasie afgekondig sal word.[511]

- **Die verpligtinge en bevoegdhede van assessore**

Ingevolge bestaande wetgewing kan assessore aangestel word

1) voordat enige getuienis voorgelê is met die oog daarop om die voorsittende amptenaar behulpsaam te wees met die beslissing (feitebevinding),[512] of
2) ná skuldigbevinding met die oog op bepaling van 'n gepaste gemeenskapsgebaseerde straf.[513]

---

magistrate." – *Lay Assessors* 180. Louw "Assessore" 86 waarsku ook hierteen.

510 Louw "Assessore" 86; Seekings en Murray *Lay Assessors* 180; Kotzé "Aansegging van Assessore" 144 ev.

511 A 93*quat*(2)(b) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998.

512 A 93*ter*(1)(a) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

513 A 93*ter*(1)(b) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

'n Assessor wat in eersgenoemde geval aangestel is om te help met die feitebevinding, raak *functus officio* nadat die hof tot 'n feitebevinding gekom het (by uitspraak). Daarna sal die regsprekende amptenaar oorweeg of hy 'n gemeenskapsgebaseerde straf gaan oplê. Indien wel, word die assessor op hierdie stadium weer aangestel om die hof behulpsaam te wees ten opsigte van *keuse van die tipe* gemeenskapsgebaseerde straf.[514] Die assessore se taak is met ander woorde beperk tot die vraag na die *inhoud* van die gemeenskapsgebaseerde straf (met ander woorde, net ten opsigte van die *tipe* straf) en nie ten opsigte van die vraag *of gemeenskapsgebaseerde straf opgelê moet word of nie*. In die saak van *Malgas*[515] het die hof bevestig dat vonnisoplegging (straf) 'n regskwessie is waaroor alleenlik die regsprekende amptenaar besluit[516] – die assessore wat aangestel word ingevolge artikel 93*ter*(1)(b) tree bloot op in 'n adviserende hoedanigheid.

Die assessor wat aangestel word om die hof behulpsaam te wees met 'n gemeenskapsgebaseerde straf, word eers aangestel nadat die regsprekende amptenaar besluit het om so 'n tipe straf op te lê. Hierdie reëling dat die assessor vir 'n tweede keer aangestel moet word, is lomp en onaanvaarbaar en behoort deur die wetgewer reggestel te word.[517]

---

514 Louw "Assessore" 86; Kriegler *Hiemstra* 361, 363.

515 1996 1 SASV 73 (NC).

516 Kriegler *Hiemstra* 363 wys daarop dat artikel 93*ter*(3)(f) voorheen bepaal het dat die kwessie van straf 'n regskwessie was, met ander woorde die assessore het geen seggenskap daaroor gehad nie. In die huidige wetgewing is die sinsnede "behalwe in 'n geval in subartikel (1)(b) beoog" ingevoeg; laasgenoemde artikel het betrekking op "die oorweging van 'n gemeenskapsgebaseerde straf" en ook op "die bepaling van 'n gepaste straf". Dit wil dus met die eerste oogopslag voorkom asof die wetgewer voorsien dat die assessore die voorsittende beampte by vonnisoplegging kan uitstem. Volgens Kriegler maak sodanige uitleg nie sin nie en stel voor dat die voorbehoud gelees moet word as 'n uitsondering op die algemene bepaling dat straf geag word 'n regskwessie te wees. Hy wys tereg daarop dat dit ongehoord in ons strafproses is dat enigiemand anders as die voorsittende regsprekende amptenaar oor vonnis besluit en die wetgewer kon nouliks so 'n radikale verandering op so 'n bedekte wyse teweeggebring het. Hy doen ten slotte aan die hand dat die uitsondering slegs slaan op die oorweging van gemeenskapsgebaseerde strawwe. Louw "Assessore" 86-87.

517 Louw "Assessore" 87. Hy voeg by dat in die hooggeregshof is dit vir 'n regter toelaatbaar om met die assessore oor straf te konsulteer solank die finale besluit deur die regter geneem word – of dit in die laer howe sal geld waar met leke-assessore gewerk word, is 'n ope vraag. Hy voeg by dat 'n argument teen hierdie standpunt moontlik kan wees dat die regsprekende amptenaar in

Die bevoegdhede van assessore tydens 'n strafverhoor in die laer howe, word vervat in artikel 93*ter*(3) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944. Die taak om te besluit of 'n betrokke vraag vir beslissing 'n feite- of regspunt is, moet deur die voorsittende amptenaar beslis word – 'n assessor het geen seggenskap by so 'n beslissing nie.[518] By die besluitnemingsproses word alleenseggenskap ten opsigte van regspunte aan die voorsittende beampte toevertrou[519] terwyl feitebeslissings by wyse van meerderheidstem geneem word.[520] Wanneer slegs een assessor saam met die voorsittende regsprekende amptenaar sit en daar 'n meningsverskil tussen hulle is, sal die beslissing van die regsprekende amptenaar die beslissing van die hof wees.[521] In albei gevalle is die hof verplig om volledig redes te gee vir sy beslissing.[522]

Die wisselwerking tussen die rol van assessore en dié van die voorsittende amptenaar is kortliks soos volg: Assessore word beperk tot deelname aan die besluitnemingsproses oor die waarde van gelewerde (en toelaatbare) getuienis en welke feitestel aanvaar behoort te word; die regsprekende amptenaar moet dan die feite aan die reg toets en die verantwoordelikheid neem om te besluit of 'n persoon skuldig of onskuldig is.[523] Dit is dikwels problematies om te onderskei tussen feite- en regspunte en 'n regsprekende amptenaar sal met verwysing na die positiewe reg telkens moet beslis of assessore hom of haar

---

die laer howe (wat met die assessore konsulteer oor straf) by die oorweging van straf *onbehoorlik beïnvloed* is.

518 A 93*ter*(3)(a)-(c) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

519 A 93*ter*(3)(a) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

520 A 93*ter*(3)(d) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

521 A 93ter(3)(d)-(e) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

522 A 93*ter*(3)(c) en (e) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944. Sien ook *Gambushe* 1997 1 SASV 638.

523 Lamprecht "Assessore: Feite- of Regsvraag" 27.

in 'n bepaalde geval behulpsaam moet wees om tot 'n bevinding te kom.[524] In geval van skuldigbevinding is die vraag na die straf wat opgelê moet word altyd 'n regspunt waaroor die assessore geen seggenskap het nie,[525] behalwe indien daar besluit moet word op die inhoud van gemeenskapsgebaseerde straf waarvoor die assessore spesifiek aangestel is.

'n Aspek waaroor die betrokke wetgewing nie riglyne gee nie is wat die posisie sou wees as die assessore en die regsprekende amptenaar nie eensgesindheid kan bereik oor die gemeenskapsgebaseerde straf nie. Die vraag is of die meerderheidsbeginsel ook hier die deurslag sal gee? Kan assessore hulle ook in hierdie stadium van die prosedure rekuseer en wat is die posisie ten opsigte van ontoelaatbare getuienis wat die potensiaal van moontlike beïnvloeding inhou? Die antwoord is moontlik daarin geleë dat artikel 93*ter*(1) gelees met subartikel (3) eenvoudig van die assessor vereis om die landdros *behulpsaam* te wees, hom *by te staan* en 'n *oorwoë mening betreffende die straf* te gee.[526] Ook ten opsigte van hierdie aspekte behoort daar duideliker riglyne in die wetgewing te wees.

'n Verdere aspek waarop gelet moet word is dat daar aan die voorsittende amptenaar ingevolge artikel 93*ter*(3)(b)[527] 'n *diskresie* verleen word om die verrigtinge te verdaag en daarna alleen te sit vir die verhoor en beslissing van 'n regspunt. Alhoewel die gebruik in die hoë howe ontstaan het om regspunte te verhoor en te beslis in die teenwoordigheid van assessore omdat laasgenoemde byna altyd regsgeleerdes is,[528] is die probleem dat die assessore in die laer howe nie net regsgeleerdes kan wees nie, maar ook leke-

---

524 Ten opsigte van die onderskeid tussen regsvrae en feitevrae, en probleme in die praktyk, sien Seekings en Murray *Lay Assessors* 187-188. Sien ook Louw "Assessore" 87-89; Kruger "Die Rol van Assessore" 43 ev; Lamprecht "Assessore: Feite- of Regsvraag" 26 ev.

525 A 93ter(3)(f) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

526 Louw "Assessore" 87. Sien ook *Malgas* 1996 1 SASV 73 (NK).

527 Die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

528 Kriegler *Hiemstra* 360; Louw "Assessore" 89.

assessore. Daar word aan die hand gedoen dat waar regsgeleerdes[529] as assessore in die laer howe dien, bogenoemde praktyk om regspunte te beslis in die teenwoordigheid van assessore aanvaarbaar sal wees. Waar leke-assessore egter op die regbank dien, sal dit waarskynlik as 'n praktyksreël veiliger wees om te verdaag en regspunte te beslis in die afwesigheid van die leke-assessore. Dit sal veral die geval wees waar dit gaan om die toelaatbaarheid van getuienis en die beredenering daarvan – daar moet gewaak word daarteen dat ontoelaatbare getuienis wat die moontlikheid van beïnvloeding inhou tot die leke-assessore se kennis kom.[530] Indien dit wel gebeur en beskou word as 'n onreëlmatigheid, kan dit lei tot tersydestelling van die verrigtinge en 'n verhoor *de novo*.

Die wysigingswet van 1998 bepaal dat waar 'n regterlike amptenaar by 'n verhoor deur assessore bygestaan word, die assessore se werksaamhede as assessore eers begin nadat die pleit ten opsigte van die aangeleentheid aangeteken is.[531] By die oorweging van 'n aansoek om borgtog of by die bepaling van 'n gepaste vonnis, staan die assessor die regterlike beampte slegs in 'n raadgewende hoedanigheid by.[532] Ten opsigte van die onderskeie partye se bevoegdhede ten opsigte van die beslissing oor regspunte en feitepunte, word daar geen wesenlike verandering ten opsigte van die bestaande posisie in die vooruitsig gestel nie – die partye se bevoegdhede is net duideliker omskryf. In 'n neutedop kom dit neer op die volgende: regspunte en die vraag of 'n aangeleentheid 'n regs- of feitepunt is, word deur die regterlike beampte beslis – ten opsigte van laasgenoemde kan die regterlike amptenaar die verrigtinge verdaag en alleen sitting hou vir die verhoor daarvan

---

529 Alhoewel leke-assessore waarskynlik meestal in die praktyk gebruik sal word, is die moontlikheid om regsgeleerdes te gebruik as assessore nie uitgesluit nie.

530 Louw "Assessore" 89. In die saak van *Gcaba* 1965 4 SA 325 (N) het ontoelaatbare getuienis onverwags tot die assessore se kennis gekom – die gevolg was verpligte rekusering deur die assessore, tersydestelling en verhoor *de novo*.

531 A93*ter*(6) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998.

532 A93*ter*(7)(a) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998.

en redes vir gemelde beslissing moet aangevoer word; assessore besluit saam met die regterlike beampte ten opsigte van feitepunte en die bevinding van die meerderheid van die lede van die hof sal die beslissing van die hof wees.[533]

Wat meestal in die praktyk gebeur het (naamlik dat die regterlike beampte na afsluiting van die betoë van die partye maar voor die lewering van uitspraak, enige bepaalde bewysreël of relevante getuienis, wat aan die hof voorgelê is, aan die assessore verduidelik het) sal voortaan ingevolge die wysigingswet 'n voorskriftelike bepaling wees[534] en die feit dat sodanige verduideliking of instruksies gegee is, sal in die oorkonde opgeteken moet word.[535] Dit blyk asof die wysigingswet die risiko daaraan verbonde om leke-assessore toe te laat om die regterlike beampte te oorstem, wil besweer deur 'n tipe vangnet daar te stel om voorsiening te maak vir klaarblyklike foutiewe skuldigbevindings. Ingevolge artikel 93*ter*(12)(a) van die 1998-wysigingswet word 'n regterlike beampte *verplig* om, in geval van 'n skuldigbevinding en vonnis waar die beskuldigde nie deur 'n regsverteenwoordiger bygestaan word nie[536] en waar die regterlike beampte van mening is dat die assessore 'n verkeerde bevinding ten opsigte van 'n wesenlike aspek uitgebring het wat waarskynlik gelei het tot 'n foutiewe skuldigbevinding, sy skriftelike redes tesame met die oorkonde aan die griffier van die Hooggeregshof stuur – laasgenoemde moet die stukke so gou doenlik vir hersiening aan 'n regter in kamers voorlê. Die regterlike beampte word verder verplig om die beskuldigde in kennis te stel van sy optrede en, indien die beskuldigde in bewaring aangehou word, geld die

---

533 A93*ter*(7)(b)-(e) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998.

534 A93*ter*(8) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998.

535 A93*ter*(9)(a) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998. Ingevolge a 93*ter*(9)(b) sal die oorkonde ook tov uitspraak moet aantoon of die bevindings tov elke wesenlike aspek van die getuienis, die eenparige bevindings van die hof is, en waar daar 'n meningsverskil is, redes vir so 'n meningsverskil.

536 Waar die beskuldigde wel deur 'n regsverteenwoordiger bygestaan word, word dit klaarblyklik aan sodanige persoon oorgelaat om die beskuldigde te adviseer om appèl aan te teken teen so 'n foutiewe beslissing.

normale reëls ten opsigte van die verlening van borgtog hangende appèl.[537] Alhoewel hierdie bepaling moontlik 'n foutiewe skuldigbevinding kan ondervang, kan die volgende besware daarteen geopper word: eerstens, lei dit tot 'n vertraging in die proses wat verdere koste-implikasies inhou; tweedens, werk dit onbillik teenoor 'n beskuldigde wat bygestaan word deur 'n regsverteenwoordiger en nou meer regskostes moet betaal vir appèlverrigtinge en moontlike borgtogaansoek; derdens, kom die geloofwaardigheid van die stelsel onder verdenking indien daar by implikasie erken word dat die stelsel moontlik nie goed kan funksioneer nie – die bewoording van die bepaling dui daarop dat hier vir meer voorsiening gemaak moet word as die normale appèlbevoegdhede.

- **'n Forum vir bespreking van probleme**

Dit het geblyk dat daar dikwels praktiese probleme by die implementering van die stelsel ontstaan het. Seekings en Murray[538] doen aan die hand dat daar by wyse van regulasie van elke hof en leke-assessorekomitee vereis word om 'n forum in te stel waar leke-assessore, regsprekende amptenare en die streeksassessorekomitee gereeld bymekaar kan kom en algemene probleme en klagtes kan bespreek. Die 1998-wysigingswet maak egter voorsiening daarvoor dat die Minister regulasies kan uitvaardig ten opsigte van die instel van 'n meganisme om met 'n grief of klagte van of teen 'n assessor te handel.[539]

- **'n Gedragskode**

Gedurende 1995 is 'n gedragskode (*code of conduct*) landswyd versprei waarin riglyne uiteengesit is ten opsigte van die wyse waarop assessore moet optree en op welke wyse aangeleenthede, wat etiese probleme[540] veroorsaak, be-

---

537 A93*ter*(12)(b) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998.

538 *Lay Assessors* 180.

539 A93*quat*(2)(d) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998.

540 Dit het byvoorbeeld 'n bepaling ingesluit ingevolge waarvan assessore verbied is om as assessore op te tree in aangeleenthede waar 'n belangekonflik mag ontstaan.

nader behoort te word.[541] Die noodsaaklikheid van 'n kode is voor-die-hand-liggend.[542] Seekings en Murray doen egter aan die hand dat die kode uitgebrei moet word om die volgende in te sluit: meer besonderhede ten opsigte van die gevalle waarin 'n assessor hom- of haarself moet rekuseer van 'n saak; meer besonderhede ten opsigte van die optrede en mate van deelname wat verwag word van assessore in die howe (maar ook in regsprekende amptenare se kamers, tydens bespreking van die hof se beslissing).

(iii) Intimidasie en eksterne beïnvloeding

Die gevaar van intimidasie is nie 'n probleem wat maklik vasgevat kan word nie, maar 'n aspek waarvan 'n mens bewus moet wees sodat stappe geneem kan word om dit die hoof te bied. Regsprekende amptenare in die laer howe is sekerlik nie gevrywaar teen intimidasie nie,[543] maar is nie heeltemal so blootgestel daaraan soos leke-assessore nie en is as gevolg van verskeie faktore waarskynlik in 'n beter posisie om dit te hanteer. Hierdie faktore sluit in hul opleiding, die feit dat hulle 'n redelike salaris verdien sodat hulle nie so afhanklik is van openbare vervoer nie en dat hulle oor die algemeen in gebiede bly waar polisie-beskerming relatief goed is.[544] Leke-assessore, daarenteen, is in 'n minder gunstige posisie. Hulle word dikwels geselekteer juis omdat hulle in dieselfde gemeenskap woon as die beskuldigde. Baie van hulle sal moontlik werkloos wees (en gevolglik die tyd hê om as assessore op te tree), met 'n beperkte mate van formele opleiding. Omdat baie leke-assessore afhanklik is van openbare vervoer en woonagtig is in gebiede waar polisiebeskerming minder toereikend is, is hulle meer blootgestel aan die gevaar van intimidasie.[545] Bydraend

---

541 Seekings en Murray *Lay Assessors* 181.

542 A93*quat*(2)(c) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998 maak ook voorsiening daarvoor dat die Minister van Justisie 'n gedragskode sowel as afdwingingsmeganismes by wyse van regulasie kan uitvaardig.

543 Seekings en Murray *Lay Assessors* 88.

544 Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 81.

545 Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 81 noem die volgende voorbeelde: "This will open the door for criminals – especially criminal gangs and syndicates – to intimidate lay assessors into acquitting guilty accused.

hiertoe is die feit dat assessore by baie landdroskantore nie 'n gemeenskaplike kamer of kantoor het nie en verplig is om ook openbare fasiliteite te gebruik, wat beteken dat hulle noodwendigerwys tog 'n mate van kontak met die beskuldigde en getuies buite die hof het.[546]

'n Ander aspek waarop regsprekende amptenare deurgaans moet let en wat waarskynlik verbeter kan word deur opleiding aan leke-assessore, is die feit dat leke-assessore meer beïnvloedbaar is deur eksterne faktore soos ontoelaatbare getuienis, die media, Amerikaanse TV-sepies waarin jurie-verhore prominent uitgebeeld word en die prosedure in volkshowe wat die verbeelding aangryp en gou uiting vind in hul feitebevindings. Die probleem word vererger deur die feit dat leke-assessore nie die onderskeid tussen regs- en feitevrae ken nie en dat die regsprekende amptenaar dikwels eers oortuigingswerk[547] moet doen ten einde regsuiwere resultate te bereik.[548]

(iv) Betroubaarheid ten opsigte van bywoning van verhore

Assessore moet teenwoordig wees vir die hele duur van die verhoor na pleit (of indien die assessor slegs aangestel is met die oog op vonnis) vir die hele vonnisprosedure.

Conversely, there is a risk that populist pressure and a highly charged atmosphere against crime and criminals in a community, will unduly pressurise assessors to convict accused persons who are innocent."

546 Seekings en Murray *Lay Assessors* 137.

547 Lamprecht "Assessore: Feite- of Regsvraag?" 26 wys daarop dat dit al gebeur het 'n regsprekende amptenaar ten koste van kosbare hoftyd eerstens die assessore moes oortuig van hul onbevoegdheid om oor 'n regsvraag te beslis en daarbenewens sy uitspraak daaroor behoorlik moes motiveer, waardeur kosbare tyd verlore gegaan het wat aan ander verhore bestee kon gewees het.

548 Lamprecht "Assessore: Feite- of Regsvraag?" 26; Kotzé "Aansegging van Assessore" 145. Laasgenoemde noem op 145-146 die volgende voorbeelde uit die praktyk: in 'n betrokke saak het assessore in 'n meerderheidsbeslissing die beskuldigde onskuldig bevind op die basis dat die oorledene self na sy dood gesoek het deur die vuurwapen in sy mond te druk waarop die beskuldigde die sneller getrek het toe die toets uitgevoer is om te bepaal of die vuurwapen kon skiet. 'n Ander voorbeeld is dié van die assessor wat sy skuldigbevinding wou motiveer op ekonomiese gronde: volgens hom betaal die Staat sy assessorgelde en hy moet in ruil daarvoor diens lewer deur skuldig te bevind. Nog 'n voorbeeld is die assessor wat in twyfel verkeer het oor die beskuldigde se aanspreeklikheid en 'n dolosgooier wou gaan raadpleeg om vas te stel wat sy bevinding moet wees.

Empiriese navorsing het aan die lig gebring dat swak bywoning deur leke-assessore 'n ernstige probleem kan wees by verhore wat deels verhoor en dan uitgestel word omdat daar tans nie voorsiening is vir die voortsetting van die verhoor sonder die teenwoordigheid van die assessor nie.[548] In sodanige gevalle moet die verrigtinge ter syde gestel word en dit berus by die direkteur van openbare vervolgings om te besluit of 'n vervolging weer ingestel gaan word. In hierdie opsig sal die 1998-wysigingswet die praktiese probleme rondom hierdie aspek oplos. Wanneer 'n assessor onbeskikbaar word voor die einde van die verhoor, bepaal die 1998-wysigingswet dat die verrigtinge in belang van geregtigheid kan voortgaan, maar alleenlik indien die voorsittende beampte die argumente van beide die vervolging en verdediging oorweeg het.[549] Hierdie aspek behoort ook aangespreek te word tydens opleidingsprogramme aan assessore. Dit beklemtoon verder die noodsaaklikheid van 'n gedragskode en effektiewe dissiplinêre prosedures ten opsigte van assessore.

Sommige streeks-assessorekomitees het alreeds sodanige kodes opgestel en dissiplinêre stappe geneem teen assessore wat versuim om op te daag by verhore.[550] Duidelike riglyne behoort egter landswyd uitgevaardig te word – die wysigingswet van 1998 behoort hierdie leemte te vul: dit maak voorsiening dat die Departement van Justisie regulasies kan uitvaardig ten opsigte van 'n gedragskode en meganismes vir die afdwinging van sodanige kode.

---

548 Seekings en Murray *Lay Assessors* 83-86; Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 81. Ingevolge die huidige a 93*ter*(5) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 wat net voorsiening maak vir die geval waar die assessor te sterwe kom of onbekwaam raak om verder as assessor te dien, was die Hoë Hof nie geneë om die voortsetting van die verhoor toe te laat sonder die aanwesigheid van "traceable assessors" nie –*Van der Merwe* 1997 2 SASV 230 (T); *Williams* 1997 2 SASV 299 (OK).

549 A 93*ter*(11) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998 sal by inwerkingtreding a 93*ter*(5) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 wysig. Benewens die afsterwe of onbekwaamheid van 'n assessor, maak hierdie artikel ook spesifiek voorsiening vir die geval waar die assessor op enige stadium voor die afhandeling van die verhoor *afwesig* is of as gevolg van rekusering nie meer op die regbank sit nie. In so 'n geval kan die voorsittende amptenaar in belang van geregtigheid en na deeglike oorweging van die argumente van die verdediging en die vervolging, gelas dat die verrigtinge voortgesit word voor die oorblywende lid of lede van die hof, of dat die verrigtinge *de novo* begin, of dat die verrigtinge uitgestel word ten einde die assessor se teenwoordigheid te bekom. (Sedert die skryf van die proefskrif, het a 93*ter*(10) en (11) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998 in werking getree.)

550 Seekings en Murray *Lay Assessors* 84.

(v) Die koste-implikasies verbonde aan die stelsel

Dit blyk dat daar in die praktyk groot onsekerheid is ten opsigte van die koste-implikasies van die assessorestelsel en dat daar by sommige howe wel 'n beperking geplaas is op die gebruik van assessore as gevolg van die koste daaraan verbonde.[552] Die Suid-Afrikaanse Instituut vir Rassebetrekkinge het bereken dat die totale koste verbonde aan die stelsel van assessore soos in die vooruitsig gestel deur die 1998-Wysigingswet ongeveer R16 miljoen per jaar sal beloop.[553] Seekings en Murray beraam dit op R40 miljoen per jaar[554] en voeg by dat indien dit vergelyk word met die totale begroting vir 1998-99 van die Departement van Justisie (ten opsigte van regspleging in die laer howe) beloop die R16 miljoen 'n 1.5 persent verhoging en die R40 miljoen 'n 4 persent verhoging in besteding.

Alhoewel die koste verbonde aan die gebruik van assessore op groot skaal onbeduidend voorkom in vergelyking met die algehele koste verbonde aan die administrasie van regspleging in die landdroshowe, is dit duidelik dat die belangrikheid van hierdie uitgawe opgeweeg sal moet word teenoor die ander prioriteite van regspleging.[555] Realiteite wat nie uit die oog verloor moet word nie, is effektiewe beheer oor besteding van die Departement van Justisie se jaarlikse begroting,[556] die

---

552 Ingevolge a 93*ter*(4) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 word bepaal dat die Minister van Justisie, in oorleg met die Minister van Finansies, by regulasie bepaal op welke vergoeding (ten opsigte van dienste en uitgawes) 'n assessor geregtig is. Tans word assessore ongeveer R100 per dag betaal. Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 81; Seekings en Murray *Lay Assessors* 86-87;181-182 en op 136-137 ontevredenheid onder leke-assessore dat vergoeding te min is.

553 Seekings en Murray *Lay Assessors* 182; Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 81.

554 Hulle berekening het betrekking op "...the total cost of using two assessors in every single 'judicial and quasi-judicial matter' to be dealt with by district and regional court magistrates..." – *Lay Assessors* 182.

555 "Greater clarity about the goals of the lay assessor programme would facilitate public debate and official decision-making over priorities." Seekings en Murray *Lay Assessors* 182.

556 Vroeg in 1998 het die aanklaers op 'n werkstaking (*go-slow*) gegaan omdat die Departement van Justisie nie oor R15 miljoen beskik het om die aanklaers se oortydbetalings vir die oorblywende drie maande van die finansiële jaar te dek nie – Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 81-82.

indirekte koste verbonde aan die assessore-stelsel[557] sowel as moontlike vertragings in die tydsduur van sake (as gevolg van die betrokkenheid van assessore)[558] en 'n groter administratiewe werkslas.[559]

Seekings en Murray kom tot die gevolgtrekking dat indien koste-implikasies toon-aangewend blyk te wees vir beleidmaking deur die Departement van Justisie, dan kan 'n sterk argument uitgemaak word vir die oordra van besluitnemings-bevoegdhede in 'n verskeidenheid van aangeleenthede vanaf professionele regsprekende amptenare (wat duur is) na leke-asessore (wat nie duur is nie) wat alleen op die regbank sit, byvoorbeeld, in die geval van verkeersoortredings.[560] Daar word aan die hand gedoen dat by oorweging van hierdie alternatief met vrug gekyk kan word na ander regstelsels wat gebruikmaak van leke-assessore (ook genoem leke-regters) wat alleen (of saam met ander leke-regters) op die regbank optree[561] en sake met beperkte

---

557 Indirekte kostes sluit in: kantore, telefone en skryfbehoeftes benodig deur assessore; fisies plek om te sit sodat hulle saam met die voorsittende amptenare op die regbank kan dien; die dienste van addisionele tolke indien die assessore (tydens die beraadslagingsproses met die regsprekende amptenaar) nie op hul gemak is in die taal wat die voorsittende amptenaar gebruik nie. Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 81-82. Ten opsigte van praktiese probleme met spasie in howe, sien Seekings en Murray *Lay Assessors* 84-85.

558 Regsprekende amptenare kla dat sake waarby assessore betrokke is langer neem as gevolg van meer tyd wat bestee moet word om aan assessore te verduidelik wat aangaan; dit lei ook tot meer hofverdagings. Regsprekende amptenare verdaag ook oor die algemeen die verhoor om met die assessore te beraadslaag oor die beslissing sowel as vonnisoplegging – sonder assessore word dit dikwels nie gedoen nie. Verder word verhore dikwels uitgestel omdat assessore nie opdaag vir die verhoor nie. Deels-verhoorde sake sal ingevolge die 1998-wysigingswetsontwerp alleenlik kan voortgaan indien die voorsittende beampte in belang van geregtigheid die argumente van beide die vervolging en verdediging oorweeg het – 'n tydrowende prosedure. Seekings en Murray *Lay Assessors* 83-86; Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 81

559 Regsprekende amptenare moet redes gee vir hul beslissings. Ingevolge a 93*ter*(3)(d)-(e) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 sowel as a 93*ter*(9)(b) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998 sal die regsprekende amptenaar, in geval van 'n meningsverskil tussen die voorsittende amptenaar en die assessore, alle standpunte in sy of haar beslissing moet vervat. Dit sal meer tyd van voorsittende amptenare in beslag neem wat weer kan lei tot (duur) vertragings in die regsproses. Schönteich "Compulsory Lay Assessors" 82.

560 "Without detailed figures as to the numbers of cases and the time spent on them we cannot be certain, but we suspect that the transfer of a small range of cases from professional to lay magistrates would result in savings that could finance the general use of lay assessors in a very wide range of more serious cases." – *Lay Assessors* 182.

561 Sien die bespreking tov leke-regters (*justices of the peace)* in Engeland en Amerika in afd 6.2.1 en 6.2.2 onderskeidelik.

jurisdiksie[562] aanhoor. In so 'n geval behoort die afsonderlike oortredings en strawwe wat vir elke oortreding opgelê kan word, gespesifiseer te word. Die maksimumstraf wat vir elke afsonderlike oortreding opgelê kan word, behoort gespesifiseer te word en daar behoort verkieslik nie minimumstrawwe voorgeskryf te word nie – kodifikasie van die strafreg ten opsigte van die aangeleenthede (geringe misdade) wat hier ter sprake sal kom en wat nie alreeds omvattend gereël word in ander wetgewing[563] nie, sal verkieslik wees.[564]

(vi) Ten opsigte van *opleiding* vir leke-assessore, regsprekende amptenare in die laer howe en die publiek

Daar is allerweë eenstemmigheid dat leke-assessore opleiding nodig het om hulle in staat te stel om hul rol as regsprekende amptenare behoorlik en effektief te vervul.[565] Sommige van die redes[566] waarom sodanige opleiding nodig is, is voor-die-hand-liggend. Ten eerste, het leke-assessore 'n basiese opleiding nodig ten opsigte van die prosedure wat tydens die verhoor in die hof gevolg word sodat hulle die verrigtinge kan volg en verstaan wat aangaan – daarmee saam benodig hulle 'n uiteensetting ten opsigte van die rol wat hulle as leke-assesore moet vervul. Met ander woorde, hulle

---

562 In beide Engeland en Amerika kan die *justices of the peace* verkeersoortredings (wat waarskynlik die grootste deel van die werkslas vorm) sowel as geringe misdade summier verhoor.

563 Verkeersoortredings word redelik volledig omskryf in die Padverkeerswet 29 van 1989.

564 Tov kodifisering van die strafreg, sien Snyman "Kode Nodig om uit Tronk te Bly" *Insig* (Maart 1997) 8; Snyman "Enkele Gedagtes oor die Kodifikasie van die Suid-Afrikaanse Strafreg" 1995 *Huldigingsbundel vir SA Strauss* 255; Bingham "A Criminal Code: Must We Wait for Ever?" 1998 *Criminal LR* 694.

565 Empiriese navorsing het aan die lig gebring dat regsprekende amptenare en leke-assessore saamstem dat een of ander vorm van opleiding nodig is om laasgenoemde in staat te stel om hul rol as regsprekende amptenare behoorlik te vervul – daar kon egter nie eenstemmigheid bereik word oor die vorm wat die opleiding moet aanneem nie. "Magistrates are uncertain of the appropriate extent of training; many recognise that too much training would defeat the purpose of introducing a lay element to the bench." Seekings en Murray *Lay Assessors* 183. Ook in Duitsland, waar leke-regters (soortgelyk aan ons leke-assessore) saam met professionele regters op die regbank dien, word opleiding aan leke-regters verskaf (na seleksie maar voor hulle op die regbank optree) by wyse van 'n opleidingspamflet. Sien die bespreking in afd 6.4.2.1.3.

566 Seekings en Murray *Lay Assessors* 183-184.

moet op 'n ingeligte wyse kan deelneem aan die verrigtinge. In die tweede plek, indien twee leke-assessore 'n regsprekende amptenaar uitstem (*overrule*) moet hulle redes vir hul beslissing kan gee (byvoorbeeld dat aan al die elemente van 'n misdaad voldoen is vir skuldigbevinding), aangesien dit in die hof se beslissing vervat moet wees.[567] Derdens, moet leke-assessore die rol wat hulle as assessore moet speel en hul bevoegdhede in verhouding tot dié van die voorsittende amptenaar verstaan, enersyds sodat hulle nie oorheers word deur die voorsittende amptenaar nie, en andersyds, sodat hulle verstaan in welke gevalle die voorsittende amptenaar die finale sê het. In die vierde plek, benodig leke-assessore dieselfde sensitiwiteitsopleiding wat regsprekende amptenare van die laer howe ondergaan om hulle 'n beter begrip te gee van die sosiale konteks[568] waarbinne die oortredings afspeel.

Alhoewel die Justisiekollege van die Departement van Justisie redelik onlangs begin het met formele opleiding vir leke-assessore, en informele opleiding by sommige van die howe deur sekere regsprekende amptenare op eie inisiatief aangebied is, is dit nie voldoende om aan die behoefte te voorsien nie. Seekings en Murray[569] stel voor (in die lig van die behoefte vir opleiding en beperkte fondse) dat opleiding onderneem word deur die regsprekende amptenaar wat in beheer van opleiding gestel is by 'n betrokke landdroshofkloster[570] – sodanige opleiding kan alle aangeleenthede omvat behalwe sensitiwiteitsopleiding, wat in samewerking met *community-based trainers* gegee

---

567 Ingevolge a 93*ter*(3)(e) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 moet die hof redes gee vir al sy beslissings.

568 Sensitiwiteitsopleiding word as deel van die algemene opleidingsprogram vir regsprekende amptenare in die laer howe aangebied by Justisiekollege en "covers matters of 'social context'. The purpose of this training is to give judicial officers the knowledge and understanding needed to be sensitive to the perspectives and circumstances of other people, so that magistrates' decisions are just and appropriate to the society in which we live. One example of the kind of issue covered in 'social context' training is violence against women, particularly domestic violence."– Seekings en Murray *Lay Assessors* 184.

569 *Lay Assessors* 185. Sien ook hul voorstelle op 185-186 tov die inhoud van sodanige opleidingsprogram.

570 Du Rand "'n Nuwe Visie vir die Departement van Justisie" 1997 *Consultus* 140 141 verduidelik dat ten einde die howe meer suksesvol te laat funksioneer, is 'n nuwe bestuursplan geïmplementeer ingevolge waarvan landdroskantore in groepe, oftewel klosters (*clusters*) van 40 of 50 ingedeel is.

behoort te word, want die hele idee agter sensitiwiteitsopleiding is om weg te breek van gestereotipeerde denkpatrone.

Empiriese navorsing[571] het verder aan die lig gebring dat *regsprekende amptenare van die laer howe*, sowel as die *publiek* beter ingelig behoort te word ten opsigte van die implementering en oogmerke van die stelsel van leke-assessore. Waar een van die oogmerke van die stelsel die herstel van die legitimiteit van die howe is, is dit belangrik dat die publiek bewus is van die bydrae wat leke-assessore tot die regstelsel maak en dit erken. In die lig van die ander oogmerk, naamlik die demokratisering van die gemeenskap, is dit belangrik dat die publiek bewus is van die stelsel van leke-assessore sodat hulle, waar moontlik, kan deelneem in hul seleksie. 'n Openbare inligtingsprogram behoort geloods te word.

(vii) Rekusering

Assessore word geselekteer uit die gemeenskap om aan die hof 'n beter begrip te gee van die kulturele en sosiale omstandighede van die saak. Dit beteken dat die assessor dikwels 'n mate van kennis sal hê van die gebeure voor die hof – in klein gemeenskappe of dorpe sal dit eerder die reël wees as die uitsondering. Die vraag wat ontstaan is hoe goed mag 'n assessor 'n beskuldigde ken sonder om hom- of haarself te rekuseer en op hoeveel vooraf-kennis van die gebeure of partye mag die assessor steun in die hof?[572] Een voor-die-hand-liggende riglyn is dat assessore nie in sake behoort te sit waar hulle die partye persoonlik en direk ken nie – in klein gemeenskappe kan sodanige reëling moontlik nie goed funksioneer nie. Waar die beskuldigde in 'n klein gemeenskap wyd bekend is, doen Seekings en Murray aan die hand dat sodanige persoon moontlik in 'n ander hof verhoor behoort te word.[573] Die assessor (soos baie regsprekende amptenare) mag moontlik die beskuldigde ken net van *sien* of van 'n beskuldigde *weet* as gevolg van laasgenoemde se reputasie. Die

---

571 Seeking en Murray *Lay Assessors* 186-187.

572 *Lay Assessors* 138-139; 188.

573 *Lay Assessors* 138.

vraag wat ontstaan is op watter stadium ontstaan die verpligting tot rekusering? Seekings en Murray voer heeltemal tereg aan dat indien die oogmerk met die gebruik van assessore is om die hof en die gemeenskappe nader aan mekaar te bring, is dit onafwendbaar dat assessore kennis na die hof sal bring wat verder strek as die kennis van die voorsittende amptenaar – dit is juis wat regsprekende amptenare as waardevol beskou in die assessorestelsel. Dit is onmoontlik vir assessore om kennis van die gemeenskap na die howe te bring sonder om ook kennis van die hele aantal lede van die gemeenskap daarmee saam te bring.

Volgens die beginsels uiteengesit in die saak van *Malindi*[574] rus daar 'n gemeenregtelike verpligting op 'n regsprekende amptenaar om hom- of haarself te rekuseer 1) waar so 'n amptenaar 'n belang in die saak het, of 2) waar daar redelike gronde bestaan om te vermoed dat daar 'n waarskynlikheid van vooroordeel aan die kant van die regsprekende amptenaar is – met ander woorde, dat so 'n amptenaar nie onpartydig sal kan wees by beregting van die saak nie. Die toets is objektief en word beoordeel vanuit die standpunt van die redelike beskuldigde: sal die regsprekende amptenaar vanuit die redelike persepsie van die beskuldigde die saak onpartydig kan bereg?[575]

Hierdie is 'n aangeleentheid waaroor duidelike riglyne opgestel moet word en verkieslik in die gedragskode vervat moet word sodat beide leke-assessore en regsprekende

---

574 1990 1 SA 982 (A). Die ontslag van 'n assessor ingevolge artikel 147 van die Strafproseswet van 1977 het ter sprake gekom in hierdie saak. Die hof ontleed die gemeenregtelike grondslag van die verpligting wat daar op 'n regsprekende amptenaar rus om hom of haarself in sekere omstandighede te rekuseer en stel die beginsels soos volg:

> "Broadly speaking, the duty of recusal arises where it appears that the judicial officer has an interest in the case or where there is some reasonable ground for believing that there is a likelihood of bias on the part of the judicial officer: that is, that he will not adjudicate impartially. The matter must be regarded from the point of view from the reasonable litigant and the test is an objective one. The fact that in reality the judicial officer was impartial or is likely to be impartial is not the test. It is the reasonable perception of the parties as to his impartiality that is important. Normally recusal would follow upon an application (*exceptio recusationis*) therefor by either or both of the parties, but on occasion a judicial officer may recuse himself *mero motu*, ie without any such prior application."

575 Ten opsigte van die toets by rekusering, sien in die algemeen *Kroon* 1997 2 All SA 330 (A); *President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others* 1999 (4) SA 147 (KH).

amptenare behoorlik ingelig is ten opsigte van wat die posisie is. Die volgende aspekte behoort spesifiek in sulke riglyne aangespreek te word, naamlik 1) wanneer 'n assessor verplig is om hom- of haarself te rekuseer – dit sal gewoonlik die geval wees waar 'n assessor se vooraf-kennis van of verhouding met die beskuldigde hom of haar sal beïnvloed by die maak van 'n beslissing,[575] 2) dat by besluitneming 'n assessor nie mag steun op getuienis wat nie tydens die verhoor voor die hof gelê is nie,[576] 3) op welke stadium en gronde die beskuldigde kan beswaar maak teen 'n spesifieke assessor (in die lig van die voorgaande bespreking), sal die beskuldigde waarskynlik kan beswaar maak teen die aanstelling van 'n spesifieke assessor, mits so 'n beskuldigde gegronde redes daarvooor kan aanvoer.[577]

In die praktyk sal dit beteken dat die beskuldigde se beswaar eers ter sprake sal kom wanneer sodanige beskuldigde die assessor vir die eerste keer in die hof sien. Sou 'n grondige beswaar op hierdie stadium geopper word, sal die regsprekende amptenaar die assessor, wat op hierdie stadium reeds aangestel is, moet ontslaan. Die probleem is dat die wet nie voorsiening maak vir die ontslag van assessore nie – met ander woorde, dit is 'n ope vraag of sodanige ontslag geldig sal wees. Louw[578] is van mening dat waar die ontslag van 'n assessor as onregmatig beskou word, die probleem oorbrug kan word deur óf die identiteit van die assessor voor die tyd aan die beskuldigde mee te deel óf deur die assessor te versoek om te rekuseer. 'n Verdere probleem ontstaan indien die assessor weier om te rekuseer, want artikel 147 van die Strafproseswet van 1977 is slegs van toepassing op 'n assessor wat *tydens die verhoor* onbekwaam raak – in die problematiese geval hierbo het die verhoor juis nog nie begin nie.

---

575 Hierdie aspek word egter aangespreek in a 93*ter*(10) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998. (Sedert die skryf van die proefskrif, het a 93*ter*(10) egter in werking getree.)

576 *Lay Assessors* 139.

577 Die gronde vir rekusering vervat in a 93*ter*(10)(a) van die Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998 is soos volg: indien die regterlike amptenaar tevrede is dat "(i) die assessor 'n persoonlike belang by die betrokke verrigtinge het; (ii) daar redelike gronde is om te vermoed dat daar waarskynlik 'n botsing van belange sal ontstaan as gevolg van die assessor se deelname aan die betrokke verrigtinge; of (iii) daar redelike gronde is om te vermoed dat daar waarskynlik vooroordeel aan die kant van die assessor kan wees."

578 "Assessore" 85.

(bb) Die waarde van die stelsel van leke-assessore

Ten slotte, word die waarde van die stelsel van leke-assessore, gesien eerstens, vanuit die standpunt van regsprekende amptenare en daarna vanuit die standpunt van assessore self, kortliks bespreek. Seekings en Murray kom tot die volgende gevolgtrekkings wat blyk uit hul empiriese ondersoek:[580]

- Regsprekende amptenare skryf oor die algemeen (heeltemal tereg) die instelling van die stelsel van leke-assessore toe aan politieke faktore, naamlik die politieke behoefte vir meer gemeenskapsdeelname in die howe.[581] Volgens die meerderheidsopinie van regsprekende amptenare is die primêre *waarde* van gebruikmaking van leke-assessore egter daarin geleë dat dit die legitimiteit van die howe verhoog deur die openbare persepsie van die howe te verander. Min regsprekende amptenare is egter van mening dat die assessore in werklikheid bydra tot die kwaliteit van geregtigheid; buiten die hulp wat hulle van tyd tot tyd bied met die korrigeer van vertalings deur hoftolke, lê assessore se waarde daarin dat hulle die regsprekende beamptes help om tot 'n korrekte beslissing en vonnis te kom deur aan die hof 'n beter begrip van die sosiale en kulturele agtergrond van die saak te gee en 'n aspek te verduidelik of op te helder ten opsigte waarvan die regsprekende amptenaar onbewus was. Regsprekende amptenare evalueer derhalwe die bydrae van assessore in terme daarvan of

---

580 Seekings en Murray *Lay Assessors* 69-139,166-167.

581 Tydens die tweede lesingsdebat ten opsigte van a 93*ter* van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 is aangevoer dat die uitbreiding van die stelsel van assessore ten doel het om "gemeenskappe groter betrokkenheid by regspraak te gee, wat skuldigbevinding sowel as vonnisoplegging betref. Dit word gedoen met die behoud van die hoë kwaliteit van ons regspraak. Deur die invoer van hierdie maatreël word ook uitvoering gegee aan een van die ondernemings van die agbare Staatspresident in sy Openingsrede, naamlik dat inisiatiewe geneem sal word om gemeenskappe groter betrokkenheid by die regsproses te gee...[dit is] gemenesaak...dat die regspleging as sodanig 'n waardevolle belang van die geheel van die Suid-Afrikaanse gemeenskap verteenwoordig. Dit is daarom ook van die uiterste belang dat alle Suid-Afrikaners hulle met die regstelsel sal kan identifiseer. Die agbare Minister van Justisie het hom ook nog altyd ten doel gestel om te sorg dat die verteenwoordigende basis van diegene wat met die regspleging gemoeid is, so wyd as moontlik sal wees.

Deur af te sien van die vereiste dat 'n assessor 'n deskundige op 'n bepaalde gebied moet wees, word dus aan landdroste die geleentheid gebied om die Suid-Afrikaanse gemeenskap in groter mate by die regspleging te betrek." – Hansard 10 Junie 1991 kol 12643/4.

hulle die voorsittende amptenaar *behulpsaam* was of nie.[582] Die meeste regsprekende beamptes is van mening dat bogenoemde voordele van minder belang is en oorskadu word deur die koste wat assessore meebring, beide ten opsigte van praktiese en regsprobleme.[583] Alhoewel die beginsel van leke-deelname ondersteun word, is regsprekende amptenare nie ten gunste van enige afname in hul regsprekende bevoegdhede nie – leke-deelname behoort dus nie neer te kom op 'n vennootskap nie. Die belangrikste besware van regsprekende amptenare teen die uitbreiding van die *verpligtende* gebruikmaking van leke-assessore soos in die vooruitsig gestel deur die 1998-wysigingswetgewing is, eerstens, die verwydering van die diskresionêre aanstellingsbevoegdheid van die regsprekende amptenare ingevolge die Wet op Landdroshowe 32 van 1944, en tweedens, die "institutionalisation of potential outvoting of magistrates by assessors."[584] Seekings en Murray wys daarop dat hul empiriese ondersoek aan die lig gebring het dat regsprekende amptenare steeds hul mag in die praktyk kan behou selfs indien hulle formeel die besluitnemingsbevoegdheid met assessore deel. Die rede hiervoor is dat leke-assessore oor die algemeen opsien na regsprekende amptenare as gevolg van hulle kennis en hul met respek bejeën, individueel en as amptenare van die hof.[585]

---

582 *Lay Assessors* 89-94.

583 *Lay Assessors* 95-103. Probleme is byvoorbeeld die gebrek aan opleiding (wat van belang is op gebiede soos die verskil tussen regsvrae en feitevrae, algemene reëls van die bewysreg, hoorsê-getuienis en die invloed van kennis wat nie as getuienis voor die hof gelê is nie); onbetroubaarheid van assessore ten opsigte van bywoning van verhore, veral deels-verhoorde verhore; die regbank is dikwels te klein om assessore te akkommodeer; verhore neem te lank; die stelsel is duur; en, leke-assessore is vatbaar vir intimidasie.

584 *Lay Assessors* 101.

585 *Lay Assessors* 103, 137-139. Hulle baseer hul bevinding op antwoorde soos "lay assessors are not on a par with the magistrate; he is the one who is qualified", "we have a feeling about things sometimes, but the magistrate is the one with the real knowledge"en "we haven't got the knowledge, we have to use common sense". Verder het dit geblyk dat assessore hul rol oorwegend as adviserend van aard (veral mbt vonnis) beskou het. Alhoewel baie assessore dit nie kon voorstel dat hulle ooit die voorsittende amptenaar kan uitstem nie, voeg hulle ook by dat "[s]uch deference is subdued in some areas – especially Cape Town – where many assessors are former political or civic activists, steeped in a more assertive tradition of activism."

- Assessore, aan die ander kant, sien hul deelname as 'n bydrae tot die kwaliteit van geregtigheid: hulle stel die hof in staat om die *gemeenskap beter te verstaan* en tot *beter beslissings* te kom. Dit blyk asof assessore van mening is dat 'n beter begrip van die gemeenskap bydra tot 'n groter mate van geregtigheid. Die meeste sien hul rol as adviserend – slegs 'n klein minderheid het die verhouding tussen die voorsittende amptenaar en die assessore as 'n vennootskap beskou. Alhoewel die meeste van mening is dat voorsittende amptenare verplig moet word om assessore in alle sake aan te stel (behalwe baie klein sake), het min aangedui dat hulle nog nooit in staat was om tot 'n vergelyk te kom met die voorsittende amptenaar ten opsigte van die beslissing en vonnis nie.[586] Seekings en Murray kom tot die gevolgtrekking dat die teenwoordigheid van assessore in die howe die regsprekende amptenaar meer verantwoordbaar maak.[587]

- **Gevolgtrekking**

Om saam te vat: Alhoewel die voorstel, wat deur sekere kommentatore gemaak is, ten opsigte van die herinstelling van die juriestelsel inderdaad die regbank in die laer howe meer verteenwoordigend van die gemeenskap sal maak, is hierbo aangetoon dat die juriestelsel nie 'n werkbare alternatief vir Suid-Afrika bied nie. Die ander voorstel wat gemaak is, naamlik die uitbreiding van die stelsel van assessore, sal ook tot gevolg hê dat die regbank meer verteenwoordigend van die gemeenskap sal wees, maar die praktiese toepassing van hierdie stelsel (en meer spesifiek die verpligtende gebruikmaking van assessore) lok uiteenlopende kritiek uit. Dit wil egter voorkom asof die stelsel van assessore effektief sal kan funksioneer, mits sekere probleme, soos wat aangetoon is, aangespreek word.

---

586 *Lay Assessors* 167-168.

587 "In small towns especially, magistrates come to wield a lot of power; the lay assessor system opens them to potential challenge, and thereby makes them more accountable." *Lay Assessors* 139.

Deur uitbreiding van die stelsel van assessore word inderdaad voldoen aan die oogmerk van *gemeenskapsdeelname* deurdat 'n groot deel van die bevolking as leke-assessore betrek word by die stelsel. Die regbank is dus nou meer verteenwoordigend van die gemeenskap as wat dit voorheen was, alhoewel daar nie vereis word dat die seleksie van assessore die profiel van die gemeenskap presies reflekteer nie. Empiriese navorsing het ook aan die lig gebring dat onder die leke-assessore, wat betrokke was by die opname, daar ook nie 'n verwagting is dat die regbank die gemeenskap in elke opsig moet reflekteer nie. Die gevoel blyk te wees dat "[w]hilst there should be a range of assessors in terms of race and gender, there was no need to be representative strictly of the community in every aspect."[588]

8.4.4 Regsprekende amptenare in die laer howe: Saaklike onafhanklikheid

Soos reeds hierbo verduidelik,[589] beteken saaklike onafhanklikheid dat regsprekende amptenare in die uitoefening van hulle pligte slegs onderworpe is aan die reg. In die afdeling wat hierop volg sal hierdie aangeleentheid bespreek word vanuit die hoek van die bevoegdhede en verpligtinge van regterlike amptenare, met spesifieke verwysing na regterlike diskresie-uitoefening en die onafhanklikheid van regterlike amptenare ten opsigte van die prosedure tydens die verhoor en administratiewe funksies.

