

**h FUNKSIONELE EN STRUKTURELE ONTLEDING
VAN DIE 1993- EN 1996-GRONDWET MET
SPESIALE VERWYSING NA DIE *TRIAS POLITICA*-LEERSTUK**

deur

PIETER ANDRIES HENDRIK LABUSCHAGNE

**voorgelê ter vervulling van die vereistes vir
die graad**

DOCTOR LEGUM

in die vak

STAATSREG

aan die

UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA

STUDIELEIER: PROF G CARPENTER

JULIE 2007

OPSOMMING

Die breë fokus van die proefskrif is om die ontstaan, betekenis en moderne ontwikkeling van die leerstuk van die skeiding van die owerheidsgesag, die *trias politica*, te ontleed en dit op die konstitusionele ontwikkeling in Suid-Afrika tot 2005 toe te pas. In die eerste hoofstuk word n uiteensetting van die beperking van owerheidsgesag en die historiese ontwikkeling van die *trias politica*-leerstuk verskaf. Vervolgens word die toepassing van die *trias politica*-leerstuk in verskillende regeringsinstellings (parlementêr, presidensieel en semipresidensieel) bespreek. In die derde hoofstuk word n analise gemaak van die grondwette van die voormalige Boererepublieke en daarna chronologies van die 1909-, 1961- en 1983-Grondwet om te bepaal in watter mate die *trias politica*-leerstuk in die grondwette neerslag gevind het. Die analise dui daarop dat n beperkte mate van skeiding van owerheidsmagte in die grondwette plaasgevind het. Die klem verskuif vervolgens na die grondwette wat ná demokratisering in Suid-Afrika van toepassing is, naamlik die tussentydse Grondwet van 1993 en die finale 1996-Grondwet. Dit is duidelik dat die oppermagtige status van die Grondwet, asook die onafhanklike status van die regsprekende gesag, tot n veel groter skeiding van owerheidsgesag aanleiding gegee het. Dit is ook duidelik dat die behoud van die parlementêre regeringstelsel met n gedeeltelike samesmelting tussen die wetgewende en uitvoerende gesag groter skeiding sou teenwerk. Hoewel die invoeging van sosio-ekonomiese regte in die Grondwet groter regsprekende betrokkenheid by die toetsing van beleid beteken het, het die Konstitusionele Hof n fyn balans gehandhaaf tussen toetsing en beleidsformulering. In die slothoofstuk word n kort opsomming en gevolgtrekkings verskaf, gevolg deur n bespreking van moontlike alternatiewe ten einde n groter skeiding van owerheidsgesag te bewerkstellig.

SUMMARY

The broad focus of the thesis is an analysis of the meaning and the modern development of the doctrine of the separation of power (*trias politica*) and the application thereof in the constitutional development in South Africa. The first chapter outlines the historical restrictions that were placed on governmental authority by the *trias politica* doctrine. In the following chapter the application of the *trias politica* doctrine in different governmental systems (parliamentary, presidential and semipresidential) are analysed. In the third chapter an analysis is made of the constitutions of the former Boer republics, chronologically followed by an analysis of the 1909, 1961 and 1983 Constitutions, to establish to which extent the *trias politica* doctrine was incorporated in the respective constitutions. In the subsequent chapters, the focus shifts to the constitutions in the post democratic era, namely the 1993 interim Constitution and the 1996 (final) Constitution. It is evident that the new supreme Constitution and an independent judiciary yielded to a stronger adherence to the separation of power principle. It is also evident that the retainment of the parliamentary system, with a fused legislature and executive authority, inhibited a stronger separation of power. The inclusion of socioeconomic rights in the Constitution resulted in a more direct involvement in governmental policy. However, the Constitutional Court managed to maintain a fine balance between reviewing policy and the formulation of policy. In the closing chapter a short summary is provided, followed by comments on possible alternatives to the existing system to ensure a stronger separation of powers.

**h FUNKSIONELE EN STRUKTURELE ONTLEDING
VAN DIE 1993- EN 1996 GRONDWET MET
SPESIALE VERWYSING NA DIE *TRIAS POLITICA*-LEERSTUK**

Sleutelwoorde

Trias politica-leerstuk; Leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte; Konstitusionele Hof; Onafhanklikheid van die regsprekende gesag; Wetgewende en uitvoerende gesag; Oppermagtige Grondwet; Sosio-ekonomiese regte; Parlementêre regeringstelsel; Presidensiële regeringstelsel; Wigte en teenwigte.

INHOUDSOPGAWE

HOOFSTUK 1

DIE PROBLEEMSTELLING EN METODOLOGIESE GRONDSLAG VAN DIE PROEFSKRIF

1.1	Inleiding	01
1.2	Hipotese van die ondersoek	02
1.3	Metodiek van die ondersoek	04
1.4	Metodiek en die beweegrede vir die hoofstukke	05
1.5	Wetenskaplike bydrae van die studie	08

HOOFSTUK 2

DIE HISTORIESE ONTWIKKELING VAN KONSTITUSIONALISME

2.1	Inleiding	09
2.2	Fokus van die hoofstuk	09
2.3	Die konsep "politieke mag"	10
2.4	Die ontwikkeling van konstitusionele meganismes teen arbitrêre magsuitoefening	11
2.4.1	Die Antieke tyd	11
2.4.2	Germaanse opvattinge	12
2.4.3	Die feodale tydperk (ongeveer 487-1100)	13
2.4.4	Die tydperk van absolutisme (1485-1789)	14
2.4.5	Konstitusionele ontwikkeling in Engeland: die einde van absolutisme en die vestiging van konstitusionalisme	16
2.4.5.1	Die Leveller-beweging se stryd teen die parlement	20
2.5	Die Era van Verligting (1680-ca. 1800)	22
2.5.1	John Locke, vader van die liberale teorie	23
2.5.2	Baron Charles Louis de Secondat Montesquieu	24
2.6	Slot	28

HOOFSTUK 3

DIE TRIAS POLITICA-LEERSTUK: PARLEMENTÊRE, PRESIDENSIËLE EN SEMIPRESIDENSIËLE REGERINGSTELSELS

3.1	Inleiding		31
3.2	Institusionele begroding van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag	32	
3.3	Parlementêre, presidensiële en semipresidensiële regeringstelsels		33
3.4	Die parlementêre regeringstelsel		35
3.5	Die presidensiële regeringstelsel		36
3.6	Die semipresidensiële regeringstelsel	37	
3.7	Wigte en teenwigte		38
	3.7.1 Die filosofiese vertrekpunt van die stelsel van wigte en teenwigte		38
	3.7.2 Die stelsel van wigte en teenwigte in die moderne staat	40	
	3.7.2.1 Wigte en teenwigte in die presidensiële stelsel	40	
	3.7.2.2 Wigte en teenwigte in die parlementêre stelsel	42	
3.8	Parlementêre en presidensiële regeringstelsels en die <i>trias politica</i>-leerstuk	45	
	3.8.1 Die parlementêre stelsel en die <i>trias politica</i> -leerstuk		45
	3.8.1.1 Strukturele samesmelting in die (Britse) parlementêre stelsel		48
	3.8.1.2 Funkzionele samesmelting in die (Britse) parlementêre stelsel		49
	3.8.1.3 Die (Britse) parlementêre stelsel en die <i>trias politica</i> leerstuk		50
	3.8.2 Die (Amerikaanse) presidensiële stelsel en die <i>trias politica</i> leerstuk		50
	3.8.2.1 Strukturele skeiding in die (Amerikaanse) presidensiële stelsel		51
	3.8.2.2 Funkzionele skeiding in die (Amerikaanse) presidensiële stelsel		51
3.9	Parlementêre en presidensiële vorme van regering: h kritiese oorsig		51
	3.9.1 Konsentrasie en/of die verspreiding van gesag		51
	3.9.2 Voor- en nadele van beide stelsels	52	
3.10	Die ontwikkeling van die skeiding van owerheidsgesag in die parlementêre en die presidensiële stelsel		57
3.11	Metodes vir die verdeling van owerheidsgesag		58

3.11.1	Verspreiding van gesag in h staat in verskillende staatsvorme	59
3.11.2	Federalisme as staatsvorm	61
3.11.3	Suid-Afrika en die verdeling van staatsgesag	61
3.12	Slot	61

HOOFSTUK 4

h VERGELYKENDE ONDERSOEK NA DIE PARLEMENTÊRE EN PRESIDENSIËLE REGERINGSTELSELS IN GESELEKTEERDE LANDE

4.1	Inleiding	63
4.2	Metode van ondersoek	66
4.3	Die presidensiële stelsel	71
4.3.1	Die presidensiële stelsel: h vergelykende beskouing van Amerika en Brasilië	71
4.3.2	Brasilië	73
4.3.2.1	Basiese konstitusionele kenmerke	73
4.3.2.2	h Bespreking van die Brasiliaanse stelsel met verwysing na die skeiding van owerheidsmag	75
4.3.3	h Waarde-oordeel van die presidensiële stelsel	83
4.3.4	Opsommende gedagtes	85
4.4	h Bespreking van die parlementêre regeringstelsel met verwysing na geselekteerde lande	87
4.4.1	Inleiding	87
4.4.2	h Inleidende bekendstelling: Indië en Kanada	88
4.4.3	Die regsprekende gesag en die skeiding van owerheidsgesag	96
4.5	Die beperkte parlementêre regeringstelsel	98
4.6	Switserland: h eiesoortige stelsel tussen die hoofkategorieë van regeringstelsels	104
4.6.1	Inleiding	104
4.6.2	Opsommende evaluering	109
4.7	Die semipresidensiële stelsel	109
4.7.1	Die semipresidensiële stelsel in Frankryk	110
4.7.2	Die waarde van die bespreking	113
4.8	Zimbabwe en die skeiding van owerheidsgesag	114

4.9	Gevolgtrekking en slot	115
------------	-------------------------------	-----

HOOFSTUK 5

DIE TRIAS POLITICA-LEERSTUK: h FOKUS OP DIE KONSTITUSIONELE ONTWIKKELING IN SUID-AFRIKA VANAF DIE VOOR-UNIALE TYDPERK TOT EN MET DIE TOTSTANDKOMING VAN DIE DRIEKAMERGRONDWET VAN 1983

5.1	Inleiding	126
5.2	Basiese uitgangspunte van die bespreking	127
5.3	Die grondwette van die Boererepublieke	129
5.3.1	Die tydperk voor die Boererepublieke	129
5.3.2	Die grondwette van die Oranje Vrystaat (Vrystaat) (1854) en die Zuid Afrikaansche Republiek (ZAR) (1852)	131
5.4	Die Uniegrondwet van 1909	134
5.4.1	Die Zuid-Afrika Wet (1909) (ZA Wet) en die totstandkoming van die Unie van Suid-Afrika (1910)	134
5.4.2	Strukturele elemente van die 1909-Grondwet	135
5.4.3	Die skeiding van owerheidsgesag onder die 1909-ZA Wet en die periode tot 1961	139
5.4.4	Parlementêre soewereiniteit, die skeiding van owerheidsgesag en regspraak tydens die konstitusionele konflik	142
5.5	Die Republikeinse Grondwet van 1961 (Wet 32 van 1961)	146
5.5.1	Strukturele elemente van die 1961-Grondwet (Wet 32 van 1961)	147
5.5.2	Wesenlike kenmerke van die 1961-Grondwet	148
5.5.3	Die 1961-Grondwet en die skeiding van owerheidsgesag tydens die periode 1961-1983	149
5.5.4	Slotgedagtes oor die 1961-Grondwet	151
5.6	Die Driekamerparlement van 1983 (Wet 110 van 1983)	151
5.6.1	Strukturele elemente van die 1983-Grondwet (Wet 110 van 1983)	152
5.6.2	Wesenlike kenmerke van die 1983-Grondwet	154
5.6.3	Die 1983-Grondwet en die skeiding van owerheidsgesag	156
5.6.4	Enkele slotgedagtes oor die 1983-Grondwet	161

5.7	Parlementêre soewereiniteit en die toetsingsreg van howe	107
5.8	Slot	112

HOOFSTUK 6

DIE 1993-INTERIMGRONDWET VAN SUID-AFRIKA

6.1	Inleiding	166
6.1.1	Agtergrond tot die hoofstuk	166
6.1.2	Die fokus van die hoofstuk	167
6.1.3	Algemene agtergrond	168
6.2	Die invloed van die Handves van Menseregte en die Konstitusionele Hof op die skeiding van owerheidsgesag	169
6.2.1	Agtergrond tot die nuwe grondwetlike bedeling	169
6.2.2	h Handves van Menseregte	172
6.2.3	Die Konstitusionele Hof	175
6.2.4	Regterlike hersiening	178
6.3	Strukturele elemente van die 1993-Interimgrondwet	179
6.4	Die Interimgrondwet en die skeiding van owerheidsmagte	182
6.4.1	Inleiding	182
6.4.2	Die Interimgrondwet en die strukturele en funksionele skeiding van owerheidsgesag	184
6.5	Die 1993-Interimgrondwet, regspraak en die skeiding van owerheidsmagte	188
6.6	Slot	194

HOOFSTUK 7

h ONTLEDING VAN DIE STRUKTURELE ASPEKTE VAN DIE 1996- (FINALE) GRONDWET VAN SUID-AFRIKA

7.1	Inleiding	196
------------	------------------	-----

7.1.1	Agtergrond tot die hoofstuk		196
7.1.2	Die fokus van die hoofstuk	196	
7.1.3	Metodiek van die hoofstuk		197
7.2	Die sertifiseringsuitspraak in die Konstitusionele Hof: die 1996= Grondwet en die konstitusionele beginsels		198
7.2.1	Inleiding		198
7.2.2	Die sertifiseringsproses en die skeiding van owerheidsmagte	199	
7.2.3	Kommentaar oor die uitspraak van die Konstitusionele Hof		201
7.3	Strukturele elemente van die 1996-Grondwet		204
7.4	Die onafhanklikheid van die regsprekende gesag en die skeiding van owerheidsgesag		210
7.4.1	Die onafhanklikheid van die howe		210
7.4.2	Die onafhanklikheid van die regsprekende amptenare		213
7.5	Die institusionele posisie van die regsprekende gesag; die 1996= Grondwet en die skeiding van owerheidsgesag		215
7.6	Slot		216

HOOFSTUK 8

n FUNKSIONELE ONTLEDING VAN DIE 1996-GRONDWET VAN SUID-AFRIKA MET SPESIALE VERWYSING NA REGSPRAAK OOR DIE LEERSTUK VAN DIE SKEIDING VAN OWERHEIDSMAGTE

8.1	Inleiding		218
8.1.1	Agtergrond tot die hoofstuk		218
8.1.2	Die fokus van die hoofstuk	218	
8.1.3	Metodiek van die hoofstuk		219
8.2	Skeiding van owerheidsgesag tussen die uitvoerende en wetgewende gesag		220
8.3	Skeiding van owerheidsgesag tussen die regsprekende en wetgewende gesag		226
8.4	Skeiding van owerheidsgesag tussen die uitvoerende en regsprekende gesag		227
8.4.1	Die insluiting van sosio-ekonomiese regte en die Handves van Menseregte en die invloed daarvan op die skeiding van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte		227
8.4.2	Sosio-ekonomiese regte en die formulering van beleid met verwysing na enkele geselekteerde sake		230

8.4.3	Die onafhanklikheid van die regsprekende gesag en die skeiding van owerheidsmagte	247
8.5	Slotbeskouing	252

HOOFSTUK 9

SAMEVATTING EN AANBEVELINGS: TRANSFORMASIE EN DIE REKONSTRUKSIE VAN DIE STAAT IN SUID-AFRIKA

9.1	Inleiding	257
9.2	Demokratisering en staatkundige en regsprekende transformasie in Suid-Afrika	258
	9.2.1 Demokratisering	258
	9.2.2 Demokratisering in Suid-Afrika	260
	9.2.3 Die skepping van h regstaat; die rol van die regsprekende gesag in die rekonstruksie en transformasie van Suid-Afrika	262
	9.2.4 Die regsprekende gesag, transformasie en die skeiding van owerheidsmagte	271
9.3	h Analitiese perspektief en h samevatting	272
	9.3.1 Die 1996-Grondwet en die skeiding van owerheidsgesag	272
	9.3.2 Die waarde van die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag	273
	9.3.3 Die parlementêre regeringstelsel en die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag	273
9.4	Alternatiewe vir die Suid-Afrikaanse parlementêre stelsel?	286
	9.4.1 Inleidende gedagtes	286
	9.4.2 Alternatiewe vir Suid-Afrika	287
9.5	Skeiding van owerheidsgesag -- die rol van die burgerlike samelewing	294
9.6	Die skeiding van owerheidsgesag en die moderne staat: h toekomspektief	299

Bibliografie

Lys van aangehaalde sake

Wette

HOOFSTUK 1

DIE PROBLEEMSTELLING EN METODOLOGIESE GRONDSLAG VAN DIE PROEFSKRIF

1.1 INLEIDING

Na die Vrede van Wesfale en die ontstaan van die moderne staat het verskeie staats- en regeeringsvorme ontwikkel om demokrasie te vestig en te konsolideer. Staatsvorme in die nuwe demokrasieë het van sterk gesentraliseerde unies tot gedesentraliseerde federasies gewissel. Regeeringsvorme het weer in hoofsaak in twee stelsels, die parlementêre en die presidensiële regeringstelsel, uitgekristalliseer. Ten spyte van dié verskille het al die verskillende staats- en regeringstelsels een gemene deler gehad. Dit was naamlik die mate of graad waarin gesag geografies en funksioneel tussen geografiese eenhede, instellings, groepe en individue versprei moes word, sodat die misbruik van gesag struktureel en funksioneel beperk of verhoed kon word.

Die verskillende staats- en regeeringsvorme het tot wisselende sukses in die demokratisering en stabiliteit van state aanleiding gegee. Sommige demokrasieë het hoë vlakke van stelselstabiliteit getoon, terwyl ander weer voortdurend deur onstabiliteit gekenmerk is. Stabiliteit is een van die belangrike voorvereistes vir die konsolidering van demokrasie. Dit het die vraag laat ontstaan waarom bepaalde staats- en regeeringsvorme dan meer suksesvol was en vir langer tydperke kon voortbestaan en demokrasie suksesvol kon konsolideer.

Die stabiliteit van politieke stelsels (staat en regering) was daarom een van die wesenskenmerke waarna die vroeëre filosofe soos Plato, Aristoteles, Cicero, Machiavelli en Montesquieu gestreef het. Gedurende die postbehavioristiese era in die vroeë 1960's het teoretici soos David Easton die stabiliteit van 'n politieke stelsel binne 'n omgewing van verandering en onstabiliteit as een van die grootste uitdagings vir die staatkunde beskou: "How can a political system ever persist, whether the world be one of stability or one of change?" (Easton, 1965:115).

Een van die fundamentele oplossings wat uit die filosofiese bydraes afgelei kon word, was dat die skeiding van owerheidsgesag en die onderlinge kontrole tussen instellings stabiliteit en balans in ontwikkelde state sou bring wat demokrasie wou vestig. Hierdie aspek is duidelik uit die teoretiese bydraes wat deur onder andere Riggs (1971), Parsons (1970) en Almond en Powell (1975) gelewer is, wat bevestig het dat die diversifisering of devolusie van (politieke) gesag groter stabiliteit aan 'n politieke stelsel (staat) kan verleen.

Die verband tussen die skeiding van owerheidsgesag en demokrasie is vir die doeleindes van die onderhawige studie baie belangrik. Die konteks waarbinne

demokrasie in hierdie proefskrif bespreek word, is in die onderliggende samehang van demokrasie en die essensiële kenmerke van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte geleë. Dit is nie in die fokus van die proefskrif om demokrasie direk te bespreek nie, behalwe in die konteks en onderlinge samehang daarvan met die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte.

Demokrasie in enige gekonsolideerde demokrasie berus, behalwe vir die prosedurele demokrasie (die reg om te stem), ook op die filosofiese uitgangspunte van substantiewe demokrasie. Die basiese kenmerke van substantiewe demokrasie is onder andere geleë in die universeel aanvaarde fundamentele regte en burgerlike vryhede van individue, wat enige demokrasie kenmerk. Op dié wyse bepaal artikel 7 van die 1996-Grondwet dat die Handves van Menseregte die hoeksteen van demokrasie in Suid-Afrika vorm. Artikel 7 omskryf die regte van alle mense in Suid-Afrika en bevestig die onderskeie individuele demokratiese waardes en positiewe regte soos vryheid van spraak, vryheid van assosiasie en vryheid van politieke regte. Positiewe regte veronderstel dat die regering daadwerklike stappe moet doen om die omgewing te skep waarbinne individue die vryhede kan beleef en die regte kan uitoefen.

Die onderlinge verband tussen demokrasie en die skeiding van owerheidsmagte is vir die doeleindes van die onderhawige proefskrif in die basiese uitgangspunt van die *trias politica*-leerstuk geleë. Die fundamentele vertrekpunt van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte is in die voorkoming van arbitrêre en eensydige optrede van n enkele heerser of gesentraliseerde politieke stelsel geleë, en word voorkom deur mag struktureel en funksioneel te versprei. (Hierdie uitgangspunt word ook in die titel van die proefskrif gereflekteer.)

Indien die arbitrêre beoefening van owerheidsgesag die basiese demokratiese regte van die individu ongehinderd misken, kan daar nie sprake van h demokrasie wees nie. Die basiese funksie van die skeiding van owerheidsgesag is daarom om gesag te skei, onderling te kontroleer en wigte en teenwigte in te stel om die uitoefening van gesag te balanseer. Op dié wyse word demokrasie en demokratiese konsolidasie verstewig.

Die balansering en beperking van owerheidsgesag binne h politieke stelsel sorg vir balans en stabiliteit en skep die omgewing wat demokratiese konsolidasie aanvul. Dit is hierdie aspek wat binne die fokus van die onderhawige studie val.

Die navorser het dit daarom ten doel om die diversifisering van politieke stelsels in verskillende samehangende eenhede, soos veral die verskillende regeringstelsels, te ondersoek. Die studie is daarop toegespits om veral die invloed van die skeiding van owerheidsgesag as n meganisme om gesag te diversifiseer, te ondersoek. Hierdie wisselwerking tussen stabiliteit, balans en diversifisering sal in die slothoofstuk van hierdie proefskrif bespreek word.

1.2 HIPOTESE VAN DIE ONDERSOEK

Die veronderstelling waarop die studie berus, is dat die verdeling van staatsgesag en h onderlinge kontrolemeganisme tot die stabiliteit van n politieke stelsel aanleiding kan gee. Die verdeling van staatsgesag vind normaalweg deur die toepassing van die trias politica- of skeiding-van-owerheidsmagte-leerstuk plaas. Dié leerstuk veronderstel dat staatsgesag in n regeringstelsel versprei behoort te word deur dit aan drie owerheidsorgane, die uitvoerende, die wetgewende en die regsprekende gesag, toe te ken.

In h gedentraliseerde stelsel waarin staatsgesag tussen die drie organe versprei is, kan die individu se basiese demokratiese regte beskerm word teen die arbitrêre optrede van n gesentraliseerde owerheid.

Die stabiliteit van 'n politieke stelsel is verder daarin geleë dat h regering in staat is om op só n wyse te reageer (beleid) op eise uit sy demokratiese samelewing (burgers) dat dit die eise eerder sal laat afneem as toeneem. Die stabiliteit en vermoë van h politieke stelsel (regering) neem toe indien daar h balans tussen die onderliggende eenhede (wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag) bestaan. Indien die wetgewende gesag demokraties saamgestel is, die uitvoerende gesag beleid binne die konstitusionele raamwerk uitvoer en die regsprekende gesag objektief en billik reg spreek, dra dit tot stabiliteit by. Die onderlinge samehang tussen wigte en teenwigte van die samestellende eenhede versterk die balans van die politieke stelsel en skep stabiliteit.

Die hipotese van die ondersoek is daarom daarop gerig om aan te toon dat die toepassing van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte tot groter stabiliteit en hoër vlakke van demokratisering in n politieke stelsel kan lei. Die samelewing se konstitusionele waarborg teen arbitrêre optrede versterk die demokratiese aard van die politieke stelsel. Indien die demokratiese regte van die individu teen arbitrêre optrede van die staatsgesag beskerm word, kan dit tot demokratiese konsolidasie lei.

Daarteenoor is die standpunt dat die sterker sentralisasie van gesag in die sentrum van n politieke stelsel (staat) tot die miskenning van demokratiese regte, onstabiliteit en die uiteindelijke verdwyning van die politieke stelsel kan lei. Indien daar nie h skeiding tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag bestaan nie, kan die demokratiese regte van individue aan arbitrêre optrede van die gesentraliseerde staatsgesag blootgestel word.

Nadat die teoretiese aspekte van die skeiding van owerheidsgesag in die proefskrif bespreek is, sal die toepassing daarvan in regeringstelsels aan die beurt kom. In die laaste gedeelte van die proefskrif skuif die klem na Suid-Afrika en vind die

beskrywing met verwysing na en toepassing op Suid-Afrika plaas. Die ondersoek is implisiet bedoel om te bepaal hoe nougeset die *trias politica*-leerstuk in Suid-Afrika in die predemokratiese era, maar ook veral in die fase nadat die demokratisering van Suid-Afrika voltrek is, neerslag gevind het. Die ondersoek het dit ten doel om vas te stel op watter wyse dié leerstuk tot die groter stabiliteit van die (Suid-Afrikaanse) politieke stelsel bygedra het en uiteindelik ook tot die demokratisering en demokratiese konsolidasie van die nuwe politieke bestel in Suid-Afrika.

Die hipotese veronderstel dat dié totale wetenskaplike onderneming op 'n vergelykende grondslag kan plaasvind en analities in verskillende onderliggende, samehangende eenhede verdeel kan word. Eerstens kan die vergelyking plaasvind binne die konteks van waarneming, bekendstelling en ontdekking (*context of discovery*) en die geldigheidsverband (*context of justification or validation*). Die oorsprong en teenwoordigheid van empiriese kennis word in eersgenoemde konteks en die geldigheid daarvan oorwegend in die tweede konteks hanteer.

Hierdie ondersoek en strukturele uiteensetting in verskillende hoofstukke sal in 'n verdere onderafdeling uiteengesit word.

1.3 METODIEK VAN DIE ONDERSOEK

Soos in die inleiding verduidelik, het die onderhawige studie dit ten doel om 'n sistematiese analise van die *trias politica*-leerstuk te onderneem. Dit veronderstel dat 'n beskrywende uiteensetting gegee moet word van die teoretiese uitgangspunte van die *trias politica*-leerstuk. Dit sluit ook 'n historiese uiteensetting van die ontstaan, ontwikkeling en aanpassing van die *trias politica*-leerstuk oor tyd en ruimte in verskillende samelewingsverbande en regeringsinstellings in. Dit geld veral ook binne die historiese konteks van die staatkundige ontwikkeling, wat in Suid-Afrika voor en na die proses van demokratisering plaasgevind het.

Die beskrywende metode, wat in hierdie proefskrif gebruik word, is noodsaaklik ten einde die basis en historiese konteks vir latere gevolgtrekkings en voorspellings te skep. Die uitdaging is om vanaf die beskrywende metode uiteindelik na interpretasie en verklaring te beweeg. Ná die teoretiese beskrywing en klassifisering sal die formulering van deduktiewe gevolgtrekkings en voorspellings ook aandag geniet.

Op die makrovlak word die proefskrif breedweg in twee samehangende dele verdeel, wat ook in die titel van die proefskrif gereflekteer word. Dit is naamlik 'n analitiese verdeling in 'n strukturele en 'n funksionele gedeelte. Daar word gevolglik in die tweede gedeelte van die proefskrif struktureel-analities vir twee samehangende eenhede voorsiening gemaak: 'n strukturele en 'n funksionele gedeelte waarin struktuur en dinamiek onafhanklik ontleed word.

Die wetenskaplike bydrae wat die proefskrif wil maak, is om eerstens die historiese ontwikkeling en verloop van die *trias politica*-leerstuk teoreties, filosofies en histories

in die algemeen, en in die besonder met betrekking in Suid-Afrika, na te speur. Vir dié doel word sowel die beskrywende analitiese metode as die vergelykende metode gebruik om n dieper metodologiese wetenskaplike ondersoek van stapel te stuur.

In hoofstuk 4 word die vergelykende metode van ondersoek, wat sowel n klassifikasie as n hipotesetoetsing insluit, kortliks uiteengesit. In dié hoofstuk word die vergelykende metode gebruik om die toepassing van die *trias politica*-leerstuk in n breër konteks van ander lande met hul unieke regeringstelsels te toets. Hier word wegbeweeg van die tradisionele benadering waarin veral net na die historiese belangrike voorbeelde van Amerika en Brittanje gekyk is.

Die toepassing van die vergelykende metode skep die geleentheid om te bepaal op watter wyse die parlementêre en die presidensiële stelsel, met hul unieke manifestering van die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte, toepassing in ander lande en in ander politieke stelsels gevind het. Die vergelykende metode skep hierdeur die geleentheid om meer inligting oor ander regeringstelsels in te win.

Die toepassing van die vergelykende metode sal ook n bydrae lewer tot die klassifisering van die struktuur en die funksies van die regeringstelsels. Bykomend kan die hipotese die verdeling van staatsgesag, soos deur die *trias politica*-leerstuk voorgeskryf op n wetenskaplike wyse toets.

Laastens sal die vergelykende metode die potensiaal bied om patroonmatigheede te skep waaruit voorspellings gedoen kan word.

Die skeiding van owerheidsmagte kan ook op die geografiese vlak in n staatsvorm, soos in federasies en unies, plaasvind. Die fokus van die proefskrif is egter op die skeiding van owerheidsmagte in n regeringstelsel, soos in die presidensiële en die parlementêre stelsel, deur die toepassing van die *trias politica*-leerstuk. In die konteks van die beskrywing sal daar wel by geleentheid na die verdeling van gesag in staatsverband verwys word, maar slegs binne funksioneel kontekstuele verband.

1.4 METODIEK EN BEWEEGREDE VIR DIE HOOFSTUKKE

Soos reeds verduidelik, is die verskillende hoofstukke in wese mikro-eenhede van die groter makro-ondersoek, wat op n rasonele en logiese wyse gestruktureer en gerangskik is, om deduktief op die navorsingsvraag te fokus. Die historiese konteks en teoretiese uitgangspunte in die eerste paar hoofstukke vervul n belangrike rol om die raamwerk te verskaf waarbinne die ondersoek deduktief kan plaasvind.

Vervolgens word n kriptiese uiteensetting van die verskillende hoofstukke en n kort motivering vir die beweegredes daarvoor verskaf.

Hoofstuk 2: Die historiese ontwikkeling van konstitusionalisme

Die beweegrede vir die ontstaan en toepassing van die *trias politica*-leerstuk het duidelik met die problematiek van politieke gesag te doen. Die kernmotivering vir die leerstuk was deurentyd om die ongetemde, ongestruktureerde uitbreiding van mag en gesag in die oorgang van die primitiewe na die moderne staat op 'n konstitusionele wyse te beperk.

Die belang van hoofstuk 2 is daarom om kortliks die teoretiese grondslag vir die proefskrif vas te lê. Die oogmerk is om die historiese ontwikkeling van die *trias politica*-leerstuk, vanaf die 15de eeu in Engeland en daarna die kernbelangrike bydraes wat John Locke en Baron de Montesquieu ten opsigte daarvan gelewer het, te beklemtoon.

Hoofstuk 3: Die *trias politica*-leerstuk: parlementêre, presidensiële en semipresidensiële regeringstelsels

Hoofstuk 3 fokus op die begroning van die teoretiese aspekte van die voorafgaande hoofstuk. Dit word deur 'n bespreking van die verskillende regeringstelsels, naamlik die parlementêre, die presidensiële en die semipresidensiële stelsel gedoen. Die bespreking fokus daarom op die wyse waarop Montesquieu se basiese uitgangspunte oor die *trias politica*-leerstuk in dié verskillende regeringstelsels neerslag gevind het.

Vanweë die historiese rol en dominansie van die regeringstelsels van Amerika (die presidensiële stelsel) en Brittanje (die parlementêre stelsel), word die bespreking en toepassing van die hoofstuk op dié twee lande gefokus.

Hoofstuk 4: 'n Vergelykende ondersoek na die parlementêre en presidensiële stelsels in geselekteerde lande

In dié hoofstuk word die ondersoek na die *trias politica*-leerstuk verbreed deur 'n ondersoek van die parlementêre en presidensiële stelsels in 'n seleksie van lande te doen. Die ondersoek vind plaas deur 'n toepassing van die vergelykende metode op feitlike situasies.

In die eerste gedeelte word 'n uiteensetting van dié metode gegee. Vervolgens sal 'n vergelykende ondersoek tussen twee lande wat die presidensiële stelsel toepas, naamlik Amerika en Brasilië, gedoen word. Daar word dan verder in die hoofstuk na geselekteerde lande soos Kanada, Japan, Indië, Switserland en Frankryk, gekyk. 'n Kort bespreking van die skeiding van owerheidsmagte in Zimbabwe word ook gegee.

Die keuse van die geselekteerde lande was eerstens bedoel om soveel kontinente as

moontlik te betrek en ook om n breë seleksie van regeringsvorms te bespreek.

Die fokus van die hoofstuk is om deur die vergelykende metode n tendens te probeer peil ten einde n gevolgtrekking te vorm oor die sukses wat met die *trias politica*-leerstuk behaal is, ten einde die uitoefening van arbitrêre gesag te verhoed. Dit is ook veral belangrik om te bepaal watter permutasies van die verskillende regeringstelsels in ander samelewingsverbande buite die tradisionele voorbeelde soos Amerika en Brittanje bestaan.

Hoofstuk 5: Die *trias politica*-leerstuk: n fokus op die konstitusionele ontwikkeling in Suid-Afrika vanaf die voor-Uniale tydperk tot en met die totstandkoming van die Driekamergrondwet van 1983

In dié hoofstuk is die fokus op die strukturele en funksionele ontwikkeling van die *trias politica*-leerstuk in die konteks van historiese en staatkundige ontwikkelings tussen 1910 en 1983.

Soos in die volgende hoofstuk, vind die ondersoek op beide die strukturele en die funksionele vlak plaas. Die struktuur en die dinamiek van gesagsuitoefening word geanaliseer om te bepaal in watter mate Suid-Afrika se konstitusionele ontwikkeling die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte geïnkorporeer het.

Hoofstuk 6: Die 1993-Interimgrondwet van Suid-Afrika

Die bespreking in hoofstuk 5 word in hoofstuk 6 voortgesit. Die belangrike aspek wat in die analise van die tussentydse Grondwet beklemtoon word, is dat Suid-Afrika se nuwe grondwetlike bedeling n konstitusionele omwenteling tot gevolg gehad het. Die tussentydse Grondwet het n nuwe fase in die staatkundige ontwikkeling van Suid-Afrika ingelui met die vervanging van die oppermag van die parlement deur n oppermagtige grondwet wat verreikende implikasies vir die toepassing van die *trias politica*-leerstuk in Suid-Afrika gehad het. In hoofstuk 6 word die konstitusionele ontwikkeling geanaliseer en uiteengesit.

Hoofstuk 7: n Ontleding van die strukturele aspekte van die 1996- (finale) Grondwet van Suid-Afrika

Vanweë die belangrikheid van die 1996-Grondwet word die analise van die strukturele en funksionele eienskappe van die grondwet in twee dele ingedeel. Hoofstuk 7 fokus op die strukturele aspekte van die 1996-Grondwet wat op die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte van toepassing is. Veral die sertifiseringsproses van die Konstitusionele Hof om te bepaal of die finale Grondwet vir voldoende skeiding voorsiening maak, is vir hierdie bespreking van groot belang.

Hoofstuk 8: n Funksionele ontleding van die 1996-Grondwet van Suid-Afrika met spesiale verwysing na regspraak oor die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte

Die bespreking in hoofstuk 7 word in hoofstuk 8 voortgesit, maar met die klem op die funksionele aspekte, te wete regspraak wat op grond van die nuwe Grondwet gelewer is. Die Konstitusionele Hof het kernbelangrike uitsprake in n verskeidenheid hofsake gelewer, wat regstreeks met die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte verband hou.

In elke bespreking van die verskillende hofsake word die belang daarvan vir die sentrale kernvraag van die proefskrif bespreek. Die bydrae daarvan is op die vlak van meer of minder skeiding van owerheidsgesag en uiteindelik die suksesvolle diversifisering van owerheidsgesag geleë.

Hoofstuk 9: Samevatting en aanbevelings: transformasie en die rekonstruksie van die staat in Suid-Afrika

In die proefskrif is die beskrywende, analitiese en vergelykende metode gebruik om die wese, rol en die belangrikheid van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte te bepaal. In die slothoofstuk word die geheel van die bespreking op n deduktiewe wyse saamgevat en voortvloeiend daaruit word sekere aanbevelings gemaak, wat op h wye bespreking van die toepassing van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte in al sy fasette betrekking het.

1.5 WETENSKAPLIKE BYDRAE VAN DIE STUDIE

Die proefskrif sit eerstens historiese en teoretiese aspekte van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte op n algemene vlak uiteen. Die ondersoek poog om die manifestering van dié leerstuk in die historiese staatkundige ontwikkeling in Suid-Afrika deur die beskrywende metode aan te dui. Die bespreking vind op so n wyse plaas dat die sukses van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte in n mindere of meerdere mate in die skeiding van owerheidsgesag, en ook in die stabiliteit van die politieke stelsel bepaal kon word. Dit is ondenkbaar dat die beskrywende en analitiese werkswyse nie h bestaansreg in die ontledingsproses het nie.