8.4.4.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Ingevolge a 14 van die Wet op Landdroste 90 van 1993[590] besit regsprekende beamptes in die laer howe die bevoegdhede en verrig die pligte wat by of kragtens die wette van die Republiek of, in 'n bepaalde geval, na oorleg met die Landdrostekommissie, deur die Minister aan hom of haar verleen of opgedra word. Dit kom hoofsaaklik neer op die beregting van aansoeke en verhoor van strafsake (en

588 Sien Seekings en Murray *Lay Assessors* 176.

589 Sien die bespreking in afd 2.3.2.

590 Lees saam met a 12 van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

alle verbandhoudende aspekte) waar die betrokke persoon as regsprekende beampte optree.[591] Die saaklike onafhanklikheid van die regterlike amptenare sal vervolgens ontleed word deur te verwys na hul bevoegdheid tot diskresie-uitoefening.

8.4.4.1.1 Diskresie-uitoefening

Ingevolge die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 word bepaal dat die howe slegs aan die reg en die Grondwet onderworpe sal wees.[592] Soos reeds genoem by die bespreking van die posisie ten opsigte van die hoër howe, verplig die Grondwet alle staatsorgane om die howe (waarby ingesluit word die laer howe) deur wette en ander regulasies te help en te beskerm en om die howe se onafhanklikheid en onpartydigheid te verseker. Die toetsingsreg[593] wat deur die Grondwet aan die howe verleen word, behoort daartoe by te dra dat enige werklike of vermeende dienstige neigings van die regsprekende beamptes aan die uitvoerende gesag plek sal maak vir 'n nuwe ingesteldheid teenoor menseregte. Die Landdrostekommissie speel ook hier 'n rol: een van die oogmerke van hierdie betrokke Kommissie is om toe te sien dat geen beïnvloeding of viktimisasie van regsprekende beamptes plaasvind nie.[594] Verder hou die Kommissie die funksionering van die regbank in die laer howe dop met die oog op moontlike aanbevelings wat van belang is vir die onafhanklikheid van die beoefening van die regspraak.[595]

Die beregting van 'n saak berus binne die diskresie van die regterlike amptenare op die regbank. Die uitbreiding van die stelsel van verpligtende gebruikmaking van assessore het egter 'n impak op die diskresie van die voorsittende amptenaar: waar die

---

591 A 15 van die Wet op Landdroste 90 van 1993 voeg hierby dat 'n regsprekende beampte in die laer howe nie sonder die toestemming van die Minister van Justisie enige besoldigde werk buite sy ampspligte mag verrig nie.

592 A 165(3) van die Grondwet van 1996.

593 Ingevolge die toetsingsreg kan wetgewing aan die voorskrifte van die Grondwet getoets word om te bepaal of hulle ongrondwetlik is al dan nie.

594 A 4(b) van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

595 A 4(h) van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

aanstelling van assessore voorheen binne die uitsluitlike diskresie van die voorsittende amptenaar geval het, word daar nou by wyse van wetgewing 'n verpligting geplaas op die gebruikmaking van assessore in sekere voorgeskrewe gevalle.[596] Die taak van assessore is om die voorsittende amptenaar behulpsaam te wees by feitebeslissings. Waar twee assessore saam met die regterlike amptenaar sit, kan hulle die regterlike amptenaar oorstem – die meerderheidsbeslissing word beskou as die beslissing van die hof. Die voorsittende amptenaar behou egter volle diskresie ten opsigte van die finale besluite oor regsaspekte (wat vonnisoplegging insluit). Leke-assessore se rol met betrekking tot vonnisoplegging is beperk tot die gee van advies ten opsigte van gemeenskapsgebaseerde straf.[597]

8.4.4.1.2 Onafhanklikheid wat betref prosedure en administratiewe funksies

Soos reeds daarop gewys[598] mag die administratiewe werksaamhede van die howe, die prosedure wat in 'n besondere geval gevolg word en die uitsprake wat deur die hof gegee word, in beginsel nie onderworpe wees aan die voorskrifte deur enige owerheidsorgaan nie. Voor die Wet op Landdroste 90 van 1993 is regterlike amptenare in die laer howe beskou as blote funkionarisse van die Staatsdiens: teoreties-gesproke onafhanklik, maar nie onafhanklik in die praktyk nie. Die formele erkenning van die onafhanklikheid van regterlike amptenare in die laer howe deur vermelde wet en die Grondwet van 1996 is te verwelkom. Die Landdrostekommissie het ook hier 'n positiewe bydra gelewer;[599] een van die oogmerke van die Kommissie is om aanbevelings aan die Minister te doen ten opsigte van administratiewe aangeleenthede, die onafhanklikheid en doeltreffendheid van die regspleging.[600] Die afleiding

---

596 A 93*ter*(1) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944. Die verpligtende gebruikmaking van assessore word verder uitgebrei deur die wysigingswetsontwerp van 1998.

597 A 93*ter*(3) en 93*ter*(1) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

598 Sien die bespreking in afd 2.3.2.

599 Meyer "Comment: Classification of judicial functions *vis-á-vis* administrative functions" 1999 *TJO* 139.

600 A 4(e) en (h) van die Wet op Landdroste 90 van 1993.

wat hier gemaak kan word is dat die Kommissie op hoogte moet bly van hierdie aangeleenthede en waar daar ruimte is vir verbetering, 'n aanbeveling ten opsigte daarvan moet maak.

Dit blyk dat die landdroshowe gebuk gaan onder 'n gebrek aan genoegsame hulpbronne: baie van die laer howe het onvoldoende menslike hulpbronne, 'n tekort aan opgeleide personeel asook in sekere gevalle gebrekkige basiese infrastruktuur en toegang tot inligting.[601] Ten spyte van stappe wat reeds gedoen is in hierdie verband, is daar steeds ruimte vir verbetering. Die skep van nuwe streekkantore ingevolge die nuwe bestuursplan is 'n positiewe stap en dra by tot meer effektiewe beheer van die howe. Tradisioneel het die administratiewe en geregtelike bestuur van die howe saamgesmelt wat daartoe aanleiding gegee het dat regterlike amptenare, bygestaan deur administratiewe personeel, hofbestuur moes behartig. Hierdie toedrag van sake het gelei tot die volgende probleme, naamlik 'n gebrek aan bestuursvaardighede en die aanwending van regsbeamptes vir nie-regswerk. Om hierdie probleem op te los is reeds voorgestel dat die streekkantore die bestuur van administratiewe funksies, soos voorsiening, begroting, ensovoorts sal oorneem en behartig. Dit sal aan die regterlike amptenare die geleentheid bied om hul slegs op regswerk toe te spits.[602] Ten spyte van die implementering van die nuwe bestuursplan, blyk dit egter dat daar nog steeds regterlike amptenare is, veral in plattelandse gebiede, wat steeds administratiewe werk moet verrig.[603] Daar behoort 'n administratiewe kantoorhoof by elke landdroshof aangestel te word wat die verantwoordelikheid dra ten opsigte van die administratiewe reëlings sodat die regterlike amptenare verlig kan word van hul administratiewe verpligtinge ten einde te kan konsentreer op hul regterlike verpligtinge.[604]

---

601 Du Rand "Nuwe Visie vir Departement van Justisie" 141; Whittle "Judging the Magistrates" 535.

602 Du Rand "Nuwe Visie vir Departement van Justisie" 141.

603 Meyer "Administrative Functions" 139.

604 Vir 'n volledige bespreking van hierdie aspek, sien Meyer "Administrative Functions" 139 ev.

❑ KORT OPSOMMING

Wat die *persoonlike onafhanklikheid* van die regbank in die laer howe betref, blyk die volgende:

- Baie van die kritiek teen die seleksie van regterlike amptenare in die laer howe is ondervang deur die instelling van die Landdrostekommissie. Voor aanstelling as regsprekende amptenaar word daar van aspirant-regterlike amptenare verwag om 'n opleidingskursus (wat sowel teoretiese as praktiese werk insluit) te voltooi.
- Ten opsigte van die diensvoorwaardes van regterlike amptenare in die laer howe, is daar nog twee aspekte wat kritiek uitlok, naamlik die feit dat die salarisstruktuur van regterlike amptenare nog gekoppel word aan dié van die staatsdiens en die feit dat, volgens die regulasies, 'n regterlike amptenaar verplaas kan word sodra die betrokke beampte van die Departement van Justisie van mening is dat sodanige verplasing dienstig is.
- Wat die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank in die laer howe betref, is die voorstelle, wat gemaak is ten einde die regbank meer verteenwoordigend te maak, geëvalueer. Dit het geblyk dat die herinstelling van die juriestelsel nie 'n werkbare oplossing vir Suid-Afrika bied nie. Die uitbreiding van die assessore-stelsel, waarby leke-assessore ingesluit word, kan effektief funksioneer, mits sekere probleme wat tans bestaan, aangespreek word.

Wat die *saaklike onafhanklikheid* van die regbank in die laer howe betref, blyk die volgende:

- Die bevoegdhede en verpligtinge van regterlike amptenare in die laer howe word statutêr of, na oorleg met die Landdrostekommissie, vasgestel. Dit behels basies die verhoor van strafsake (en alle aspekte wat daarmee gepaardgaan) en aansoeke.
- Ten opsigte van die aspek van diskresie-uitoefening blyk dit dat die toetsings-

reg[605] wat deur die Grondwet aan die howe verleen word, die effek behoort te hê dat enige werklike of vermeende dienstige neigings van die regsprekende beamptes aan die uitvoerende gesag plek sal maak vir 'n nuwe ingesteldheid teenoor menseregte. Die Landdrostekommissie speel ook hier 'n rol deur toe te sien dat geen beïnvloeding of viktimisasie van regsprekende beamptes plaasvind nie en deur hul bevoegdheid om aanbevelings te maak wat van belang is vir die onafhanklikheid van die beoefening van die regspraak.

- Deur die stelsel van verpligtende gebruikmaking van assessore, word die voorsittende amptenaar se aanstellingsdiskresie by wyse van wetgewing aan bande gelê.
- Die rol van assessore word egter beperk tot feitebeslissings en advies ten opsigte van gemeenskapsgebaseerde straf; die voorsittende amptenaar daarenteen, behou volle diskresie ten opsigte van regsaspekte (wat vonnisoplegging insluit). Alhoewel die beslissing ten opsigte van regsaspekte by die voorsittende amptenaar berus, is die beslissing van die hof in die geval van feitebeslissings, die bevinding van die meerderheid van die hof.
- Ten opsigte van die regbank se onafhanklikheid wat betref prosedure en administratiewe funksies, blyk dit dat die prosedure-aangeleenthede tydens beregting van 'n saak (met die uitsondering van die verpligte aanstelling van assessore) binne die diskresie van die regbank val. Daar bestaan egter steeds 'n behoefte vir die verbetering van die werksomstandighede (veral wat betref die voorsiening van ondersteuningspersoneel en toerusting) en die verligting van die administratiewe las van regterlike amptenare sodat laasgenoemde hulle kan toespits op hul regterlike verpligtinge.

8.5 REGSPREKENDE AMPTENARE IN INFORMELE HOWE

In die Suid-Afrikaanse regstelsel vind die beregting van strafsake plaas, nie alleen in

---

605 Ingevolge die toetsingsreg kan wetgewing aan die voorskrifte van die Grondwet getoets word om te bepaal of hulle ongrondwetlik is aldan nie.

die formele howe wat tot dusver in hierdie hoofstuk bespreek is nie, maar ook in informele howe. Die informele howe, wat in die afdeling wat hierop volg, ter sprake kom, is die *inheemse howe*[606] (algemeen bekend as tradisionele howe of howe van kapteins en hoofmanne),[607] wat normaalweg in die plattelandse gebiede sake bereg ooreenkomstig inheemse reg, en die *gemeenskapshowe*[608] (*community courts* of volkshowe, vroeër ook bekend as *people's courts*)[609] wat meestal in die Swart stedelike woongebiede[610] funksioneer. Alhoewel daar wesenlike verskille tussen hierdie twee soorte informele howe bestaan, is daar ook, wat hul dag-tot-dag funksionering betref, groot ooreenkomste. Die oogmerk met hierdie bespreking is evaluering van

---

606 Ten spyte daarvan dat die benaming *tradisionele howe* meer ingeburger is in ons reg, is daar vir doeleindes van eenvormigheid besluit om vir doeleindes van hierdie proefskrif die benaming *inheemse howe* te gebruik. Sien ook die Regskommissie *Traditional Courts* (besprekingsdokument) op bl x (in die inleidende gedeelte van die dokument) tov moontlike naamsverandering van hierdie howe om voortaan bekend te staan as inheemse howe (customary courts) in plaas van tradisionele howe.

607 Dit is debatteerbaar of die inheemse howe as formele of informele howe geklassifiseer kan word. Vir doeleindes van hierdie proefskrif sal die inheemse howe egter onder die indeling van informele howe bespreek word. Die argument ten gunste van erkenning van hierdie howe as formele howe berus op aspekte soos hul appèlbevoegdheid en erkenning ingevolge a 166 van die Grondwet van 1996. Die argument daarteen berus op aspekte soos nie-nakoming van die beginsel van skeiding van magte soos vereis deur grondwetlike beginsel VI en a 165 van die Grondwet met gevolglike nie-nakoming van die beginsel van onafhanklikheid en onpartydigheid van regterlike amptenare, die afwesigheid van regsopleiding by regterlike amptenare en dat inheemse howe nie howe van rekord is nie. Suid-Afrikaanse Regskommissie-besprekingsdokument Projek 90 *The Harmonisation of the Common Law and Indigenous Law: Traditional Courts and the Judicial Function of Traditional Leaders* 1999 11-15; Malan en Van Heerden "Die Judisiële Bevoegdhede wat Landdroshowe van Kommissarishowe Oorgeneem Het" 1992 *De Iure* 393 394.

608 Alhoewel hierdie informele howe verskeie vorme aanneem afhangende van gebied tot gebied, toon hul doelwitte en funksionering tot so 'n mate ooreenkoms dat hulle as 'n geheel bespreek sal word, nieteenstaande die klein streeksverskille. Vir voorbeelde van die ontwikkeling van gemeenskapshowe in die praktyk, sien oa Matshekga "People's Courts" 1991 *Rights* (Oktober) 39; Van Niekerk *The Interaction of Indigenous Law and Western Law in South Africa: A Historical and Comparative Perspective* 1995 101 ev; Burman en Schärf "Creating People's Justice: Street Committees and People's Courts in a South African City" 1990 *Law and Society Review* 693; Hund "Formal Justice and Township Justice" 1984 *Acta Juridica* 173; Hund and Kotu-Rammopo "Justice in a South African Township: The Sociology of Makgotla" 1983 *CILSA* 179; Ndaki "What is to be said for Makgotla?" in Saunders (red) *Southern Africa in Need of Law Reform* 1981 176.

609 Vir voorstelle tov 'n toekomstige naamsverandering, sien Suid-Afrikaanse Regskommissie-besprekingsdokument No 87 Projek 94 *Community Dispute Resolution Structures* 1999 54.

610 Informele howe vir dispuutbeslegting is egter nie beperk tot Swart stedelike woongebiede nie, maar kom ook voor in sekere bruin en Indiër-gemeenskappe – Departement van Justisie *Memorandum for the Proposals of the Establishment of Community Courts in South Africa* (ongepubliseerde besprekingsdokument) 1995.

die onafhanklikheid van hierdie howe met die oog op die maak van aanbevelings ten opsigte van die moontlike toekomstige regulering van hierdie informele howe. Om doelmatigheidsredes sal 'n holistiese benadering gevolg word: aspekte wat oorvleuel sal as geheel bespreek word – waar relevant sal die verskille tussen die inheemse howe en gemeenskapshowe uitgewys word.

In die lig van die Grondwet van 1996 en die handves van fundamentele regte, is elke beskuldigde geregtig op onder meer die reg op 'n billike verhoor, en om in sy of haar moedertaal en op gelyke voet aan die verhoorprosedure deel te neem.[611] Die howe moet dus toeganklik wees, maar terselfdertyd moet voldoen word aan die beginsels vervat in die handves van fundamentele regte. Voordat oorgegaan word tot evaluering van hierdie instellings, sal die ontstaan van hierdie informele howe eers kortliks geskets word.

8.5.1 Die ontstaan van die informele howe

Aangesien die geskiedkundige ontwikkeling van hierdie informele stelsels van regspleging buite die omvang van hierdie proefskrif val, sal daar volstaan word met die volgende kort oorsig ten opsigte van die ontstaan van hierdie howe, om die bespreking wat daarop volg in konteks te plaas:

- **Inheemse howe**

Tydens kolonialisering is Romeins-Hollandse reg in die amptelike howe toegepas. Die kontak met Swart volke het mettertyd gelei tot die erkenning van Swart reg en gebruike en tesame daarmee het spesiale howe vir Swartes ontstaan, waar geskille tussen Swartes met inagneming van hulle eie tradisionele reg en gebruike, in soverre dit nie in stryd was met die beginsels van die openbare beleid of natuurlike regverdigheid nie, besleg kon word. Eenvormigheid is meegebring deur die Swart Adminis-

---

611 A 34-35 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996. Sien ook Van Wyk "Enkele Probleme Rondom die Toeganklikheid van die Howe in Suid-Afrika in die Lig van die Inheemse Reg" 1995 *Magistrate* 123.

trasie Wet[612] wat beperkte erkenning verleen het aan Swart reg en gebruike naas die landsreg.[613] Afgesien van siviele jurisdiksie, is beperkte strafjurisdiksie ook ingevolge gemelde wetgewing aan kapteins en hoofmanne verleen.[614] Die howe van kapteins en hoofmanne, wat tot vandag nog bestaan[615] is onder die geregtelike en administratiewe kontrole van die staat, alhoewel hulle afsonderlik van die amptelike regstelsel funksioneer.[616]

- **Gemeenskapshowe**

Alternatiewe stelsels van regspleging het sedert die 1940's in die Swart stedelike gemeenskappe ontstaan om die volgende redes: eerstens, in reaksie teen die amptelike regstelsel wat as ongeldig beskou is omdat dit gekoppel is aan die apartheidsregering wat dit gereduseer het tot *white man's law*, en tweedens, met die oog op handhawing van wet en orde, selfbeskerming en dispuutbeslegting vir diegene wat in die gemeenskap gewoon het omdat die amptelike regstelsel as oneffektief en onbillik beskou is.[617] Die volkshowe of *people's courts* het veral na die 1985-onluste

---

612 Wet 38 van 1927.

613 Hoexter-verslag 323 ev.

614 Ingevolge a 20 van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927. Hoexter-verslag 316; Seekings en Murray *Lay Assessors* 10-11.

615 Die Kommissarishowe wat sedert 1957 misdrywe tov Swartes kon bereg en inheemse strafreg kon toepas wanneer hulle as appèlhowe gefunksioneer het tov die Howe van Kapteins en Hoofmanne, is afgeskaf deur die Wet op die Afskaffing van Spesiale Howe vir Swartes 34 van 1986 en hul magte en bevoegdhede is oorgedra aan die landdroshowe.

616 Alhoewel hierdie howe teoreties gesproke verbind word met die gewone amptelike howe deur 'n stelsel van appèl na die Landdroshowe, kom sulke appèlle neer op 'n verhoor *de novo*, aangesien die Kapteinshowe nie howe van rekord is nie. Van Niekerk *Interaction of Indigenous Law and Western Law* 72-76.

617 "What is important to understand is that the phenomenon of the so-called popular justice is an urban phenomenon of displaced people (from the rural setting) who live in an environment where they did not feel protected. The state was legitimate for few but not for all. In addition, this urban people needed to create a system/structure which compensated for the absence of the Traditional Authorities in the rural environment. It is important to bear in mind that amongst other things, the Chief and his Indunas provide in the rural community order, protection and solve conflicts between people...The above explanation helps to understand that the most recent expressions of popular justice such as street committees, people's courts and others, are founded on an older tradition in which in the urban communities the dwellers organised their own systems of "justice". In this regard, South African jurisprudence must be seen as having an "urban township" component in addition to the Roman-Dutch Law and African Customary Law." – Departement van Justisie "Community Courts"; Burman en Schärf "Creating People's Justice:

in die Swart stedelike woongebiede ontstaan toe misdaad toegeneem het en die inwoners genoop is om hulself en hul eiendom te beskerm. Omdat die informele howe ongekontroleerd gefunksioneer het, het misdaadbendes dikwels toegetree ten einde hul doelstellings onder die skyn van die reg te bevorder. Alhoewel die misdaad in hierdie gebiede afgeneem het, het die gebrek aan kontrole in baie gevalle gelei tot onmenslike strawwe, wat 'n negatiewe beeld van hierdie informele instellings geskep het.[618] Spoedig het die gemeenskappe ook vertroue in hierdie instellings verloor.[619]

In die laat 1980's is 'n proses van herstrukturering van die *people's courts* begin wat gepaard gegaan het met die nuwe benaming, naamlik gemeenskapshowe (*community courts*) in 'n poging om weg te doen met die stigma van geweld wat aan hierdie instellings gekleef het.[620] Die feit dat hierdie howe nooit tot niet gegaan het nie en dat daar weer 'n oplewing in hierdie howe plaasgevind het, dui daarop dat daar 'n behoefte bestaan vir hierdie tipe informele beregting.

Die toekomstige regulering van hierdie informele howe het onlangs al meer ter sprake gekom – die rede hiervoor is dat teen die agtergrond van die demokratiseringsproses en die inwerkingtreding van die Grondwet en die handves van menseregte is dit wenslik om hierdie howe te evalueer met die oog op aanpassing by veranderende omstandighede.

Street Committees and People's Courts in a South African City" 1990 *Law and Society Review* 693 ev. Sien ook Van Niekerk *Interaction of Indigenous Law and Western Law* 101 ev en Van der Merwe en Mbebe *Informal Justice: The Alexandra Justice Centre and the Future of Interpersonal Dispute Resolution* 1994 9-10.

618 Schärf en Ngcokoto "Images of Punishment in the People's Courts of Cape Town 1985-7: from Prefigurative Justice to Populist Violence" in Manganyi en Du Toit (reds) *Political Violence and the Struggle in South Africa* 1990 341 ev.

619 Vorster "Alternatiewe Regspleging in Swart Stedelike Woongebiede" 1990 *Alumnus* 31; Sanders "Principles for Procedural Law in a New South Africa" 97.

620 Vir 'n volledige bespreking sienVan Niekerk *Interaction of Indigenous Law and Western Law* 125; Matshekga "People's Courts" 1991 *Rights* (Oktober) 39. Sien in die algemeen Regskommissie *Community Structures.*

8.5.2 Die behoud van die informele howe

In hierdie proefskrif word van die standpunt uitgegaan dat hierdie informele howe behoue moet bly[621] om die volgende redes:

- beide die inheemse[622] en gemeenskapshowe[623] voldoen aan 'n bepaalde behoefte in die gemeenskap,[624]
- in albei gevalle vervul die howe die rol van meganismes vir vinnige konflikoplossing in die lig van hul aard as maklik-toeganklike, goedkoop en eenvoudige stelsels van regspleging, en
- alhoewel daar tekortkominge by hierdie stelsels bestaan, kan dit moontlik reggestel word deur die stelsels aan te pas by veranderende omstandighede

---

621 A 166(e) saamgelees met a 170 van die Grondwet van 1996 dui daarop dat howe buite die raamwerk van formele howe slegs amptelike status kan bekom indien dit ingevolge 'n wet van die Parlement geskied. A 34 van die Grondwet bepaal egter dat 'n dispuut opgelos kan word deur die toepassing van die reg in 'n billike verhoor in 'n hof of waar toepaslik "another independent and impartial forum". Daar is uiteenlopende opinies of hierdie informele instellings amptelike howe is of behoort te wees en tot welke mate die staat hulle moet reguleer, administreer en in befondsing moet voorsien. Sien ook Regskommissie *Community Structures* 7-8; Regskommissie *Traditional Courts* 11 ev; Nina *Community Court System* 7ev.

622 In die geval van inheemse howe word geargumenteer deur veral tradisionele leiers en akademici dat "customary law, as the law of the majority of African people and the traditional courts that administer justice according to this law, are part of the cultural heritage of African people" en derhalwe behoue moet bly – Suid-Afrikaanse Regskommissie-besprekingsdokument No 82 Projek 90 *The Harmonisation of the Common Law and Indigenous Law: Traditional Courts and the Judicial Function of Traditional Leaders* 1999 1. Sien ook die Hoexter-verslag 346 en Bekker "How Compatible is African Customary Law with Human Rights? Some Preliminary Observations" 1994 *THRHR* 440 446. Vir teenoorgestelde standpunte, sien egter Costa "The Myth of Customary Law" 1998 *SAJHR* 525 en die gesag daar aangehaal en Hoexter-verslag 333 ev.

623 In die geval van die gemeenskapshowe, het die gemeenskap self informele meganismes geskep vir die oplossing van konflikte met die oog op harmonie en rustige samesyn in die gemeenskap, omdat die bestaande formele howe nie aan hulle behoeftes voorsien het nie. Vorster "Alternatiewe Regspleging" 34 kom tot die gevolgtrekking dat die gemeenskapshowe "'n belangrike rol in die bekamping van misdaad in die Swart stedelike woongebiede vervul...daar kan nie ontken word dat hierdie instellings wel 'n mate van legitimiteit onder die plaaslike bevolking geniet nie. Dié reg en regsproses is eie aan die mense en bevredig in groter mate as die amptelike howe hulle sin vir geregtigheid. Die regsproses is ook soepel en maak voorsiening vir aktiewe deelname van die partye aan die regsproses." Die Regskommissie *Community Structures* 4 ev dui aan dat die gemeenskapshowe meer as net blote instellings vir beregting van konflikte is; inteendeel hierdie howe "form an integral part of organic township life throughout the country".

624 Sien afd 7.6.1 en afd 7.6.2 vir 'n regsvergelykende ondersoek tov informele howe in ander regstelsels waar dieselfde behoefte geïdentifiseer is.

en die vereistes van die handves van fundamentele regte.[625]

Hierdie informele howe val buite die normale hofhiërargie.[626] Alhoewel hulle 'n waardevolle rol kan vervul om reg en geregtigheid, en regsbeslissings rakende minder ernstige oortredinge, nader aan die gemeenskap te bring, lê die gevaar by veral gemeenskapshowe daarin opgesluit dat daar geen werklike beheer oor hierdie howe is nie wat beteken dat hulle deur politieke groeperinge en aktiviste misbruik kan word. Die probleem is hier om 'n middeweg te vind waar hierdie informele howe aangewend kan word tot voordeel van die gemeenskap, maar om terselfdertyd voorsiening te maak vir 'n beheermeganisme om te waak teen misbruik van gesag.

Daar word van die standpunt uitgegaan dat die gemeenskapshowe deur die Staat erken en gedeeltelik gereguleer behoort te word by wyse van statutêre maatreëls en dat 'n mate van finansiële ondersteuning verleen behoort te word. Gedeeltelike regulering impliseer dat die Staat die inisiatief neem ten opsigte van regulering, maar 'n balans handhaaf met gemeenskapsdeelname en betrokkenheid – met ander woorde, "[t]he state should not initiate and impose a model of community court, taking away from the communities their own initiative and the spontaneity of these structures".[627] Formele erkenning van hierdie howe deur die Staat sal die status en legitimiteit van hierdie howe verhoog en bydra tot bekamping van potensiële magsmisbruik.[628]

---

625 Regskommissie *Traditional Courts* 1; Mokgoro "The Role and Place of Lay Participation, Customary and Community Courts in a Restructured Future Judiciary" in Norton (red) *Reshaping the Structures of Justice for a Democratic South Africa* 1994 65 ev. Daar word voorgestel in Regskommissie *Community Structures* 9 dat toekomstige regulering van die gemeenskapshowe op een van die volgende drie modelle gebaseer moet wees:
"• Status Quo: community forums remaining informal and community run.
• Community forums regulated and controlled by the state.
• 'The middle road': combining the best elements of indigenous and western justice".

626 Schärf "People's Courts in Transitions" in Corder (red) *Democracy and the Judiciary* 1989 167.

627 Regskommissie *Community Structures* 55.

628 Nina *Community Court System* 8; Regskommissie *Community Structures* 16-17. Sien ook afd 7.6.8 tov die impak van informele howe wat blyk uit die regsvergelykende ondersoek.

8.5.3 Persoonlike onafhanklikheid

Die persoonlike onafhanklikheid van die regbank beteken normaalweg dat die aanstelling, ampsduur en diensvoorwaardes van regsprekende amptenare nie willekeurig deur ander owerheidsorgane beheer word nie.[629] Die persoonlike onafhanklikheid van die informele howe sal gedoen word aan die hand van hul seleksie, diensvoorwaardes en die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank.

8.5.3.1 Seleksie van regterlike amptenare

Na 'n bespreking van die seleksie van regterlike amptenare in onderskeidelik die inheemse howe en gemeenskapshowe, word twee aspekte wat hier ter sprake kom ontleed, naamlik die toekomstige samestelling van die howe en die gebrek aan kwalifikasies van die regsprekende amptenare. By die seleksie van regterlike amptenare, kom die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank ook ter sprake, aangesien 'n regbank wat verteenwoordigend is van die gemeenskap lei tot 'n verhoging in openbare vertroue en legitimiteit van die regbank. Hierdie afdeling moet dus saamgelees word met die afdeling ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank wat later in hierdie hoofstuk bespreek word.[630]

- **Inheemse howe**

By die tradisionele howe tree die kaptein of hoofman[631] van 'n bepaalde gemeenskap as regsprekende amptenaar op tydens sittings van so 'n hof in navolging van hul rol soos uiteengesit in a 211 van die Grondwet van 1996. Hulle word deur die Minister die bevoegdheid verleen om die beregting van sake te hanteer.[632] Die regsprekende

---

629 Tov die persoonlike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.1.

630 Sien afd 8.5.3.3.

631 Tov amptelike aanstelling deur die owerheid van iemand as kaptein of hoofman, sien a 2(7)-(8) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927.

632 A 20 van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927.

amptenaar (kaptein of hoofman) word tydens hofsittings normaalweg bygestaan deur raadslede.[633] Geen akademiese kwalifikasie of praktiese ondervinding word by aanstelling as voorsitter van die hof vereis nie.[634] 'n Aspek wat baie kritiek ontlok by die inheemse howe is die tradisionele beginsel dat vrouens nie toegelaat word om as regsprekende amptenare op te tree of deel te neem aan die verrigtinge nie, tensy hulle as litigante bygestaan word deur manlike persone.[635] Hierdie diskriminerende reël is in stryd met die gelykheidsklousule in die Grondwet.[636]

- **Gemeenskapshowe**

Die struktuur en samestelling van die gemeenskapshowe verskil van plek tot plek, maar toon tog 'n paar gemeenskaplike kenmerke. Daar is normaalweg 'n hiërargie van howe met die straathowe[637] op die laagste vlak. Die straathowe het 'n diskresie om sake na 'n afdelingshof,[638] wat oor 'n aantal strate strek, te verwys. Die afdelingshof kan weer binne sy diskresie, dissiplinêre aangeleenthede na 'n dissiplinêre forum verwys en vandaar kan sake na 'n volks- of gemeenskapskomitee verwys word.[639] Laasgenoemde komitee is oënskynlik verteenwoordigend van die plaaslike gemeenskap in die sin dat die lede blykbaar uit al die vlakke en beroepe van die plaaslike gemeenskap kom.[640] Geen formele kwalifikasies word vereis vir aanstelling as reg-

---

633 Van Wyk "Enkele Probleme Rondom die Toeganklikheid van die Howe in Suid-Afrika in die Lig van die Inheemse Reg" 1995 *Die Landdros* 3 17; Vorster "Alternatiewe Regspleging" 33.

634 Hoexter-verslag 316; Regskommissie *Traditional Courts* 4.

635 Dit blyk dat vrouens hedendaags in enkele gevalle in sekere inheemse howe wel al ingesluit word as lede van die hof – Regskommissie *Traditional Courts* 4 vn 6.

636 A 9 van die Grondwet van 1996.

637 Die lede van hierdie howe is ook lede van die plaaslike straatkomitees wat weer die plaaslike administratiewe organe uitmaak – Vorster "Alternatiewe Regspleging" 32; Matshekga "People's Courts" 40.

638 Die afdelingshof se lede is ook lede van die afdelingskomitee wat op hierdie vlak ook administratiewe funksies verrig. Dit blyk dus dat lede van hierdie howe wat regsprekende funksies verrig, ook op die administratiewe liggame dien – Vorster "Alternatiewe Regspleging" 32; Matshekga "People's Courts" 40.

639 Vorster "Alternatiewe Regspleging" 32; Matshekga "People's Courts" 40.

640 Vorster "Alternatiewe Regspleging" 32 wys daarop dat 'n saak binne 'n bepaalde gemeenskap bereg word – daar is geen skakeling tussen die howe in die verskillende woongebiede nie.

sprekende amptenaar nie – dit blyk dat die ouer lede van die gemeenskap in die meerderheid van gevalle as regsprekende amptenare optree.[641] In teenstelling met die inheemse howe, blyk dit dat daar geen geslagsdiskriminasie by die gemeenskapshowe plaasvind nie: dit staan alle lede van die gemeenskap vry om deel te neem aan die verrigtinge en daar is beide manlike en vroulike regsprekende amptenare. In sekere omstandighede word daar vereis dat vroulike regsprekende amptenare aangestel word, veral waar die aard van die klagte "is of a delicate, feminine nature".[642]

Vraagstukke wat ter sprake kom by hierdie howe is onder andere die toekomstige gebrek aan regskwalifikasies van die regsprekende amptenare en die toekomstige samestelling van die howe wat in die volgende afdeling bespreek sal word.

8.5.3.1.1 Gebrek aan regskwalifikasies van regsprekende amptenare

In die lig van die vereiste in artikel 174(1) van die Grondwet van 1996 wat vereis dat "[a]ny appropriately qualified woman or man who is a fit and proper person, may be appointed as judicial officer" word die gebrek aan regskwalifikasies by die regsprekende amptenare gekritiseer. Daar word toegegee dat alhoewel hulle *prima facie* bekwaam mag wees om inheemse reg toe te pas, hulle oor geen regsopleiding beskik om misdrywe in die gemene reg of statutêre reg[643] te bereg nie. Dit is nie alleen nadelig vir die persone (veral beskuldigdes) wat voor hulle in die hof verskyn nie, maar ook vir die geloofwaardigheid van die hele stelsel.[644] Alhoewel die gemeenskapshowe oorwegend sivielregtelike aangeleenthede by wyse van mediasie oplos, het hierdie howe in die verlede ook al geringe oortredings bereg.[645] Indien straf-

641 Nina *Community Court System* 6 wys daarop dat "[h]aving survived the political upheaval of the 1980s the existing informal court structures are once again functioning as before and are once again dominated by the elders".

642 Nina *Community Court System* 6.

643 Sien a 20 van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 tov die strafregtelike jurisdiksie van die inheemse howe.

644 Regskommissie *Traditional Courts* 5.

645 Nina *Community Court System* 4; Schärf "Community Policing in South Africa" 1989 *Acta Juridica* 206 228; Matshekga "People's Courts" 40.

regtelike jurisdiksie aan hierdie howe toegeken word,[646] sal daar ook by die gemeenskapshowe besin moet word oor hierdie punt van kritiek. Uit die regsvergelykende ondersoek ten opsigte van informele howe in ander regstelsels het dit geblyk dat opleiding aan regsprekende amptenare noodsaaklik is. Alhoewel sommige stelsels net verwys na *gepaste opleiding*, word daar by die gemeenskapshowe in Indië en die inheemse Rooihuid-howe in Michigan (op appèlhof-vlak) vereis dat ten minste *een* van die regterlike amptenare (waar die regbank bestaan uit 'n paneel van drie) oor *regsopleiding* moet beskik.[647]

Daar word aan die hand gedoen dat by beide hierdie informele howe opleiding gegee word aan die lede van die regbank ten opsigte van mediasie en die algemene administrasie van die howe. Waar hierdie informele howe oor strafregtelike jurisdiksie[648] beskik, behoort hulle opleiding ten opsigte van die hantering daarvan te ontvang. Opleidingskursusse kan moontlik aangebied word deur die regsfakulteite van die verskillende universiteite[649] en Justisiekollege. Verder kan opleiding aangevul word deur seminare waar regsprekende amptenare kan ontmoet, gemeenskaplike probleme bespreek en opknappingsopleiding ondergaan ten opsigte van basiese beginsels. Die regsprekende amptenare behoort ook te enige tyd die regshulpsentrums by die verskillende universiteite te kan nader vir regsadvies.[650]

8.5.3.1.2 Toekomstige samestelling van die howe

- **Inheemse howe**

Ten einde 'n element van *popular justice* by die inheemse howe in te voer, is voorstelle gemaak deur die Regskommissie dat die raadsmanne wat die hoofman of

---

646 Dit blyk uit die besprekingsdokument Regskommissie *Community Structures* vi (die inleidende gedeelte) dat die Regskommissie tans besig is om kommentaar tov hierdie aspek te verwerk.

647 Sien afd 7.6.4.2.

648 Sien die bespreking tov strafregtelike jurisdiksie en vonnisoplegging by afd 8.5.4.1.1(c)-(d).

649 Nina *Community Court System* 7.

650 Vir voorstelle ten opsigte van krediete wat aan studente gegee kan word vir 'n LLB-vak vir praktiese hulp aan gemeenskapshowe, sien Nina *Community Court System* 7.

kaptein bystaan, verkies moet word deur die gemeenskap (*people of the village or ward*). Daar is verder voorgestel dat hierdie raadgewers as volle lede van die hof beskou moet word sodat beslissings van die hof kollektief geneem word. Alhoewel hierdie beginsel in stryd is met die tradisionele gebruik, is aangevoer dat dit "would demonstrate the claim by the leaders themselves that customary law and institutions are adaptable to changing circumstances."[651] 'n Alternatiewe voorstel is dat raadgewers deur die kaptein of hoofman aangestel kan word vanaf 'n lys van kandidate wat deur die gemeenskap verkies is. In so 'n geval behoort kapteins en hoofmanne verplig te word om ook vroulike raadgewers aan te stel in lyn met die beginsel van nie-diskriminasie vervat in die handves van menseregte en in lyn met die tendens wat blyk uit die regsvergelykende ondersoek:[652] in geeneen van die stelsels wat ondersoek is, 'n bepaling teëgekom wat daarop dui dat vroue nie toegelaat word om as regterlike amptenare op te tree nie.[653] Die voorstelle, hierbo genoem, ten opsigte van demokratiese verkose raadgewers word ondersteun gesien in die lig van die feit dat die kaptein of hoofman deur die Minister aangestel word. So 'n element van demokratisering sal nie alleen die persepsie van onafhanklikheid van die inheemse hof verhoog nie, maar behoort ook by te dra daartoe dat die paneel van die regbank in effek meer onafhanklik is.

- **Gemeenskapshowe**

Dit blyk asof daar redelike eenstemmigheid is vir die behoud van gemeenskapshowe in die stedelike of half-stedelike gebiede (waar daar nie howe vir kapteins en hoofmanne bestaan nie).[654] Die Regskommissie het voorgestel dat die informele beregting in hierdie kategorie geskied by wyse van 'n *Peace Committee* op die laagste vlak (wat

---

651 Regskommissie *Traditional Courts* 17.

652 Sien afd 7.6.4.1.

653 Tov die Rooihuid-hof in Michigan, wat verwys na regterlike amptenare as "any person" en "he/she", sien afd 7.2.1.3. In die tradisionele inheemse reg van die *Aborigines* word vroue as gelykes met mans beskou en "[f]emale Elders were as respected as male elders" – dit bevestig die afleiding teen geslagsdiskriminasie (sien afd 7.3.1.3.5). In Papua New Guinea is daar geen beletsel teen vroulike regterlike amptenare nie – in die praktyk blyk die regterlike amptenare egter oorwegend manlik te wees (sien afd 7.4.3).

654 Regskommissie *Traditional Courts* 16-17; Regskommissie *Community Structures* 56.

bloot as 'n mediasie-meganisme optree) en 'n *Community Forum* (op die tweede vlak) wat as gemeenskapshof sal dien. Uit die regsvergelykende ondersoek het dit geblyk dat die beginsel, dat gepoog moet word om 'n geskil eers by wyse van mediasie op te los en slegs waar dit nie suksesvol is nie, so 'n dispuut vir beregting na die howe te verwys, veral in Indië en Papua New Guinea met groot sukses toegepas word.[655] Volgens die Regskommissie -voorstel sal seleksiekriteria met die oog op daarstelling van 'n eenvormige standaard vir aanstelling tot die *Community Forum* in die Regulasies vervat word – dit beteken nie dat alle gemeenskapshowe identies hoef te wees nie,[656] maar die eenvormigheid "must relate to the level of competence to perform the task at hand, and to the credibility and support enjoyed by forum personnel within their communities."[657] Alhoewel die seleksiekriteria nie uitdruklik uitgespel word nie,[658] blyk dit asof die verwysing na *level of competence to perform the task at hand* tog voorsiening maak vir oorweging van die kritiek hierbo genoem[659] ten opsigte van gepaste regs- en ander opleiding.[660]

Uit die voorafgaande regsvergelykende ondersoek blyk daar 'n duidelike voorkeur te wees ten gunste van inspraak deur die gemeenskap in die selekteer van persone wat

---

655 Sien afd 7.6.5.

656 "It has been established that different communities have different problems, different types of conflicts and different values regarding how these conflicts should be handled...No one model of community structure will suit communities. Community structures need to be flexible or variable in form. The amount of standardisation should be kept to a minimum so that groups can fit in with local cultures and needs." – Regskommissie *Community Structures* 57.

657 Regskommissie *Community Structures* 59-65.

658 Daar word wel daarop gewys dat verskeie opsies oorweeg sal moet word, wat die moontlike insluiting van die volgende persone behels: "volunteers, paralegals as convenors or clerks, people trained by the Department of Justice, people with the experience of working in Peace Committees, a panel comprising any or all of the above" – Regskommissie *Community Structures* 65. Vir voorstelle vir seleksie van die lede van die regbank volgens die model in Uganda, sien Regskommissie *Traditional Courts* 16-17.

659 Ingevolge a 174(1) van die Grondwet van 1996.

660 In Regskommissie *Community Courts* 57 word egter ook voorgestel dat opleiding aan regsprekende amptenare gegee word en veral "training in mediation as well as in the ideas of restorative justice. Their capacity to administer their structures should also be enhanced by training, once those structures have been recognised by law."

as regterlike amptenare moet optree[661] en ook dat die regterlike amptenare uit die betrokke gemeenskap afkomstig[662] moet wees. So 'n redenasie is sinvol, omdat 'n persoon wat uit die gemeenskap afkomstig is, beskik oor agtergrondkennis van die gewoontes, gebruike en reëls van die gemeenskap en gevolglik moontlik beter in staat sal wees om dispute wat in die gemeenskap ontstaan te besleg met die oog op die herstel van die harmonie in die gemeenskap. In geeneen van die stelsels is 'n bepaling teëgekom wat dui op enige geslagsdiskriminasie teen vroue wat dien as beletsel om as regterlike amptenare op te tree nie.[663]

Daar word aan die hand gedoen dat by beide hierdie informele howe, van die lede van die regbank by wyse van verkiesing (deur die inwoners van die bepaalde gemeenskap) geselekteer word – met ander woorde, dit het betrekking op die raadgewers by inheemse howe en die paneellede by gemeenskapshowe. Dit sal daartoe bydra dat die gemeenskap meer betrokke voel by die beslegting van geskille en dat die betrokke informele hof meer verantwoordbaar is teenoor die gemeenskap wat dit veronderstel is om te dien. Skrywer doen ook aan die hand dat die regterlike amptenare by die gemeenskapshowe vir termyne van ten minste drie tot vier jaar aangestel word om kontinuïteit te verseker. Daar word verder aan die hand gedoen dat die bestaande beginsel van openbare deelname waardeur elke volwassene teenwoordig ook toegelaat word om deel te neem aan die verrigtinge by wyse van ondervraging en die gee van sy of haar opinie ten opsigte van die saak,[664] behou moet word, omdat dit bydra tot die legitimiteit van die verrigtinge. Daar blyk meriete te wees

---

661 Ook die Regskommissie van Australië beskou dit as een van die basiese standaarde waaraan voldoen moet word by die instelling van inheemse howe (sien afd 7.3.1.3.5).

662 Die grondwet van die Rooihuid-hof in Michigan stel lidmaatskap van die bepaalde Rooihuidstam as vereiste – sien afd 7.2.1.1 en afd 7.2.1.3. Soortgelyke bevindings is gemaak tov die informele stelsels in Queensland, Wes-Australië, die Yirrkala-voorstelle en die stelsel in Papua New Guinea. Sien afd 7.6.4.1.

663 Tov die Rooihuid-hof in Michigan, sien afd 7.2.1.3. Tov die tradisionele inheemse reg van die *Aborigines* waar vroue as gelykes met mans beskou is en die afleiding teen geslagsdiskriminasie bevestig, sien afd 7.3.1.3.5. Tov die posisie in Papua New Guinea waar daar geen beletsel is teen vroulike regterlike amptenare nie (alhoewel die oorgrote meerderheid regterlike amptenare in die praktyk egter manlik is), sien afd 7.4.3.

664 Nina "Community Court System" 3; Vorster "Alternatiewe Regspleging" 33; Regskommissie *Traditional Courts* 2-3.

in die voorstel vir die aanstel van deels-gekwalifiseerde persone (*para-legals)* as hofklerke by albei soorte informele howe:[665] hulle sal die howe kan adviseer en help om beslissings wat strydig is met die Grondwet en prosedures wat nie voldoen aan die reëls van natuurlike geregtigheid nie, te vermy.[666] Sodanige persone kan verder ook rekord hou van die verrigtinge met die oog op appèl- of hersieningsverrigtinge.[667]

8.5.3.2 Diensvoorwaardes

- **Inheemse howe**

Kapteins en hoofmanne van die inheemse howe word aangestel deur die Minister ingevolge die Swart Administrasie Wet.[668] Die diensvoorwaardes spruit voort uit hierdie aanstelling. Dit blyk dat die kapteins en hoofmanne beide administratiewe sowel as regterlike funksies verrig en dat hulle in effek as funksionarisse van die staat beskryf kan word.[669] Afgesien daarvan dat hulle deur die Minister aangestel word, geniet hulle nie soos die regters ampsekuriteit ingevolge die Grondwet nie[670] – derhalwe kan hulle te enige tyd ontneem word van die bevoegdheid om hofsittings te hou deur die Minister wat in die eerste instansie hierdie bevoegdheid aan hulle verleen het. Ingevolge die Regskommissie-dokument word voorgestel dat 'n skeiding van magte in die funksies van die kapteins en hoofmanne wenslik is, maar nie op hierdie stadium prakties is nie.[671]

---

665 Regskommissie *Community Structures* 65; Regskommissie *Traditional Courts* 18.

666 Regskommissie *Traditional Courts* 18 wys daarop dat sodanige deels-gekwalifiseerde persone (*para-legals*) in die inheemse howe onderlê sal moet wees in die inheemse reg, en basiese element van prosedure en getuienislewering.

667 Sien die bevinding tov rekordhouding (veral in Papua New Guinea) wat blyk uit die regsvergelykende ondersoek in afd 7.6.5.

668 A 2(7)-(8) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927.

669 Regskommissie *Traditional Courts* 14.

670 Die ampsekuriteit van die regters word gewaarborg ingevolge a 177 van die Grondwet van 1996.

671 Regskommissie *Traditional Courts* 15.

- **Gemeenskapshowe**

By die gemeenskapshowe het die regsprekende amptenare tot dusver as vrywilligers opgetree. Ingevolge die voorstel van die Regskommissie moet die vergoeding aan regsprekende amptenare in hierdie howe vervat word in die regulasies terwyl "keeping in mind the need to encourage the spirit of volunteerism and to avoid the creation of a new elite within the community". Daar word verder voorgestel dat vergoeding gekoppel kan word aan opleiding "by providing that entitlement to remuneration will follow upon successful completion of a course by the member concerned".[672] Daar is meriete in hierdie voorstel en dit word ondersteun. Regsvergelyking het aan die lig gebring dat vergoeding in ander regstelsels gering is: in Papua New Guinea word die regterlike amptenare vergoed by wyse van *honoraria* en in Indië word geen addisionele vergoeding betaal nie – dit word beskou as gemeenskapsdiens.[673]

8.5.3.3 Verteenwoordigende kwaliteite

Hierdie bespreking ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank sluit aan by die bespreking in 'n voorafgaande afdeling in hierdie hoofstuk[674] ten opsigte van die seleksie van regterlike amptenare. By albei die informele howe kom die regsprekende amptenare vanuit die gemeenskap wat dit moet dien – in hierdie opsig word dus voldoen aan die element van verteenwoordiging. Die feit dat inheemse howe vrouens nie toelaat om as regsprekende amptenare op te tree nie het al baie kritiek ontlok omdat dit strydig is met die beginsels van gelykheid en niediskriminasie vervat in die Grondwet. Volgens tradisie tree kapteins en hoofmanne vanweë hul posisie as regsprekende amptenare in hierdie howe op en vrouens word nie toegelaat om kapteins te wees nie, alhoewel hulle die posisie wel in 'n waarnemende hoedanigheid mag beklee. In die Regskommissie-dokument[675] word

---

672 Regskommissie *Community Structures* 66.

673 Sien afd 7.6.4.1.

674 Sien afd 8.5.3.1.

675 Regskommissie *Traditional Courts* 5.

heel oortuigend geargumenteer dat die reg op kultuur ingevolge artikels 30 en 31 van die Grondwet waarop die tradisionele leiers steun, onderworpe gestel word daaraan dat dit slegs uitgeoefen kan word mits dit nie strydig is met die handves van menseregte nie. Met ander woorde die reg op kultuur ingevolge artikels 30 en 31 is onderhewig aan die gelykheidsklousule wat tot gevolg het dat die uitsluiting van vrouens as regsprekende amptenare ongrondwetlik is. In teenstelling hiermee word vrouens wel as regterlike amptenare in die gemeenskapshowe toegelaat en selfs vereis vir sekere tipe sake wat delikaat en van 'n vroulike aard is.[676]

8.5.4 Saaklike onafhanklikheid

In die afdeling wat hierop volg sal die saaklike onafhanklikheid van die regterlike amptenare ontleed word vanuit die hoek van hul bevoegdhede en verpligtinge, met spesifieke verwysing na regterlike diskresie-uitoefening en onafhanklikheid ten opsigte van prosedure en administratiewe werksaamhede.[677]

8.5.4.1 Bevoegdhede en verpligtinge

Die belangrikste bevoegdheid en verpligting van die regterlike amptenare in die informele howe is om elke saak onbevooroordeeld en onafhanklik te bereg deur al die getuienis, wat voor die hof gelê word, teenoor mekaar op te weeg en 'n regverdige, billike beslissing te gee ten einde geregtigheid te bewerkstellig en harmonie in die gemeenskap te herstel. Ten einde 'n meer volledige beeld te kry van die bevoegdhede en verpligtinge van die regterlike amptenare in die informele howe met die oog op maak van moontlike aanbevelings, sal die jurisdiksie van die howe, die afdwinging van hofbevele en die posisie ten opsigte van appèl en hersiening ook aangeraak word.