Die metodologie van die proefskrif het dit egter ook ten doel om dieper as n histories-beskrywende en analiserende metode te delf. Die gebruikmaking van die vergelykende metode sal daarom evaluering eerder as net analise fasiliteer. Die vergelyking en klassifisering wat deurlopend in die hoofstukke met die beskrywende metode vervleg word, skep ruimte vir kwalitatiewe beoordeling in verband met politieke strukture en regeringsvorme, soos die parlementêre en die presidensiële stelsel. Dit stel die navorser in staat om byvoorbeeld in hoofstuk 4 te vra of die "sukses" van die presidensiële regeringstelsel na ander lande oorgedra kan word en

om aanbevelings te doen oor die sukses van die “beperkte” parlementêre stelsel.

Die analisering en vergelyking van verskillende politieke stelsels in die proefskrif skep die geleentheid om gevolgtrekkings te maak en ook om die gevolgtrekkings aan algemene teoretiese aannames oor die staatkunde en politiek te koppel. 'n Kernbelangrike aanname is dat politieke stabiliteit en demokratiese konsolidasie deur die diversifisering van politieke gesag (skeiding van owerheidsmag) versterk word. Die skeiding van owerheidsgesag versterk ook die demokratisering van politieke stelsels. Die stabiliteit van demokrasie in ontwikkelde demokrasieë is 'n bewys hiervan. Dié aspek word teoreties uiteengesit en op 'n teoretiese en praktiese vlak op Suid-Afrika toegepas. Dit is 'n tema wat deurlopend in die proefskrif hanteer sal word.

HOOFSTUK 2

DIE HISTORIESE ONTWIKKELING VAN KONSTITUSIONALISME

2.1 INLEIDING

Die konsep konstitusionalisme is 'n leerstuk wat die beperking van (politieke) mag in 'n regering deur die skepping van konstitusionele meganismes voorstaan. Die konsep konstitusionalisme het uit 'n verskeidenheid historiese bronne ontwikkel soos die Germaanse reg, die feodale stelsel en die filosofiese bydraes wat gedurende die Era van Verligting in die laat Middeleeue gemaak is.

Die oogmerk van die hoofstuk is om kortliks na die historiese en filosofiese ontwikkeling van konstitusionalisme te kyk. Dit is veral die ontwikkeling van konstitusionele meganismes, wat 'n beperking op absolutisme geplaas het, wat onder bespreking sal wees. Die belangrikste ontwikkeling was veral tydens die vroeë Middeleeue (vanaf ongeveer 400 n.C.), toe Germaanse stamme Noord-Europa beset het, tot die tydperk van die vroeë Renaissance (1450).

Die doel van die hoofstuk is om deur die bespreking van die historiese ontwikkeling van konstitusionalisme 'n historiese en filosofiese onderbou vir 'n latere bespreking van die skeiding van owerheidsmagte (*trias politica*) te verskaf. Die skeiding van owerheidsmagte, soos beliggaam in die *trias politica*-leerstuk, sal die hoofokus van die proefskrif vorm.

2.2. FOKUS VAN DIE HOOFSTUK

Vanaf die antieke tyd het die ontstaan en ontwikkeling van samelewingsverbande hoofsaaklik met die problematiek van (politieke) mag te doen gehad. Hierdie problematiek was hoe om die uitoefening en die beperking van mag binne groepsverband te hanteer. Die verbrokkeling van die antieke samelewingsverbande het heelwat te doen met hul onvermoë om die meer komplekse magsperspektiewe in 'n veranderde samelewing te hanteer. Die vorming van meer komplekse samelewingsverbande, soos die vroeë staat en die moderne staat, was 'n poging om die uitoefening van mag op 'n regmatiger en regverdiger wyse te verseker.

Die breë fokus van die proefskrif is om die ontstaan, betekenis en moderne ontwikkeling van die leerstuk van die skeiding van die owerheidsgegewe, die *trias politica*, te ontleed en dit op die konstitusionele ontwikkeling in Suid-Afrika tot 2005 toe te pas. Die hipotese is om te bepaal of die toepassing van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte in Suid-Afrika tot groter stelselstabiliteit aanleiding gegee het.

Aansluitend by die voorgenoemde sal die hoofstuk op die volgende fokus:

2.2.1 Om in die algemeen na die ontwikkeling van konstitusionele meganismes in die geskiedenis, wat gepoog het om arbitrêre magsuitoefening deur n heerser te beperk, te kyk.

2.2.2 Om die aanvanklike ontwikkeling van een van dié meganismes, die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte (*trias politica*) vanaf die 15de eeu in Engeland te verduidelik.

2.2.3 Om die kernbelangrike bydrae wat John Locke en veral Baron de Montesquieu ten opsigte van die ontwikkeling van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte (*trias politica*) gelewer het, te beklemtoon.

2.3 DIE KONSEP "POLITIEKE MAG"

Die wese van politieke mag is h komplekse verskynsel omdat dit n abstrakte konsep is wat aan voortdurende veranderinge onderhewig is. Die veranderde aard van mag is die gevolg van die dinamiese politieke en sosiale omgewing waaraan dit blootgestel word. Die konstante waarde van mag is beperk vanweë die ongedetermineerde veranderlikes wat daarby betrokke is.

Soos Kotzè en van Wyk (1986:84) aandui, wys die meeste omskrywings van die konsep (politieke mag) op die vermoë van die akteur, individu of staat om h resultaat in die verhouding met n ander akteur te veroorsaak wat strydig met sy wil is. Dit is h manipulasie en n afdwingingsaksie, omdat die akteur, individu of staat die nodige bronne en wil het om sy wil op andere af te dwing. Die bronne van mag is gewoonlik die uitvloeisel van sosiale en politieke verhoudings, asook van die politieke rolbeker se posisie in h groep of samelewing.

Politieke wetenskaplikes fokus op hierdie magsverhouding wat binne die politieke veld plaasvind. Mag is die basiese bestanddeel van politiek en daarom lui een van die bekendste omskrywings van die politiek deur David Easton (1965:21-24) en Harold Laswell (1956:105) dat politiek oor die gesaghebbende toekenning van skaars waardes in die samelewing handel en ook oor wie wat, wanneer en op watter wyse kry.

Soos Jackson en Jackson (2003:7-9) dit uiteensit, is diegene wat oor die straf- en beloningsfunksie in n samelewing beskik, die beste geskik om die toekenning en die weerhouding van bronne in die samelewing in kompeterende omstandighede te doen. Dahl (1984:41) suggereer ook dat (politieke) mag beteken om andere te oortuig om te voldoen aan selfgestelde eise:

“by creating the prospect of severe sanctions for noncompliance”.

Politiek/mag is sentraal in die proses en daarom is dit begryplik dat die besit en die uitoefening van mag n kern- en kritieke aspek van enige samelewing is. Die onbelemmerde en onbeperkte besit van (politieke) mag kan egter problematies wees. Dit is waarna Lord Acton in sy bekende stelling verwys dat mag tot korrupsie (kan) lei en dat absolute mag absoluut korrupsteer (Jackson & Jackson, 2003:11).

Montesquieu het ook geglo dat dit n natuurlike geneigdheid van die mens is om politieke mag wat aan hom toevertrou is, te misbruik. Om dié rede sal elke regering, ongeag die vorm daarvan, uiteindelik in despotisme degenerere tensy bepaalde beperkinge op die regering geplaas word nie (Burns, 1974:733).

Vanweë die magsvergryp wat in “onbeheerde en ongekontroleerde” omstandighede kan plaasvind, is dit belangrik dat (politieke) magsuitoefening volgens “afspraak” tussen partye moet plaasvind. So n afspraak in die vorm van n dokument, n wet of kontrak is n belangrike bestanddeel van die beperking van politieke magsuitoefening, byvoorbeeld deur bepaalde instellings of prosedures waaraan n heerser se uitoefening van mag moet voldoen. Sulke instellings moet reëls en regulasies ter tafel lê wat beide magsuitoefenaars en die liggame wat dit uitoefen aan beperkinge onderwerp (Lane, 1996:19).

2.4 DIE ONTWIKKELING VAN KONSTITUSIONELE MEGANISMES TEEN ARBITRÊRE MAGSUITOEFENING

2.4.1 Die Antieke tyd

n Kernvraag wat filosowe oor die eeue heen besig gehou het, was watter regeringsvorm die beste is ten einde magstirannie te verhoed. Verskillende Griekse filosowe in die antieke tye het idees hieroor geformuleer en ook oor hoe die "ideale staat" geskep kan word (Guthrie, 1967:81).

So het Herodotus, n Griekse historikus, wat in die 5de eeu v.C. gelewe het, regeringsvorms as teenvoeter teen absolute magsuitoefening in drie klasse gekategoriseer, naamlik monargie, aristokrasie of demokrasie. Die kriterium was of een (monargie), n paar (aristokrasie) of baie (demokrasie) die besluitnemingsmag gehad het óf daarvan uitgesluit was.

Volgens Aristoteles was die demokratiese regeringsvorm die geskikste vorm. n Demokrasie dui op die verhouding tussen die

landsburgers en die heerser, en die letterlike betekenis dui op politieke beheer deur die mense en nie uitsluitlik op die wilsuiting van n heerser nie. Dit beteken dat die mense die reg het om werklike beheer in die landsregering uit te oefen (Lawson, 1993:90).

Die antieke klassieke model van demokrasie, as teenvoeter vir arbitrêre magsuitoefening, was die stadstaat (*polis*) wat in Athene in antieke Griekeland ontwikkel het. Hierdie klassieke vorm van demokrasie, wat reeds tydens die 4de en 5de v.C. bestaan het, word dikwels as die suiwerste vorm van demokrasie voorgelê. Die “Atheense demokrasie” het op h vorm van regering deur massavergadering neergekom. Alle belangrike besluite is deur die vergadering, die Ecclesia, geneem waarop al die lede van die stadstaat verteenwoordiging gehad het. Wanneer publieke amptenare aangestel moes word, is dit deur loting gedoen of op so h wyse dat dit n mikrokosmos van die samelewing verteenwoordig het. h Raad of komitee van 500 Atheense burgers het die uitvoerende funksies behartig. Die leier van die raad of komitee het slegs vir h enkele dag daardie posisie beklee (Heywood, 2000:70).

Aristoteles (384-322 v.C.) het ook h volgende kriterium bygevoeg en sodoende n verdere politieke morele dimensie ontwikkel. Hy het gevra of die heersers in hul eie belang of in die belang van hul volgelinge regeer. Soos Hough (1978:346) aandui, het die uitbalanseringsmeganismes teen arbitrêre gesag reeds in dié denke hul konstitusionele wortels gehad, wat later h groot invloed op Westerse politieke en staatkundige denke sou uitoefen.

Hierdie staatsregtelike ontwikkeling is deur die praktiese meganisme van gemengde owerhede opgevolg, wat h balans in die politieke stelsel wou skep. Aristoteles het in dié verband belangrike waarnemings gemaak, naamlik dat daar in h gesonde politieke stelsel n balans tussen die verskillende konstituerende groepe moet wees. Volgens Aristoteles word die balans in h politieke stelsel net bereik wanneer die middelklas die balans (mag) hou omdat hulle numeries superieur is en gesamentlik meer mag as die rykes en armes besit. Dit beteken dat die middelklas oor meer welvaart as die ryk besittersklas moet beskik en numeries meer as die armes moes wees (Jackson & Jackson, 2003:22). Die eindresultaat is dan die van gemengde owerhede.

Ook belangrik in hierdie verband is Aristoteles se siening dat die staat in h biologiese sin n sosiale organisme is wat deur verandering na morele perfeksie streef. Vir Aristoteles kon die individu nie werklik sonder die staat bestaan nie; vir hom was

werklike bestaan die staat, waarvan individue slegs onderdele was (Dreyer in Faure, 1981:62).

2.4.2 Germaanse opvattinge

Die Germaanse invloed op die ontwikkeling van h regsorde waar daar n beperking op owerheidsgesag en eierigting geplaas is, was h belangrike ontwikkeling. Volgens Verloren van Themaat (1985:49) is daar gronde om te aanvaar dat hierdie kenmerke van beperkte regering reeds by die Germane bestaan het. Die Germaanse stelsel het wel die absolute opperheerskappy van die reg gevestig, maar het aan die negatiewe kant onbeperkte individuele eierigting toegelaat, wat sterk twyfel oor die status van remmeganismes op arbitrêre gesagsuitoefening laat ontstaan het.

Lane (1996:20) argumenteer ook dat die idee van h regstaat ongetwyfeld n Germaanse oorsprong het. h Regstaat impliseer dat individuele regte nie sonder n regsproses aangetas kan word nie. Die uitgangspunt wat onder sommige Germaanse stamme bestaan het, was dat politieke mag beperk behoort te word deur vasgestelde instellings en voorgeskrewe prosedures.

Burns (1974:342) voer egter aan dat die Germaanse invloed nie so belangrik was as wat in die bronne gesuggereer word nie. Wat wel volgens hom insiggewend is, is dat die Germaanse stelsel h mate van regsekerheid geskep het omdat dit uit gewoonte gegroei het en nie bloot die wilsuiging van n monarg was nie. Verder het die Germane sterk elemente van n kontraktuele verhouding tussen die heerser en onderdaan geskep, wat later in die sosiale kontrak neerslag sou vind. Daarby het die verkose koningskap n meer persoonlike aard aan die sentralisasie van owerheidsgesag verleen. (Burns, 1974:342).

Die Germaanse staatkundige ontwikkeling, wat in die vroeë Middeleeue (400 n.C.) plaasgevind het, is belangrik omdat daar duidelike sprake van owerheidsdiversiteit was. Die samestelling van h volksvergadering (*folk-moot*) asook die verkose koningskap, het reeds grondliggende elemente van regeringsdiversiteit bevat.

Die Germaanse bydrae tot konstitusionalisme sou h verreikende invloed op die latere feodale tydperk in die Middeleeue uitoefen.

2.4.3 Die feodale tydperk (ongeveer 487-1100)

Soos genoem, het die konstitusionele ontwikkelinge wat onder die Germaanse stamme hul beslag gekry het, h positiewe uitwerking op die feodale stelsel uitgeoefen. Germaanse konstitusionele uitgangspunte, veral die kontraktuele en strukturele verhouding tussen heerser en onderdaan en die werking

van die *comitatus*-beginsel, het die ruggraat van die feodale stelsel gevorm. Die *comitatus*-beginsel verwys na die onderlinge trou wat tussen leenheer en onderdaan bestaan het. Na die val van die Romeinse Ryk het die feodale stelsel, as ordeningstelsel, 'n staatkundige stelsel van gediversifiseerde politieke, militêre en sosiale beheer in Europa geskep (Vincent, 1987:33-34).

Die ontwikkeling van die feodale gemeenskap in kontinentale Europa het later konstitusionele ontwikkelinge versterk. Die bestaande gewoontereg in Europa het ook 'n verdere stewige basis gebied. Die feodale stelsel en instellings het verseker dat 'n heerser se regte in 'n mate deur gemeenskaplike verpligtinge en verantwoordelikhede ingeperk is. Die feodale stelsel het verseker dat die koning, leenhere en onderdane in 'n hiërargiese struktuur gebind is, wat onderlinge verhoudinge op 'n kontraktuele basis gereël het.

Gedurende die feodale tydperk in die Middeleeue het die moderne staat nog nie bestaan nie. Hoewel konings in gebiede soos Engeland en Frankryk regeer het, was die onderlinge verhouding soos dié in 'n feodale stelsel, met ander woorde dié van leenheer teenoor vasaal. Konings het wel *dominium* oor 'n sekere gebied gehad, maar het nie soewereiniteit oor die gebied gehad nie. Anders gestel, monarge het die hoogste mate van eiendomsreg gehad, maar was nie politieke oppermagtig oor hulle volgelingen nie. Die staat het 'n moderne karakter verkry met die institusionele verandering van die mag om belasting doeltreffend in te vorder, om reg te spreek en om professionele leërs saam te stel (Burns, 1974:640).

Soos Lane (1996:21) aandui, is dit belangrik om te begryp dat die feodale tydperk groot konstitusionele waarde gehad het. Hoewel reeds bestaande konstitusionele waarborge gedurende die tydperk verdwyn het, het aspekte van die antieke reg en feodale gebruike verweef geraak om weer 'n konstitusionele basis te verskaf, wat uiteindelik beperkinge op koninklike mag en sentrale beheer sou plaas. Dit sal veral duidelik word uit die latere bespreking van die konstitusionele ontwikkeling in 16de-eeuse Engeland.

2.4.4 Die tydperk van absolutisme (1485-1789)

Die sentralistiese integrasie van die feodale eenhede, bekend as absolutisme, het die gefragmenteerde feodale stelsel in

die middel en laat Middeleeuse tydperk (1050-1350) in h proses van sentralistiese staatsbou beëindig. Dié vestiging van absolutisme het die fragmentariese struktuur van feodale eenhede beëindig, deur dit in een sentralistiese staat te konsolideer.

Die politieke teorie van absolutisme het gespruit uit die aanspraak van monarge wat hulle gebaseer het op die goddelike reg van konings om te regeer, gebaseer het. Ten einde die mag te verkry, moes die monarge hul eers teenoor plaaslike opponerende baronne en teenoor ander bewindhebbers vestig.

Daarom was dit polities en staatkundig noodsaaklik dat die monargie eers die voortgesette feodale desentralisasie van die staat moes stuit. Die enigste wyse was om die mag van die feodale leenhere te breek en die feodale eenhede in n staatkundige proses te konsolideer. Hierdie sentralisasieproses in Europa is veral deur die invloed van politieke filosowe gekomplementeer. Veral Jean Bodin (1530-1596) en Thomas Hobbes (1588-1679) se teoretiese uitgangspunte het h groot invloed op die vestiging van sentralistiese absolutisme gehad.

Soos Burns (1974:639) tereg aandui, is die idees van dié filosowe wyd oor Europa aanvaar in n tydsgees waarin orde en stabiliteit in 'n absolutistiese staat belangriker as die vryheid van die individu geag is.

Jean Bodin was geweldig invloedryk met die ontwikkeling van die soewereiniteitsteorie wat absolutisme onderskraag het. Heywood (2000:26) verwys só na Bodin:

“His work, *The Six Books of the Commonwealth* offered a wide-ranging account of the locus of sovereignty in political regimes. He concluded that absolutism was the most defensible of regimes, as it established a sovereign who makes law, but is not bound by those laws.”

Bodin het h parlement onnodig geag, want God het die mag in opdrag aan die Prins toevertrou wat slegs aan God verantwoording vir sy dade doen. In die proses is die individu tot passiewe gehoorsaamheid gerelativeer en was daar gevolglik geen regsgrondige beperking op die mag van die monarg nie. Bodin het in sy *Republique* dan ook geskryf dat monargie en sentralisme vir n sterk staat essensieel was (Jackson & Jackson, 2003:24).

Bodin is in sy denke deur die pessimistiese siening van Hobbes aangevul wat geglo het dat kontrole en beheer deur die staat sy belangrikste funksie was (De Crespigny, 1981:223). Volgens hom moet die regering die individu se drang na mag en vryheid temper, want h sterk sentralistiese staat is belangriker as die regte van die

individu.

Vincent (1987:52) verwys na die aanhaling van Franklin in *Jean Bodin and the End of Medieval Constitutionalism*:

"The sovereign of Bodin embraces in his person all the functions of the State."

Niccolo Machiavelli (1649-1752) het ook die reëls vir politieke stabiliteit ondersoek nadat die nuwe state uit gedentraliseerde feodale eenhede geskep is (Jackson & Jackson, 2003:25). In sy ondersoek het Machiavelli die praktiese reëls vir politici om mag te verkry en behou, uiteengesit. Sy bevinding was ook dat mag belangriker as etiek en moraliteit is.

Die klassieke idees van konstitusionalisme, h gemengde owerheid en demokrasie as teenwig teen alleenheerskappy is gedurende die tydperk van absolutisme (ongeveer 1485-1789) grootliks gefrustreer en op die agtergrond geplaas.

Die era van absolutisme het egter h kernbelangrike bydrae tot die staatsordening van Europa gemaak. Dit het h groot rol in die geografiese konsolidasie van state gespeel deur feodale eenhede saam te voeg. Dié sterk gesentraliseerde state kon stabiliteit in h tydperk van politieke en militêre onstabiliteit skep. In die sterk gesentraliseerde state kon politieke vryheid en liberalisme n volgende prioriteit word, wat weer die proses van staatkundige diversifisering aangehelp het.

Strauss in (Harman, 1979:448) verwys na die absolute staat (koninkryk) as h entiteit wat net ten doel gehad het om die privaatvermoë van die koning te dien. Dit was in teenstelling met die (moderne) staat, wat nie h private instelling is nie, maar juis h saak van die publiek (h *res publica*) is. Hierdie "publiekregtelike" staat is deel van h proses van differensiasie en spesialisasie waarin niestaatlike lewensvorme soos kerke, skole en universiteite elk met sy eie vryheidsfeer bestaan. Die differensiasie van gesag en vryheidsfeer skep die ruimte vir die uitbouing van basiese burgerregte soos vryheid. Die bestaan van die burgerlike samelewing, wat tussen die familieverband en die staat as n niestaatlike struktuur geposisioneer is, dra tot die diversiteit van die staat by (Thomson, 2000:203-205). Dit was hierdie aspek wat by die sentralistiese absolute staat afwesig was, omrede alle mag in die hande van die monarg gesentreer was. Dit het tot die Franse Sonkoning, Lodewyk XIV, se bekende verklaring: "L'etat c'est moi" (ek is die staat) gelei.

Wanneer hierdie staatsdiversifisering nie in die strukture van die staat en burgerlike samelewing plaasvind nie, volg daar staatkundige en politieke magskonsentrasie. Sir William Blackstone het só daarna verwys:

"[T]he right of making and of enforcing the laws is vested in one and the same man...and wherever these two powers are united together, there can be no public liberty" (Vincent, 1987:102).

Blackstone se argument beklemtoon opnuut die noodsaaklike diversifisering van regeringsfunksies en die konstitusionele uitdagings wat gestel is.

Soos reeds aangedui, was die organiese siening van die politieke stelsel (staat) dat dit as 'n sosiale organisme in sy soeke na morele perfeksie ontwikkel (Dreyer in Faure, 1981:58-77). Die omstandighede in 'n politieke stelsel vorm die stimulus vir meningsvormers om verandering te laat plaasvind en dit is wat in die volgende tydperk, die Verligting, plaasgevind het.

Vincent (1987:76) verwys só daarna:

"[U]nquestionably the absolutist theory provided the actual foundation and groundwork for the development of constitutionalism. *Absolutism established the centralized and territorially unified order on which constitutional theories [could have] developed.*" (my beklemtoning)

Die oppergesag van die reg (*rule of law*), soos in die konstitusionele staat beliggaam, was van groot belang om die regte van die individue teen die owerheid se arbitrêre magsuitoefening te beskerm. Soos aangedui, was die sentralisasie van die staat gedurende die staatsboufasie 'n rike stap, maar vanweë magsvergryping het dit vir die basiese regte van die individu gevare ingehou. Die oppergesag van die reg moes eers staatsgesag in sy plek hou, sodat die demokrasie die samelewing kon "mobiliseer" om (indirek) mag oor te neem. Die gevolglike spanning tussen staat en samelewing, as deel van die proses van demokratisering, was daarom 'n kenmerk van die laat Middeleeue en die Renaissance-periode.

2.4.5 Konstitusionele ontwikkelinge in Engeland: die einde van absolutisme en die vestiging van konstitusionalisme

Tydens die laat Middeleeue (13de eeu) het daar in Engeland verskeie staatsregtelike ontwikkelinge, wat as teenvoeter vir arbitrêre magsuitoefening van magshebbers kon dien, plaasgevind. Gedurende die era van Koning John het die *curia*-raad ontwikkel, 'n kleiner liggaam wat uit die koning en 'n paar gekose amptenare bestaan het. Die *curia*-raad het die daaglikse aktiwiteite oorgeneem en die uitvoerende funksies van die monarg beperk. Die Groot Raad (*magnum consilium*) het in 1213 'n meer verteenwoordigende karakter verkry toe Koning John vier verteenwoordigers van die

verskillende graafskappe asook feodale leenhere in vergaderings byeengebring het. Dit was 'n poging om die groot baronne, met wie hy in konstante konflik was, teë te werk. Die konflik het tot die ondertekening van Engeland se beroemdste konstitusionele dokument, die Magna Carta, by Runnymede in 1215 gelei (Carpenter, 1987:31).

Die groot waarde van die Magna Carta was tweeledig: dit het eerstens 'n konstitusionele beperking op die koning se absolute magsuitoefening geplaas. In die toekoms sou 'n koning, wat sy magte oortree, nie met ongeskrewe reëls gekonfronteer word nie, maar met 'n konstitusionele dokument. Dit was 'n kernbelangrike ontwikkeling in die konstitusionele geskiedenis van Engeland (Carpenter, 1987:31).

In die gemene reg het die *habeas corpus*, met verwysing na persoonlike vryheid, 'n beginsel ontwikkel wat as konstitusionele meganisme 'n groot rol sou speel. Dit is 'n remedie wat beskikbaar is vir elke persoon wie se vryheid sonder regverdiging beperk is indien toegang tot die persoon verhinder word.

Die Magna Carta-dokument was en is veral ook belangrik omdat dit die oudste idee van die "rule of law" verteenwoordig. Soos Carpenter (1987:31) aandui, het dié konstitusionele ontwikkelinge begin om die oppergesag van die reg in Engeland te vestig. Die oppergesag van die reg as konstitusionele beginsel is daarom veel ouer as byvoorbeeld parlementêre soewereiniteit.

Die feit dat die reg oppergesag verkry het, is 'n uiters belangrike ontwikkeling wat 'n aanvang gemaak het met die stryd om arbitrêre gesagsuitoefening te beperk. Carroll (2002:40) som die belangrikheid van die ontwikkeling so op:

"The rule of law is neither a rule nor a law. It is now generally understood as a doctrine of political morality, which concentrates on the role of law in securing the correct balance of rights and powers between individuals and the state in free and civilised societies."

Carroll (2002:40) gee 'n volledige uiteensetting van die basis waarop die oppergesag van die reg berus, maar dit is duidelik dat dit 'n belangrike teenwig teen arbitrêre magsuitoefening beteken het. Die oppergesag van die reg het onder andere beteken dat individue se regte deur die regbank beskerm sou word deur te verseker dat elkeen gelyk voor die reg sou wees.

Die stryd was in daardie stadium nog lank nie verby nie. Nadat Charles I die troon van Engeland in 1625 bestyg het, was hy vasberade om as 'n absolute monarg te regeer. Gedurende 1628 het Lord Coke die aanvaarding van die Petition of Right geïnisieer en die dokument

in die vorm van n wet aan die Hoërhuis (House of Lords) voorgehou. Die aanvaarding van die wet sou beteken dat die Koning nie langer sonder die parlement sou kon regeer nie. Hoewel Charles I onwillig was om die wet deur te sien, is dit deur beide huise aanvaar, wat weer tot h stryd tussen die Koning en die parlement gelei het. Die uiteinde was h lang burgeroorlog van sewe jaar, wat uiteindelik op Charles se verhoor en teregstelling in 1649 uitgeloop het (Carpenter, 1987:40).

Heelwat drastiese ontwikkelinge het in Engeland gevolg, onder andere h kort tydperk as n Republiek onder Oliver Cromwell. Hy het vanaf 1649 tot 1660 regeer voordat die monargie weer heringestel is.

In 1661 het Charles II h kleiner kabinetsraad (*cabinet council*) saamgestel wat belangrike maatreëls geskep het wat dan vir bekragting aan die groter geheime raad voorgelê is. Die Geheime Raad (*Privy Council*) het aanvanklik oor regsprekende en uitvoerende magte beskik en was een van vyf komitees van die koninklike raad. Ten spyte van aanvanklike teenstand vanaf die geheime raad, het die kabinetsraad geleidelik die de facto- uitvoerende liggaam geword.

Die monargie is egter spoedig, met Charles II op die troon herstel en hy het in redelike harmonie met die parlement verkeer. Die latere regeringstydperk van James II, sy despotiese styl en sy inmenging in die werkverrigtinge van die howe, het egter opnuut tot botsings en uiteindelik tot die Roemryke Rewolusie (Glorious Revolution) van 1688 gelei. Die Rewolusie was grootliks n "bloedlose stryd", maar was h totale breuk met die despotiese verlede en die begin van die vestiging van konstitusionele beperking van owerheidsgesag in Engeland. Die Rewolusie het tot die aanvaarding van belangrike dokumente as wette gelei, veral die Bill of Rights (1688) en die Act of Settlement (1701).

Die Roemryke Rewolusie word deur baie kenners as die heel belangrikste staatkundige gebeurtenis in die Britse geskiedenis beskou, omdat dit finaal die oorwinning van parlementêre demokrasie oor koninklike tirannie teweeg gebring het.

Na die afsetting van James II het die koning steeds heelwat uitvoerende mag behou, omdat die kabinetstelsel eers later ontwikkel het.

Die Roemryke Rewolusie was h kritieke gebeurtenis in die Engelse konstitusionele geskiedenis omdat dit n nuwe regsorde geskep het wat n totale breuk met die verlede beteken het. Die Roemryke Rewolusie het tot h nuwe staats- en regsorde gelei wat op belangrike dokumente, soos die Bill of Rights en die Act of Settlement gebaseer was. Die Bill of Rights was h belangrike dokument maar was nie n handves van

menseregte in die moderne sin van die woord nie. Dit was eerder 'n verklarende konstitusionele dokument wat die reg verduidelik het soos dit in daardie stadium daar uitgesien het (Carpenter, 1987:43).

Die Bill of Rights het die koning se wetgewende en uitvoerende magte beperk. Die parlement moes eers toestemming vir die uitvoering of skraping van wette gee. Dit het ook bepaal dat die parlement gereeld byeen moes kom en dat konings in die toekoms meer gereeld in samewerking met die parlement sou moes regeer. Die Act of Settlement het onder andere bepaal dat niemand in die Laerhuis (House of Commons) 'n besoldigde posisie onder die Kroon mag beklee nie en dat die koning volgens die landswette moes regeer. Die Act of Settlement het ook finaal tot die onafhanklikheid van die regbank in Engeland aanleiding gegee. Belangrike bepalings in die Act of Settlement wat tot die onafhanklikheid van die regbank bygedra het, was die volgende: Regters is vir lang termyne teen 'n vaste salaris aangestel solank hulle hul goed gedra het. Op versoek van albei parlementshuise kon die regters egter ontslaan word. Die vorste is ook verplig om in ooreenstemming met die reg te regeer (Carpenter, 1987:42; VerLoren van Themaat, 1985:92).

Dat die oppergesag van die reg en die status van wette in dié tydperk reeds stewig gevestig geraak het, is duidelik. In Engeland het die gewoontereg reeds in 1688 'n verhewe, dominante status verkry. Hoewel die parlement reeds sterk wetgewende bevoegdhede gehad het, kon hoofregter Coke in *Bonham's Case* (1616) 8 Co. Rep. 113b sê:

"In many cases, the common law will control the Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of Parliament is against common rights and reason or repugnant, or impossible to perform, the common law will control it, and adjudge such act to be void" (Wade & Bradley, 1993:70).

Hoewel parlementêre soewereiniteit later posgevat het, wat gemenerereg kon wysig of afskaf, is dié uitspraak 'n bewys van die belang wat aan die reg in die algemeen en die gewoontereg in die besonder geheg is.

Vanaf die 13de eeu het 'n koninklike raad, die *concilium regis*, ontwikkel wat aanvanklik net adviserende funksies gehad het. Die koninklike raad het ontwikkel omdat die geheime raad se grootte dit toenemend ongeskik gemaak

het. Charles het dus 'n klein gekose komitee of 'n kabinetsraad ingestel wat die belangrikste maatreëls geskep het en dit daarna aan die geheime raad voorgelê het.

Die koning was nie verplig om die raad te raadpleeg nie en omdat die kroon die raad saamgestel het, was dié liggaam se impak minimaal. Die *concilium regis* het met die verloop van tyd 'n streng amptelike liggaam, die Geheime Raad, geword wat sterk administratiewe verpligtinge gehad het (VerLoren van Themaat, 1985:96).

Die konstitusionele waarde van die ontwikkeling van die kabinetsraad is dat dit 'n verdere konstitusionele beginsel in die staatkunde geskep het. Die belangrikste hiervan is dat enige amptelike stuk van die koning deur 'n lid van die kabinet medeonderteken en verseël moes wees. Hoewel parlementêre agterdog teenoor die kabinet bestaan het, het die Koning spoedig besef dat dit beter is om met die leidende politici in die parlement saam te werk.

Na die aanvaarding van die Act of Settlement was die stryd tussen die Koning en die parlement verby. Op konstitusionele vlak het dit egter nie die einde beteken nie, omdat die parlement 'n neiging ontwikkel om meer en meer outokraties en selfs despoties op te tree. Op dié wyse is koninklike despotisme deur parlementêre despotisme vervang (VerLoren van Themaat, 1985:94).

Dit het tot 'n volgende konstitusionele stryd in Engeland gelei: dié tussen die parlement aan die een kant en die voorstanders van skeiding van owerheidsgesag en parlementêre beperkings aan die ander kant.

In 1714 is 'n belangrike bepaling aanvaar, naamlik dat die kabinet uiting aan die meerderheidswil in die Laerhuis moet gee. Die koning, George I, wat in 1714 die troon bestyg het, het van die eerste kabinetsvergaderings bygewoon, maar het hom mettertyd daaraan onttrek. Die funksies van die koning is toenemend deur 'n "eerste" minister oorgeneem (VerLoren van Themaat, 1985:96).

Die ontwikkeling van die kabinetstelsel in Engeland het 'n begin aan die erodering van die invloed van die kroon gemaak en die leier van die kabinet, die eerste minister, se invloed en belangrikheid het al hoe groter begin word. Daar word algemeen aanvaar dat die pos van eerste minister ontwikkel is omdat George I en George II nie aan kabinetsvergaderings deelgeneem het nie en iemand as voorsitter moes optree. Dit het egter lank geneem voordat die gebruik aanvaar is, hoofsaaklik vanweë parlementêre agterdog dat mag weer in die hande van

een persoon gesentraliseer sou word.

Gewoonlik het h sterk figuur in die kabinet na vore getree en as n "eerste" minister opgetree en om dié rede was die leidende minister (Eerste Minister) in baie gevalle die een wat die finansies beheer het.

Dit was dus meer h kwessie van die feitlike posisie van die minister as die een wat in die posisie opgetree het. Teen 1820 was die posisie van die eerste minister stewig gevestig en het die kabinet het as n eenheid opgetree teen die agtergrond van die mag van die koning wat geleidelik en onverbiddelik afgeneem het. Die Reform Act van 1832 was die werklike draaipunt en het mag geleidelik van die monarg na die Eerste Minister en Kabinet geskuif (Carpenter, 1987:47).

2.4.5.1 Die Leveller-beweging se stryd teen die parlement

h Verdere konstitusionele beginsel om owerheidsgesag te beperk, was die skeiding van owerheidsgesag. Hierdie konstitusionele beginsel het sy oorsprong in Engeland gehad by die leier van die Leveller-beweging, John Lilburne, in sy stryd teen parlementêre beheer gehad.

Uit die bespreking van die Leveller-beweging, die leiers daarvan en hul standpunte sal dit duidelik word dat die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte n veel langer ontstaansgeskiedenis gehad het as wat in die algemeen aanvaar word. Die persepsie dat die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte sy oorsprong by John Locke en Montesquieu gehad het, is nie korrek nie en verskraal die ontwikkelingsgeskiedenis van die *trias politica*-leerstuk.

Daar word aanvaar dat die Leveller-beweging in Engeland n belangrike bydrae tot die ontwikkeling van die *trias politica*-leerstuk gelewer het. Lilburne het voortdurend met die Parlement gebots en sy gevolglike tronkstraf het hom genoop om in 1644 soos volg in n insiggewende stuk, *England Birth-Right*, te skryf:

"It is one of the most unjust things in the world, that the Law-makers should be the Law-executors".

And therefore it were a great deal better for the Common-wealth that all the executors of the Law should be such persons as do not in the least belong to parliament ..."

Die Levellers het h sterk impak op die konstitusionele denke en ontwikkeling van die Roemryke Rewolusie in Engeland gehad. Hulle het sterk daarop aangedring dat die monarg se eed hom tot die uitvoer van wette verbind en dat hy/sy nie aan die proses van die skepping van wette mog deelneem nie (Vile, 1967:42).

John Lilburne se artikel *The Picture of the Council of State* (1649) het ook die Parlement se judisiële funksie aangeval:

"...therefore henceforth, no particular cause, whether criminal or other, which comes under the cognizance of the ordinary Courts of Justice, may be determined by this House or any Committee thereof" (Vile, 1967:42).