---

676 Nina *Community Court System* 6.

677 Tov die saaklike onafhanklikheid van regterlike amptenare in die algemeen, sien afd 2.3.2.

8.5.4.1.1 Diskresie-uitoefening, prosedure en administratiewe funksies

Die verhoor by albei hierdie tipe howe is informeel, eenvoudig en inkwisitories van aard – daar word geen onnodige tyd vermors met die afhandeling van die beregtingsproses nie.[678] Die verloop van die verhoor val dus binne die diskresie van die kaptein of hoofman wat as voorsittende beampte optree in die inheemse howe, en by die paneel van die regbank van die gemeenskapshowe wat op grond van meerderheidsbeginsel beslissings neem.[679]

Soos by die amptelike formele howe word by albei hierdie informele instellings voldoen aan die *audi alteram partem*-reël;[680] in die geval van inheemse howe, word die partye en hul getuies toegelaat om elk hul saak volledig en ongehinderd te stel, waarna die voorsittende amptenaar (hoofman of kaptein) en sy raadslede die geleentheid kry om hulle te ondervra ten einde onduidelikhede op te klaar. Selfs lede van die publiek (volwasse mans) word toegelaat om die partye en die getuies te ondervra en hul standpunte te stel.[681] In die amptelike howe vervul die regsprekende amptenaar 'n passiewe rol, teenoor die aktiewe rol van die kapteins en hoofmanne ten opsigte van die prosedure en verloop van die verrigtinge.

Soos by die inheemse howe is die verrigtinge by die gemeenskapshowe ook informeel en inkwisitories van aard. Tydens die hofproses in die gemeenskapshowe is daar deurentyd 'n wisseling tussen pogings om die saak te bemiddel en 'n formele regsverhoor. Die doel van die verhoor is om versoening tussen die partye te bewerkstellig en nie soseer om 'n skuldige party uit te wys nie.[682] Die oortredings-

---

678 "Procedural informality of African traditional courts has been held out as a major advantage over western-style courts which sometimes get bogged down in technicalities." – Regskommissie *Traditional Courts* 2.

679 Nina *Community Court System* 3; Vorster "Alternatiewe Regspleging" 33; Van Wyk "Toeganklikheid van die Howe" 18-19; Regskommissie *Traditional Courts* 2.

680 Vorster "Alternatiewe Regspleging" 33.

681 Bekker *Seymour's Customary Law in Southern Africa* 29; Regskommissie *Traditional Courts* 2-3.

682 Vorster "Alternatiewe Regspleging" 33; Nina *Community Court System* 3.

handeling word in ag geneem ter oplossing van die dispuut en om die veronregte party weer in sy posisie te herstel waarin hy of sy sou gewees het voor die oortreding. Die informele aard van die verrigtinge het die voordeel van gemeenskapsdeelname en sodra al die partye aangehoor is, word die dispuut in 'n ope debat[683] bespreek. Enige oplossing van die probleem berus op konsensus tussen die partye. Die finale besluit ten opsigte van vonnisoplegging word geneem by wyse van 'n meerderheidsbesluit deur die lede wat op die regbank dien en word geïmplementeer met die oog op versoening en heropvoeding *(re-education)*.[684] Die prosedure en verloop van die verhoor en mediasie-proses is deurentyd in die hande van die paneel van die regbank.

Die amptelike formele hofstelsel in Suid-Afrika is 'n uitvloeisel van die leerstuk van skeiding van magte ingevolge waarvan daar 'n onderskeid getref word tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag. Hierdie leerstuk van skeiding van magte is onbekend in die inheemse reg. Daarom is die uitoefening van regsprekende bevoegdheid een van die funksies van politieke gesagsdraers binne die stam.[685] Die beswaar wat geopper word teen die inheemse howe is dat die kombinasie van uitvoerende en regsprekende bevoegdhede aan die kant van kapteins en hoofmanne strydig is met die leerstuk van skeiding van magte soos vereis deur Konstitusionele Beginsel VI[686] en soos bepaal in artikel 165 van die Grondwet[687] en dat dit die vereiste

---

683 Nina *Community Court System* 4. Volgens Vorster "Alternatiewe Regspleging" 33 wil dit voorkom asof daar wel gevalle is waar die volkshofsittings agter geslote deure plaasgevind het.

684 Vorster "Alternatiewe Regspleging" 33 wys daarop dat hierdie versoeningsproses 'n belangrike opvoedingsproses is. Die party of partye word ingelig waarom die betrokke gedrag waarom dit in die saak gaan nie vir die gemeenskap aanvaarbaar is nie. Hierdie proses dui op 'n belangrike waarde van die Afrika-proses wat soms uitgedruk word in die opvatting van menswees of die begrip *ubuntu*. In Nina *Community Court System* 15 word daarop gewys dat die gemeenskapshowe ingestel is op oplossing van die *probleem in sy geheel* (in plaas van net die oortredingsdaad) sodat die partye weer in vrede en harmonie in die gemeenskap kan lewe. Sien ook Van Niekerk *Interaction of Indigenous Law and Western Law* 196 ev.

685 Van Wyk "Toeganklikheid van die Howe" 18; Vorster "Alternatiewe Regspleging" 32; Regskommissie *Traditional Courts* 13 ev.

686 Konstitusionele Beginsel VI bepaal "There shall be a separation of powers between the legislature, executive and judiciary, with appropriate checks and balances, to ensure accountability, responsiveness and openness." Alhoewel hierdie Konstitusionele beginsels nie positief deel is van die Grondwet van 1996 nie, het dit tog oorredende gesag. In hierdie verband, sien Butler "Constitutional Principles" 24 ev; Henderson "Constitutional Principles and the

van onafhanklikheid en onpartydigheid van regsprekende amptenare oorskry. In die Regskommissie-dokument word tot die gevolgtrekking gekom dat daar meriete is in die kritiek dat die howe van kapteins en hoofmanne nie voldoen aan die konstitusionele beginsel van skeiding van magte nie.[688] In die dokument word verder daarop gewys dat "at the level of traditional courts, the judicial process administering largely simple customary law rules in simple disputes, a formal separation of powers between the executive and the judiciary is not crucial. Separation of powers in the chief's functions would be desirable but is not practical at this juncture." Volgens Vorster se ontleding van die gemeenskapshowe blyk dit dat dieselfde gebrek aan skeiding van magte ook by hierdie howe te bespeur is.[689] Dieselfde kritiek as hierbo is dan ook op hierdie howe van toepassing. Die Regskommissie-voorstelle ten opsigte van die gemeenskapshowe het nie hierdie aspek pertinent aangespreek nie. Daar word aan die hand gedoen dat indien die strafregtelike jurisdiksie van hierdie howe beperk word tot geringe misdrywe, vonnisoplegging ook by wyse van regulasie beperk word, daar voorsiening gemaak word vir hersiening of appèl en lede van die gemeenskap steeds kan deelneem aan die verrigtinge by wyse van vrae en stel van standpunte, daar op

---

Controlling Values of Section 1" 542.

687 A 165(2) van die Grondwet van 1996 bepaal dat "[t]he courts are independent and subject only to the Constitution and the law, which they must apply impartially and without fear, favour or prejudice".

688 "Traditional leaders are, and have been for some time now, functionaries of the state. They are part of the administrative apparatus of the state. They implement government policy and enforce the law. It cannot therefore be convincingly argued that in performing their judicial functions, they are independent from the executive and free from the influence of officialdom, especially in criminal cases, in the same way as judges. Indeed in some cases they are the complainant, prosecutor and judge. From this perspective it may further be argued that there is always a risk of partiality in favour of the state in cases where the state is a party. This is of course not to say that other judicial officers are immune from partiality but the risk is minimised by the assimilation of the values of impartiality and independence by the judiciary and protection of the same under the Constitution. Traditional leaders do not enjoy security of tenure accorded to judicial officers. They may be deprived of their right to hold courts by the Minister who confers the jurisdiction in the first place and who is a member of the executive." Regskommissie *Traditional Courts* 14.

689 By die volkshowe (soos die gemeenskapshowe eers bekend gestaan het) is die regsprekende amptenare van die howe ook die lede van die administratiewe organe – "Alternatiewe Regspleging" 32.

hierdie vlak voldoende beskerming vir die beskuldigde se regte behoort te wees.[690] Regsvergelyking het aan die lig gebring dat, met die uitsondering van die Rooihuid-howe in Michigan, waar in hul grondwet spesifiek voorsiening gemaak word vir skeiding van magte, daar by die ander stelsels nie klem gelê word op hierdie aspek nie, alhoewel as algemene reël wel vereis word dat beregting op 'n onafhanklike en onpartydige wyse plaasvind.[691]

By oorweging van die vraag hoe ver die regterlike amptenare se regterlike funksie strek, kom verskeie aspekte ter sprake. In die bespreking wat hierop volg sal aandag gegee word aan die volgende aspekte: die jurisdiksie wat insluit die aard van die reg wat toegepas word, geografiese jurisdiksiegebied, die strafregtelike jurisdiksie van die howe en vonnisoplegging, kontrole by wyse van appèl- en hersieningsbevoegdhede en die afdwinging van hofbevele.

8.5.4.1.2 Jurisdiksie

(a) Die aard van die reg wat toegepas word

Die inheemse howe pas inheemse reg toe onderhewig aan die bepalings van die Grondwet[692] – inheemse reg bestaan basies uit die gewoontes en gebruike van 'n bepaalde gemeenskap.[693] Beperkte siviele en strafregtelike jurisdiksie is ook ingevolge wetgewing aan hierdie howe verleen.[694] Daarteenoor funksioneer gemeenskapshowe met die klem op mediasie en versoening tussen die partye. Die dispuutbeslegtingsproses fokus eerder op die verhouding tussen die partye as op die oortreding aangesien die onderliggende oogmerk is om die harmonie in die gemeenskap te herstel.

---

690 Regsvergelyking bring aan die lig dat soortgelyke aspekte ook by ander inheemse regstelsels ter sprake kom. Sien die bespreking tov oorweging van die Yirrkala-model inheemse hof in Australië by afd 7.3.2.3.

691 Sien afd 7.6.7.

692 A 211 van die Grondwet van 1996.

693 Regskommissie *Traditional Courts* 2.

694 Sien die bespreking tov strafregtelike jurisdiksie by afd 8.5.4.1.2(c).

Dit beteken nie dat die oortreding geïgnoreer word nie en normaalweg word die partye weer geplaas in die posisie voor die oortreding – dit beteken dat gesteelde goedere byvoorbeeld teruggegee moet word aan die klaer.[695]

(b) Geografiese jurisdiksiegebied

Die inheemse howe funksioneer in die plattelandse gebiede – in byna elke jurisdiksiegebied van 'n tradisionele leier (kaptein of hoofman);[696] daarteenoor funksioneer die gemeenskapshowe hoofsaaklik in die Swart stedelike gebiede,[697] alhoewel daar ook informele gemeenskapshowe in sommige van die Bruin en Indiër-gemeenskappe bestaan.[698] Die vraag wat hier ter sprake kom is hoe om die potensiële konflik wat mag ontstaan tussen 'n inheemse hof en 'n gemeenskapshof wat naas mekaar in 'n plattelandse gebied bestaan, op te los. Die voorstel dat waar daar alreeds 'n funksionerende inheemse hof in 'n plattelendse gebied bestaan, daar nie 'n gemeenskapshof ingestel behoort te word nie, blyk 'n praktiese kompromie te wees.[699] Hierdie voorstel het meriete omdat duplisering van funksies hierdeur vermy sal word. Daar word aan die hand gedoen dat waar die gemeenskap vermeng is en 'n beskuldigde wil hom of haar nie onderwerp aan die bepaalde inheemse hof in die betrokke gebied nie, so 'n beskuldigde altyd die keuse behoort te hê om die saak te laat oorplaas na die landdroshof.[700] Hierdie voorstel ten opsigte van die keuse van die beskuldigde is ook in ooreenstemming met die voorstel van die Australiese Regskommissie.[701]

---

695 Nina "Community Court System" 3; Vorster "Alternatiewe Regspleging" 33.

696 Regskommissie *Traditional Courts* 2.

697 Vorster "Alternatiewe Regspleging" 31; Burman en Schärf "Creating People's Justice" 694 ev; Nina *Proposals for a National Community Court System* 1995 12.

698 Departement van Justisie *Community Courts.*

699 Regskommissie *Community Structures* 56-57.

700 Sien die bespreking hieronder tov strafregtelike jurisdiksie by afd 8.5.4.1.2(c).

701 Sien afd 7.6.5.1.2, afd 7.3.2.3.4 en afd 7.3.2.3.5.

(c) Strafregtelike jurisdiksie

- **Inheemse howe**

Die inheemse howe beskik tans oor beide siviele[702] as strafjurisdiksie.[703] Ingevolge a 20 van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 is kapteins en hoofmanne gemagtig om enige misdryf onder die gemene reg of onder Swart reg en gebruike en enige statutêre misdryf met die uitsondering van misdrywe in die Derde Bylae van die betrokke Wet genoem, te verhoor en te straf. Die misdrywe wat uitgesluit is, is meestal die ernstige misdrywe soos moord en verkragting,[704] maar daar is ook minder ernstige misdrywe wat ingesluit is waarvan die elemente moeilik is om te bewys, soos onsedelike aanranding, ontvangs van gesteelde goedere wetende dat dit gesteel is en die inbraak en binnegaan van 'n perseel met die doel om 'n misdaad te pleeg.[705] Dit blyk egter dat die howe van kapteins en hoofmanne in die verlede al hul jurisdiksie oorskry het.[706] 'n Verdere kompliserende faktor is die feit dat inheemse reg nie duidelik tussen siviele en strafregtelike aangeleenthede onderskei nie.[707] Dit is duidelik dat hierdie howe se toepassing van hul strafregtelike jurisdiksie van tyd tot tyd gekontroleer sal moet word en dat die lys van misdrywe binne hul strafregtelike jurisdiksie herevalueer sal moet word om te verseker dat "these courts only preside over offences that are appropriate to their nature and resources".[708] Die vraag of die inheemse howe voortaan enigsins strafregtelike jurisdiksie moet bly uitoefen het ter sprake

---

702 Vir 'n bespreking ten opsigte van siviele jurisdiksie, sien Regskommissie *Traditional Courts* 22 ev.

703 Ingevolge a 20 van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 is kapteins en hoofmanne gemagtig om enige misdryf onder die gemene reg of onder Swart reg en gebruike en enige statutêre misdryf met die uitsondering van misdrywe in die Derde Bylae van die betrokke Wet genoem, te verhoor en te straf. Die misdrywe wat uitgesluit is, is meestal die ernstige misdrywe soos moord en verkragting. Hoexter-verslag 316; Seekings en Murray *Lay Assessors* 10-11.

704 Ander ernstige misdade wat uitgesluit is, is oa hoogverraad, sedisie, strafbare manslag, brandstigting en roof – Regskommissie *Traditional Courts* 28.

705 Regskommissie *Traditional Courts* 28. Bylae 3 tot die Swart Administrasie Wet 38 van 1927.

706 Regskommissie *Traditional Courts* 28.

707 Regskommissie *Traditional Courts* 28; Vorster "Alternatiewe Regspleging" 32; Van Wyk "Toeganklikheid van die Howe" 16.

708 Regskommissie *Traditional Courts* 29.

gekom as gevolg van die fundamentele regte wat aan die beskuldigde ingevolge artikel 35 van die Grondwet verleen word, en meer spesifiek die reg om as onskuldig vermoed te word, die reg op stilswye[709] en die reg op regsverteenwoordiging.[710] Die beswaar wat geopper is, is dat die inheemse prosedure wat inkwisitories van aard is geen ruimte laat vir die reg op stilswye nie. Die beswaar behels dan verder dat wanneer dit gekoppel word aan die verbod op regsverteenwoordiging in die inheemse howe, die beskuldigde nie 'n billike verhoor in so 'n hof kry nie en dat strafregtelike jurisdiksie daarom weggeneem moet word.[711] Regsvergelyking bring aan die lig dat strafregtelike jurisdiksie in sekere lande aan inheemse howe verleen word en in ander lande nie.[712] Dit blyk dat een van twee alternatiewe gevolg kan word: die een is om strafregtelike jurisdiksie ten opsigte van geringe misdade aan die howe toe te ken; die ander is om geen strafregtelike jurisdiksie aan die howe te verleen nie.[713] In ooreenstemming met die bevinding van die regsvergelykende ondersoek na die informele howe in die stelsels van Australië (Queensland en Wes-Australië), Papua New Guinea en Indië,[714] word aan die hand gedoen dat die verlening van strafregtelike jurisdiksie ten opsigte van *geringe* misdade die voordeel inhou dat dit die landdroshowe ten minste van die beregting van daardie misdade sal vrystel. Hierdie roete behoort myns insiens derhalwe gevolg te word met die voorbehoud dat die lys van misdrywe geherevalueer word.

---

709 A 35(3)(h) van die Grondwet van 1996 bepaal dat elke beskuldigde "has the right to a fair trial, which includes the right to be presumed innocent, to remain silent, and not to testify during the proceedings".

710 A 35(3)(f) van die Grondwet van 1996.

711 Regskommissie *Traditional Courts* 29.

712 Dit blyk dat in Zimbabwe word geen strafregtelike jurisdiksie aan inheemse howe verleen nie, in Uganda slegs tov regulasies en in Namibië word dit beperk tot enige inheemse aangeleentheid wat tussen die lede van die inheemse gemeenskap ontstaan. In Botswana en Swaziland daarenteen, word wel strafregtelike jurisdiksie toegeken en regsverteenwoordiging word ook nie toegelaat nie. – Regskommissie *Traditional Courts* 29-30. Sien ook Cutshall *Justice for the People* 18. Sien ook afd 7.6.5.1.3 tov geringe strafregtelike jurisdiksie in die informele howe in Queensland en Wes-Australië, Papua New Guinea, Indië en die voorstelle van die Yirrkala-gemeenskap in Australië.

713 Regskommissie *Traditional Courts* 30.

714 Sien afd 7.6.5.1.3.

- **Gemeenskapshowe**

Die gemeenskapshowe is hoofsaaklik dispuut-beslegtingsmeganismes met die gevolg dat meestal siviele dispute aangehoor word. Dit blyk egter dat baie van hierdie howe ook geringe oortredings bereg – die meeste van hierdie howe is nie bereid om dispute aan te hoor waar ernstige misdrywe soos moord en verkragting betrokke is nie. Die algemene gevoel is dat ernstige misdrywe beter deur die amptelike howe bereg kan word. Daar is 'n geneigdheid om misdrywe soos diefstal en inbraak te bereg en dikwels word daar gepoog om vas te stel waarom die oortreder die oortreding begaan het met die gevolg dat sosiale faktore in ag geneem word, beide met die oog op oplossing van die dispuut as in bepaling van 'n gepaste vonnis.[715] Die vrae wat hier ter sprake kom is of hierdie howe enigsins oor strafjurisdiksie moet beskik en die tipe sanksies wat opgelê kan word. Daar word aan die hand gedoen dat beperkte strafregtelike jurisdiksie aan hierdie informele howe verleen word en meer spesifiek om slegs minder ernstige,[716] spesifiek voorgeskrewe misdrywe te bereg.[717] Dit sal nie alleen die toevloei van minder ernstige misdrywe na die landdroshowe beperk nie, maar sal ook aan die gemeenskap 'n gevoel van self-beskikking gee. Die magte en bevoegdhede van die howe sal duidelik omskryf moet word, sowel as die hof se bevoegdheid teenoor persone wat nie inwoners van die betrokke gemeenskap is nie.

- **Die keuse van die beskuldigde**

Daar word aan die hand gedoen dat by albei hierdie informele howe die beskuldigde die keuse gegun moet word om sy of haar saak te laat oorplaas na die landdroshowe

---

715 Nina *Community Court System* 4; Vorster "Alternatiewe Regspleging" 32 ev. Die tipe sake wat aangehoor is veskil van hof tot hof – dit blyk dat sommige informele howe wel verkragtingsake aangehoor het. Schärf "Community Policing" 228.

716 Tov die strafregtelike jurisdiksie van informele howe in Australië, Papua New Guinea en Indië om geringe oortredings te bereg, sien afd 7.6.5.1.3.

717 Die misdrywe omskryf in Regskommissie *Community Structures* 14 is 'n goeie vertrekpunt. Die volgende voorgestelde misdrywe word gelys: "breach of the peace in terms of the provisions of section 384 of Act 56 of 1955; assault; theft including stock theft where the value of the goods stolen does not exceed R3000; malicious injury to property where the amount of damages does not exceed R3000; cruelty to animals; trespass in terms of Act 6 of 1959, as amended; public disturbance or nuisance; *crimen injuria*; public drunkenness."

vir beregting indien so 'n beskuldigde dit so sou verkies.[718] Dit is in ooreenstemming met die voorstel vervat in die Verslag van die Australiese Regskommissie.[719]

(d) Vonnisoplegging

Die regsvergelykende ondersoek na die informele howe in Wes-Australië, Queensland en Papua New Guinea het aan die lig gebring dat die informele howe oor die algemeen eerder vonnisse soos vergoeding, gemeenskapsdiens en boetes oplê as gevangenisstraf.[720] Daar word aan die hand gedoen dat die mees aangewese straf by albei tipe informele howe in die Suid-Afrikaanse konteks, die oplê van 'n *boete* tot op 'n statutêre limiet is,[721] welke bedrae by wyse van regulasie vasgestel kan word en van tyd tot tyd hersien kan word. Die boetes kan dan in 'n algemene inkomstefonds op provinsiale vlak inbetaal word sodat dit weer tot voordeel van die betrokke gemeenskap gebruik kan word.[722] In arm gemeenskappe kan die boete ook betaal word deur goed in waarde te lewer soos byvoorbeeld vee, maar hierdie reëling moet ook van tyd tot tyd geherevalueer word.[723]

'n Ander gepaste straf is *gemeenskapsdiens*, mits behoorlike kontrole gehou word oor sodanige gemeenskapsdiens en dit nie misbruik word en ontaard in verpligte handearbeid vir die persoonlike voordeel van die kaptein of hoofman van die inheemse hof

---

718 Dit is in lyn met die voorstelle vervat in Regskommissie *Traditional Courts* 16 en die vrywillige aard van deelname aan die gemeenskapshowe vervat in Regskommissie *Community Structures* 55. Op 67 word verder voorgestel dat 'n party tot 'n dispuut direk na die Landdroshowe kan gaan sonder om eers 'n gemeenskapshof te nader.

719 Sien afd 7.6.5.1.3 en afd 7.3.1.3.5.

720 Sien afd 7.6.5.1.4. 'n Uitsondering op hierdie reël blyk te wees Papua New Guinea waar gevangenisstraf opgelê kan word vir nie-nakoming van 'n hofbevel, maar slegs indien dit bevestig word deur 'n hoër hof (sien afd 7.4.2.1).

721 Die bedrae wat tans deur die inheemse howe opgelê kan word by wyse van statuut, word bespreek in Regskommissie *Traditional Courts* 31.

722 Regskommissie *Traditional Courts* 31.

723 Regskommissie *Traditional Courts* 31.

of lede van die regbank nie.[724] By gemeenskapshowe word die beslissing van die hof sowel as die besluit oor vonnisoplegging by wyse van meederheidstem geneem met die oog op versoening en heropvoeding van die oortreder. Daar word dikwels ooreengekom op gemeenskapsdiens as strafvorm.[725] In die Regskommissie se verslag word voorgestel dat gesien in die lig van die inheemse howe se doelwit, naamlik dispuutbeslegting, kan hulle gebruik maak van mediasie, arbitrasie en rekonsiliasie en "can make orders of restitution, compensation, or order community tasks to be performed by the offender and even refer matters for advice or hand the issue over to another body as the occasion demands".[726]

Enige vorm van doodstraf[727] of lyfstraf[728] is ongrondwetlik.[729] Alhoewel die amptelike howe *gevangenisstraf* oplê, behoort hierdie strafvorm in die geval van informele howe verbied te word. Dit blyk dat by die inheemse howe hierdie strawwe statutêr verbied word.[730] Die gemeenskapshowe lê as 'n reël nie gevangenisstraf op nie, aangesien dit as teenproduktief beskou word – "it is regarded as not being very rehabilitative since they feel that imprisonment only serves to worsen the characteristics of the individual rather than to reform him or her".[731]

---

724 Regskommissie *Traditional Courts* 33.

725 "Sentencing...entailed various degrees of community work ranging from cleaning the neighbour's yards to assisting with distribution of pamphlets. In certain instances however, the wrongdoer is obliged to pay the victim the equivalent of the goods stolen which cannot be returned. In cases of assault the aggressor is often compelled to pay the medical expenses incurred by the victim" – Nina *Community Court System* 4.

726 Regskommissie *Community Structures* 55.

727 In *Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH) is beslis dat die doodstraf ongrondwetlik is.

728 In *Williams* 1995 7 BCLR 861 (KH) is beslis dat lyfstraf ongrondwetlik is. Lyfstraf is daarna afgeskaf deur die Wet op Afskaffing van Lyfstraf 33 van 1997.

729 Dit is in stryd met fundamentele reg verleen in a 12(1)(e) van die Grondwet wat bepaal dat "everyone has the right to freedom and security of the person, which includes the right not to be treated or punished in a cruel, inhuman or degrading way".

730 A 20(2) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927.

731 Nina *Community Court System* 4.

8.5.4.1.3 Die afdwinging van hofbevele

Beslissings van die inheemse howe is ingevolge inheemse reg afdwingbaar deur die bode van die kaptein of hoofman. Waar die bode nie in staat is om die bevel af te dwing nie, mag hulp versoek word van die landdroshof vir die afdwing van 'n hofbevel en straf van die persoon.[732] 'n Soortgelyke bepaling vir afdwinging van 'n boete word ook statutêr verleen.[733]

By gemeenskapshowe word van die standpunt af uitgegaan dat waardes en herstel (*healing*) in die gemeenskap bewerkstellig moet word by wyse van sosiale druk. "Restorative justice and reiterative shaming are two of the tools used to achieve a solution. The outcome is thus not a 'judgement' needing to be enforced; it is an agreement or settlement whose terms need to be 'offically' ascertainable".[734] In die Regskommissie-voorstelle word bepaal dat die beslissing[735] van die gemeenskapshof *(Community Forum)* "can be enforced by the State: The Community Forum itself has no power to use physical force or any other form of coercion."[736] Boetes wat lank uitstaande en onbetaald is behoort by wyse van 'n lasbrief, uitgereik deur die landdros of klerk van die landdroshof, afgedwing te kan word.

8.5.5 Kontrole oor die howe, appèl- of hersieningsbevoegdheid

Ingevolge artikel 35(3)(o) van die Grondwet[737] is elke beskuldigde geregtig op appèl of hersiening van die beslissing deur 'n hoër hof. Die vraag wat ontstaan is of hieraan

---

732 Regskommissie *Traditional Courts* 12 vn 26.

733 A 20(5) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927.

734 Regskommissie *Community Structures* 56.

735 Daar word bepaal dat verskyning voor 'n gemeenskapshof (*Community Forum*) vrywillig is, maar sodanige "consent should also constitute an agreement to be bound by the decision of the forum if the dispute cannot be resolved by mediation." Regskommissie *Community Structures* 64.

736 Regskommissie *Community Structures* 64.

737 A 35(3)(o) van die Grondwet van 1996 bepaal dat elke beskuldigde "has the right to a fair trial, which includes the right of appeal to, or review by, a higher court".

voldoen word by informele howe.

- **Inheemse howe**

Sedert 1986 bestaan daar 'n appèlbevoegdheid vanaf die inheemse howe na die landdroshowe en verdere appèlle mag geneem word na die Hoë Hof en Hoogste Hof van Appèl.[738] Inheemse howe is nie howe van rekord nie. 'n Rekord van verrigtinge is normaalweg nodig in geval van hersienings- of appèlverrigtinge sodat die hof wat die appèl of hersiening onderneem kan vasstel of die korrekte besluit geneem is en of die korrekte prosedure gevolg is.[739] Die appèl na die landdroshowe kom dus in effek neer op 'n verhoor *de novo* aangesien geen volledige rekords van verrigtinge in die inheemse howe gehou word nie as gevolg van "a lack of resources and the fact that members of chief's courts are not legally trained". Sake waarteen nie appèl aangeteken word nie, is afdwingbaar.[740] In die lig van die voorstel dat deels-opgeleide regsgeleerdes (*para-legals)* aangestel word as hofklerke van die inheemse howe, behoort hulle in staat te wees om rekord te hou van die verrigtinge wat insluit samevattings van die getuienis en redes vir die beslissings.[741] Sodanige rekords kan dan op appèl en hersiening gebruik word. In Papua New Guinea, waar die klerk van die hof rekord hou van die verrigtinge, is bevind dat rekordhouding onontbeerlik is as bewys van wat plaasgevind het tydens die verrigtinge, want daarsonder kan diegene wat ontevrede is met die beslissing van die hof voortdurend probeer om sake weer voor die hof te bring waaroor die hof alreeds 'n beslissing gegee het.[742]

- **Gemeenskapshowe**

Volgens Vorster se ontleding van die gemeenskapshowe is dit nie duidelik of daar 'n reg van appèl is nie, alhoewel 'n hof op 'n bepaalde vlak 'n diskresie het om 'n saak na 'n hoër liggaam te verwys. 'n Hof op 'n hoër vlak het blykbaar ook nie 'n reg van

---

738 Regskommissie *Traditional Courts* 16; Vorster "Alternatiewe Regspleging" 32.

739 Regskommissie *Traditional Courts* 15; Vorster "Alternatiewe Regspleging" 33.

740 Regskommissie *Traditional Courts* 12.

741 Regskommissie *Traditional Courts* 15.

742 Sien afd 7.6.5 en 7.4.2.1.

hersiening nie, alhoewel so 'n hof oënskynlik dissiplinêr teen lede van 'n laer hof kan optree.[743] In die Regskommissie-voorstelle word 'n appèlbevoegdheid na die landdroshowe uitdruklik uitgesluit. Een van die hoofoorwegings wat hier aangevoer word is die feit dat die gemeenskapshowe nie howe van rekord is nie en dat 'n appèl in wese sal neerkom op 'n verhoor *de novo*.[744] Daar is twee punte ten opsigte van hierdie aspek wat vermelding verdien. Eerstens, indien hierdie howe strafregtelike jurisdiksie (oor geringe oortredings) verkry, soos hierbo[745] voorgestel word, dan behoort daar 'n appèlbevoegdheid te bestaan na die landdroshof. In die lig van die feit dat die inheemse howe beskik oor strafregtelike jurisdiksie (oor geringe oortredings) en daar voorsiening gemaak vir appèlbevoegdheid na die landdroshof, blyk dit onbillik te wees dat 'n beskuldigde, wat deur 'n gemeenskapshof verhoor word, in 'n nadeliger posisie geplaas word as 'n beskuldigde, wat deur die inheemse hof verhoor word. Tweedens, behoort rekordhouding nie 'n onoorkomelike probleem te wees nie. Daar word aan die hand gedoen dat deels-gekwalifiseerde persone ook by hierdie howe aangestel behoort te word om rekord te hou van die verrigtinge met die oog op gebruik daarvan tydens appèl- of hersieningsverrigtinge. Indien die probleem van rekordhouding oorbrug is, behoort daar dan ook 'n appèlbevoegdheid teen die beslissing van die howe na die laer hof te wees.

Omdat hierdie howe primêr daarop gerig is om by wyse van mediasie versoening en gevolglik 'n skikking te bewerkstellig, sal die meeste van die dispute waarskynlik opgelos word by die mediasie-vlak en sal slegs 'n gedeelte na die gemeenskapshof verwys word vir beregting. Dit is slegs laasgenoemde gedeelte wat in aanmerking sal kom vir appèlbevoegdheid. Daar word verder aan die hand gedoen dat die voorwaardes van die skikking wat tydens die mediasieproses bereik is, op skrif gestel

---

743 Vorster "Alternatiewe Regspleging" 32.

744 Regskommissie *Community Structures* 66. Daar word bygevoeg dat "since the citizen's right to approach the Magistrate's Court directly is left intact by these proposals, no constitutional harm is done to any party's interest by the absence of the right of appeal." Verder word bygevoeg op 67 dat "[t]he absence of appeal procedures between the Community Forum and the Magistrate's Court, the rules regarding the transfer of cases between the two tribunals, and the limited grounds of review by the local ombudsman should be made clear to the parties at the point at which they indicate their intention to take their dispute to the Community Forum."

745 Sien afd 8.5.4.1.1(c).

word, sodat die partye gebonde daaraan gehou kan word. Die *Lok Adalat*-howe in Indië bied 'n duidelike riglyn ten opsigte van die meriete van opskrifstelling van sodanige skikkingsooreenkomste en dat dit vir suksesvolle funksionering van die gemeenskapshowe, bindende regskrag moet verkry.[746] Die Regskommissie se voorstelle maak verder voorsiening dat 'n plaaslike ombudsman die beslissings van die gemeenskapshowe kan hersien "on grounds of procedural or administrative irregularity".[747] Hierdie voorstel blyk sinvol te wees.

Afgesien van appèl- of hersieningsbevoegdheid wat hierbo bespreek is, word aan die hand gedoen dat kontrole oor hierdie informele howe uitgeoefen word deur 'n sekretariaat,[748] wat klagtes ten opsigte van die howe hanteer, omsien na die begroting van die howe, die vergoeding en diensvoorwaardes van regsprekende amptenare, geboueadministrasie, ensovoorts. Die Regskommissie-verslag[749] ten opsigte van gemeenskapshowe bevat 'n soortgelyke voorstel: dit maak voorsiening dat kontrole en bestuur van hierdie howe uitgeoefen word deur die kantoor van die *Judicial Commissioner*. Daar word verder voorgestel dat daar in elke streek of provinsie 'n ombudsman aangestel word wat onder andere die volgende funksies sal vervul: hersiening van beslissings, evaluering van die funksionering van die gemeenskapstrukture, hantering van klagtes en die bestuur van die begroting om die gemeenskapshowe.[750]

---

746 Sien afd 7.5.1.2.1. 'n Ontleding van die *Lok Adalat*-howe in Indië het aan die lig gebring dat die skikkingsooreenskomste as 'n reël op skrif gestel is, maar die feit dat formalisering van die howe in Rajasthan nie plaasgevind het nie, het daartoe gelei dat die skikkings wat daar bereik is nie bindende regskrag verkry het nie met die gevolg dat baie van die skikkings geïgnoreer is en dat partye bloot weer hul gedinge in die amptelike howe ingestel het. Dit word aangevoer as een van die redes vir die mislukking van die howe.

747 Regskommissie *Community Structures* 67.

748 'n Sekretariaat wat soortgelyke funksies vervul word ook aangetref in Papua New Guinea (sien afd 7.4.3).

749 Regskommissie *Community Structures* 68.

750 Regskommissie *Community Structures* 69.

8.5.6 Toeganklikheid van die howe

Die toeganklikheid van die howe is een van die aspekte wat 'n invloed het op die legitimiteit van die howe. Indien howe toeganklik en effektief is en derhalwe voldoen aan die behoeftes van die gemeenskap verhoog dit die legitimiteit van die howe. Die mees opvallende kenmerk van hierdie informele howe is dat hulle baie toeganklik is vir die lede van die gemeenskap in hul jurisdiksiegebied. Toeganklikheid omvat baie faktore, soos byvoorbeeld die afstand wat afgelê moet word om by 'n hof uit te kom, of die gemeenskap tuis voel met die aard van die verrigtinge en die reg wat toegepas word, of hulle die verrigtinge kan verstaan en of hulle dit kan bekostig om gebruik te maak van informele beregting.

8.5.6.1 Toeganklik ten opsigte van afstand

In die geval van beide die inheemse howe en die gemeenskapshowe, is die howe, wat afstand betref, binne die bereik van die gemeenskap – die inwoners het dus nie nodig om lang afstande af te lê om by die howe uit te kom nie. Inheemse howe word aangetref in byna elke jurisdiksiegebied van 'n tradisionele leier (kaptein of hoofman) wat beteken dat omtrent elke klein inheemse dorpie of nedersetting oor 'n hof beskik wat binne bereik van meeste inwoners is.[751] Gemeenskapshowe is nie net toeganklik wat betref afstand nie, maar ook ten opsigte van die tye wat hofsittings plaasvind: die sittings van die gemeenskapshowe vind gewoonlik in die aande of oor naweke plaas met die gevolg dat dit die minimum ongerief vir die gebruikers daarvan meebring.[752]

8.5.6.2 Toeganklik ten opsigte van aard van verrigtinge

In die geval van beide die inheemse howe en die gemeenskapshowe voel die gemeenskap hul tuis met die aard van die verrigtinge en die reg wat toegepas word. In die inheemse howe voel die meeste inwoners hulself tuis, eerstens omdat die

---

751 Regskommissie *Traditional Courts* 2.

752 Nina *Community Court System* 3, 14; Regskommissie *Community Structures* 51.

voorsittende beampte en sy raadslede nie veel verskil van die gemeenskap wat betref status, rykdom en opleiding nie (in teenstelling met die geval in westerse tipe howe) en tweedens, voel die gemeenskap hulle oor die algemeen meer tuis en is hulle meer vertroud met die toepassing van inheemse reg as met gemene reg of statutêre reg wat in die amptelike howe toegepas word.[753] By gemeenskapshowe vind dispuutbeslegting op 'n informele wyse plaas met die oog op versoening tussen die partye en normaalweg word gehou by die waardes en gebruike van die gemeenskap[754] (in teenstelling met die westerse howe waar die verrigtinge normaalweg kultureel vreemd is).

8.5.6.3 Toeganklik ten opsigte van taal

Die taal wat tydens die verrigtinge in albei die howe gebruik word, is normaalweg die taal van die plaaslike gemeenskap en daar is geen risiko van verdraaiing deur die interpretasie van hoftolke nie. Dit staan in skerp kontras met die posisie in die amptelike formele howe waar die beskuldigde moet staatmaak op hoftolke wie se akkuraatheid nie gewaarborg kan word nie tot nadeel van die beskuldigde.[755] In hierdie opsig voldoen hierdie howe dus aan die fundamentele reg vervat in artikel 35(3)(k) van die Grondwet van 1996.[756] Gesien vanuit die hoek van 'n deelnemer aan die verrigtinge is hierdie situasie meer bevredigend in teenstelling met die gewone amp-

---

753 Regskommissie *Traditional Courts* 2; Vorster "Alternatiewe Regspleging" 32-33.

754 Nina *Community Court System* 3; Regskommissie *Community Structures* 51.

755 Grant en Schwikkard "People's Court?" 1991 *SAJHR* 307; Van Wyk "Toeganklikheid van die howe" 20 wys op die volgende probleme wat rondom die taalaspek opduik: Swart beskuldigdes gebruik tot 'n groot mate beeldspraak wat onmoontlik is om direk te vertaal. In Afrika-tale word daar ook meerdere betekenisse aan 'n enkele woord geheg. Die hoftolk moet dus elke antwoord van die beskuldigde interpreteer om dit vir die hof verstaanbaar te maak. Verder moet 'n onverdedigde beskuldigde in die formele howe op die hoftolk vertrou om die proses te verstaan en daaraan deel te neem. Hierdie situasie word verder gekompliseer deur die feit dat daar nie sinonieme in die Afrika-tale bestaan vir regsterme eie aan die Suid-Afrikaanse prosesreg nie.

756 Ingevolge a 35(3)(k) het elke beskuldigde die reg op 'n regverdige verhoor wat insluit "to be *tried in a language that the accused person understands* or, if that is not practicable, to have the proceedings interpreted in that language" – [eie kursivering]. As gevolg van bogenoemde redes, is die interpretasie deur hoftolke nie altyd so suksesvol nie. Om hierdie rede word aangevoer dat die verhoor van 'n beskuldigde in sy moedertaal die beste voldoening is aan hierdie fundamentele reg.

telike howe, waar die taal wat gebruik word vir so 'n deelnemer dikwels onverstaanbaar is.[757]

8.5.6.4 Toeganklik ten opsigte van koste

Beide hierdie informele howe is bekostigbaar en derhalwe toeganklik vir die inwoners van die betrokke gemeenskap. Nie alleen is hierdie howe naby in afstand wat 'n besparing meebring op vervoerkoste nie, maar by die inheemse howe moet slegs 'n minimale heffing betaal word (*which may be payable in kind*)[758] en gemeenskapshowe is ook koste-effektief omdat diegene wat op hierdie howe dien vrywilligers is.[759] As die tye wat die hofsittings plaasvind in ag geneem word, blyk dit dat partye betrokke kan wees by die gemeenskapshowe sonder dat dit nodig is vir hulle om afwesig te wees van hulle werk, wat 'n tydsbesparing meebring.[760] 'n Verdere kostebesparing word meegebring deur die feit dat regsverteenwoordigers nie toegelaat word by die verrigtinge nie.[761] Hierdie gebrek aan regsverteenwoordiging is juis 'n aspek wat heelwat kritiek ontlok het en word in die afdeling wat hierop volg, bespreek.

8.5.7 Gebrek aan regsverteenwoordiging

Ingevolge artikel 35 van die Grondwet[762] is elke beskuldigde geregtig op regsverteenwoordiging. Die feit dat die informele howe nie gebruik maak van regsverteen-

---

757 "The language which is employed in the proceedings is accessible in that it is conducted in the participant's mother tongue. Thus parties are full participants in the proceedings and are not excluded on the basis of language" – Nina *Community Court System* 3, 14; Regskommissie *Community Structures* 51.

758 Regskommissie *Traditional Courts* 2.

759 Nina *Community Court System* 3.

760 Nina *Community Court System* 15.

761 Nina *Community Court System* 15; Regskommissie *Community Structures* 51; Regskommissie *Traditional Courts* 3.

762 A 35(3)(f) van die Grondwet van 1996 bepaal dat elke beskuldigde "has the right to a fair trial which includes the right to choose, and be represented by, a legal practitioner, and to be informed of this right promptly".

woordiging nie is al gekritiseer, omdat daar aangevoer is dat die beskuldigde 'n keuse behoort te hê om 'n regsverteenwoordiger aan te stel om hom of haar in hierdie howe te verteenwoordig[763] en dat hierdie gebruik strydig is met die Grondwet. By die inheemse howe word regsverteenwoordiging verbied deur die reëls[764] van toepassing op die howe van kapteins en hoofmanne – dit blyk egter dat 'n beskuldigde dikwels in die praktyk bygestaan is deur sy of haar naaste verwante.[765] By die gemeenskapshowe word as reël ook nie gebruik gemaak van regsverteenwoordiging nie, alhoewel enige beskuldigde wat voor die gemeenskapshof moet verskyn geregtig is om 'n vriend of enige ander persoon saam te bring om hom of haar by te staan.[766] Die vraag is nou of die uitsluiting van regsverteenwoordiging toepaslik is en of dit ongrondwetlik is. Ten spyte daarvan dat daar gesag[767] bestaan op grond waarvan hierdie aspek as ongrondwetlik beskou is, wil dit voorkom asof die redes vir uitsluiting van regsverteenwoordiging by die informele howe vanuit 'n praktiese oogpunt meer oortuigend is en dat daar derhalwe regverdiging bestaan vir beperking van hierdie fundamentele reg op regsverteenwoordiging. In die Regskommissie se besprekingsdokument word baie oortuigende redes aangevoer waarom regsverteenwoordiging nie toegelaat behoort te word by inheemse howe nie.[768] Daarby kan ook gevoeg

---

763 Regskommissie *Traditional Courts* 3.

764 Reël 5 van die "Reëls op die Howe van Kapteins en Hoofmanne" gepubliseer in *Staatskoerant* GK No R2082 29 Desember 1967.

765 Vorster "Alternatiewe Regspleging" 32.

766 Regskommissie *Community Structures* 51. Op 61 en 64 van die Regskommissie-verslag word formele regsverteenwoordiging uitdruklik uitgesluit in die voorstelle tov die nuwe gemeenskapshowe.

767 *Bangindawo and Others v Head of Nyanda Regional Authority and Another* 1998 3 BCLR 314 (Tk). In hierdie saak is beslis dat die verbod teen regsverteenwoordiging in streeksowerheidshowe (regional authority courts) ongrondwetlik was omdat hierdie howe "exercise concurrent jurisdiction with magistrates courts. This means that these courts have the power to adjudicate on *complex statutory and common law* matters. In criminal matters they may impose *substantially robust prison terms* in respect of statutory offences." – eie kursivering. Daar word aan die hand gedoen dat waar 'n hof ingewikkelde statutêre en gemeenregtelike misdade moet bereg waarvoor redelike lang termyne gevangenisstraf opgelê kan word, daar geldige redes bestaan vir regsverteenwoordiging. Op hierdie punt is hierdie saak egter te onderskei van die onderhawige informele howe.

768 "There are a number of reasons why legal practitioners should be excluded from traditional courts. Firstly, litigants in these courts are normally the very poor who cannot afford lawyers' fees which means that in civil cases, a poor litigant confronting or confronted by a wealthy opponent

word dat regsvergelyking aan die lig gebring het dat die uitsluiting van regsverteenwoordiging op hierdie vlak van beregting nie 'n ongewone verskynsel is nie[769] en volgens die Australiese Regskommissie-verslag is dit ook nie nodig dat vereis word dat daar in minder ernstige aangeleenthede 'n outomatiese reg op regsverteenwoordiging, met die oog op verskyning voor die inheemse hof, bestaan nie, alhoewel die beskuldigde in sulke sake die reg behoort te hê dat iemand anders (byvoorbeeld 'n vriend of familielid) namens hom/haar die hof mag toespreek.[770]

In die Suid-Afrikaanse Regskommissie se dokument word tot die gevolgtrekking gekom dat die uitsluiting van regsverteenwoordiging in inheemse howe 'n beperking is op die fundamentele reg tot regsverteenwoordiging wat regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ingevolge artikel 36(1), aangesien dit tot voordeel van die partye tot die dispuut op daardie vlak is[771]. Hierdie standpunt het myns insiens meriete en word ondersteun. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie redenasie en redes net so geldig is vir die gemeenskapshowe en dat die uitsluiting van regsverteenwoordiging by gemeenskapshowe ook nie ongrondwetlik behoort te wees nie. By die gemeenskapshowe val die klem in elk geval op oplossing van die geskil, versoening tussen die partye en

---

is likely to be prejudiced. Secondly, the issues that come before these courts are usually simple cases which do not need complicated legal arguments by counsel. Participants in the process, as indicated above, are generally knowledgeable in customary law. Thirdly, lawyers have a tendency to use legal jargon to impress the presiding adjudicator and are more likely to confuse a court of lay persons adjudicating on a case. Fourthly, in addition to the confusing rhetoric, lawyers tend to dwell on technicalities of law and procedure which cause delays and in traditional courts would undermine the very essence of such courts, that is expeditiousness in disposing of cases, flexibility and simplicity. Fifthly, legal representation would introduce a problem relating to language. One of the advantages of traditional courts, as indicated above is that the language of the court is the local language of the community in the area of jurisdiction. However, the lawyer may not speak or understand such language and may have to address the court in a language that members of the court do not understand. This would then necessitate the introduction of interpreters with the possible risk of distortion, not to mention additional cost." – Regskommissie *Traditional Courts* 37-38. Sien ook Van Wyk "Toeganklikheid van die Howe" 20.

769 In die Regskommissie se besprekingsdokument word verwys na die posisie in Botswana, Lesotho, Swaziland, Zimbabwe en Uganda – Regskommissie *Traditional Courts* 3. Hierby kan ook gevoeg word die inheemse howe in Australië (sien afd 7.3.2.3), Papua New Guinea (sien afd 7.4). 'n Uitsondering is egter die *Lok Adalat*-howe in Indië (afd 7.5) waar regsverteenwoordiging wel toegelaat is.

770 Sien afd 7.3.1.3.5.

771 Regskommissie *Traditional Courts* 38-39.

herstel van harmonie in die gemeenskap. Daar is dus nie so 'n noodsaaklikheid vir beskerming van die beskuldigde se regte soos by die westerse hofstelsel nie, want die besluit van die hof "is not a 'judgement' needing to be enforced; it is an agreement or settlement whose terms need to be 'officially' ascertainable".[772] Dit gaan dus nie hier oor eensydige inkorting van die onderdaan se regte deur die owerheid nie, maar oor dispuutbeslegting, waar die partye instem, nie alleen tot die besluitneming deur die gemeenskapshof nie, maar ook tot nakoming van die ooreengekome skikking (hofbevel).[773]

❑ KORT OPSOMMING

Ten opsigte van die *persoonlike onafhanklikheid* van die regbank by die informele howe, blyk die volgende:

- Wat die seleksie van regterlike amptenare by die inheemse howe betref, blyk dit dat die kaptein of hoofman (bygestaan deur raadgewers) deur die Minister gemagtig word om sake te bereg. Omdat vroue nie by die inheemse howe toegelaat word om as regterlike amptenare op te tree nie, word hierdie howe gekritiseer op grond van die geslagsdiskriminasie wat plaasvind. In geval van gemeenskapshowe verskil die praktyk van streek tot streek, maar die lede van die gemeenskapshof is gewoonlik ook die lede van die administratiewe organe wat verkies is en is gewoonlik die ouer lede van die gemeenskap. By laasgenoemde howe is daar geen sprake van geslagsdiskriminasie nie – trouens, in sekere tipe sake wat handel oor vroue-aangeleenthede word dit vereis dat vroue as regterlike amptenare optree.
- Ten opsigte van die diensvoorwaardes van die regterlike amptenare in die informele howe: die kapteins en hoofmanne van die inheemse howe verkry hulle aanstelling en bevoegheid tot verhoor van sake van die Minister wat hulle hierdie bevoegdheid te enige tyd kan ontneem – hulle geniet geen amp-

772 Regskommissie *Community Structures* 13, 56.

773 Dit is soortgelyk aan die posisie by die Howe vir Klein Else waar regsverteenwoordiging ook nie toegelaat word nie.

sekuriteit soos regters ingevolge die Grondwet nie; die regterlike amptenare van die gemeenskapshowe tree oor die algemeen as vrywilligers op.

- Ten opsigte van die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank by die informele howe, blyk dit dat daar by altwee tipe howe voldoen word aan die element van verteenwoordiging deurdat die regterlike amptenare vanuit die gemeenskap kom wat dit moet dien – waar die inheemse howe van kapteins en hoofmanne egter gekritiseer word op grond van geslagsdiskriminasie omdat dit nie vroue toelaat as regterlike amptenare nie, is dit nie die geval by gemeenskapshowe nie.