In 1666 was daar juis h botsing tussen die Laerhuis en die Hoërhuis oor die vraag of die Lords 'e regsgeding as hof van eerste instansie kon aanhoor. Die House of Lords het op aanbeveling van die koning nie weer as hof van eerste instansie opgetree nie, maar eerder sy jurisdiksie as hof van appèl uitgeoefen (VerLoren van Themaat, 1985:91)

Daar word met die kernbelangrike werk van Charles Dallison *The Royalist Defence* 1648 volstaan. Dallison het die drieledige skeiding van die owerheidsmagte behandel en die volgende belangrike opmerking gemaak; h bevredigende regering kan alleen funksioneer indien funksies drieledig geskei word en:

"... every one is limited and kept within his own bound." (Gwyn, 1965:40)

Dit is uit bogenoemde duidelik dat die *trias politica*-leerstuk die eindprodukt van h historiese proses in Engeland was en dat verskeie bydraes tot die ontwikkeling daarvan oor die eeue heen gemaak is. Die skeiding van owerheidsgesag en veral die skeiding tussen wetgewende en uitvoerende gesag, was eerder die resultaat van h stryd wat Lilburne met die parlement gehad het. Sy stryd was teen die "uitvoerders van die reg" gemik, wat ook sitting in die wetgewende gesag gehad het en deel daarvan gevorm het (Gwyn, 1965:40; Vile, 1967:43-44; Vincent, 1987:93).

Omdat die stryd hoofsaaklik in Engeland plaasgevind het, was die uitbreiding en die invloed van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte aanvanklik gelokaliseer en beperk. Die *trias politica*-leerstuk sou eers in die Era van Verligting (1680) groter internasionale aandag kry. Dit sou bykans vyftig jaar na Lilburne se bydrae duur voordat die leerstelling deur John Locke se hantering van die onderwerp n groter aanhang sou kon verkry. Dit sou nog h verdere eeu neem, danksy Montesquieu se bydrae, vir die leerstuk om "geïnternasionaliseer" te word (Burns, 1974:730).

Daarby moet in gedagte gehou word dat, hoewel Locke die liberale teorie fundamenteel uiteengesit het, sy bydrae in h abstrakte formaat was. Ander bydraes in Engeland, veral dié van Graaf Bolingbroke, het h meer pragmatiese dimensie bygevoeg. In 1743 het Bolingbroke met doelgerigte pragmatisme in sy werk, *Remarks on the History of England*, abstraksie met realiteit gekombineer. In dié werk het Bolingbroke h duidelike struktureel-funksionele ontleding van die Britse konstitusie gemaak waarin die skeiding van owerheidsmagte duidelik geblyk het. Die uitvoerende gesag het uit

die koning bestaan wat geen wetgewende magte gehad het nie, maar slegs met uitvoerende mag en prerogatiwewas.

Bolingbroke het die staatsregtelike insig gehad om in te sien dat:

”[i]n a constitution like ours, the safety of the whole depends on the balance of the parts” (Munro, 2000:298).

Dit is om hierdie rede duidelik dat die staatsregtelike bydrae deur Bolingbroke veel groter is as wat algemeen aanvaar word. Hoewel Bolingbroke sterk deur Locke se abstraksies beïnvloed is, het hy ’n groot bydrae gelewer tot die ontwikkeling van die teorie. Bolingbroke het weer op sy beurt ’n groot invloed op die latere denke van Montesquieu gehad.

2.5 DIE ERA VAN VERLIGTING (1680-ca. 1800)

Die volgende tydperk van belang is die Era van Verligting, wat vanaf 1680 en tot in die 18de eeu gestrek het. Dié era het parallel met die konstitusionele ontwikkelinge wat reeds bespreek is, verloop. Die belangrikheid van die era is dat dit die filosofiese onderbou vir die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte verskaf het.

In die geskiedenis was die Verligting ’n tydperk waartydens filosofiese uitgangspunte groot hoogtes in Europa bereik het. Die filosofiese denke wat die Verligting ingelui het, het teen ongeveer 1680 in Engeland ontstaan, vanwaar dit na Europa versprei het en ook groot invloed in Amerika uitgeoefen het. Veral in Frankryk het die sterkste manifestasie van die Verligting gedurende die 18de eeu plaasgevind. Die invloed van die beweging, met sy klem op rede as die enigste weg tot kennis, kan nie oorskat word nie. Ficinus Marsilius, wat ’n reuse bydrae tot die ontwikkeling van die Era van Verligting gemaak het, het soos die meeste filosowe uit die Middeleeue ’n weersin in absolutisme gehad (Copleston, 1993:310).

Hoewel verskeie aanvanklike bydraes tot die Verligting gemaak is, was die grondleggers van die beweging Sir Isaac Newton (1642-1727) en John Locke (1632-1704). Locke se bydrae was veral vir die staatkunde van groot belang.

In Locke se groot werk, *Second Treatise of Civil Government*, het hy ’n teorie van beperkte regering ontwikkel. Dit was ’n teorie waarin die nuwe konstitusionele ontwikkelinge, wat ná die Roemryke Rewolusie in Engeland plaasgevind het, geregverdig word (Von Leyden, 1982:105). Locke se ander groot bydrae was die verdere uitbouing en verfyning van die teorie van die skeiding van owerheidsmagte.

Die waarde van Locke se bydrae gedurende die tydperk 1660 tot 1688 was dat hy die

enigste bekende filosoof was wat die teorie substansieel hanteer het (Gwyn, 1965:70). In die proses kon die leerstuk, wat aanvanklik net in Engeland gedebatteer is, internasionale blootstelling verkry.

In Frankryk was die hoofeksponente van die liberale politieke teorie Voltaire (1694-1778) en Baron de Montesquieu (1689-1775). Veral Montesquieu is vir hierdie bespreking van groot belang, omdat hy Locke se denke sistematies en metodies uiteengesit het.

Gedurende die Era van Verligting is die filosofiese energie grootliks in die skepping van n konstitusionele teorie van beperkende regering gekanaliseer. Tydens dié periode was daar veral twee heersende teorieë, naamlik dié van gemengde regering en dié van die skeiding van owerheidsmagte. Beide teorieë het n negatiewe uitwerking op magsuitoefening gehad, maar was belangrike rigtinggewende teorieë in die opbloeï van konstitusionele teorieë.

Dit was die Verligting wat die intellektuele, filosofiese stimulus vir die sosiale en politieke ommekeer van die tirannie van sentralistiese absolutisme verskaf het. Veral die bekendstelling van twee nuwe stelle teorieë, die liberale teorie van John Locke en Montesquieu en die demokratiese teorie van Jean Jacques Rousseau, het n groot rol gespeel in die proses om absolutisme te beëindig (Burns, 1974:730).

Ten einde die teoretiese uitgangspunte van die klassieke liberalisme van John Locke en Montesquieu te begryp, moet dit binne die breër historiese en filosofiese ontwikkelinge van die tydperk van die Verligting gelees word. Montesquieu word histories deur die meeste skrywers kompartementeel hanteer, sonder dat die historiese konteks waarbinne sy filosofiese idees gestalte gekry het, uitgelig word.

2.5.1 John Locke, vader van die liberale teorie

Die vader van die liberale teorie, John Locke, se politieke filosofie het n belangrike rol gespeel in die formulering van die politieke spelreëls vir die oorgang vanaf n natuurstaat tot die moderne staat (Cilliers in Faure, 1981:236-246).

Locke se politieke filosofie is hoofsaaklik in sy werk, *Second Treatise of Civil Government* (1690), uiteengesit met n fokus op beperkte regering en hoe die oorgang van natuurstaat tot moderne staat moes plaasvind.

Locke het absolutisme verafsku, maar was terselfdertyd ook teen parlementêre opperheerskappy gekant. Sy teenkanting was daarop gebaseer dat die verteenwoordigers van die volk in n wetgewende gesag, net soos in die geval van n absolute monarg, ook onbeperkte mag kon

verkry (Burns, 1974:733).

Soos reeds gemeld, het Locke hom hoofsaaklik met die oorgang van natuurstaat na die (moderne) staat besig gehou. Locke se primêre beskouing van die individu se natuurregte was een van sy kernoriënterings en daarom was wetgewing vir hom die basiese reëls waarvolgens die regte van die individu gewaardeer en presies weergegee kon word. Die sekondêre funksie van die staat is om uitvoering aan dié voorskrifte te gee; gevolglik het hy sterk klem op die skeiding van die twee funksies geplaas, wat as die skeiding van owerheidsmagte vertolk sou kon word.

Locke, h Engelse politieke teoretikus, het h drievoudige klassifikasie van owerheidsmagte in wetgewende, uitvoerende en federatiewe funksies voorgestaan. Vir Locke was die wetgewende funksie oppermagtig terwyl die uitvoerende en federatiewe funksie as die uitvoering van die besluite op onderskeidelik die huishoudelike en internasionale vlak gesien is. In sy uiteensetting het hy laasgenoemde twee funksies as h eenheid beskou en het daarom nie vir n regsprekende funksie voorsiening gemaak nie. Die federatiewe funksie was vir Locke die aangaan en uitvoering van buitelandse betrekkinge, wat oorlog en vrede, asook die sluiting van alliansies ingesluit het.

Soos Vile (1967:58) aandui, was die verhouding tussen die verskillende owerheidsfunksies n sentrale tema van Locke se werk. Hierdie funksies was vir hom hoofsaaklik die maak en uitvoering van reëls. Vir Locke was dit die basis van beperkte regering, naamlik dat die twee funksies en owerhede nie in een persoon of liggaam se hande mog wees nie.

Die verdeling tussen die owerheidsinstellings was nie vir Locke op die struktureel-institusionele vlak geleë nie. In Locke se denke het die verdeling berus op wedersydse vertroue, waar die gemeenskap die politieke mag op n vertroulike vlak aan n regering oordra (Parpworth, 2000:17). Hoewel Locke dus nie h suiwer doktrine van skeiding van owerheidsgesag gepropageer het nie, het die Lockiaanse abstraksie die grondslag gelê waarop Montesquieu kon voortbou. Hierdie was die basiese uitgangspunte van John Locke met betrekking tot die skeiding van owerheidsmagte. Uit die literatuur blyk dit duidelik dat Locke se bydrae tot die skeiding van owerheidsmagte groot was. Hoewel Locke abstrak in sy denke was, het sy invloed en die insluiting daarvan in sy werk ongetwyfeld tot die filosofiese popularisering van die *trias politica*-leerstuk bygedra.

2.5.2 Baron Charles Louis de Secondat Montesquieu

John Locke en sy latere geesgenoot, Baron Charles Louis de Secondat Montesquieu was prominente filosowe wat beide sterk met die *trias politica*-leerstuk verbind word. Al twee was instrumenteel in die filosofiese popularisering en internasionalisering van die *trias politica*-leerstuk. Montesquieu se groot werk, *De l'esprit des lois*, het so h groot impak op politieke denke gehad dat

die meerderheid studies oor die skeiding van owerheidsgesag by hom begin. Baum (1980:84), wat h sterk sosiologiese perspektief oor Montesquieu in sy werk handhaaf, beweer dat die titel *De l'esprit des lois*, eerder vertaal moet word as die essensie van regering, omdat die politieke, staatkundig en staatsregtelike vertolking deur Montesquieu n breë en omvangryke holistiese siening van die politiek is.

Opvallend van Montesquieu is sy universalisties deduktiewe-benadering tot die staatkunde. Kriek (in Faure, 1981:249-265) beklemtoon ook Montesquieu se breë benadering tot die politiek. Volgens hom maak Montesquieu n ontleding van owerhede op n kosmiese skaal en gevolglik kon hy deur historiese waarneming geldende teorieë oor die politiek ontwikkel. Kriek wys daarop dat Montesquieu in sy ondersoek ook op die natuurwette, die aard van regerings, asook die opvoedkundige benadering wat daarby gepas het, konsentreer. So kulmineer Montesquieu se metodiek dan uiteindelik in h bespreking van die wette wat oor die verhouding tussen die konstitusie en n politieke vryheid in n staat handel. Uit die diepgaande ondersoek vloei dit dan logies voort dat politieke vryheid nooit bereik kan word as die mag in die hande van een gesagsdraer gesentraliseer is nie.

Vile (1967:76) verwys ook na Montesquieu se breë benadering, wat h wetenskaplike studie van regeerkunde, h breë kontekstuele historiese agtergrond en al die faktore wat die politieke lewe van die mens beïnvloed, insluit.

Baum (1980) wys ook op Montesquieu se wye en logiese/deduktiewe benadering tot die politiek. Hy beklemtoon Montesquieu se aanvanklik breë premisse, vanuit die natuur (staat), klimaat, grond, ekonomie, gebruike en dan op die breë wisselwerking tussen dié faktore. In h deduktiewe proses word daar geleidelik gefokus op n land en sy wette, wat dan uiteindelik die toepaslike owerheidsvorm vir die land blootlê.

Montesquieu se *De l'esprit des lois* het spoedig staatkundige impak met internasionale trefwydte gehad. Die meegaande objektiewe wetenskaplike benadering tot die politiek en politieke stelsels het mettertyd dieselfde empiriese en sistematiese status as Aristoteles se klassifikasie van owerheidstelsels verwerf. Die *trias politica*-leerstuk was nie meer n geïsoleerde doktrine in Engeland of n politieke debatspunt tussen individuele politici nie. Montesquieu se wetenskaplike hantering het die leerstuk tot n grondige politieke idee verhef en dit in die proses die status van 'n wetenskaplike leerstuk gegee. Die *trias politica*-leerstuk het ná Montesquieu se bydrae vele dimensies vervat, deels regs-polities en deels

staatkundig (Vile, 1967:77).

Die impak van Montesquieu se sistematiese en metodologiese uiteensetting van regeringstrukture het so n groot impak gehad dat dit uiteindelik in die moderne staatkunde neerslag gevind het. Kriek (in Faure, 1981:264) wys daarop dat h belangrike uitloper van Montesquieu se teorie oor die skeiding van owerheidsgesag in die moderne staatkunde neerslag gevind het as die struktureel-funksionele benadering van Almond en Powell. Montesquieu het geredeneer dat die regering (politieke stelsel) van h land die gevolg van eise van die samelewing is wat bepaalde struktureel staatkundige veranderinge in die politieke stelsel tot gevolg het. Regerings kan sleg voortbestaan deur bepaalde veranderinge te ondergaan in ooreenstemming met die samelewing, anders gaan politieke stelsels tot niet.

Basiese uitgangspunte van Montesquieu se trias politica-leerstuk

Montesquieu se aanwending van die skeiding van die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag-leerstuk het aanvanklik sterk Lockiaanse kenmerke gehad. Sy verdere uitbouing van dié leerstuk slaag hy egter daarin om 17de-eeuse filosofieë met 18de-eeuse regering te versoen:

"The three powers are now that of enacting laws, that of executing the public resolutions and of trying the causes of individuals" (Vile, 1967:87).

Die volgende is h kort uiteensetting van Montesquieu se basiese uitgangspunte (Vile, 1967:13-20; Van der Vyver, 1993:178; Munro, 2000:299):

(i) Montesquieu wys daarop dat owerheidsgesag daaruit bestaan om wette te maak (wetgewende gesag), dit toe te pas (uitvoerende gesag) en dispute te besleg (regsprekende gesag).

(ii) Montesquieu verwys duidelik na die drie takke van regering, wat die analitiese kompartementalisering in absolute terme fnuik. Die verwysing na takke dui aan dat die magte steeds in h mate verstrengel is.

(iii) Die uitgangspunt was om die verskillende regeerfunksies aan verskillende regeringsagente (wetgewend, uitvoerend en regsprekend) toe te ken. Soos Vile (1967:93) aandui, het Montesquieu egter geen algemene voorskrif uitgespel dat lede van die verskillende regeringsinstellings verskillende persone moes wees nie.

(iv) Wat wedersydse kontrole tussen die verskillende owerheidsmagte betref, is dit duidelik dat Montesquieu nie n voorstander van absolute skeiding tussen owerheidsmagte was nie. In sy uiteensetting van die wedersydse kontrole tussen die wetgewende en uitvoerende gesag steun sy leerstuk grootliks op sy teorieë oor

gemengde owerhede (Munro, 2000:301).

(v) Montesquieu het die wedersydse kontrole as 'n vorm van positiewe handeling beskou, omdat kontrolebevoegdheid oor die ander vertakking wedersyd ingebou is.

(vi) Die hoof uitvoerende amptenaar moes 'n veto oor die wetgewende gesag besit en moes ook kon besluit hoe lank die wetgewende vergaderings sou duur (Munro, 2000: 301).

Die waarde van Montesquieu se bydrae tot die reeds bestaande 16de- en 17de-eeuse kennis oor die skeiding van owerheidsmagte

Daar moet in gedagte gehou word dat Montesquieu 'n groot bewonderaar van die Britse regeringstelsel was, wat hy verkeerdelik geglo het op die absolute skeiding van owerheidsmagte gebaseer was. Uit sy uitgangspunte is dit egter duidelik dat sy teorieë meer in die algemeen geformuleer was.

Montesquieu se eerste groot bydrae tot die staatkunde was sy gebruik van die konsep uitvoerende gesag en die gelykstelling en jukstapenering van die driedelige owerheidsgesag. Sy bydrae het sodoende 'n groter onafhanklikheid aan die regsprekende gesag as enige van sy voorgangers toegeken.

Tweedens het Montesquieu die leerstuk van gemengde owerheid in 'n stelsel van geskeide owerheidsmagte omvorm wat op 'n funksionele vlak van mekaar geskei was. Dit het die grondslag vir die struktureel-funksionele verdeling in die moderne staatkunde gelê.

Montesquieu se strukturele posisionering van die koning losstaande van die wetgewende gesag het hom nader aan die absolute skeiding van owerheidsgesag gebring. Die strukturele skeiding was groter as wat die Engelse konstitusionele skrywers vermag het. Selfs Lord Bolingbroke, wat klaarblyklik heelwat invloed op Montesquieu uitgeoefen het, was nie bereid om die skeiding so ver deur te voer nie (Gwyn, 1965:95-96). Dit beteken egter nie dat Montesquieu 'n suiwer of absolute skeiding gepropageer het nie.

Derdens het Montesquieu die klem wat Engelse konstitusionele skrywers op wetgewende oppergesag en gemengde owerhede geplaas het, tot 'n selfstandige teorie van skeiding van magte uitgebou (Vile, 1967:93).

Na die universalisering van Montesquieu se basiese teoretiese uitgangspunte in Engeland, Europa en Amerika, het daar natuurlikergewys verskillende aanpassings gevolg. Die konseptualisering van die basiese uitgangspunte was egter so sterk Montesquiaans gekleur, dat min bronne die teoretiese vertrekpunte sou behandel

sonder om dit sterk aan Montesquieu te koppel nie.

Van der Vyver (1993:178) wys ook daarop dat die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte n ontwikkelingspad geloop het om uiteindelik in vier basiese beginsels in moderne regeringstelsels te kulmineer. In wese is die invloed van Montesquieu duidelik in die beginsels ingebou.

Die vier basiese beginsels is soos volg:

- (i) Die *trias politica*-leerstuk wat behels dat daar n formeel-strukturele skeiding tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende komponente van owerheidsgesag is.
- (ii) Die beginsel van skeiding van beamptes/personeel in die verskillende komponente van owerheidsgesag beteken dat diens in een komponent nie veronderstel dat die beampte/personeel gediskwalifiseer word om diens in n ander komponent te lewer nie.
- (iii) Daar moet funksionele spesialisasie in die verskillende komponente van die owerheidsgesag wees. Die wetgewende gesag se funksie was wetgewend van aard, die uitvoerende gesag se funksie was om wette uit te voer en die sake van die staat te administreer, en die regsprekende gesag se funksie was regsbeoordeling. Strukturele en funksionele verdeling is sodoende stewig in die struktuur ingebou.
- (iv) Remme/wigte en teenwigte (checks and balances) vorm deel van die spesiale bevoegdhede van elk van die verskillende komponente van die owerheidsgesag en vervul 'n waghondfunksie, sodat ekwilibrium in die skeiding van magte verseker kon word (Van der Vyver, 1993:178; Vile, 1967:13).

Hoewel Montesquieu in sy aanvanklike uiteensetting na remme en teenwigte verwys het, is dié stelsel eers in die moderne (presidensiële en parlementêre stelsels) regeringstelsels staatkundig verfyn. Die aanvanklike historiese idee/oorsprong van die remme en teenwigte het egter hul oorsprong by Locke en Montesquieu gehad.

(Hierdie oënskynlike paradoks wat wigte en teenwigte teenoor die skeiding van owerheidsmagte skep omdat dit "inmenging" tussen die owerheidsinstellings veronderstel, versterk in der waarheid die skeiding. Hierdie aspek sal vollediger in hoofstuk 2 bespreek word.)

In aansluiting by die punt oor die basiese funksies van die verskillende owerheidsinstellings is dit nuttig om na die toets wat Wade en Bradley saamgestel het, te oorweeg. Die toets gee n waardevolle riglyn wat gebruik kan word om te bepaal of n kompartementering van owerheidsfunksies in n stelsel plaasgevind het. Wade en Bradley (1993:53-59) het drie vrae geformuleer wat

beurtelings op die verhouding wetgewende/uitvoerende, uitvoerende/regspreekende en wetgewende/regspreekende gesag van toepassing gemaak kan word, om die graad van skeiding tussen owerheidsmagte te bepaal. Dit is ook sterk aanduidend van die mate waarin die *trias politica*-leerstuk in die Suid-Afrikaanse regeringsinstelling neerslag gekry het. 'n Aangepaste struktuur teen die agtergrond van die konstitusionele stryd tussen die wetgewende/uitvoerende gesag teenoor die regspreekende gesag in Suid-Afrika kan soos volg lyk:

(1) Oefen dieselfde persoon of persone wetgewende en regspreekende funksies uit?

(2) Oefen die wetgewende gesag enige kontrole oor die regspreekende gesag uit?

(3) Oefen die regspreekende en die uitvoerende gesag onderling funksies uit?

2.6 SLOT

Die fokus van die hoofstuk was om kernagtig die beperking van owerheidsgesag en die ontwikkeling van konstitusionalisme weer te gee. Daar is ook kortliks na die konstitusionele geskiedenis in 15de- en 16de-eeuse Engeland verwys, waar absolutisme geleidelik afgetakel is. Die laaste gedeelte van die hoofstuk het op die politieke en staatsregtelike ontwikkeling van die skeiding van owerheidsmagte gekonsentreer, veral op die belangrike invloed wat John Locke en Baron de Montesquieu op die ontwikkeling van die leerstuk uitgeoefen het. Die oogmerk van die uiteensetting was om as 'n filosofiese onderbou en vertrekpunt vir die volgende hoofstukke sal dien.

Soos aangetoon, het die ontwikkeling van die staat as 'n politieke samelewingsverband sentraal gestaan tot die latere ontwikkeling van die *trias politica*-leerstuk. Van die vroeë staat tot die moderne staat is die proses eers deur 'n konsentrasie en daarna deur die differensiasie van magsoefening gekenmerk. Die differensiasie as staatkundige proses is deur die *trias politica*-leerstuk gekomplementeer. Dit lyk asof die totale monargale magkonsentrasie, wat op die Goddelike reg van konings om te regeer gebou is, 'n noodsaaklik ewel was om die gedifferensieerde feodale eenhede tot 'n geografiese staat te omvorm. Dit was hierdie magmisbruik, wat tydens die era van absolutisme voorgekom het, wat tot die opwelling van die liberale politieke teorie gelei het. Op sy beurt het die liberale politieke teorie as stimulus vir konstitusionele regering gedien, en het dit tot die ontwikkeling van konstitusionele maatreëls om absolutisme te beperk.

Barendt (1995:599) gee dié ontwikkeling goed weer:

"The Separation of Powers is not in essence concerned with the allocation of

functions as such. Its primary purpose is the prevention of arbitrary government."

Dit was duidelik dat die ontwikkeling van die *trias politica*-leerstuk 'n lang historiese aanloop gehad het. In Engeland het John Lilburne se Leveller-beweging 'n groot rol in sy stryd teen die oppergesag van die Parlement gespeel, wat die fundamente van die leerstuk gelê het. Verskeie bydraes, soos die invloed van John Locke met sy leerstuk van natuurlike regte en beperkte regering, het tot die uitbouing bygedra. Locke se bydrae het 'n sterk voorbereidende invloed op 'n sistematiese politieke denker soos Montesquieu gehad.

Montesquieu, 'n metodiese en analitiese denker, het vanuit 'n wye deduktiewe premisse gewerk. Sy werksmetode was om aanvanklik op 'n Aristoteliaanse wyse deur 'n stelsel van klassifikasie na politieke stelsels te kyk. Montesquieu se fokus was die bestudering van ontwikkelinge wat in die Engelse politieke stelsel plaasgevind het. In die proses kon hy die Leveller-beweging se sterk institusionele vertrekpunte met Locke se morele dimensies aanvul en daardeur 'n normatiewe basis aan die ontwikkeling gee.

Montesquieu se benadering was nie om demokrasie te fasiliteer nie; juis die teenoorgestelde. Sy doel was eerder om die absolute oppermag in die wetgewende gesag (meerderheid deur hul verteenwoordigers) te verhoed en die wetgewende mag te beperk (Burns, 1974:734).

Aanvanklik het Montesquieu se beskouinge ook 'n sterk teoreties-normatiewe dimensie gehad, maar mettertyd het sy bydrae 'n praktiese aanslag begin ontwikkel.

Die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte het 'n groot bydrae tot die regeerkunde gelewer en neerslag gevind in die basiese uitgangspunte van die "founding fathers" van die Amerikaanse grondwet. Dié aspek sal in die volgende hoofstuk bespreek word.

Kritiek op Montesquieu se uitbouing van die *trias politica*-leerstuk is dat hy min aandag aan die kabinetstelsel, wat in daardie stadium sterk aan die ontwikkel was, gegee het (Munro, 2000:304). Dit doen egter min afbreuk aan die feit dat hy 'n leerstuk ontwikkel het wat as basiese bestanddeel van alle moderne liberale demokratiese regeringstelsels sou dien, naamlik die skeiding van owerheidsgesag.

HOOFSTUK 3

DIE *TRIAS POLITICA*-LEERSTUK: PARLEMENTÊRE, PRESIDENSIËLE EN SEMIPRESIDENSIËLE REGERINGSTELSELS

3.1 INLEIDING

In die voorafgaande hoofstuk is die teoretiese grondslae van die *trias politica*-leerstuk, wat oor die skeiding van owerheidsmagte handel, uiteengesit. Hoofstuk 2 grond dié teoretiese beskrywing met n bespreking van verskillende regeringstelsels wat aan die skeiding van owerheidsgesag n praktiese staatkundige institusionele beslag gegee het.

Die skeiding van owerheidsgesag het hoofsaaklik in drie regeringsvorme neerslag gevind, naamlik die parlementêre, die presidensiële en die semipresidensiële stelsel.

Die skeiding van owerheidsgesag in n regeringstelsel kan een of meer van die volgende beteken: Eerstens beteken dit dat daar n formele skeiding van staatsgesag tussen n wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag is. Tweedens kan dit die skeiding van personeel veronderstel, sodat een persoon nie in meer as een owerheidsgesag kan optree nie. Derdens kan dit n verdeling van funksie beteken, sodat een owerheidsgesag nie die funksie van n ander owerheidsgesag kan of mag uitoefen nie. Laastens beteken die toepassing van wigte en teenwigte dat die onderskeie owerheidsinstellings spesifieke kontroleringsmagte besit om ander vertakkinge se magsuitoefening te beperk. Die toepassing van wigte en teenwigte verseker die nodige ewewig tussen die verskillende vorme van owerheidsgesag in n regering (Carpenter, 1994:169).

Hoewel die stelsel van wigte en teenwigte op die oog af n paradoks vorm, versterk dit egter die skeiding van owerheidsmagte deurdat owerheidsinstellings hierdeur konstitusioneel gedwing word om binne hul spesifieke struktuur en funksie gesag uit te oefen. Die paradoks is daarin geleë dat hoewel een owerheidsinstelling kontrole oor n ander uitoefen, wat basies kontra die skeiding van owerheidsgesag is, dit in werklikheid die arbitrêre uitoefening van gesag beperk. (Die stelsel van wigte en teenwigte word later in die hoofstuk volledig bespreek.)

Uit die bestudering van die belangrikste demokratiese regeringsvorme is dit duidelik dat die verskil tussen die onderskeie regeringstelsels n verskil in graad is. Dit is duidelik dat die fundamentele uitgangspunte van die verskillende demokratiese regeringstelsels steeds Baron de

Montesquieu se leerstuk oor die skeiding van owerheidsgesag struktureel en funksioneel nastreef, maar met bepaalde graadverskille. Montesquieu se uitgangspunte was, soos in die vorige hoofstuk uiteengesit, hoofsaaklik h reaksie op die gesentraliseerde magsuitoefening kenmerkend van die 18de eeu:

“When legislative power is united with executive power in a single body of the magistracy, there is no liberty, because one can fear that the same monarch or senate that makes tyrannical laws will execute them tyrannically” (Cohler eds., 1989:11).

Montesquieu se basiese uitgangspunte was h logiese uitbreiding van John Locke se *Second Treatise of Government* wat as die vormingsteks vir die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag beskou word (Pasquino, 1998:208).

Die hoofokus van hierdie hoofstuk is h analitiese bespreking van die permutering van die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag in moderne regeringstelsels. Na h inleidende bespreking oor die verskillende regeringstelsels (parlementêr, presidensiël en semipresidensiël) sal daar kortliks n bespreking van elk volg. Die hoofstuk word dan afgesluit met h kritiese bespreking van die mate waarin die basiese uitgangspunte van Montesquieu in die verskillende regeringstelsels neerslag gevind het.

3.2 INSTITUSIONELE BEGRONDING VAN DIE LEERSTUK VAN DIE SKEIDING VAN OWERHEIDSGESAG

Soos Stepan en Skach (1993:2) aandui, toon die meerderheid studies dat die skeidingsgraad van owerheidsgesag minder is as wat algemeen aanvaar word. Die verskillende regeringstelsels, wat deur die meeste stabiele demokrasieë in die wêreld gebruik word, is nie so uiteenlopend nie en kan in drie hoofkategorieë ingedeel word. Met die uitsondering van Switserland beskik al die bestaande demokrasieë oor h parlementêre stelsel (die meeste state in Wes-Europa), h presidensiële stelsel (soos die Verenigde State van Amerika), óf h semipresidensiële stelsel wat hoofsaaklik n hibriede vorm van eersgenoemde twee stelsels is (soos in Frankryk en Portugal).

Switserland beskik oor h komiteestelsel met n “collective executive”, ish federale raad wat uit sewe lede bestaan en die primêre beleidmakingsliggaam is. Hierdie komitee word elke vier jaar deur n wetgewende tweekamerliggaam verkies. Hierdie kollektiewe besluitnemingsliggaam of regeringstelsel is uniek onder liberale demokrasieë (Jackson & Jackson, 2003:248).

Dié drie hoofgroepe regeringstelsels beteken eenvoudig dat die verskillende demokrasieë struktureel (institusioneel) en funksioneel op verskillende wyses georganiseer is ten einde die regeerfunksie uit te oefen. Soos Lijphart (1992:1) aandui, is die fundamentele verskil tussen die stelsels nie so groot nie en is dit eerder 'n graadverskil. Hierdie verskil in graad is hoofsaaklik die mate waarin die uitvoerende en wetgewende gesag struktureel en funksioneel integreerend teenoor mekaar staan. Die graad van integrasie wat tussen die wetgewende en die uitvoerende gesag voorkom, het tot die ontstaan van verskillende regeringstelsels gelei.

In die geval van die parlementêre stelsel is die integrering tussen die uitvoerende en wetgewende gesag die grootste van die verskillende stelsels. In die semipresidensiële stelsel is daar wel 'n groter mate van skeiding tussen die uitvoerende en wetgewende gesag as in die parlementêre stelsel, terwyl die graad van skeiding in die presidensiële stelsel die grootste is.

Die oogmerk van die hoofstuk is om beskrywend en analities na die drie regeringstelsels te kyk, veral ten opsigte van die mate waarin die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag in die verskillende stelsels neerslag gevind het.

Die parlementêre stelsel het in Engeland ontwikkel en daarom sal dié stelsel veral met verwysing na (moderne) Brittanje bespreek word. Die presidensiële stelsel sal daarna om dieselfde rede met verwysing na die Verenigde State van Amerika bespreek word. Die metodologiese werkswyse is om erkenning te gee aan die twee lande, wat 'n sterk staatkundige invloed op ander lande uitgeoefen het. Die Britse parlementêre stelsel het 'n groot invloed op regeringstelsels in Wes-Europa en sy voormalige kolonies gehad. Die Amerikaanse presidensiële stelsel het weer op sy beurt groot aanhang in Latyns-Amerika verkry. Die semipresidensiële stelsel is tradisioneel deur lande soos Frankryk en Portugal toegepas, maar die stelsel se kontemporêre populariteit beteken dat dit tans in talle "nuwer" demokrasieë soos Sri-Lanka en verskeie Latyns-Amerikaanse lande toegepas word.

In die bespreking van die parlementêre, presidensiële en semipresidensiële stelsel sal aanvanklik 'n kort inleiding oor elk verskaf word, gevolg deur 'n meer gedetailleerde bespreking.

3.3 PARLEMENTÊRE, PRESIDENSIËLE EN SEMIPRESIDENSIËLE REGERINGSTELSELS

Voordat daar tot 'n bespreking van die onderskeie regeringstelsels oorgegaan word, is dit nodig om die fundamentele

uitgangspunte van die skeiding van owerheidsgesag weer in oënskou te neem.

Dit is belangrik om in gedagte te hou dat die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag n normatiewe posisie stel: dit bepaal met ander woorde wat struktureel en funksioneel in n regeringstelsel *behoort* te gebeur om arbitrêre magsuitoefening, wat uit h sentralisasie van mag kan spruit, te beperk.

SA de Smith (1997:36) som die basiese uitgangspunte van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag soos volg op:

(1) Struktureel moet daar drie instellings wees wat die regeerfunksie uitvoer, naamlik die wetgewende, die uitvoerende en die regsprekende gesag.

(2) Funksioneel moet (of behoort) daar drie owerheidsinstellings te wees, wat onderskeidelik die funksies van die maak van wette, die uitvoering van wette en die regsfunksie hanteer.

(3) Die uitvoering van die funksies deur een persoon of die uitoefening van die funksies deur net een van die owerheidsinstellings is n potensiële en basiese bedreiging vir die vryheid van die individu.

Uit h praktiese oogpunt is daar in die eerste hoofstuk reeds daarop gewys dat die nastreef van die morele voorskrif van die skeiding van owerheidsmagte in absolute terme nie in enige regeringstelsel neerslag gevind het nie. Die basiese onderskeid tussen die parlementêre, semipresidensiële en presidensiële stelsels is daarom eerder in die graad geleë waarin die skeiding tussen die uitvoerende en wetgewende gesag wel geïmplementeer is. Soos genoem, het die minste skeiding tussen die uitvoerende en wetgewende gesag plaasgevind in die parlementêre stelsel, terwyl in die presidensiële stelsel die grootste skeiding plaasgevind het, maar nie in absolute terme nie.

Soos Stepan en Skach (1993:3) in hul uiteensetting oor die verskillende regeringstelsels opmerk, is die parlementêre stelsel op wederkerige **afhanklikheid** gebaseer, terwyl die presidensiële stelsel weer op wederkerige **onafhanklikheid** gebaseer is.

h Suiwer demokratiese parlementêre stelsel is dus volgens Stepan en Skach

(1993:3) h uiteensetting van n stelsel van wederkerige **afhanklikheid**:

(1) Die hoof uitvoerende gesag in h parlementêre gesag moet deur n meerderheid in die wetgewende gesag gesteun word en kan tot n val kom indien n mosie van wantroue in die wetgewende gesag aanvaar word.

(2) Die uitvoerende gesag, wat hoofsaaklik in die regeringshoof (tesame met die staatshoof) gesetel is, het die bevoegdheid om die wetgewende gesag te ontbind en h

verkiesing uit te roep.

h Suiwer demokratiese presidensiële stelsel is h stelsel van wederkerige **onafhanklikheid**:

(1) Die wetgewende gesag het h vasgestelde mandaat op grond van n eie verkiesing, wat h eie bron van legitimiteit skep. Dit beteken dat die uitvoerende gesag (regeringshoof) nie die wetgewende gesag kan ontbind en 'n nuwe verkiesing kan uitroep nie.

(2) Die uitvoerende gesag (president) het ook h eie vasgestelde mandaat op grond van n eie verkiesing, wat h afsonderlike bron van legitimiteit skep. 'Mosie van wantroue in die president , behalwe in die ekstreme geval van wraakstelling (*impeachment*), kan nie die uitvoerende hoof laat bedank nie.

Die onderskeid tussen die verskillende regeringstelsels is meer as net h blote klassifikasie; dit vorm die bepalende parameters waarbinne die onderskeie regeringstelsels funksioneer. In die volgende onderafdeling word daar in groter detail na die onderskeie regeringstelsels gekyk.

3.4 DIE PARLEMENTÊRE REGERINGSTELSEL

Die parlementêre regeringstelsel word deur h samesmelting eerder as n skeiding van die uitvoerende en die wetgewende gesag gekenmerk. Die rede vir die samesmelting is dat die lede van die uitvoerende gesag na n algemene verkiesing uit die meerderheidsverteenvoerders van die sterkste party in die wetgewende gesag getrek word. Die lede van die uitvoerende gesag het gevolglik ook in die wetgewende gesag sitting. Die dubbele verteenwoordiging van lede in die uitvoerende en die wetgewende gesag en die meerderheidsposisie wat die sterkste politieke party in die wetgewende gesag beklee, beteken dat wetgewende programme met h groot mate van sekerheid deur die parlement gevoer kan word. Die feit dat die uitvoerende gesag uit die dominante party in die wetgewende gesag saamgestel word, plaas die uitvoerende gesag in h baie sterk oorheersende posisie.