Wat die *saaklike onafhanklikheid* van die regbank by die informele howe betref, blyk die volgende:

- Die bevoegdhede en verpligtinge van die regterlike amptenare kom daarop neer dat hulle sake op 'n onpartydige, regverdige en informele wyse moet bereg. Inheemse howe verhoor hoofsaaklik misdrywe voortspruitend uit die inheemse reg, maar ook sekere spesifiek voorgeskrewe statutêre en gemeenregtelike misdrywe; gemeenskapshowe is hoofsaaklik dispuutbeslegtingsmeganismes: misdrywe word bereg maar met die oog op versoening tussen die partye, heropvoeding van die oortreder en herstel van harmonie in die gemeenskap.
- Ten opsigte van die aspek van diskresie-uitoefening blyk dit dat die verloop van die informele en inkwisitoriese verhoor binne die diskresie val van die kaptein of hoofman wat as voorsittende beampte optree in die inheemse howe, en by die paneel van die regbank van die gemeenskapshowe wat op grond van die meerderheidsbeginsel beslissings neem.
- Ten opsigte van die aspek van onafhanklikheid wat betref prosedure en administratiewe funksies, blyk dit dat by altwee tipe howe die verrigtinge informeel en inkwisitories is, en binne die diskresie van die regbank val. By albei word voldoen aan die *audi alteram partem*-beginsel, maar nie aan die leerstuk van skeiding van magte nie.

8.6 SAMEVATTING, GEVOLGTREKKINGS EN WAARDESKATTING

Die onafhanklikheid van die regbank word gemeet aan die bestaan van sekere waarborge (*objective conditions or guarantees*) – met ander woorde, die afwesigheid daarvan sal lei tot die gevolgtrekking dat die regbank nie onafhanklik is nie.[774] Aanvullend tot sodanige waarborge is die vereiste dat die howe "be reasonably perceived by the reasonable and informed person as independent", want die rede vir die waarborge is nie alleen om te verseker dat geregtigheid bewerkstellig word nie, maar ook dat die publiek vertroue het in die regbank.[775] Alleenlik wanneer daar openbare vertroue in die onafhanklikheid van die regbank is, is daar 'n algemene gevoel van nakoming van die regbank se hofbevele.[776]

> "The powers of the judiciary may be conferred upon it by the Constitution or by the legislature or in terms of some other law...yet it is public confidence in the judiciary that is the source of its strength."[777]

Openbare persepsie word weer gebaseer op onpartydige, onbevooroordeelde, neutrale beregting van sake sonder enige eksterne beïnvloeding deur die owerheid of vanuit enige ander oord,[778] of anders gestel "that perception must...be a perception of whether the tribunal enjoys the essential objective conditions or guarantees of judicial independence".[779] Die onafhanklikheid van die regbank bestaan uit twee

---

774 Laue "Judicial Independence and Accountability" 96.

775 Laue "Judicial Independence and Accountability" 96.

776 Mahomed "The Role of the Judiciary" 112; Laue "Judicial Independence and Accountability" 96; Walker *The Rule of Law* 41.

777 Amerasinghe "Judicial Independence – Some Core Issues" 1997 *Journal of Judicial Administration* 74 76; Carpenter "Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy" 122.

778 Amerasinghe "Judicial Independence" 76 ev.

779 Laue "Judicial Independence and Accountability" 96. Binne die raamwerk van die waarborge tov geregtelike onafhanklikheid en onpartydigheid, word daar 'n onderskeid gemaak tussen *onpartydigheid* en *onafhanklikheid*. *Onpartydigheid* word oor die algemeen beskou as 'n *state of mind or attitude* van die hof met betrekking tot die partye in die saak en die aspekte wat bereg word, gekoppel aan die tradisionele *absence of bias, actual or perceived*. *Onafhanklikheid* impliseer nie net 'n *state of mind or attitude* by die uitoefening van regterlike funksies nie, maar fokus ook op die status van die hof met betrekking tot andere, veral die uitvoerende gesag, en ander liggame wat druk op die regbank kan uitoefen op grond van gesag aan hulle verleen deur die owerheid. Amerasinghe "Judicial Independence" 75; Laue "Judicial Independence and Accountability" 96.

komponente, naamlik die individuele onafhanklikheid van die regsprekende amptenare en die kollektiewe onafhanklikheid van die regbank as geheel.[780] By die onafhanklikheid van die individuele regters, kom twee aspekte ter sprake: hul persoonlike onafhanklikheid[781] en hul saaklike onafhanklikheid.[782]

By die ondersoek na die onafhanklikheid van die regbank is dit belangrik om in gedagte te hou dat

> "judicial independence is neither self executing nor static. The efficacy of judicial independence depends as much on the nature of the objective guarantees that are put in place (legislation and practical measures), as it does on the extent to which judicial independence is protected, asserted or undermined".[783]

Uit voorgaande bespreking blyk dit dat die onafhanklikheid van die regbank in Suid-Afrika nie net gewaarborg word deur 'n bepaling[784] tot dié effek in die Grondwet van 1996 nie, maar ten opsigte van die regsprekende beamptes in die hoër howe, bevat die grondwet ook spesifieke waarborge ten opsigte van die ampsduur van regters,[785] hul salarisse en ander diensvoorwaardes,[786] prosedure vir ontslag[787] en aanstelling,[788]

---

780 Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 598; Laue "Judicial Independence and Accountability" 96.

781 Sien die bespreking in afd 2.3 en hfst 3.

782 Sien die bespreking in afd 2.3 en hfst 4.

783 Laue "Judicial Independence and Accountability" 90-91.

784 A 165(2) van die Grondwet van 1996 bepaal dat die howe onafhanklik is en slegs onderhewig is aan die Grondwet en die reg, wat hulle onpartydig en sonder vrees, begunstiging of vooroordeel, moet toepas. A 165(3) plaas 'n verbod op die inmenging met die funksies van die howe. A 165(4) plaas 'n verpligting op staatsorgane om mee te werk om die onafhanklikheid van die howe, hul onpartydigheid, waardigheid, toeganklikheid en effektiwiteit te verseker. Ingevolge a 165(5) is 'n hofbevel bindend op almal op wie dit van toepassing is.

785 A 176(1)-(2) van die Grondwet van 1996.

786 A 176(3) van die Grondwet van 1996. Hierdie aspekte word verder ook gereël deur die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959 en die Wet op die Besoldiging en Diensvoorwaardes van Regters 88 van 1989.

787 A 177 van die Grondwet van 1996.

788 A 174 van die Grondwet van 1996.

en die samestelling en funksies van die Regterlike Dienskommissie.[789]

Ten opsigte van die *seleksie* van regterlike amptenare, blyk dit dat baie van die kritiek wat in die verlede geopper is naamlik dat politieke faktore 'n rol gespeel het by die aanstellingsprosedure deur die uitvoerende gesag, ondervang is deur die instelling van die Regterlike Dienskommissie wat tans verantwoordelik is vir die seleksie van regsprekende amptenare in die hoër howe. Dit blyk egter dat die *samestelling* van die Regterlike Dienskommissie van groot belang is met betrekking tot die onafhanklikheid van die instelling en gevolglike aanstellings wat gemaak word. Daar word voorgestel dat die samestelling van die Kommissie in heroorweging geneem word, sodat dit nie alleen in effek onafhanklik is nie, maar ook enige persepsie van politisering uit die weg ruim. Evaluering van die werksaamhede van die Kommissie het aan die lig gebring, dat alhoewel sommige van die Kommissie se besluite as kontroversieel beskou word, die instelling tog wydverspreid vertroue gewen het deur sy verantwoordbaarheid wat blyk uit sy aanvaarding van meer deursigtige prosedures en sy verbintenis tot die aanstelling van 'n meer gediversifiseerde regbank. Ten einde die kwaliteit van beregting op die hoogste vlak te hou, word daar, in lyn met 'n wêreldwye tendens ten opsigte van regterlike opleiding, opleidings- en opknappingskursusse aan regterlike amptenare aangebied – alhoewel gebruik gemaak word van regsdosente en ander kundiges met moontlike waardevolle praktykservaring, moet die dryfveer agter en die beheer oor sodanige opleiding deurgaans berus by die *regbank*.

Aspekte waarvoor nie spesifiek voorsiening gemaak word in die Grondwet of aanvullende wetgewing nie, is die dissiplinering van regterlike amptenare in die hoër howe waar hul optrede nie val binne die voorgeskrewe vereistes vir ontslag nie[790] en verplasing van sodanige amptenare. Ontslag kan geskied op grond van onvermoë, uitermate onbevoegdheid of growwe wangedrag mits 'n bepaalde voorgeskrewe prosedure gevolg word.[791] Onaanvaarbare optredes van regters, wat nie in hierdie

789 A 178 van die Grondwet van 1996.

790 A 177(1)(a) van die Grondwet van 1996.

791 Die prosedure vir ontslag word vervat in a 177 van die Grondwet van 1996.

kategorie val nie en wat nie onderhewig is aan appèl of hersiening nie of wat weens 'n gebrek aan fondse nie verder gevoer kan word nie, behoort deur 'n liggaam bereg te word wat bestaan uit regters se eweknieë (*peers*) en die prosedure moet deursigtig wees. Ten spyte van 'n aanbeveling deur die Regskommissie dat ontslag deur die Grondwet aangespreek behoort te word, is daar geen bepaling tot dié effek in die Grondwet van 1996 nie. Alhoewel die verbod op die vermindering van salarisse in die Grondwet verskans is, blyk daar kritiek te wees dat salarisaanpassings in die praktyk nie tred hou met stygende lewenskostes nie.

Die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank hou direk verband met die proses van seleksie van regterlike amptenare. 'n Regbank wat verteenwoordigend is van die gemeenskap verhoog die persepsie dat die regbank onafhanklik is en by beregting van sake alle perspektiewe in ag sal neem ten einde 'n billike en onpartydige beslissing te maak.[792] Dit dra weer by tot die legitimiteit van die regbank, want laasgenoemde word weer gemeet deur onder andere te kyk na die openbare vertroue in die regbank.[793] Slegs as die regbank as onafhanklik gesien word, sal daar 'n algemene gevoel van nakoming van hofbevele deur die publiek wees.[794] Die twee voorstelle wat gemaak is ten einde die regbank meer verteenwoordigend te maak wat betref ras en geslag, naamlik die herinstelling van die juriestelsel en die uitbreiding van die stelsel van assessore, is ondersoek. Dit het geblyk dat die juriestelsel nie 'n realistiese alternatief is nie en wel om die volgende redes: daar is 'n gebrek aan ondersteuning vir die juriestelsel onder die regsgemeenskap, dit is moeilik om die bewysstandaard aan jurielede te verduidelik en daar is geen vereiste dat die jurie redes moet verskaf vir 'n beslissing nie, die juriestelsel leen hom tot manipulasie deur regspraktisyns, daar is 'n algemene aanvaarding dat juries nie suksesvol funksioneer in gefragmenteerde gemeenskappe nie en die herinstelling daarvan sal te hoë administratiewe koste tot gevolg hê. Daarenteen het die uitbreiding van die stelsel van assessore

---

792 Arbour "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 15; Harris "Appointments to the Bench" 194,198.

793 Carpenter "Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy" 122.

794 Mahomed "The Role of the Judiciary" 112.

geblyk 'n meer praktiese en geskikte alternatief te wees en voorstelle is gemaak ten opsigte van die selekteer en toewys van assessore aan 'n bepaalde saak. Daar word van die standpunt af uitgegaan dat assessore oor die algemeen moet beskik oor 'n regskwalifikasie, maar dat daar wel van leke-assessore gebruik gemaak kan word indien hulle 'n bepaalde *kundigheid* aan die regbank verleen wat die regbank benodig om tot 'n beslissing te kom. Verder word 'n stelsel (as 'n tydelike maatreël) aan die hand gedoen vir die seleksie van assessore om aan die twee oogmerke agter die stelsel van assessore, naamlik regskundigheid en demokratisering, te voldoen.

Wat die *saaklike onafhanklikheid* van die regbank betref, het dit geblyk dat met die inwerkingtreding van die interim- en finale Grondwet van 1996 en oorgaan na 'n stelsel van grondwetlike oppermagtigheid, daar van regterlike beamptes verwag word om 'n aktivistiese waarde-geöriënteerde of waarde-aktiverende benadering by wets- en grondwetuitleg te volg wat 'n inslag het op die diskresie-uitoefening deur regters. Verder het dit geblyk dat die prosedure-aangeleenthede binne die diskresie van die regbank val, maar dat daar 'n behoefte bestaan vir verbetering van die posisie ten opsigte van administratiewe funksies, veral wat betref die voorsiening van ondersteuningspersoneel en toerusting.

Dit het geblyk dat die onafhanklikheid van die regbank in die laer howe eers relatief onlangs met die inwerkingtreding van die Wet op Landdroste 90 van 1993[795] verwesenlik is toe regsprekende amptenare statutêr verwyder is uit die staatsdiens.[796] Ingevolge die Grondwet[797] moet regterlike beamptes in die laer howe aangestel word ingevolge 'n wet van die Parlement wat moet verseker dat sulke amptenare se aanstelling, bevordering, verplasing, ontslag of dissiplinêre stappe teen hulle plaasvind sonder begunstiging of vooroordeel. Die sleutel tot die verwesenliking van regterlike onafhanklikheid in die laer howe bly egter onderhewig aan die praktiese implementering van welke statutêre of ander ondersteuningsmaatreëls ook al van toepassing

---

795 Wat in werking getree het op 11 Maart 1994.

796 Laue "Judicial Independence and Accountability" 89.

797 A 174(7) van die Grondwet van 1996.

is.[798]

Wat die *persoonlike onafhanklikheid* van die regbank in die laer howe betref, blyk dit dat die kritiek teen die *seleksie* van regterlike amptenare in die laer howe grootliks ondervang is deur die instelling van die Landdrostekommissie. Voor aanstelling as regsprekende amptenaar word daar van aspirant- regterlike amptenare verwag om 'n opleidingskursus (wat sowel teoretiese as praktiese werk insluit) te voltooi. Ten opsigte van die *diensvoorwaardes* van hierdie regterlike amptenare, is daar nog twee aspekte wat kritiek uitlok, naamlik die feit dat die salarisstruktuur van regterlike amptenare nog gekoppel word aan dié van die staatsdiens en die feit dat, volgens die regulasies, 'n regterlike amptenaar verplaas kan word sodra die betrokke beampte van die Departement van Justisie van mening is dat sodanige verplasing dienstig is.

Die verteenwoordigende kwaliteite van die regbank is ook hier belangrik (soos wat hierbo verduidelik is) omdat dit die persepsie verhoog dat die regbank onafhanklik is. Ten opsigte van die twee voorstelle wat geëvalueer is ten einde die regbank meer verteenwoordigend te maak, het dit geblyk dat die herinstelling van die juriestelsel nie 'n werkbare oplossing vir die laer howe in Suid-Afrika bied nie; daarenteen het dit geblyk dat die uitbreiding van die assessore-stelsel, waarby leke-assessore ingesluit word, effektief kan funksioneer, mits sekere probleme wat tans bestaan, aangespreek word.

Wat die *saaklike onafhanklikheid* van die regbank in die laer howe betref, het dit geblyk dat teen die agtergrond van die nuwe grondwetlike bedeling en die handves van menseregte, asook die toetsingsreg[799] wat deur die Grondwet aan die howe verleen word, enige werklike of vermeende dienstige neigings van die regsprekende beamptes aan die uitvoerende gesag plek sal maak vir 'n nuwe ingesteldheid teenoor menseregte. Die Landdrostekommissie speel ook hier 'n rol deur toe te sien dat geen beïn-

---

798 Laue "Judicial Independence and Accountability" 90.

799 Ingevolge die toetsingsreg kan wetgewing aan die voorskrifte van die Grondwet getoets word om te bepaal of hulle ongrondwetlik is al dan nie.

vloeding of viktimisasie van regsprekende beamptes plaasvind nie en deur hul bevoegdheid om aanbevelings te maak wat van belang is vir die onafhanklikheid van die beoefening van die regspraak. Dit het egter ook geblyk dat die stelsel van verpligtende gebruikmaking van assessore die voorsittende amptenaar se aanstellingsdiskresie by wyse van wetgewing aan bande lê. Voorts het dit geblyk dat wanneer assessore as deel van die paneel van die regbank optree, hul rol beperk word tot feitebeslissings en advies ten opsigte van gemeenskapsgebaseerde straf; die voorsittende amptenaar daarenteen, behou volle diskresie ten opsigte van regsaspekte (wat vonnisoplegging insluit). Alhoewel die beslissing ten opsigte van regsaspekte by die voorsittende amptenaar berus, is die beslissing van die hof in die geval van feitebeslissings, die bevinding van die meerderheid van die hof.

Ten opsigte van die regbank in die laer howe se onafhanklikheid wat betref *prosedure en administratiewe funksies*, het dit geblyk dat die prosedure-aangeleenthede tydens beregting van 'n saak (met die uitsondering van die verpligte aanstelling van assessore) binne die diskresie van die regbank val. Daar bestaan egter steeds 'n behoefte vir die verbetering van die werksomstandighede (veral wat betref die voorsiening van ondersteuningspersoneel en toerusting) en die verligting van die administratiewe las van regterlike amptenare sodat laasgenoemde hulle kan toespits op hul regterlike verpligtinge.

'n Ondersoek na die onafhanklikheid van die regbank ten opsigte van strafsake sal egter nie volledig wees sonder om te verwys na die *informele howe* nie. Ten opsigte van die *persoonlike onafhanklikheid* van die regbank by die informele howe, het dit geblyk dat by die inheemse howe die aanstelling van die kaptein of hoofman by die Minister berus;[800] by gemeenskapshowe verskil die praktyk van streek tot streek, maar die lede van die gemeenskapshof is gewoonlik ook die lede van die administratiewe organe wat verkies is. Ten opsigte van die *diensvoorwaardes* van regterlike amptenare in die informele howe, het dit geblyk dat kapteins en hoofmanne van die inheemse howe geen ampsekuriteit soos regters ingevolge die Grondwet geniet nie, aangesien

800 Die aanstelling word gereël ingevolge die Swart Administrasie Wet 38 van 1927.

die bevoegdheid om sake te bereg te enige tyd deur die Minister ontneem kan word; die regterlike amptenare van die gemeenskapshowe tree oor die algemeen as vrywilligers op.

Ten opsigte van die *verteenwoordigende kwaliteite* van die regbank by die informele howe het dit geblyk dat by altwee tipe howe daar voldoen word aan die element van verteenwoordiging deurdat die regterlike amptenare vanuit die gemeenskap kom wat dit moet dien – waar die inheemse howe van kapteins en hoofmanne egter gekritiseer word op grond van geslagsdiskriminasie omdat dit nie vroue toelaat as regterlike amptenare nie, is dit nie die geval by gemeenskapshowe nie.

Wat die *saaklike onafhanklikheid* van die regbank by die informele howe betref, het dit geblyk dat die verloop van die informele en inkwisitoriese verhoor by albei tipe howe binne die diskresie van die regbank berus. By albei word voldoen aan die *audi alteram partem*-beginsel, maar nie aan die leerstuk van skeiding van magte nie.

Na evaluering van die voorgaande bespreking is daar 'n paar aspekte wat uitgelig moet word: die waarde van informele howe en die vraag na hul legitimiteit, die impak wat regsprekende beamptes met regsopleiding het op die regbank teenoor dié van regsprekende beamptes sonder regsopleiding en 'n afweging van sekere waardes teenoor mekaar.

8.6.1 Die waarde van informele howe en hul betekenis ten opsigte van die aspek van legitimiteit

As gevolg van verskeie redes, waaronder die persepsie dat die formele howe nie legitiem is nie omdat dit geassosieer is met die apartheidsera en die ontoeganklikheid van die howe weens koste, taal, kultuur, ensovoorts het die formele howe nie voldoen aan die behoeftes van die inheemse bevolking nie. Die gevolg hiervan was dat informele howe parallel met die formele howe ontstaan het.[801] Die informele howe in

---

801 Sien afd 7.6.3 tov formalisering van informele howe en aspek van legitimiteit.

sowel die platteland as die stedelike gebiede was baie meer toeganklik vir die inheemse bevolking as gevolg van die volgende: die fisiese afstand wat die hof van die gemeenskap af is, die taal wat tydens die verrigtinge gebruik is, die prosedure en die tipe reg wat toegepas is was nie kultuur-vreemd nie, die informele prosedure wat tydens die beregting van sake gebruik is en die aspek van versoening en heropvoeding (re-*education*) van 'n oortreder. Hierdie howe het met ander woorde 'n groot rol gespeel in misdaadbekamping en die herstel van harmonie in die gemeenskap. Daar is geen twyfel dat hierdie informele howe as gevolg van hul toeganklikheid en effektiwiteit wel legitimiteit onder die plaaslike bevolking geniet nie. Die reg en regsproses in hierdie howe is eie aan die mense en bevredig hul sin vir geregtigheid in 'n groter mate as wat die geval is in die formele howe. Met die inwerkingtreding van die Grondwet en die handves vir menseregte is dit nodig om te bepaal of hierdie informele instellings steeds regmatig is. Dit het geblyk dat daar goeie redes bestaan vir die behoud van hierdie howe terwyl sekere aspekte aangespreek behoort te word ten einde die howe aan te pas by veranderende omstandighede.

8.6.2 'n Vergelyking van die impak van regsprekende beamptes met regsopleiding teenoor regsprekende beamptes sonder regsopleiding

Professionele regsprekende beamptes met regsopleiding word aangetref in elke regstelsel: hulle is die ruggraat van die amptelike regstelsel en bereg die oorgrote meerderheid sake. Daar word van hulle verwag om elke saak onpartydig en onafhanklik te beoordeel, om toe te sien dat die beskuldigde 'n billike verhoor kry wat in ooreenstemming is met die fundamentele regte vervat in die Grondwet. Hulle legitimiteit lê daarin dat hulle reg en geregtigheid laat geskied op 'n onafhanklike en onpartydige wyse, in omstandighede waar die regsproses billik en toeganklik is en die beskuldige geregtig is op appèl of hersiening van die beslissing. Die legitimiteit van die regsprekende gesag op hierdie vlak word gemeet aan fundamentele waardes soos die kwaliteit van die regspraak en die billikheid van die regsproses, die effektiwiteit van die hofstelsel en geregtelike verrigtinge, die toeganklikheid van die howe

en die behoud van openbare vertroue in die howe.[802] Die gedagte dat die regbank die gemeenskap in die algemeen moet reflekteer is nie nuut nie – die argument synde, dat 'n regbank wat in die algemeen verteenwoordigend is van die gemeenskap die persepsie, dat die regbank onafhanklik is, verhoog en bydra tot openbare vertroue en die legitimiteit van die regbank.[803]

In teenstelling hiermee word die regsprekende beamptes sonder regsopleiding in die Suid-Afrikaanse konteks in verskeie situasies aangetref, maar die fundamentele rede vir leke-beregting bly min of meer dieselfde: dit verleen legitimiteit aan die howe se beslissings omdat die regsprekende amptenare die plaaslike gemeenskap verteenwoordig en kan kommunikeer in terme wat die plaaslike gemeenskap verstaan.[804] Daarmee saam bring hulle 'n verskeidenheid van perspektiewe na die regbank wat uiteindelik kan lei tot 'n beslissing wat vanuit verskillende hoeke beredeneer is. Regsprekende beamptes sonder regsopleiding word in die Suid-Afrikaanse konteks in hoofsaaklik twee gevalle aangetref: in die een geval tree leke-assessore in die laer howe saam met die voorsittende amptenaar (wat wel oor regsopleiding beskik) op as lede van die regbank en in die ander geval word leke-beregting by die informele howe aangetref.

In die geval van leke-assessore in die laer howe dra leke-beregting by, nie alleen om die regbank meer verteenwoordigend te maak nie, maar ook om die voorsittende beampte behulpsaam te wees om die gemeenskap beter te verstaan (deur kennis van die sosiale en kulturele agtergrond ten opsigte van sake na die hof te bring) ten einde te lei tot beter hofbeslissings. Met ander woorde, die voordeel van die gemengde regbank is dat die professionele regterlike beamptes en die leke-assessore verskillende perspektiewe na die regbank bring.[805] In hierdie hoedanigheid is hulle rol dus nie alleen adviserend van aard nie, maar hulle neem ook deel aan feite-

802 Carpenter "Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy" 122.

803 Arbour "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 15.

804 Soos Richert "Lay Judges and Assessors" 350 aangedui het en wat ook hier van toepassing is.

805 Seekings en Murray *Lay Assessors* 191.

beslissings, omdat laasgenoemde by wyse van meederheidstem geskied. Regspunte en die finale besluit oor vonnisoplegging berus by die voorsittende beampte, alhoewel leke-assessore ook hier in 'n adviserende hoedanigheid optree ten opsigte van die inhoud van gemeenskapsgebaseerde straf. Ten spyte daarvan dat daar nie met presiese akkuraatheid bepaal kan word tot welke mate die legitimiteit van die howe verhoog is deur betrekking van hierdie vorm van leke-beregting nie (en 'n empiriese ondersoek hierna buite die omvang van hierdie proefskrif val), word aan die hand gedoen dat twee faktore die afleiding regverdig dat hierdie vorm van leke-beregting wel die legitimiteit van die howe verhoog het: in die eerste plek is daar gemeenskapsbetrokkenheid by die howe en het die gemeenskap inspraak in die regspraak, en in die tweede plek, is daar 'n oorwegend-positiewe persepsie by leke-assessore self ten opsigte van die bydrae wat hulle lewer tot die regspleging.[806]

In die geval van die informele howe tree regsprekende beamptes sonder regsopleiding op in die inheemse howe en gemeenskapshowe. Die legitimiteit van hierdie howe is daarin geleë dat hulle voldoen aan die volksbehoeftes: in die eerste plek is die howe toeganklik en in die tweede plek, word sake in die inheemse howe bereg aan die hand van die inheemse reg en tradisies, en sake in die gemeenskapshowe word onderworpe gestel aan 'n dispuut-beslegtingsprosedure met die oog op versoening tussen die partye, her-opvoeding van die oortreder en herstel van harmonie in die gemeenskap. Die reg en regsproses in hierdie howe is nie kultuurvreemd nie, maar eie aan die gemeenskap. Dit dra nie alleen by tot misdaadbekamping nie, maar ook tot die herstel van harmonie in die gemeenskap – dit opsigself, skep weer vertroue by die gemeenskap in die howe en bevredig hul sin vir geregtigheid in 'n groter mate as wat die geval is in die formele howe.

8.6.3 Afweging van sekere waardes teenoor mekaar

Volgens Huebner[807] is daar, by die evaluering van voorstelle met betrekking tot groter

---

806 Seekings en Murray *Lay Assessors* 167-168.

807 "Restructuring Criminal Justice" 970.

inspraak in die regspraak deur die breë bevolking, drie aspekte wat teen mekaar opgeweeg moet word. Hy vat hierdie drie aspekte soos volg saam:

> "...the quality of justice rendered (the instrumental aim); the meaningfulness of the participation afforded (the participatory aim), and the system's efficacy in training blacks to assume judgeships (the training aim). Significant choices and tradeoffs are inevitable. For example, extremely participatory systems may not produce the 'best' – or even barely adequate – decisions. The structures that best prepare blacks to assume judgeships of necessity do not include the laity, and thus will not be the most participatory. One's choices are affected by the relative weight of one's priorities."

Die waarde van *verteenwoordiging* verwys gewoonlik na die demokratisering van die regbank by wyse van leke-deelname en dit dra gewoonlik by tot legitimiteit van die regbank. Hierdie demokratisering aan die een kant, moet opgeweeg word teenoor *effektiwiteit* aan die ander kant.[808] Hierdie element van effektiwiteit verwys na die *kwaliteit van geregtigheid* – byvoorbeeld in die geval van leke-assessore na *effektiewe beregting* sodat die beskuldigde in 'n gegewe geval 'n *billike verhoor* kry soos gewaarborg in die Grondwet. Om 'n saak effektief te kan bereg, word opleiding benodig nie alleen ten opsigte van die verloop van die regsproses en hul rol as leke-regters in hierdie beregtingsproses nie, maar ook sodat hulle hulself kan verwoord en kan redes gee vir hul beslissing, wat hulle kan handhaaf in onderlinge bespreking tussen lede van die paneel van die regbank tydens die besluitnemingsproses.[809] Dit blyk dat selfs onder diegene wat voorstaanders is van leke-beregting, daar 'n aanvraag is vir meer opleiding.[810] Selfs die leke-assessore wat saam met die voorsittende amptenaar as regsprekende amptenare op die regbank in die laer howe optree, identifiseer opleiding as 'n noodsaaklikheid.[811] Hierdie aspek van opleiding aan persone wat juis gekies is omdat hulle nie regsopleiding het nie, is 'n netelige kwessie. Die vraag wat

---

808 "The problem of participation is one of managing the contradiction between efficiency and democracy" – Bankowski en Mungham "Lay Participation" 21.

809 Seekings en Murray *Lay Assessors* 183-184.

810 Seekings en Murray *Lay Assessors* 183-186 is duidelik voorstaanders van selfs 'n groter mate van leke-beregting en doen op 185-186 voorstelle aan die hand ten opsigte van die aspekte wat deur opleiding gedek behoort te word. 'n Aanvraag vir meer opleiding is 'n verskynsel wat ook in ander regstelsels aangetref word – Provine *Judging Credentials* 187ev.

811 Seekings en Murray *Lay Assessors* 111-114.

daaruit voortspruit is tot welke mate opleiding verskaf moet word? Indien gepoog word om regsgeleerdes van hierdie persone te maak, kom dit neer op 'n verydeling van die beginsel van leke-beregting. Daar moet dus 'n middeweg gesoek word sodat leke-regters (en leke-assessore soos by die geval in die laer howe) genoegsame kennis en inligting tot hul beskikking het om 'n ingeligte besluit te kan neem. Juis hierdie probleem noop Provine[812] om tot die gevolgtrekking te kom dat

> "A legal system, it seems clear, cannot simultaneously satisfy desires to represent citizen opinion on tribunals and at the same time satisfy professional standards for performance."

Die waarde van verteenwoordiging kom egter ook ter sprake by evaluering van die effektiwiteit van die stelsel om genoeg persone (afkomstig van ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep) op te lei vir regterskap.[813] Hierdie aspek kom ter sprake by die voorstelle ten opsigte van die assessorestelsel in die hoër howe, waar van die standpunt af uitgegaan word dat betrekking van sodanige persone met regsopleiding om as assessore saam met die voorsittende amptenaar op die regbank te dien, sal bydra tot hul ondervinding en regsopleiding om hul voor te berei vir moontlike toekomstige regterskap. Omdat hierdie voorstel gerig is op die verdere opleiding van sodanige persone *met regsopleiding*, is dit duidelik dat verteenwoordiging in hierdie opsig *nie leke-persone met geen regsopleiding* insluit nie.

Ten slotte moet die waarde van verteenwoordiging opgeweeg word teen die onafhanklikheid van die regbank, wat onder andere behels dat 'n regterlike amptenaar op 'n onafhanklike, onpartydige wyse 'n saak bereg. Alhoewel selfs regterlike amptenare met regsopleiding nie absoluut gevrywaar is teen beïnvloeding deur eksterne faktore nie, is hulle as gevolg van hulle regsopleiding beter in staat om dit te weerstaan as in die geval van byvoorbeeld leke-persone. Gevolglik word afgesluit met die standpunt van Froneman,[814] naamlik dat "[i]f making the judiciary more repre-

---

812 *Judging Credentials* 188.

813 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 970 ev verwys na opleiding van *Swart* persone, maar soos reeds aangetoon is dit verkieslik om hierdie eng omskrywing eerder uit te brei na persone van al die verskillende bevolkingsgroepe (uitgesluit die blanke bevolkingsgroep).

814 "The Role of the Courts in a Changing Society" 1997 *Consultus* 121.

sentative means that it may lose its excellence and independence, the whole exercise carries the seeds of its own demise."

HOOFSTUK 9

SAMEVATTING, GEVOLGTREKKINGS EN AANBEVELINGS

9.1 INLEIDING

In hierdie ondersoek is gepoog om die onafhanklikheid van die regbank in strafsake te evalueer teen die agtergrond van veral die kritiek dat die regbank 'n legitimiteitskrisis beleef as gevolg van die aanstelling van regterlike amptenare, die samestelling van die regbank en die neiging, wat in die verlede voorgekom het, tot lewering van owerheidsgesinde beslissings. Dit is gedoen deur gebruik te maak van die regsvergelykende metode van ondersoek. Al die gevolgtrekkings waartoe in die voorafgaande hoofstukke gekom is, sal nie hier herhaal word nie. Slegs dié gevolgtrekkings wat sinvol is met die oog op die maak van aanbevelings word hier verder ontwikkel. Vir verdere gevolgtrekkings wat nie spesifiek betrekking het op die maak van aanbevelings nie, sien die einde van elke hoofstuk.

9.2 SAMEVATTING EN GEVOLGTREKKINGS

Die onafhanklikheid van die regbank word gemeet aan die bestaan van sekere objektiewe waarborge ten opsigte van onafhanklikheid[1] en die toepassing van sodanige waarborge in die praktyk[2] – met ander woorde, tot welke mate die onafhanklikheid van die regbank in die praktyk beskerm, gehandhaaf of ondermyn word. Aanvullend tot hierdie waarborge ten opsigte van die onafhanklikheid van die regbank is die vereiste dat die publiek vertroue moet hê in die regbank.[3] Alleenlik wanneer daar openbare

---

1 A 165(2) van die Grondwet van 1996 bevat 'n algemene bepaling dat die regsprekende gesag onafhanklik, onpartydig en slegs aan die Grondwet en reg onderworpe is. Verder bevat die Grondwet ook spesifieke waarborge ten opsigte van bv die aanstelling van regterlike amptenare (a 174), hul ampsduur (a 176(1)-(2)), hul diensvoorwaardes (a 176(3) en 174(7)) en ontslag (a 177).

2 "It is important to remember that judicial independence is neither self executing nor static. The efficacy of judicial independence depends as much on the nature of the objective guarantees that are put in place (legislation and practical measures) as it does on the extent to which judicial independence is protected, asserted or undermined." Laue "Judicial Independence and Accountability" 90-91.

3 Laue "Judicial Independence and Accountability" 96.

vertroue in die onafhanklikheid van die regbank is, geniet die regbank legitimiteit in die oë van die bevolking en is daar 'n algemene gevoel van nakoming van die regbank se hofbevele.[4] Openbare persepsie word weer gebaseer op onpartydige, onbevooroordeelde, neutrale beregting van sake sonder enige eksterne beïnvloeding deur die owerheid of vanuit enige ander oord.[5]

By evaluering van die onafhanklikheid van die regbank word 'n onderskeid gemaak tussen die onafhanklikheid van die individuele regters en die kollektiewe onafhanklikheid van die regbank as geheel. Die onafhanklikheid van die individuele regters word onderverdeel in twee komponente, naamlik hul persoonlike onafhanklikheid (wat beteken dat hulle aanstelling, ampsduur en diensvoorwaardes nie willekeurig deur ander owerheidsorgane beheer word nie) en hul saaklike (of substantiewe) onafhanklikheid (wat beteken dat hulle in die uitoefening van hulle pligte slegs onderworpe is aan die reg).[6]

A Wat die persoonlike onafhanklikheid van die regbank betref is die kritiek geopper dat die regbank nie legitimiteit geniet nie omdat die samestelling daarvan nie verteenwoordigend is van die gemeenskap wat betref ras en geslag nie. Hiermee saam is die kritiek geopper dat politieke faktore 'n rol speel by die aanstelling van regters in die hoër howe en dat die regbank in die laer howe ook nie as onafhanklik beskou word nie, maar eerder as 'n verlengstuk van die Departement van Justisie.

Regsvergelyking het aan die lig gebring dat al die metodes van seleksie van regterlike amptenare, hetsy by wyse van verkiesing of aanstelling deur die uitvoerende gesag (met of sonder wetgewende bevestiging) of aanstelling deur 'n liggaam wat normaalweg

---

4 Mahomed "The Role of the Judiciary" 112; Laue "Judicial Independence and Accountability" 96; Walker *The Rule of Law* 41.

5 Amerasinghe "Judicial Independence" 76 ev.

6 Sien oa Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" 598-99; Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 237-239; Laue "Judicial Independence and Accountability" 96. Sien die bespreking in afd 2.3 en hfst 3 en 4.

bekend staan as 'n regterlike dienskommissie, ten doel het om die beste kandidate te selekteer as regsprekende amptenare ten einde uiting te kan gee aan die doel van die regbank, naamlik die bewerkstelliging van geregtigheid.[7] Nie alle metodes van regterlike seleksie is ewe effektief nie en hang tot 'n groot mate af van die praktiese implementering daarvan. Hier het die posisie in Zimbabwe en Namibië sekere riglyne daargestel: albei lande het na demokratisering 'n regterlike dienskommissies ingestel en in albei gevalle is gepoog om 'n nalatenskap van rassediskriminasie te oorkom deur die regbank te hervorm sodat die samestelling daarvan die gemeenskap tot 'n groter mate reflekteer.[8] Ten opsigte van die *seleksie* van regterlike amptenare in Suid-Afrika, is tot die gevolgtrekking gekom dat baie van die kritiek wat in die verlede geopper is, naamlik dat politieke faktore 'n rol gespeel het by die aanstellingsprosedure deur die uitvoerende gesag, ondervang is deur die instelling van die Regterlike Dienskommissie wat tans verantwoordelik is vir die seleksie van regsprekende amptenare in die hoër howe. Dit blyk egter dat die *samestelling* van die Regterlike Dienskommissie belangrik is vir die onafhanklikheid van hierdie instelling en gevolglike aanstellings wat gemaak word tot die regbank, omdat die persepsies en standpunte van die onderskeie lede van die Kommissie 'n effek het op die besluitnemingsproses van die liggaam. Die samestelling van die Regterlike Dienskommissie lei tans tot uiteenlopende kommentaar: aan die een kant word daarop gewys dat die Kommissielede oor die algemeen regspraktisyns, regters en 'n regsakademikus is en dat selfs die politieke aanstellings regsgeleerdes is; aan die ander kant word kritiek geopper teen die grootte van die Kommissie en dat die samestelling daarvan deur politici oorheers word. Dit blyk dat 13 van die 23 permanente Kommissielede hul aanstelling direk of indirek te danke het aan die meerderheidsparty in die nasionale uitvoerende gesag – met ander woorde, die feit dat die besondere samestelling van die Kommissie tot gevolg het dat die lede wat direk of indirek deur politici daargestel word in die meerderheid is, blyk problematies te wees.[9] Evaluering van die werksaamhede van die Kommissie het aan die lig gebring, dat alhoewel sommige van die Kommissie se

---

7 Sien afd 3.2 en 3.6.

8 Sien afd 5.6.1.1.

9 Sien die bespreking in afd 8.4.1.1.

besluite as kontroversieel beskou word, die instelling tog wydverspreid vertroue gewen het deur sy verantwoordbaarheid wat blyk uit sy aanvaarding van meer deursigtige prosedures en sy verbintenis tot die aanstelling van 'n meer gediversifiseerde regbank.[10] Voordat oorgegaan word tot die aspek van 'n verteenwoordigende regbank en seleksiekriteria by aanstelling, moet kortliks gewys word op die metode van seleksie van regsprekende amptenare in die laer howe.

Dit het geblyk dat die onafhanklikheid van die regbank in die laer howe eers relatief onlangs met die inwerkingtreding van die Wet op Landdroste 90 van 1993[11] verwesenlik is toe regsprekende amptenare statutêr verwyder is uit die staatsdiens.[12] Ingevolge die Grondwet[13] moet regterlike beamptes in die laer howe aangestel word ingevolge 'n wet van die Parlement wat moet verseker dat sulke amptenare se aanstelling, bevordering, verplasing, ontslag of dissiplinêre stappe teen hulle plaasvind sonder begunstiging of vooroordeel. Wat die *persoonlike onafhanklikheid* van die regbank in die laer howe betref, blyk dit dat die kritiek teen die *seleksie* van regterlike amptenare in die laer howe grootliks ondervang is deur die instelling van die Landdrostekommissie wat verteenwoordigend is van verskeie belangegroepe en verskeie lede uit die regsprofessie betrek het by hul werksaamhede.[14] Die sleutel tot die verwesenliking van regterlike onafhanklikheid in die laer howe bly egter onderhewig aan die praktiese implementering van welke statutêre of ander ondersteuningsmaatreëls ook al van toepassing is.

Regsvergelyking en veral die internasionale minimumstandaarde opgestel deur onder andere die *IBA* het aan die lig gebring dat daar eenstemmigheid is dat die seleksie van regterlike amptenare op *meriete* behoort te geskied en dat die prosedure vir

---

10 Malleson "Judicial Service Commission" 46.

11 Wat in werking getree het op 11 Maart 1994.

12 Sien afd 8.4.3.

13 A 174(7) van die Grondwet van 1996.

14 Sien afd 8.4.3.1.

aanstelling tot die regbank billik, deursigtig en redelik behoort te wees.[15] Die seleksieproses dra dus by tot die onafhanklikheid van die regbank in die sin dat gepoog word om die beste moontlike kandidate te soek tydens 'n proses wat deursigtig en billik is.[16] Die seleksieproses kan derhalwe gesien word as die *front-end mechanism of accountability* omdat die seleksieproses moet verseker dat die beste kandidate geselekteer word ten einde die gunstigste prestasielewering te bevorder (*to promote the optimum performance*).[17] Die vraag wat egter ontstaan is watter kriteria gebruik moet word om die beste kandidate te identifiseer.

Ten spyte daarvan dat meer regterlike amptenare (afkomstig van die ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep) aangestel is sedert die werksaamhede van die Regterlike Dienskommissie 'n aanvang geneem het, is die regbank nog oorwegend blank. Die probleem kan grootliks toegeskryf word aan die feit dat as gevolg van historiese en ander redes die "poel" van kandidate wat kwalifiseer vir regterskap beperk is. In die lig van die opdrag in die Grondwet dat daar gestrewe moet word daarna dat regterlike aanstellings *in die breë die rasse- en geslagsamestelling van Suid-Afrika weerspieël*[18] en omdat die Grondwet bloot vereis dat 'n *toepaslik gekwalifiseerde* en 'n *geskikte en gepaste persoon*[19] aangestel word, het die Kommissie sy wye diskresie gebruik om seleksiekriteria aan te neem wat wyer gaan as die eng vereistes van regsvaardigheid en deskundigheid wat tradisioneel gebruik is vir aanstelling.[20] Deur die kriteria op hierdie wyse uit te brei,[21] het die Kommissie

---

15 Sien die bespreking in afd 3.2 en 3.6.

16 Mahomed "The Role of the Judiciary" 113.

17 Amerasinghe "Judicial Independence" 78.

18 A 174(2) van die Grondwet van 1996.

19 A 174(1) van die Grondwet van 1996.

20 Sien afd 8.4.1.1(b).

21 Malleson "Judicial Service Commission" 47 wys op die volgende kriteria:
"Instead, the criteria include more general characteristics, notably independence, open-mindedness, intellectual ability, fairness, judgement, perceptiveness, stamina, industry, courage and integrity. Negative attributes that would disqualify a candidate include a personal history of hypocrisy, dishonesty, opportunism or expediency."

kandidate wat nie die tradisionele beroepspad gevolg het nie, ook die geleentheid gebied om te toon dat hulle op ander gebiede oor kwaliteite beskik wat tot gevolg sou hê dat hulle ook as *fit en proper* persone beskou sou kon word om as regter aangestel te word. Ten opsigte van *transformasie* van die regbank, was die meerderheid van die Kommissie dit eens dat transformasie nie bloot beteken verandering van die personeel van die regbank deur "replacing white faces with black faces" nie, maar ook 'n geval van intellektuele transformasie.[22] Die beperkte aantal gekwalifiseerde vroue en Swart mans in die regsprofessie is as een van die struikelblokke in die pad van transformasie van die regbank wat betref ras en geslag, geïdentifiseer.

Die *verteenwoordigende kwaliteite* van die regbank hou direk verband met die proses van *seleksie* van regterlike amptenare. 'n Regbank wat verteenwoordigend is van die gemeenskap verhoog die persepsie dat die regbank onafhanklik is en by beregting van sake alle perspektiewe in ag sal neem ten einde 'n billike en onpartydige beslissing te maak.[23] Dit dra weer by tot die legitimiteit van die regbank, want laasgenoemde word weer gemeet deur onder andere te kyk na die openbare vertroue in die regbank.[24] Slegs as die regbank as onafhanklik gesien word, sal daar 'n algemene gevoel van nakoming van hofbevele deur die publiek wees.[25]

Die vraag wat dus ontstaan is hoe te werk gegaan moet word om regsprekende amptenare te selekteer sodat die regbank nie alleen onafhanklik is nie, maar dat die samestelling daarvan 'n refleksie is van die gemeenskap in die algemeen wat betref ras en geslag.[26] Regterlike amptenare moet op grond van meriete aangestel word,

---

22 Whittle "How to Judge a Judge" 19.

23 Sien afd 8.4.1.4.

24 Sien afd 2.10.

25 Sien afd 2.11.2.

26 Sien afd 3.5. Die gedagte dat die regbank in die algemeen verteenwoordigend moet wees van die gemeenskap is nie nuut nie en word wêreldwyd in verskillende regstelsels en selfs in die internasionale minimumstandaarde van die *IBA* aangetref. Tov die vereiste dat die regbank verteenwoordigend moet wees, sien die bespreking van hierdie aspek in die regsvergelykende afdeling in oa afd 5.2.1.1.3 (Engeland), afd 5.3.1.1.3 (Amerika), afd 5.4.1.1.3 (Duitsland), afd 5.5.1.1.3 (Frankryk), afd 5.6.3.1.3 (Zimbabwe en Namibië) en afd 5.7.1.3.

maar *meriete* moet die element, wat Harris[27] 'n *sosiale waarnemingsvermoë* noem, insluit – kortliks kom dit neer op 'n regsprekende amptenaar se ondervinding en begrip van die lewe in die algemeen. Hy voeg egter by dat die feit dat die regbank nie die samestelling van die bevolking, of ten minste die professie, weerspieël nie, daarop kan dui dat die reeks van persepsies van die gemeenskap, wat teenwoordig is op die regbank, nie wyd genoeg is nie. Die belangrikste oogmerk is dan om te bepaal welke metode van regterlike seleksie waarskynlik 'n regbank tot gevolg sal hê wat die kwaliteit van *sosiale waarnemingsvermoë* bevat. *Verteenwoordiging* volgens hierdie standpunt beteken dus eintlik dat *alle persepsies in die gemeenskap teenwoordig moet wees* op die regbank, en *nie* dat die regbank die gemeenskap demografies moet reflekteer nie.

Ingevolge artikel 174(2) van die Grondwet van 1996 word vereis dat wanneer regterlike beamptes aangestel word (dit geld vir beide die Konstitusionele Hof as die ander howe), die behoefte, naamlik "for the judiciary to *reflect broadly*[28] the racial and gender composition of South Africa" oorweeg moet word. Daar word aan die hand gedoen dat die volgende kwaliteite van die regbank, naamlik *onafhanklikheid* en veral *regskundigheid* en *bekwaamheid* (waarby die kwaliteit van sosiale waarnemingsvermoë ingesluit word) om effektiewelik geregtigheid te laat geskied by wyse van regspraak, voorrang behoort te geniet bo die kwaliteit van demografiese *"verteenwoordigendheid"* van die gemeenskap. Die redes hiervoor kan kortliks soos volg saamgevat word:

- Eerstens vereis die bewoording in die Grondwet *nie* dat die regbank verteenwoordigend moet wees van die bevolking wat betref ras en geslag in *direkte verhouding* tot die bevolkingsamestelling nie – daar word net vereis dat die *behoefte* dat die regbank die *gemeenskap in die breë moet reflekteer* (*broadly reflect*) *in gedagte gehou* moet word wanneer aanstellings gemaak word. Verder kom demografiese verteenwoordiging neer op 'n tipe kwota-stelsel wat indruis teen die waardes vervat in die Grondwet: een so 'n waarde wat uit-

---

27 "Appointments to the Bench" 197 ev. Sien afd 3.5 en 8.4.1.4.

28 Eie kursivering.

druklik vermeld word is dié van *nie-rassisme*[29] wat bevestig word deur artikel 7 en die gelykheidsklousule in artikel 9. Die Grondwet beklemtoon dat die stappe wat ingevolge artikel 9(2) geneem kan word om die rassewanbalans reg te stel gedoen word met die oog daarop *om die bereiking van gelykheid te bevorder.* Hierdie bepalings in die Grondwet is onversoenbaar met 'n kwotastelsel waar dit bloot gaan om getalle.[30]

- Tweedens blyk die standpunt van die Regterlike Dienskommissie te wees dat *verteenwoordiging* nie 'n kwaliteit is wat aan 'n individuele regter kleef nie – dit is 'n kollektiewe kwaliteit wat nagestreef word, nie met die oog op die individuele kandidate nie, maar met die oog op die kollektiewe verbetering van die kwaliteit van geregtigheid.[31] Met hierdie interpretasie het die Kommissie die idee verwerp dat samestelling van 'n regbank wat verteenwoordigend is wat betref ras en geslag noodwendigerwys beteken dat sodanige groepe uit die gemeenskap geselekteer moet word in direkte verhouding tot hul teenwoordigheid in die nasionale bevolking. (Daar word toegegee dat die Kommissie in latere aanstellings, op sterkte daarvan dat *potensiaal en integriteit* van kandidate swaarder weeg as *tegniese vaardigheid*, Swart kandidate aangestel het met relatief min ondervinding – hierdie besluit is betreurenswaardig, en alhoewel dit waarskynlik gedoen is om die regbank vinniger aan te vul met regters afkomstig van die ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep, is sodanige optrede riskant, nie alleen vir so 'n regsprekende amptenaar wat hom of haar in 'n posisie mag bevind waarvoor hy of sy nie opgewasse is nie, maar ook vir die partye wie se sake deur sodanige regter bereg moet word. Dit is 'n ope vraag wat die effek hiervan, en veral as volhard word met aanstellings in ooreenstemming met hierdie denkpatroon, op die algehele vlak van bekwaamheid van die regbank sal wees.);
- In die derde plek, wys Seekings en Murray[32] daarop dat daar wel menings-

---

29 A 1(b) van die Grondwet van 1996.

30 Sien afd 3.5 en 8.4.1.3.

31 Sien afd 8.4.1.1(b)(bb) en 8.4.1.3.

32 *Lay Assessors* 171.

peilings is wat daarop dui dat die legitimiteitskrisis oorvereenvoudig is deur sommige kritici en dat dit nie noodwendig net saamhang met die rassesamestelling van die regbank nie – daar is ook meningspeilings wat daarop dui dat die publiek meer bekommerd is "with the efficacy of the criminal justice system than with any residual racial discrimination or prejudice";

- In die vierde plek, bring regsvergelykende ondersoek aan die lig dat in geeneen van die regstelsels wat ondersoek is, dit 'n absolute vereiste is dat die regbank die samestelling van die gemeenskap demografies moet reflekteer wat betref ras en geslag nie; in geeneen van die regstelsels voldoen die samestelling van die regbank in die praktyk ook aan so 'n vereiste nie;[33]
- In die vyfde plek, vereis die minimumstandaarde neergelê deur die *IBA* saamgelees met dié in die "Universal Declaration"[34] dat seleksie van regters moet geskied op grond van *meriete*, wat beteken dat hulle individue moet wees met integriteit, wat goed opgelei is in die reg en bekwaam is; daar word bygevoeg dat regterlike kandidate op gelyke voet toegang moet hê tot die regstersamp – waar daar nie aan laasgenoemde vereiste voldoen word nie, omdat daar nie genoeg gekwalifiseerde regsgeleerdes (afkomstig van ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep) is nie, behoort hierdie probleem opgelos te word by wyse van opleidingsprogramme en waar laasgenoemde nie genoeg geskikte kandidate oplewer nie, behoort demokratisering van die regbank plaas te vind in die vorm van assessore wat betrek word by die regspleging.[35]

Die twee voorstelle wat gemaak is ten einde die regbank meer verteenwoordigend te maak wat betref ras en geslag, naamlik die herinstelling van die juriestelsel en die uitbreiding van die stelsel van assessore, is ten opsigte van beide die hoër howe as

---

33 Sien die bespreking tov die posisie in Engeland in afd 5.2.1.1.3, tov die posisie in Amerika in afd 5.3.1.1.3, tov die posisie in Duitsland in afd 5.4.1.1.3, tov die posisie in Frankryk in afd 5.5.1.1.3.