Die Britse parlementêre stelsel het in verskeie lande neerslag gevind, veral voormalige kolonies soos Australië, Kanada en Nieu-Seeland en selfs lande in Wes-Europa. In al die lande is een van die hoofkenmerke van die regeringstelsel die samesmelting (*fusion*) wat tussen die uitvoerende en die wetgewende gesag plaasvind (Jackson & Jackson, 2003:265).

h Parlementêre regering is h stelsel waarvolgens die regering in en deur die

wetgewende gesag of parlement regeer. Dit verduidelik die benaming parlementêre stelsel. Die uitvoer van die regeerfunksie (uitvoerende handeling) deur die parlement is daarvoor verantwoordelik dat die uitvoerende en wetgewende gesag gedeeltelik verstrengel is. Lede van die uitvoerende gesag het sitting in die wetgewende vergadering. Hoewel dit twee afsonderlike strukturele eenhede is (wetgewend en uitvoerend), is die wetgewende vergadering en die uitvoerende gesag so deur die regeerhandeling saamgebind, dat die *trias politica*-leerstuk oor die skeiding van owerheidsmagte in n groot mate gefrustreer word. Die mindere mate van oorvleueling wat in die presidensiële stelsel voorkom, onderskei dit van die parlementêre stelsel.

Die hoofkenmerke van die parlementêre stelsel word vervolgens opgesom.

- ❑ Regerings word na n algemene verkiesing saamgestel. Die staatshoof versoek die party met die meerderheidsverteenvoordinging in die algemene vergadering (wetgewende gesag) om die uitvoerende gesag saam te stel.
- ❑ Die leier van die party met meerderheidsverteenvoordinging in die wetgewende gesag word eerste minister en voer as regeringshoof die uitvoerende funksies van die regeringshoof uit.
- ❑ Die eerste minister en sy kabinet (ministers) oefen die uitvoerende gesag uit. Wanneer daar egter n breuk tussen die kabinet en die lede van die wetgewende gesag ontstaan, kan laasgenoemde 'n mosie van wantroue in die regering instel, wat die eerste minister en sy kabinet tot n val kan bring.
- ❑ Die eerste minister en sy kabinet (uitvoerende gesag) kan op hul beurt n nuwe verkiesing uitroep en sodoende die parlement (en daardeur die wetgewende gesag) ontbind.
- ❑ Die lede van die uitvoerende gesag is vir die meerderheid konsepwetgewing, wat by die wetgewende gesag ingedien word, verantwoordelik.
- ❑ Die hoof van die uitvoerende gesag (eerste minister) is n parlementêre amptenaar. In baie lande is daar n ook hoof , wat n simboliese posisie as konstitusionele monarg in die land bekleed.

(Lijphart, 1992:31-48; Roskin, 1991:275-313; Jackson & Jackson, 2003:267-268; Heywood, 2000:295 -297).

Die meerderheid demokrasieë het die parlementêre stelsel in verskillende staatkundige permutasies aangeneem. Die sterk Britse invloed wat aan die parlementêre stelsel gekoppel word, blyk duidelik uit die feit dat daar in die algemeen na dié stelsel as die Westminsterstelsel verwys word (na aanleiding van die plek en gebou waar die Britse parlementêre stelsel in Londen gehuisves word). As

materparlement kan die Engelse parlement se ontstaansgeskiedenis na die 13de eeu teruggevoer word, toe die verskillende klasse en belangegroepes in die koninklike hof geakkommodeer is. Gedurende die 14de eeu is afsonderlike huise (h laerhuis, die House of Commons, en h hoërhuis, die House of Lords) geskep om onderskeidelik die ridderstand/laer stand en die baronne/geestelikes te akkommodeer. Die parlementêre oppergesag oor die monarg is eers in 1688 met die Roemryke Rewolusie ingestel. Die parlementêre oppergesag is met die evolusionêre ontwikkeling van die demokrasie in die 19de eeu tot verantwoording geroep (Heywood, 2000:295).

3.5 DIE PRESIDENSIËLE REGERINGSTELSEL

Presidensiële demokrasieë, waarvan die bekendste die Verenigde State van Amerika is, maak struktureel-funksioneel h meer rigiede skeiding tussen die uitvoerende en die wetgewende gesag as die parlementêre stelsels (Roskin, 1991:275). Die primêre uitgangspunt wat in die presidensiële stelsel gehandhaaf word, is duidelik: Daar word daarna gestreef om die grootste mate van skeiding wat prakties moontlik is tussen die uitvoerende, wetgewende en regsprekende instellings te handhaaf (Jackson & Jackson, 2003:269-272). Die vraag is natuurlik of dit n realistiese oogmerk in die uitvoering van die regeerfunksie is. Daarby leer die praktyk dat daar in die presidensiële stelsel steeds konstitusioneel ruimte daarvoor bestaan dat beide die wetgewende en die uitvoerende gesag wetskeppende funksies kan uitvoer. Die antwoord is egter dat ten spyte van voorbeelde van oorvleueling wat tussen die wetgewende en uitvoerende gesag mag voorkom, daar steeds h veel groter mate van struktureel-funksionele onafhanklikheid tussen die twee instellings is as in die parlementêre stelsel. Die stelsel van wigte en teenwigte, wat in die grondwet ingebou is, is natuurlik ook vir h mate van funksionele indringing verantwoordelik, soos in die parlementêre stelsel. (Die stelsel van wigte en teenwigte word in onderafdeling 2.7 bespreek.)

Hoewel die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte nie eksplisiet in die Amerikaanse Grondwet uiteengesit word nie, word dit struktureel sterk geïmpliseer in die toekenning van wetgewende bevoegdhede aan die kongres in artikel 1, uitvoerende magte aan die president in artikel 2 en regsprekende magte aan die Hooggeregshof (Supreme Court) in artikel 3 (Fisher in Lijphart, 1992:218). Bykomend word die wetgewende owerheid (kongres) en uitvoerende owerheid (president), in afsonderlike verkiesings verkies.

Soos genoem, het die Verenigde State van Amerika histories 'n groot invloed op die ontwikkeling van die presidensiële stelsel uitgeoefen. Enige bespreking van die kenmerke van die presidensiële stelsel moet daarom noodwendig sterk na die Amerikaanse grondwet verwys.

Die hoofkenmerke van die presidensiële stelsel is die volgende:

- Die rol van die hoof van die staat en die hoof van die regering (die hoof uitvoerende amptenaar) is in die amp en kantoor van die president gesetel.
- Die uitvoerende gesag is in 'n president as 'n individu gekonsentreer, met ander woorde een persoon is met die uitvoerende mag belas. Die aanwysing van ministers/sekretarisse in uitvoerende posisies is bloot in die hoedanigheid van adviseurs, wat aan die president verantwoording doen.
- Daar is 'n formele skeiding van personeel tussen die wetgewende en uitvoerende owerhede.
- Die wetgewende en uitvoerende owerhede het afsonderlike ampstermyne. Die president kan nie die wetgewende gesag ontbind en 'n verkiesing uitroep nie. Die wetgewende gesag kan op sy beurt weer nie die president se termyn beëindig nie, behalwe in ekstreme omstandighede deur middel van wraakstelling, wanneer daar sprake van ernstige wangedrag deur die president is.

(Lijphart, 1992:31-48; Roskin, 1991:275-313; Jackson & Jackson, 2003:269-272; Heywood, 2000:295-297)

3.6 DIE SEMIPRESIDENSIËLE REGERINGSTELSEL

Die Franse regeringstelsel word as een van die beste voorbeelde van 'n semipresidensiële stelsel beskou. Die benaming semipresidensiële stelsel verwys na 'n hibriede stelsel wat struktureel-funksioneel tussen die parlementêre en die presidensiële stelsel geleë is. Die hibriede semipresidensiële stelsel verkry sy benaming van die feit dat die uitvoerende president op 'n universele, afsonderlike verkiesing, soos in die geval van die presidensiële stelsel, verkies word. Die uitvoerende president regeer egter in samewerking met die wetgewende gesag soos in die parlementêre stelsel.

Duverger (in Lijphart, 1992:142) beskou 'n politieke regime as 'n semipresidensiële stelsel indien dit die volgende drie elemente bevat:

- 'n president wat deur 'n eie universele verkiesing verkies word, afsonderlik van die wetgewende gesag;
- 'n president wat oor sterk uitvoerende gesag beskik;
- 'n president wat saam met 'n eerste minister en 'n kabinet regeer wat

sitting in n wetgewende gesag het en die posisie beklee solank sy party die meerderheidsteun in die parlement geniet.

Uiteraard kom verskeie permutasies van die semipresidensiële stelsel voor. In Finland byvoorbeeld hou die president hom hoofsaaklik met buitelandse sake besig, terwyl die huishoudelike verantwoordelikhede aan die eerste minister en die kabinet oorgelaat word (Hague en Harrop, 2004:277).

3.7 WIGTE EN TEENWIGTE

3.7.1 Die filosofiese vertrekpunt van die stelsel van wigte en teenwigte

Die bekende filosoof John Locke het in sy uiteensetting van die skeiding van owerheidsmagte reeds daarop gewys dat dit in die belang van politieke vryheid is dat daar geen onkonstitusionele indringing op die terrein van n ander owerheidsinstelling se terrein mag plaasvind nie. Locke het ook verder bygevoeg dat die onderskeie owerheidsinstellings nie sonder sekere konstitusionele beperkinge op hul gesag behoort te funksioneer nie.

Locke se beskouinge oor wigte en teenwigte en die skeiding van owerheidsgesag is verder deur Montesquieu uitgebou. Montesquieu is nie alleen uitgesonder vir sy bydrae om die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte te ontwikkel nie, maar ook vir sy ontwikkeling van die stelsel van wigte en teenwigte, wat onderling tussen die verskillende owerheidsinstellings uitgeoefen kan word. Behalwe Montesquieu se bydrae om gesag te beperk deur dit te verdeel, het hy ook aanbeveel dat die instellings mekaar onderling moet kontroleer, sodat die nodige balans in die politieke stelsel kan heers. Hy het geglo dat die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag mekaar kan kontroleer deur onder andere van n veto gebruik te maak. Montesquieu het veral die Engelse parlement vir die wyse geloof waarop wigte en teenwigte in dié stelsel ingebou is:

“The legislative body being composed of two parts, they check one another by the privilege of rejecting” (Volkomer, 1972:38).

Uit h filosofiese vertrekpunt is dit duidelik dat Montesquieu die funksionering van n stelsel van wigte en teenwigte in sy aanvanklike uitgangspunt as deel van die skeiding van owerheidsgesag, met sekere voorbehoude voorsien het.

Montesquieu skryf in *De l'esprit des lois* (Cohler in Lijphart, 1992:50) dat die uitvoerende gesag in die hande van h monarg moet wees, omdat uitvoerende handeling meestal spoedeisend uitgevoer moet word. Dit is interessant dat Montesquieu egter aandui dat, indien die uitvoerende gesag uit die wetgewende gesag saamgestel sou word, dit individuele vryheid sou beperk. Montesquieu het geglo dat daar nie meer aan die vereiste skeiding van owerheidsgesag voldoen sal word nie. (Dit is interessant om die 1996-Grondwet, waarvolgens die president en kabinetslede uit die wetgewende gesag saamgestel word, teenoor dié klassieke vereiste van Montesquieu te meet.)

Montesquieu (Cohler in Lijphart, 1992:50) het in die elfde boek van sy werk *De l'esprit des lois* die stelsel van wigte en teenwigte omskryf en dit as n teenvoeter vir arbitrêre gesagsuitoefening aanbeveel. Dit is interessant dat Montesquieu egter die toepassing van wigte en teenwigte net in een "rigting" aanbeveel. Hy beveel wel aan dat die uitvoerende gesag die werking van die wetgewende gesag moet kontroleer. Hy wys daarop dat, indien dié interne kontrole nie plaasvind nie, die wetgewende gesag mettertyd despoties sou raak. Die rede wat Montesquieu hiervoor aanvoer, is dat die wetgewende gesag vir homself toenemende magte sal opeis wat tradisioneel aan die ander owerheidsorgane behoort.

Dit is ook interessant dat Montesquieu nie die wederkerige kruiskontrole van die wetgewende gesag oor die uitvoerende gesag wou toelaat nie (Cohler in Lijphart, 1992:50). Die rede is dat die uitvoerende gesag spoedeisende besluite moet neem en in dié taak nie deur die wetgewende gesag vertraag moet word nie.

Montesquieu het ooglopend respek gehad vir die statuur en die persoon wat die uitvoerende gesag beklee het, wat moontlik gekoppel kan word aan die goddelike reg van die monargie om te regeer. Dit is moontlik die rede waarom Montesquieu nie h wig of teenwig teenoor die uitvoerende gesag wou toelaat nie.

Montesquieu se uitgangspunte oor die skeiding van owerheidsmagte en wigte en teenwigte is veertig jaar later duidelik in die eerste grondwet van die Verenigde State van Amerika geïnkorporeer (Volkomer, 1972:38).

In James Madison se voordrag aan die (Amerikaanse) Konvensie, wat in die *Federalist Papers* as *Federalist no 51* opgeneem is, bespreek hy die uitgangspunte en die onderliggende logika van wigte en teenwigte (Fairfield, 1966:159). Madison wys daarop dat die behoud van die noodsaaklike verdeling van owerheidsgesag in die praktyk afhanklik gaan wees van n verskeidenheid meganismes, maar dat die wigte en teenwigte:

"... by their mutual relations, be the means of keeping each other in their proper places" (Fairfield, 1966:159).

Madison waarsku ook teen die geleidelike sentralisasie van gesag in dieselfde owerheidsinstelling en beveel die volgende aan:

"...giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachment of the others" (Fairfield, 1966:160).

3.7.2 Die stelsel van wigte en teenwigte in die moderne staat

Die stelsel van wigte en teenwigte wat in

die meeste regeeringsvorme voorkom, het h sterk onderlinge verband met die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte. Soos reeds aangedui, is die absolute skeiding van owerheidsgesag nie h praktiese regeerbaarheid nie. Uit h praktiese oogpunt kan die onderskeie vertakkinge van owerheidsgesag nie in outonome isolasie funksioneer nie. Daar moet dus h mate van institusionele kontrole en kontak tussen die owerheidsinstellings wees, ten einde die regeerfunksie te kan koördineer. Oorvleueling tussen owerheidsinstellings, soos tussen die wetgewende en die uitvoerende gesag, word ingebou sodat onderlinge kontrole kan plaasvind. Hoewel hierdie wigte en teenwigte op die oog af n paradoks met die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte vorm, kan dit inderdaad die skeiding van owerheidsmagte versterk. Die rede hiervoor is dat dié onderlinge kontrole verseker dat geen owerheidsinstelling sy gesag sonder meer oorskry nie en dat hulle verantwoordbaar teenoor mekaar bly.

Soos Rautenbach en Malherbe (2003:81) aandui, bestaan daar soveel oorvleueling in die Westminsterstelsel dat daar na die skeiding van owerheidsmagte in dié stelsel as n relatiewe skeiding verwys kan word. Die oorvleueling in die parlementêre stelsel, wat tussen die wetgewende en die uitvoerende gesag plaasvind, skep egter h stelsel van verantwoordelike regering (*responsible government*) wat h interne vorm van wigte en teenwigte *binne* die saamgestelde owerheidsinstelling vorm.

Die skeiding van owerheidsmagte word die verste in die Amerikaanse (presidensiële) stelsel gevoer. Hoewel die president (uitvoerende gesag), kongres en senaat (wetgewende gesag) en die regsprekende gesag h groot mate van onafhanklikheid geniet, is daar egter steeds belangrike interafhanklike kruiskontroles tussen dié instellings. Hierdie kruiskontroles (wigte en teenwigte) is konstitusionele veiligheidsmeganismes, wat die verskillende owerheidsmagte onderling aanwend om arbitrêre optrede aan bande te lê (Rautenbach & Malherbe, 2003:81). In kontras met die parlementêre stelsel vind die aanwending van wigte en teenwigte daarom hoofsaaklik *tussen* die owerheidsinstellings plaas.

3.7.2.1 Wigte en teenwigte in die (Amerikaanse) presidensiële stelsel

Die stelsel van wigte en teenwigte word eerstens met verwysing na die presidensiële stelsel bespreek, omdat dié stelsel die sterkste in die meer gedentraliseerde presidensiële stelsel ontwikkel het.

Oor die dekades heen het in die Amerikaanse presidensiële stelsel h groot verskeidenheid van wigte en teenwigte ontwikkel wat daarop ingestel was om

onderlinge kontrole tussen die verskillende owerheidsinstellings te verseker.

In die praktyk beteken dit wel dat die een instelling bepaalde magte en bevoegdhede besit wat daartoe lei dat die uitvoering van die bevoegdhede van n ander beperk kan word.

Slegs die kongres (wetgewende gesag) kan wette uitvaardig, maar selfs indien beide huise (die kongres en die senaat) wette promulgeer en goedkeur, kan die president steeds die wetgewing stuit.

Die volgende uiteensetting gee h aanduiding van die wyse waarop kruiskontroles in die wetgewende proses toegepas kan word:

Die uitvoerende gesag (president) kan op die volgende wyse sy wigte en teenwigte gebruik om beheer oor die wetgewende proses uit te oefen:

- (i) Die president kan sy goedkeuring aan h konsepwet gee deur die wet te onderteken.
- (ii) Die president kan die wet met tien dae vertraag deur dit nie te onderteken nie.;
- (iii) Die president kan die konsepwet veto, deur van sy presidensiële vetoreg gebruik te maak.

In reaksie op die president se verwerping van die konsepwetgewing kán die kongres:

- (i) die presidensiële (uitvoerende) veto konstitusioneel omseil deur die wetgewing weer deur beide huise (kongres en senaat) met h tweederdemeerderheid te loods.

In reaksie op die kongres se omseiling van sy veto kan die president:

- (i) die presidensiële “pocket-veto” gebruik deur die wetgewing deur verstek te laat sneuvel. Dit gebeur wanneer die president aan die einde van n wetgewende sessie die wet laat “doodloop”, sonder om te weier om dit te onderteken of om sy veto te gebruik (Jackson & Jackson, 2003:270).

Die regsprekende gesag besit ook kontrole oor die wetgewende gesag. Die Hooggeregshof het byvoorbeeld die bevoegdheid om wetgewing onkonstitusioneel te verklaar (Volkomer, 1972:92).

Die wetgewende gesag besit kontrole oor die uitvoerende gesag. Wigte en teenwigte wat weer deur die wetgewende gesag oor die uitvoerende gesag toegepas word, is onder andere:

- (i) Die president beskik oor sterk uitvoerende magte ten einde sy programme

(uitvoerende beleid) van stapel te stuur, maar die senaat en die kongres besit die bevoegdheid om die geld wat daarvoor benodig word, terug te hou indien daar verskille oor die programme ontstaan.

(ii) Die kongres besit ook die bevoegdheid om toestemming te weerhou vir verdrae wat die president met ander lande onderhandel het.

(iii) Die kongres besit ook die bevoegdheid om toestemming te weerhou vir aanstellings wat deur die president byvoorbeeld in die diplomatieke diens gemaak is.

(iv) Die president, asook die visepresident, regters en staatsamptenare kan deur wraakstelling (*impeachment*) in ekstreme omstandighede van hul poste onthef word.

Die wraakstellingsproses verloop as volg: die Raad van Verteenwoordigers besluit of daar gronde vir sodanige wraakstelling bestaan. Die senaat kom daarna bymekaar as 'n hof en verhoor die saak. Wraakstelling vind plaas indien twee derdes van die lede van die senaat daarvoor stem.

Die Wig en teenwig wat die regsprekende gesag (Hooggeregshof) oor die uitvoerende gesag kan uitoefen, is om die president se handeling ongrondwetlik te verklaar.

Die regsprekende gesag (Hooggeregshof) is egter op sy beurt weer onderworpe aan die kontrole wat die uitvoerende mag (president) en die wetgewende mag (senaat en kongres) oor die regsprekende gesag kan uitoefen deur die aanstelling van regters van die Hooggeregshof (Volkomer, 1972:92).

Hoewel die Hooggeregshof volgens die grondwet oor die bevoegdheid beskik om oor geskille binne die politieke stelsel uitsluitel te gee, is dit die uitvoerende gesag wat uitvoering aan die Hof se uitsprake gee. Die president (uitvoerende gesag) kan die Hooggeregshof se uitoefening van gesag stuit deur bloot die uitsprake te ignoreer.

3.7.2.2 Wigte en teenwigte in die (Britse) parlementêre stelsel

Hoofsaaklik vanweë die verweefdheid tussen die wetgewende en uitvoerende gesag funksioneer wigte en teenwigte in die parlementêre stelsel anders as in die presidensiële stelsel. Hoewel baie van die wigte en teenwigte in 'n parlementêre stelsel op dieselfde wyse as in 'n presidensiële stelsel funksioneer, is die swaartepunt van die wigte en teenwigte *binne* die gedeeltelik saamgesmelte wetgewende en uitvoerende gesag geleë.

Die gedeeltelike samesmelting tussen die wetgewende en uitvoerende gesag beteken dat 'n meer effektiewe, maar ook *verantwoordelike* regering geskep word. Die wig en teenwig wat daarom in die parlementêre stelsel ingebou is, is teoreties gesproke die

uitvoerende gesag wat aan die wetgewende gesag verantwoording vir beleid, optredes, uitsprake, ensovoorts verskuldig is. Die uitvoerende gesag het die meerderheidsteun in die wetgewende gesag nodig ten einde wetgewing deur te voer. Verder moet individuele ministers ook aan die wetgewende gesag verantwoording doen vir hul beleid en dade.

Verantwoordelike regering word volgehou omdat die uitvoerende gesag slegs kan regeer indien dit die vertroue en steun van die wetgewende gesag geniet. Teoreties kan die wetgewende gesag die uitvoerende gesag verwyder deur n geslaagde mosie van wantroue in die uitvoerende gesag te aanvaar. Op sy beurt kan die hoof uitvoerende amptenaar die wetgewende gesag ontbind en n nuwe algemene verkiesing uitroep.

In die praktyk word die parlementêre stelsel dikwels deur dominansie in die uitvoerende gesag dominansie gekenmerk (Heywood, 2000:296). Die hoof uitvoerende amptenaar, gewoonlik die eerste minister, is ook die leier van die sterkste politieke party in die wetgewende gesag, wat numeries de facto en de jure die werking van die wetgewende gesag sterk beheer.

Hoewel dit dus teoreties mag lyk asof h mosie van wantroue en/of die onbeplande uitroep van n verkiesing konstitusionele wigte en teenwigte in die parlementêre stelsel skep, kan dié meganisme oneffektief wees indien h enkele politieke party beide die uitvoerende en wetgewende gesag domineer. (Met enkel party word bedoel h party wat nie deur koalisie gevorm is nie.)

Hoewel die gedeeltelike samesmelting tussen uitvoerende en wetgewende gesag die indruk mag skep dat die skeiding van owerheidsgesag in die parlementêre stelsel nie tot sy reg kan kom nie, is daar wel deur die stelsel van wigte en teenwigte meganismes wat owerheidsinstellings in n mate konstitusioneel kan beperk. Op paradoksale wyse word die skeiding van owerheidsgesag daardeur versterk.

Wigte en teenwigte tussen die verskeie owerheidsinstellings in die parlementêre stelsel vind op die volgende wyses neerslag:

Beperkings op die uitvoerende gesag:

- (i) Kollektiewe en individuele verantwoording deur ministers aan die wetgewende gesag.
- (ii) Die parlement se konvensionele uitvoering van gesag om die regering deur n mosie van wantroue te laat bedank.
- (iii) Ministers se statutêre magte en prerogatiwe is onderworpe aan die toesighoudende jurisdiksie van die howe. (Geschiedkundig was dit in Brittanje nie

die geval met prerogatiwe nie).

(iv) Die regering word vier- of vyfjaarliks aan 'n verkiesing onderwerp wat die kieserskorps die geleentheid bied om indien nodig, van die uitvoerende gesag ontslae te raak.

(v) In Brittanje beskik die Hoërhuis oor 'n veto om enige wetgewing teen te staan om die lewe van die parlement te verleng teen te staan (Parliament Act 1911, s 2(1)). (Dit bestaan egter hedendaags net in die teorie).

(vi) Ten spyte daarvan dat die Britse konstitusionele staatshoof sterk simbolies is, besit die monargie 'n koninklike prerogatief om met 'n regering te handel wat onkonstitusioneel optree (Carroll, 2002:36).

Beperkinge op die parlement:

(i) Die parlement kan in sommige gevalle gefragmenteerd funksioneer met groepe binne dieselfde politieke party wat mekaar oor bepaalde aangeleenthede opponeer. Konflikterende politieke belange word dikwels deur kompromieë bygelê, wat die eensydige uitoefening van mag teenwerk.

(ii) Die wetgewende gesag word vier- of vyfjaarliks aan die kieserskorps se keuse onderwerp.

(iii) Kragtens die beslissing in *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. (No. 2) [1991] 1 AC 603 (E.C.J.)* blyk dit dat die Engelse houe nie parlementêre wette sal toepas wat strydig met Europese Unie-wette is nie.

(iv) Parlementêre wette is aan regterlike interpretasie onderworpe. Howe sal nie eenvoudig wette toepas nie en heelwat regterlike kreatiwiteit word geopenbaar.

Beperkinge op die regsprekende gesag:

(i) Regsprekende besluite kan gemodifiseer of oneffektief gemaak word deur nuwe wetgewing.

(ii) Die finale besluit om 'n regter te ontslaan, berus by die parlement (Carroll, 2002:36).

(iii) Aanstelling van regsbeamptes word deur die uitvoerende gesag gedoen. Die aanstelling van senior regsbeamptes, soos Hoofregter, vind plaas nadat die eerste minister die monarg geadviseer het. Die aanstelling van die regters en rondgaande regters word op advies van die Lord Chancellor ook deur die monarg gedoen (McEldowney, 2002:170). Politieke invloed in die aanstellingsprosedure is dus nie uitgesluit nie.

Die toepassing van 'n stelsel van wigte en teenwigte mag oppervlakkig gesien as 'n indringing in die tradisionele domein van 'n owerheidsinstelling en teenstrydig met die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte beskou word. Wanneer wigte en

teenwigte egter doeltreffend funksioneer, kan dit eerder versterkend as verswakkend op die skeiding van owerheidsgesag inwerk.

3.8 PARLEMENTÊRE EN PRESIDENSIËLE REGERINGSTELSELS EN DIE *TRIAS POLITICA*-LEERSTUK

3.8.1 Die parlementêre stelsel en die *trias politica*-leerstuk

Locke se liberale teorie oor die beperking van owerheidsgesag was 'n normatiewe voorskrif oor wat *gedoen behoort te word* om die waarde van beperkte en verantwoordelike regering te bevorder. Dit is interessant om te bepaal in watter mate die normatiewe voorskrif 'n grondwaarde as 'n normatiewe riglyn in Brittanje gebly het. McEldowney (2002:62) verwys na Locke se voorskrif as 'n bepaling wat:

“describe[s] how power should be exercised rather than the realities of how power is enjoyed.”

McEldowney (2002:62) en Munro (2000:303) maak die stelling dat die *trias politica*-leerstuk sterker aanklank in lande met 'n geskrewe grondwet vind. 'n Geskrewe grondwet impliseer 'n konkrete en strukturele aanvangspunt waartydens die beginsels en uitgangspunte van die skeiding van owerheidsgesag duidelik ondubbelsinnig uiteengesit kan word.

Ongeskrewe konstitusies wat uit 'n verskeidenheid wette, dokumente, konvensies en ongeskrewe gebruike bestaan, maak dit moeilik om struktureel en funksioneel aan die Lockiaanse normatiewe voorskrifte te hou. Tydens die funksionele ontwikkeling van 'n ongeskrewe konstitusie ontstaan daar dikwels funksioneel-strukturele kompromieë wat skeiding in relatiewe en veral in absolute terme verhoed. In die funksionering van die Britse regeringstelsel is die pos van die Lord Chancellor 'n goeie voorbeeld hiervan. Woodhouse (2001:12) stel dit dat die kruis-institusionele funksionering van die Lord Chancellor met magte en pligte in die regsprekende, wetgewende en uitvoerende gesag:

“does not accord with even the weakest doctrine of the separation of powers.”

Vanweë die unieke aard van die amp van Lord Chancellor in Brittanje het die historiese respek wat vir die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte bestaan, tot gevolg dat funksionele eerbiediging van die normatiewe voorskrif steeds 'n grondwaarde in die Britse regering is.

In die Britse parlementêre stelsel is die gedeeltelike samesmelting van die uitvoerende en wetgewende gesag die resultaat van die historiese ontwikkelingsproses wat evolusionêr oor eeue plaasgevind het. Munro (2000:302) wys op twee belangrike aspekte in hierdie verband:

Eerstens was die evolusionêre ontwikkelingspad van die parlementêre regeringstelsel in Brittanje die resultaat van voortdurende staatkundige interaksie tussen die staat, regering en kiesers. In die historiese proses was die parlementêre stelsel voortdurend besig om kompromieë aan te gaan om n diversiteit van aangeleenthede te hanteer en die parlementêre regeringstelsel is die resultaat van daardie proses. (Die Britse stelsel is vanweë sy unieke historiese ontwikkeling idiosinkraties en kan nie sonder meer met ander parlementêre stelsels vergelyk word nie.)

Teoreties gestel, was die parlementêre stelsel h struktuur wat uit n (regeer)proses ontstaan het, en het funksie het tot struktuur aanleiding gegee. Die Amerikaanse presidensiële stelsel, daarteenoor, het h vaste strukturele aanvangspunt gehad: h nabootsing van die parlementêre stelsel, wat op die premisse gebaseer is dat daar n sterk skeiding tussen die verskillende owerheidsmagte moes wees. Die Amerikaanse stelsel was dus eerstens op struktuur gebaseer en logiesergewys het die regeerfunksie daaruit gevloei soos in die strukturele aanvangspunt van n geskrewe kontrak bepaal word.

Uit die voorafgaande bespreking van die parlementêre stelsel blyk dit duidelik dat daar 'n struktureel-funksionele verstrengeling van die wetgewende en die uitvoerende gesag plaasgevind het. Die gevolg was dat dit die magswaartepunt in die parlement gelaat het, wat tot die benaming parlementêre stelsel aanleiding gegee het (Heywood, 2000:105).

Die ineenstrengeling van die uitvoerende en wetgewende gesag is natuurlik die gevolg daarvan dat ministers (uitvoerende gesag) in die wetgewende gesag sitting het. Soos verduidelik, is hierdie gedeeltelike samesmelting vir die persepsie verantwoordelik dat die skeiding tussen die owerheidsmagte meer relatief is as in die geval van die presidensiële stelsel waarin die skeiding struktureel-funksioneel sterker gehandhaaf word (Carroll, 2002:35). Dit beteken dan ook dat die parlementêre stelsel in n mindere mate aan die normatiewe voorskrifte van die *trias politica*-leerstuk voldoen.

Parpworth (2000:19) stel dit duidelik dat die parlementêre regeringstelsel nie aan die mees basiese vereistes vir struktureel-funksionele skeiding tussen die owerheidsmagte voldoen nie. Parpworth verwys na Bagehot se klassieke werk, *The English Constitution*, as h geldige interpretasie van die staatkundige posisie in Brittanje, naamlik dat die vermenging in die Britse regeringstelsel h vermenging tussen die uitvoerende en wetgewende gesag is en as n voorbeeld dien van:

“a close union, an almost complete fusion of legislative and executive powers.”

Dit word ook deur Schlesinger (in Lijphart, 1992:91) beklemtoon:

“The parliamentary system is to be defined by fusion, rather than separation of powers.”

McEldowney (2002:62) haal die Donoughmore-komitee aan wat h analitiese ondersoek van die Britse parlementêre stelsel en die konstitusionele reëlins gedoen het:

“[T]here is not such a thing as the absolute separation of powers (in Britain).”

Die waarde van h geskrewe grondwet ten einde die strukturele status van die onderskeie owerheidsmagte toe te pas, is duidelik wanneer daar na regspraak gekyk word. Howe in Amerika was, onder andere in *New York Times v United States 1971*, bereid om sekere handeling van die regeringsinstellings ongeldig te verklaar op grond daarvan dat dit strydig met die *trias politica*-leerstuk was. In die geval van n ongeskrewe konstitusie is ongeldigverklaring nie so vanselfsprekend nie. Wade en Bradley (1993:305) wys daarop dat lande wat nie oor n geskrewe grondwet beskik nie (soos Brittanje), nie sonder meer n wet wat teen die *trias politica*-leerstuk indruis (of enige ander wet wat prosesueel korrek aangeneem is nie), ongeldig kan verklaar nie.

Dit is duidelik dat daar h sterk afwysende houding oor die aanwesigheid en toepassings van die *trias politica*-leerstuk onder h groot groep staatsregkenners in Brittanje bestaan. Munro (2000:105) haal SA de Smith aan wat na die skeiding van owerheidsgesag in Brittanje verwys as:

“a tiresome talking point appropriate for political philosophers and inquisitive experts on comparative government, but irrelevant for the English Law student and his teachers.”

SA de Smith se uitspraak is kort en bondig, naamlik dat geen staatsregskrywer met reputasie dit sou waag om te verklaar dat die *trias politica*-leerstuk h rigtinggewende en sentrale kenmerk van die Britse konstitusie is nie.

Die standpunte wat deur Munro en andere ingeneem word oor die afwesigheid van h skeiding van owerheidsmag in Brittanje is nie korrek nie. Die standpunte teen die aanwesigheid van die basiese elemente van die skeiding van owerheidsgesag word in heelwat regspraak weerspreek. Regspraak in Britse howe bevestig die onderliggende, rigtinggewende en normatiewe aspekte van die *trias politica*-leerstuk in die funksionering van die Britse regering. Daarby was die oogmerk van die *trias politica*-leerstuk nooit dat die skeiding tussen owerheidsmagte in absolute terme moes wees nie, maar dat dit h rigtinggewende normatiewe invloed in die regeerproses sou wees.

Hierdie aspek blyk duidelik uit regspraak, soos die appèl na die Geheime Raad (Privy Council) in 1977, *Hinds v R (1977) AT 212 (1976) 1 ALL ER 353 op 359*, waarin Lord Diplock soos volg na grondwette, wat in die Britse Statebond ontwikkel het, verwys:

“[The constitutions develop] with the basic concepts of legislative, executive and judicial power as it has been developed in the unwritten constitutions of the

United Kingdom” (Munro, 2000:304).

Die onafhanklikheid van die regbank in opeenvolgende uitsprake bevestig h struktuur wat die skeiding van die owerheidsgesag versterk. Hoewel die wetgewende en uitvoerende gesag ooglopend struktureel verstrengel is, is daar h duidelike funksionele skeiding, wat die kernwaarde van skeiding van owerheidsgesag steun. Voortdurende regspraak versterk hierdie persepsie, soos meer onlangse uitsprake uitwys. In *M v Home Office* (1994) AC 377 op 395 (1993) ER 357 AT 540 en ook veral in *R v Secretary of State for the Home Dept. ex Fire Brigade Union* (1995) 1 ac 513 (1995) 2 ALL ER 244 HL word daar ondubbelsinnig daarop gewys dat die skeiding van owerheidsgesag deel van die Britse konstitusie is.

In *R v Secretary of State supra* verwys Lord Mustill na die:

“peculiarly British conception of the separation of powers that the Parliament and the executive and the courts have their distinct and largely exclusive domains” (Munro, 2000:308).

In *Duport Steels Ltd v Sirs* (1980) WLR 142 HL het Lord Diplock ook die skeiding van die owerheidsgesag beklemtoon:

”[I]t cannot be too strongly emphasised that the British Constitution, largely unwritten, is firmly based on the separation of powers.”

3.8.1.1 Strukturele samesmelting in die (Britse) parlementêre stelsel

Soos Wade en Bradley (1993:55-57), Van der Vyver (1993:183), Carroll (2002:35-39) en McEldowney (2002:61-63) dit stel, is daar in die Britse parlementêre stelsel sprake van strukturele oorvleueling of binnedringing tussen die verskillende regeringsinstellings.

Die volgende is enkele voorbeelde van strukturele vermenging wat in die parlementêre stelsel voorkom.

(a) Die Britse monarg is simbolies deel van al drie vertakkinge van die regeringsgesag. In die wetgewende gesag word nuwe wetgewing in die naam van die monarg onderteken. In die regsprekende gesag vind vervolging (simbolies) in die naam van die monarg plaas, terwyl in die uitvoerende gesag die monarg onder andere n prerogatief kan uitoefen om misdadigers te begenadig.

Die Britse monarg is ook pro forma hoof van die uitvoerende gesag.

Hierdie struktureel-funksionele vermenging is egter bloot simbolies, h historiese nalatenskap wat in die praktiese regeerkunde weinig praktiese waarde het.

(b) Die kabinetlede (uitvoerende gesag) moet binne 'n sekere tydperk lede van die Laer- of Hoërhuis (wetgewende gesag) word, indien hulle nie direk in 'n verkiesing daartoe verkies is nie.