34 Sien afd 3.2.

35 Sien afd 8.4.1.3.

die laer howe ondersoek.[36] Ten opsigte van die juriestelsel is gekyk na die implementering van die stelsel in Engeland, Amerika en Frankryk teen die agtergrond van Suid-Afrika se ondervinding met die juriestelsel in die verlede wat uiteindelik weens onbruik afgeskaf is.[37] Dit het geblyk dat die juriestelsel nie 'n realistiese alternatief vir Suid-Afrika is nie en wel om die volgende redes: daar is 'n gebrek aan ondersteuning vir die juriestelsel onder die regsgemeenskap, dit is moeilik om die bewysstandaard aan jurielede te verduidelik en daar is geen vereiste dat die jurie redes moet verskaf vir 'n beslissing nie, die juriestelsel leen hom tot manipulasie deur regspraktisyns, daar is 'n algemene aanvaarding dat juries nie suksesvol funksioneer in gefragmenteerde gemeenskappe nie en die herinstelling daarvan sal te hoë administratiewe koste tot gevolg hê.[38] Daarenteen het die stelsel van assessore[39] geblyk 'n meer praktiese en geskikte alternatief te wees ten einde die regbank in die hoër sowel as die laer howe meer verteenwoordigend te maak van die gemeenskap.[40]

Ten opsigte van die *gebruikmaking van assessore* in die hoër howe is tot die gevolgtrekking gekom dat in die lig van die geloofwaardigheidskrisis wat die regbank beleef, die ideaal sou wees om twee assessore in alle Hoë Hofsake aan te stel.[41] Nie alleen word sake wat baie ingewikkeld en ernstig is, in die Hoë Hof aangehoor nie, maar sodoende sal gemeenskapsdeelname aan die beregtingsproses kan plaasvind en die beslissing sal die uiteindelike gevolg wees van verskillende persone se insette, standpunte en beredenering. Hierdie voorstel is verwoording van wat die *ideale* situasie sou wees, maar daar moet tred gehou word met die werklikheid en bepaal

---

36 Sien afd 8.4.1.3.1 en afd 8.4.3.3.1.

37 Sien afd 6.3.2.1 (tov die jurie in Engeland), afd 6.3.2.2 (tov die jurie in Amerika), afd 6.3.2.3 (tov die jurie in Frankryk) en afd 8.2 (tov die juriestelsel in Suid-Afrika).

38 Sien afd 8.4.1.3.1(a).

39 Tov assessore was die posisie in Duitsland, veral tov die seleksie en invloed van leke-regters, rigtinggewend. Sien afd 6.2.3.

40 Sien afd 8.4.1.3.1(b) tov die stelsel van assessore in die hoër howe en afd 8.4.3.3.1(b) tov die stelsel van assessore in die laer howe.

41 Sien afd 8.4.1.3.1 (b)(bb)(i). In Zimbabwe, wat 'n soortgelyke stelsel van assessore het as Suid-Afrika, word in a 3 van die *High Court of Zimbabwe Act* 29 of 1981 bepaal dat twee assessore aangestel moet word om saam met die regter te dien in alle kriminele verhore in die *High Court*.

word of hierdie voorstel koste-effektief en prakties uitvoerbaar is. Indien dit egter enigsens moontlik blyk te wees, behoort hierdie voorstel tog geïmplementeer te word.

Ten opsigte van die *seleksie en toewysing van assessore aan bepaalde sake* het dit geblyk dat kommentatore[42] dit eens is dat regsprekende amptenare nie hul eie assessore behoort te kies nie. Daar is derhalwe tot die gevolgtrekking gekom dat 'n prosedure vir die onafhanklike en eenvormige selekteer van assessore van 'n voor-opgestelde lys van assessore vasgestel behoort te word. Ten opsigte van hierdie aspek het die Duitse stelsel riglyne gebied, aangesien hulle gebruik maak van 'n stelsel waar regters geen diskresie het ten opsigte van welke leke-regters geselekteer word om saam met hulle op die regbank op te tree nie.[43]

Dit het geblyk dat daar onder kommentatore eenstemmigheid is dat die *"poel" waaruit assessore gekies* moet word vergroot moet word. Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat dit bewerkstellig kan word eerstens, deur die insluiting van *leke-persone*[44] *op meriete* en tweedens, deur insluiting van *ander persone met regskwalifikasies*.[45] Ten opsigte van eersgenoemde, naamlik die insluiting van *leke-persone op meriete*, word daarop gewys dat in teenstelling met juries, leke-assessore die voordeel sal hê dat hulle saam met 'n professionele regter sit en deur hom of haar in die feite-bevindingsproses gelei word en derhalwe minder geneig sal wees om die "unreasoned erratic type of decision associated with jury verdicts" te gee.[46] Met ander woorde, persone wat *beskik oor bepaalde ondervinding of 'n kwalifikasie wat hulle geskik maak* om in 'n bepaalde saak as assessore op te tree, kan geselekteer word

---

42 Sien afd 8.4.1.3.1 (b)(bb)(ii).

43 Sodra 'n paneel van leke-regters geselekteer is, word hulle by wyse van looitjies wat getrek word toegewys aan sake ooreenkomstig 'n bepaalde rooster. Caspar en Zeisel "Lay Judges in the German Criminal Courts" 183. Sien die bespreking ten opsigte van die Duitse stelsel in afd 6.2.3.1.1(b).

44 Leke-persone word vir doeleindes van hierdie proefskrif beskou as persone wat nie oor 'n regskwalifikasie beskik nie.

45 Sien afd 8.4.1.3.1 (b)(bb)(iii).

46 Dugard "Lay Participation" 55.

om as leke-assessore op te tree op grond van 'n bepaalde kundigheid, soos byvoorbeeld op die gebied van inheemse gebruike en gewoontes van 'n bepaalde inheemse bevolkingsgroep of in gevalle waar tegnologies-wetenskaplike vraagstukke ter sake is.[47] Die ondervinding in verskeie regstelsels, maar veral Duitsland, het aan die lig gebring dat leke-regters wat saam met professionele regters op die regbank dien, deur die professionele regters oordonder word.[48] Juis daarom is tot die gevolgtrekking gekom dat assessore met regskwalifikasies op meer gelyke vlak met die professionele regters sal kan debatteer en redeneer as gevolg van hulle regsopleiding. Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat waar omstandighede die aanstel van leke-assessore vereis, die regbank in sodanige gevalle vergroot behoort te word om ook assessore met regsopleiding in te sluit ten einde saam met die professionele regter en die leke-assessor die saak te beredeneer.

Ten opsigte van die insluiting van *persone met regskwalifikasies* as assessore, is tot die gevolgtrekking gekom dat sodanige persone geselekteer moet word van 'n vooropgestelde lys van geskikte persone en dan op 'n lukrake wyse toegewys (*selected at random*) behoort te word aan 'n bepaalde saak. Die posisie in Duitsland ten opsigte van die lukrake selekteer van leke-regters vanaf 'n vooropgestelde lys van persone kon weer eens hier as riglyn gebruik word.[49] Om aan te pas by Suid-Afrikaanse toestande is tot die gevolgtrekking gekom dat, in teenstelling met die posisie in Duitsland, behoort die lys van geskikte persone die name van regsgeleerdes te bevat en op 'n vrywillige basis saamgestel te word deur 'n ernstige

---

47 Die gebruik van kundige persone wat nie regsgeleerdes is nie om die regbank by te staan, is 'n algemene praktyk veral weens die ingewikkeldheid van sekere aangeleenthede op die gebied van byvoorbeeld wetenskaplike, ekonomiese mediese of ander velde. Ten opsigte van die posisie in die Amerikaanse stelsel, sien onder andere "The Problem with the Courts: Black-Robed Bureaucracy, or Collegiality under Challenge?" 769.

48 Een van die redes wat Huebner aanvoer ten gunste van assessore met regskwalifikasies is dat "...judges seem to heed assessors precisely because the assessors have legal expertise" – "Restructuring Criminal Justice" 984. 'n Ontleding van die stelsel van leke-assessore in Duitsland dui ook daarop dat die leke-regters oorheers word deur die professionele regters. 'n Empiriese ondersoek deur Casper en Zeisel "Lay Judges in the German Criminal Courts" 189-191 dui daarop dat leke-regters die beslissing van die hof in slegs 1.4% van die sake beïnvloed het. Sien die bespreking in afd 6.4.3.2.2.

49 Sien afd 6.2.3.1.1(b).

beroep te doen op alle regspraktisyns (prokureurs en advokate) en landdroste, maar ook akademici en afgetrede persone (tot op die ouderdom van 70 jaar) wat in een van hierdie kategorieë val, wat bereid is om assessordiens te verrig, om hul name op die assessorlys te plaas.

As gevolg van die noodsaaklikheid om die regbank te demokratiseer, maar onvoldoende gekwalifiseerde persone van ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep om op die regbank aan te stel en statistiek van die huidige bevolkingsgroei wat daarop dui dat die opleiding van 'n groot aantal addisionele regters benodig word om in die behoeftes van die toekoms te voorsien,[50] is tot die gevolgtrekking gekom dat die assessorstelsel as 'n tipe opleidingsmedium gebruik kan word om meer regspraktisyns van ander bevolkingsgroepe verder op te lei en ondervinding te bied om te voldoen aan die behoeftes van die toekoms. Derhalwe is tot die gevolgtrekking gekom dat dit wenslik is om as 'n *tydelike maatreël* die vereiste in te stel dat een van die twee assessore 'n persoon moet wees wat afkomstig is van een van die ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep tot tyd en wyl daar genoeg sodanige persone is om op die regbank te dien min of meer in ooreenstemming met hul getalle in die gemeenskap. Hierdie tydelike maatreël sal dus moet dien as 'n brug na dié toekomstige tydstip wanneer hierdie doelwit bereik is.[51] As tydelike maatreël behoort dit onderhewig gestel te word aan 'n tydsbeperking waarna die posisie *weer in heroorweging* geneem moet word. Die bevinding kan dus soos volg saamgevat word: in die lig van die twee oogmerke met die assessorstelsel, naamlik a) om *regskundigheid*, ervaring en verskillende perspektiewe na die regbank te bring sodat die regsprekende amptenare die feite en reg vanuit verskillende hoeke en standpunte kan bespreek en beredeneer, en daarna tot 'n beslissing kan kom[52] en b) om te voldoen aan die behoefte van *demokratisering* en opleiding van persone wat afkomstig is van een van die ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkings-

---

50 Kahn "The Judges IV" 249.

51 Sien afd 8.4.1.3.1(b)(bb)(iii).

52 Ingevolge a 145(1)(b) van die Strafproseswet van 1977 word 'n assessor beskryf as 'n persoon wat *ondervinding het van die regspleging*.

groep,[53] behoort een persoon uit elke kategorie as assessor aangestel te word.

Gesien in die lig van bogenoemde voorstel sal die twee assessore albei gekwalifiseerde regsgeleerdes moet wees en daar behoort derhalwe konsultasie plaas te vind tussen die voorsittende regter en die assessore ten opsigte van alle regs- en feitevrae. Die uiteindelike besluit ten opsigte van vonnisoplegging behoort deur die voorsittende regter geneem te word, maar dit behoort gedoen te word na konsultasie met die assessore.[54] Samestelling en funksionering van die regbank soos hierbo voorgestel het 'n tweeledige voordeel. Aan die een kant, sal die beredenering en bespreking wat plaasvind tussen die voorsittende regter en die assessore, laasgenoemde in staat stel om baat te vind by die "full dimensions of legal reasoning" en "from tracking the thought processes of an experienced judge on issues of law and on mixed issues".[55] Met ander woorde, dit sal 'n leerondervinding wees. Aan die ander kant, sal dit lei tot beter beregting aangesien die voorsittende regter genoodsaak sal wees om sy of haar standpunt te verduidelik en te regverdig teenoor "knowledgeable and interested peers" wat nie noodwendig uit dieselfde agtergrond kom as die voorsittende regter nie.[56]

Die twee voorstelle hierbo genoem ten einde die regbank meer verteenwoordigend

---

53 In teenstelling met Huebner "Restructuring Criminal Justice" 984 se voorstel is besluit om die kategorie wat hy wil reserveer vir swart regspraktisyns, wyer te maak en alle ander bevolkingsgroepe hierby in te sluit. Die wet van gemiddeldes sal tot gevolg hê dat, indien daar meer swart regspraktisyns is as dié van die ander bevolkingsgroepe, hulle persentasiegewys meer gereeld geselekteer sal word in 'n lukrake seleksieproses. Dit is dus onnodig om tussen hulle te onderskei en op so 'n wyse kan die ander bevolkingsgroepe ook aan die beurt kom, sonder om oormatiglik te hamer op rasseverskille. Die voorgestelde kategorie is ook natuurlik wyer sodat dit nie net regspraktisyns insluit nie, maar alle persone wat voldoen aan die vermelde kwalifikasies en hul name op die assessorlys plaas.

54 Sien afd 8.4.1.3.1(b)(bb)(iv).

55 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 988.

56 Huebner "Restructuring Criminal Justice" 985 opper in vn 111 die volgende vraag: "...if the blacks and whites of South Africa are considered too fractitious and partisan to serve as jurors, why is it assumed that as assessors they will fairly administer justice?" Hier word saamgestem met Huebner wanneer hy daarop wys dat assessore juis vanweë hul regsopleiding beter in staat behoort te wees om geregtigheid onafhanklik te laat geskied. Hy voeg verder by dat "to design a system one must assume that *someone* is capable of rendering justice. I share that assumption here – that South Africa's lawyers will be able to rise above their ethnic (and racial) affiliations and administer justice fairly."

te maak, naamlik die herinstelling van die juriestelsel en uitbreiding van die assessorestelsel, is ook ondersoek ten opsigte van die laer howe.[57] Dit het geblyk dat die herinstelling van die juriestelsel ook nie 'n werkbare oplossing vir die laer howe in Suid-Afrika bied nie om dieselfde redes wat hierbo genoem is. Wat die assessorestelsel betref, lok die uitbreiding van die stelsel van leke-assessore (en meer spesifiek die verpligtende gebruikmaking van assessore) uiteenlopende kritiek uit. Dit wil egter voorkom asof die uitbreiding van die assessore-stelsel, waarby leke-assessore ingesluit word, effektief kan funksioneer, mits sekere probleme wat tans bestaan, aangespreek word.[58] Die probleme wat bestaan kan kortliks soos volg saamgevat word:

- Sedert die inwerkingtreding van die stelsel is daar basies twee verskillende doelwitte met die stelsel geïdentifiseer:[59] in die een geval is aangevoer (hoofsaaklik deur politici) dat in die lig van die legitimiteitskrisis van die regbank dit nodig is om die rasssesamestelling van die regbank te verander en dat dit die maklikste gedoen kan word deur die aanstelling van leke-assessore uit die gemeenskap (waardeur gewoonlik bedoel is die Swart gedeelte van die bevolking); in die ander geval (soos aangetref in die bewoording van die wetgewing)[60] word dit gestel dat die stelsel van leke-assessore ingevoer is om die graad van geregtigheid te verbeter en dit word bewerkstellig deur die kennis, van veral die kulturele en sosiale agtergrond van die beskuldigde, wat die leke-assessore na die verhoor bring. Hierdie uiteenlopende visie van die oogmerke van die stelsel hou verskillende implikasies in vir die praktiese uitvoerbaarheid van die stelsel. Die voorgestelde Wysigingswet[61] gee geen verdere duidelikheid ten opsigte van die oogmerke met die stelsel nie – inteendeel, dit wil voorkom asof daar gepoog word om aan beide oogmerke te

---

57 Sien afd 8.4.3.3.1(a) en (b).

58 Sien afd 8.4.3.3.1(b).

59 Sien afd 8.4.3.3.1(b)(aa)(i).

60 A 93*ter*(2)(a)(v) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944.

61 Die Wysigingswet op Landdroshowe, 67 van 1998.

voldoen;[62]

- Dit is belangrik om te bepaal wie die *verantwoordelikheid* moet dra ten opsigte van die administrasie van die stelsel en *op welke wyse* die administrasie behoort te geskied. Meer duidelikheid word verlang ten opsigte van die seleksie van leke-assessore en die seleksiekriteria. Dit blyk dat daar nie eenvormigheid is ten opsigte van regsprekende amptenare se diskresionêre gebruik van leke-assessore nie. Daar is ook nie 'n eenvormige prosedure vir toewysing van 'n leke-assessor aan 'n bepaalde saak nie – dit blyk dat die keuse van die seleksiemetode tot 'n groot mate afhang van die oogmerke met die assessore-stelsel. Dit blyk dat die hele posisie rondom die aanstelling van assessore onseker en onbevredigend is – daar is 'n behoefte aan riglyne vir almal betrokke by die seleksie van assessore. Ten opsigte van die verpligtinge en bevoegdhede van leke-assessore blyk daar onsekerheid te wees oor die aspek of die meerderheidsbeginsel ook geld wanneer die assessore en die regsprekende amptenaar nie eenstemmigheid kan bereik oor die gemeenskapsgebaseerde straf nie.[63]
- Daar blyk 'n behoefte te wees vir 'n forum waar probleme wat ontstaan as gevolg van die praktiese implementering van die stelsel bespreek kan word.[64]
- Dit blyk dat daar rekening gehou moet word met die feit dat leke-assessore oor die algemeen meer beïnvloedbaar is deur eksterne faktore soos ontoelaatbare getuienis, die media, Amerikaanse TV-sepies waarin jurieverhore sterk uitgebeeld word en die prosedure in volkshowe wat die verbeelding aangryp en gou uiting vind in hul feitebevindings. Verder blyk dit dat nie-bywoning van verhore wat deels verhoor en dan uitgestel word problematies is.[65]
- Daar blyk 'n behoefte te wees vir 'n gedragskode wat duidelike riglyne bied ten opsigte van assessore se optrede, prosedure vir dissiplinering in geval van wangedrag en die benadering wat gevolg moet word ten opsigte van etiese

---

62 Sien afd 8.4.3.3.1(b)(aa)(i).

63 Sien afd 8.4.3.3.1(b)(aa)(ii).

64 Sien afd 8.4.3.3.1(b)(aa)(ii).

65 Sien afd 8.4.3.3.1(b)(aa)(iii).

probleme.[66]

- Dit blyk dat daar in die praktyk groot onsekerheid is ten opsigte van die koste-implikasies van die assessorestelsel en dat daar by sommige howe wel 'n beperking geplaas is op die gebruik van assessore as gevolg van die koste daaraan verbonde.[67]
- Daar is allerweë eenstemmigheid dat leke-assessore opleiding nodig het om hulle in staat te stel om hul rol as regsprekende amptenare behoorlik en effektief te vervul[68]– sodanige opleiding is nodig om die prosedure tydens die verhoor in die hof te volg en te verstaan, om redes te kan verskaf vir beslissings waar twee assessore die regsprekende amptenaar kan uitstem, om aan leke-assessore hul rol en bevoegdhede in verhouding tot dié van die voorsittende amptenaar te verduidelik en om aan hulle sensitiwiteitsopleiding te verskaf ten einde hulle 'n beter begrip te gee van die sosiale konteks[69] waarbinne die oortredings afspeel. Empiriese navorsing het verder aan die lig gebring dat *regsprekende amptenare van die laer howe*, sowel as die *publiek* beter ingelig behoort te word ten opsigte van die implementering en oogmerke van die stelsel van leke-assessore. In die lig van die ander oogmerk, naamlik die demokratisering van die gemeenskap, is dit belangrik dat die publiek bewus gemaak word van die stelsel van leke-assessore sodat hulle, waar moontlik, kan deelneem in hul seleksie.
- Assessore word geselekteer uit die gemeenskap om aan die hof 'n beter begrip te gee van die kulturele en sosiale omstandighede van die saak. Dit beteken dat

---

66 Sien afd 8.4.3.3.1(b)(aa)(iv).

67 Sien afd 8.4.3.3.1(b)(aa)(v).

68 Sien afd 8.4.3.3.1(b)(aa)(vi). Ook in Duitsland, waar leke-regters (soortgelyk aan ons leke-assessore) saam met professionele regters op die regbank dien, word opleiding aan leke-regters verskaf (na seleksie maar voor hulle op die regbank optree) by wyse van 'n opleidingspamflet. Sien die bespreking in afd 6.4.2.1.3(b).

69 Sensitiwiteitsopleiding word as deel van die algemene opleidingsprogram vir regsprekende amptenare in die laer howe aangebied by Justisiekollege *en* handel oor *sosiale konteks*-aangeleenthede. Die doel van die opleiding is om regterlike amptenare toe te rus met die kennis en begrip wat nodig is om sensitief te wees teenoor die perspektiewe en omstandighede van ander mense, sodat die regterlike amptenare se beslissings regverdig en toepaslik is ten opsigte van die gemeenskap. Een van die aspekte wat gedek word in sosiale-konteks-opleiding, is geweld teenoor vrouens, veral huislike geweld. Seekings en Murray *Lay Assessors* 184.

> die assessor dikwels 'n mate van kennis sal hê van die gebeure voor die hof – in klein gemeenskappe of dorpe sal dit eerder die reël wees as die uitsondering. Die vraag wat ontstaan is hoe goed 'n assessor 'n beskuldigde mag ken sonder om hom- of haarself te rekuseer en op hoeveel vooraf-kennis van die gebeure of partye mag die assessor steun in die hof?[70] Met ander woorde, duideliker riglyne ten opsigte van rekusering word benodig.

Deur uitbreiding van die regbank deur die stelsel van assessore word inderdaad voldoen aan die oogmerk van *gemeenskapsdeelname* deurdat 'n groot deel van die bevolking as leke-assessore betrek word by die regstelsel. Die regbank is dus nou meer verteenwoordigend van die gemeenskap as wat dit voorheen was, alhoewel daar nie vereis word dat die seleksie van assessore die profiel van die gemeenskap presies reflekteer nie. Empiriese navorsing het ook aan die lig gebring dat onder die leke-assessore, wat betrokke was by die opname, daar ook nie 'n verwagting is dat die regbank die gemeenskap in elke opsig moet reflekteer nie. Die gevoel blyk te wees dat "[w]hilst there should be a range of assessors in terms of race and gender, there was no need to be representative strictly of the community in every aspect."[71]

Die persepsie ten opsigte van die onafhanklikheid van die regbank hang ten nouste saam met die kwaliteit van beregting. Ten einde die kwaliteit van beregting op die hoogste vlak te hou, word daar in lyn met die wêreldwye tendens opleidings- en opknappingskursusse aan regterlike amptenare aangebied. Met verwysing na die posisie in Amerika, Engeland, Kanada en Australië is tot die gevolgtrekking gekom dat sodanige opleidings- en opknappingskursusse 'n waardevolle bydrae lewer en selfs uitgebrei kan word met die voorbehoud dat, alhoewel gebruik gemaak word van regsdosente en ander kundiges met moontlike waardevolle praktykservaring, die dryfveer agter en die beheer oor sodanige opleiding deurgaans by die *regbank* moet berus.[72] Opleidings- en opknappingskursusse aan regsprekende beamptes in die laer

---

70 Sien afd 8.4.3.3.1(b)(aa)(vii).

71 Sien afd 8.4.3.3.1(b)(bb).

72 Sien afd 8.4.1.1(a).

howe is reeds ingeburger in die praktyk, maar dit blyk dat uitbreiding daarvan noodsaaklik is, veral ten opsigte van die assessorestelsel in die laer howe.[73]

B Wat die saaklike onafhanklikheid van die regbank betref, is die beswaar geopper dat die regbank te owerheidsgesind is by die uitvoer van regterlike funksies en in die verlede soms dikriminerende wetgewing sonder veel skroom of teenspraak aanvaar en toegepas het.

Wat die *saaklike onafhanklikheid* van die regbank in sowel die hoër as laer howe betref, het dit geblyk dat met die inwerkingtreding van die interim- en finale Grondwet van 1996 en oorgaan na 'n stelsel van grondwetlike oppermagtigheid, daar van regterlike beamptes verwag word om 'n aktivistiese waarde-geöriënteerde of waardeaktiverende benadering by wets- en grondwetuitleg te volg wat 'n inslag het op die diskresie-uitoefening deur regters. Verder het dit geblyk dat die prosedure-aangeleenthede binne die diskresie van die regbank val, maar dat daar 'n behoefte bestaan vir verbetering van die posisie ten opsigte van administratiewe funksies, veral wat betref die voorsiening van ondersteuningspersoneel en toerusting.[74]

C Ten opsigte van die kritiek dat die oplewing in die volkshowe 'n bewys is van die algehele miskenning van en wantroue in die regsbestel.

As gevolg van verskeie redes, waaronder die persepsie dat die formele howe nie legitiem is nie omdat dit geassosieer is met die apartheidsregering en die ontoeganklikheid van die formele howe weens koste, taal, kultuur, ensovoorts het die formele howe nie voldoen aan die behoeftes van die inheemse bevolking nie. Die gevolg hiervan was dat informele gemeenskapshowe parallel met die formele howe ontstaan het.[75] Die informele howe in sowel die platteland as die stedelike gebiede was en is

---

73 Sien afd 8.4.3.1(a) en 8.4.3.3.1(b)(aa)(vi).

74 Sien hfst 4 en afd 8.4.2 en 8.4.4.

75 Sien afd 8.5.1.

steeds baie meer toeganklik vir die inheemse bevolking[76] as gevolg van die volgende redes: die fisiese afstand wat die hof van die gemeenskap af is, die taal wat tydens die verrigtinge gebruik word, die feit dat die prosedure en die tipe reg wat toegepas word nie kultuur-vreemd is nie, die informele prosedure wat tydens die beregting van sake gebruik word en die aspek van versoening en heropvoeding (re-*education*) van 'n oortreder by die gemeenskapshowe. Hierdie howe het met ander woorde in die verlede 'n groot rol gespeel in misdaadbekamping en die herstel van harmonie in die gemeenskap. Die regsvergelykende ondersoek na die informele howe van die Rooihuide in Amerika, asook die informele howe van Australië, Papua New Guinea en Indië het aan die lig gebring dat daar 'n behoefte bestaan by die inheemse bevolkings in hierdie stelsels vir die voortbestaan van die informele howe.[77] Daar bestaan geen twyfel nie dat die informele howe as gevolg van hul toeganklikheid en effektiwiteit wel legitimiteit onder die plaaslike bevolking geniet nie. Die reg en regsproses in hierdie howe is eie aan die mense en bevredig hul sin vir geregtigheid in 'n groter mate as wat die geval is in die formele howe. Dit het geblyk dat daar om dieselfde redes (naamlik toeganklikheid en voldoening aan die volksbehoeftes) ook 'n behoefte bestaan vir die behoud van die informele howe in die Suid-Afrikaanse konteks, terwyl sekere aspekte aangespreek behoort te word ten einde die howe aan te pas by veranderende omstandighede[78] in die nuwe konstitusionele bedeling (na inwerkingtreding van die Grondwet en die handves van fundamentele regte). Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat erkenning van hierdie howe deur die Staat die status en legitimiteit van hierdie howe sal verhoog en bydra tot bekamping van potensiële magsmisbruik.[79]

Wat die persoonlike onafhanklikheid van die regterlike amptenare betrokke by die informele howe betref, dien die stelsels van die Rooihuid-howe in Michigan, die

---

76 Sien afd 8.5.6.

77 Sien afd 7.2 tov die informele howe van die Rooihuide in Amerika, afd 7.3 tov die informele howe in Australië, afd 7.4 tov die informele howe in Papua New Guinea en afd 7.5 tov die informele howe in Indië.

78 Sien afd 8.5.2.

79 Sien afd 8.5.2.

informele howe in Australië (meer spesifiek, Wes-Australië en Queensland) en die informele howe in Papua New Guinea, veral as rigtinggewend ten opsigte van die volgende gevolgtrekking, naamlik, dat suksesvolle informele howe gekenmerk word deur die feit dat die gemeenskap inspraak het in die seleksie van die regterlike amptenare en dat die regterlike amptenare uit die betrokke gemeenskap afkomstig is.[80] Wat die posisie in die Suid-Afrikaanse konteks betref, is bevind dat die seleksie van regterlike amptenare[81] in die *inheemse howe* geskied deur die Minister wat die bevoegdheid tot beregting van sake aan die kaptein of hoofman van 'n bepaalde gemeenskap verleen. Tydens hofsittings word die kaptein of hoofman normaalweg bygestaan deur raadslede. Die *gemeenskapshowe*, daarenteen, is oënskynlik verteenwoordigend van die plaaslike gemeenskap in die sin dat die lede uit al die vlakke en beroepe van die plaaslike gemeenskap kom. Dit blyk dat die ouer lede van die gemeenskap in die meerderheid van gevalle as regsprekende amptenare optree.

Ontleding van die gemeenskapshowe in Indië en die inheemse howe in Papua New Guinea het daarop gedui dat dit 'n goeie beginsel is om in die praktyk eers 'n dispuut by wyse van mediasie te probeer oplos, en dan slegs waar mediasie onsuksesvol blyk te wees, die saak na die hof te verwys vir beregting.[82] Die Regskommissie het voorgestel dat die informele beregting in die geval van gemeenskapshowe geskied by wyse van 'n *Peace Committee* op die laagste vlak (wat bloot as 'n mediasiemeganisme optree) en 'n *Community Forum* (op die tweede vlak) wat as gemeenskapshof sal dien.[83] Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat so 'n reëling prakties en sinvol sal wees.

Die regsprekende amptenare by albei tipe informele howe kom uit die gemeenskap wat dit moet dien – in hierdie opsig word dus voldoen aan die element van verteenwoordiging. Die feit dat *inheemse howe* steun op die tradisionele beginsel

---

80 Sien afd 7.6.4.1.

81 Sien afd 8.5.3.1.

82 Sien afd 7.5.1 tov die *Lok Adalat*-howe in Indië.

83 Sien afd 8.5.3.1.2.

ingevolge waarvan vrouens nie toegelaat word om as regsprekende amptenare op te tree nie, is strydig met die beginsels van gelykheid en nie-diskriminasie vervat in die Grondwet. Die reg op kultuur ingevolge artikels 30 en 31 van die Grondwet waarop die tradisionele leiers steun, is onderhewig aan die gelykheidsklousule wat tot gevolg het dat die uitsluiting van vrouens as regsprekende amptenare ongrondwetlik is. In teenstelling hiermee word vrouens wel as regterlike amptenare in die *gemeenskapshowe* toegelaat en in sekere gevalle word selfs voorkeur verleen aan vroue as regterlike amptenare.[84] Die riglyn wat blyk uit die regsvergelykende ondersoek is ook hier van belang: in geeneen van die stelsels is 'n bepaling teëgekom wat dui op enige geslagsdiskriminasie nie. Inteendeel, die Rooihuid-howe in Michigan maak spesifiek in hul grondwet voorsiening dat vrouens as regterlike amptenare aangestel kan word en dit blyk dat ouer vroue (*elders*) in die tradisionele inheemse howe in Australië net so 'n belangrike rol gespeel het as ouer mans (*elders*) van die gemeenskap. Alhoewel daar ook geen beletsel is teen vroue om as regterlike amptenare in Papua New Guinea op te tree nie, is die manlike regsprekende amptenare, wat getalle betref, egter in die meerderheid.[85]

Geen regskwalifikasie word by aanstelling as regterlike amptenaar van enige van die informele howe vereis nie. Daar is bevind dat die gebrek aan regskwalifikasies by die regsprekende amptenare gekritiseer word in die lig van artikel 174(1) van die Grondwet van 1996 wat vereis dat enige toepaslik gekwalifiseerde vrou of man wat 'n geskikte en gepaste persoon is, as regterlike beampte aangestel kan word.[86] Alhoewel die regterlike amptenare *prima facie* bekwaam mag wees om inheemse reg toe te pas, het dit geblyk dat hulle oor geen regsopleiding beskik om misdrywe in die gemene reg of statutêre reg te bereg nie. Dit is nie alleen nadelig vir die persone (veral beskuldigdes) wat voor hulle in die hof verskyn nie, maar ook vir die geloof-

---

84 Sien afd 8.5.3.3.

85 Tov die Rooihuid-hof in Michigan, wat verwys na regterlike amptenare as "any person" en "he/she", sien afd 7.2.1.3. In die tradisionele inheemse reg van die *Aborigines* word vroue as gelykes met mans beskou en "[f]emale Elders were as respected as male elders" – dit bevestig die afleiding teen geslagsdiskriminasie (sien afd 7.3.1.3.5). Tov die posisie in Papua New Guinea sien afd 7.4.3.

86 Sien afd 8.5.3.1.1.

waardigheid van die hele stelsel. Alhoewel die gemeenskapshowe oorwegend siviel-regtelike aangeleenthede by wyse van mediasie oplos, het hierdie howe in die verlede ook al geringe oortredings bereg. Indien strafregtelike jurisdiksie aan hierdie howe toegeken word, sal daar ook by gemeenskapshowe besin moet word oor hierdie punt van kritiek. Die regsvergelykende ondersoek ten opsigte van die informele howe van die Rooihuide in Michigan, die informele howe in Indië, Australië en Papua New Guinea het aan die lig gebring dat opleiding aan regsprekende amptenare noodsaaklik is. Alhoewel daar in sommige stelsels net na *gepaste opleiding* verwys word, word daar by die gemeenskapshowe in Indië en die inheemse Rooihuid-howe in Michigan (op appèlhof-vlak) vereis dat ten minste *een* van die regterlike amptenare (waar die regbank bestaan uit 'n paneel van drie) oor *regs-opleiding* moet beskik. [87]

Daar blyk meriete te wees in die voorstel vir die aanstel van deels-gekwalifiseerde regsgeleerde persone (*para-legals)* as hofklerke by albei soorte informele howe: hulle sal die howe kan adviseer en help om beslissings wat strydig is met die Grondwet en prosedures wat nie voldoen aan die reëls van natuurlike geregtigheid nie, te vermy.[88] Hulle behoort verder in staat te wees om rekord te hou van die verrigtinge wat insluit samevattings van die getuienis en redes vir die beslissings. Sodanige rekords kan dan op appèl en hersiening gebruik word.[89] Ten opsigte van hierdie aspek het veral die stelsels in Papua New Guinea en Indië gewys op die voordele van rekord-houding.[90]

Ten opsigte van die vergoeding van regterlike amptenare by die *gemeenskapshowe,*[91] is bevind dat sodanige regsprekende amptenare normaalweg as vrywilligers optree. Die aard van vergoeding aan regterlike amptenare moet die gees van vrywillige diens

---

87 Sien afd 7.6.4.2.

88 Sien afd 8.5.3.1.2.

89 Sien afd 8.5.5.

90 Sien afd 7.6.5.

91 Sien afd 8.5.3.2.

(*spirit of volunteerism*) aanmoedig, en moet, volgens die Regskommissie, in die regulasies vervat te word. Regsvergelyking het aan die lig gebring dat vergoeding in ander regstelsels gering is: in Papua New Guinea word die regterlike amptenare vergoed by wyse van *honoraria* en in Indië word geen addisionele vergoeding betaal nie – dit word beskou as gemeenskapsdiens.[92]

Wat die saaklike onafhanklikheid van die informele howe[93] betref, blyk dit dat die verrigtinge by albei tipe howe informeel, eenvoudig en inkwisitories van aard is. Die verloop van die verhoor val binne die diskresie van die voorsittende amptenaar. Daar word voldoen aan die *audi alteram partem*-reël, maar nie aan die beginsel van skeiding van magte nie. Die beswaar wat geopper word is dat die kombinasie van uitvoerende en regsprekende bevoegdhede aan die kant van die regsprekende amptenare strydig is met die leerstuk van skeiding van magte soos vereis deur artikel 165 van die Grondwet van 1996 en dat dit die vereiste van onafhanklikheid en onpartydigheid van regsprekende amptenare oorskry. Uit die regsvergelykende ondersoek van verskeie inheemse howe in ander stelsels is bevind dat, met die uitsondering van die Rooihuid-howe in Michigan, waar in hul grondwet spesifiek voorsiening gemaak word vir skeiding van magte, daar by die ander stelsels nie klem gelê word op hierdie aspek nie, alhoewel as algemene reël wel vereis word dat beregting op 'n onafhanklike en onpartydige wyse plaasvind.[94]

Ten opsigte van die geografiese jurisdiksiegebied het dit geblyk dat die inheemse howe funksioneer in die plattelandse gebiede (in byna elke jurisdiksiegebied van 'n kaptein of hoofman), terwyl die gemeenskapshowe hoofsaaklik in die Swart stedelike gebiede funksioneer, alhoewel daar ook informele gemeenskapshowe in sommige van die Bruin en Indiër-gemeenskappe bestaan.[95] Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat, waar twee howe se geografiese jurisdiksiegebied oorvleuel, dit moontlik

---

92 Sien afd 7.6.4.1.

93 Sien afd 8.5.4.1.

94 Sien afd 7.6.7.

95 Sien afd 8.5.4.1.1(b).

kan lei tot konflik. Verder kan die situasie ontstaan in 'n gemeenskap wat vermeng is, dat 'n beskuldigde hom of haar nie wil onderwerp aan die bepaalde inheemse hof in die betrokke gebied nie en die vraag ontstaan of so 'n beskuldigde geregtig behoort te wees om sy of haar saak te laat oorplaas na die landdroshof.[96] Ten opsigte van hierdie aspek was veral die Verslag van die Australiese Regskommissie rigtinggewend.[97]

Ten opsigte van die jurisdiksie van die *inheemse howe*[98] is bevind dat hulle beskik oor siviele sowel as strafregtelike jurisdiksie oor minder ernstige misdrywe. 'n Kompliserende faktor is die feit dat inheemse reg nie duidelik tussen siviele en strafregtelike aangeleenthede onderskei nie en dat die inheemse howe in die verlede al hul jurisdiksie oorskry het. Die vraag of die inheemse howe voortaan enigsins strafregtelike jurisdiksie moet bly uitoefen, het ter sprake gekom as gevolg van die fundamentele regte wat aan die beskuldigde ingevolge artikel 35 van die Grondwet van 1996 verleen word, en meer spesifiek die reg om as onskuldig vermoed te word, die reg op stilswye en die reg op regsverteenwoordiging. Die beswaar wat geopper is, is dat die inheemse prosedure wat inkwisitories van aard is geen ruimte laat vir die reg op stilswye nie. Die beswaar behels dan verder dat wanneer dit gekoppel word aan die verbod op regsverteenwoordiging in die inheemse howe, die beskuldigde nie 'n billike verhoor in so 'n hof kry nie en dat strafregtelike jurisdiksie daarom weggeneem moet word. Regsvergelyking het aan die lig gebring dat strafregtelike jurisdiksie tot beregting van minder ernstige oortredings, in die meerderheid van regstelsels wat ondersoek is aan die inheemse howe verleen word.[99] Dit blyk dat een van twee alternatiewe gevolg kan word: die een is om strafregtelike jurisdiksie ten opsigte van geringe misdade aan die howe toe te ken; die ander is om geen strafregtelike jurisdiksie aan die howe te verleen nie. Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat

---

96 Sien afd 8.5.4.1.2(b).

97 Sien afd 7.6.5.1.2, afd 7.3.2.3.4 en afd 7.3.2.3.5.

98 Sien afd 8.5.4.1.1(c).

99 Die verlening van strafregtelike jurisdiksie tov die beregting van geringe oortredings, word aangetref by die informele howe van Uganda, Namibië, Botswana, Swaziland, Wes-Australië, Queensland (Australië), Papua New Guinea en Indië. Sien afd 8.5.4.1.2.2(c) en afd 7.6.5.1.3.

indien strafregtelike jurisdiksie ten opsigte van *geringe* misdade aan die howe verleen word, dit die voordeel inhou dat dit die landdroshowe ten minste van die beregting van daardie misdade sal vrystel. Ten opsigte van die *gemeenskapshowe* is bevind dat, alhoewel hierdie informele howe as dispuutbeslegtingsmeganismes hoofsaaklik siviele dispute aanhoor, hulle ook van tyd tot tyd geringe oortredings bereg. Daar is, in ooreenstemming met die tendens by informele howe in ander regstelsels,[100] tot die gevolgtrekking gekom dat die verlening van strafregtelike jurisdiksie aan hierdie howe ten opsigte van geringe misdade nie alleen die toevloei van minder ernstige misdrywe na die landdroshowe sal beperk nie, maar ook aan die gemeenskap 'n gevoel van self-beskikking sal gee. Daar is verder tot die gevolgtrekking gekom dat 'n beskuldigde geregtig behoort te wees om sy of haar saak na die landdroshof te laat oorplaas vir beregting indien so 'n beskuldigde dit sou verkies. Hierdie standpunt is in ooreenstemming met die Verslag van die Australiese Regskommissie.[101]

Ten opsigte van vonnisoplegging, bied die informele howe in Wes-Australië, Queensland en Papua New Guinea dié riglyn, naamlik, dat vonnisse soos vergoeding, gemeenskapsdiens en boetes opgelê word eerder as gevangenisstraf.[102] Daar is bevind dat die mees aangewese straf by albei tipe informele howe in die Suid-Afrikaanse konteks die oplê van 'n *boete* tot op 'n statutêre limiet is, welke bedrae by wyse van regulasie vasgestel kan word en van tyd tot tyd hersien behoort te word. 'n Ander gepaste straf is *gemeenskapsdiens*, mits behoorlike kontrole oor sodanige gemeenskapsdiens gehou word en dit nie misbruik word en ontaard in verpligte hande-arbeid vir die persoonlike voordeel van die kaptein of hoofman van die inheemse hof of lede van die regbank van die gemeenskapshof nie.[103]

Daar is bevind dat beslissings van die inheemse howe statutêr afdwingbaar is deur

---

100 Sien afd 8.5.4.1.2.2(c) en afd 7.6.5.1.3.

101 Sien afd 7.6.5.1.3.

102 Sien afd 7.6.5.1.4. 'n Uitsondering op hierdie reël blyk te wees Papua New Guinea waar gevangenisstraf opgelê kan word vir nie-nakoming van 'n hofbevel, maar slegs indien dit bevestig word deur 'n hoër hof (sien afd 7.4.2.1).

103 Sien afd 8.5.4.1.1(d).

die bode van die kaptein of hoofman – waar die bode nie in staat is om die bevel af te dwing nie, mag hulp versoek word van die landdroshof vir die afdwing van 'n hofbevel en straf van die persoon. Alhoewel daar by die gemeenskapshowe uitgegaan word van die standpunt van herstel van harmonie in die gemeenskap en dat dit bewerkstellig moet word by wyse van sosiale druk, word tot die gevolgtrekking gekom dat die Regskommissie se voorstel, naamlik, dat 'n beslissing van 'n gemeenskapshof slegs afdwingbaar behoort te wees deur die owerheid, sinvol is.[104]

In die Regskommissie-voorstelle word 'n appèlbevoegdheid na die landdroshowe, ten opsigte van beslissings gemaak deur die gemeenskapshowe, uitdruklik uitgesluit. Een van die hoofoorwegings wat hier aangevoer word, is die feit dat die gemeenskapshowe nie howe van rekord is nie en dat 'n appèl in wese sal neerkom op 'n verhoor *de novo*.[105] Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat rekordhouding deur 'n deels-gekwalifiseerde persoon, 'n rekord van die verrigtinge sal voorsien op sterkte waarvan appèl aangeteken kan word na die laer howe. Daar is verder bevind dat opskrifstelling van die voorwaardes van die skikking wat tydens die mediasieproses bereik is, belangrik is, ten einde die partye gebonde te kan hou daaraan. Hier het veral die *Lok Adalat*-howe in Indië as rigtinggewer opgetree ten opsigte van die meriete van sodanige opskrifstelling en dat die skikkingsooreenkoms, vir suksesvolle funksionering van die gemeenskapshowe, bindende regskrag behoort te verkry.[106]

Afgesien van 'n appèl- of hersieningsbevoegdheid, is daar, na ontleding van die riglyn wat geblyk het uit die stelsel in Papua New Guinea, tot die gevolgtrekking gekom dat daar op 'n globale basis by wyse van 'n sekretariaat kontrole oor die howe uitgeoefen

---

104 Sien afd 8.5.4.1.2.

105 Regskommissie *Community Structures* 66. Daar word bygevoeg dat "since the citizen's right to approach the Magistrate's Court directly is left intact by these proposals, no constitutional harm is done to any party's interest by the absence of the right of appeal." Verder word bygevoeg op 67 dat "[t]he absence of appeal procedures between the Community Forum and the Magistrate's Court, the rules regarding the transfer of cases between the two tribunals, and the limited grounds of review by the local ombudsman should be made clear to the parties at the point at which they indicate their intention to take their dispute to the Community Forum".

106 Sien afd 7.5.1.2.1.

behoort te word.[107] Sodanige sekretariaat sal dan aspekte hanteer soos klagtes ten opsigte van die howe, die begroting van die howe, die vergoeding en diensvoorwaardes van regsprekende amptenare en geboueadministrasie. Die Suid-Regskommissie-verslag bevat 'n soortgelyke bepaling en stel voor dat kontrole en bestuur deur die kantoor van die *Judicial Commissioner* uitgeoefen word.[108]

Die feit dat die informele howe nie gebruik maak van regsverteenwoordiging nie word gekritiseer, omdat aangevoer word dat hierdie gebruik strydig is met artikel 35 van die Grondwet van 1996 ingevolge waarvan elke beskuldigde geregtig is op regsverteenwoordiging. Dit blyk egter dat ten spyte van die gebrek aan regsverteenwoordiging (by inheemse howe 'n verbod op regsverteenwoordiging) 'n beskuldigde in albei hierdie tipe informele howe geregtig is om deur 'n vriend of familielid bygestaan te word. Die vraag is nou of die uitsluiting van regsverteenwoordiging toepaslik is en of dit ongrondwetlik is. Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat uitsluiting van regsverteenwoordiging by inheemse howe 'n beperking is op die fundamentele reg tot regsverteenwoordiging wat regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ingevolge artikel 36(1) van die Grondwet van 1996, aangesien dit tot voordeel is van die partye tot die dispuut op daardie vlak.[109] Die regsvergelykende ondersoek het aan die lig gebring dat die uitsluiting van regsverteenwoordiging op hierdie vlak nie 'n ongewone verskynsel is nie.[110]

Ten opsigte van die kwessie van die legitimiteit van die regsprekende amptenare met regsopleiding en regsprekende beamptes sonder regsopleiding:

---

107 Sien afd 7.6.6.

108 Sien afd 8.5.5.

109 Sien afd 8.5.7.

110 In die Regskommissie se besprekingsdokument word verwys na die posisie in Botswana, Lesotho, Swaziland, Zimbabwe en Uganda – Regskommissie *Traditional Courts* 3. Hierby kan ook gevoeg word die inheemse howe in Australië (afd 7.3.2.3), Papua New Guinea (afd 7.4). In Indië (afd 7.5) daarenteen word regsverteenwoordiging wel toegelaat. Sien ook die standpunt van die Australiese Regskommissie dat outomatiese regsverteenwoordiging op hierdie vlak nie noodsaaklik is nie, mits die beskuldigde deur 'n vriend of familielid bygestaan word (sien afd 7.6.7).

Professionele regsprekende beamptes met regsopleiding word aangetref in elke regstelsel: hulle is die ruggraat van die amptelike regstelsel en bereg die oorgrote meerderheid sake. Daar word van hulle verwag om elke saak onpartydig en onafhanklik te beoordeel, om toe te sien dat die beskuldigde 'n billike verhoor kry wat in ooreenstemming is met die fundamentele regte vervat in die Grondwet. Hulle legitimiteit lê daarin dat hulle reg en geregtigheid laat geskied op 'n onafhanklike en onpartydige wyse, in omstandighede waar die regsproses billik en toeganklik is en die beskuldige geregtig is op appèl of hersiening van die beslissing. Die legitimiteit van die regsprekende gesag op hierdie vlak word gemeet aan fundamentele waardes soos die kwaliteit van die regspraak en die billikheid van die regsproses, die effektiwiteit van die hofstelsel en geregtelike verrigtinge, die toeganklikheid van die howe en die behoud van openbare vertroue in die howe.[111] Die gedagte dat die regbank die gemeenskap in die algemeen moet reflekteer is nie nuut nie – die argument synde, dat 'n regbank wat in die algemeen verteenwoordigend is van die gemeenskap die persepsie, dat die regbank onafhanklik is, verhoog en bydra tot openbare vertroue en die legitimiteit van die regbank.[112]

In teenstelling hiermee word die regsprekende beamptes sonder regsopleiding in die Suid-Afrikaanse konteks in verskeie situasies aangetref, maar die fundamentele rede vir leke-beregting bly min of meer dieselfde: dit verleen legitimiteit aan die howe se beslissings omdat die regsprekende amptenare die plaaslike gemeenskap verteenwoordig en kan kommunikeer in terme wat die plaaslike gemeenskap verstaan.[113] Daarmee saam bring hulle 'n verskeidenheid van perspektiewe na die regbank wat uiteindelik kan lei tot 'n beslissing wat vanuit verskillende hoeke beredeneer is.

9.3 AANBEVELINGS

Teen die agtergrond van die kritiek dat die meerderheid van die lede van die Reg-

---

111 Sien afd 2.10.

112 Sien afd 3.5.

113 Sien afd 6.4.1.

terlike Dienskommissie direk of indirek deur politici daargestel word en dat die *samestelling* van die Regterlike Dienskommissie van groot belang is met betrekking tot die onafhanklikheid van hierdie instelling en gevolglike aanstellings wat gemaak word, word aan die hand gedoen dat die samestelling van die Kommissie in heroorweging geneem en verander word sodat dit, nie alleen in effek onafhanklik is nie, maar ook enige persepsie van politisering uit die weg ruim.[114]

Skrywer doen aan die hand dat alle kandidate, afgesien van ras of geslag, tot die regbank aangestel behoort te word op grond van *meriete*. By oorweging van die meriete van 'n kandidaat, kan verskillende aspekte in ag geneem word, maar van die belangrikste behoort nog steeds te wees die *vaardigheid* van 'n kandidaat (wat insluit tegniese vaardigheid sowel as vaardigheid om uitdrukking te gee aan die waardes van die Grondwet) en *regskundigheid* wat opgedoen word deur *ondervinding* op die regbank.[115] Daar behoort ruimte te wees om die *potensiaal* van 'n kandidaat om 'n regter te wees, in ag te neem met die voorbehoud dat indien die betrokke kandidate nie oor voldoende ondervinding beskik nie, dit aangespreek behoort te word deur intensiewe opleidingsprogramme[116] wat moontlik kan lei tot tydelike aanstellings op die regbank[117] – sodanige regterlike werksaamhede as waarnemende regter kan dan dien as tipe toets of siftingsproses om te bepaal of 'n kandidaat gereed is vir permanente aanstelling of nie.[118] Daar word verder aan die hand gedoen dat intensiewe opleiding (wat insluit die opdoen van praktyksondervinding) behoort te geskied *voordat* 'n kandidaat permanent aangestel word, en nie omgekeerd nie: met ander woorde,

---

114 Sien afd 8.4.1.1(b)(bb).

115 Regter Eloff wys daarop dat daar geen substituut is vir *ondervinding op die regbank* nie – opleiding kan slegs 'n matige bydrae lewer. Anoniem "Oudregter-president CF Eloff: 25 Jaar as Regter" 20.

116 Whittle "How to Judge a Judge" 19.

117 Sien afd 8.4.1.1(b). Sodanige aanstellings sal soortgelyk wees aan die proeftermynaanstellings van beroepsregters in Duitsland. Sien afd 5.4.1.1.1 en afd 8.4.1.1(b)(bb).

118 Sien ook Redgment "Plus Ça Change...:Fifty Years of Judges in Southern Rhodesia, Rhodesia and Zimbabwe" 1985 *SALJ* 529 537 waar die standpunt gehuldig word dat "the risk of making bad appointments is greatly curtailed by appointments which permit the opportunity to assess the candidates."

kandidate behoort nie permanent aangestel te word met die oog daarop om enige gebrek aan ondervinding *agterna* deur intensiewe opleiding reg te stel nie. In hierdie verband kan gewys word op 'n bespreking (ten opsigte van die seleksiekriteria) deur die Regterlike Dienskomissie waartydens twee van die Kommissielede 'n kandidaat se *potensiaal* as *van groter belang* as sy *tegniese vaardigheid* beskou het en die standpunt is gehuldig dat die Regterlike Dienskommissie nie bang behoort te wees om te "experiment with previously disadvantaged persons who would have the potential" nie.[119] Verder behoort die *integriteit* van 'n kandidaat en van 'n aanstelling as sulks van groter belang te wees as die *simboliek* van die aanstelling. Verder word aan die hand gedoen dat waar dit gaan om seleksiekriteria vir die aanstelling van regterlike amptenare, daar ook ag geslaan kan word op wat Harris noem, die kandidaat se *sosiale waarnemingsvermoë*.[120] Die implikasie van hierdie voorstel is dat 'n kandidaat nie net aangestel word omdat hy of sy van 'n bepaalde ras of geslag is (wat neerkom op 'n tipe kwota-stelsel) nie, maar omdat so 'n kandidaat, synde van 'n bepaalde ras of geslag 'n *bepaalde persepsie* na die regbank bring waaroor die regbank nie alreeds beskik nie, in die lig van die feit dat dit nodig is dat die regbank alle persepsies in die gemeenskap moet reflekteer. Die beginsel van verteenwoordiging van die gemeenskap beteken dan eerder dat *verskillende perspektiewe* op die regbank verteenwoordig moet wees sodat die verskeidenheid van standpunte op die regbank dié in die bevolking reflekteer.[121] Daar word aan die hand gedoen dat transformasie beteken "changing for the better", wat gemeet word eerstens, aan 'n erkenning dat daar nog te min vroulike en persone afkomstig van ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep as regterlike amptenare en regspraktisyns optree en tweedens, 'n bereidwilligheid om dit so gou as moontlik te verander. Die tansformasieproses behoort egter daarop ingestel te wees om die regstelsel te *verbeter*.[122]

---

119 Sien afd 8.4.1.1(b)(bb).

120 Om sake te bereg steun regters op hul algemene ondervinding van die lewe en die gemeenskap in die breë. 'n Sosiale waarnemingsvermoë gee hulle 'n algemene begrip van die gemeenskap as geheel. Harris "Appointments to the Bench" 198-180. Sien ook die bespreking in afd 8.4.1.3.

121 Sien afd 8.4.1.1(b)(bb).

122 Sien afd 3.5 en 8.4.1.1(b)(bb).

Ten einde die regbank meer verteenwoordigend te maak van die gemeenskap, het die uitbreiding van die stelsel van assessore geblyk 'n meer praktiese en geskikte alternatief (in vergeleke met die juriestelsel) te wees[123] in die hoër howe en voorstelle is gemaak ten opsigte van die seleksie en toewysing van assessore aan 'n bepaalde saak. Daar word van die standpunt af uitgegaan dat assessore oor die algemeen moet beskik oor 'n regskwalifikasie, maar dat daar wel van leke-assessore gebruik gemaak kan word indien hulle 'n bepaalde *kundigheid* aan die regbank verleen wat die regbank benodig om tot 'n beslissing te kom. Verder word 'n stelsel (as 'n tydelike maatreël) aan die hand gedoen vir die seleksie van assessore om aan die twee oogmerke agter die stelsel van assessore, naamlik regskundigheid en demokratisering, te voldoen. Daar word derhalwe voorgestel dat:[124]

- In die lig van die geloofwaardigheidskrisis wat die regbank beleef, die ideaal sou wees om twee assessore in alle Hoë Hofsake op die regbank te laat dien, maar dat die voorstel opgeweeg moet word teen koste-effektiwiteit en die praktiese implementering daarvan – indien dit egter enigsens moontlik blyk te wees, behoort hierdie voorstel tog geïmplementeer te word;[125]
- Assessore gekies moet word van 'n vooropgestelde lys van *geskikte* persone (binne die raamwerk van hierdie lys moet assessore op 'n lukrake wyse (*at random selection*) gekies, en ooreenkomstig 'n bepaalde rooster aan 'n spesifieke saak toegewys word – afwyking van die rooster behoort net toegelaat te word in gevalle waar die assessore huidiglik gevra kan word om hulself te rekuseer);[126]
- Die "poel" waaruit die assessore gekies moet word behoort vergroot te word eerstens, deur die insluiting van leke-persone[127] op meriete en tweedens, deur

---

123 Sien afd 8.4.1.3.1.

124 Sien afd 8.4.1.3.1(b)(bb).

125 Sien afd 8.4.1.3.1(b)(bb)(i).

126 Sien afd 8.4.1.3.1(b)(bb)(ii). Sien die bespreking tov lukrake seleksie in die Duitse stelsel in afd 6.2.3.1.1(b).

127 Leke-persone word vir doeleindes van hierdie proefskrif beskou as persone wat nie oor 'n regskwalifikasie beskik nie.

insluiting van ander persone met regskwalifikasies;[128]

- Ten opsigte van die eerste voorstel, naamlik die insluiting van leke-persone op meriete: persone wat *beskik oor bepaalde ondervinding of 'n kwalifikasie wat hulle geskik maak* om in 'n bepaalde saak as assessore op te tree, kan as leke-assessore aangestel word (so 'n aanstelling is nie verpligtend nie en so 'n leke-assessor word gekies op grond van sy of haar kundigheid). In antwoord op die kritiek dat die professionele regters die leke-assessore sal oorheers juis omdat laasgenoemde nie oor regskwalifikasies beskik nie, word voorgestel dat die regbank in sulke gevalle vergroot word sodat dit bestaan uit assessore met regskwalifikasies, wat saam met die professionele regter alle aspekte bere-deneer, sowel as 'n leke-assessor wat addisioneel aangestel word en wat as gevolg van sy of haar besondere kundigheid 'n bydrae kan lewer tot die feitelike aspekte van die beregtingsproses.[129]
- Ten opsigte van die insluiting van persone met regskwalifikasies word aan die hand gedoen dat 'n assessorlys (elke twee jaar (of selfs vier jaar, maar nie langer as dit nie)) saamgestel word deur 'n ernstige beroep te doen op alle regspraktisyns (prokureurs en advokate) en landdroste, maar ook akademici en afgetrede persone (tot op die ouderdom van 70 jaar) wat in een van hierdie kategorieë val, wat bereid is om assessordiens te verrig, om hul name op die assessorlys te plaas. Vir elke betrokke saak waarvoor assessore benodig word, moet die assessore dan op 'n lukrake wyse van hierdie lys af geselekteer word en aan 'n bepaalde saak toegewys word. Die administrasie van hierdie lys en toewysing van assessore behoort te geskied onder regterlike toesig en deur gebruikmaking van die mannekrag van die Departement van Justisie.[130]
- Ten einde te voldoen aan die twee oogmerke met assessordiens, naamlik om

---

128 Sien afd 8.4.1.3.1(b)(bb)(iii).

129 Sien afd 8.4.1.3.1(b)(bb)(iii).

130 Sien afd 8.4.1.3.1(b)(bb)(iii).

regskundigheid,[131] ervaring en verskillende perspektiewe na die regbank te bring en om te voldoen aan die behoefte van *demokratisering* en opleiding van persone afkomstig van die ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep,[132] word voorgestel dat daar as 'n tydelike maatreël op die assessorlys (wat saamgestel word soos hierbo genoem is) 'n onderskeid getref word tussen 1) *persone (afgesien van ras of geslag) wat oor ten minste 5 jaar regsondervinding beskik* en 2) persone wat *afkomstig is van die ander bevolkingsgroepe as die blanke bevolkingsgroep*. Om te voldoen aan die eerste oogmerk word voorgestel dat die een assessor uit die eerste kategorie (die regsondervinding-kategorie) geselekteer word; om te voldoen aan die tweede oogmerk, word voorgestel dat die ander assessor uit die tweede kategorie (die bevolkingsgroep-kategorie) geselekteer word. (Hierdie tydelike maatreël behoort onderhewig gestel te word aan 'n tydsbeperking van 10 jaar, waarna die posisie weer in heroorweging geneem behoort te word.) Daar behoort dan ook voorsiening gemaak te word om 'n derde assessor in uitsonderlike omstandighede aan te stel, naamlik, waar deskundige kennis ten opsigte van 'n bepaalde aangeleentheid na die oordeel van die voorsittende regter benodig word om die saak te bereg.

- In die lig van bogenoemde voorstel sal die twee assessore albei gekwalifiseerde regsgeleerdes wees en daar behoort derhalwe konsultasie plaas te vind tussen die voorsittende regter en die assessore ten opsigte van alle regs- en feitevrae. Die uiteindelike besluit ten opsigte van vonnisoplegging behoort deur die voorsittende regter geneem te word, maar dit behoort gedoen te word na konsultasie met die assessore.[133]

Ten opsigte van die assessorestelsel in die laer howe (ingevolge waarvan leke-

---

131 Ingevolge a 145(1)(b) van die Strafproseswet van 1977 word 'n assessor beskryf as 'n persoon wat *ondervinding het van die regspleging*.

132 Hierdie kategorie behoort alle bevolkingsgroepe in te sluit. Die wet van gemiddeldes sal tot gevolg hê dat, indien daar meer Swart regspraktisyns is as dié van die ander bevolkingsgroepe, hulle persentasiegewys meer gereeld geselekteer sal word in 'n lukrake seleksieproses.

133 Sien *afd* 8.4.1.3.1(b)(bb)(iv).

assessore ingevolge artikel 93*ter* van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 betrek kan word by die regspleging) het dit geblyk dat die stelsel moontlik effektief kan funksioneer, mits sekere probleme aangespreek word.[134] Daar word derhalwe voorgestel dat:

- Die *oogmerke* met die betrekking van leke-assessore by die stelsel duidelik omskryf word sodat die partye betrokke by die stelsel nie met teenoorgestelde doelwitte voor oë werk nie.[135]
- Wetgewing duidelikheid behoort te gee ten opsigte van wie die *verantwoordelikheid* moet dra vir die administrasie van die stelsel en *op welke wyse* die administrasie behoort te geskied. Dit beteken dat die seleksie van leke-assessore en die seleksiekriteria duidelik omskryf moet word. Daar behoort 'n eenvormige prosedure voorgeskryf te word vir toewysing van 'n leke-assessor aan 'n bepaalde saak – dit blyk dat die keuse van die seleksiemetode tot 'n groot mate afhang van die oogmerke met die assessore-stelsel.[136] Skrywer doen aan die hand dat waar twee assessore aangestel word, die een moontlik geselekteer kan word met die oog op bring van *kundigheid* na die regbank (sodat die regbank beter ingelig is ten opsigte van die sosiale konteks van die saak – met ander woorde, oorbrugging van die kultuurgaping) en dat die ander geselekteer word op 'n *lukrake wyse* (met inagneming van oorbrugging van die taalgaping wat mag bestaan tussen die beskuldigde, die slagoffer en die regbank) om objektiwiteit te beklemtoon en te bevorder. Die wetgewer behoort die aanstelling van assessore op 'n meer regsekere en permanente grondslag te plaas. Sekere aspekte rakende die verpligtinge en bevoegdhede van leke-assessore behoort aangespreek te word, byvoorbeeld, of die meerderheidsbeginsel ook geld wanneer die assessore en die regsprekende amptenaar nie eenstemmigheid kan bereik oor die gemeenskapsgebaseerde straf nie. Verder word voorgestel: die instel van 'n forum vir bespreking van probleme ten opsigte van die praktiese implementering van die stelsel, die opstel van 'n

---

134 Sien afd 8.4.3.3.1(b)(aa).

135 Sien afd 8.4.3.3.1(b)(aa)(i).

136 Sien afd 8.4.3.3.1(b)(aa)(ii).

gedragskode met riglyne ten opsigte van assessore se optrede, dissiplinêre stappe vir wangedrag (byvoorbeeld, nie-bywoning van verhore), meganismes vir afdwinging van so 'n kode en die benadering ten opsigte van etiese probleme.

- Die koste-implikasies van die assessorestelsel behoort geëvalueer te word sodat duidelike riglyne aan laer howe deurgegee kan word ten opsigte van die fondse beskikbaar vir aanstelling van assessore.[137]
- Opleidingsprogramme aan assessore behoort die volgende aspekte aan te spreek: hantering van moontlike intimidasie, nie-bywoning van verhore, die prosedure wat tydens die verhoor in die hof gevolg word tesame met 'n uiteensetting van assessore se rol en funkse in die hof, sensitiwiteitsopleiding ten einde regsprekende amptenare van die laer howe 'n beter begrip te gee van die sosiale konteks waarbinne die oortredings afspeel en wanneer rekusering moet plaasvind. Verder behoort opleidingsprogramme *regsprekende amptenare van die laer howe*, sowel as die *publiek* beter in te lig ten opsigte van die implementering en oogmerke van die stelsel van leke-assessore. 'n Openbare inligtingsprogram behoort geloods te word ten einde die publiek bewus te maak van die bydrae wat leke-assessore tot die regstelsel maak. In die lig van die ander oogmerk, naamlik die demokratisering van die regbank, is dit belangrik dat die publiek bewus is van die stelsel van leke-assessore sodat hulle, waar moontlik, kan deelneem aan die stelsel en as assessore geselekteer kan word.[138]

Ten opsigte van die *informele howe* word voorgestel dat hulle behoue bly, maar aangepas word by veranderende omstandighede in die lig van die Grondwet van 1996 en die handves van fundamentele regte. Daar word verder voorgestel dat die gemeenskapshowe deur die Staat erken word en gedeeltelik gereguleer word by wyse van statutêre maatreëls en 'n mate van finansiële ondersteuning.[139]

---

137 Sien afd 8.4.3.3.1(b)(aa)(v).

138 Sien afd 8.4.3.3.1(b)(aa)(vi).

139 Sien afd 8.5.2.

Wat die seleksie van regterlike amptenare betref, word aanbeveel in ooreenstemming met die tendens wat blyk uit die regsvergelykende ondersoek[140] dat, demokratisering van die regbank van die *inheemse howe* geskied ooreenkomstig die Regskommissie se voorstelle. Dit behels dat die raadsmanne wat die hoofman of kaptein bystaan, deur die gemeenskap verkies word en as volle lede van die hof beskou word sodat beslissings van die hof kollektief geneem word, alternatiewelik, dat die raadgewers deur die kaptein of hoofman aangestel word vanaf 'n lys van kandidate wat deur die gemeenskap verkies is. Daar word aanbeveel dat die regterlike amptenare van die *gemeenskapshowe* verkies word (deur die inwoners van die bepaalde gemeenskap) en vir termyne van ten minste drie tot vier jaar aangestel word om kontinuïteit te verseker. Die bestaande beginsel van openbare deelname, waardeur elke volwassene teenwoordig ook toegelaat word om deel te neem aan die verrigtinge by wyse van ondervraging en die gee van sy of haar opinie, behoort behou te word, omdat dit bydra tot die legitimiteit van die verrigtinge.[141]

In navolging van die riglyn wat blyk uit Indië en Papua New Guinea ten opsigte van pogings tot oplossing van 'n dispuut by wyse van mediasie, voordat dit vir beregting na die howe verwys word,[142] word aanbeveel dat die gemeenskapshowe (in ooreenstemming met die Regskommissie se voorstel) uit twee vlakke moet bestaan: die laagste vlak behoort as mediasie-meganisme te funksioneer, en slegs waar die mediasie nie suksesvol is nie, behoort aangeleenthede na die tweede vlak verwys te word wat as gemeenskapshof sal funksioneer.

Gesien in die lig van die feit dat die uitsluiting van vroue as regterlike amptenare by die *inheemse howe* neerkom op geslagsdiskriminasie, wat strydig is met die beginsels van gelykheid en nie-diskriminasie vervat in die Grondwet van 1996 en derhalwe ongrondwetlik is, word aanbeveel dat kapteins en hoofmanne verplig word om ook

---

140 Sien afd 7.6.4.1.

141 Sien afd 8.5.3.1.2.

142 Sien afd 7.6.5, afd 7.4.2.1 tov Papua New Guinea en afd 7.5.1 tov Indië.

vroulike raadgewers aan te stel.[143] So 'n aanbeveling is in ooreenstemming met die bevinding van die regsvergelykende ondersoek dat daar in geeneen van die stelsels wat ondersoek is, 'n bepaling teëgekom is wat dui op enige geslagsdiskriminasie nie. Inteendeel, die stelsel van die Rooihuid-howe in Michigan maak spesifiek in hul grondwet voorsiening daaarvoor dat vroue ook as regterlike amptenare aangestel kan word en verder blyk dit dat by die tradisionele inheemse howe in Australië, die ouer vroue in die stam net so 'n belangrike rol gespeel het as die ouer mans.[144]

Wat die gebrek aan regskwalifikasies by regsprekende amptenare betref, word aan die hand gedoen dat by albei tipe informele howe, opleiding gegee word aan die lede van die regbank ten opsigte van mediasie en die algemene administrasie van die howe. Waar hierdie informele howe oor strafregtelike jurisdiksie beskik, behoort hulle opleiding ten opsigte van die hantering daarvan te ontvang. Hierdie aanbeveling is in oreenstemming met die tendens in ander regstelsels wat blyk uit die regsvergelykende ondersoek.[145] Opleidingskursusse kan moontlik aangebied word deur die regsfakulteite van die verskillende universiteite en Justisiekollege. Verder kan opleiding aangevul word deur seminare waar regsprekende amptenare kan ontmoet, gemeenskaplike probleme bespreek en opknappingsopleiding ondergaan ten opsigte van basiese beginsels. Die regsprekende amptenare behoort ook te enige tyd die regshulpsentrums by die verskillende universiteite te kan nader vir regsadvies.[146]

Daar word aanbeveel dat deels-gekwalifiseerde persone (*para-legals*), by albei tipe informele howe, as hofklerke in 'n administratiewe en adviserende hoedanigheid aangestel word.[147] In navolging van die riglyne ten opsigte van die voordele van rekordhouding, wat geblyk het uit die stelsels in Indië en Papua New Guinea, word aan-

---

143 Sien afd 8.5.3.1, afd 8.5.3.1.2 en afd 8.5.3.3.

144 Sien afd 7.6.4.1 tov die bevindings hieroor, afd 7.2.1.3 tov die Rooihuid-howe in Michigan, afd 7.3.1.3.5 tov tradisionele Australiese howe en afd 7.4.3 tov die posisie in Papua New Guinea.

145 Sien afd 7.6.4.2.

146 Sien afd 8.5.3.1.1.

147 Sien afd 8.5.3.1.2.

beveel dat bogenoemde deels-gekwalifiseerde persone rekord hou van die verrigtinge, wat insluit samevattings van die getuienis en redes vir die beslissings met die oog op gebruikmaking daarvan tydens appèl- en hersieningsverrigtinge.[148]

Wat die vergoeding van regterlike amptenare by die *gemeenskapshowe* betref, word aanbeveel dat, ten einde voort te gaan om 'n gees van vrywillige diens te koester, die Regskommissie se voorstel ondersteun moet word sodat vergoeding aan sodanige regterlike amptenare gekoppel word aan die suksesvolle voltooiing van 'n opleidingskursus.[149] Ondersteuning vir hierdie standpunt is gevind by veral die stelsels in Papua New Guinea (waar vergoeding plaasvind in die vorm van *honoraria*) en in Indië (waar geen addisionele vergoeding betaal nie – dit is beskou as gemeenskapsdiens).[150]

Wat die nie-nakoming van die leerstuk van skeiding van magte betref, het regsvergelyking van verskeie informele howe in ander stelsels aan die lig gebring dat, met die uitsondering van die Rooihuid-howe in Michigan, waar in hul grondwet spesifiek voorsiening gemaak word vir skeiding van magte, daar by die ander stelsels nie klem gelê word op hierdie aspek nie, alhoewel as algemene reël wel vereis word dat beregting op 'n onafhanklike en onpartydige wyse plaasvind.[151] Daar word derhalwe aan die hand gedoen dat nie-nakoming van die leerstuk van skeiding van magte by die informele howe nie 'n onoorkomelike probleem behoort te wees nie: indien die strafregtelike jurisdiksie van hierdie howe beperk word tot geringe misdrywe, vonnisoplegging ook by wyse van regulasie beperk word, daar voorsiening gemaak word vir hersiening of appèl, en lede van die gemeenskap steeds kan deelneem aan die verrigtinge by wyse van vrae en stel van standpunte, daar op hierdie vlak voldoende beskerming vir die beskuldigde se regte behoort te wees.

Ten opsigte van die geografiese jurisdiksiegebied van die informele howe, word

---

148 Sien afd 8.5.5.

149 Sien afd 8.5.3.2.

150 Sien afd 7.6.4.1.

151 Sien afd 7.6.7.

aanbeveel dat om potensiële konflik en duplisering van funksies te vermy, daar nie 'n *gemeenskapshof* ingestel behoort te word waar daar alreeds 'n funksionerende *inheemse hof* in 'n plattelendse gebied bestaan nie. Waar die gemeenskap vermeng is en 'n beskuldigde hom of haar nie wil onderwerp aan die bepaalde inheemse hof in die betrokke gebied nie, behoort so 'n beskuldigde altyd die keuse te hê om die saak te laat oorplaas na die landdroshof.[152] Hierdie voorstel ten opsigte van die keuse van die beskuldigde is ook in ooreenstemming met die voorstel van die Australiese Regskommissie.[153]

Ten opsigte van die strafregtelike jurisdiksie[154] van die *inheemse howe*, word aanbeveel dat die toepassing daarvan van tyd tot tyd gekontroleer word en dat die lys van misdrywe binne hul strafregtelike jurisdiksie herevalueer word om te verseker dat hierdie howe slegs misdrywe bereg wat toepaslik is met betrekking tot die aard en bronne tot beskikking van hierdie howe. Ten opsigte van die vraag of hierdie howe enigsins oor strafregtelike jurisdiksie moet beskik in die lig van die fundamentele regte verleen aan die beskuldigde ingevolge artikel 35 van die Grondwet, word die volgende aanbeveling gemaak: strafregtelike jurisdiksie ten opsigte van *geringe* misdade behoort aan hierdie howe verleen te word. Sodanige voorstel is in ooreenstemming met die tendens ten opsigte van strafregtelike jurisdiksie van informele howe in ander regstelsels wat blyk uit die regsvergelykende ondersoek.[155] So 'n reëling sal die las op die landdroshowe verlig, maar moet geskied met die voorbehoud dat die lys van misdrywe herevalueer moet word. Om dieselfde rede word aanbeveel dat beperkte strafregtelike jurisdiksie aan *gemeenskapshowe* verleen word en, meer spesifiek, om slegs minder ernstige, spesifiek voorgeskrewe misdrywe te bereg. Die magte en bevoegdhede van die howe sal duidelik omskryf moet word, sowel as die hof se bevoegdheid teenoor persone wat nie inwoners van die betrokke

---

152 Sien afd 8.5.4.1.2(b).

153 Sien afd 7.6.5.1.2, afd 7.3.2.3.4 en afd 7.3.2.3.5.

154 Sien afd 8.5.4.1.2(c).

155 Die verlening van strafregtelike jurisdiksie tov die beregting van geringe oortredings, word aangetref by die informele howe van Uganda, Namibië, Botswana, Swaziland, Wes-Australië, Queensland (Australië), Papua New Guinea en Indië. Sien afd 8.5.4.1.2.2(c) en afd 7.6.5.1.3.

gemeenskap is nie. Daar word aan die hand gedoen dat by albei hierdie informele howe die beskuldigde, in ooreenstemming met die voorstel van die Australiese Regskommissie,[156] die keuse gegun moet word om sy of haar saak te laat oorplaas na die landdroshowe vir beregting.

Ten opsigte van die betaling van boetes as deel van vonnisoplegging, word die Regskommissie se voorstel ondersteun en aanbeveel dat dit in 'n algemene inkomstefonds op provinsiale vlak inbetaal word sodat dit weer tot voordeel van die betrokke gemeenskap gebruik kan word. In arm gemeenskappe kan die boete ook betaal word deur goed in waarde te lewer, byvoorbeeld vee, maar hierdie reëling moet ook van tyd tot tyd herevalueer word.[157] Daar word aanbeveel dat boetes wat lank uitstaande en onbetaald is by wyse van 'n lasbrief, uitgereik deur die landdros of klerk van die landdroshof, afgedwing behoort te kan word.[158]

Daar word aanbeveel dat daar 'n appèlbevoegdheid behoort te bestaan na die laer howe teen beslissings van die gemeenskapshowe. Ten opsigte van die verrigtinge in die gemeenskapshowe, word aanbeveel dat rekordhouding behoort te geskied deur deels-gekwalifiseerde persone, welke rekord gebruik kan word tydens appèlverrigtinge. Die skikkingsooreenkoms wat tydens die mediasieproses bereik is, behoort op skrif gestel te word, sodat die partye gebonde gehou kan word aan die voorwaardes daarvan. So 'n voorstel is in ooreenstemming met die bevinding ten opsigte van die *Lok Adalat*-howe in Indië.[159]

Daar word aanbeveel dat, afgesien van 'n appèl- of hersieningsbevoegdheid, daar, in ooreenstemming met die riglyn gebied deur die stelsel in Papua New Guinea,[160] globaal kontrole oor die howe uitgeoefen behoort te word deur die instel van 'n

---

156 Sien afd 7.6.5.1.3.

157 Sien afd 8.5.4.1.1(d).

158 Sien afd 8.5.4.1.2.

159 Sien afd 7.5.1.2.1.

160 Sien afd 7.6.6.

sekretariaat wat onder andere die volgende funksies vervul: die hantering van klagtes ten opsigte van die howe, die begroting van die howe, die vergoeding en diensvoorwaardes van regsprekende amptenare en geboueadministrasie.[161]

In ooreenstemming met 'n tendens wat blyk uit 'n regsvergelykende ondersoek ten opsigte van inheemse howe in verskeie regstelsels,[162] word aanbeveel dat die gebrek aan regsverteenwoordiging by beide tipe informele howe om praktiese redes regverdigbaar en in belang van die partye by die dispuut op daardie vlak is en derhalwe nie as ongrondwetlik beskou behoort te word nie.[163]

Die hoop word uitgespreek dat die evaluering en voorstelle in hierdie proefskrif sal bydra tot verdere gedagtewisseling en bespreking rondom die regbank in die soeke na oplossings vir die probleme wat tans ondervind word. Die regbank, synde 'n instelling waar die reg toegepas word deur mense, behoort voortdurend evalueer te word ten einde te bepaal of dit legitimiteit geniet en voldoen aan sy funksie, naamlik die bewerkstelliging van geregtigheid wat noodsaaklik is vir 'n ordelike samelewing. 'n Demokratiese gemeenskap en sodanige regbank het 'n gemeenskaplike en onontbeerlike belang daarby dat die gemeenskap vertroue moet hê in die regbank – hierdie standpunt is ook soos volg verwoord deur die *Appeal Division of the Supreme Court of Victoria*: "Confidence in those who constitute its courts and tribunals is a basic necessity for a successful civilised democracy".[164] Shetreet[165] wys egter daarop dat

---

161 Sien afd 8.5.5.

162 Sien afd 8.5.7 tov die posisie in Botswana, Lesotho, Swaziland, Zimbabwe en Uganda. Sien ook afd 7.3.2.3 (tov inheemse howe in Australië), afd 7.4 (tov Papua New Guinea). In Indië (afd 7.5) daarenteen, word regsverteenwoordiging wel toegelaat. Sien die standpunt van die Australiese Regskommissie dat outomatiese regsverteenwoordiging op hierdie vlak nie noodsaaklik is nie, mits die beskuldigde deur 'n vriend of familielid bygestaan word (afd 7.6.7).

163 Sien afd 8.5.7.

164 McGarvie "The Foundations of Judicial Independence in a Modern Democracy" 1991 *Journal of Judicial Administration* 3 4.

165 "Judging in Society" 467.

"[t]he role of courts in society is not static; it is in a continuous process of change and transition". In die lig hiervan is gedagtewisseling noodsaaklik ten einde die pad vorentoe aan te dui en oplossings te soek vir probleme wat bestaan. Ter ondersteuning van hierdie gedagte word afgesluit met die volgende woorde van William Penn:

> "I expect to pass through life but once. If therefore, there be any kindness I can show, or any good thing I can do to any fellow being, let me do it now, and not defer or neglect it, as I shall not pass this way again."[166]

166 Blackmun "Justice and Society" in Shetreet (red) *The Role of Courts in Society* 439 446.

LYS VAN AFKORTINGS

ABA	*American Bar Association*
BML	*Businessman's Law*
BVerfGG	*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*
BVerfGE	*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*
CCP	*Code de Procédure Pénale*
CILSA	*Comparative and International Law Journal of Southern Africa*
DRiG	*Deutsches Richtergesetz*
GG	*Grundgesetz*
GVG	*Gerichtsverfassungsgesetz*
IBA	*International Bar Association*
Rdnr	*Randnummer* (kantlynnommer)
SAJHR	*South African Journal on Human Rights*
SALJ	*South African Law Journal*
SAPR	*SA Publiekreg*
SAS	*SA Tydskrif vir Strafregspleging*
Stell LR	*Stellenbosch Law Review*
TJO	*The Judicial Officer*
THRHR	*Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*
TRW	*Tydskrif vir Regswetenskap*
TSAR	*Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg*
Wits Univ Student LR	*Witwatersrand University Student Law Review*
BJ	*Bar Journal*
LJ	*Law Journal*
LQ	*Law Quarterly*
LR	*Law Review*

BIBLIOGRAFIE

KERNWEERGAWE	VOLLEDIGE WEERGAWE
A	
Abadinsky *Law and Justice*	Abadinsky H *Law and Justice: An Introduction to the American Legal System* (2de uitg) 1991
Abel "Contradictions of Informal Justice"	Abel RL "The Contradictions of Informal Justice" in Abel RL (red) *The Politics of Informal Justice* 1982 267
Abraham *Judicial Process*	Abraham HJ *The Judicial Process* (6de uitg) 1993
Abraham en Murphy "The Influence of Sitting and Retired Justices"	Abraham HJ en Murphy BA "The Influence of Sitting and Retired Justices on Presidential Supreme Court Nominations" 1976 *Hastings Constitutional LQ* 37
Abrahamson "Commentary on Shaman's *The Impartial Judge*"	Abrahamson SS "Commentary on Jeffrey M Shaman's *The Impartial Judge: Detachment or Passion?*" 1996 *De Paul LR* 633
Ackner "Erosion of Judicial Independence"	Ackner Lord "The Erosion of Judicial Independence" 1996 *New LJ* 1789
Ahlen "Voir Dire"	Ahlen MJ "Voir Dire: What Can I Ask and What Can I Say?" 1996 *North Dakota LR* 631
Aldisert "Rambling Through Continental Legal Systems"	Aldisert RJ "Rambling Through Continental Legal Systems" 1982 *University of Pittsburgh LR* 935
Alschuler "Racial Quotas and the Jury"	Alschuler AW "Racial Quotas and the Jury" 1995 *Duke LJ* 704
Amankwah "*Post*-Mabo"	Amankwah HA "*Post*-Mabo: The Prospect of the Recognition of a Regime of Customary (Indigenous) Law in Australia" 1994 *University of Queensland LJ* 15
Amerasinghe "Judicial Independence"	Amerasinghe ARB "Judicial Independence – Some Core Issues" 1997 *Journal of Judicial Administration* 74
American Bar Association *What It Is and How It Works*	American Bar Association *The ABA's Standing Committee on Federal Judiciary: What It Is and How It Works* 1991
American Indian Lawyer Training Program Inc *Justice in Indian Country*	American Indian Lawyer Training Program Inc *Justice in Indian Country* 1980
Anderson "Lettre de Provence"	Anderson D "Lettre de Provence" 1994 *De Rebus* 25
Andrew "South Africa"	Andrew GD "South Africa" in Shetreet S and Deschênes J (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 1985 286
Angevin *La Pratique de la Cour d'Assises*	Angevin H *La Pratique de la Cour d'Assises* 1989

Anoniem *A Guide to Jury System Management*	Anoniem *A Guide to Jury System Management* 1975
Anoniem "A Time for Juries"	Anoniem "A Time for Juries?" 1990 *De Rebus* 507
Anoniem "Beoordeling van Regters"	Anoniem "Die Beoordeling van Regters" 1998 *De Rebus* (Julie) 4
Anoniem "Computerisation of Court Records"	Anoniem "Computerisation of Court Records" 1994 *Consultus* 159
Anoniem "Dullah Omar, Witness for the Accused"	Anoniem "Dullah Omar, Witness for the Accused" *Sunday Times* (23 Maart 1997) 20
Anoniem "Editorial"	Anoniem "Editorial" 1964 *Journal of the American Judicature Society* 124-125
Anoniem "Federal Magistrates and the Principles of Article III"	Anoniem "Federal Magistrates and the Principles of Article III" 1984 *Harvard LR* 1947
Anoniem "IBA Minimum Standards"	Anoniem "International Bar Association Code of Minimum Standards of Judicial Independence" (The Jerusalem Approved Standards as adopted in the Plenary Session of the 19th IBA Biennial Conference held on Friday, 22nd October 1982, in New Delhi, India) in Shetreet S en Deschênes J (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 1985 388
Anoniem "Judiciary: Second Black Woman Appointed"	Anoniem "Judiciary: Second Black Woman Appointed As A Judge" 1999 *Consultus* (Maart)16
Anoniem "Legitimering van Regstelsel"	Anoniem "Legitimering van Regstelsel" 1991 *Consultus* 2
Anoniem "'n Vooraanstaande Prokureur op die Regbank"	Anoniem "'n Vooraanstaande Prokureur op die Regbank" 1996 *De Rebus* 338
Anoniem "New Chief Justice"	Anoniem "The New Chief Justice: A Man for His Time" 1996 *De Rebus* 775
Anoniem "Oorgangstydperk vir die Regbank"	Anoniem "Oorgangstydperk vir die Regbank" 1997 *Consultus* 83
Anoniem "Oudregter-president CF Eloff: 25 Jaar as Regter"	Anoniem "Oudregter-president CF Eloff: 25 Jaar As Regter" 1999 *Consultus* (Junie)18
Anoniem "Qualities of Ideal Judge"	Anoniem "Qualities of Ideal Judge" 1994 *Consultus* 110
Anoniem "Recent Cases: Article III – Federal Magistrates Act – Magistrates Without Life Tenure May Preside over Jury Selection in Federal Criminal Cases"	Anoniem "Recent Cases: Article III – Federal Magistrates Act – Magistrates Without Life Tenure May Preside over Jury Selection in Federal Criminal Cases" 1988 *Harvard LR* 533
Anoniem "Regspleging Onder Groot Druk"	Anoniem "Regspleging Onder Groot Druk" *Naweek-Beeld* (4 Desember 1999) 4
Anoniem "Regters"	Anoniem "Die Aanstelling van Regters" 1990 *De Rebus* 679

Anoniem "Role and Responsibilities of Those Involved in the Criminal Justice System"	Anoniem "The Role and Responsibilities of Those Involved in the Criminal Justice System" 1993 *Legal Forum* 50
Anoniem "Universal Declaration"	Anoniem "Universal Declaration on the Independence of Justice" (Unanimously adopted at the final plenary session of the First World Conference on the Independence of Justice held at Montréal (Québec, Canada) on June 10th, 1983) in Shetreet S en Deschênes J (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 1985 447
Anoniem "Verantwoordbaarheid op Regterlike Vlak"	Anoniem "Verantwoordbaarheid op Regterlike Vlak" 1994 *Consultus* 82
Applebome "Texas Court Fight Puts Focus on Elected Judges"	Applebome P "Texas Court Fight Puts Focus on Elected Judges" *New York Times* (22 Januarie 1988) 9
Arbour "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication"	Arbour L "The Legitimacy of the Judiciary in Constitutional Adjudication" 1992 *Consultus* 13
Arendse en Ngalwana "Underrepresentation"	Arendse N en Ngalwana V "The Underrepresentation of Blacks and Women at the Bar" 1998 *Consultus* 74
Armytage "Education Programme of the Judicial Commission of New South Wales"	Armytage L "Continuing Judicial Education: The Education Programme of the Judicial Commission of New South Wales" 1993 *Journal of Judicial Administration* 28
Ashenfelter ea " Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes"	Ashenfelter O, Eisenberg T en Schwab S " Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes" 1995 *Journal of Legal Studies* 257
Asmal "Constitutional Courts"	Asmal K "Constitutional Courts – A Comparative Survey" 1991 *CILSA* 315
Aspen "Let's Select Judges on Their Merit, Not Their Politics"	Aspen ME "Let's Select Judges on Their Merit, Not Their Politics" *Chicago Tribune* (21 Januarie 1987) 17
Austin "Access to Legal Education and the Legal Profession in Zimbabwe"	Austin R "Access to Legal Education and the Legal Profession in Zimbabwe" 1987 *Zimbabwe LR* 172
Australian Law Reform Commission *Aboriginal Customary Laws*	Australian Law Reform Commission *The Recognition of Aboriginal Customary Laws – Report No 31* vol 2 1986
B	
Baar "Judicial Activism in Canada"	Baar C "Judicial Activism in Canada" in Holland *Judicial Activism in Comparative Perspective* 1991 53
Baldwin "The Compulsory Training of Magistrates"	Baldwin J "The Compulsory Training of Magistrates" 1975 *Criminal LR* 634
Bamford "Aspects of Judicial Independence"	Bamford BR "Aspects of Judicial Independence" 1956 *SALJ* 381

Bankowski en Mungham "Lay Participation"	Bankowski Z en Mungham G "Law and Lay Participation" in Blegvad MB ea (reds) *European Yearbook in Law and Sociology* 1979
Bankowski en Mungham "Laypeople"	Bankowski Z en Mungham G "Laypeople and Lawpeople in the Administration of the Lower Courts" 1981 *International Journal of the Sociology of Law* 85
Barak *Judicial Discretion*	Barak A *Judicial Discretion* 1989
Barber "The Jury Is Still Out: The Role of Jury Science in the Modern American Courtroom"	Barber JW "The Jury Is Still Out: The Role of Jury Science in the Modern American Courtroom" 1994 *American Criminal LR* 1225
Baskin "A View from the Bench"	Baskin N "A View from the Bench" 1984 *Florida BJ* 589
Basson *South Africa's Interim Constitution*	Basson DA *South Africa's Interim Constitution:Text and Notes* 1995
Basson en Viljoen *Staatsreg*	Basson D en Viljoen H *Suid-Afrikaanse Staatsreg* 2 uitg 1988
Bawa "Judicial Education"	Bawa N "Judicial Education" 1999 *Consultus* (September) 28
Baxi *The Crisis of the Indian Legal System*	Baxi U *The Crisis of the Indian Legal System* 1982
Baxi en Galanter *Panchayat Justice*	Baxi U en Galanter M *Panchayat Justice: An Indian Experiment in Legal Access* in Cappelletti M en Garth B (reds) *Access to Justice* vol 3 1979
Baxter *Administrative Law*	Baxter L *Administrative Law* 1984
Baylor "Ascension to the Bench"	Baylor S "Ascension to the Bench" 1988 *The Maryland BJ* 18
Behrendt *Aboriginal Dispute Resolution*	Behrendt L *Aboriginal Dispute Resolution* 1995
Beinart "Rule of Law"	Beinart B "The Rule of Law" 1962 *Acta Juridica* 99
Bekker "American Grand Jury"	Bekker PM "The American Grand Jury: Judicial Empowerment of the South African Population in General?" 1995 *Huldigingsbundel vir SA Strauss* 19
Bekker "African Customary Law"	Bekker JC "How Compatible is African Customary Law with Human Rights? Some Preliminary Observations" 1994 *THRHR* 440
Bekker "Customary Law"	Bekker JC "Seymour's Customary Law in Southern Africa" 1989
Bell *Policy Arguments in Judicial Decisions*	Bell J *Policy Arguments in Judicial Decisions* 1983
Benda "Verfassungsgerichtbarkeit "	Benda E "Die Verfassungsgerichtbarkeit der Bundesrepublik Deutchland" in Stark & Weber (reds) *Verfassungsgerichtbarkeit in Westeuropa (Teilband 1: Berichte)* 1986

Bennett "Judicial Activism and the Concept of Original Intent"	Bennett RW "Judicial Activism and the Concept of Original Intent" 1986 *Judicature* 219
Bennett *African Customary Law*	Bennett TW *A Sourcebook of African Customary Law for Southern Africa* 1991
Berat "Courting Justice"	Berat L "Courting Justice: A Call for Judicial Activism in a Transformed South Africa" 1993 *Saint Louis University LJ* 849
Bermant *Conduct of the Voir Dire Examination: Practices and Opinions of Federal District Judges*	Bermant *G Conduct of the Voir Dire Examination: Practices and Opinions of Federal District Judges* 1977
Bessette "French Civil Law Systems Since 1804"	Bessette I "French Civil Law Systems Since 1804" 1980 *Law Library Journal* 336
Bhagwati "Pressures and Obstacles"	Bhagwati PN "Pressures on and Obstacles to an Independent Judiciary" 1989 *Law and Justice* No 102/103 44
Bhula en Africa *Proposals for a National Community Court System*	Bhula D en Africa A *Proposals for a National Community Court System* 1995
Bierman "Preserving Power in Picking Judges"	Bierman L "Preserving Power in Picking Judges: Merit Selection for the New York Court of Appeals" 1996 *Albany LR* 339
Bingham "Criminal Code: Must We Wait for Ever?"	Bingham Lord Chief Justice "Criminal Code: Must We Wait for Ever?" 1998 *Criminal LR* 694
Bizos "Let Us not Change the Essential Fabric of the Bar"	Bizos SC "Let Us not Change the Essential Fabric of the Bar" 1999 *Consultus* (Desember) 23
Blaauw-Wolf "The 'Balancing of Interests' with Reference to the Principle of Proportionality and the Doctrine of *Güterabwegung*"	Blaauw-Wolf L "The 'Balancing of Interests' with Reference to the Principle of Proportionality and the Doctrine of *Güterabwegung* – A Comparative Analysis" 1999 *SAPR* 178
Blackmun "Justice and Society"	Blackmun HA "Justice and Society" in Shetreet S (red) *The Role of Courts in Society* 1988 439
Bond *The Art of Judging*	Bond JE *The Art of Judging* 1987
Bonnington "The Jury – A Suitable Case for Treatment"	Bonnington A "The Jury – A Suitable Case for Treatment" 1995 *New LJ* 847
Bork *Political Seduction of the Law*	Bork RH *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* 1990
Botha "The Values and Principles Underlying the 1993 Constitution"	Botha H "The Values and Principles Underlying the 1993 Constitution" 1994 *SAPR* 233
Botha *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg*	Botha CJ *Waarde-aktiverende Grondwetuitleg: Vergestalting van die Materiële Regstaat* (Ongepubliseerde doktorale proefskrif, Unisa) 1996
Botha *Wetsuitleg: 'n Inleiding vir Studente*	Botha CJ *Wetsuitleg: 'n Inleiding vir Studente* (3de uitg) 1998
Boulle ea *Constitutional and Administrative Law*	Boulle L, Harris B en Hoexter C *Constitutional and Administrative Law* 1989

Braithwaite "Community Values and Australian Jurisprudence"	Braithwaite J "Community Values and Australian Jurisprudence" 1995 *Sydney LR* 351
Brakel *American Indian Tribal Courts: The Costs of Separate Justice*	Brakel SJ *American Indian Tribal Courts: The Costs of Separate Justice* American Bar Foundation 1978
Brand "Judicial Education"	Brand F "Perspective on Judicial Education" 1997 *Consultus* 124
Brand "The Supreme Court, Equal Protection and Jury Selection: Denying That Race Still Matters"	Brand JS "The Supreme Court, Equal Protection and Jury Selection: Denying That Race Still Matters" 1994 *Wisconsin LR* 511
Brandfon "American Indian Tribal Court System"	Brandfon F "Tradition and Judicial Review in the American Indian Tribal Court System" 1991 *UCLA LR* 991
Brazier "The Appointment and Removal of the Lower Judiciary"	Brazier R "The Appointment and Removal of the Lower Judiciary" 1986 *Anglo American LR* 173
Breck "Peremptory Strikes After Batson v Kentucky"	Breck DF "Peremptory Strikes After Batson v Kentucky" 1988 *Journal of the American Bar Association* 54
Bredenkamp "Legal Practitioners in New South Wales"	Bredenkamp I "Legal Practitioners in New South Wales" 1999 *Consultus* (Desember) 31
Bright "Political Attacks on the Judiciary"	Bright SB "Political Attacks on the Judiciary" 1997 *Judicature* 165
British Information Services "British Judges Learn to Do More Than Judge"	British Information Services "British Judges Learn to Do More Than Judge" 1998 *De Rebus* (Julie) 17
Brody "*Sparf* and *Doherty* Revisited: Why the Court Should Instruct the Jury of Its Nullification Right"	Brody DC "*Sparf* and *Doherty* Revisited: Why the Court Should Instruct the Jury of Its Nullification Right" 1995 *American Criminal LR* 89
Brody en Rivera "Do Jurors Know About Their Jury Nullification Power?"	Brody DC en Rivera C "Examining the Doherty 'All-Knowing Assumption': Do Jurors Know About Their Jury Nullification Power?" 1996 *Criminal Law Bulletin* 151
Bronner *Battle for Justice*	Bronner E *Battle for Justice: How the Bork Nomination Shook America* 1989
Brook "Re-introducing the Jury System"	Brook F "Exploring the Desirability of Re-introducing the Jury System" 1992 *Wits Univ Student LR* 1
Brouwer "Inquisitorial and Adversary Procedures"	Brouwer GEP "Inquisitorial and Adversary Procedures – A Comparative Analysis" 1981 *The Australian LJ* 207
Brown "A Challenge to the English-language Requirement of the Juror Qualification Provision of New York's Judiciary Law"	Brown C "A Challenge to the English-language Requirement of the Juror Qualification Provision of New York's Judiciary Law" 1994 *New York Law School LR* 479
Brugger "Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence and Anthropology: Some Remarks from a German Point of View"	Brugger W "Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence and Anthropology: Some Remarks from a German Point of View" 1994 *American Journal of Comparative Law* 395

Bryner "Constitutionalism and the Politics of Rights"	Bryner GC "Constitutionalism and the Politics of Rights" in Bryner GC en Reynolds NB (reds) *Constitutionalism and Rights* 1987 7
Burchell en Milton *Principles of Criminal Law*	Burchell JM en Milton JRL *Principles of Criminal Law* 1991
Burman en Schärf "Creating People's Justice"	Burman S en Schärf W "Creating People's Justice: Street Committees and People's Courts in a South African City" 1990 *Law and Society Review* 693
Burman "Street Committees"	Burman S "The Role of Street Committees: Continuing South Africa's Practice of Alternative Justice" in Corder (red) *Democracy and the Judiciary* 1989 151
Burnett "Practical, Innovative and Progressive Utilization of United States Magistrates to Improve the Administration of Justice in the United States District Courts"	Burnett AL "Practical, Innovative and Progressive Utilization of United States Magistrates to Improve the Administration of Justice in the United States District Courts" 1985 *Howard LJ* 293
Burton *An Introduction to Law and Legal Reasoning*	Burton SL *An Introduction to Law and Legal Reasoning* 1985
Butler "Constitutional Principles"	Butler AS "The 1996 Constitution Bill, its Amending Power, and the Constitutional Principles" 1996 *Human Rights and Constitutional LJ* (Oktober) 24
Butler "Racially Based Jury Nullification: Black Power in the Criminal Justice System"	Butler P "Racially Based Jury Nullification: Black Power in the Criminal Justice System" 1995 *The Yale LJ* 677
Byrne "Role of the Judiciary"	Byrne BT "The Role of the Judiciary in the Modern Institutional State" 1981 *Seton Hall LJ* 653
C	
Cachalia ea *Fundamental Rights*	Cachalia A, Cheadle H, Davis D, Haysom N, Maduna P en Marcus G *Fundamental Rights in the New Constitution* 1994
Call "Jury Persuasion: Making the Research Work for You"	Call JA "Jury Persuasion: Making the Research Work for You" 1996 *Trial* 20
Cameron ea "Judicial Appointments"	Cameron A, Rudolph H en Van Zyl Smith D "Judicial Appointments" 1980 *De Rebus* 430
Cappelletti "The Law-Making Power of the Judge and its Limits"	Cappelletti M "The Law-Making Power of the Judge and its Limits: A Comparative Analysis" 1981 *Monash University LR*
Cappelletti "Judicial Responsibility"	Cappelletti M " 'Who Watches the Watchmen?' A Comparative Study on Judicial Responsibility" in Shetreet S en Deschênes J (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 1985 550
Cappelletti *Perspective*	Cappelletti M *The Judicial Process in Comparative Perspective* 1989