(c) Die posisie van die Lord Chancellor is uniek in die Britse parlementêre stelsel met verantwoordelikhede in al drie regeringsinstellings. Die Lord Chancellor is voorsitter (speaker) van die Hoërhuis, het sitting in die Laerhuis en is as kabinetminister 'n lid van die regering en binne die regsprekende gesag beperkte rol in die aanstelling van regsbeamptes (McEldowney, 2002:62).

Die eerbied en historiese begrip wat opeenvolgende rolspelers vir die skeiding van owerheidsmagte gehad het, maak die kruisinstitusionele posisie van die Lord Chancellor in die Britse regeringstelsel grootliks onproblematies.

3.8.1.2 Funksionele samesmelting in die (Britse) parlementêre stelsel

(a) Die Hoërhuis vorm deel van die wetgewende gesag, maar dien terselfdertyd ook as die hoogste hof van appèl in siviele en kriminele sake. (Die situasie kan egter ingrypend verander met die konstitusionele ontwikkelinge wat tans aan die gang is.)

(b) Die Geheime Raad het drieledige funksies: Dit moet bepaalde uitvoerend funksies na die dood van die monarg en die kroning van die troonopvolger uitvoer. Die Geheime Raad verrig ook wetgewende funksies met die proklamering en die uitreiking van *orders in council*. Die Geheime Raad besit ook regsprekende funksies as finale hof van appèl vir die Isle of Man, Channel-eilande en die res van die Britse kolonies asook voorheen vir Suid-Afrika.

(c) In die geval van ondergeskikte wetgewing moet die uitvoerende gesag die regulasies van breë wetgewing wat die uitvoerende gesag uitgevaardig het, verfyn en toepas. Hierdie aspek vind toenemend in die moderne regering inslag, maar veronderstel steeds dat die uitvoerende gesag 'n wetgewende funksie uitvoer (Wade & Bradley, 1993:55).

Die oordrag van magte van die wetgewende aan die uitvoerende gesag is nie nuut nie. In Suid-Afrika het die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 op dieselfde wyse wye magte aan die Goewerneur-generaal toegeken, wat hom in staat gestel het om selfs parlementêre wette te wysig. Hierdie bepaling waarna histories verwys is as die Henry VIII-klausule, het sy ontstaan gehad toe Henry VIII die Engelse parlement oorreed het om magte aan hom toe te ken wat selfs parlementêre wette kon herroep.

(d) Administratiewe tribunale (uitvoerende gesag) verrig dikwels regsprekende handeling.

(e) Die regsprekende gesag kan ook uitvoerende handeling uitvoer wanneer regsbeamptes byvoorbeeld lisensie-uitreikings doen.

Sommige van die oorvleuelings wat bespreek is, soos die ontslaan van regters, moet gesien word as deel van die stelsel van wigte en teenwigte. Die paradoks beteken eenvoudig dat, hoewel die handeling inhou dat een owerheidstelsel in n ander owerheidsinstelling se sake inmeng, dit ook kontrole tussen die instellings vestig. Dit is wel kruiskontrole, maar beteken nie noodwendig die oornam van die owerheidsinstellings se funksies nie. Dit moet daarom nie noodwendig as n verbreking van die *trias politica* beskou word nie.

3.8.1.3 Die (Britse) parlementêre stelsel en die *trias politica*-leerstuk

Soos Van der Vyver (1993:185) aandui, is die stelsel van wigte en teenwigte in die parlementêre stelsel nie so sterk ontwikkel as in die presidensiële stelsel nie. Elemente van wigte en teenwigte tussen die uitvoerende en die wetgewende gesag is teenwoordig, soos die instelling van n mosie van wantroue in die eerste minister wat dan tot sy bedanking kan lei. Die eerste minister kan op sy beurt die wetgewende gesag ontbind en n nuwe verkiesing uitroep.

Die standpunt is nie dat daar nie wigte en teenwigte in die parlementêre stelsel voorkom nie. Een van die sterkste vorms van wigte en teenwigte is juis die uitvoerende gesag wat aan die kontrole van die parlement onderworpe is. Indien dié stelsel goed funksioneer, kan dit n sterk vorm van wigte en teenwigte bied. Die standpunt wat gestel word, is dat die presidensiële stelsel wigte en teenwigte *tussen* die owerheidsinstellings geskep het, terwyl die parlementêre stelsel twee owerheidsinstellings gedeeltelik laat saamsmelt het ten einde n onderlinge kontrole te vestig.

3.8.2 Die (Amerikaanse) presidensiële stelsel en die *trias politica*-leerstuk

Dit is duidelik dat die filosofiese uitgangspunte en die normatiewe voorskrifte van die *trias politica*-leerstuk n sterk invloed op die grondleggers van die Amerikaanse Grondwet uitgeoefen het. In die Amerikaanse Grondwet van 1787 word daar duidelik struktureel-funksioneel vir die skeiding van die owerheidsmagte voorsiening gemaak (Carroll, 2002:35). Een van die hoofredes hiervoor is dat die

Amerikaanse grondwetskeppers in hul werksaamhede n vaste historiese strukturele aanvangspunt gehad het. Die Amerikaanse Grondwet het as gevolg van die “breuk met die geskiedenis” nie nodig gehad om dieselfde evolusionêre ontwikkelingspad soos die parlementêre stelsel te volg nie.

In die Amerikaanse Grondwet word die primêre konstitusionele beginsel duidelik gestel naamlik dat daar tussen die uitvoerende en wetgewende komponente van die regering n skeiding van owerheidsmagte is.

Hoewel die Grondwet die verskillende regeringsmagte ondubbelsinnig aan verskillende regeringsinstellings toevertrou, is dit duidelik uit die verdere bepalings dat die skeiding nie noodwendig in waterdigte kompartemente hoef te wees nie. Ten einde n mate van kontrolering tussen die instellings te verseker, is die outonomie van die liggame beperk deurdat onderlinge kontrole by wyse van n stelsel van remme en teenwigte tussen die instellings ingebou is.

Die grondleggers van die Amerikaanse Grondwet was bewus daarvan dat die stelsel van wigte en teenwigte tot n graad van inmenging tussen die verskillende owerheidsinstellings sou lei. Inmenging moes opgeweeg word teenoor die belang daarvan dat een owerheidsinstelling nie te veel mag oor die ander moes verkry nie, wat die balans in die Grondwet tussen die instellings sou versteur.

3.8.2.1 Strukturele skeiding in die (Amerikaanse) presidensiële stelsel

Die strukturele skeiding tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag word duidelik in die eerste drie artikels van die Amerikaanse Grondwet uiteengesit. Soos reeds in die bespreking van die presidensiële stelsel uitgewys is, word die uitvoerende gesag (die president) en die wetgewende gesag (kongres en senaat) deur twee verskillende verkiesings aangewys en het elk van die instellings sy eie mandaat, wat die skeiding tussen die twee instellings opnuut beklemtoon. Daar is ook aangedui dat (anders as in die parlementêre stelsel) wedersydse ontbinding of afdanking, behalwe in hoogs uitsonderlike omstandighede, nie kan plaasvind nie.

3.8.2.2 Funksionele skeiding in die (Amerikaanse) presidensiële stelsel

Die funksionering van die stelsel van wigte en teenwigte beklemtoon die skeiding van owerheidsmagte in die Amerikaanse presidensiële stelsel, omdat dit bepaalde magte aan een van die owerheidsinstellings oor n ander owerheidsinstelling gee. Terselfdertyd lei die stelsel tot die kontrole tussen die verskillende owerheidsinstellings. Die volgende bespreking word kortliks hieraan gewy.

Die aanvaarding van die jaarlikse begroting is n voorbeeld van die grondwetlike werkswyse met n wetgewende funksie wat deur meer as een instelling uitgeoefen kan word. Die president (uitvoerende gesag) stel die begroting op, maar die goedkeuring van die begroting is aan die kongres se beslissing onderworpe.

3.9 PARLEMENTÊRE EN PRESIDENSIËLE REGERINGSVORME: 'n KRITIESE OORSIG

Baie vergelykende studies is al van stapel gestuur om die sterk en swak punte van die parlementêre en presidensiële stelsels teenoor mekaar op te weeg. Dit is ook die oogmerk van hierdie bespreking, maar dit is belangrik dat die bespreking teen die agtergrond van die *trias politica*-leerstuk moet plaasvind.

3.9.1 Konsentrasie en/of die verspreiding van gesag

Dit is duidelik uit die struktuur en funksies van die parlementêre regering dat die stelsel (institusionele) mag sterker konsentreer, terwyl die presidensiële stelsel (institusionele) mag meer tussen die verskillende owerheidsinstellings versprei. Hierdie basiese verskil tussen die twee regeringstelsels is die direkte gevolg van die verskil in toepassing van die basiese uitgangspunte van die *trias politica*-leerstuk. Gevolglik beskik die parlementêre stelsel oor 'n "sterker" en meer daadwerklike regeringstelsel, met die potensiële gevaar van magsvergryping wat hieraan gekoppel is. Die gedeeltelike samesmelting in die Laerhuis van die wetgewende en uitvoerende gesag gee die eerste minister en sy kabinet gekonsentreerde mag om uitvoerend sterk op te tree.

Die presidensiële stelsel het histories juis die konsentrasie van mag probeer verhoed deur mag nie te veel op een punt in die stelsel te konsentreer nie. Met ander woorde, deur mag te versprei, word parlementêre beheer verhoed en aan grondwetlike beperkinge onderwerp.

Die onderskeid tussen die parlementêre en die presidensiële stelsel is natuurlik die direkte gevolg van die siening en toepassing van die normatiewe voorskrifte van die *trias politica*. In die presidensiële stelsel is daar 'n sterker toepassing en navolging van die skeiding van owerheidsgesag as in die parlementêre stelsel. Die resultaat is dat mag meer versprei en minder gekonsentreer word. Die bespreking hiervan sal in die laaste gedeelte van die onderafdeling in meer detail voortgesit word.

3.9.2 Voor- en nadele van beide stelsels

Linz en Stepan (1996:450) is van mening dat die parlementêre stelsel beduidende voordele bo die presidensiële stelsel geniet. Linz verwys na enkele voordele wat die parlementêre stelsel bo die presidensiële stelsel het:

(a) In die presidensiële stelsel het die president en die nasionale vergadering (kongres) kompeterende aansprake op 'n ondersteunersbasis. Die rede vir die kompeterende aansprake is dat die uitvoerende en die wetgewende gesag deur verskillende verkiesings verkies word. Die voortbestaan en funksionering van die wetgewende en uitvoerende gesag is ook onafhanklik van mekaar.

In die parlementêre stelsel is daar nie so 'n sterk skeiding tussen die uitvoerende en wetgewende gesag nie. In effek word beide in dieselfde verkiesing "verkies" en besit as gevolg hiervan nie eie onafhanklikheid

en outonome aansprake op n eie ondersteunersbasis nie. Die konstitusie maak dit verder ook moontlik dat die wetgewende gesag (deur h geslaagde mosie van wantroue) die uitvoerende gesag kan laat ontbind of dat die uitvoerende gesag (deur h nuwe verkiesing uit te roep) die wetgewende gesag kan laat ontbind. Die groter onafhanklikheid in die presidensiële stelsel tussen die uitvoerende en wetgewende gesag en die afwesigheid van meganismes vir wedersydse vervanging (die enigste meganisme is wraakstelling (*impeachment*) van die president in ekstreme situasies) gee aan die instellings onnodige permanensie, wat die demokratiese waarde daarvan verminder. In die parlementêre stelsel kan beide instellings op h meer demokratiese wyse vervang word.

(b) Linz en Stepan (1996:450) kritiseer ook die rigiditeit van die termyne van die uitvoerende en wetgewende gesag in die presidensiële stelsel, veral die vaste termyn van die president (uitvoerende gesag):

"[P]residentialism entails a rigidity ... that makes adjustments to changing situations extremely difficult; a leader who has lost the confidence of his own party or the parties who acquiesced [in] his election cannot be replaced."

(c) h Verdere nadeel van die presidensiële stelsel is dat dit sterk op n nul-som basis werk, met die wenner wat in alle opsigte voordeel trek. Indien h president aan dieselfde party as die meerderheid lede in die Kongres en Senaat behoort, kan die opposisie in n groot mate uitgesluit word. In die parlementêre stelsel is koalisiëvorming en magsdeling meer algemeen, met belange en eise van die opposisie wat meer geredelik in openbare beleid ingewerk word. In die presidensiële stelsel, met h direk verkose president, ontstaan die persepsie dikwels dat koalisiëvorming en toegewings aan die opposisie onnodig is.

(Die bespreking in die volgende hoofstuk oor die presidensiële stelsel in Brasilië handel oor die problematiek van h president wat te veel mag in homself konsentreer. Dit kan die gevolg hê dat die politieke stelsel mag sentraliseer eerder as om dit te desentraliseer en dat dit selfs tot n diktatuur of alleenbestuur lei. In die volgende hoofstuk sal daar gevolglik in meer besonderhede na hierdie aspek gekyk word.)

Die oorheersing van een party in die uitvoerende en wetgewende gesag in die presidensiële stelsel kan tot n intoleransie teenoor die opposisie lei, wat gevaarlik kan wees as die draers van gesag nie die pluralisme van die land reflekteer nie. (Dié situasie kan ook in die parlementêre stelsel voorkom, maar is nie so onvermydelik nie.)

Die belangrike aspek wat voortdurend onderliggend aan die verskille tussen die twee stelsels is, is die sterker rol wat die *trias politica*-leerstuk in die presidensiële stelsel speel. Die groter onafhanklikheid tussen die uitvoerende en wetgewende gesag, asook die institusionele en funksionele skeiding van owerheidsgesag, is die gevolg van 'n groter navolging van die normatiewe waardes wat die *trias politica*-leerstuk voorstaan (Zurcher, 1950:85).

Die groter mate van onafhanklikheid wat in die presidensiële stelsel tussen die uitvoerende gesag en die wetgewende gesag (kongres) in die VSA ontstaan het, het aanleiding gegee tot verdere statusontwikkeling en outonomie van die wetgewende gesag. Hierdie outonomie het die aansien, struktuur en prosedures van die kongres en ook die interne leierskap van die Speaker van die Raad van Verteenwoordigers versterk. Dié klemverskuiwing wat met verloop van tyd in die Amerikaanse Grondwet plaasgevind het, word in 'n groot mate deur die senioriteitsaspek gereflekteer, wat veral ter sprake is by presidensiële onbevoegdheid of onbekwaamheid. Gedurende die sestigerjare was die opvolgingsvolgorde, in die geval van onbekwaamheid van die president, as volg: die vise-president en in geval van sy onbekwaamheid die Sekretaris van Buitelandse sake. In die sestigerjare is 'n konstitusionele wysiging aangebring waarvolgens die Speaker van die Raad van Verteenwoordigers die derde posisie in die rangorde sou beklee.

Die eiesoortige magposisie van die Kongres het nie alleen die status en posisie van die Speaker van die Raad van Verteenwoordigers en die President van die Senaat versterk nie, maar ook partyleiers, leiers van komitees en die hoofde van staande komitees van die wetgewende liggaam (Zurcher, 1950:85).

In die parlementêre stelsel sal die wetgewende gesag, vanweë die dominansie wat die uitvoerende gesag in die parlement geniet, nooit dieselfde outonomie en status as in die presidensiële stelsel kan ontwikkel nie. Die dominansie van die meerderheidsparty en die aanwesigheid van kabinetslede in die Laerhuis, maak 'n soortgelyke ontwikkeling onwaarskynlik.

Dit is ook duidelik dat die saamgestelde (*fused*) aard van die parlementêre stelsel beteken dat die parlement meer daadwerklik kan optree, omdat dit mag meer effektief in die parlement konsentreer (Jackson & Jackson, 2003:273-275).

Daar moet egter deurentyd in gedagte gehou word dat die ontwikkeling van die

presidensiële stelsel in Amerika juis n teenreaksie op die destydse parlementêre diktatuur in Engeland was. Die oorheersing van die Engelse parlement, bestaande uit die uitvoerende en wetgewende gesag, was vir die grondleggers van die Amerikaanse Grondwet onaanvaarbaar. Dit het daartoe gelei dat tydens die Amerikaanse kolonies se grondwetlike konvensie in 1787, daar sterk standpunt teenoor magskonsentrasie in die parlement ingeneem is. Die resultaat was dat, toe die toepaslike regeringstelsel bespreek is, die normatiewe voorskrifte van die *trias politica*-leerstuk sonder meer aanvaar is as teenvoeter teen die oorheersing van die parlement of een van die owerheidsinstellings:

“No political truth” het Madison verklaar, “is of greater intrinsic value.” (Madison & Stephenson, 1987:75).

Die oogmerk van die konvensie was nie om sterk gesentraliseerde regering te ontwikkel nie, maar eerder n beperkte regering waarin die verskillende owerheidsmagte met ingeboude wedersydse kontroles (wigte en teenwigte) geskei sou wees.

Die presidensiële stelsel is daarom nie in dieselfde sterk uitvoerende posisie as die parlementêre stelsel nie, bloot omdat die Amerikaanse grondwetskrywers juis nie so n sterk regering wou gehad het nie. Fisher (in Lijphart, 1992:217) verwys na kritici wat beweer dat die Amerikaanse presidensiële stelsel onuitstaanbare struikelblokke en oneffektiwiteite bevat wat nie met moderne regering versoenbaar is nie.

Dit is egter eerder n geval dat die grondleggers van die Amerikaanse Grondwet die normatiewe beginsel van skeiding van owerheidsgesag nagestreef het. In die moderne era word dit gedemonstreer aan die hand van die prosedure wat gevolg word met die aanvaarding van die begroting. Die president lê die begroting vir goedkeuring aan die kongres voor, want geen federale fondse mag uitgegee word sonder die kongres se goedkeuring nie. Die sogenaamde *power of the purse* gee die kongres die finale mag oor regeringsuitgawes, maar die president kan sy vetoreg gebruik indien die wetgewing nie goedgekeur word nie. Hierdie uitvoerende handeling van die president kan egter genegeer word deur n tweederdemeerderheid in albei huise. In Desember 1995 het die magstryd tussen die president en die kongres oor die begroting daartoe gelei dat die regering vir weke lamgelê is (Jackson & Jackson, 1997:260).

Caraley (1994:422) argumenteer dat die proses nie noodwendig in n negatiewe lig gesien moet word nie. Caraley aanvaar dat die parlementêre stelsel, met sy beperkte skeiding van owerheidsfunksies, wel tot spoediger besluitneming as die presidensiële stelsel in staat is. Caraley (1994:422) aanvaar ook dat die presidensiële stelsel in navolging van die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte wel omslagtiger is. Hy toon egter aan dat die presidensiële stelsel, as gevolg van die strukturele en funksionele skeiding van owerheidsgesag, meer veelvuldige intrepunte vir insette van belange- en drukgroepe vir die kongres met sy ryk verskeidenheid van staande en ander komitees verskaf.

Die stelsel van wigte en teenwigte wat tussen die president en die kongres bestaan, versprei die uitvoering en die toepassing van mag struktureel en funksioneel beter as in die parlementêre stelsel. Die verspreiding van mag beperk die moontlikheid vir onafhanklike en oorhaastige aksie deur een individu, groep of owerheids gesag in die regering. Dit is wel 'n geldige argument dat die omslagtiger werkswyse in die presidensiële stelsel heelwat struikelblokke skep en besluitneming soms vertraag. Hierdie struikelblokke is egter meganismes en waarborge teen magkonsentrasie. Die stelsel van waarborge is verkieslik bo die parlementêre stelsel se meerderheidsdominansie in die Laerhuis, waar daar min konstitusionele waarborge teen die regering bestaan. Die presidensiële stelsel is in dié opsig meer demokraties omdat mag meer gefiltreer word as in die parlementêre stelsel.

Die teenargument is al geopper dat die groter omslagtigheid in die presidensiële stelsel die president se mag dikwels kwesbaar en niesubstansieel maak. Die antwoord hierop is dat die magsuitoefening van die president op 'n ander vlak geleë is - en in baie gevalle eerder is waarna Neustadt (1980:115) verwys as *the power to persuade*. Neustadt wys daarop dat die president uit die aard van die groter diffusie van mag dikwels met rolspelers so uiteenlopend soos die kongres, federale burokrasie, Hooggeregshof en die media moet onderhandel, hulle moet aanmoedig en selfs soms moet vlei om sekere mikpunte te bereik. Die magsuitoefening betrek hiermee meer rolspelers wat op hul beurt die demokratiese inhoud van die presidensiële stelsel versterk.

Daar is wel argumente dat die posisie van die president oor die lang termyn mag in sy verhouding met die kongres prysgegee het. Soos voorheen genoem, het sterker leiersrolle in die Kongres (wetgewende gesag) begin ontwikkel en het opeenvolgende Amerikaanse Kongresse begin om hul belange sterker teenoor die uitvoerende gesag af te dwing. 'n Voorbeeld hiervan is die War Powers Resolution of 1974, wat toestemming van die Kongres vereis wanneer gewapende magte van die Verenigde State van Amerika (VSA) na buitelandse bestemmings gestuur moet word.

Presidente se uitvoerende mag word dikwels nog verder ingeperk wanneer die Kongres deur opposisiepartye beheer word (Heywood, 2000:322). Dit is die probleem wat President Bill Clinton van die Demokratiese Party ervaar het toe die Kongres in 1994 deur die Republikeinse Party beheer is. Heelwat van Clinton se inisiatiewe in die kongres het die wind van voor gekry.

Daar moet egter genoem word dat die partystelsel in die presidensiële stelsel relatief swakker as sy eweknie in die parlementêre stelsel ontwikkel het. Die wese van die Amerikaanse partystelsel verstewig die skeiding van owerheids gesag deurdat die onderskeie partye in die kongres selde koherent optree. Dit gebeur dikwels dat senatore

en lede van die Raad van Verteenwoordigers die partyleierskap opponeer en meer onderdanig is aan persoonlike persepsies en die belange wat hulle verteenwoordig, en nie blindelings lojaal aan hul party is nie. Anders as in die parlementêre stelsel, beskik die president nie oor dissiplinêre middele om teen die “afvalliges” van sy party op te tree nie. Die meer “spontane” uitoefening van mag in die kongres is uniek en kontrasteer sterk met die kookusgedrewe parlementêre partystelsel, wat meer rigied is en daardeur mag sterker konsentreer. Dit is duidelik dat die skeiding van owerheids gesag in die Kongres deur hierdie groter individualiteit versterk word.

Die eenheid van die presidensiële stelsel, wanneer uitvoerende handeling plaasvind, is egter nie so gefragmenteer as wat moontlik aanvaar word nie. Die wetgewende gesag is meer gefragmenteer omdat die kongres meer gefragmenteerde belange en state as die president verteenwoordig. Daarteenoor kan die president met reg daarop aanspraak maak dat hy die totaliteit van die Amerikaanse bevolking verteenwoordig, omdat hy as individu deur die meerderheid van die kiesers verkies word. Die eenheid van die uitvoerende handeling van die president word ook verder deur die aanwysings van adviseurs versterk. Die presidensiële adviseurs is nie soos in n parlementêre stelsel n groep ministers wat verskeie faksies, belange of geografiese eenhede moet verteenwoordig nie.

Die groter mate van skeiding van owerheids magte wat in die presidensiële stelsel ingebou is, hou ook verdere voordele vir die Amerikaanse kieser in (Mainwaring & Shugart, 1997:460). Die direkte verkiesing van die hoof uitvoerende beampte (president), losstaande van die wetgewende verkiesing, gee die stemgeregtigdes h wyer keuse as wat in die parlementêre stelsel moontlik is. Stemgeregtigdes kan een party op die wetgewende vlak en h ander party op die uitvoerende vlak van regering steun.

Die skeiding van owerheids magte word versterk deur die “losstaande” konstitusionele posisie van die president wat direk verkies word. Die direkte stem in die presidensiële stelsel vir h president beteken dat n maksimalisering van verantwoordingstelling of -houding (*accountability*) kan plaasvind omdat die posisie en persoon sterker geskei van die ander instellings geskei word.

Verantwoordinghouding is die graad, intensiteit en metode waarmee verkose beleidmakers in n verkiesing tot verantwoordelikheid vir hul handeling (beleid) gehou kan word. Hierdie identifisering verwys na die kieser se vermoë om n presidentskandidaat te identifiseer, waarna h meer ingeligte keuse uitgeoefen kan word. Wanneer gestem word, is die meer direkte verband, wat in die presidensiële stelsel in die keuse van n hoof uitvoerende amptenaar berus,

versterkend tot die proses. In die parlementêre stelsel is die skeiding tussen party en individu nie moontlik nie.

Dit is, soos Mainwaring en Shugart (1997:461) aandui, waarom die parlementêre stelsel met sy veelheid van partye n meer gefragmenteerde stelsel as die presidensiële stelsel is. Die gefragmenteerdheid word deur die gebrek aan n direkte stem vir n regeringshoof en die afwesigheid van meganismes versterk. Daar is geen geleentheid om ontevredenheid met n potensiële hoof van die regering deur n uitbring van n stem in die verkiesing te artikuleer nie.

h Laaste voordeel waaroor die presidensiële stelsel met sy meer rigiede skeiding van owerheidsgesag beskik, is die groter onafhanklikheid waaroor die kongres (wetgewende gesag) beskik. Die groter outonomie wat die kongres in wetgewende handeling besit, is h belangrike voordeel wat op die skeiding van owerheidsgesag gebaseer is. Die kongres kan wetgewend optree sonder onnodige kommer oor die onmiddellike gevolge van n bepaalde wet vir die oorlewing van n politieke party. h Wetgewende handeling kan dus gemik word op die waarde vir n spesifieke saak, eerder as om op die reaksie daarop, wat weer gevolge vir die steun vir die politieke party met die meerderheid in die wetgewende vergadering sou inhou, te konsentreer. Sake kan op hul onderskeie meriete oorweeg word, eerder as om die aangeleenthede as sake van vertroue in die leierskap of koalisie te sien.

3.10 DIE ONTWIKKELING VAN DIE SKEIDING VAN OWERHEIDSGESAG IN DIE PARLEMENTÊRE EN DIE PRESIDENSIËLE STELSEL: BEPAAL STRUKTUUR FUNKSIE OF BEPAAL FUNKSIE STRUKTUUR?

Dit sal insiggewend wees om na die ontwikkeling van die parlementêre en presidensiële stelsels se strukturele en funksionele ontwikkeling te kyk, met ander woorde, om die oorsaak-gevolg-verhouding van die navolging van die *trias politica*-leerstuk te ondersoek. Met verwysing na oorsaak-gevolg verhouding kan dus gevra word of dit uiteindelik struktuur is wat funksie bepaal het en of dit n geval van funksie wat die struktuur bepaal het?

In die lig van die voorafgaande bespreking is die ondersoek hoofsaaklik op die institusionalisering van die basiese funksies van magsuitoefening gebaseer. Daar is aanvanklik na die historiese uitoefening van gesag en die historiese proses van diversifisering daarvan (wetgewend, uitvoerend en regsprekend) in Engeland gekyk, veral hoe die proses op evolusionêre institusionalisering neergekom het.

In kontras met die ontwikkeling in Engeland het die presidensiële stelsel h soortgelyke ontwikkeling ervaar, maar uit die teenoorgestelde rigting. Die filosofiese uitgangspunte van Locke en Montesquieu, tesame met die historiese ervaring en afkeuring deur die Amerikaanse kolonies

van die Engelse parlementêre stelsel, het aan die Amerikaanse grondwetskeppers die geleentheid gebied om met 'n skoon lei te begin. Die grondwetskeppers het die *de novo*-regeringstrukture geskep waaruit regeerfunksies logies sou voortvloei; met ander woorde 'n struktuur-funksie-verhouding.

Mathews (in Devenish, 1998:13) verwys na die *trias politica*-leerstuk as 'n nie-akkurate beskrywing van die werking van die Amerikaanse Grondwet. Volgens Devenish is Mathews se waarneming dat die werking van die Amerikaanse Grondwet meer akkuraat omskryf kan word as 'n regering (stelsel) met afsonderlike instellings (wetgewend, uitvoerend en regsprekend) wat die regeerfunksie deel. Struktuur bepaal die funksie. Die struktuur het 'n vaste historiese aanvangspunt verskaf waaruit die funksie kon voortvloei.

'n Verdere interessante standpunt is dié van Fisher (in Lijphart, 1992:217), wat aanvoer dat effektiwiteit, en nie die teorie oor die skeiding van owerheidsgesag nie, vir die verdeling in 'n wetgewende, uitvoerende en regsprekende funksie verantwoordelik was. Fisher beweer dat gebeure en nie teorieë die verdeling van owerheidsgesag laat plaasvind het. Hy haal die teoretikus Francis Wharton aan wat beweer:

“[T]he Constitution did not make the distribution of power. It is more proper to say that this distribution of power made the Constitution of the United States.”

3.11 METODES VIR DIE VERDELING VAN OWERHEIDSGESAG

Die verdeling van owerheidsgesag op grond van die *trias politica*-leerstuk is een van die modelle of verskyningsvorme van skeiding van owerheidsmagte. Dit impliseer egter nie dat dit die enigste wyse is waarop gesag gedekonstrueer of gedesentraliseer kan word nie. Die skeiding van owerheidsmagte in 'n politieke stelsel veronderstel dat die gesag lateraal of horisontaal *binne die stelsel* geskei word.

Gesag in 'n staat kan ook vertikaal versprei word deurdat dit in opeenvolgende vlakke, vanaf die sentrale vlak na die provinsiale vlak en uiteindelik tot op plaaslike vlak, aan verskillende persone of instellings oorgedra word (sien hoofstuk 7.) Die skeiding van owerheidsgesag (*trias politica*) kan gevolglik in elk van dié verskillende vlakke toegepas word.

Wanneer gesag vertikaal in verskillende staatsvorme geskei word, vind dit territoriaal in 'n gesentraliseerde unie, gedesentraliseerde unie, gesentraliseerde federasie en 'n gedesentraliseerde federasie plaas. Uiteraard sal die skeiding van owerheidsgesag in 'n gedesentraliseerde federasie gesag wyer versprei as in 'n gesentraliseerde unie.

Die verskeidenheid staatsvorme (assosiasies, konfederasies, federasies en unies) wat bestaan, versterk bykomend die skeiding van owerheidsgesag wat in die verskillende regeringsvorme (parlementêr, presidensieel en semipresidensieel voorkom (Kriek, 1981:169).

Die verskeidenheid staatsvorme verdeel gesag *tussen* deelnemende eenhede wat oor graadverskille van outonomie beskik. Dit wissel van 'n hoë mate van onafhanklikheid in gedesentraliseerde federasies tot lae vlakke van outonomie in byvoorbeeld 'n gesentraliseerde unie. Die skeiding van owerheidsgesag wat daarom in 'n politieke stelsel voorkom, kan ook die verdeling van gesag verteenwoordig *tussen* verskillende owerhede. (tussen die federale owerhede en die owerhede van die verskillende deelnemende state).

Rautenbach en Malherbe (2004:79) beskryf vier metodes vir die verdeling van owerheidsgesag:

(i) Besluite word deur die sentrale owerheidsorgaan geneem en gee die mandaat aan 'n ondergeskikte owerheidsorgaan om die besluit uit te voer. Die owerheidsorgaan het geen bevoegdheid of diskresie nie. Dit is steeds 'n sterk vorm van sentralisasie, omdat die ondergeskikte owerheidsorgaan oor geen eie diskresie beskik nie.

(ii) Besluite word deur 'n ondergeskikte in die naam van die sentrale owerheidsorgaan geneem. Die ondergeskikte owerheidsorgaan het bepaalde bevoegdhede en 'n diskresie, maar streng binne die riglyne wat vooraf vasgelê is. Hierdie verdeling of desentralisasie van gesag vind byvoorbeeld plaas vanaf 'n minister na 'n departementshoof.

(iii) Besluite word op 'n sterk onafhanklike wyse deur 'n ondergeskikte owerheidsorgaan geneem. Sterk sentralisasie of gesagsverdeling vind plaas en die ondergeskikte orgaan beskik oor eie bevoegdhede en diskresie. Die sentrale owerheidsorgaan kan egter in die finale instansie ingryp en die gesag terugneem of die ondergeskikte orgaan afdank.

(iv) Gesag word in 'n konsepwet, of later deur 'n ooreenkoms, verdeel deur dit aan verskillende deelnemende territoriale eenhede oor te dra, byvoorbeeld in 'n federasie of 'n konfederasie.

3.11.1 Verspreiding van gesag in 'n staat in verskillende staatsvorme

Soos reeds aangedui, kan die arbitrêre optrede van 'n sentrale owerheid verhoed word deur gesag *binne* 'n stelsel te verdeel, soos deur die toepassing van die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte. Teoreties oefen verskillende owerheidsorgane dan gesag op spesifieke spesialiseringsterreine uit, soos die maak van wette, uitvoering van

wette en die uitoefening van regsfunksies. Die owerheidsorgane kan mekaar deur 'n stelsel van wigte en teenwigte onderling kontroleer en so die skeiding handhaaf en balans bewerkstellig. Hierdie verdeling vind in verskillende *regeringsvorme* soos die parlementêre, presidensiële, semipresidensiële en komiteestelsels plaas.

Arbitrêre optrede deur sentrale owerhede kan ook verhoed word deur gesag te verdeel deur die politieke stelsel te desentraliseer en gesag horisontaal tussen die gedesentraliserende eenhede te versprei.

Die balans tussen sentralisasie en desentralisasie in 'n staat word deur die historiese, kulturele, ekonomiese en politieke faktore gestimuleer wat inherent aan die staat is. Hierdie verdeling in 'n staat manifesteer in 'n verskeidenheid *staatsvorme* soos konfederasies, gedesentraliseerde federasies, gesentraliseerde federasies, gedesentraliseerde unies en gesentraliseerde unies. Die verskillende *regeringsvorme* kan natuurlik in die kollektiewe besluitnemingsorgaan neerslag vind.

Kriek (1992:11) verwys soos volg na die verspreiding van staatsgesag in 'n bepaalde territorium:

“From a sociological point of view, forms of government reflect the degree of integration between the units of the same or of different societies. These degrees of integration occur in a spectrum which varies from the greatest possible measure of independence on the one hand to complete integration on the other. Absolute independent states represent the one pole and centralised unitary states the opposite pole.”

Heywood (2000:123) bespreek die volgende vier beweegredes vir desentralisasie en die groter outonomie van die deelnemende eenhede in die verskillende staatsvorme.

- (i) Vryheid is een van die sterkste dryfvere vir desentralisasie. Desentralisasie beskerm vryheid deur regeringsgesag te fragmenteer en daardeur 'n netwerk van wigte en teenwigte te skep.
- (ii) Groter deelname deur die deelnemende eenhede word verkry deurdat die trefwydte van die politieke proses verbreed word. Dit is 'n groter verdeling van staatsgesag.
- (iii) Legitimiteit word bereik, veral wanneer die sentrale owerheid geografies en polities te ver van die bevolking verwyder is. Die besluite en optrede word deur die deelnemende eenhede as hul eie beskou.
- (iv) Groter verantwoordbaarheid kan verkry word deurdat die deelnemende eenhede nader aan die inwoners is, wat verseker dat daar beter na hul belange omgesien kan word. Die plaaslike regering kan ook makliker verantwoordbaar gehou word.

3.11.2 Federalisme as staatsvorm

Federalisme as staatsvorm (afgelei van die Latynse woord *foedus* wat pakt of gelofte beteken) verwys na die reg - en politieke strukture wat gesag in n staat territoriaal op h vertikale wyse verdeel. As n politieke staatkundige verskynsel, veronderstel federalisme twee onderskeibare vlakke van regering, wat in h bepaalde gesagsverhouding teenoor mekaar gerangskik is (Heywood, 2000:125).

Indien die sentrale eenheid in h federasie steeds in staat is om die deelnemende eenhede te domineer, lei dit tot die gesentraliseerde federale vorm, terwyl wanneer die regionale deelnemende eenhede in staat is om sterk outonoom op te tree, dit h gedesentraliseerde federasie tot gevolg het (Jackson & Jackson, 2003:225).

3.11.3 Suid-Afrika en die verdeling van staatsgesag

In die voorafgaande twee hoofstukke is daar na die breë spektrum van konstitusionele meganismes gekyk wat arbitrêre optrede deur n staats- of regeringshoof kan verhoed. In die meeste voorbeelde het dit oor die verspreiding van gesag aan verskillende owerheidsinstellings, soos die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag, gehandel.

Hierdie uiteensetting het hoofsaaklik op h teoretiese vlak plaasgevind. Die fokus van die proefskrif is op die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte en die wyse waarop dit in opeenvolgende grondwette in Suid-Afrika neerslag gevind het. Dit veronderstel egter nie dat die ander manifestasies van verspreiding van gesag, soos in verskillende staatsvorme, agterweë gelaat gaan word nie. In die laaste hoofstuk sal die verskillende vorme van verspreiding van gesag byeengebring word wanneer n praktiese toepassing op die politieke ontwikkeling in Suid-Afrika gemaak sal word.