Carbon ea "Women on the State Bench: Their Characteristics and Attitudes about Judicial Selection"	Carbon S, Houlden P en Berkson L "Women on the State Bench: Their Characteristics and Attitudes about Judicial Selection" 1982 *Judicature* vol 65(6) 294
Cardozo *The Nature of the Judicial Process*	Cardozo BN *The Nature of the Judicial Process* 1921
Cardozo "Address on Judicial Independence"	Cardozo MA "Address on Judicial Independence to the Association Reception in Honor of New York Supreme Court Judges" 1997 *Record of the Association of the Bar of the City of New York* 264
Carlisle "Judge President Somyalo Tackles the Challenges of the Grahamstown Bench"	Carlisle A "Judge President Somyalo Tackles the Challenges of the Grahamstown Bench" 1999 *De Rebus* (Desember) 20
Carlson "Batson, J.E.B., and Beyond: The Paradoxical Quest for Reasoned Peremptory Strikes in the Jury Selection Process"	Carlson EA "Batson, J.E.B., and Beyond: The Paradoxical Quest for Reasoned Peremptory Strikes in the Jury Selection Process" 1994 *Baylor LR* 947
Carlson "Courts Ride the Information Superhighway"	Carlson T "Courts Ride the Information Superhighway" 1996 *Judicature* 98
Carp en Stidham *Judicial Process in America*	Carp RA and Stidham R *Judicial Process in America* (4de uitg) 1998
Carpenter *Introduction to South African Constitutional Law*	Carpenter G *Introduction to South African Constitutional Law* 1987
Carpenter "Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy"	Carpenter G "Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy" 1996 *SAPR* 11
Carpenter "Constitutional Court Sounds the Death Knell for Capital Punishment"	Carpenter G "Constitutional Court Sounds the Death Knell for Capital Punishment" 1996 *THRHR* 145
Casper en Zeisel "Lay Judges in the German Criminal Courts"	Casper G en Zeisel H "Lay Judges in the German Criminal Courts" 1972 *The Journal of Legal Studies* 135
Casson en Scott "Great Britain"	Casson DB en Scott IR "Great Britain" in Shetreet S en Deschênes J (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 1985 141
Cedarbaum "Women on the Federal Bench"	Cedarbaum MG "Women on the Federal Bench" 1993 *Boston University LR* 39
Chapar *La Cour d'Assises*	Chapar F *La Cour d'Assises* (3de uitg) 1980
Chase *Federal Judges: The Appointing Process*	Chase HW *Federal Judges: The Appointing Process* 1972
Chaskalson ea *Constitutional Law of South Africa*	Chaskalson M, Kentridge J, Klaaren J, Marcus G, Spitz D en Woolman S *Constitutional Law of South Africa* 1996
Chaskalson "Law in a Changing Society: The Past Ten Years"	Chaskalson A "Law in a Changing Society: The Past Ten Years: A Balance Sheet and Sound Indicators for the Future" 1989 *SAJHR* 293

Chaskalson "Reshaping the Structures of Justice"	Chaskalson A "Reshaping the Structures of Justice for a Democratic South Africa" in Norton M (red) *Reshaping the Structures of Justice for a Democratic South Africa* 1994 13
Choper *Judicial Review and the National Political Process*	Choper J *Judicial Review and the National Political Process* 1980
Christie "Objectivity and the Law"	Christie GC "Objectivity and the Law" 1969 *Yale LJ* 1311
Chubb "The Jury System"	Chubb JA "The Jury System" 1956 *SALJ* 194
Claassen "The Functioning of the Constitutional Court"	Claassen CJ "The Functioning of the Constitutional Court" 1994 *THRHR* 412
Cockrell "Rainbow Jurisprudence"	Cockrell A "Rainbow Jurisprudence" 1996 *SAJHR* 1
Coetzer "Juriestelsel in 'n Veelrassige Samelewing"	Coetzer JPJ " Die Juriestelsel in 'n Veelrassige Samelewing" 1992 *Consultus* 124
Cohen "The Reasonable Doubt Jury Instruction: Giving Meaning to A Critical Concept"	Cohen JN "The Reasonable Doubt Jury Instruction: Giving Meaning to A Critical Concept" 1995 *American Journal of Criminal Law* 677
Cohen "Judges in Disciplinary Proceedings"	Cohen RG "The Limited Due Process Rights of Judges in Disciplinary Proceedings" 1979 *Judicature* 232
Coke "Race Neutrality"	Coke TE "Lady Justice May Be Blind, But Is She A Soul Sister? Race Neutrality and the Ideal of Representative Juries" 1994 *New York University LR* 327
Conner en Surette *The Citizen Dispute Settlement Program*	Conner RF en Surette R *The Citizen Dispute Settlement Program: Resolving Disputes Outside the Courts – Orlando, Florida* 1977
Constantinesco en Hübner *Einführung in das französische Recht*	Constantinesco V en Hübner U *Einführung in das französische Recht* 1974
Cook "The Path to the Bench: Ambitions and Attitudes of Women on the Bench"	Cook BB "The Path to the Bench: Ambitions and Attitudes of Women on the Bench" 1983 *Trial* 48
Cook ea *Neighborhood Justice Centers Field Test*	Cook RF, Roehl JA en Sheppard DI *Neighborhood Justice Centers Field Test: Executive Summary* 1980
Cooley "Arbitration vs. Mediation"	Cooley JW "Arbitration vs. Mediation – Explaining the Differences" 1986 *Judicature* 263
Cooper "Criminal Investigations in France"	Cooper J "Criminal Investigations in France" 1991 *New LJ* 381
Corbett "Writing a Judgment"	Corbett MM "Writing a Judgment" 1998 *SALJ* 116
Corbett "The Role of Policy"	Corbett MM "The Role of Policy in the Evolution of Our Common Law" 1987 *SALJ* 52
Corder *Democracy and the Judiciary*	Corder H (red) *Democracy and the Judiciary* 1989
Corder "Towards a South African Constitution"	Corder H "Towards a South African Constitution" 1994 *Modern LR* 491

Corder "Lessons from (North) America: Beware the 'Legalization of Politics' and the 'Political Seduction of the Law' "	Corder H "Lessons from (North) America: Beware the 'Legalization of Politics' and the 'Political Seduction of the Law' " 1992 *SALJ* 204
Corder *Judges at Work*	Corder H *Judges at Work: The Role and Attitudes of the South African Appellate Judiciary 1910-1950* 1984
Costa "The Myth of Customary Law"	Costa A "The Myth of Customary Law" 1998 *SAJHR* 525
Cowen "The Interpretation of Statutes and the Concept of 'the Intention of the Legislature' "	Cowen DV "The Interpretation of Statutes and the Concept of 'the Intention of the Legislature' " 1980 *THRHR* 374
Cowling "Protection of Human Rights"	Cowling MG "Judges and the Protection of Human Rights in South Africa: Articulating the Inarticulate Premiss" 1987 *SAJHR* 177
Cox "The Independence of the Judiciary"	Cox A "The Independence of the Judiciary: History and Purposes" 1996 *University of Dayton LR* 566
Crone *Law and the Media*	Crone T *Law and the Media* (3de uitg) 1995
Curriden "Jury Reform"	Curriden M "Jury Reform" 1995 *American Bar Association Journal* 72
Currie *Constitution of Germany*	Currie DP *The Constitution of the Federal Republic of Germany* 1994
Cutshall *Justice for the People*	Cutshall CR *Justice for the People: Community Courts and Legal Transformation in Zimbabwe* 1991
D	
Damaska *Faces of Justice*	Damaska MR *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* 1986
Darby "Lessons of Comparative Criminal Procedure"	Darby JJ "Lessons of Comparative Criminal Procedure: France and the United States" 1982 *San Diego LR* 277
David en Brierley *Major Legal Systems*	David R en Brierley JEC *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law* (3de uitg) 1985
Davis ea "Democracy and Constitutionalism:The Role of Constitutional Interpretation"	Davis D, Chaskalson M and De Waal J "Democracy and Constitutionalism:The Role of Constitutional Interpretation" in Van Wyk DH, Dugard J, De Villiers B en Davis D (reds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* 1994
Davis *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*	Davis KC *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry* 1969
Davis "The Need for Disciplining Rules"	Davis D "The Need for Disciplining Rules: A Reply to Ziyad Motala" 1999 *SALJ* 157

Davis ea "Voting Behavior and Gender on the U.S. Courts of Appeals"	Davis S, Haire S en Songer DR "Voting Behavior and Gender on the U.S. Courts of Appeals" 1993 *Judicature* 129
De Bruin "Regbank"	De Bruin P "SA Regslui Vra VN Om Te Help Keer: Regbank 'Word Soos in Zimbabwe'" *Naweek-Beeld* (4 Desember 1999) 1
Deia "How Judges Are Selected – A Survey of the Judicial Selection Process in the United States"	Deia DR "How Judges Are Selected – A Survey of the Judicial Selection Process in the United States" 1996 *The Michigan BJ* 904
Denning "Judges"	Denning AT "The Independence and Impartiality of Judges" 1954 *SALJ* 345
Denove en Imwinkelried "Jury Selection: An empirical Investigation of Demographic Bias"	Denove CF en Imwinkelried EJ "Jury Selection: An empirical Investigation of Demographic Bias" 1995 *American Journal of Trial Advocacy* 285
Departement van Justisie "Community Courts"	Departement van Justisie "Memorandum of Proposals for the Establishment of Community Courts" (ongepubliseerde besprekingsdokument) 1995
Deschênes "The Judge as Lawmaker"	Deschênes J "The Judge as Lawmaker" Linden AM (red) *The Canadian Judiciary* 1976 57
Detre "A Proposal for Measuring Underrepresentation"	Detre PA "A Proposal for Measuring Underrepresentation in the Composition of the Jury Wheel" 1994 *The Yale LJ* 1913
Devenish *Interpretation of Statutes*	Devenish GE *Interpretation of Statutes* 1992
Devenish "The Interpretation of Justiciable Rights in South Africa's Interim Constitution"	Devenish GE "The Interpretation of Justiciable Rights in South Africa's Interim Constitution" 1995 *De Jure* 249
Devlin *The Judge*	Devlin P *The Judge* 1979
De Wet "Jurie"	De Wet AB "Tot Wanneer Moet die Jurie Nog Uitbly?" 1992 *De Rebus* 295
Dhlamini "The Appointment of Blacks"	Dhlamini CRM "The Appointment of Blacks as Judicial Officers" 1990 *Consultus* 31
Dhlamini "The Influence of Race"	Dhlamini CRM "The Influence of Race on the Administration of Justice in South Africa" 1988 *SAJHR* 37
Dickson "South Africa's Constitutional Court"	Dickson B "South Africa's Constitutional Court" 1995 *New LJ* 246
DiPrima "Selecting A Jury in Federal Criminal Trials After *Batson* and *McCollum*"	DiPrima SR "Selecting A Jury in Federal Criminal Trials After *Batson* and *McCollum*" 1995 *Columbia LR* 888
Dicey *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*	Dicey AV *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10de uitg) 1961
Dickson "South Africa's Constitutional Court"	Dickson B "South Africa's Constitutional Court" 1995 *New LJ* 246

Didcott "Salvaging the Law"	Didcott JM "Salvaging the Law" 1988 *SAJHR* 355
Diescho *Namibian Constitution in Perspective*	Diescho J *The Namibian Constitution in Perspective* 1994
Dlamini "Apartheid and the Black Judge"	Dlamini A "Apartheid and the Black Judge" 1989 *SAJHR* 246
Dlamini "The Political Nature of the Judicial Function"	Dlamini M "The Political Nature of the Judicial Function" 1992 *THRHR* 411
Doran en Jackson "The Case for Jury Waiver"	Doran S en Jackson J "The Case for Jury Waiver" 1997 *The Criminal LR* 155
Doran ea "Rethinking Adversariness in Nonjury Criminal Trials"	Doran S, Jackson JD en Seigel ML "Rethinking Adversariness in Nonjury Criminal Trials" 1995 *American Journal of Criminal Law* 1
Downey "Judges, Independence and Accountability"	Downey PJ "Judges, Independence and Accountability" 1992 *New Zealand LJ* 409
Downs "The Boundaries of Article III: Delegation of Final Decisionmaking Authority to Magistrates"	Downs JA "The Boundaries of Article III: Delegation of Final Decisionmaking Authority to Magistrates" 1985 *University of Chicago LR* 1032
Dubber "American Plea Bargains, German Lay Judges and the Crisis of Criminal Procedure"	Dubber MD "American Plea Bargains, German Lay Judges and the Crisis of Criminal Procedure" 1997 *Stanford LR* 547
Dubber "The German Jury and the Metaphysical Volk: From Romantic Idealism to Nazi Ideology"	Dubber MD "The German Jury and the Metaphysical Volk: From Romantic Idealism to Nazi Ideology" 1995 *American Journal of Comparative Law* 227
Dubois *From Ballot to Bench*	Dubois PL *From Ballot to Bench: Elections and the Quest for Accountability* 1980
Dudley "Turnover and Tenure on State High Courts: Does Method of Selection Make a Difference?"	Dudley RL "Turnover and Tenure on State High Courts: Does Method of Selection Make a Difference?" 1997 *The Justice System Journal* 1
Dugard "Lay Participation"	Dugard J "Lay Participation in the Administration of Justice" 1972 *Crime Punishment & Correction* 55
Dugard *Human Rights*	Dugard J *Human Rights and the South African Legal Order* 1978
Dugard "The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty"	Dugard J "The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty" 1971 *SALJ* 181
Dugard "Some Realism about the Judicial Process and Positivism"	Dugard J "Some Realism about the Judicial Process and Positivism – A Reply" 1981 *SALJ* 372
Dumbutshena "The Judiciary, the Executive and the Law"	Dumbutshena E "The Judiciary, the Executive and the Law" 1987 *Lesotho LJ* vol 2 237
Du Plessis *The Interpretation of Statutes*	Du Plessis LM *The Interpretation of Statutes* 1986
Du Plessis "The Interpretation of Bills of Rights in South Africa"	Du Plessis LM "The Interpretation of Bills of Rights in South Africa: Taking Stock" in Kruger TJ en Currin B (reds) *Interpreting A Bill of Rights* 1994 1

Du Plessis "Legal Academics and the Open Community of Constitutional Interpreters"	Du Plessis LM "Legal Academics and the Open Community of Constitutional Interpreters" 1996 *SAJHR* 214
Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights*	Du Plessis LM en Corder H *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 1994
Du Plessis en De Ville "Bill of Rights Interpretation in the South African Context"	Du Plessis LM en De Ville JR "Bill of Rights Interpretation in the South African Context (1): diagnostic observations" 1993 *Stell LR* 63
Du Rand "Nuwe Visie vir Departement van Justisie"	Du Rand P "'n Nuwe Visie vir die Departement van Justisie" 1997 *Consultus* 140
Du Toit ea *Commentary on the Criminal Procedure Act*	Du Toit E, De Jager FJ, Paizes A, Skeen AS, Van der Merwe S *Commentary on the Criminal Procedure Act* 1997
Du Toit "The Dimension of Futurity in the Law: Towards a Renewal of the Theory of Interpretation"	Du Toit DC "The Dimension of Futurity in the Law: Towards a Renewal of the Theory of Interpretation" 1977 *TRW* 11
Dyzenhaus "The Disappearance of Law"	Dyzenhaus D "The Disappearance of Law" 1990 *SALJ* 277
Dyzenhaus "Why Positivism is Authoritarian"	Dyzenhaus D "Why Positivism is Authoritarian" 1992 *American Journal of Jurisprudence* 83
E	
Edkins "How Magistrates Deal with Proof of Criminal Guilt"	Edkins F "How Magistrates Deal with Proof of Criminal Guilt" 1988 Legal Forum vol 1(2) 13
Elias *The Nature of African Customary Law*	Elias TO *The Nature of African Customary Law* 1956
Ellman "Law and Legitimacy in South Africa"	Ellman S "Law and Legitimacy in South Africa" 1995 *Law and Social Inquiry* 407
Ely "Another Such Victory: Constitutional Theory in a World Where Courts are No Different from Legislatures"	Ely JH "Another Such Victory: Constitutional Theory in a World Where Courts are No Different from Legislatures" 1991 *Virginia LR* 833
Ely *Democracy and Distrust*	Ely J *Democracy and Distrust* 1980
English "*Ubuntu*: The Quest for an Indigenous Jurisprudence"	English R "*Ubuntu*: The Quest for an Indigenous Jurisprudence" 1996 *SAJHR* 641
Erasmus "Limitation and Suspension"	Erasmus G "Limitation and Suspension" in Van Wyk *et al* (reds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* 1994 629
Erasmus "Die Grondwet van Namibië: Internasionale Proses en Inhoud"	Erasmus G "Die Grondwet van Namibië: Internasionale Proses en Inhoud" 1990 *Stell LR* 277
Erikson "Confessions in Evidence"	Erikson TD "Confessions in Evidence: A Look at the Inquisitorial System" 1990 *New LJ* 884
Eskridge *Dynamic Statutory Interpretation*	Eskridge WN *Dynamic Statutory Interpretation* 1994

Esmein *A History of Continental Criminal Procedure*	Esmein A *A History of Continental Criminal Procedure* 1968
Evans *De Smith's Judicial Review of Administrative Action*	Evans J (red) *De Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4de uitg) 1980
F	
Fabricius "Charter: A Critical Appraisal"	Fabricius HJ "The Government's Proposals on a Charter of Fundamental Rights: A Critical Appraisal" 1991 *Consultus* 32
Fabricius "Practical Implications"	Fabricius HJ "The Proposed Bill on Human Rights: The Practical Implications" 1992 *Consultus* 106
Fallon "Technology and the Courts"	Fallon P "Technology and the Courts" 1995 *New LJ* 10
Federal Judicial Center *Roles of Magistrates*	Federal Judicial Center *The Roles of Magistrates: Nine Case Studies* 1985
Ferdico *Criminal Procedure*	Ferdico JN *Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional* 1985
Ferreira *Strafproses in die Laer Howe*	Ferreira JC *Strafproses in die Laer Howe* 2 uitg 1979
Fleming "Aboriginal Criminal Justice"	Fleming DJ "Aboriginal Criminal Justice: A Commentary on Coughlan and Domareki" 1993 *University of New Brunswick LJ* 281
Flemming "Bestuur en Rekenarisering in die Hooggeregshof"	Flemming HCJ "Bestuur en Rekenarisering in die Hooggeregshof" 1996 *Consultus* 116
Forsyth *In Danger for their Talents*	Forsyth C *In Danger for their Talents: A Study of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa 1950-1980* 1985
Forsyth en Schiller "The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty"	Forsyth CF en Schiller J "The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty II" 1981 *SALJ* 218
Frasher "Race- and Gender-Neutral Jury Selection Process"	Frasher P "Fulfilling *Batson* and its Progeny: A Proposed Amendment to Rule 24 of the Federal Rules of Criminal Procedure to Attain a More Race- and Gender-Neutral Jury Selection Process" 1995 *Iowa LR* 1327
French Code of Criminal Procedure	*The American Series of Foreign Penal Codes: The French Code of Criminal Procedure* vertaal deur Kock GL en Frase RS, inleiding deur RS Frase 1988
Friedrichs "Legitimacy Crisis"	Friedrichs DO "Law in South Africa and the Legitimacy Crisis" 1990 *International Journal for Comparative & Applied Criminal Justice* 188
Friesen en Scott *English Criminal Justice*	Friesen EC en Scott IR *English Criminal Justice* 1977
Froneman "The Role of the Courts"	Froneman JC "The Role of the Courts in a Changing Society" 1997 *Consultus* 121
G	

Galligan *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*	Galligan DJ *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion* 1990
Gauntlett "A Matter of Race?"	Gauntlett J "A Matter of Race?" 1999 *Consultus* (Desember) 3
Gauntlett "Aspects of the Value Problem in Judicial Positivism"	Gauntlett J "Aspects of the Value Problem in Judicial Positivism" 1972 *Responsa Meridana* 204
Gauntlett "Appointing and Promoting Judges"	Gauntlett J "Appointing and Promoting Judges: Which Way Now?" 1990 *Consultus* 23
General Council of the Bar "Bar Strategy 2000"	General Council of the Bar "Bar Strategy 2000" 1999 *Consultus* (September) 20
General Council of the Bar "Transformation of the Legal Profession: Response by the GCB"	General Council of the Bar "Transformation of the Legal Profession: Response by the GCB" 1999 *Consultus* (Desember) 9
Gibbs "Judicature"	Gibbs H "The State of the Judicature" 1985 *Law Institute Journal* 971
Gilles "Judicial Independence"	Gilles P "Germany: Judicial Independence and the Involvement of Judges in Party Politics and Trade Union Activities" in Shetreet S en Deschênes J (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 1985 96
Glaberson "Confronting Assembly-Line Justice: Tumult in New York's Courtrooms"	Glaberson W "Confronting Assembly-Line Justice: Tumult in New York's Courtrooms" *New York Times* (16 Januarie 1990) 12
Glick *Courts, Politics and Justice*	Glick HR *Courts, Politics and Justice* 1983
Gluckman *The Judicial Process among the Bartose of Northern Rhodesia*	Gluckman M *The Judicial Process among the Bartose of Northern Rhodesia 1955*
Goldberg "Caution: No Exemptions"	Goldberg SB "Caution: No Exemptions" 1996 *American Bar Association Journal* 64
Goldin *The Judge, the Prince and the Usurper*	Goldin B *The Judge, the Prince and the Usurper – From UDI to Zimbabwe* 1990
Goldschmidt en Shaman "Judicial Disqualification: What Do Judges Think?"	Goldschmidt J en Shaman JM "Judicial Disqualification: What Do Judges Think?" 1996 *Judicature* 68
Goldstone "Do Judges Speak Out?"	Goldstone R "Do Judges Speak Out?" 1994 *SALJ* 258
Gordon "Judicial Image"	Gordon FX "The Judicial Image: Is a Facelift Necessary?" 1985 *Justice System Journal* 315
Gordon en Linday *Law and the Poor in Rural India*	Gordon RK en Linday JM *Law and the Poor in Rural India: The Prospects for Legal Aid* 1989
Graglia "Do Judges Have a Policy-Making Role in the American System of Government?"	Graglia LA "Do Judges Have a Policy-Making Role in the American System of Government?" 1994 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 119

Grant en Schwikkard "People's Court?"	Grant B en Schwikkard PJ "People's Court?" 1991 *SAJHR* 307
Grey "Procedural Fairness and Substantive Rights"	Grey TC "Procedural Fairness and Substantive Rights" in Pennock en Chapman (reds) *Due Process* 1977
Griffin en Horan "Merit Retention Elections: What Influences the Voters?"	Griffin KN en Horan MJ "Merit Retention Elections: What Influences the Voters?" 1979 *Judicature* 78
Grivart de Kerstrat "France"	Grivart de Kerstrat F "France" in Shetreet S en Deschênes J (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 1985 62
Gutto "Law and Legal Education in the Period of Transition from Capitalism to Socialism"	Gutto SBO "Law and Legal Education in the Period of Transition from Capitalism to Socialism" 1983-1984 *Zimbabwe LR* (volume 1& 2) 158.
Gutto "The Constitutional Court's First Salvo in Confronting the Fundamental 'Mischief' of the Past and Sowing the Seeds for the New South African Jurisprudence: *S v Zuma*"	Gutto SBO "The Constitutional Court's First Salvo in Confronting the Fundamental 'Mischief' of the Past and Sowing the Seeds for the New South African Jurisprudence: *S v Zuma*" 1996 *SAJHR* 47
H	
Hagerty "Instructing the Jury? Watch Your Language!"	Hagerty G "Instructing the Jury? Watch Your Language!" 1994 *North Dakota LR* 1007
Hagopian "United States Magistrate Judges: A Look at the Growth and Development of the Position"	Hagopian J "United States Magistrate Judges: A Look at the Growth and Development of the Position" 1992 *Federal Bar News and Journal* 416
Hagsburg "Constitutional Law – Juries: Gender-Based Peremptory Challenges Violate the United States Constitution's Fourteenth Amendment Equal Protection Guarantee"	Hagsburg MJ "Constitutional Law – Juries: Gender-Based Peremptory Challenges Violate the United States Constitution's Fourteenth Amendment Equal Protection Guarantee" 1994 *North Dakota LR* 657
Hahlo en Kahn *The South African Legal System and its Background*	Hahlo HR en Kahn E *The South African Legal System and its Background* 1973
Hahlo en Kahn *Union of South Africa*	Hahlo HR en Kahn E *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* 1960
Handberg "Judicial Accountability and Independence"	Handberg R "Judicial Accountability and Independence: Balancing Incompatables?" 1994 *University of Miami LR* 127
Hansard	Hansard *Debatte van die Volksraad* 10 Junie 1991 kol 12643/4
Hans en Vidmar *Judging the Jury*	Hans VP en Vidmar N *Judging the Jury* 1986
Harrington *Shadow Justice*	Harrington CB *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court* 1985
Harris "Appointments to the Bench"	Harris B "Appointments to the Bench – The Role of a Judicial Services Commission" 1993 *Adelaide LR* 191
Hart *The Concept of Law*	Hart HLH *The Concept of Law* 1961

Hayes "Appointment by Invitation"	Hayes J "Appointment by Invitation" 1997 *New LJ* 520
Haysom "Legal Practice"	Haysom N "The Bill of Fundamental Rights: Implications for Legal Practice" 1994 *De Rebus* 125
Heide *Die Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland*	Heide W *Die Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland* (5de uitg) 1990
Hemmens ea "Reasonable Doubt Over 'Reasonable Doubt' in Texas"	Hemmens C, del Carmen RV en Scarborough KE "Reasonable Doubt Over 'Reasonable Doubt' in Texas" 1996 *Texas BJ* 130
Henderson "Constitutional Principles and the Controlling Values of Section 1"	Henderson P "Cry the Beloved Constitution? Constitutional Amendments, the Vanished Imperative of the Constitutional Principles and the Controlling Values of Section 1" 1997 *SALJ* 542
Henkel *Einführung in die Rechtsphilosophie*	Henkel H *Einführung in die Rechtsphilosophie* 1964
Henning "Die Administratiewe Staat"	Henning PJ van R "Die Administratiewe Staat" 1968 *THRHR* 1
Henning "Reg, Billikheid en in verband daarmee Regterlike Regsvorming"	Henning PJ van R "Reg, Billikheid en in verband daarmee Regterlike Regsvorming" 1968 *THRHR* 242
Henning *Oor die Begrip Diskresie in die Administratiefreg*	Henning PJ van R *Oor die Begrip Diskresie in die Administratiefreg* (Ongepubliseerde doktorale proefskrif, Unisa) 1967
Herbert "Racism, Impartiality and Juries"	Herbert P "Racism, Impartiality and Juries" 1995 *New LJ* 1138
Herdegen "The Activist Judge in a 'Positivistic' Environment –European Experiences"	Herdegen M "The Activist Judge in a 'Positivistic' Environment – European Experiences" 1990 *Stell LR* 336
Heuer en Penrod "Juror Notetaking and Question Asking During Trials"	Heuer L en Penrod S "Juror Notetaking and Question Asking During Trials" 1994 *Law and Human Behavior* 121
Hiemstra "The Courts in the New South Africa"	Hiemstra VG "The Courts in the New South Africa" 1992 *Consultus* 119
Hlophe "The Role of Judges in a Transformed South Africa"	Hlophe J "The Role of Judges in a Transformed South Africa – Problems, Challenges and Prospects" 1995 *SALJ* 22
Hoddinnott "Aboriginal Justices of the Peace and 'Public Law' "	Hoddinnott A "Aboriginal Justices of the Peace and 'Public Law' " in Hazlehurst KM (red) *Justice Programs for Aboriginal and Other Indigenous Communities* 1985 175
Hodes "Chair's Report: The Judicial Service Commission"	Hodes P "Chair's Report: The Judicial Service Commission" 1999 *Consultus* (September) 7
Hoexter-verslag	Hoexter Regter GG (voorsitter) *Verslag van die Kommissie van Ondersoek na die Struktuur en Funksionering van die Howe* – RP 78/1983

Hoexter-verslag: *Rasionalisering*	Hoexter Regter GG (voorsitter)*Report of the Commission of Enquiry into the Rationalisation of the Provincial and Local Divisions of the Supreme Court* 1998
Holland *Judicial Activism*	Holland KM *Judicial Activism in Comparative Perspective* 1991
Hooghiemstra *Report of Visit to France*	Hooghiemstra R *Report of Visit to France: 18 – 27* September 1991, ongepubliseerde verslag
Hosten "Romeinse reg, Regsgeskiedenis en Regsvergelyking"	Hosten W "Romeinse reg, Regsgeskiedenis en Regsvergelyking" 1962 *THRHR* 16
Hosten ea "South African Law and Theory"	Hosten WJ, Edwards AB, Bosman F en Church J "Introduction to South African Law and Legal Theory" 1995
Huebner "Restructuring Criminal Justice"	Huebner MS "Who Decides? Restructuring Criminal Justice for a Democratic South Africa" 1993 *The Yale LJ* 961
Hund "Formal Justice and Township Justice"	Hund J "Formal Justice and Township Justice" 1984 *Acta Juridica* 173
Hund and Kotu-Rammopo "Justice in a South African Township"	Hund J and Kotu-Rammopo M "Justice in a South African Township: The Sociology of Makgotla" 1983 *CILSA* 179
J	
Jeary "British African Territories: I"	Jeary JH "Trial by Jury and Trial with the Aid of Assessors in the Superior Courts of British African Territories: I" 1960 *Journal of African Law* 133
Jeary "British African Territories: II"	Jeary JH "Trial by Jury and Trial with the Aid of Assessors in the Superior Courts of British African Territories: II" 1961 *Journal of African Law* 36
Jenkins "Retention Elections: Who Wins When No One Loses?"	Jenkins W "Retention Elections: Who Wins When No One Loses?" 1977 *Judicature* 79
Johnson "Civilization, Integrity, and Justice: Some Observations on the Function of the Judiciary"	Johnson FM "Civilization, Integrity, and Justice: Some Observations on the Function of the Judiciary" 1989 *Southwestern LJ* 645
Johnston "Rating of Judicial Nominees"	Johnston D "A.B.A. to Resume Rating of Judicial Nominees" *New York Times* (1 Junie 1989) 7
Johnston "Bush Appears Set to Follow Reagan"	Johnston D "Bush Appears Set to Follow Reagan By Putting Conservatives on Bench" *New York Times* (31 Mei 1989) 12
Johnston "Trial by Dossier"	Johnston C "Trial by Dossier" 1992 *New LJ* 249
Joseph ea "Evaluating the Performance of Judges Standing for Retention"	Joseph DY, Zimmerman MD, Ares CE en Stuart KK "Evaluating the Performance of Judges Standing for Retention" 1996 *Judicature* 190

Josman "Divided Bar: American Experience"	Josman G "Advantages of the Divided Bar: A View from the American Experience" 1999 *Consultus* (Desember) 28
Joubert *Legaliteitsbeginsel*	Joubert JJ *Die Legaliteitsbeginsel in die Strafprosesreg* 1995 (ongepubliseerde doktorale proefskrif, Unisa)
Joubert *Strafprosesreg-handboek*	Joubert JJ (red) *Strafprosesreg-handboek* (4de uitg) 1999
Judicial Studies Board Report	*Judicial Studies Board Report for 1987-1991* 1992
K	
Kahn "Appointment of Magistrates as Judges"	Kahn E "Appointment of Magistrates as Judges" 1971 *SALJ* 512
Kahn "Restore the Jury or Reform?"	Kahn E "Restore the Jury? or 'Reform? Reform? Aren't Things Bad Enough Already?' I" 1991 *SALJ* 672
Kahn "Restore the Jury or Reform? V"	Kahn "Restore the Jury? or 'Reform? Reform? Aren't Things Bad Enough Already? ' V" 1993 *SALJ* 322 323.
Kahn "The Judges II"	Kahn E "The Judges – II: How Are They Appointed; Where Do They Come From?" 1989 *BML* 185
Kahn "The Judges III"	Kahn E "The Judges – III" 1989 *BML* 201
Kahn "The Judges IV"	Kahn E "The Judges – IV" 1989 *BML* 249
Kahn "The Judges VI"	Kahn E "The Judges – VI" 1989 *BML* 85
Kahn "The Judges and the Professors"	Kahn E "The Judges and the Professors or Bench and Chair" 1979 *SALJ* 560
Kalven en Zeisel *The American Jury*	Kalven H en Zeisel H *The American Jury* 1966
Kamba "Judiciary and the Courts"	Kamba WJ "The Future Role of the Judiciary and the Courts" in Norton (red) *Reshaping the Structures of Justice for a Democratic South Africa* 1994 25
Kentridge "Telling the Truth About the Law"	Kentridge S "Telling the Truth about the Law" 1982 *SALJ* 648
Kentridge "Bills of Rights – The South African Experiment"	Kentridge S "Bills of Rights – The South African Experiment" 1996 *LQ Review* 237
Kentridge en Spitz "Interpretation"	Kentridge J en Spitz D "Interpretation" in Chaskalson ea *Constitutional Law of South Africa* 1995 hoofstuk 11
Kevorkian "The French Court System"	Kevorkian AJ "The French Court System (Or Miracles Will Happen)" 1980 *Boston BJ* 5
King "Australian Perspective"	King L "The IBA Standards on Judicial Independence: An Australian Perspective" in Shetreet S and Deschênes J (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 1985 403

King en Munsterman "Stratified Juror Selection"	King NJ en Munsterman GT "Stratified Juror Selection: Cross-Section by Design" 1996 *Judicature* 273
Kirkendall "Where Judges Fit into the Electronic Future"	Kirkendall JN "Where Judges Fit into the Electronic Future" 1996 *The Judges' Journal* 35
Kleinknecht en Meyer *Strafprozessordnung*	Kleinknecht T en Meyer K *Strafprozessordnung* (43 ste uitg) 1997
Kleyn en Viljoen *Beginnersgids vir Regstudente*	Kleyn D en Viljoen F *Beginnersgids vir Regstudente* 1995
Klopper "Emansipasie van dieLanddros"	Klopper CF "Die Emansipasie van die Landdros" 1993 *Consultus* 133
Klug "South African Judicial Order"	Klug H "The South African Judicial Order and the Future: A Comparative Analysis of the South African Judicial System and Judicial Transitions in Zimbabwe, Mozambique and Nicaragua" 1988 *Hastings International and Comparative LR* 173
Klug "Striking Down Death: *S v Makwanyane*"	Klug H "Striking Down Death: *S v Makwanyane*" 1996 *SAJHR* 61
Kommers *Constitutional Jurisprudence*	Kommers DP *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 1989
Kommers *Judicial Politics in West Germany*	Kommers DP *Judicial Politics in West Germany: A Study of the Federal Constitutional Court* 1976
Kotzé "Aansegging van Assessore"	Kotzé LC "Aansegging van Assessore ingevolge Artikel 93*ter* Wet 32 van 1944" 1995 *Die Landdros* 144
Kretser "Women and Minorities on the Judiciary"	Kretser R "Women and Minorities on the Judiciary" 1992 *New York State BJ* 8
Kriegler *Hiemstra*	Kriegler J *Hiemstra: Suid-Afrikaanse Strafproses* (5de uitg) 1993
Kriegler "Of Holy Cows and China Shops"	Kriegler J "Of Holy Cows and China Shops" 1999 *Consultus* (Desember) 19
Kruger "Die Rol van Assessore"	Kruger CJH "Die Rol van Assessore tydens die Beregting van 'n Strafsaak in 'n Landdroshof" 1995 *Die Landdros* 43
Kruger "Is Interpretation a Question of Common Sense?"	Kruger TJ "Is Interpretation a Question of Common Sense? Some Reflections on Value Judgments and Section 35" 1995 *CILSA* 1
Kruger "Towards A New Interpretive Theory"	Kruger TJ "Towards A New Interpretive Theory" in Kruger TJ en Currin B (reds) *Interpreting A Bill of Rights* 1994 103
Kruger "Beregting van Fundamentele Regte"	Kruger TJ "Die Beregting van Fundamentele Regte gedurende die Oorgangsbedeling" 1994 *THRHR* 396
Kruger "Regstaat, Kultuurstaat, Welvaartstaat: 'n Nuwe Staatsmodel?"	Kruger TJ "Regstaat, Kultuurstaat, Welvaartstaat: 'n Nuwe Staatsmodel?" 1994 *Stell LR* 15

Kruger "Constitutional Court"	Kruger TJ "A Constitutional Court for South Africa?" 1993 *Consultus* 13
Kruger "Regspositivisme en die 'Ongeskrewe Teks' van die (Nuwe) Grondwet"	Kruger J "Regspositivisme en die 'Ongeskrewe Teks' van die (Nuwe) Grondwet" 1991 *SAPR* 229
Kuhn "Jury Discrimination"	Kuhn S "Jury Discrimination: the Next Phase" 1968 *South California LR* 235
L	
Labuschagne "Kontrolemeganismes"	Labuschagne JMT "Tussen Onafhanklikheid en Tirannie: Opmerkinge oor die Kontrolemeganismes van die Regsprekende Gesag" 1993 *De Jure* 347
Labuschagne "Strafregtelike Menseregte"	Labuschagne JMT "Strafregtelike Menseregte" 1987 *TRW* 215
Labuschagne "Die Woord as Kommunikasiebasis in die Wetgewingsproses"	Labuschagne JMT "Die Woord as Kommunikasiebasis in die Wetgewingsproses" 1988 *SAPR* 34
Labuschagne "Die Leemtebegrip by Wetsuitleg"	Labuschagne JMT "Die Leemtebegrip by Wetsuitleg" 1985 *TSAR* 55
Labuschagne "Die Uitlegsvermoede teen Staatsgebondenheid"	Labuschagne JMT "Die Uitlegsvermoede teen Staatsgebondenheid" 1978 *TRW* 42
Labuschagne "Reëls van Wetsuitleg"	Labuschagne JMT "Vrees, Selfbedrog, Pretensie en die Dinamiese Aard van Geregtigheid: 'n Regsantropologiese Evaluasie van die Evolusie van die Reëls van Wetsuitleg" 1994 *SAPR* 1
Lafon "Judicial Career"	Lafon JL "The Judicial Career in France: Theory and Practice under the Fifth Republic" 1991 *Judicature* 97
Lamprecht "Assessore: Feite-of Regsvraag"	Lamprecht AA "Die Rol van Assessore in die Laerhof: Feite-of Regsvraag?" 1995 *Die Landdros* 26
Landsman *Readings on Adversarial Justice: the American Approach to Adjudication*	Landsman S *Readings on Adversarial Justice: the American Approach to Adjudication* 1988
Lane "The Changing Role of the High Court"	Lane PH "The Changing Role of the High Court" 1996 *Australian LJ* 246
Langa "The Importance of an Independent Bar in South Africa"	Langa PN "The Importance of an Independent Bar in South Africa" 1999 *Consultus* (Desember) 17
Langbein "Mixed Court and Jury Court"	Langbein JH "Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need?" 1981 *American Bar Association Research Journal* 195
Lasser *The Limits of the Judicial Power*	Lasser W *The Limits of the Judicial Power* 1988
Lategan "Die Uitleg van Wetgewing in Hermeneutiese Perspektief"	Lategan BC "Die Uitleg van Wetgewing in Hermeneutiese Perspektief" 1980 *TSAR* 107
Laue "Independence of the Judiciary"	Laue RE "The Independence of the Judiciary in the Lower Courts" 1995 *De Rebus* 519

Laue "Judicial Independence and Accountability"	Laue RE "Judicial Independence and Accountability – A Lower Court's Perspective" 1998 *TJO* 89
LAWSA	*The Law of South Africa* vol 5 par 130 105, par 141 109; vol 6 par 22 380-382; vol 11 par 352-366 9 314-316; par 374-379 318-320
Leipold "Rethinking Jury Nullification"	Leipold AD "Rethinking Jury Nullification" 1996 *Virginia LR* 253
Leon "Editorial on JSC is Worrying"	Leon PSG "Editorial on JSC is Worrying" 1999 *De Rebus* (Februarie) 6
Lester "English Judges as Law Makers"	Lester A "English Judges as Law Makers" 1993 *Public Law* 269
Levin *Urban Politics and the Criminal Courts*	Levin MA *Urban Politics and the Criminal Courts* 1977
Lilley "Techniques for Targeting Juror Bias"	Lilley LS "Techniques for Targeting Juror Bias" 1994 *Trial* 74
Lippman "Law in the Third Reich"	Lippman M "They Shoot Lawyers Don't They?: Law in the Third Reich and the Global Threat to the Independence of the Judiciary" 1993 *California Western International LJ* 257
Lord Chancellor *Appointments*	Lord Chancellor *Judicial Appointments: The Lord Chancellor's Policies and Procedures* 1990
Louw "Assessore"	Louw FJJ "Assessore – 'n Woord met Baie Esse" 1995 *Die Landdros* 83
Lozier "The Missouri Plan"	Lozier JE "The Missouri Plan a/k/a Merit Selection: Is it the Best Solution for Selecting Michigan's Judges?" 1996 *The Michigan BJ* 918
Lubowski "Democracy and the Judiciary"	Lubowski "Democracy and the Judiciary" in Corder (red) *Democracy and the Judiciary* 1989 13
M	
Mahomed "Orientation Course"	Mahomed I "Welcoming Address at the First Orientation Course For New Judges" 1998 *SALJ* 107
Mahomed "The Role of the Judiciary"	Mahomed I "The Role of the Judiciary in a Constitutional State" 1998 *SALJ* 111
Mahomed "Address by Chief Justice"	Mahomed I "Address by Chief Justice Mahomed to the Second Annual General Conference of the Judicial Officers' Association of South Africa in Pretoria on 26 June 1998" 1998 *TJO* 47
Mahoney "Improving the Administration of Justice in Limited Jurisdiction Courts"	Mahoney B "Improving the Administration of Justice in Limited Jurisdiction Courts" 1991 *Journal of Judicial Administration* 46
Mahoney "Myth of Judicial Neutrality"	Mahoney KE "The Myth of Judicial Neutrality: The Role of Judicial Education in the Fair Administration of Justice" 1996 *Willamette LR* 785

Maitland *The Constitutional History of England*	Maitland FW *The Constitutional History of England* 1979
Malan "Hofnotuleringstaal"	Malan K "Oor die hofnotuleringstaal in die lig van die Grondwet en na aanleiding van onlangse regspraak" 1998 *THRHR* 696.
Malan en Van Heerden "Judisiële Bevoegdhede"	Malan J en Van Heerden FJ "Die Judisiële Bevoegdhede wat Landdroshowe van Kommissarishowe Oorgeneem Het" 1992 *De Jure* 393
Malherbe "Die Nommering van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1996 : Vergissing of Onkunde?"	Malherbe EFJ "Die Nommering van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1996 : Vergissing of Onkunde?" 1998 *TSAR* 140
Malleson "Judicial Service Commission"	Malleson K "Assessing the Performance of the Judicial Service Commission" 1999 *SALJ* 36
Marcus "Judging the Judges"	Marcus G "Judging the Judges" 1984 *SALJ* 160
Marcus "Respect for the Courts"	Marcus G "Respect for the Courts: Myth and Reality" 1985 *SAJHR* 236
Marcus en Spitz "Expression"	Marcus G en Spitz D "Expression" in Chaskalson ea *Constitutional Law of South Africa* 1996 20
Marder "Beyond Gender: Premptory Challenges and the Roles of the Jury"	Marder NS "Beyond Gender: Premptory Challenges and the Roles of the Jury" 1995 *Texas LR* 1041
Marfording "Balanced Judiciary"	Marfording A "The Need for a Balanced Judiciary: The German Approach" 1997 *Journal of Judicial Administration* 33
Margolick "Glimpse at Secret System of Punishing Judges"	Margolick D "Glimpse at Secret System of Punishing Judges" *New York Times* (14 Julie 1989) 1
Marks ea *Dispute Resolution in America*	Marks JB, Johnson E en Szanton PL *Dispute Resolution in America: Processes in Evolution* 1985
Marshall "Due Process in England"	Marshall G "Due Process in England" in Pennock en Chapman (reds) *Due Process* 1977 69
Marshall *Constitutional Theory*	Marshall G *Constitutional Theory* 1971
Marshall "More or Less Justice"	Marshall TF "Out of Court: More or Less Justice?" in Matthews R (red) *Informal Justice?* 25
Martin "Women on the Federal Bench: A Comparative Profile"	Martin E "Women on the Federal Bench: A Comparative Profile" 1982 *Judicature* 306
Mathews "Unruly Horse"	Mathews AS "A Bridle for the Unruly Horse?" 1964 *SALJ* 312
Matshekga "People's Courts"	Matshekga M "People's Courts" 1991 *Rights* (Oktober) 39
Matthews *Informal Justice*	Matthews R (red) *Informal Justice?* 1988
May "'What Do We Do Now?': Helping Juries Apply the Instructions"	May CN "'What Do We Do Now?': Helping Juries Apply the Instructions" 1995 *Loyola of Los Angeles LR* 869

Mayer *Alexis de Tocqueville, Democracy in America*	Mayer JP (red) *Alexis de Tocqueville, Democracy in America* 1979
Mbao "The Province of the South African Bill of Rights Determined and Redetermined: A Comment on the Case of *Baloro v University of Bophuthatswana*"	Mbao MLM "The Province of the South African Bill of Rights Determined and Redetermined: A Comment on the Case of *Baloro v University of Bophuthatswana*" 1996 *SALJ* 33
McArthur "French Judicial Decisions"	McArthur B "French Judicial Decisions" 1984 *Victoria University of Wellington LR* 463
McGarvie "Equality, Justice and Confidence"	McGarvie RE "Equality, Justice and Confidence" 1996 *Journal of Judicial Administration* 141
McGarvie "Judicial Independence in a Modern Democracy"	McGarvie RE "The Foundations of Judicial Independence in a Modern Democracy" 1991 *Journal of Judicial Administration* 1
McGarvie "Ways to Preserve Judicial Independence"	McGarvie RE "The Ways Available to the Judicial Arm of Government to Preserve Judicial Independence" 1992 *Journal of Judicial Administration* 236
McGillis en Mullen *Neighborhood Justice Centres*	McGillis D en Mullen J *Neighborhood Justice Centres: An Analysis of Potential Models* 1977
McLachlan "Recognition of Aboriginal Customary Law	McLachlan C "The Recognition of Aboriginal Customary Law: Pluralism Beyond the Colonial Paradigm – A Review Article" 1988 *The International and Comparative LQ* 368
McKay en Parkison "America"	McKay RB en Parkison JM "United States of America" in Shetreet S en Deschênes J (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 1985 358
McRae ea *Aboriginal Legal Issues*	McRae H, Nettheim G en Beacroft L *Aboriginal Legal Issues: Commentary and Materials* 1991
McWhinney *Supreme Courts and Judicial Law-Making*	McWhinney E *Supreme Courts and Judicial Law-Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review* 1986
Meador "German Appellate Judges"	Meador DJ "German Appellate Judges: Career Patterns and American-English Comparisons" 1983 *Judicature* 1
Meese en DeHart "Reining in the Federal Judiciary"	Meese E en DeHart R "Reining in the Federal Judiciary" 1997 *Judicature* 178
Merryman *Civil Law Tradition*	Merryman JH *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* (2de uitg) 1985
Meschievitz en Galanter "In Search for Nyaya Panchayats"	Meschievitz C en Galanter M "In Search for Nyaya Panchayats: The Politics of a Moribund Institution" in Abel R (red) *The Politics of Informal Justice* 1982 44

Meyer "A New Peremptory Inclusion to Increase Representativeness and Impartiality in Jury Selection"	Meyer DJ "A New Peremptory Inclusion to Increase Representativeness and Impartiality in Jury Selection" 1994 *Case Western Reserve LR* 251
Meyer "Administrative Functions"	Meyer CPM "Comment: Classification of Judicial Functions *vis-à-vis* Administrative Functions" 1999 *TJO* 139
Michelman "A Constitutional Conversation with Professor Frank Michelman"	Michelman F "A Constitutional Conversation with Professor Frank Michelman" 1995 *SALJ* 477
Milne "Speech by Justice Milne to the Natal Law Society"	Milne AJ "Speech by the Honourable Mr Justice AJ Milne to the Natal Law Society" 1980 *SALJ* 453
Mokgatle "Exclusion of Blacks"	Mokgatle DD "The Exclusion of Blacks from the South African Judicial System" 1987 *SAJHR* 44
Mokgoro "Restructured Future Judiciary"	Mokgoro Y "The Role and Place of Lay Participation, Customary and Community Courts in a Restructured Future Judiciary" in Norton M (red) *Reshaping the Structures of Justice for a Democratic South Africa* 1994 65
Monahan "Sanctioning Injustice"	Monahan J "Sanctioning Injustice" 1991 *New LJ* 679
Montesquieu *De L'Esprit des Lois*	Montesquieu C de S *De L'Esprit des Lois* 1748
Moore *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflicts*	Moore CW *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflicts* 1986
Moore *The Jury: Tool of Kings, Palladium of Liberty*	Moore LE *The Jury: Tool of Kings, Palladium of Liberty* (2de uitg) 1988
Moore *Mass Communication Law and Ethics*	Moore RL *Mass Communication Law and Ethics* 1994
Morehead "When A Peremptory Challenge Is No Longer Peremptory: *Batson*'s Unfortunate Failure to Eradicate Invidious Discrimination from Jury Selection"	Morehead JW "When A Peremptory Challenge Is No Longer Peremptory: *Batson*'s Unfortunate Failure to Eradicate Invidious Discrimination from Jury Selection" 1994 *De Paul LR* 625
Morton "Judicial Activism in France"	Morton FL "Judicial Activism in France" in Holland (red) *Judicial Activism in Comparative Perspective* 1991 136
Morton *Judicial Process in Canada*	Morton FL (red) *Law, Politics and the Judicial Process in Canada* 1987
Motala "Alternative Judicial Structure"	Motala Z "Independence of the Judiciary, Prospects and Limitations of Judicial Review in terms of the United States Model in a New South African Order: Towards an Alternative Judicial Structure" 1991 *CILSA* 285
Motala "The Constitution is not Anything the Court Wants it to be"	Motala Z "The Constitution is not Anything the Court Wants it to be: the *Mhlungu* decision and the need for Disciplining Rules" 1998 *SALJ* 141