3.12 SLOT

In dié hoofstuk is die institusionalisering van die *trias politica*-leerstuk in verskillende regeringstelsels bespreek. Hoewel duidelike klemverskuiwings wat tot uiteenlopende permutasies gelei het, merkbaar was, was dit ook duidelik dat die basiese normatiewe voorskrif van die skeiding van owerheidsgesag die primêre onderliggende dryfveer in al die regeringstrukture was. Die basiese normatiewe voorskrif is dat politieke mag nie in die hande van een maghebber gekonsentreer mag wees nie, maar dat verskillende regeringsinstellings die funksie moet uitoefen.

Gekoppel aan die graad van skeiding wat veral tussen die wetgewende en uitvoerende gesag voorkom, het drie hoofipes regeringsinstellings ontwikkel. Die kleinste mate van

struktureel-funksionele skeiding het in die parlementêre stelsel voorkom, met die grootste mate van skeiding in die presidensiële stelsel. Die semipresidensiële stelsel, wat elemente van beide stelsels bevat, is ten opsigte van die graad van skeiding tussen die twee stelsels geleë.

Daar is ook op gewys dat die skeiding in al drie stelsels nie absoluut is nie. Prakties sou so 'n stelsel onuitvoerbaar wees, want 'n mate van strukturele interaksie is 'n funksionele onontbeerlikheid. Die presidensiële stelsel, wat die grootste graad van skeiding toelaat, gebruik 'n stel wedersydse kontrolemeganismes (wigte en teenwigte) ten einde doeltreffende funksionering moontlik te maak.

Dit is ook belangrik dat die onderskeid tussen die parlementêre en die presidensiële stelsels daarin geleë is dat eersgenoemde 'n samesmelting tussen die wetgewende en die uitvoerende gesag toelaat en laasgenoemde 'n sterk strukturele skeiding maak. Die verhouding met die regsprekende gesag is in beide stelsels basies dieselfde.

In hierdie hoofstuk is, in aansluiting by die vorige hoofstuk, voortdurend daarop gewys dat die *trias politica*-leerstuk 'n normatiewe voorskrif is. Die *trias politica*-leerstuk, soos deur Locke en Montesquieu daaraan beslag gegee is, het 'n staatkundige, etiese en normatiewe voorskrif geskep om magsentralisasie te verhoed. Kontrole deur die regsprekende gesag, veral die moderne Konstitusionele Hof kan die inmenging van een instelling in die grondwetlike magte van 'n ander verhoed, wat tot hoër vlakke van demokratisering lei.

HOOFSTUK 4

h VERGELYKENDE ONDERSOEK NA DIE PARLEMENTÊRE EN PRESIDENSIËLE REGERINGSTELSELS IN GESELEKTEERDE LANDE

4.1 INLEIDING

In die vorige hoofstuk is die bespreking aan h teoretiese en historiese uiteensetting van parlementêre en presidensiële regeringsvorms gewy. In die bespreking van dié regeringstelsels is die bekendste historiese eksponente van die regeringsvorms, Brittanje en Amerika, in vergelykende perspektief uitgelig.

In hierdie hoofstuk word die bespreking van die parlementêre en die presidensiële stelsel voortgesit. Die oogmerk is egter om wyer as net die bespreking van die parlementêre en presidensiële stelsels van Brittanje en Amerika te ontleed. Die metodologie wat gebruik gaan word, is om h aantal lande, waarin die parlementêre, die presidensiële en ander hibriede regeringstelsels neerslag gevind het, te selekteer om die bespreking van die verskillende regeringstelsels vollediger te doen. Die strategie is om die verskillende permutasies van die parlementêre en presidensiële stelsels deur middel van die vergelykende metode in bykomende lande te beskryf, te ontleed, te klassifiseer en uiteindelik te verklaar.

Die lande wat vir die ondersoek geselekteer is, verteenwoordig daarom h verskeidenheid van demokrasieë soos uiteenlopend soos die Brasiliaanse presidensiële stelsel in Suid-Amerika en die parlementêre stelsel in Japan.

Verdere parlementêre stelsels wat bespreek sal word, sluit demokrasieë soos Kanada (Noord-Amerika), Indië (Asië), Frankryk (Europa) en die unieke regeringstelsel van Switserland (Europa) in. Dié lande het om unieke redes eiesoortige kenmerke ontwikkel wat hulle van die konvensionele parameters van tradisionele regeringstelsels onderskei. Daar sal ook kortliks na Zimbabwe se regeringstelsel verwys word om sodoende ook n Afrika-land by die bespreking in te sluit. Die rede vir die keuse van lande is h geografiese verspreiding van een of meer lande in die meeste kontinente asook breë verskeidenheid met betrekking tot ontwikkeling en wesenstaand.

Die fokus van hierdie hoofstuk sal egter eerstens wees om die metodiek (vergelykende metode) wat in die hoofstuk gebruik word, bekend te stel en kortliks uiteen te sit. Die vergelykende metode, wat reeds in die tweede hoofstuk figureer, is die vernaamste ontledingsinstrument wat in die

hoofstuk toegepas gaan word. In Begrip van die uitgangspunte, toepassing en waarde van die vergelykende metode vir wetenskaplike navorsing is van groot belang. Hierdie aspek sal in die bespreking wat volg, uitgelig word.

In die tweede hoofstuk is daar reeds van die vergelykende metode gebruik gemaak deur die presidensiële stelsel met die parlementêre stelsel te vergelyk en daarna ook op 'n praktiese vlak op Brittanje en Amerika van toepassing te maak. Die vergelykingsfokus van die onderhawige hoofstuk is egter veel breër en omvangryker as dié van die tweede hoofstuk.

Die oogmerk in hierdie hoofstuk moet egter in die groter samehang van die proefskrif begryp word. Die onderliggende probleemstelling van die proefskrif is dié van die skeiding van owerheidsgesag. Die ondersoek van die geselekteerde lande (Brasilië, Kanada, Indië, Frankryk, Japan, Switserland en Zimbabwe) geskied dus in hierdie hoofstuk deurentyd teen die agtergrond van die skeiding van owerheidsmagte in die onderskeie lande. Die ondersoek en vergelyking het ten doel om te bepaal in watter mate die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte in dié lande neerslag gevind het en ook in watter mate dit tot 'n hoër vlak van stelselstabiliteit bygedra het. Die hoër stelselstabiliteit dra op sy beurt by tot hoër demokratiseringsvlakke en demokratiese konsolidering.

Die oogmerk van die hoofstuk en ook die proefskrif is om die skeiding van owerheidsgesag in sy verskillende permutasies te ondersoek. Hoewel demokrasie en demokratiese konsolidasie deur die skeiding van (arbitrêre) owerheidsgesag versterk word, is dit nie die spesifieke fokus van die proefskrif nie. Die verwysing in die proefskrif na demokratisering, hoër vlakke van demokrasie en demokratiese konsolidasie geskied daarom indirek.

Daar moet voortdurend in gedagte gehou word dat die skeiding van owerheidsmagte 'n bepaalde funksie in die regeerproses vervul. Die onderliggende hipotese is dat die skeiding van owerheidsgesag eerstens tot die beperking en vermindering van arbitrêre en eensydige optrede deur 'n gesentraliseerde owerheid (uitvoerende gesag) bydra. Die beperking van die uitvoerende gesag vind plaas deurdat magte van die verskillende owerheidsorgane konstitusioneel beskryf word en dit tussen die verskillende instellings (wetgewend, uitvoerend en regsprekend) verdeel word. 'n Verdere wyse om gesag te beperk, is om die verskillende owerheidsorgane met bepaalde magte te beklee, sodat hulle onderling 'n "wagfondfunksie" kan vervul. Die "wagfondfunksie" veronderstel dat die instellings hul gesag en funksies uitvoer, maar dat daar 'n balans van kontrole by wyse van wigte en teenwigte tussen die instellings bestaan.

Soos genoem, sal daar in die bespreking eerstens aan die presidensiële regeringstelsel aandag geskenk word. Die bespreking van die presidensiële regeringstelsel sal deurentyd teen die agtergrond van die navorsingvraag, naamlik die skeiding van owerheidsmagte, plaasvind. Die vergelykende metode sal gebruik word om Brasilië se regeringstelsel te ontleed en dit met dié van die VSA te vergelyk. Die oogmerk is om te bepaal in watter mate die toepassing van die presidensiële stelsel in dié land tot n groter of kleiner mate van skeiding van owerheidsmagte aanleiding gegee het. Dit is ook belangrik om te bepaal of meer of minder skeiding tot stelselstabiliteit en n groter mate van demokratisering in Brasilië aanleiding gegee het.

Die bespreking van die presidensiële regeringstelsel sal later in die hoofstuk met h ontleiding van n verdere interessante hibriede regeringstelsel, naamlik Switserland se komiteestelsel, afgesluit word. Met die eerste oogopslag wil dit voorkom of Switserland se unieke regeringstelsel oor min ooreenstemmende kenmerke met ten opsigte van enige van die tradisionele regeringstelsels beskik. Die standpunt word gehuldig dat die Switserse komiteeregeringstelsel sekere ooreenkomste met die Amerikaanse presidensiële regeringstelsel toon en dat die Amerikaanse stelsel as n model vir dié land gedien het.

Dit is daarom belangrik dat die Switserse komiteestelsel met sy unieke kenmerke ook bespreek word. Die belangrike vraag is op watter wyse Switserland die skeiding van owerheidsmagte in sy komiteeregeringstelsel hanteer. Op watter wyse werk die Switserse komiteestelsel die arbitrêre, eensydige konsentrasie van gesag teë? Oor watter unieke regeringskenmerke beskik die Switserse stelsel om die skeiding van owerheidsmagte toe te pas?

In die tweede gedeelte van die hoofstuk verskuif die klem na h bespreking van die parlementêre regeringstelsel. Die lande wat in die bespreking aan die beurt sal kom, is Kanada, Indië, Japan, Frankryk en ten slotte Zimbabwe.

Die bespreking en vergelyking van Kanada en Indië se parlementêre stelsels is moontlik vanweë die sterk historiese ooreenkomste wat tussen die twee lande bestaan. Albei lande is voormalige Britse kolonies wat onder die imperiale heerskappy van Groot-Brittanje gestaan het. Die staatkundige ontwikkeling vanaf h hoogs gesentraliseerde Britse Ryk na n gedentraliseerde Statebond was die konstitusionele konteks waarin Kanada en Indië ontwikkel het.

Al twee lande het, met enkele klein aanpassings, die parlementêre regeringstelsel met h vermengde uitvoerende en wetgewende gesag

oorgeërf, wat tot 'n verminderde vlak van skeiding van owerheidsgesag gelei het. Die regsprekende gesag in die lande is ook in 'n mate deur die parlementêre oppergesag en die ondergeskikte posisie van die grondwet gekniehalter.

Kanada en Indië is albei lande wat gesag op die geografies-horizontale staatkundige vlak skei. Kanada en Indië voldoen albei aan die kenmerke vir gesentraliseerde federasies.

Die belangrikheid van die bespreking van die parlementêre stelsels van Kanada en Indië is om te bepaal watter ooreenkomste daar tussen die lande bestaan met verwysing na die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte. Op watter wyse skei Kanada en Indië owerheidsgesag binne 'n gesentraliseerde federasie en hoe verskil dit byvoorbeeld van die skeiding van owerheidsgesag in 'n gedesentraliseerde federasie? Watter waarde hou hierdie skeiding vir dié lande in en lei die skeiding tot groter stelselstabiliteit en demokrasie?

Die volgende belangrike bespreking is dié van die parlementêre stelsel van Japan. Die belangrikheid van die Japanse parlementêre regeringstelsel is die sterk ooreenstemmende kenmerke wat dié stelsel met Suid-Afrika (onder die nuwe Grondwet) toon.

Ooreenstemmende grondwetlike kenmerke in die regeringstelsels van Japan en Suid-Afrika is veral die rol van die regsprekende gesag, die institusionele status van die regsprekende gesag teenoor die ander regeringstelsels en die belangrike status van die grondwet. Japan se beperkte (*constrained*) parlementêre stelsel het duidelik sterk ooreenkomste met Suid-Afrika se regeringstelsel en daarom word 'n vergelyking tussen die twee lande gedoen.

In hierdie hoofstuk sal bykomend na die wyse gekyk word waarop skeiding van owerheidsgesag binne 'n semipresidensiële stelsel plaasvind. Dié bespreking vind met verwysing na Frankryk plaas. Wat Afrika betref, word Zimbabwe ook by die bespreking ingesluit om vas te stel op watter wyse gesag in dié land geskei word.

4.2 METODE VAN ONDERSOEK

Die vergelykende metode wat in die hoofstuk gebruik gaan word, is 'n belangrike ontledingsinstrument wat aangewend kan word om die bestaande kennisvlak oor geïdentifiseerde navorsing te verhoog.

Die doel van die vergelykende metode is onder andere om belangrike politieke ooreenkomste en verskille tussen lande, staatsvorme en regeringstelsels te verduidelik (Hague & Harrop, 2004:69). Die vergelykende metode bied die potensiaal om verder as beskrywing te vorder deur hipoteses oor die staatkunde te toets.

Volgens Peters (1998:3) is die vergelykende metode noodsaaklik vir die konstruksie van

betekenisvolle teoretiese en analitiese verklarings oor regerings en staatkundige ordeninge binne hul komplekse historiese en kulturele kontekste. Die vergelyking kan tussen twee lande gedoen word of aan die algemene uitgangspunte in die politiek en staatkunde gekoppel word.

Indien die presidensiële stelsel, met sy sterk klem op die skeiding van owerheidsmagte, net met betrekking tot Amerika beskryf en ontleed sou word, sou dit nie die nodige wetenskaplike waarde bied nie. Die ware toets sou eerder wees om die presidensiële stelsel meer deurtastend te toets deur n vergelykende studie te onderneem. As die presidensiële stelsel in n breër spektrum van lande vergelyk en getoets word, kan meer belangrike inligting oor dié regeringstelsel verkry word as wanneer dit net op een land gebaseer word.

Die vergelykende metode maak dit dus moontlik om n noue, sentristiese beskouing van die politiek en staatkunde te vermy. Ten einde regeringstelsels beter te begryp, is dit belangrik om wyer as net een land of net een voorbeeld te kyk: “This is why the search for comparison is central to the study of government and why comparative government is necessarily the cornerstone of a rigorous and scientific study of government” (Jackson & Jackson, 2003:75).

Die waarde van die vergelykende metode is ook daarin geleë dat die “bekende” met die “onbekende” vergelyk kan word. In die proses word daar meer kennis oor die onbekende ingewin deur van die basiese vertrekpunte van die bekende stelsel gebruik te maak. Die gevolgtrekking wat op grond van die bekende en getoetste patroonmatigheid gemaak kan word, is in die wese van deduktiewe gevolgtrekking geleë. In die konteks is dit eenvoudig: “using facts we know to learn something about facts we do not know” (Landman, 2000:10).

In die eerste vergelykende ondersoek wat in die hoofstuk gedoen sal word, sal die bestaande kennis oor Amerika se regeringstelsel as aanvangspunt gebruik word om inligting oor minder bekende lande in konteks te kan begryp. Die strukturele en funksionele aspekte van Amerika se presidensiële stelsel is reeds in die voorafgaande hoofstuk uiteengesit. Vanweë die logiese verantwoordbaarheid van die metodiek sal Amerika teenoor Brasilië gestel word. (Amerika verteenwoordig die bekende en Brasilië die onbekende.)

n Vergelykende, deduktiewe ondersoek na die Brasiliaanse presidensiële stelsel kan verdere ontwikkeling en manifestasies van die presidensiële stelsel in n ander historiese, kulturele en sosio-ekonomiese perspektief toelig.

Op dieselfde wyse sal die ondersoek ook op Kanada en Indië fokus en die toepassing van die parlementêre stelsel in dié lande op n vergelykende grondslag met Brittanje uitlig. Op soortgelyke wyse sal n verskeidenheid van vergelykings gedoen word. Wat veral belangrik is, is die vergelyking met Japan en Suid-Afrika, hoofsaaklik omdat beide lande van te parlementêre stelsel gebruik maak . Die regering van

Switserland word ook vergelykend ondersoek en die VSA sal weer as die bekende stelsel dien.

Die wetenskaplike waarde van die vergelykende metode is daarin geleë dat dit die ondersoeker in staat stel om ook deduktiewe, kwalitatiewe waardeoordele oor staatkundige strukture en regeringsvorms te maak. Dit is moontlik omdat die beskrywing en klassifisering van die ondersoek die potensiaal vir hipoteseformulering skep. Die wetenskaplike waarde van die ondersoek kan deur hipoteseformulering en uiteindelik hipotesetoetsing verhoog word. So 'n hipotese kan die graad van diversifisering in die geselekteerde gevallestudies oor gesag toets.

Voortvloeiend uit die vergelykende bespreking van regeringstelsels in die geselekteerde lande skep die formulering van 'n hipotese die potensiaal om aanbevelings en voorstelle oor moontlike verbeterings aan die regeringstelsels te maak.

Die vergelykende metode beskik oor 'n basiese struktuur of strategiese stappe wat gevolg moet word om die ondersoek te doen. Daar is reeds kortliks na die eerste stap van die vergelykende metode verwys naamlik om 'n kontekstuele beskrywing binne die spesifieke historiese, kulturele en sosio-ekonomiese konteks te doen. Die proses is dus om die politieke en/of staatkundige verskynsel in 'n spesifieke geselekteerde land in sy bepaalde historiese konteks te beskryf.

Kontekstuele beskrywing

Die fokus van die eerste stap is om die politieke en staatkundige verskynsel wat ontleed moet word, deur die vergelykende metode te beskryf. *Alle goeie navorsing begin met goeie beskrywing.* Die proses van beskrywing deur middel van die vergelykende metode is uiteraard deel van wetenskapsbeoefening. Dit is die fundamentele aspek van die wetenskaplike metode wat die hele proses rugsteun (Landman, 2000:5). Die doel van die kontekstuele beskrywing is om kennis oor die geselekteerde objek te verkry.

Die eerste voordeel van beskrywing as fundamentele deel van die vergelykende metode is dat dit die kennis van 'n bepaalde aspek oor die bekende na die onbekende uitbrei. Die vergelykende metode is 'n hulpmiddel om meer te wete te kom van die onbekende regeringstelsels soos dié wat byvoorbeeld in Suid-Amerika voorkom. Die permutasies en sukses of mislukking van die presidensiële stelsel in Brasilië kan uiteindelik 'n bydrae lewer om die oorspronklike regeringstelsel in die VSA beter te begryp.

Klassifisering

Klassifisering is een van die belangrikste stappe wat op kontekstuele beskrywing volg. Sonder twyfel het Aristoteles die invloedrykste klassifikasiesistelsel in die 4de eeu n.C. ontwerp. Aristoteles het 158

stadstate op grond van twee kernvrae ontleed, naamlik: “Wie regeer?” en “In wies belang word regeer?” Regering kan in die hande van een persoon, ’n groep (oligargie) of baie (demokrasie) gesetel wees en kan eweneens in eie belang of in die belang van almal uitgeoefen word. Op dié wyse het Aristoteles bevind dat die “polity” die aangewese regeringsvorm is, omdat die regering deur almal beoefen word en in die belang van die gemeenskap is (sien tabel hieronder).

Aristoteles se klassifikasie, wat vir eeue toonaangewend in die staatkunde was, het dit vir hom moontlik gemaak om bepaalde hipoteses te formuleer.

WIE REGEER

Een persoon ’n Paar persone Baie persone

Wie word bevoordeel?	Heersers →	Tirannie	Oligargie	Demokrasie
	Almal →	Monargie	Aristokrasie	Polity

(Heywood, 1997:25)

Op soortgelyke wyse sal daar in hierdie proefskrif vergelykende tabelle opgestel word om hipoteseformulering te vereenvoudig.

Die tweede fokus van die vergelykende metode is dus die klassifisering van die veranderlikes wat in die institusionele raamwerk van verskillende lande met hul eie regeringstelsels voorkom. In die soeke na kognitiewe vereenvoudiging is dit sinvol om konseptuele klassifikasies te orden (Landman, 2000:4).

Op dié wyse kan lande met verwysing na regeringstelsels (parlementêr en presidensieel) sistematies in tabelle geklassifiseer word. Net soos beskrywing is klassifisering ’n uiters belangrike stap in die vergelykende metode as deel van ’n wetenskaplike ondersoek.

Die klassifisering van veranderlikes volg noodwendig op beskrywing. Uiteraard volg klassifisering op die kontekstuele beskrywing as deel van die vergelykende metode, omdat *’n aantal afsonderlike entiteite deur middel van klassifisering in eenvoudige kategorieë saamgegroep word. Dit verminder die kompleksiteit van die ondersoek deurdat die kenmerke wat lande gemeen het en dié ten opsigte waarvan hulle verskil, saamgevoeg word.* Eenvoudig gestel, kan verskynsels in verskillende staatkundige manifestasies by wyse van klassifisering beskryf en vereenvoudig word deur op die ooreenstemmende elemente of teenstrydige kenmerke van die politieke stelsels te wys (Landman, 2000:6).

Die waarde van beskrywing neem toe indien die versamelde inligting deur middel van klassifikasie in ’n tabel- of spektrumklassifikasie met ander soortgelyke verskynsels vergelyk kan word. Die gebruik van die vergelykende metode stel dan die ondersoeker in staat

om n monogesentreerde benadering te ontsnap deur van meer gevallestudies (lande) gebruik te maak. Die waarde van só n multigesentreerde ondersoek is daarin geleë dat dit die ontleding van net een land as fokus na n groter diversiteit van gevalle en manifestasies verbreed (Peters, 1998:3).

Ten spyte van verskille tussen die kontekstuele beskrywing en klassifikasie, dra beide aktiwiteite by tot die derde oogmerk van die vergelykende metode naamlik hipotesetoetsing. Soos Landman (2000:6) dit stel, nadat objekte beskryf en geklassifiseer is, is die volgende uitdaging om die faktore te vind wat verduidelik en geklassifiseer is.

Hipotesetoetsing en -formulering

Die finale en uitdagendste vereiste van die vergelykende metode is die logiese verlenging van hipotesetoetsing. Dit is om voorspellings van die uitkomste van ander lande op grond van waargenome veralgemeende patroonmatighede te maak.

Nadat die klassifikasie dus plaasgevind het, moet daar vervolgens vasgestel word waarom n spesifieke land n spesifieke stelsel ontwikkel en aanvaar het. Verder moet bepaal word wat die gevolge is wat implisiet uit die spesifieke keuse voortgespruit het. Is die spesifieke land meer demokraties of stabiel as gevolg van die keuse wat uitgeoefen is? Die konstante aspek tussen twee lande skeep dan n veranderlike wat potensieel tot n verklaring van die verskynsel kan lei.

n Hipotese kan dus vrae oor die staat en regerings toets, byvoorbeeld of dit n geldige aanname is dat die diversifisering van n politieke stelsel, soos deur die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte aanbeveel word, tot stelselstabiliteit en uiteindelik demokratiese konsolidasie kan lei? n Hipotese is in die voorgaande voorbeeld n onderlinge verhouding tussen twee belangrike veranderlikes, soos diversifisering of skeiding van owerheidsmagte en (politieke) stabiliteit. Hierdie onderlinge verhouding (hipotese) kan deur die vergelykende metode getoets word.

Indien die hipotese deur vergelyking geverifieer kan word, kan dit gebruik word om verklarings en selfs voorspellings te maak. Deur die hipotesetoetsing op meer as net een land toe te pas, kan sekere patroonmatighede ontdek word waarop latere teoretisering gebou kan word. Teorieë stel die ondersoeker dan in staat om nie net te beskryf en te klassifiseer nie, maar ook om te verduidelik en uiteindelik te voorspel.

Teorieë wat dus reeds geverifieer en nie gefalsifiseer is nie, verwerp deur die toetsing van hul veralgemeende patroonmatighede n sekere mate van geldigheid. Die hipotese wat op dié wyse ontwikkel word, skeep toepassingsmoontlikhede vir ander lande

van toepassing gemaak kan word. Die teorie oor die skeiding van owerheidsmagte is 'n voorbeeld van so 'n hipotese wat met verloop van tyd algemene geldigheid verwerf het.

In die vergelykings in hierdie hoofstuk word daar onder meer op Japan gekonsentreer.

Japan se hoogs gesentraliseerde politieke bestel is na die Tweede Wêreldoorlog deur 'n politieke stelsel vervang waarin die gesentraliseerde gesag gedeeltelik deur die toepassing van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte geskei kon word. Die teorie van die skeiding van owerheidsmagte is 'n voorbeeld van so 'n teorie wat reeds suksesvol geverifieer en oor lang tydperke in regeringstelsels geïmplementeer is (sien die bespreking oor Japan later in die hoofstuk).

Die formulering van die hipotese dat die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte demokrasie komplementeer, het dus volgens Hague en Harrop (2004:115) die volgende uitslag: "... in this way, lesson-drawing provides some capacity to anticipate and even shape the future."

Daar is hoofsaaklik twee stelsels wat in die vergelykende metode gebruik word, naamlik die mees ooreenkomstige stelsel (Most Similar System) of die mees verskillende stelsel (Most Dissimilar System) (Peters, 1998:37). Die mees ooreenkomstige stelsel is, soos die naam aandui, op die premisse gebaseer dat die kernveranderlikes van twee eenhede wat vergelyk gaan word, grootliks ooreenstem.

Die mees ooreenkomstige stelsel is die stelsel wat die meeste gebruik word wanneer vergelykings gedoen word. Twee stelsels word vergelyk op die grondslag dat die eenhede wat vir die vergelyking geïsoleer word, sterk ooreenkomste toon, wat onnodige variasie uitskakel. Indien die verhouding tussen die veranderlikes vasgestel is, moet dit so konstant as moontlik tussen die verskillende eenhede gehou word. Die manipulerings van die veranderlikes verhoog die potensiaal om variasie te beperk. As voorbeeld kan Kanada en Australië dien, omdat beide lande vanuit dieselfde demokratiese parlementêre model ontwikkel het en beide politieke stelsels soortgelyke parlementêre eienskappe besit. Beide lande is ook federasies wat die skeiding van owerheidsgesag op die horisontale vlak verhoog. Die terminologie en instellings is soortgelyk genoeg dat dit moontlik is om sekere veranderlikes te "beheer" om te bepaal watter korrelasies moontlik en watter toevallig is. Dit kan die nodige ruimte vir hipotesetoetsing skep. Indien dit duidelik is dat die skeiding van owerheidsgesag by beide stelsels tot stelselstabiliteit lei en die handhawing van demokrasie ondersteun, kan bepaalde voorspellings vir soortgelyke stelsels gedoen word (Jackson & Jackson, 2003:81).

Die hipotesetoetsing kan dan verbreed word deur meer lande by die vergelyking in te sluit. Die breër toepassing van die vergelykende metode verhoog die verifikasie van die hipotese. Aan die einde van die proses word die patroonmatigheid sterker gevestig en die geldigheid van die voorspelling verhoog.

Die vergelykende metode is natuurlik omvangryker as die uiteensetting wat hier gegee is, maar vir die doeleindes van

hierdie hoofstuk word hiermee volstaan. Dié kort uiteensetting van die vergelykende metode het dit net ten doel om n teoretiese grondslag te verskaf waarop die bespreking in hierdie proefskrif kan berus. Ten slotte kan die verwysing deur Hague en Harrop (2004:69) as 'n nuttige opsomming van die vergelykende metode dien: "[A] comparative method or approach broadens our understanding of the political world, leading to improved classifications and giving potential for explanation and even prediction."

In die bespreking wat volg, word metodologies in twee samehangende dele verdeel, naamlik 'n bespreking van die presidensiële stelsel gevolg deur 'n bespreking van die parlementêre stelsel.

Die volgende werkswyse sal in die twee dele gebruik word: In die bespreking word daar ten aanvang 'n kort uiteensetting van die konstitusionele struktuur van die onderskeie lande gegee. Dit word deur 'n uiteensetting van die vlak van skeiding van owerheidsgesag in die regeringstelsel gevolg. Laastens word die uiteensetting na Suid-Afrika herlei, veral met betrekking tot die relevantheid daarvan binne die Suid-Afrikaanse konteks.

4.3 DIE PRESIDENSIËLE STELSEL

4.3.1 Die presidensiële stelsel: 'n vergelykende beskouing van Amerika en Brasilië

In die vorige hoofstuk is 'n redelik uitvoerige uiteensetting van die Amerikaanse presidensiële stelsel gegee. Die unieke aard en sukses wat die presidensiële regeringstelsel in Amerika -- met sy uitgestrekte gebied en ryke diversiteit -- behaal het, is welbekend in die literatuur.

Die Amerikaanse presidensiële stelsel was uiters suksesvol in die konsolidasie van 'n geografies uitgestrekte land met 'n veelheid van kulture en belangegroepes. Dié stelsel kon merkwaardige stabiliteit gedurende Amerika se langdurige burgeroorlog, die ekonomiese depressie en twee wêreldoorloë bied. Bykomend het die presidensiële regeringstelsel merkwaardige sukses behaal in die vestiging van demokrasie en die volhoubaarheid oor dekades heen van hoë vlakke van stelselstabiliteit in Amerika.

Die sukses van die Amerikaanse presidensiële stelsel maak dié stelsel ongetwyfeld 'n aantreklike opsie vir enige voornemende demokrasie. Dit is daarom nie vreemd dat die presidensiële stelsel, hoofsaaklik om geografiese redes en vanweë die sukses daarvan, wyd onder Amerika se bure suid van die Rio Grande nageboots is nie.

Klüg (2000:5) beskryf die nabootsing van 'n staatkundige of regeringstelsel wat reeds elders suksesvol geïmplementeer is, as institusionele isomorfisme. Dit is 'n proses waardeur 'n organisasie of staatkundige struktuur deur die aanname van die

praktyke van ander organisasies en strukture na legitimiteit soek. Gedurende die gekompliseerde proses word idees, gebruike en tradisies van een regime na n ander oorgedra.

Die belangrike vraag is daarom of die Amerikaanse presidensiële stelsel met al sy kompleksiteite konstitusioneel “oorplantbaar” is? Bestaan daar enige bewyse dat die Amerikaanse sukses met die presidensiële stelsel met dieselfde mate van welslae in n ander politieke konteks herhaal kan word?

Die probleem is dat die presidensiële stelsel n sterk uitvoerende posisie in n regeringstelsel vestig. Dit is daarom belangrik dat daar konstitusionele meganismes in dié stelsel ingebou word wat as wigte en teenwigte kan dien om die magposisie te balanseer. Indien nie, kan die presidensiële regeringstelsel in n diktatuur verander. Die bespreking van die situasie in Brasilië dien as voorbeeld hiervan en regverdig daarom insluiting in die proefskrif.

Die oogmerk van die bespreking in hierdie hoofstuk is daarom om op grond van die vorige bespreking (van die Amerikaanse presidensiële stelsel) te kyk na n ander stelsel waarin die presidensiële stelsel ook toegepas word. Die bespreking kan dan in ooreenstemming met die oogmerke van die vergelykende metode plaasvind, soos reeds uiteengesit.

Brasilië is n goeie keuse vir n vergelykende studie, hoofsaaklik omdat die land een van die geografies en polities dominante rolspelers in Suid-Amerika is. n Verdere belangrike rede is dat, indien daar na n vergelyking tussen Amerika en Brasilië gekyk word, dit versoenbaar met die basiese uitgangspunt van die vergelykende metode is, naamlik om die bekende met die onbekende te vergelyk. In die literatuur is die Brasiliaanse regeringstelsel nie dikwels die fokus van n studie oor regeringstelsels nie en daarom redelik onbekend.

Indien dit uit die beskrywing en klassifisering van Brasilië sou blyk dat daar belangrike verskille tussen die toepassing van die presidensiële stelsel in dié land en in Amerika is, sal die veranderlike(s) wat verskil, geïsoleer word. Hierdie veranderlikes kan dan die grondslag vorm van n hipotese wat getoets moet word. Op dié wyse kan n teorie, wat die potensiaal vir verduideliking en voorspelling bied, geformuleer word.

4.3.2 Brasilië

4.3.2.1 Basiese konstitusionele kenmerke

Na drie eeue van Portugese koloniale heerskappy het Brasilië in 1822 onafhanklikheid verkry en in 1889 'n republikeinse staatsvorm aangeneem. Vir dekades is Brasilië deur militêre inmenging gedestabiliseer, maar in 1985 het die militêre regime op 'n vreedsame wyse die mag aan die burgerlike samelewing oorhandig.

Die huidige Grondwet is op 5 Oktober 1988 aanvaar en is steeds met geringe amendemente in gebruik. Brasilië toon die volgende belangrike konstitusionele kenmerke:

Naam: Federale Republiek van Brasilië.

Staatsvorm: Federasie. Die federale republiek van Brasilië bestaan uit 26 state en een federale republiek. Brasilië is 'n groot, uitgestrekte grondgebied van 8 miljoen vierkante kilometer (effens kleiner as die VSA) met 188 miljoen inwoners wat deur ryke etniese diversiteit gekenmerk word. Die land word egter deur sterk regionaal spanning en opponerende partye en groepe gedestabiliseer.

Regeringsvorm:

Presidensiële regeringstelsel.

Soos later uit die bespreking sal blyk, is die Amerikaanse invloed sterk en het al die Suid-Amerikaanse lande die voorbeeld van Amerika gevolg deur 'n presidensiële regeringstelsel aan te neem.

Uitvoerende

gesag: 'n Uitvoerende president, wat beide die hoof van die regering en die hoof van die staat is.

'n Visepresident (vanaf 2003).

'n Kabinet wat deur die uitvoerende president aangewys word. Dié aspek bevestig die sterk Amerikaanse presidensiële kenmerke in Brasilië se Grondwet. Kabinetslede is blote adviseurs wat die president in sy uitvoerende funksies steun.

Wetgewende

gesag: Die wetgewende gesag is in 'n tweekamerstelsel gestruktureer en behels die volgende:

'n Federale senaat wat uit 81 lede

bestaan, 3 uit elke staat en die federale distrik, wat vir h tydperk van agt jaar verkies word.

h Huis van Afgevaardigdes wat uit 513 lede bestaan wat deur middel van proporsionele verteenwoordiging vir n vierjaartermyn verkies word.

Regsprekende

gesag: Die invloed van die VSA se staatsreg op die Brasiliaanse regstelsel is substantief (Dolinger, 1990:803-837). Die ooreenkoms lê nie net daarin dat beide lande oor n veelvlakkige federale staatsvorm beskik nie. Regters in die federale howe volg hoofsaaklik uitsprake wat hul eweknieë in die VSA gelewer het (Dolinger, 1990:382).

Die Federale Hooggeregshof of tribunaal bestaan uit 11 regters. Die aanstelling van die regters is lewenslank en geskied deur die betrokkenheid van beide die regsprekende en die uitvoerende gesag. Volgens artikel 94, van die Brasiliaanse Grondwet ontvang die uitvoerende gesag n lys name waaruit die keuse gemaak word.

Die onafhanklikheid van die regters word in artikel 95 van die Brasiliaanse Grondwet gewaarborg. Dié artikel bepaal in die aanhef tot die subartikels dat die federale regters op n reeks konstitusionele waarborge geregtig is. So waarborg artikel 95 (i) h lewenslange aanstelling en (ii) "irremovability, save for the reason of public interest". Die verwydering van regters in die openbare belang word in artikel 93(viii) uiteengesit. Die Nasionale Raad van Justisie besluit wat onder openbare belang tuishoort en watter redes substantief genoeg is om verwydering te regverdig. Die Nasionale Raad van Justisie bestaan uit lede van die regsprekende, uitvoerende gesag en verteenwoordigers uit die burgerlike samelewing.

Die regsprekende gesag bestaan ook uit federale streekshowe of tribunale wat in die verskillende state diens doen.

Die institusionele posisie van die howe is ondergeskik aan die sterk uitvoerende gesag, hoofsaaklik vanweë die feit dat die Grondwet nie oor n oppermagtige status beskik en vir hersieningsbevoegdheid voorsiening maak nie.

Politiese

kultuur: Hoogs gefragmenteerd, met ongeveer 20 geregistreerde politieke partye, sterk drukgroepe soos die Beweging van Grondlose Werkers, arbeidsorganisasies, plaaseienaarsverenigings en sterk religieuse groepe soos veral die Rooms-Katolieke Kerk. (<http://www.v-brazil.government/laws>)

Skeiding van owerheidsgesag

Ten spyte van die sterk skeiding tussen die wetgewende en uitvoerende gesag, is die skeiding van owerheidsgesag, veral wanneer die president deur dekrete regeer, baie gering.

Die regsprekende gesag geniet 'n groot mate van onafhanklikheid in tydperke van stabiliteit. Soos in die bespreking van die regsprekende gesag aangedui is, kan die status daarvan aangetas word deur inmenging van die uitvoerende gesag in aanstellings en afdankings en wanneer die president deur dekrete regeer. Dié situasie het noodwendig 'n invloed op die skeiding van owerheidsmagte.

4.3.2.2 'n Bespreking van die Brasiliaanse stelsel met verwysing na die skeiding van owerheidsmagte

Die uiteensetting van Brasilië se konstitusionele kenmerke word vervolgens in 'n vergelykende tabel gedemonstreer. Die vergelyking met Amerika is moontlik omdat beide lande 'n presidensiële stelsel gebruik wat teoreties vir die maksimum skeiding van owerheidsmagte voorsiening maak.

	BRASILÏE	AMERIKA
Federale staatsvorm	Ja	Ja
Presidensiële regeringstelsel	Ja	Ja
Sterk uitvoerende president	Ja	Ja
Uitvoerende gesag onafhanklik van die wetgewende gesag?	Ja	Ja
Kan die president dekrete uitvaardig?	Ja, in baie areas geldig vir 60 dae	Nee
Kan die president konsepwetgewing inisieer?	Ja	Nee
Kan die president		

wetgewing as dringend verklaar?	Ja	Nee
---------------------------------	----	-----

Kan die president wetgewing veto?	Ja, in die geheel of h deel daarvan	Ja
Kan die kongres h veto fnuik?	Absolute meerderheid in beide huise	Tweederdemeerderheid in beide huise
President se beheer oor die begroting	Sterk	Swakker
Partystelsel	Veelpartystelsel	Tweepartystelsel
Het die president se party normaalweg n meerderheid in die kongres?	Nee	Partykeer, maar samewerking met opposisieparty is normaalweg nie problematies nie
Partydisipline in die kongres	Swak	Sterk (tweepartystelsel -- ongefragmenteerd)
Politiese kultuur	Geïntegreerd	Gefragmenteerd
Regstelsel	Groot mate van onafhanklikheid met beperkte politieke inmenging	Onafhanklikheid aangetas wanneer president deur dekrete regeer; groter politieke inspraak in aanstellings en afdankings van federale regters

(Hague en Harrop, 2004:69)

Die invloed van die Amerikaanse presidensiële stelsel het sterk vanaf Noord-Amerika na die Suid-Amerikaanse kontinent versprei. Na die emansipasie van die Spaanse kolonies het Suid-Amerikaanse lande feitlik sonder uitsondering die presidensiële regeringstelsel aanvaar. Brasilië was voor die proses van demokratisering bevoorreg om die voordeel van n beperkte monargie en n goeie heerser, Dom Pedro II, te geniet (Loewenstein, 1949:452). Brasilië het gevolglik h groot mate

van stelselstabiliteit ondervind, wat die oorgang na 'n volwaardige demokrasie vergemaklik het.

Brasilië se besluit om die Amerikaanse presidensiële stelsel as regeringstelsel aan te neem, is verstaanbaar. Die sukses en stabiliteit van die Amerikaanse presidensiële stelsel oor 'n lang tydperk het die aantreklikheid van dié stelsel vir ander lande verhoog.

Brasilië se besluit is eerstens deur bepaalde ooreenkomste met Amerika vergemaklik. Beide lande besit 'n groot grondgebied en 'n ryke kulturele en volksdiversiteit, wat 'n federale staatsvorm 'n praktiese realiteit maak. Amerika en Brasilië is gevolglik deel van die een derde van state wat die federale staatsvorm gebruik (Heywood, 1997:124).

Daar moet in gedagte gehou word dat Suid-Amerika baie beperkte Britse koloniale invloed ervaar het. Die koloniale invloed in dié kontinent was hoofsaaklik van lande soos Spanje en Portugal afkomstig. Tweedens was meeste van die Suid-Amerikaanse lande kolonies en het hulle gevolglik min of geen blootstelling aan regeringstelsels, die verspreiding van owerheidsgesag en demokrasie gehad nie. Anders as die voormalige kolonies van die Britse Ryk (later die Statebond), se voormalige kolonies het die Spaanse en Portugese kolonies geen oorgeërfde tradisie van parlementêre regering gehad nie. Die presidensiële stelsel met sy sterk uitvoerende president was daarom 'n logieser keuse as die parlementêre stelsel.

Ten spyte van die hoë voorkoms van die presidensiële stelsel in Suid-Amerika, is daar op dié kontinent in die era voor die 1960's verbasend min navorsing oor die presidensiële stelsel gedoen. Een van die belangrike redes hiervoor is skynbaar die dominansie van die Amerikaanse regeringstelsel. In die laaste paar dekades het daar egter 'n belangrike klemverskuiwing plaasgevind en het belangstelling in die aard van die Suid-Amerikaanse lande se presidensiële stelsels en die verskille daarvan met die Amerikaanse stelsel toegeneem (Lambert, 1969; Edelman, 1969; Samuels, 2000).

In die vergelyking van Amerika en Suid-Amerika se presidensiële stelsels is daar belangrike verskille tussen die lande se stelsels ontdek. Die konsensus onder meeste skrywers oor die presidensiële stelsels in Suid-Amerika was dat dié stelsels deur 'n veel sterker uitvoerende gesag gekenmerk is. Dit was ook uit die vergelyking duidelik dat die Amerikaanse presidensiële stelsel deur 'n sterker magsbalans tussen die president (uitvoerende gesag) en die kongres en die senaat gekenmerk is as lande in Suid-Amerika.

h Voorbeeld van Latyns-Amerika se sterker uitvoerende gesag is onder andere die presidensiële bevoegdheid om dekreetwetgewing uit te vaardig. Hierdie (sterk) vorm van uitvoerende gesag is h bevoegdheid wat nie in die Amerikaanse presidensiële stelsel voorkom nie (Mainwaring, 1990:160).

Wanneer die vergelykende metode op Amerika en Brasilië se presidensiële stelsels toegepas word, is die ooreenkomste ooglopend. In beide grondwette word daar formeel vir n uitvoerende president (uitvoerende gesag) voorsiening gemaak. Beide grondwette maak ook voorsiening vir h tweekamer- wetgewende gesag, wat struktureel en funksioneel van die uitvoerende gesag geskei is. Tussen die wetgewende en uitvoerende gesag bestaan daar n stelsel van wigte en teenwigte wat onderling uitgeoefen kan word. Die regsprekende gesag beskik oor h hoë vlak van onafhanklikheid van die uitvoerende en wetgewende gesag, wat struktureel die skeiding van owerheidsmag in die twee stelsels komplementeer (Hague en Harrop, 2004:69).

Ten spyte van Amerika en Brasilië se strukturele en funksionele ooreenkomste, word die Brasiliaanse presidensiële stelsel nie *funksioneel* deur dieselfde vlak van politieke en ekonomiese stabiliteit gekenmerk wat in Amerika oor n lang tydperk ervaar is nie.

Die volgende bespreking van die politieke gebeure in Brasilië dien as agtergrond tot die funksionele stelselinstabiliteit in dié land. Hierdie onstabiliteit is die gevolg van die sentralisasie van gesag, asook die spanning wat die verhouding tussen die uitvoerende en wetgewende gesag tot gevolg het.

President Fernando Henrique Cardoso is in die presidensiële verkiesing in Januarie 1999 met h groot meerderheid herkies. Die groot oorwinning by die stembus het die hoop laat opvlam dat politieke en ekonomiese stabiliteit in Brasilië sou heers en dat daar ook vooruitsigte vir demokratiese konsolidasie sou wees. Die goeie vooruitsigte is egter spoedig deur n ekonomiese ineenstorting en grootskaalse politieke onstabiliteit gedemp (Samuels, 2000:1).

Brasilië se praktiese politieke realiteite dien as h voorbeeld van die onstabiliteit wat die presidensiële stelsel met verloop van tyd ervaar het. Die internasionale gemeenskap het positief gereageer en gehoop dat Cardoza ekonomiese stabiliteit in Brasilië sou kon bewerkstellig en die nodige politieke hervorming van stapel sou kon stuur. Ongelukkig het die geldeenheid slegs weke na Cardoza se verkiesing in

duie gestort en n krisis in die land veroorsaak. Brasilië se ekonomiese krisis het spoedig oor die hele Suid-Amerika uitgekring.

Die ekonomiese krisis in Brasilië het n politieke krisis gegener. Samuels (2000:3) het die rede vir Cardoza se probleme soos volg opgesom: "Brazil's federal institutions constrained presidential leadership and impeded smooth executive-legislative relationships."

Brasilië se politieke ineenstorting het tot n volgende ronde verkiesings gelei en Lulu da Silva is in 2002 as die nuwe president gekies. Die sosio-ekonomiese uitdagings wat op Da Silva gewag het, was omvangryk en sy inisiatiewe is grootliks belemmer deur n wetgewer wat n ander stel doelwitte nagestreef het. Ten spyte daarvan dat Da Silva se party slegs 20% van die wetgewer uitgemaak het, was die eerste jare van sy termyn verbasend suksesvol. (Een probleem wat tot die onstabiliteit van die presidensiële stelsel in Suid-Amerika bydra, is dat die president in baie gevalle met n lae persoonlike steunbasis met sterker opposisiepartye in die wetgewende gesag moet saamwerk. Hierdie aspek sal in die bespreking sterk uitgelig word.) Dit bly egter n feit dat die gefragmenteerde wetgewende en politieke stelsel in Brasilië, soos in die meeste lande in Suid-Amerika, heelwat lokvalle en gevare vir inkomende presidente inhou (Hague en Harrop, 2004:272).

n Spektrum van vrae kan na aanleiding van Brasilië se politieke onstabiliteit gestel word: Waaraan kan dié politieke en ekonomiese onstabiliteit toegeskryf word? Speel die presidensiële regeringstelsel moontlik n rol in Brasilië se onstabiliteit? Is die bron van onstabiliteit in die presidensiële stelsel moontlik aan die president se groter magte en bevoegdheid teenoor dié van die wetgewende gesag toe te skryf? Is die onstabiliteit die gevolg van n oormatig groot of klein skeiding van owerheids gesag? Dit is vrae wat in die bespreking van Brasilië aandag sal geniet.

Die uiteensetting van Amerika en Brasilië se presidensiële stelsels toon duidelik dat daar tussen die twee stelsels sterk ooreenkomste, maar ook duidelike graadverskille voorkom.

Indien daar slegs op die formele vlak na beide stelsels gekyk word, is dit duidelik dat sterk strukturele en formele ooreenkomste tussen die Amerikaanse en die Brasiliaanse stelsel bestaan.

Die Brasiliaanse Grondwet verleen duidelik sterk(er) uitvoerende magte aan n uitvoerende president as in die Amerikaanse presidensiële stelsel. Die aanvanklike gevolgtrekking wat dus hieruit gemaak kan word, is dat Brasilië

se presidensiële stelsel vir sterker uitvoerende magte voorsiening maak as dié van die VSA. (Dit sou die indruk skep dat die uitvoering van beleid sonder hindernisse verloop en dat die president min struikelblokke ervaar.)

In Brasilië kan die president byvoorbeeld dekrete, asook provinsiale regulasies wat die status van wetgewing het, uitvaardig. Dié dekrete is vir 60 dae van krag sonder dat parlementêre goedkeuring vereis word. Die president kan ook die kongres dwing om dringende wetgewing af te handel en in sommige gevalle het hy/sy die alleenreg om wetgewing te inisieer. Indien die kongres nie h begroting deurvoer nie, kan die president h begroting op n maandelikse grondslag implementeer.

In vergelyking met die internasionale tendens beskik die Brasiliaanse presidensiële stelsel institusioneel oor die sterkste uitvoerende magte. Op die oog af vergemaklik hierdie sterk posisie die regeerproses, omdat beleid en wetgewing oënskynlik makliker geartikuleer kan word en deurvoerbaar is.

Die belangrike vraag wat egter met verwysing na die sentrale tema van die proefskrif gestel moet word, is hoe die verskil in die regeringstelsel op die groter of kleiner skeiding van owerheidsgesag inwerk.

Die Amerikaanse presidensiële stelsel vertoon kenmerke wat op n sterk skeiding van owerheidsmagte dui. Daar is geen oorvleueling tussen die wetgewende en uitvoerende gesag nie en die regsprekende gesag beskik ook oor n groot mate van outonomie. Die interaksie tussen die verskillende owerheidsinstellings is bloot deel van n stelsel van wigte en teenwigte; dit is funksioneel deel van die skeiding van owerheidsmagte en versterk dit inderdaad.

Die Brasiliaanse presidensiële regeringstelsel vertoon basies dieselfde kenmerke wat ook op n sterk skeiding van owerheidsmagte dui. In die voorgaande bespreking van Brasilië se politieke en ekonomiese krisis is juis daarop gewys. Die inperking van die president en die probleem van die verhouding tussen die uitvoerende en wetgewende gesag is vir die probleme verantwoordelik (Samuels, 2000:3).

Die probleem is dat die gefragmenteerde Brasiliaanse wetgewende gesag daartoe aanleiding gee dat die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte min of geen uitwerking op die stabiliteit van die politieke stelsel het nie. Die president word verplig om mag in homself te sentraliseer en die wetgewende gesag deur dekrete te omseil of bloot te ignoreer.

Soos Mainwaring en Shugart (1997:115) tereg uitwys, ondervind die Brasiliaanse president veel groter struikelblokke as die president in die Amerikaanse presidensiële stelsel om steun vir sy wetgewende inisiatiewe te verkry.

Die rede vir die Brasiliaanse president se beleidsfrustrasies is die dikwels “obstruktiwe” houding wat die wetgewende gesag teenoor die uitvoerende gesag inneem. Die Amerikaanse presidente ervaar ook soms teenstand van die Kongres. Dié aspek maak dit soms problematies om beleid en wetgewing deur te voer, maar dit is nie vergelykbaar

met die probleem wat in die Brasiliaanse presidensiële stelsel ervaar word nie.

Een van die probleme wat Brasilië ervaar en wat deur sy kiesstelsel beklemtoon word (sien bespreking hieronder), is dié land se gefragmenteerde politieke kultuur. In Samelewing waarin daar geen konsensus bestaan oor hoe politieke aspekte hanteer moet word nie, staan as in gefragmenteerde politieke kultuur bekend. Patriotisme en nasionale identiteit is dikwels op so 'n vlak dat die eenheid van die land bedreig word.

Dit is wel waar dat geografies uitgestrekte lande soos Brasilië selde 'n monolitiese en 'n geïntegreerde politieke kultuur en karakter openbaar. (Sien die bespreking oor politieke onstabieleit en die groot verskeidenheid van belange wat in die veelpartystelsel hanteer word). Die VSA is 'n voorbeeld van 'n land met sterk etniese verdelingslyne, wat ten spyte daarvan nog steeds as 'n geïntegreerde politieke kultuur bekend staan. Die rede hiervoor is dat in Amerika sterk konsensus oor die politiek bestaan, wat geïllustreer word deur die feit dat die beleid van die Demokratiese Party en die Republikeinse Party se beleid eerder graadverskille as diepgaande verskille toon. Amerika word deur 'n sterk nasionale identiteit, patriotisme, hoë vlakke van sosiale vertroue en die aanvaarding van sosiale, ekonomiese en politieke reëlins gekenmerk. Ten spyte van die feit dat verskille oor klas, kultuur en geslag soms na die oppervlak neig, is Amerika 'n goeie voorbeeld van 'n geïntegreerde politieke kultuur (Jackson & Jackson, 1997:106).

Brasilië, daarenteen, vertoon die tipiese kenmerke van 'n gefragmenteerde politieke kultuur met sterk verdeling in die samelewing wat op streeksvlak tot uiting kom. Die fragmentering en gebrek aan konsensus in die politieke kultuur word deur die aanwesigheid van 'n veelheid van politieke partye gedemonstreer.

In die VSA is daar histories 'n twee-party stelsel en wanneer die presidensiële party 'n meerderheid in een of beide van die huise het, is die interaksie tussen die uitvoerende en wetgewende gesag redelik onproblematies. Wanneer die opposisieparty 'n meerderheid in een van die huise het, is daar 'n verskeidenheid kanale waardeur die president steeds die stelsel kan laat funksioneer sodat stelselinstorting nie plaasvind nie (sien die bespreking in die vorige hoofstuk).

In Brasilië is die partystelsel baie sterker gefragmenteerd as die tweepartystelsel in Amerika. In 2002 het 19 partye in die Brasiliaanse Kamer van die Afgevaardigdes

verteenwoordiging gehad, terwyl 10 partye sitting in die Senaat gehad het. In albei gevalle was die president se party een van die kleiner minderheidspartye.

Brasilië se gefragmenteerde partystelsel is grootliks die gevolg van 'n proporsionele kiesstelsel met 'n oop partylys. Die Amerikaners, daarteenoor, gebruik die gewone meerderheidsgeoriënteerde enkellidkiesstelsel wat gewoonlik net twee groot politieke partye tot gevolg het. Die VSA se twee partye het ook 'n lang historiese tradisie wat nie maklik sal verdwyn nie.

'n Verdere oorsaak van die struikelblokke tussen die beleid en inisiatiewe van die Brasiliaanse president en die wetgewende gesag, is die swak partydissipline wat dié stelsel kenmerk. Die afgevaardigdes is geneig om voortdurend hul lojaliteit gedurende hul ampstermyn van een party na 'n ander party te verskuif. Kohesie van lede en lojaliteit teenoor 'n spesifieke politieke party is baie swak, en die neiging is eerder om plaaslike distriksbelange voor nasionale belange te plaas (Hague en Harrop, 2004:272).

Die Brasiliaanse president poog om die situasie te beredder deur met die gefragmenteerde wetgewende gesag te probeer onderhandel. Dit geskied normaalweg deur informele koalisies tussen die presidensiële party en opposisiepartyte te probeer bou. Die maatreëls sluit onder andere die aanstelling van opposisiepartyede in die kabinet in, om sodoende die guns van meer afgevaardigdes in die Kongres te wen. Die problematiek van hierdie werkswyse is voor die hand liggend. Die teenwoordigheid van opposisielede in die kabinet dra min tot konsensus in dié instelling by en frustreer die president se inisiatiewe net op 'n hoër vlak.

Die Brasiliaanse wetgewende gesag word ook gekenmerk deur die feit dat die meeste lede sterk regionale lojaliteite openbaar. Die steun van veral die kleiner partye is nie met die oog op eenheid nie, maar om segmentele voordele op die kort termyn te beding. Dit maak dit baie moeilik vir die president om met die wetgewende gesag saam te werk. Goewerneurs van die verskillende state oefen sterk invloed uit op die plaaslike vlak en beïnvloed wetgewers se handelinge ook op die nasionale vlak (Samuels, 2000:2).

Hague en Harrop (2004:272) gebruik die voorbeeld van ministers wat net voor 'n belangrike stemming in die wetgewende vergadering uit hul uitvoerende posisies bedank. In die daaropvolgende stemming word daar dan sterk volgens (eie) party gestem. Nadat die stemming afgehandel is, bedank hulle weer uit hul wetgewende posisies en neem weer hul ministeriële posisies in.

Brasilië se proporsionele stelsel het heelwat voordele, soos verhoogde demokratisering en inklusiwiteit. Die proporsionele stelsel vergemaklik die insluiting van kleiner partye in die wetgewende gesag en is op die oog af 'n sterker vorm van demokrasie omdat die inklusiwiteit daarvan groter is.

Die proporsionele kiesstelsel hou egter ook bepaalde nadele vir stelselstabiliteit in. Die aanwesigheid van kleiner politieke partye veroorsaak fragmentering en die enigste teenvoeter daarvoor is die sluiting van koalisies tussen die kleiner partye. Brasilië se “informele” koalisies kan egter nie met die stabiele koalisies wat tussen partye in Wes-Europa voorkom, vergelyk word nie.

Die praktiese realiteit is dat die onstabiliteit en gefragmenteerdheid van die Brasiliaanse presidensiële stelsel dit baie moeilik maak vir dié land se president om politieke en ekonomiese veranderinge te institusionaliseer. Sterk regionale kragte, asook die swak kohesie onder politieke partye, maak dit vir die president feitlik onmoontlik om konsensus oor sy inisiatiewe te verkry. Hierdie aspek sal sterker in die volgende gedeelte uitgelig word.

Die problematiek is in die kombinasie van die presidensiële stelsel en die proporsionele kiesstelsel geleë, wat gefragmenteerdheid binne die stelsel skep. Die Amerikaanse stelsel funksioneer doeltreffend omdat die wetgewende gesag nie so gefragmenteerd as in die Brasiliaanse stelsel is nie.

4.3.3 h Waarde-oordeel van die presidensiële stelsel

In die voorafgaande gedeelte is h uiteensetting van die presidensiële stelsel gegee. Dié bespreking is deur n vergelykende studie van die ooreenkomste en verskille tussen Brasilië en Amerika se onderskeie regeringstelsels, op beide h strukturele en funksionele vlak, weergegee.

Twee belangrike verskille het veral na vore getree. In Brasilië se presidensiële stelsel vervul die president h sterker wetgewende rol as in die VSA. Die Brasiliaanse president (uitvoerende gesag) se sterker wetgewende rol as dié van die president in die Amerikaanse stelsel, soos met die uitvaardiging van dekrete wat vir 60 dae geld, asook die dringende verklaring en die inisiëring van wetgewing, is duidelik sigbaar. Dit beteken dat die skeiding van owerheidsgeag tussen die uitvoerende en wetgewende gesag nie so sterk in die Brasiliaanse presidensiële stelsel is nie. Die wetgewende gesag is in werklikheid tussen die uitvoerende en wetgewende gesag verdeel. Dié oorskryding van die uitvoerende president se institusionele posisie op die terrein van die wetgewende gesag verseker dat die president in die geval van teenstand van die wetgewende gesag steeds kan funksioneer.

Oppervlakkig beskou, blyk dit dat die president in die Brasiliaanse presidensiële stelsel oor heelwat meer gesag as die president in die VSA beskik. Die aanname neem egter nie die gefragmenteerde aard van die partystelsel in Brasilië in ag nie. Dié knelpunte en struikelblokke frustreer die werklike uitoefening van gesag.

Ackermann (2000:645) skets twee moontlike scenario's wat uit die konstitusionele dooiepunt tussen die uitvoerende president en die wetgewende gesag in die Brasiliaanse regeringstelsel kan voortvloei:

- (a) Die president kan die weerstand van h opposisiemeerderheid in die

wetgewende gesag deur die akkommodering van standpunte of verskille probeer verminder.

In die Amerikaanse presidensiële stelsel kan die president die dooiepunt tussen hom en die wetgewende gesag deur n proses van redevoering en onderhandeling met die Kongres probeer oplos. Hierdie aspek is trouens juis een van die sterk punte van die (Amerikaanse) presidensiële stelsel en maak dit moontlik om deur middel van onderhandeling deur opponerende partye se lojaliteitsgrense te dring. (In die VSA is die proses soveel makliker, omdat daar net twee partye is en omdat die partye nie in kleiner partye versplinter is wat elk sy eie saak bevorder nie.)

Dit is juis een van die voordele wat die presidensiële stelsel bo die parlementêre stelsel inhou. In die parlementêre (Westminster-) stelsel is dit 'n kwessie van "die wenner neem alles". Selfs wanneer die eerste minister n klein meerderheid in die Laerhuis het, is dit nie noodsaaklik om die opposisie te akkommodeer nie.

Ongelukkig is die "sterk punt" van die Amerikaanse stelsel een van die swak punte van die Brasiliaanse stelsel. Akkommodasie is baie moeilik om te bewerkstellig in die gefragmenteerde partystelsel met sy veelheid van splinterpartye in die wetgewer. Die verskil van mening en eie agendas van die verskillende partye frustreer die inisiatiewe van die president en gee tot grootskaalse immobiliteit aanleiding.

(b) Die volgende scenario is die mees ongewenste gevolg wat uit die skaakmatposisie tussen die president en die wetgewende gesag kan voortvloei. Dit is naamlik die moontlikheid van konstitusionele ineenstorting van die politieke stelsel. Dit gebeur wanneer die druk en spanning (sistemiese druk) vanweë dié dooiepunt op so n wyse in die stelsel opbou dat die sterker presidensiële magte gebruik moet word om die dooiepunt op te los.

Juan Linz (1994) verklaar juis dat Montesquieu se leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte een van die gevaarlikste "uitvoerprodukte" is wat in die laaste paar dekades na die presidensiële stelsels van lande in Suid-Amerika gebring is.

Ackermann (2000:646) wys daarop dat verskeie liberale staatkundiges in Suid-Amerika die Amerikaanse presidensiële model, met sy klem op die skeiding van owerheidsmagte, gebruik het om nuwe konstitusionele strukture in ontluikende demokrasieë in Suid-Amerika te vestig. Op papier vertoon die verdeling van die wetmakende bevoegdheid tussen 'n verkose president en n verkose wetgewende liggaam aantreklik. Op die lange duur frustreer die struikelblok van n "vyandiggesinde" wetgewende gesag egter die inisiatiewe van die president.

Die dooiepunt skep gevaarlike scenario's, byvoorbeeld dat die president sy magte om dekrete uit te vaardig, moet gebruik om deur wetgewende knelpunte te breek. Dit skep spoedig die situasie waarin die president sterker outokraties moet optree as waarvoor die grondwet konstitusioneel voorsiening maak.

Die president kan ook sy bevoegdhede gebruik om deur dekrete amendemente aan die grondwet aan te bring. Hierdie optrede kan weer die wetgewende gesag van enige substantiewe mag dreineer. Die uiteindelige gevolg is dat die president in 'n "konstitusionele" diktator verander soos wat in Brasilië en Argentinië gebeur het.

Die inherente gevaar wat die presidensiële regeringstelsel vir ontluikende demokrasieë inhou, is voor die handliggend.

Giovanni Sartori (1980:106-107) wys ook op die sterk waarskynlikheid van Linz (1994) se scenario. Die konstitusionele knelpunt wat hierbo beskryf word, kom meer gereeld voor as wat algemeen aanvaar word. Sartori (1980:106-107) wys daarop dat daar 30 lande is, meestal in Suid-Amerika, wat die presidensiële stelsel aanvaar het. Al die lande het sonder uitsondering een keer of selfs meer dikwels in die situasie beland wat Linz beskryf. Sartori wys daarop dat, hoewel daar ook ander oorsake vir die ineenstorting kan wees, die probleem vermoedelik inherent by die presidensiële stelsel lê.

4.3.4 Opsommende gedagtes

In die eerste gedeelte van die hoofstuk is daar gepoog om die bespreking van die presidensiële stelsel te verbreed deur na Brasilië as 'n verdere voorbeeld van hierdie soort regeringstelsel te kyk. Die sukses en stabiliteit van die Amerikaanse presidensiële stelsel maak dié opsie aantreklik as 'n wyse om demokrasie te vestig en in 'n ontluikende demokratiese regering te konsolideer.

Die ontwikkeling van die Amerikaanse presidensiële stelsel is in baie opsigte uniek aan daardie land vanweë sy ontstaansgeskiedenis en is daarom 'n stelsel wat moeilik nageboots kan word. Soos verduidelik, speel die kohesie van partydisipline en die goed ontwikkelde tweepartystelsel 'n groot rol om stabiliteit in die Amerikaanse stelsel te bewerkstellig. Konstitusionele knelpunte tussen die president en die Kongres word meestal op 'n konstitusionele wyse opgelos. Die hoë mate van waardering wat die Amerikaanse burger vir die langdurige suksesvolle funksionering van die land se Grondwet en Handves van Menseregte het, dra ongetwyfeld tot die stabiliteit in dié land by.

Uit die bespreking het dit geblyk dat die (Amerikaanse) presidensiële stelsel egter nie dieselfde mate van sukses in Latyns-Amerika tot gevolg gehad het nie. Die bespreking van die Brasiliaanse presidensiële stelsel skep die indruk dat die president wel die gesag het om enige knelpunt of dooiepunt daadwerklik konstitusioneel uit die weg te ruim. Dit blyk egter dat die president se vermoë om beleid en inisiatiewe deur te voer

nog altyd maar redelik beperk was.

Die hoofrede is in die gefragmenteerdheid van die partystelsel in Brasilië geleë en die feit dat n tweepartystelsel nie goed gevestig is nie. Die ideologiese fragmentering van politieke partye in die wetgewer maak dit moeilik vir die president om inisiatiewe en beleid deur te voer. Dit lei dan tot die onbevredigende situasie waarin die president deur middel van dekrete moet regeer of selfs die ondemokratiese weg van n outokrasie moet volg.

Hague & Harrop (2004:273) is van mening dat die presidensiële stelsel in n nuwe ontluikende demokrasie nie noodwendig die korrekte keuse is nie. In h demokrasie wat homself probeer vestig, is daar gewoonlik heelwat groepe wat na n magsposisie streef. Die presidensiële stelsel is h aanloklike opsie omdat dit die gesagbekleër toegang tot sterk uitvoerende gesag bied en omdat sosio-ekonomiese en politieke veranderinge makliker aangebring kan word.

Die verkiesing van h kandidaat uit n politieke party as president beteken dat slegs een party sukses in die presidensiële verkiesing behaal. Dit lei noodwendig tot die uitsluiting van die ander partye. h Kabinet wat op n breë koalisie gebou is, sou h veel beter oplossing gebied het. Die vaste termyn van die president verleen bykomend onbuigsaamheid aan die stelsel, wat h ontluikende demokrasie moeilik kan bekostig.

Ackermann (2000:662) wys ook daarop dat die "onaantasbaarheid" van die president voordat sy termyn verstryk het nie vir n ontluikende demokrasieë gunstig is nie. Die feit dat presidente hul bo die politieke area kan verhef en selfs in tye van persoonlike mislukings steeds kan voortgaan om te regeer, is een van die swak plekke in die presidensiële stelsel. In soortgelyke omstandighede sou h eerste minister in n parlementêre stelsel nie sy termyn oorleef nie.

Die voormalige Amerikaanse president, Bill Clinton, sou na sy romantiese eskapades nie sy termyn in h parlementêre regeringstelsel oorleef het nie. (Die agterbankers sou gou gerebelleer het, omdat die eerste minister se verminderde steun ook direk op hul steun sou inwerk.) Die enigste strategie wat in die presidensiële regeringstelsel bestaan om van presidente ontslae te raak, is om die president se ampstermyn soos in die VSA tot twee termyne te beperk. In ontluikende demokrasieë soos Suid-Afrika en Namibië is daardie waarborg ook in hul grondwette ingebou. Daarteenoor was dit in gevestigde parlementêre regeringstelsels nog nooit nodig om n beperking op n eerste minister se ampstermyn te plaas nie. Margaret Thatcher het vanaf 1979 tot 1997 aan die stuur van Brittanje gestaan. Sy was egter deeglik bewus daarvan dat sy haar mag sou verloor indien die agterbankers hul lojaliteit sou verplaas.

Daar is heelwat meriete in die stelling wat soms oor die Amerikaanse presidensiële stelsel gemaak word, naamlik dat dit 'n stelsel is wat net bewonder maar nie nageboots moet word nie.

4.4 'n BESPREKING VAN DIE PARLEMENTÊRE REGERINGSTELSEL MET VERWYSING NA GESELEKTEERDE LANDE

4.4.1 Inleiding

In die voorafgaande gedeelte is die presidensiële stelsel bespreek aan die hand van 'n vergelyking tussen Amerika en Brasilië. In hierdie gedeelte van die hoofstuk skuif die bespreking na die parlementêre stelsel en sal daar op 'n vergelykende grondslag gekyk word na 'n seleksie van lande wat die parlementêre stelsel gebruik.

Die aanvanklike bespreking fokus op twee lande wat vir die doel geselekteer is, naamlik Kanada en Indië. Vanweë die besluit om die mees ooreenkomstige stelsel as deel van die vergelykende metode te gebruik, is daar op dié twee voormalige Britse kolonies besluit.

Vir dekades is redelik wyd aanvaar dat dit nie moontlik is om politieke stelsels van lande wat so uiteenlopend en verskillend as Kanada en Indië is, te vergelyk nie (Hague & Harrop, 2004:34). Die klassifikasie van die wêreld in drie ontwikkelingskategorieë, naamlik Eerste, Tweede en Derde Wêreld, het 'n vergelyking tussen dié “uiteenlopende” lande aanvanklik onwaarskynlik gemaak.

Volgens dié klassifikasie het Kanada aan die kategorie van Eerstewêreldlande (ontwikkelde, geïndustrialiseerde lande) behoort, terwyl Indië aan die kategorie van Derdewêreldlande (onderontwikkelde, beperk geïndustrialiseerde lande) behoort het. Die posisie het egter oor die laaste paar dekades heelwat verander. Hoewel Indië steeds 'n ontwikkelende land is, het die snelle ekonomiese ontwikkeling in groot enklaves aan dié land 'n sterk groeiende middelklas en Eerstewêreldstatus gegee. Die Tweede Wêreld in Indië word deur die sterk kommunistiese partye verteenwoordig, terwyl die onontwikkelde gedeeltes steeds in die kategorie van die Derde Wêreld val. Die politieke en ekonomiese ontwikkeling in Indië het egter nou die tersaaklike vergelyking moontlik gemaak.

Die rede vir die keuse van Kanada en Indië, is dat dié twee lande op 'n formeel-staatkundige vlak sterk ooreenkomste toon en ook funksionele en dinamiese veranderinge ondergaan het waarvan kennis geneem moet word. Die patroonmatigheid van die ooreenkomste tussen

Kanada en Indië sal die ontleder in staat stel om uiteindelik bepaalde vooruitskouinge en voorspellings te maak.

4.4.2 h Inleidende bekendstelling: Indië en Kanada

Beide Kanada en Indië het (onderskeidelik in 1876 en 1950) met sterk gesentraliseerde parlementêre regeringsvorme tot stand gekom. Beide lande het die tradisie van parlementêre regering oorgeërf soos dit histories in die Britse Westminstertradisie beoefen is.

Kanada

Soos Macklem en andere (1997:4) daarop wys, is die Kanadese grondwet 'n unieke kombinasie van vier belangrike kenmerke, naamlik parlementêre demokrasie, 'n federale staatsvorm, groepregte en individuele regte.

Staatsvorm: Gesentraliseerde federasie.

Regeringsvorm: Parlementêre regeringstelsel.

Uitvoerende gesag: Eerste minister (leier van die sterkste party ná die algemene verkiesing) stel die kabinet uit die lede van die wetgewende gesag saam.

Wetgewende gesag: Tweekamerstelsel op die grondslag van 'n hoër- en laerhuis.

Regsprekende gesag: Die regsprekende gesag vertoon eienskappe wat kenmerkend van die federale karakter van die staat is. Twee hofstelsels het ontwikkel: federaal en provinsiaal. Die Hooggeregshof is die hoogste hof, maar vervul nie die funksies van 'n gespesialiseerde grondwetlike hof nie. Dié hof kan egter wel oor grondwetlike dispute uitsluitel gee.

Die regsprekende gesag geniet 'n groot mate van politieke beïnvloeding en onafhanklikheid ten opsigte van die uitvoerende en wetgewende gesag. Artikel 96-101 van die *Constitution Act 1867* is daarop gemik om die grootste mate van legitimiteit aan die regsprekende gesag te gee deur middel van goeie aanstellings, hoë standaarde van opleiding en *onafhanklikheid van politieke inmenging*.

Dié beginsel van onafhanklikheid is deeglik vasgelê in *Beauregard v. Canada, (1986) 2 CR;56; 30 DLR (4th) 481* waarin die salarisse van regters ter sprake was. Die onafhanklik van regters ten opsigte van enige vorm van politieke en ander inmenging is sterk

beklemtoon.

Skeiding van owerheid

gesag Die graad van die skeiding van owerheidsgesag is soortgelyk aan dit wat in tradisionele parlementêre stelsels aangetref word. Die verstrengelde uitvoerende en wetgewende gesag laat min ruimte vir die toepassing van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte. Die regsprekende gesag geniet n mate van hersieningsbevoegdheid, maar in navolging van die Britse soewereine parlementêre stelsel is dit nie voldoende om n sterker institusionele verdeling tussen die owerheidsorgane af te dwing nie.

Beperkte regterlike hersiening vind wel plaas (*The Queen v. Chandler (1868)*, 12 NBR 556 (SC) maar dit is hoofsaaklik net ter sprake wanneer wetgewers buite hul magte optree.

Die skeiding van owerheidsmagte is gevolglik vanweë die gemengde uitvoerende en wetgewende gesag en n soewereine parlementêre stelsel beperk.

Die kenmerke van die Kanadese struktuur word vervolgens in meer besonderhede bespreek.

In Kanada berus die federale wetgewende mag by h parlement, wat uit twee kamers bestaan. Die eerste kamer is die Laerhuis, terwyl die Hoërhuis as die Senaat bekend staan. Die Goewerneur-generaal, wat steeds aan die wetgewende gesag gekoppel is, is h historiese simboliese oorblyfsel van die vroeëre Britse Ryk. Die Britse monarg is steeds die staatshoof.

Die Kanadese Laerhuis is op die grondslag van die Westminsterstelsel saamgestel en bestaan uit die verteenwoordigers van die afgebakende kiesafdelings. Die Laerhuis is die primêre bron van alle wetgewing. Soos in die meeste parlementêre stelsels het die belangrikheid van die Laerhuis ten opsigte van die Senaat mettertyd toegeneem. Lede van die Laerhuis word deur middel van n enkellidkiesstelsel verkies.

Die Senaat se oorspronklike funksie was soortgelyk aan dit wat in die presidensiële stelsel aangetref word, naamlik om oorhaastige handeling en wetgewing van die Laerhuis te temper en ook om n hersieningsrol te vervul. Hierdie aspek is een van die sterk punte van die Senaat, wat Laerhuiswetgewing sorgvuldig deurgaen om na formulerings, ensovoorts, te kyk. Die belangrikheid van die Senaat as liggaam het ook met verloop van tyd toegeneem. Die Senaat vervul soms primêre wetgewende funksies, uitsluitend die inisiëring van wetgewing wat oor finansies

handel (dit is die prerogatief van die Laerhuis), hoewel dié liggaam van tyd tot tyd toenemend met spesiale ondersoeke van politieke en sosiale aard belas word.