Mtshaulana "Transformation of the Legal Profession"	Mtshaulana PM "Transformation of the Legal Profession: Some Thoughts" 1999 *Consultus* (Desember) 25
Müller *Hitler's Justice*	Müller I *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich* 1991
Mullineux "Fact-finding, Juries and Unlawfulness"	Mullineux J "Some Random and Subversive Thoughts on Fact-finding, Juries and Unlawfulness" 1993 *De Rebus* 721
Munday "Bench Books"	Munday R "The Bench Books: Can the Judiciary Keep a Secret?" 1996 *Criminal LR* 296
Mureinik "Administrative Law in South Africa"	Mureinik E "Administrative Law in South Africa" 1986 *SALJ* 615
Murphy *Blackstone's Criminal Practice*	Murphy P (red) *Blackstone's Criminal Practice* 1991
Mustill Lord "Information Technology in the Courts"	Mustill Lord "Helping the Judges: Information Technology in the Courts" 1996 *Civil Justice Quarterly* 288
N	
Nagel "Political Party Affiliation"	Nagel S "Political Party Affiliation and Judges' Decisions" 1961 *American Political Science Review* 850
Nase "Election Cycles and the Appointment of State Judges: A National Research Agenda Based on the Pennsylvania Experience"	Nase JP "Election Cycles and the Appointment of State Judges: A National Research Agenda Based on the Pennsylvania Experience" 1997 *The Justice System Journal* 37
Nathanson "Strengthening the Criminal Jury: Long Overdue"	Nathanson HS "Strengthening the Criminal Jury: Long Overdue" 1995 *The Criminal LQ* 217
National Council of Juvenile and Family Court Judges *Court-Approved Alternative Dispute Resolution*	National Council of Juvenile and Family Court Judges *Court-Approved Alternative Dispute Resolution: A Better Way to Resolve Minor Delinquency, Status of Offense and Abuse/Neglect Cases* 1989
Ncube en Nzombie "Constitutional Reconstruction"	Ncube W en Nzombie S "The Constitutional Reconstruction of Zimbabwe: Much Ado About Nothing?" 1987 *Zimbabwe LR* 2
Ndaki "What is to be said for Makgotla?"	Ndaki BF "What is to be said for Makgotla?" in Saunders AJGM (red) *Southern Africa in Need of Law Reform* 1981 176
Neethling "Aard en Inhoud van Menseregte"	Neethling J "Enkele Gedagtes oor die Juridiese Aard en Inhoud van Menseregte en Fundamentele Vryhede" 1971 *THRHR* 240
Neier "Judiciary's Role in South Africa"	Neier A "The Judiciary's Role in South Africa: Institutional Limitations and Moral Leadership" 1980 *New York University LR* 1163
Newman *Preindustrial Societies*	Newman KS *Law and Economic Organisation: A Comparative Study of Preindustrial Societies* 1983

Nicholson "Judicial Education"	Nicholson RD "Judicial Education and the Means of Funding it in the Asian Region: A Judge's View" 1997 *Journal of Judicial Administration* 83
Nicholson "Judicial Independence and Accountability"	Nicholson RD "Judicial Independence and Accountability: Can They Co-exist?" 1993 *Australian LJ* 404
Niedersächsisches Justizministerium *Das Schöffenamt*	Niedersächsisches Justizministerium *Das Schöffenamt* 1993
Nina *Community Court System*	Nina D *Proposals for a National Community Court System* 1995
Nthai "Judicial Transformation"	Nthai S "The JSC and Judicial Transformation" 1998 *De Rebus* (Augustus) 29
O	
O'Connor ea "Pre-Voir Dire Instruction of the Jury Pool"	O'Connor M, Connolly T, Sales BD en Davis J "Pre-Voir Dire Instruction of the Jury Pool: A Natural Experiment" 1994 *Criminal Law Bulletin* 518
Olivier "Die Aanstelling van Regsprekende Amptenare"	Olivier PJJ "Die Aanstelling van Regsprekende Amptenare" 1988 *De Jure* 132
Oram "Grass Roots Justice"	Oram ND "Grass Roots Justice: Village Courts in Papua New Guinea" in Clifford W (red) *Innovations in Criminal Justice in Asia and the Pacific* 1979
P	
Packer *Limits of the Criminal Sanction*	Packer H *The Limits of the Criminal Sanction* 1968
Parde "Judicial Decision Making: A Statistical Analysis of the Tennessee Supreme Court"	Parde GK "Judicial Decision Making: A Statistical Analysis of the Tennessee Supreme Court – 1992 Term" 1994 *Memphis State University LR* 325
Partington "Judicial Studies Board"	Partington M "Training the Judiciary in England and Wales: The Work of the Judicial Studies Board" 1994 *Civil Justice Quarterly* 319
Pattenden *The Judge , Discretion and the Criminal Trial*	Pattenden R *The Judge , Discretion and the Criminal Trial* 1982
Pattenden *Judicial Discretion and Criminal Litigation*	Pattenden R *Judicial Discretion and Criminal Litigation* (2de uitg) 1990
Payne "The Intention of the Legislature in the Interpretation of Statutes"	Payne D "The Intention of the Legislature in the Interpretation of Statutes" 1956 *Current Legal Problems* 91
Perrot *Institutions Judiciaires*	Perrot R *Institutions Judiciaires* (3de uitg) 1989
Pertschuk en Schaetzel *Campaign Against the Bork Nomination*	Pertschuk M en Schaetzel W *The People Rising: The Campaign Against the Bork Nomination* 1989
Peters "Foolish Consistency: On Equality, Integrity and Justice in *Stare Decisis*"	Peters CJ "Foolish Consistency: On Equality, Integrity and Justice in *Stare Decisis*" 1996 *Yale LJ* 2031
Peters *Strafprozess*	Peters K *Strafprozess* (4de uitg) 1985

Petoskey "Tribal Courts"	Petoskey MD "Tribal Courts" 1988 *Michigan BJ* 366
Phillips ea *Report on the Visit to Paris*	Phillips N, Vogler R en Hooghiemstra R *Report on the Visit of Sir Nicholas Phillips, Dr Richard Vogler and Mr Ron Hooghiemstra to Paris on the 23rd/24th September, 1991* Ongepubliseerde verslag.
Pickett "Canadian Judicial System"	Pickett G "Canadian Judicial System" 1997 *Consultus* 133
Pitts "Judges in an Unjust Society"	Pitts JW "Judges in an Unjust Society: The Case of South Africa" 1986 *Denver Journal of International Law and Policy* 49
Pizzi "The OJ Simpson Trial and the American Legal System"	Pizzi WT "The OJ Simpson Trial and the American Legal System" 1995 *New LJ* 990
Polden "Judicial Independence"	Polden P "Judicial Independence and Executive Responsibilities: The Management of the Courts" 1996 *The Anglo-American LR* 1
Posner *The Federal Courts*	Posner RA *The Federal Courts: Crisis and Reform* 1985
Pradel *Droit Pénal*	Pradel J *Droit Pénal: Tome II – Procédure Pénale* (6de uitg) 1991
Prior "Assistant Recorders"	Prior R "Running Rings round Assistant Recorders?" 1996 *New LJ* 312
Provine *Judging Credentials*	Provine DM *Judging Credentials: Nonlawyer Judges and the Politics of Professionalism* 1986
Provine "The Lay Judge"	Provine DM "Persistent Anomaly: The Lay Judge in the American Legal System" 1981 *The Justice System Journal* 28
Purchas "What Is Happening to Judicial Independence?"	Purchas F "What Is Happening to Judicial Independence?" 1994 *New LJ* 1306
R	
Raath "Die Opkoms van 'n Neo-positivisme in die Suid-Afrikaanse Regsleer"	Raath AWG "Die Opkoms van 'n Neo-positivisme in die Suid-Afrikaanse Regsleer" 1988 *TRW* 208
Ramirez "The Mixed Jury and the Ancient Custom of Trial by Jury *De Medietate Linguae*"	Ramirez DA "The Mixed Jury and the Ancient Custom of Trial by Jury *De Medietate Linguae*: A History and A Proposal for Change" 1994 *Boston University LR* 777
Ramirez "A Brief Historical Overview of the Use of the Mixed Jury"	Ramirez DA "A Brief Historical Overview of the Use of the Mixed Jury" 1994 *American Criminal LR* 1213
Ramseyer "The Puzzling (In)dependence of Courts: A Comparative Approach"	Ramseyer JM "The Puzzling (In)dependence of Courts: A Comparative Approach" 1994 *The Journal of Legal Studies* 721
Ranchod "Legal Aspects of Apartheid"	Ranchod B "Seminar on the Legal Aspects of Apartheid" 1986 *De Rebus* 28

Rautenbach "Menseregte as Sistematiserende Faktor"	Rautenbach IM "Die Begrip Menseregte as Sistematiserende Faktor in die Suid-Afrikaanse Publiekreg" 1976 *TSAR* 168
Rautenbach *Die Reg op Bewegingsvryheid*	Rautenbach IM *Die Reg op Bewegingsvryheid* (Ongepubliseerde doktorale proefskrif, Unisa) 1974
Rautenbach *Algemene Bepalings van die Suid-Afrikaanse Handves van Regte*	Rautenbach IM *Algemene Bepalings van die Suid-Afrikaanse Handves van Regte* 1994
Rautenbach en Malherbe *Staatsreg*	Rautenbach IM en Malherbe EFJ *Staatsreg* (2de uitg) 1996
Raz "Rule of Law and its Virtue"	Raz J "The Rule of Law and its Virtue" 1977 *LQ Review* 195
Redgment "Fifty Years of Judges"	Redgment J "Plus Ça Change ...: Fifty Years of Judges in Southern Rhodesia, Rhodesia and Zimbabwe" 1985 *SALJ* 529
"Reëls op Howe van Kapteins en Hoofmanne"	"Reëls op Howe van Kapteins en Hoofmanne" *Staatskoerant* GK No R2082 29 Desember 1967
"Regulasies vir Regterlike Beamptes in die Laer Howe"	"Regulasies vir Regterlike Beamptes in die Laer Howe, 1993" *Staatskoerant* GK No R361 11 Maart 1994
Regskommissie *Community Structures*	Suid-Afrikaanse Regskommissie-besprekingsdokument No 87 Projek 94*Community Dispute Resolution Structures* 1999
Regskommissie *Grondwetlike Modelle*	Suid-Afrikaanse Regskommissieverslag Projek 77 *Grondwetlike Modelle Verslag* – vol 3 1991
Regskommissie *Traditional Courts*	Suid-Afrikaanse Regskommissie-besprekingsdokument No 82 Projek 90 *The Harmonisation of the Common Law and Indigenous Law: Traditional Courts and the Judicial Function of Traditional Leaders* 1999
Reiff "Reiff's Road Map to Jury Selection New York City and Vicinity"	Reiff DS "Reiff's Road Map to Jury Selection New York City and Vicinity" 1994 *Trial Lawyers Quarterly* 14
Resnick "Due Process and Procedural Justice"	Resnick D "Due Process and Procedural Justice" in Pennock en Chapman (red) *Due Process* 1977 206
RGN *Realities and Future Prospects*	Raad op Geesteswetenskaplike Navorsing *Realities and Future Prospects* 1985
RGN *Law and Justice*	Raad op Geesteswetenskaplike Navorsing *Law and Justice in South Africa* 1986
Rheinstein "Wer wacht über die Wächter"	Rheinstein M "Wer wacht über die Wächter" 1974 *Juristische Schulung* 409
Richert "Lay Judges and Assessors"	Richert J "Lay Judges and Assessors: A Comparative Perspective" in Silberman L ea *Non-Attorney Justice in the United States: An Empirical Study* 1979

Richert *West German Lay Judges*	Richert JP *West German Lay Judges: Recruitment and Representativeness* 1983
Rickard "About-turn in Judicial Contest"	Rickard C "About-turn in Judicial Contest" *Sunday Times* (20 Februarie 2000) 2
Robbins "Judicial Panchayats"	Robbins RS "Comment: India: Judicial Panchayats in Uttar Pradesh" 1962 *American Journal of Comparative Law* 239
Roberts "Hard Bargaining Pushes Cases Through the Courts"	Roberts S "For One Zealous Judge, Hard Bargaining Pushes Cases Through the Courts" *New York Times* (29 April 1985) 13
Rood "Jury System"	Rood L "A Return to the Jury System?" 1990 *De Rebus* 749
Rosenbaum *Constitutionalism – The Philosophical Dimension*	Rosenbaum AS in Rosenbaum (red) *Constitutionalism – The Philosophical Dimension* 1988 1
Rupp "Die Bindung des Richters an das Gesetz"	Rupp HH "Die Bindung des Richters an das Gesetz" 1973 *Neue Juristische Wochenschrift* 1769
Russell "'No Quick Change' in White Judiciary"	Russell S "'No Quick Change' in White Judiciary" *Business Day* (22 Junie 1993) 2.
Rutherford en Gibson "Special Hearings"	Rutherford A en Gibson B "Special Hearings" 1987 *Criminal LR* 440
Rycroft "The Doctrine of *Stare Decisis* in Constitutional Court Cases"	Rycroft A "The Doctrine of *Stare Decisis* in Constitutional Court Cases" 1995 *SAJHR* 857
S	
Sachs *Justice*	Sachs A *Justice in South Africa* 1973
Salas "Cuban Popular Tribunals"	Salas L "The Emergence and Decline of the Cuban Popular Tribunals" 1983 *Law and Society Review* 587
Sallmann "Judicial Education in Australia"	Sallmann PA "A Note on Judicial Education in Australia: An Australian Institute of Judicial Administration Perspective" 1992 *Journal of Judicial Administration* 28
Sanders "Rule of Law"	Sanders AJGM "Die 'Rule of Law' – 'n Gemeenskaplike Westerse Gedragskode" 1971 *THRHR* 164
Sanders "Principles for Procedural Law in a New South Africa"	Sanders AJGM "Principles for Procedural Law in a New South Africa" 1993 *THRHR* 95
Sarkin "The Political Role of the South African Constitutional Court"	Sarkin J "The Political Role of the South African Constitutional Court" 1997 *SALJ* 134
Sarkin "Problems and Challenges Facing South Africa's Constitutional Court"	Sarkin J "Problems and Challenges Facing South Africa's Constitutional Court: An Evaluation of its Decisions on Capital and Corporal Punishment" 1996 *SALJ* 71

Schachter "Metademocracy: The Changing Structure of Legitimacy in Statutory Interpretation"	Schachter JS "Metademocracy: The Changing Structure of Legitimacy in Statutory Interpretation" 1995 *Harvard LR* 593
Schärf "Community Policing"	Schärf W "Community Policing in South Africa" 1989 *Acta Juridica* 206
Schärf "People's Courts in Transitions"	Schärf W "The Role of People's Courts in Transitions" in Corder (red) *Democracy and the Judiciary* 1989 167
Schärf en Ngcokoto "Images of Punishment"	Schärf W en Ngcokoto B "Images of Punishment in the People's Courts of Cape Town 1985-7: from Prefigurative Justice to Populist Violence" in Manganyi C en Du Toit A (reds) *Political Violence and the Struggle in South Africa* 1990 341
Schauer "The Occasions of Constitutional Interpretation"	Schauer F "The Occasions of Constitutional Interpretation" 1992 *Boston University LR* 729
Scher "A New Face"	Scher M "On Scale: Judge Lucy Mailula, A New Face in the Hallowed Halls of Fame" 1995 *Vlieënde Springbok* 50
Schill *Die Stellung des Richters in Frankreich*	Schill HJ *Die Stellung des Richters in Frankreich* 1961
Schlaich *Bundesverfassungsgericht*	Schlaich K *Das Bundesverfassungsgericht - Stellungen, Verfahren, Entscheidungen* 1994
Schlosser en Habscheid "Federal Republic of Germany"	Schlosser P en Habscheid W "Federal Republic of Germany" in Shetreet S en Deschênes J (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 1985 78
Schmidt *Bewysreg*	Schmidt CWH *Bewysreg* 3 uitg 1989
Schönteich "Compulsory Lay Assessors"	Schönteich M "Compulsory Lay Assessors: Popular (In)justice?" 1998 *TJO* 78
Schulhofer "Adversary System"	Schulhofer SJ "The Future of the Adversary System" 1986 *Justice Quarterly* 83
Scott "Women on the Illinois State Court Bench"	Scott JE "Women on the Illinois State Court Bench" 1986 *Illinois BJ*
Sechel "Vertolking van die Grondwet"	Sechel PT "Vertolking van die Grondwet" 1996 *Die Landdros* 32
Seekings en Murray *Lay Assessors*	Seekings J en Murray C *Lay Assessors in South Africa's Magistrates' Courts* 1998
Seligson "The Bar and Change"	Seligson M "The Bar and Change: A Roadmap for the Road Ahead" 1990 *Consultus* 6
Seriti *The Jury System: A Critical Analysis*	Seriti WL *The Jury System: A Critical Analysis* 1993 (Ongepubliseerde doktorale proefskrif, Unisa)
Seron *The Roles of Magistrates: Nine Case Studies*	Seron C *The Roles of Magistrates: Nine Case Studies* 1985

Seron *The Roles of Magistrates in Federal District Courts*	Seron C*The Roles of Magistrates in Federal District Courts* 1983
Sethi "The Elusive Middle Ground: A Proposed Constitutional Speech Restriction for Judicial Selection"	Sethi NK "The Elusive Middle Ground: A Proposed Constitutional Speech Restriction for Judicial Selection" 1997 *University of Pennsylvania LR* 711
Shaman "The Impartial Judge"	Shaman JM "The Impartial Judge: Detachment or Passion?" 1996 *De Paul LR* 605
Sheehan *Criminal Procedure in Scotland and France*	Sheehan AV *Criminal Procedure in Scotland and France* 1975
Shetreet "Montreal Declaration"	Shetreet S "The Emerging Transnational Jurisprudence on Judicial Independence: The IBA Standards and Montreal Declaration" in Shetreet S en Deschênes J (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 1985 393
Shetreet "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges"	Shetreet S "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" in Shetreet S en Deschênes J (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 1985 597
Shetreet "Judicial Selection"	Shetreet S "Who Will Judge: Reflections on the Process and Standards of Judicial Selection" 1987 *Australian LJ* 766
Shetreet "Judging in Society"	Shetreet S "Judging in Society: The Changing Role of Courts" in Shetreet S (red) *The Role of Courts in Society* 1988 467
Shetreet *The Role of Courts in Society*	Shetreet S (red) *The Role of Courts in Society* 1988
Shetreet en Deschênes *Judicial Independence: The Contemporary Debate*	Shetreet S en Deschênes J (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 1985
Shimba "Judges in Commonwealth Africa"	Shimba L "The Status and Rights of Judges in Commonwealth Africa: Problems and Prospects" 1987 *Lesotho LJ* vol 2 13
Shklar *Legalism*	Shklar JN *Legalism* 1964
Singer "Selecting Jurors: What To Do About Bias"	Singer A "Selecting Jurors: What To Do About Bias" 1996 *Trial* 28
Slotnick "ABA: A Contemporary Assessment"	Slotnick EE "The ABA's Standing Committee on Federal Judiciary: A Contemporary Assessment" 1983 *Judicature* 8
Smith "Affirmative Action under the New Constitution"	Smith N "Affirmative Action under the New Constitution" 1995 *SAJHR* 84
Smith "Judicial Lobbying"	Smith CE "Judicial Lobbying and Court Reform: U.S. Magistrate Judges and the Judicial Improvements Act of 1990" 1992 *University of Arkansas at Little Rock* 163

Smith "The Development of a Judicial Office: United States Magistrates and the Struggle for Status"	Smith CE "The Development of a Judicial Office: United States Magistrates and the Struggle for Status" 1989 *Journal of the Legal Profession* 175
Smith "Merit Selection Committees and the Politics of Appointing United States Magistrates"	Smith CE "Merit Selection Committees and the Politics of Appointing United States Magistrates" 1987 *The Justice System Journal* 210
Smith "The Process of Reasonable Doubt: A Proposed Instruction In Response to Victor v Nebraska"	Smith PC "The Process of Reasonable Doubt: A Proposed Instruction In Response to Victor v Nebraska" 1995 *Wayne LR* 1811
Smith en Bailey *The Modern English Legal System*	Smith PF en Bailey SM *The Modern English Legal System* 1984
Smith "Diversifying the Judiciary"	Smith SM "Diversifying the Judiciary: The Influence of Gender and Race on Judging" 1994 *University of Richmond LR* 179
Snyman "Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure"	Snyman CR "The Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure: Some Points of Comparison between the South African and Continental Systems" 1975 *CILSA* 100
Snyman "Die Legaliteitsbeginsel in die Strafreg"	Snyman CR "Enkele Opmerkings oor die Legaliteitsbeginsel in die Strafreg" 1991 *THRHR* 629
Snyman "Enkele gedagtes oor die Kodifikasie van die Suid-Afrikaanse Strafreg"	Snyman CR "Enkele gedagtes oor die Kodifikasie van die Suid-Afrikaanse Strafreg" 1995 *Huldigingsbundel vir SA Strauss* 255
Snyman "Kode Nodig om uit Tronk te Bly"	Snyman CR "Kode Nodig om uit Tronk te Bly" *Insig* (Maart 1997) 8
Snyman *Strafreg*	Snyman CR *Strafreg* (4de uitg) 1999
Snyman en Morkel *Strafprosesreg*	Snyman JL en Morkel DW *Strafprosesreg* (2de uitg) 1988
Southwell "Working for Progressive Change in South African Courts"	Southwell V "Working for Progressive Change in South African Courts" 1995 *CILSA* 261
Southwell en Van Rooyen "Procedural Management"	Southwell V en Van Rooyen JH "The Procedural Management of Constitutional Issues in Criminal Trials in a Future South Africa: A Cost-effectiveness Study" 1993 *CILSA* 303
Soyer *Droit Pénal et Procédure Pénale*	Soyer J *Manuel de Droit Pénal et Procédure Pénale* (7de uitg) 1987
Spencer *Machinery of Justice*	Spencer JR *Jackson's Machinery of Justice* 1989
Spiller "Jury System in Early Natal"	Spiller PR "The Jury System in Early Natal" 1987 *Journal of Legal History* 129
Stagg "Changing Face of the Bench"	Stagg C "Changing Face of the Bench" *Sunday Times* 15 September 1991 20
Stephen "Judicial Independence"	Stephen NM "Judicial Independence – A Fragile Bastion" in Shetreet S and Deschênes J (reds) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 1985 529

Stevens *Independence of the Judiciary*	Stevens R *The Independence of the Judiciary* 1993
Steyn *Uitleg van Wette*	Steyn LC *Uitleg van Wette* (5de uitg) 1981
Steyn "Oor die Taak van Regbank"	Steyn LC "Oor die Taak van Regbank en Regsfakulteit" 1967 *THRHR* 101
Steyn "Public Participation"	Steyn JH "Public Participation in the Prevention of Crime" 1971 *SALJ* 210
Strauss "Jury in South Africa"	Strauss SA "The Jury in South Africa" 1973 *West Australian LR* 133
Strauss "Basic Values of the South African System of Criminal Procedure"	Strauss SA "Basic Values of the South African System of Criminal Procedure" in McQoid-Mason D (red) *Legal Aid in South Africa* 176
Strauss en Sunstein "The Senate, the Constitution and the Confirmation Process"	Strauss DA en Sunstein CR "The Senate, the Constitution and the Confirmation Process" 1992 *Yale LJ* 1491
Strier *Reconstructing Justice*	Strier F *Reconstructing Justice: An Agenda for Trial Reform* 1994
Strier "Through the Jurors' Eyes"	Strier F "Through the Jurors' Eyes" 1988 *The ABA Journal* 80
Student Note "Justice Courts in Oregon"	Student Note "Justice Courts in Oregon" 1974 *Oregon LR* 427
Suzman "Two-Way Traffic?"	Suzman A "The Bench and the Bar: Two-Way Traffic? 1980 *SALJ* 238
Syddall "Aborigines and the Courts"	Syddall T "Aborigines and the Courts II" in Swanton B (red) *Aborigines and Criminal Justice* 1984 144
T	
Tate "Judicial Institutions"	Tate CN "Judicial Institutions in Cross-National Perspective: Toward Integrating Courts Into the Comparative Study of Politics" in Schmidhauser JR (red) *Comparative Judicial Systems: Challenging Frontiers in Conceptual and Empirical Analysis* 1987 7
Terblanche *Die Boete as Strafvorm*	Terblanche SS *Die Boete as Strafvorm* (ongepubliseerde doktorale proefskrif, Unisa) 1990
Terrill *World Criminal Justice Systems*	Terrill RJ *World Criminal Justice Systems: A Survey* 1984
Tobias "Closing the Gender Gap on the Federal Courts"	Tobias C "Closing the Gender Gap on the Federal Courts" 1993 *University of Cincinnati LR* 1237
Tomlinson "Nonadversarial Justice"	Tomlinson EA "Nonadversarial Justice: The French Experience" 1983 *Maryland LR* 131
Trakman "Interpreting a Bill of Rights: Canada and South Africa Compared"	Trakman LE "Interpreting a Bill of Rights: Canada and South Africa Compared" in Kruger TJ en Currin B (reds) *Interpreting a Bill of Rights* 1994 26

Trengove "Perspectives on the Role of Judges"	Trengove JJ "Perspectives on the Role of Judges in a Deeply Divided Society" in Corder H (red) *Democracy and the Judiciary* 1989 125
Trengove en Moerane "Judicial Service Commission"	Trengove W en Moerane M "Judicial Service Commission" 1998 *Consultus* 115
Tso "The Process of Decision Making in Tribal Courts"	Tso T "The Process of Decision Making in Tribal Courts" 1989 *Arizona LR* 225
Tucker "Racial Discrimination"	Tucker SW "Racial Discrimination in Jury Selection in Virginia" 1966 *Virginia LR* 736
Tucker "Educating the Public"	Tucker MS "The Judge's Role in Educating the Public about the Law" 1982 *Catholic University LR* 201
Tushnet "Following the Rules Laid Down"	Tushnet MV "Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretevism and Neutral Principles" 1983 *Harvard LR* 781
Tushnet "The Judiciary and Institutions of Judicial Review"	Tushnet MV "The Judiciary and Institutions of Judicial Review" 1992/1993 *The American University Journal of International Law and Policy* 510
V	
Van Blerk *Judge and be Judged*	Van Blerk AE *Judge and be Judged* 1988
Van Blerk "A Legitimacy Crisis"	Van Blerk A "The South African Courts: A Legitimacy Crisis – Yes or No?" 1992 *Consultus* 135
Van der Merwe en Mbebe *Informal Justice*	Van der Merwe H en Mbebe M *Informal Justice: The Alexandra Justice Centre and the Future of Interpersonal Dispute Resolution* 1994
Van der Merwe "Judicial Appointments for Attorneys"	Van der Merwe P "SA'S New Minister of Justice Sets the Scene for a Changed Legal System: Rights of Audience, Judicial Appointments for Attorneys" 1994 *De Rebus* 489
Van der Merwe "Standpunt"	Van der Merwe P "Standpunt" 1987 *De Rebus* 5
Van der Merwe "Thirteenth SA Law Conference"	Van der Merwe P "Thirteenth SA Law Conference: Challenges to Attorneys" 1990 *De Rebus* 457
Van der Spuy "Verhoor Met of Sonder Jurie"	Van der Spuy AS "Verhoor Met of Sonder Jurie" 1955 *THRHR* 244
Van der Vyver *Die Beskerming van Menseregte in Suid-Afrika*	Van der Vyver JD *Die Beskerming van Menseregte in Suid-Afrika* 1975
Van der Vyver *Seven Lectures*	Van der Vyver JD *Seven Lectures on Human Rights* 1976
Van der Vyver "Sovereignty and Human Rights in Constitutional and International Law"	Van der Vyver JD "Sovereignty and Human Rights in Constitutional and International Law" 1991 *Emory International LR* 321
Van der Vyver "The Separation of Powers"	Van der Vyver JD "The Separation of Powers" 1993 *SAPR* 177

Van der Westhuizen "Constitutional Court with reference to German Experience (1)"	Van der Westhuizen J "Protection of Human Rights and a Constitutional Court for South Africa: Some Questions and Ideas, with reference to the German Experience (Part 1)" 1991 *De Jure* 1
Van der Westhuizen "Constitutional Court with reference to German Experience (2)"	Van der Westhuizen J "Protection of Human Rights and a Constitutional Court for South Africa: Some Questions and Ideas, with reference to the German Experience (Part 2)" 1991 *De Jure* 245
Van Niekerk "Indigenous Law, Public Policy and Narrative in the Courts"	Van Niekerk GJ "Indigenous Law, Public Policy and Narrative in the Courts" ongepubliseerde inleerede gelewer by Unisa op 23 Februarie 2000
Van Niekerk *Interaction of Indigenous Law and Western Law*	Van Niekerk GJ *The Interaction of Indigenous Law and Western Law in South Africa: A Historical and Comparative Perspective* (ongepubliseerde doktorale proefskrif, Unisa) 1995
Van Niekerk "Social Engineering in the German Constitutional Court – Some Reflections on a Recent Judgment"	Van Niekerk B "Social Engineering in the German Constitutional Court – Some Reflections on a Recent Judgment" 1975 *SALJ* 298
Van Reenen "Equality, Discrimination and Affirmative Action: An Analysis of Section 9 of the Constitution of the Republic of South Africa"	Van Reenen TP "Equality, Discrimination and Affirmative Action: An Analysis of Section 9 of the Constitution of the Republic of South Africa" 1997 *SAPR* 151
Van Riet "Training of Magistrates"	Van Riet C "The Training of Magistrates" 1997 *Consultus* 137
Van Wyk *Persoonlike Status in die Suid-Afrikaanse Publiekreg*	Van Wyk DH *Persoonlike Status in die Suid-Afrikaanse Publiekreg: 'n Staats- en Administratiefregtelike Studie* (ongepubliseerde doktorale proefskrif, Unisa) 1979
Van Wyk "Regstaatidee"	Van Wyk DH "Suid-Afrika en die regstaatidee" 1980 *TSAR* 152
Van Wyk "Toeganklikheid van die Howe"	Van Wyk GP "Enkele Probleme Rondom die Toeganklikheid van die Howe in Suid-Afrika in die Lig van die Inheemse Reg" 1995 *Die Landdros* 3
Van Zyl "Appointment of Judges"	Van Zyl LS "The Appointment of Judges and the Divided Bar" 1982 *De Rebus* 321
Van Zyl "Assessment and Imposition of the Sentence"	Van Zyl PHS "Do Assessors Have Any Part in the Assessment and Imposition of the Sentence?" 1991 *De Rebus* 36
Van Zyl *Beginsels*	Van Zyl DH *Beginsels van Regsvergelyking* 1981
Van Zyl *Geskiedenis*	Van Zyl DH *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* 1979
Van Zyl "Judiciary in a Changing SA"	Van Zyl DH "Judiciary in a Changing South Africa" 1994 *Consultus* 16
Van Zyl "Regsvergelykende Metode"	Van Zyl DH "Die Regsvergelykende Metode" 1983 *THRHR* 1

Van Zyl "Judiciary in a New Constitutional Dispensation"	Van Zyl DH "The Present Status of the South African Judiciary in a New Constitutional Dispensation" 1995 *Consultus* 133
Van Zyl Smit en Isakow "Assessors and Criminal Justice"	Van Zyl Smit D en Isakow N "Assessors and Criminal Justice" 1985 *SAJHR* 218
Vérin "Organisation Judiciaire et Indépendance de la Magistrature"	Vérin J "Organisation Judiciaire et Indépendance de la Magistrature" 1972 *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé* 922
Viator "Obiter"	Viator "Obiter" 1993 *Consultus* 90
Viljoen "Die Toetsingsrol van die Regter"	Viljoen HP "Die Toetsingsrol van die Regter" 1997 *SAPR* 166
Villa-Vicencio "Whither South Africa?: Constitutionalism and Law-making"	Villa-Vicencio C "Whither South Africa?: Constitutionalism and Law-making" 1991 *Emory LJ* 141
Visser "A Successful Constitutional Invasion of Private Law"	Visser PJ "A Successful Constitutional Invasion of Private Law" 1995 *THRHR* 745
Volcansek "Judicial Activism in Italy"	Volcansek ML "Judicial Activism in Italy" in Holland (red) *Judicial Activism in Comparative Perspective* 1991 119
Vorster "Alternatiewe Regspleging"	Vorster LP "Alternatiewe Regspleging in Swart Stedelike Woongebiede" 1990 *Alumnus* 31
W	
Wacks "Judges and Injustices"	Wacks R "Judges and Injustices" 1984 *SALJ* 266
Wald "Bureaucracy or Collegiality"	Wald PM "The Problem with the Courts: Black-Robed Bureaucracy, or Collegiality under Challenge?" 1983 *Maryland LR* 766
Walker *The Rule of Law*	Walker G de Q *The Rule of Law* 1988
Wallis "Some Thoughts on Juries"	Wallis MJD "Some Thoughts on Juries" 1991 *Consultus* 112
Wallis "Will the Bar Survive?"	Wallis M "Will the Bar Survive?" 1999 *Consultus* (Desember) 21
Wassermann *Kommentar zum Grundgesetz*	Wassermann R *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare 1984)
Watson en Downing *Politics of the Bench and Bar*	Watson RA en Downing *The Politics of the Bench and Bar* 1969
Weber *Law in Economy and Society*	Weber M *Law in Economy and Society* 1954
Wechsler *Principles, Politics and Fundamental Law*	Wechsler H *Principles, Politics and Fundamental Law* 1961
Wegner "Disqualifying the Judge"	Wegner WE "Disqualifying the Judge" 1996 *Litigation* 44

Werle "German Model"	Werle G "The Transformation of the Structures of South African Courts: A Comparative Analysis of the German Model" in Norton M (red) *Reshaping the Structures of Justice for a Democratic South Africa* 1994 37
Wheeler en Levin *Judicial Discipline*	Wheeler RR en Levin AL *Judicial Discipline and Removal in the United States* 1979
Wheeler en Whitcomb *Judicial Administration*	Wheeler R en Whitcomb J *Judicial Administration* 1977
White "The Nonverbal Behaviors in Jury Selection"	White MS "The Nonverbal Behaviors in Jury Selection" 1995 *Criminal Law Bulletin* 414
Whitson "*Lok Adalats*"	Whitson SL "'Neither Fish, Nor Flesh, Nor Good Herring' *Lok Adalats*: An Experiment in Informal Dispute Resolution in India" 1992 *Hastings International and Comparative LR* 391
Whittle "How to Judge A Judge"	Whittle B "How to Judge A Judge" 1999 *De Rebus* (Oktober)18
Whittle "Judicial Conference"	Whittle B "Johannesburg Judge: The Time Has Come for a Judicial Conference" 1999 *De Rebus* (April) 16
Whittle "Lower Courts' Judiciary Asserts Independence"	Whittle B "Lower Courts' Judiciary Asserts Independence as Magistrates Begin to Speak Out" 1995 *De Rebus* 534
Whittle "Suspension of Zambian High Court Judge Highlights Need for Judicial Independence"	Whittle B "Suspension of Zambian High Court Judge Highlights Need for Judicial Independence" 1997 *De Rebus* 147
Whittle "When a Constitution Is Not Necessarily a Guarantee of Human Rights and Judicial Independence: IBA Human Rights Institute Report Finds Kenyan Legal System Lacking"	Whittle B "When a Constitution Is Not Necessarily a Guarantee of Human Rights and Judicial Independence: IBA Human Rights Institute Report Finds Kenyan Legal System Lacking" 1997 *De Rebus* 437
Wiechers "The Fundamental Laws Behind Our Constitution"	Wiechers M "The Fundamental Laws Behind Our Constitution" in Kahn E (red) 1985 *Fiat Iustitia: Essays in Memory of Oliver Schreiner* 383
Wiechers *Staatsreg*	Wiechers M *Verloren van Themaat: Staatsreg* (3de uitg) 1981
Wiechers "Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg"	Wiechers M "Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg" 1967 *THRHR* 309
Wiechers "Administrative Law"	Wiechers M "Administrative Law" in Joubert (red) *LAWSA* vol 1
Wiechers "The Fundamental Laws Behind Our Constitution"	Wiechers M "The Fundamental Laws Behind Our Constitution" in Kahn E (red) *Fiat Iustitia: Essays in Memory of Oliver Schreiner* 1985 383
Wilson "Will Women Judges Really Make a Difference?"	Wilson B "Will Women Judges Really Make a Difference?" 1990 *Osgoode Hall LJ* 507

Wines "Thornburgh Abandons Choice for Top Justice Post"	Wines M "Thornburgh Abandons Choice for Top Justice Post" *New York Times* (7 Julie 1989) 1
Wolf *Gerichtverfassungsrecht*	Wolf M *Gerichtverfassungsrecht Aller Verfahrenszweige* (6de uitg) 1987
Wolfe "Challenges to Lay Judges in Germany"	Wolfe NT "Challenges to Lay Judges in Germany" 1984 *International Journal for Comparative and Applied Criminal Justice* 151
Wolfe "Participation in Courts"	Wolfe NT "Participation in Courts: American Jurors and German Lay Judges" in Barak-Glantz IL en Johnson EH (reds) *Comparative Criminology* 1983 121
Wood "Time for Juries"	Wood NG "The Time is Ripe for Juries" 1991 *De Rebus* 6
Wright "A Call for Judicial Responsibility"	Wright C "A Call for Judicial Responsibility: The Need for Reasoned Restraint of Judicial Activism" 1986 *Ohio Northern University LR* 165
Wright "Challenges for Cause Due to Bias or Prejudice: The Blind Leading the Blind down the Road of Disqualification"	Wright JA "Challenges for Cause Due to Bias or Prejudice: The Blind Leading the Blind down the Road of Disqualification" 1994 *Baylor LR* 825
Y	
Young "Current Issues: Juries"	Young PW "Current Issues: Juries" 1997 *The Australian LJ* 9
Z	
Zlotnick "The Death Penalty and Public Opinion"	Zlotnick M "The Death Penalty and Public Opinion: *S v Makwanyane*" 1996 *SAJHR* 70
Zuklie "Rethinking the Fair Cross-Section Requirement"	Zuklie MS "Rethinking the Fair Cross-Section Requirement" 1996 *California LR* 101

WETGEWING

SUID-AFRIKA

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996

Padverkeerswet 29 van 1989

Rasionaliseringswet op Justisiewette 18 van 1996

Strafproseswet 51 van 1977

Strafwysigingswet 105 van 1997

Swart Administrasie Wet 38 van 1927

Wet op Besoldiging en Diensvoorwaardes van Regters 88 van 1989

Wet op die Afskaffing van Juries 34 van 1969

Wet op die Afskaffing van Lyfstraf 33 van 1997

Wet op die Afskaffing van Spesiale Howe vir Swartes 34 van 1986

Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959

Wet op Landdroshowe 32 van 1944

Wet op Landdroste 90 van 1993

Wet op Vrederegters en Kommissarisse van Ede 16 van 1963

Wysigingswet op Landdroshowe 67 van 1998

Reëls en Regulasies

Reëls op Howe van Kapteins en Hoofmanne *Staatskoerant* GK No R2082 29 Desember 1967

Regulasies vir Regterlike Beamptes in die Laer Howe, 1993 *Staatskoerant* GK No R361 11 Maart 1994

AMERIKA

American Bill of Rights

The Constitution of the United States of America

DUITSLAND

Bundesverfassungsgerichtsgesetz

Deutsches Richtergesetz

Grundgesetz

ENGELAND

Act of Settlement of 1701

Courts Act of 1971

Judicature Act of 1925

FRANKRYK

Code de Procédure Pénale

NAMIBIË

Constitution of the Republic of Namibia

ZIMBABWE

Constitution of the Republic of Zimbabwe

High Court of Zimbabwe Act 29 of 1981

AUSTRALIË

The Aboriginal Communities Act 1979 (WA)

The Community Services (Aborigines) Act 1984 (Qld)

VONNISREGISTER

Suid-Afrika

Ackermann 1931 OPD 69
Adams; Werner 1981 1 SA 187 (A)
ANC (Border Branch) v Chairman, Council of the State of Ciskei 1992 4 SA 434 (CKGD)
Baloro v University of Bophuthatswana 1995 4 SA 197(B)
Bangindawo and Others v Head of Nyanda Regional Authority and Another 1998 3 BCLR 314 (Tk); 1998 3 SA 262 (Tk)
Bernstein v Bester NO 1996 4 BCLR 449 (KH), 1996 2 SA 751 (KH)
Bulawayo Municipality v Bulawayo Waterworks Ltd 1915 CPD 435
Coetzee v Government of the Republic of South Africa; Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison 1995 4 SA 631 (KH)
Collier 1995 8 BCLR 975 (K)
Daniels 1997 2 SASV 531(K)
Diepsloot Residents' and Landowners' Association v Administrator, Transvaal 1994 3 SA 336 (A)
Du Plessis v De Klerk 1996 5 BCLR 658 (KH)
Executive Council, Western Cape Legislature v The President of the Republic of South Africa 1995 4 SA 877 (KH); 1995 10 BCLR 1289 (KH)
Gambushe 1997 1 SASV 638.
Gcaba 1965 4 SA 325 (N)
Goldberg v Minister of Prisons 1979 1 SA 14 (A)
Govender 1986 3 SA 969 (T)
In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa,1996 1996 10 BCLR 1253 (KH)
In re Dube 1979 3 SA 820 (N)
Kroon 1997 2 All SA 330 (A)
Makhatini 1995 2 BCLR 226 (D)
Makwanyane 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH)
Malgas 1996 1 SASV 73 (NK)
Malindi 1990 1 SA 692 (A)
Matinkinca v Council of State, Ciskei 1994 1 BCLR 17 (Ck)
Matiso v The Commanding Officer, Port Elizabeth Prison 1994 4 SA 592 (SO); 1994 3 BCLR 80 (SOK)
May v Udwin 1981 1 SA 1 (A)
Mhlungu 1995 7 BCLR 793 (KH); 1995 3 SA 867 (KH)
Minister of the Interior v Lockhat 1961 2 SA 587 (A)
Nortje v Attorney General, Cape 1995 2 SA 460 (K)
Ntenteni v Chairman, Ciskei Council of State 1993 4 SA 546 (Ck)
Nxasana v Minister of Justice & Another 1976 3 SA 745 (D)
Penrice v Dickenson 1945 AD 6
Pieters 1987 3 SA 717 (A)

President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others 1999 4 SA 147 (KH)
Publications Control Board v William Heinemann Ltd 1965 4 SA 137 (A)
Qozoleni v Minister of Law and Order 1994 3 SA 625 (O)
Radebe 1973 1 SA 796 (A)
Rudman; Mthwana 1992 1 SA 343 (A); 1992 1 SASV 70 (A)
Seluka v Suskin and Salkow 1912 TPA 258
Shabalala v Attorney-General, Transvaal; Gumede v Attorney-General, Transvaal 1995 1 SA 608 (T)
Solomon 1973 4 SA 644 (K)
Stassen 1965 4 SA 131 (T)
Tuhadeleni 1969 1 SA 153 (A)
Van der Merwe 1997 2 SASV 230 (T)
Van Niekerk 1972 3 SA 711 (A)
Von Molendorff 1987 1 SA 135 (T)
Von Zell 1953 3 SA 303 (A)
Williams 1995 7 BCLR 861 (KH); 1995 3 SA 632 (KH)
Williams 1997 2 SASV 299 (OK)
Zuma 1995 4 BCLR 401 (KH); 1995 2 SA 642 (KH)

Buiteland

Acheson 1991 2 SA 805 (NmHC)
A Juvenile 1990 4 SA 151 (ZSC)
BVerfGE (1) 91 (1951)
BVerfGE (3) 225 (1953)
BVerfGE (6) 32 (1957)
BVerfGE (30) 1 (1970)
BVerfGE (34) 269 (1972)
Dennis v United States 341 US 494 (1957)
Duncan v Louisiana 391 US 145 (1968)
Edwards v Attorney-General of Canada [1930] AC 124 136
Engels v Allied Chemical Manufaturers (Pty) Ltd 1993 4 SA 45 (NmHC)
Ex parte Attorney- General, Namibia: In re Corporal Punishment by Organs of State 1991 3 SA 76 (NmSC)
Ex parte Attorney-General, Namibia: In re: The Constitutional Relationship between the Attorney-General and the Prosecutor-General 1995 8 BCLR 1070 (NmSC)
Ex parte Grossman 267 US 119 (1925)
Findlay v United Kingdom 24 EHRR 221
Grannis v Ordean 234 US 385 (1914)
*Heita(2)*1992 3 SA 785 (NmHC)
Herbert v Louisiana 272 US 312 (1926)
In re Winship 397 US 358 (1970)
Irvin v Dowd 366 US 723 (1961)
Joint Anti-Fascist Refugee Comm v McGrath 341 US 123 (1951)

Kauesa v Minister of Home Affairs 1994 3 BCLR 1 (NmHC)
Mabo v Queensland (1992) 175 CLR 1
Magoge 1988 1 ZLR 163 (S)
Minister of Home Affairs v. Austin and Another 1986 4 SA 281 (ZSC)
Minister of Home Affairs (Bermuda) v Collins MacDonald Fisher [1980] AC 319 (PC)
Mwandingi v Minister of Defence, Namibia 1991 1 SA 851 (NmHC)
Palko v Connecticut 302 US 319 (1937)
Patriotic Front – ZAPU v Minister of Justice, Legal and Parliamentary Affairs 1986 1 SA 532 (ZSC)
Patterson v New York 432 US 197 (1977)
Solesbee v Balkcom 339 US 9 (1950)
Sullivan v Louisiana 113 S Ct 2078 (1993)
Sussex Justices: Ex Parte McCarty (1924) 1 KB 256

BEGRIPSREGISTER

akkusatoriese prosesstelsel ... 42-52, 86
assessore 693-711, 734-774, 839-848, 862-866
billike verhoor, reg op ... 29, 40, 58-59, 81-83, 86, 88, 781, 784, 802, 825, 828
diskresie
  kyk: regterlike diskresie
due process of law 12, 24, 42, 44
  kyk verder: prosesregtelike modelle: *due process*-model
fair reflection of society-beginsel 101-103, 109, 115
  kyk verder: verteenwoordiging op die regbank
geregtigheid
  materiële 12-14, 82
  prosessuele 12-14, 82
Grondwet
  ongeskrewe teks van .. 134-135, 166
  grondwetlike waardes
    Duitsland 178-182
    Namibië 182-186
    VSA 173-177
  kyk verder: beginsels van wetsuitleg, en
  kyk verder: menseregte
  kyk verder: waarde-geöriënteerde benadering, en
gemeenskapshowe
  kyk: informele howe
informele howe 9, 10
  Australië, in 532-566
    Queensland .. 537-541, 546-555
    Wes-Australië 541-555
    Yirrkala-stelsel 555-566
  Indië, in 578-605
  Papua New Guinea, in 567-578
  Suid-Afrika, in 779-816, 823-824, 849-859, 866-872
  VSA, in 519-531
informele howe – riglyne uit regsvergelykende ondersoek ... 605-633
inheemse howe
  kyk: informele howe
inkwisitoriese prosesstelsel 42-52
jurie 9, 10, 415-516
  grand jury 416-418
  verhoorjurie 418-516
    Engeland, in 419-426
      persoonlike onafhanklikheid 420-423
      saaklike onafhanklikheid 423-424
  verhoorjurie: Frankryk (*vervolg*)
    Frankryk, in 445-454
      persoonlike onafhanklikheid 445-450
      saaklike onafhanklikheid 450-454
    Suid-Afrika, in 635-636
    VSA, in 426-445
      persoonlike onafhanklikheid 429-437
      saaklike onafhanklikheid 438-445
Konstitusionele Hof 638, 648, 651, 653-654, 659, 669-670, 674, 683, 716
Landdrostekommissie 9, 720-744, 775-779, 822
legaliteitsbeginsel 27-35, 83-85
legitimiteit
  kyk: regbank, legitimiteit van
leke-regters 369-415, 454-516
  Duitsland, in 399-415
    persoonlike onafhanklikheid 401-407
    saaklike onafhanklikheid 408-415
  Engeland, in 369-384
    persoonlike onafhanklikheid 370-381
    saaklike onafhanklikheid 381-384
  VSA, in 384-399
    persoonlike onafhanklikheid 386-392
    saaklike onafhanklikheid 392-399
  kyk verder: informele howe
menseregte
  handves van 35, 55-60, 88
onafhanklike regbank
  kyk: regbank
  kyk verder: regsprekende amptenare
onpartydige beregting, reg op ... 58-61
openbare mening 73-81
openbare verhoor, reg op 39-40, 49, 58-59, 87
parlementêre soewereiniteit 29, 77, 134-136, 151, 162, 170, 192
positivisme
  kyk: regspositivisme
prosesregtelike modelle
  due process-model 35-42, 86
  crime control-model 36, 37
  eenvoudige model 40

regbank
doel en funksie van 12, 82
etos van die 188-190
onafhanklikheid van, in Suid-Afrika .1-2, 5,14-23, 87, 648-779, 831-832
kontrole oor 60-67, 90
krisis, in 4, 641-647
legitimiteit van 3-5, 68-81, 89, 824-825, 832, 836, 845, 850, 858-859, 867, 872
verteenwoordiging op ... 4-6, 101-110
kyk verder: verteenwoordiging
regspositivisme 8, 127-134, 149
regsprekende amptenare
aanstelling
kyk: persoonlike onafhanklikheid
ampsduur
kyk: persoonlike onafhanklikheid
diensvoorwaardes
kyk: persoonlike onafhanklikheid
persoonlike onafhanklikheid 2,4,8, 18, 92-119
saaklike onafhanklikheid 2,4,8, 18, 23
regsprekende amptenare met regsopleiding
ander Afrika-lande (Namibië en Zimbabwe), in 324-341
persoonlike onafhanklikheid 324-335
saaklike onafhanklikheid . 335-341
Duitsland, in 267-286
persoonlike onafhanklikheid 268-278
saaklike onafhanklikheid . 278-286
Engeland, in 195-218
persoonlike onafhanklikheid 196-205, 210-218
saaklike onafhanklikheid . 206-209, 216-218
Frankryk, in 286-324
persoonlike onafhanklikheid 287-307
saaklike onafhanklikheid . 307-324
Suid-Afrika, in
persoonlike onafhanklikheid 648-711, 720-774, 832-849
saaklike onafhanklikheid 711-720, 774-779, 832, 849
VSA, in 218-267
persoonlike onafhanklikheid 219-258
saaklike onafhanklikheid . 258-267
regsprekende amptenare met regsopleiding – regsvergelykende evaluering en riglyne 341-367
regsprekende amptenare sonder regsopleiding 368-516
Duitsland, in
kyk: juriestelsel
kyk: leke-regters
Engeland, in
kyk: juriestelsel
kyk: leke-regters
Frankryk, in
kyk: juriestelsel
VSA, in
kyk: juriestelsel
kyk: leke-regters
Suid-Afrika, in
kyk: assessore
kyk: informele howe
kyk: juriestelsel
regsprekende amptenare sonder regsopleiding – regsvergelykende evaluering en riglyne 454-516
regstellende aksie 104-106
regterlike aktivisme 21-23
Regterlike Dienskommissie 9, 326-349, 362, 652-685, 716-718, 819, 833, 838, 860, 861
regterlike diskresie 8
aanwending 121-123
beperking op 124
by regterlike aktivisme en regterlike regsvorming 145-161
kontrole oor 124-125
uitsluiting van 124
toepassing in regstelsels
kyk: regsprekende amptenare met regsopleiding: saaklike onafhanklikheid
kyk: juriestelsel: saaklike onafhanklikheid
kyk: leke-regters: saaklike onafhanklikheid
regterlike regsvorming 8
rule of law 23-27, 82-83
skeiding van magte, leerstuk van 52-55 88
verteenwoordiging op die regbank
beginsel van 101-103
demografiese 104-110, 115, 118, 684
legitimiteit, en 103-106
onafhanklikheid, en 107-110
waarde-geöriënteerde benadering
begrensing van 167-172
teks van Grondwet, en .. 8, 134-143, 849
toepassing deur howe 161-167
wetsuitleg, beginsels van 143-145