Na h verkiesing word die leier van die sterkste party versoek om n kabinet saam te stel, wat beteken dat die uitvoerende gesag by die eerste minister berus. Die status van die eerste minister blyk uit die belangrike rol wat hy in die Laerhuis vervul. Die eerste minister tree op as leier van die Huis, veral tydens debatvoering, en doen die belangrikste aankondigings oor beleid en kritieke sake.

Die eerste minister en sy kabinet se teenwoordigheid in en betrokkenheid by die Laerhuis bevestig die vervlegting van die uitvoerende en die wetgewende gesag (Kapur, 1995:284). Dit is duidelik dat die skeiding van owerheidsmagte in die Kanadese politieke stelsel ooreenstem met die relatiewe skeiding van owerheidsmag wat kenmerkend van n parlementêre stelsel is.

Die Kanadese Senaat se relatief sterker konstitusionele posisie as tweede kamer, in vergelyking met dié van die Hoërhuis in Brittanje, laat die vraag ontstaan of die invloed van die Amerikaanse Kongres nie geleidelik na Kanada begin oorspoel het nie. (Die Senaat se sterker rol as verteenwoordiger van die verskillende provinsies was juis die staatkundige oplossing wat onder andere tydens die bespreking van Quebec in die sewentigerjare voorgestel is.) (Resnick, 1995:112)

Kanada beskik oor h parlementêre stelsel wat, soos aangedui, vir slegs vir die gedeeltelike skeiding van owerheidsgesag voorsiening maak. Die gedeeltelike samesmelting van die uitvoerende en die wetgewende gesag is kenmerkend van hierdie regeringstelsel. Die ontwikkeling van n sterker Senaat met die kenmerke van n presidensiële regeringstelsel en met substantiewe magte kan egter interessante positiewe verandering vir die skeiding van owerheidsgesag in Kanada inhou (Resnick, 1995:112).

Die waarde wat die ondersoek na Kanada se regeringstelsel vir die studie inhou, is dat daar sterk ooreenkomste met Suid-Afrika se parlementêre regeringstelsel bestaan. In beide lande is die skeiding van owerheidsmagte gedeeltelik, hoofsaaklik vanweë die verstrengeling van die uitvoerende en wetgewende gesag. In die geval van Suid-Afrika word die skeiding egter sterker geartikuleer omdat die regsprekende gesag n sterker institusionele posisie teenoor die wetgewende en uitvoerende gesag beklee. Die sterker posisie is die gevolg van die oppergesag van die grondwet en die instelling van n spesialis grondwetlikegespesialiseerde konstitusionele hof. In Kanada het die regsprekende gesag ook h groot mate van onafhanklikheid, maar parlementêre soewereiniteit is steeds n struikelblok.

Die afdwinging van menseregte deur die regsprekende gesag geskied in Kanada nie op

dieselfde vlak as in Suid-Afrika nie. (Sien die bespreking in hoofstuk 7 oor die afdwinging van menseregte in Suid-Afrika onder die nuwe grondwet.) Die Kanadese invloed met betrekking tot die formulering van Suid-Afrika se Handves van Menseregte is bekend. Roach (in Macklem, 1997:1147) is van mening dat die (Kanadese) hoewe se gebrek aan ervaring van konstitusionele remedies die oorsaak is dat die regsprekende gesag nog nie die eksklusiewe rol in die beskerming van konstitusionele regte ingeneem het nie. Artikel 24 van die Kanadese Handves van Menseregte asook die *Constitution Act, 1982* het die regsprekende gesag en die Kanadese hoewe groter magte gegee om konstitusionele regte af te dwing. Die afdwinging is nie net tussen individue nie maar ook teenoor die regering. Die regsprekende gesag se institusionele posisie teenoor die wetgewende en uitvoerende gesag is substantief deur dié konstitusionele ontwikkeling in Kanada versterk.

Indië

Indië het ook vanweë sy koloniale verbintenis met Brittanje 'n sterk gevestigde parlementêre regeringstelsel binne 'n federale staatsbestel ontwikkel, net soos Kanada. Indië is in vele opsigte kompleks as gevolg van sy geweldige groot, diverse bevolking van meer as een biljoen mense van wie die groot aantal stemgeregtigdes elke 5 jaar meer as 4 000 verteenwoordigers vir die wetgewende liggaam verkies.

Staatsvorm: Gesentraliseerde federasie.

Regeringsvorm: Parlementêre regeringstelsel.

Uitvoerende gesag: Eerste minister (leier van die sterkste party ná die algemene verkiesing) stel die kabinet uit die lede van die wetgewende gesag saam.

Wetgewende gesag: Tweekamerstelsel op die grondslag van 'n hoër- en laerhuis.

Regsprekende gesag: Die grondwet maak voorsiening vir die skepping van 'n Hooggeregshof bestaande uit 'n hoofregter en 26 regters. Die Hooggeregshof is die hoogste hof met oorspronklike en appèlbevoegdheid.

Die wetgewende gesag het sterk daarop aangedring dat die regsprekende gesag "uit die politiek" gehou moet word om te verseker dat die regsprekende gesag 'n mate van onafhanklikheid behou.

Skeiding van owerheids gesag Die skeiding van owerheids gesag in die Indiese Grondwet is relatief en gelykstaande aan die in ander tradisionele

parlementêre stelsels. Die verstrengelde uitvoerende en wetgewende gesag laat min ruimte vir die toepassing van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte. Die regsprekende gesag geniet n mate van onafhanklikheid, maar nie voldoende om h sterker institusionele verdeling tussen die owerheidsorgane af te dwing nie. Die skeiding van owerheidsmagte is gevolglik te beperk.

Na die voorgaande kort inleiding word Indië vervolgens in meer besonderhede bespreek.

Die Indiese parlementêre stelsel is h kabinetgedomineerde stelsel met n eerste minister wat as leier van die kabinet optree. Indië maak vir h stelsel van verantwoordelike regering voorsiening omdat die uitvoerende gesag aan die wetgewende liggaam verantwoording moet doen. Die ministers is deel van die wetgewende gesag, wat beteken dat die Indiese regeringstelsel in die tradisie van die Westminsterstelsel vir slegs die gedeeltelike skeiding van owerheidsgesag voorsiening maak (Kapur, 1995:138).

Die vergelyking wat vervolgens van Kanada en Indië gemaak word, is moontlik vanweë die aantal strukturele en dinamiese ooreenkomste tussen die twee lande. Die vergelyking tussen dié twee lande sal die geleentheid bied om die dinamiek en ontwikkelinge in die lande beter te begryp.

h Vergelykende perspektief tussen Kanada en Indië word vervolgens geskets:

	KANADA	INDIë
Staatsvorm	Federasie	Federasie
Regeringsvorm	Parlementêre stelsel	Parlementêre stelsel
Uitvoerende gesag (gedeeltelike vermenging met wetgewende gesag)	Ja	Ja
Uitvoerende gesag (verantwoordelik aan h laerhuis)	Ja	Ja
Uitvoerende federalisme	Ja	Ja
Wetgewende gesag	Twee kamers: hoër- en laerhuis	Twee kamers: hoër- en laerhuis
Sterk regionale eenhede	Ja	Ja

Heterogeen	Ja, twee dominante kulturele eenhede, naamlik Frans en Engels	Ja, multikultureel, hoewel baie divers
------------	---	--

Indië en Kanada vertoon 'n belangrike ooreenkoms, naamlik dat hulle steeds die oorgeërfde tradisie van parlementêre regering, soortgelyk aan die Britse Westminstertradisie, behou het. Die tweede belangrike veranderlike is dat beide lande, hoofsaaklik vanweë geografiese verspreiding en kulturele diversiteit, die federale staatsvorm aanvaar het (Kapur, 1995:119).

Sommige skrywers soos Mishra (in Grover, 1997:33) is egter van mening dat Indië eerder 'n kwasifederale stelsel as 'n volledige federale stelsel het. Hierdie aspek sal later in die bespreking meer aandag kry.

Die federale beginsel veronderstel dat die grondwet vir regionalisme en desentralisasie voorsiening maak, wat in beide lande 'n kenmerkende faktor is. Die grondwet verdeel gesag tussen 'n steeds sterk gesentraliseerde sentrale owerheid en die verskillende provinsies in Kanada en state in Indië. Die regionale eenhede in die lande begin egter geleidelik sterker op groter outonomie aandring.

Soos in die vergelykende tabel hierbo uiteengesit, staan Indië en Kanada se federale staatsvorm as uitvoerende federalisme bekend. Dit veronderstel dat die sentrale regering en veral die uitvoerende gesag (nie die wetgewende gesag soos in die meeste federasies nie) verantwoordelikheid vir die beleid en administrasie van die samestellende regionale of provinsiale eenhede aanvaar. Die uitvoerende gesag doen aan die Laerhuis verantwoording. In beide Kanada en Indië speel die Hoërhuis (onderskeidelik die Senaat en die Rajya Sabha) egter 'n ondergeskikte konstitusionele rol ten opsigte van die insette van die regionale eenhede (Verney, 2000:242).

Die Amerikaanse grondwetskrywers het om dié rede die Britse parlementêre stelsel verwerp en 'n presidensiële stelsel binne 'n federasie aanvaar, wat die state in 'n sterk Senaat (Hoërhuis) verteenwoordig. Dié stelsel staan as wetgewende federalisme bekend, wat eenvoudig beteken dat die deelnemende eenhede in die wetgewende gesag (Senaat) sitting het en nie in die uitvoerende gesag nie.

Die blote feit dat Indië en Kanada steeds die Westminstertradisie voortsit, beteken dat verantwoordelike regering steeds voorkeur geniet. Dié tradisie veronderstel dat die regering (uitvoerende gesag) aan die Laerhuis verantwoording moet doen. Vanweë die feit dat die uitvoerende gesag uit die aard van sy meerderheid in die Laerhuis dié instelling domineer, word die regionale eenhede (veral die minderhede) se belange ondergeskik gestel. Daar word nie vir 'n

spesiale of spesifieke huis voorsiening gemaak waarin regionale belange verteenwoordig kan word nie.

Verney (2000:242) wys daarop dat die regionale eenhede in beide Kanada en Indië sterker daarop begin aandring dat hul belange in n institusionele forum meer voorrang moet geniet. Die gevolg van die hierdie regionale eise en druk is dat daar spanning tussen die parlementêre stelsel en die federale beginsel begin opbou. Die parlementêre stelsel, met sy relatief swakker Hoërhuis, en die onderliggende sentralistiese dogma wat dié stelsel onderskryf, is nie struktureel en funksioneel opgestel om vir desentralisasie voorsiening te maak nie.

Nóg Indië nóg Kanada se Hoërhuis bied, soos in die presidensiële stelsel, struktureel en funksioneel vir die regionale eenhede n platform om direk hul belange te artikuleer en om hul eiesoortigheid te beskerm (Kapur, 1995:119). Alternatiewe kanale moes dus in beide gevalle geskep word om die belange van die regionale eenhede te akkommodeer.

In Kanada word die verlangde interaksie in h eersteministerskonferensie geformaliseer waarin daar op sentrale vlak kontak tussen die sentrale regering en die verskillende provinsies gemaak word. Die Kanadese kabinet vervul die surrogaatrol as instelling waardeur die regionale eenhede hul inspraak op die sentrale vlak moet verkry. Die realiteit is egter dat dit nie in hierdie doel slaag nie. Daar is van die provinsies wat kwalik verteenwoordiging in die kabinet het. h Verdere probleem is dat die ministers in die federale kabinet gefrustreer word in hul pogings om die kabinet as platform te gebruik om hul segmentele belange te artikuleer.

Eerstens is sommige provinsies ondervteenwoordig in die kabinet wat dit moeilik maak om hul stemme te laat hoor. Tweedens toon die kabinet binne h parlementêre stelsel sterk kohesie en tree dit histories verenig na buite op. Die enigste wyse waarop sterk eksponente van regionale eenhede kan handel, is om tot die drastiese stap van bedanking oor te gaan. Dit is presies wat James Richardson (Manitoba) en Jean Marchand (Quebec) uit frustrasie gedoen het, eerder as om op dieselfde wyse te bly funksioneer. Die gebrek aan h vetostelsel en die lede se minderheidsposisie het tot hierdie optrede aanleiding gegee. Ten spyte van die ministers se drastiese optrede het die kabinet eenvoudig met hul werksaamhede voortgegaan (Verney: 2000:243).

Indië is ook sterk gesentraliseer ten spyte van sy diversiteit en geografiese omvang. Dié land het, soos Kanada, nie op die sentrale en regionale vlak voldoende

institusionele voorsiening vir interaksie gemaak nie. Die vergaderings tussen die Indiese eerste ministers en die verskillende state se eerste ministers vind op 'n ad hoc-grondslag plaas. In die Indiese grondwet word daar wel voorsiening vir 'n interstaatlike raad gemaak, maar in die praktyk het dié liggaam nog nie gematerialiseer nie. In beide gevalle is die strukturele en funksionele verteenwoordiging van die regionale eenhede nie in pas met wat normaalweg in 'n federasie verwag word nie (Verney: 2000:243).

Indië het egter formeel-struktureel 'n voorsprong bo Kanada, omdat die ontwikkeling vanaf uitvoerende federalisme na wetgewende federalisme relatief groter is. (Dit impliseer egter nie dat Indië wel oor 'n wetgewende federale stelsel beskik nie.) Terwyl die Kanadese Hoërhuis, waarin die lede aangewys en nie verkies word nie, steeds redelik onbelangrik is, beskik die Indiese Hoërhuis oor meer substantiewe mag. Die lede van die Indiese Hoërhuis word verkies en nie net aangewys nie. Die Hoërhuis bestaan uit 250 lede van wie 238 in die onderskeie state se wetgewende vergaderings verkies word. Die belangrikste aspek is egter dat die Indiese Hoërhuis wel oor bepaalde substantiewe magte beskik, onder andere dat lede van die Hoërhuis deel van die kieskollege vorm wat die Indiese president moet verkies. Die Hoërhuis geniet ook die onafhanklikheid om wysigings aan die grondwet aan te bring. Wat veral belangrik is, is die funksie om magte tussen die sentrale regering en die state te kan verskuif.

Soos genoem, het beide Kanada en Indië 'n uitvoerende federale stelsel omdat belange op die uitvoerende en nie op die wetgewende vlak gesetel is nie. Die institusionele struktuur beteken dat beide lande nie volledig op federale status aanspraak kan maak nie. Die behoud van die parlementêre regeringstelsel binne 'n federale staatsvorm veroorsaak strukturele spanning en het reeds tot stelselonstabiliteit aanleiding gegee. Die enigste wyse waarop beide lande die sistemiese druk van hul regionale eenhede doeltreffend kan akkommodeer, is om van uitvoerende federalisme na wetgewende federalisme oor te skakel.

Die strukturele en funksionele aanpassing binne beide lande se politieke stelsel veronderstel dat die Hoërhuis of tweede kamer se status en bevoegdheid uitgebou behoort te word. Die Hoërhuis moet van sy tradisionele rol binne die parlementêre stelsel hervorm word na 'n institusionele posisie wat nader aan die rol is wat die Senaat binne 'n presidensiële stelsel moet vervul. In 'n wetgewende federasie moet die Hoërhuis die belange van die regionale eenhede eerstens regstreeks verteenwoordig en reflekteer. Die instelling moet ook met substantiewe magte toegerus wees.

Die skeiding van owerheidsmag in beide Indië en Kanada kan deur die skepping van wetgewende federalisme vergroot word. Tans word die voordele van die skeiding van owerheidsgesag op die geografiese vlak in 'n staatkundige federale vorm gefrustreer deurdat die regionale verbinding binne die sentraliserende aard van 'n parlementêre stelsel plaasvind. Dit is eenvoudig 'n keuse tussen "halwe" federalisme, soos in 'n uitvoerendegesagstelsel, en "volle"

federalisme, soos in h wetgewendegesagstelsel.

Die skepping van wetgewende federalisme sal besluitneming vanaf die provinsiale en regionale eenhede en ad hoc- ministeriële vergaderings na n permanente wetgewende instelling in die sentrum van die politieke instelling verskuif. Indien die verandering struktureel geïmplementeer word, kan die instelling die deelnemende eenhede op n gelyke numeriese basis verteenwoordig. Die instelling kan dan h teenwig vorm wat gebalanseer word, teenoor die verteenwoordiging van die bevolking, waarop die Laerhuis gebaseer is. Die konstitusionele reëling sal ongetwyfeld die skeiding van owerheidsmagte in beide lande versterk.

4.4.3 Die regsprekende gesag en die skeiding van owerheidsgesag in Indië en Kanada

Die voorgaande bespreking het in h groot mate oor die skeiding van gesag op die horisontale geografiese vlak gehandel. Die tema sluit by die sentrale probleemvraag van die proefskrif aan, naamlik op watter wyse gesag so verdeel kan word dat die arbitrêre uitoefening daarvan verhoed kan word.

Dit is duidelik dat beide Indië en Kanada net vir h gedeeltelike skeiding van owerheidsmagte voorsiening maak. Die verstrengeling van die wetgewende en uitvoerende gesag maak dit problematies om werklik aan die teoretiese uitgangspunte van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte te voldoen.

Die rol van die regsprekende gesag is daarom van groot belang, want veral as die "beskermer" van die grondwet kan dit arbitrêre optrede deur die uitvoerende en wetgewende gesag teenstaan.

In Indië bestaan die regsprekende gesag uit h hiërargie van howe waarvan die Hooggeregshof die belangrikste is. Die Hooggeregshof bestaan uit h Hoofregter en minstens sewe regters.

Die Hooggeregshof beskik oor appèlbevoegdheid oor konstitusionele aangeleenthede (artikel 132), siviele en kriminele aspekte (artikel 133 en 134), asook oor spesiale gevalle waarin verlof tot appèl toegestaan word.

Die lede van die wetgewende gesag beskou die regsprekende gesag as onafhanklik en vry van politieke inmenging. Die aanstelling van regters en die bepaling van hul ampstermyne geskied met die oogmerk om die maksimum onafhanklikheid aan die howe en aan die regslui te gee. Die aanstelling van die regters geskied deur die Hoof van die Staat in konsultasie met die Hoofregter. Regters word in streng voorgeskrewe omstandighede deur die Hoof van die Staat en n spesiale tribunaal ontslaan. Die salarisse van regters word deur die Grondwet vasgestel en kan nie arbitrêr verminder word nie (Kapur, 1995:177).

Die Hooggeregshof se appèlbevoegdhede oor konstitusionele aangeleenthede handel oor substantiewe aangeleenthede en/of oor die vertolking van die Grondwet. Die betekenis van substantiewe aangeleentheid is dat daar n verskil oor die Grondwet is en nie n blote feitevraag nie.

Indiese regshersiening berus op die konstitusionele beginsel dat die Grondwet die fundamentele reg is. Die Hooggeregshof is hiervolgens gebind om die Grondwet, wanneer dit nodig is, af te dwing. In *The State of Madras v V.G.Rao, A.I.R. 1952 S.C. 196* word beklemtoon dat die Hof op grond van sy eed, wanneer die wetgewende gesag sy magte oorskry, seker moet maak dat die Grondwet toegepas word.

Soos die Amerikaanse Grondwet, bevat die Indiese Grondwet dus nie n uitdruklike bepaling dat dit die hoogste wet in die land is nie. Die Indiese Grondwet is wel onbuigsaam en kan net volgens die streng voorskrifte van artikel 368 gewysig word. Die Hooggeregshof is uitdruklik gemagtig om die Grondwet te vertolk (artikel 132 en 147) en ook om seker te maak dat wetgewing nie teen die Handves van Menseregte indruis nie (artikel 12(2)). Wetgewing wat teen die grondwet indruis, het geen status nie en die houe moet dit so vertolk.

In 1951 het die regterlike hersiening reeds tot konflik tussen die regsprekende en die wetgewende gesag gelei. Die parlement het gereageer deur die twee en veertigste amendement aan die Grondwet aan te bring, wat die parlement die reg gegee het om veranderinge aan die Grondwet aan te bring. Die oogmerk van die *Forty-second Amendment Act 1976* was om parlementêre soewereiniteit te bevestig.

Alhoewel beide Indië en Kanada se regsprekende gesag oor h groot mate van onafhanklikheid beskik en daar in beide lande groot respek vir die houe bestaan, is die institusionele posisie van die regsprekende gesag nie vergelykbaar met die posisie in byvoorbeeld Japan (wat vervolgens bespreek word) en Suid-Afrika nie. In beide lande (Japan en Suid-Afrika) het die houe sterk hersieningsbevoegdhede, wat die institusionele status en onafhanklike status van die regsprekende gesag teenoor veral die uitvoerende gesag bevestig.

Dit beteken egter nie, soos Kapur (1995:184) verduidelik, dat die regsprekende gesag h hersieningsrol vervul nie. Die status van die Indiese Grondwet as die hoogste wet van die land moet implisiet afgelei, eerder as uitdruklik vasgestel word. In Indië is die wetgewende oppermagtigheid steeds baie sterk, mits dit nie indruis teen die fundamentele regte in die Grondwet nie. Die mening is dat die Indiese houe hulself in dié opsig tussen die posisie van die houe in Brittanje en dié in Amerika bevind.

Indië is nie in dieselfde gunstige posisie as Suid-Afrika wat die skeiding van owerheidsmagte betref nie. Die relatief swakker posisie van Indië se regsprekende gesag teenoor die verstrengelde wetgewende en uitvoerende gesag lei tot n swakker magsbalans tussen die verskillende instellings.

4.5 DIE BEPERKTE PARLEMENTÊRE REGERINGSTELSE

In die volgende gedeelte word daar steeds aandag aan die parlementêre regeringstelsel gegee, maar met verwysing na die beperkte parlementêre stelsel (constrained parliamentarism). Die beperkte parlementêre stelsel beteken eenvoudig dat daar n rem op die gesag en magte van die verstrengelde, gedeeltelik gesentraliseerde uitvoerende en wetgewende gesag geplaas word. Hierdie rem is in die gedaante van die regsprekende gesag wat met groter gesag beklee is en as konstitusionele waghond teenoor die uitvoerende en wetgewende gesag kan optree. Die grondwet het ook oppermagtige status en word deur die howe gebruik om die uitvoerende gesag se wetgewing, beleid en optrede te temper en te toets.

Japan se regeringsvorm word vervolgens bespreek, veral met verwysing na die sterker skeiding van owerheidsgesag wat deur die sterker posisie van die regsprekende gesag (soos in Suid-Afrika) teweeg gebring is.

Japan

In die bespreking van Japan se staats- en regeringskenmerke word dieselfde struktuur as vir ander lande gevolg. Eers word h verkorte uiteensetting gegee, gevolg deur h vollediger bespreking.

Staatsvorm: Gesentraliseerde unie.

Regeringsvorm: Parlementêre regeringstelsel.

Uitvoerende gesag: Eerste minister (leier van die sterkste party ná die algemene verkiesing) stel h kabinet uit lede van die wetgewende gesag saam.

Wetgewende gesag: Tweekamerstelsel op die grondslag van h hoër- en laerhuis.

Regsprekende gesag: Die regsprekende gesag het volgens die grondwet h sterk onafhanklike posisie en is institusioneel in n veel magtiger posisie as in Indië en Kanada.

Skeiding van owerheids gesag Die verstrengeling van die uitvoerende en wetgewende gesag skep aanvanklik die indruk dat die skeiding van owerheidsgesag beperk is. Die sterk onafhanklike status van die howe en die oppermagtige status van die grondwet versterk egter die skeiding van owerheidsmag.

Japan se konstitusionele en staatkundige ontwikkeling is deur die gebeure rakende die

Tweede Wêreldoorlog gedomineer. Die Japanse Grondwet, wat Amerika in 'n groot mate as deel van die oorgawe van die voorheen imperiale moondheid op dié land afgedwing is het, het 'n konstitusionele ommekeer in Japan tot gevolg gehad.

Japan se nuwe grondwet het op 'n Westerse wyse meer klem op individuele vryhede, eerder as op korporatisme en tradisionele kulturele tradisies geplaas (Peters, 1998:103).

Ten spyte van hierdie klemverskuiwing, is die sukses van Japan se naoorlogse Grondwet, met sy sterk Britse parlementêre kenmerke, merkwaardig. Die Japanse Grondwet het 'n stabiele raamwerk vir naoorlogse rekonstruksie en politieke ontwikkeling geskep. 'n Belangrike faktor in die sukses van die konstitusionele rekonstruksie is die skerp ekonomiese opbloei wat Japan na die Tweede Wêreldoorlog ervaar het. Daarteenoor is Duitsland se politieke herlewing vertraag deur die ekonomiese probleme, wat dié land eers na die oorlog te bowe moes kom (Heywood, 1997:103).

Die status van die Japanse Keiser, wat vir eeue die heilige reg van konings gesimboliseer het en die staatkundige politieke geskiedenis gedomineer het, het slegs op 'n simboliese vlak bly voortbestaan. Die Grondwet het die Keiser as simboliese instelling behou, maar die posisie van alle magte, voorregte en prerogatiwe gestroop. Die Grondwet het die Keiser bloot as die simbool van die staat en die eenheid van die mense bestempel (artikel 1).

Die posisie van die Japanse Keiser is soortgelyk aan dié van die Britse monarg, met ander woorde 'n konstitusionele monarg. In wese kom dit daarop neer dat die kabinet die voorskrifte neerlê en die raamwerk uiteensit waarbinne die simboliese handeling plaasvind (artikel 7 en 8).

Daar is uiteenlopende redes vir die besluit wat deur die Amerikaanse adviseurs geneem is om nie die presidensiële stelsel as regeringstelsel vir Japan te gebruik nie. Eerstens maak die presidensiële stelsel nie vir 'n seremoniële posisie (soos dié van die Japanse Keiser) voorsiening nie. Tweedens het die nalatenskap van diktature wat tot die Tweede Wêreldoorlog gelei het, die herhaling van 'n sterk leier (uitvoerende president) in Japan geïnhibeer. 'n Eerste minister wat deur 'n wetgewende gesag in 'n stelsel van verantwoordelike regering gekontroleer kon word, was 'n veel veiliger opsie.

Die posisie van 'n sterk uitvoerende president vir Japan sou in die lig van vorige gebeure nie 'n wenslike opsie wees nie. Die 1919-Weimargrondwet het byvoorbeeld so

uitvoerende president in Duitsland geskep , wat nie deur h parlement (of h grondwet) beperk kon word nie. Maarskalk Hindenburg moes noodgedwonge vir Adolf Hitler in die posisie aanstel, nadat laasgenoemde die algemene verkiesing gewen het. Die gevolge van daardie stap hoef nie verder toegelig te word nie (Ackermann, 2000:636).

Staats- en regeringsvorm

Die Japanse staatsvorm is sterk uniaal en daarom sterk in die kern van die politieke stelsel gesentraliseer. Hoewel daar h mate van devolusie van gesag aan die provinsies is, is die beheer steeds in die kern van die regering in Tokio gesetel. Die deelnemende eenhede, die provinsies, ontvang hul gesag en bevoegdheids van die wetgewende gesag (die Diet). Die Diet kan egter die gesag en jurisdiksie na goeë dunde terugtrek. Die provinsies is ondergeskikte eenhede van die sentrale regering en Japan se uniale staatsvorm toon feitlik geen federale kenmerke nie.

Dit is merkwaardig dat generaal MacArthur en sy groep adviseurs wat by die samestelling en implementering van die nuwe grondwet betrokke was, die visie gehad het om nie die Amerikaanse presidensiële stelsel op die verslane Japanse volk af te dwing nie.

Japan se uitvoerende gesag is in t gesetel en die stelsel van verantwoordelike regering verrai die teenwoordigheid van n parlementêre regering in die tipiese Westminsterstyl. Die parlementêre karakter van die Grondwet word verder gekenmerk deur die feit dat die eerste minister asook die meerderheid van die kabinet uit die wetgewende gesag saamgestel word (Kapur, 1995:353).

h Verdere kenmerk van die Japanse parlementêre stelsel is die tipiese Westminsterreëling dat indien die wetgewende gesag n mosie van wantroue met n meerderheid deur die Huis loods, die kabinet in sy geheel moet bedank. Al hierdie parlementêre kenmerke verseker dat die kabinet en die uitvoerende gesag vlot werk. In Brittanje, waar die konstitusionele reëlins hul oorsprong het, was dit die eindresultaat van diepewortelde tradisies en n lang ontstaansgeskiedenis. In Japan is die soortgelyke kenmerke in die Grondwet ingebou en met n groot mate van sukses gekonstitusioneel.

Die wetgewende gesag is in die Diet gebaseer, wat uit h tweekamerstruktuur bestaan. Die Huis van Raadslede ("House of Councillors") is h tipiese Westminsterhoërhuis, terwyl die Huis van Verteenwoordigers weer soortgelyke kenmerke as n laerhuis vertoon. Hoewel die aanvanklike indruk geskep word dat beide huise ewe veel mag het, is die magswaartepunt duidelik in die Huis van Verteenwoordigers geleë (Ackermann, 2000:635).

Beide huise het teoreties beskou identiese wetgewende magte, maar indien die Huis

van Raadslede byvoorbeeld wetgewing blokkeer, kan die Raad van Verteenwoordigers die wet tydens h tweede sitting met n tweederdemeerderheid deurvoer (artikel 59). Die Grondwet het ook onteenseglik die oppermagtigheid van die Huis van Verteenwoordigers beklemtoon deur die beheer oor finansiële aangeleenthede daaraan toe te ken.

Die Huis van Verteenwoordigers se sterker konstitusionele posisie blyk ook daaruit dat hierdie instelling die bevoegdheid het om die eerste minister eensydig te verkies indien die twee huise oor so n verkiesing sou verskil (artikel 67). Die Huis van Verteenwoordigers het ook die eksklusiewe mag om die eerste minister deur n suksesvolle mosie van wantroue te verwyder. Laastens het dié instelling ook die bevoegdheid om h begroting goed te keur nadat die Huis van Raadslede dit probeer teenstaan het. Hierdie konstitusionele reëling geld ook in die geval van die goedkeuring van verdrae (artikel 60).

Die Grondwet skei op n formele vlak die regsprekende gesag van die uitvoerende en wetgewende gesag. Artikel 76 stel dit duidelik dat die regsprekende gesag n onafhanklike status los van die ander regeringsinstellings geniet. Die Grondwet beklemtoon ook die onafhanklikheid van die regters wat slegs aan die Grondwet onderdanig is (artikel 76). Soos aangedui, kan die Hooggeregshof wette onkonstitusioneel verklaar indien dit teenstrydig met die bepalinge van die Grondwet is.

Die posisie van die regsprekende gesag versterk die skeiding van owerheidsmag op feitlik dieselfde wyse as wat dit die geval in Suid-Afrika is. Artikel 98 van die Japanse Grondwet bepaal uitdruklik: "[T]his Constitution shall be the supreme law of the nation and no law, ordinance, imperial rescript or other act of government, or part thereof, contrary to the provision thereof, shall have legal force or validity." Die Grondwet is verder onbuigsaam en dit is verstommend genoeg nog nie een keer deur amendemente aangepas nie. Die sterk posisie van die regsprekende gesag word bevestig deur die bepaling dat die Hooggeregshof die gesag van regsprekende hersiening besit. So het die Hooggeregshof byvoorbeeld bepaal dat die plasing van Amerikaanse soldate in Japan teenstrydig met die neutraliteitsbepalinge van die oppermagtige Grondwet is en dat hulle daarom nie oor regskrag beskik nie (Kapur, 1995:352).

Die Grondwet vestig eksplisiet die regterlike hersiening in die Japanse Hooggeregshof (artikel 81). Die Hooggeregshof beskik oor die mag om die konstitusionaliteit van wet, bevel en regulasie ooreenkomstig die Grondwet kragteloos te verklaar.

Die beperking van die regsprekende gesag waarna Ackermann (2000:662) as "constrained parliamentarism" verwys, beteken dat Japan (soos Suid-Afrika), ten spyte van die gedeeltelike vermenging wat tussen die uitvoerende en wetgewende gesag voorkom, h groter mate van skeiding van owerheidsgesag openbaar as in tradisionele Westminsterregeringstelsels.

Die bespreking van Japan word afgesluit met h uiteensetting in tabelvorm van die ooreenstemmende kenmerke tussen dié

land en Suid-Afrika. Beide lande het as gevolg van die rem of beperking wat die regsprekende gesag op die uitvoerende en wetgewende gesag geplaas het, 'n groter skeiding van owerheidsgesag as tradisionele parlementêre regeringstelsels. (Suid-Afrika se regeringstelsel sal volledig in die volgende hoofstukke bespreek word.)

	JAPAN	SUID-AFRIKA
Staatsvorm	Gesentraliseerde unie	Gedesentraliseerde unie
Provinsies	Ondergeskik aan die sentrale regering	Lae vlakke van segmentele outonomie
Regeringsvorm	Parlementêr -- beperkte variant	Parlementêr -- beperkte variant
Grondwet	Oppermagtig	Oppermagtig
Grondwetlike veranderinge	Besonder onbuigsaam -- kan net onder sterk voorgeskrewe omstandighede gewysig word	Onbuigsaam -- kan net onder voorgeskrewe omstandighede gewysig word
Uitvoerende gesag	Eerste Minister en kabinet, vervleg met wetgewende gesag	President -- kabinetslede word uit die wetgewende gesag aangewys
Wetgewende gesag	Tweekamerstelsel: Raad van Verteenwoordigers en Huis van Raadslede	Tweekamerstelsel: wetgewende vergadering, Raad van Provinsies
Regsprekende gesag	Regsprekende hersiening: kan wette onkonstitusioneel verklaar	Regsprekende hersiening: kan wette onkonstitusioneel verklaar
Skeiding van owerheidsgesag	Gedeeltelik: uitvoerend en wetgewend vermeng	Gedeeltelik: uitvoerend en wetgewend vermeng

4.6 SWITSERLAND: h EIESOORTIGE STELSEL TUSSEN DIE HOOFKATEGORIEë VAN REGERINGSTELSELS

4.6.1 Inleiding

Eerstens word h kort uiteensetting van Switserland se unieke komiteeregeringstelsel gegee.

Staatsvorm: Gedesentraliseerde federasie

Regeringsvorm: Komiteestelsel, moontlik sterk(er) presidensiële kenmerke.

Uitvoerende gesag: In h federale raad gevestig.

Wetgewende gesag: Tweekamerstelsel wat oor feitlik identiese magte beskik.

Regsprekende gesag: Die regsprekende gesag het nie h sterk institusionele posisie nie, kan bv. nie wette onkonstitusioneel kan verklaar nie.

Skeiding van owerheids

gesag Unieke skeiding van owerheidsmag in h stelsel wat n gedentraliseerde staatsvorm maar n gesentraliseerde regeringsvorm het. Switserland beskik funksioneel oor h redelike sterk skeiding van owerheidsgesag, wat uit die sterk demokratiese tradisie spruit.

Die fokus van hierdie onderafdeling is h bespreking en ontleding van Switserland se unieke regeringstelsel wat eiesoortig onder die twee hoofgroepe is. Die oogmerk met die bespreking is eerstens om Switserland se komiteestelsel te bespreek. Die belangrike aspek is egter die unieke wyse waarop die skeiding van owerheidsgesag in Switserland plaasvind. Laastens sal Switserland en die VSA in tabelvorm vergelyk word, aangesien daar beweer word dat Switserland vir sy komiteestelsel van die Amerikaanse voorbeeld gebruik gemaak het.

Switserland -- staats- en regeringsvorm

Die sterk staatkundige klem wat in Switserland op desentralisasie geplaas word, blyk duidelik uit die bewoording van die Grondwet (artikel 3): "The cantons are sovereign in so far as their sovereignty is not limited by the Federal Constitution, and, as such, they exercise all rights which are not transferred to the Federal power."

In die Switserse institusionele staatkundige struktuur word daar sterk klem op die

outonomie en selfregerende status van die verskillende kantons geplaas (Kriek, 1992:53). Die klem op die outonomie van die kantons blyk ook veral duidelik uit artikel 1 van die Grondwet wat na Switserland se staatsvorm as konfederaal verwys, met ander woorde dat die kantons selfregerend en outonoom is.

Switserland se staatkundige en regeringstelsel is uniek in die opsig dat dit nie inpas by die tradisionele, konvensionele breë patrone wat in die Westerse demokrasieë voorkom nie. Die kollektiewe uitvoerende gesag of die komiteestelsel is n regeringstelsel wat uniek aan Switserland is (Jackson & Jackson, 2003:249). Die Switserse regeringstelsel is in baie opsigte eiesoortig, wat insluiting en bespreking in hierdie hoofstuk regverdig.

Die Switserse kantons geniet h groot mate van segmentele outonomie wat in sommige opsigte, soos met die aangaan van buitelandse verdrae, op selfregering neerkom. Dit is gevolglik nie vreemd dat Switserland se staatsvorm h sterk gedentraliseerde federasie is nie. Dit is duidelik dat Switserland nie op n konfederale staatsvorm aanspraak kan maak nie, soos daar soms in die Grondwet (artikel 95) vermeld word nie. h Konfederale staatsvorm veronderstel volledige selfbestuur en interne en eksterne soewereiniteit wat buite die gesagsbevoegdheid van die kantons val (Kriek, 1992:53).

Die klassifikasie van die Switserse regeringsvorm is meer problematies as om die staatsvorm te identifiseer. Die Switserse regeringstelsel het eerstens nie n parlementêre voorkoms nie, hoofsaaklik omdat die Federale Raad nie van die voortgesette steun van die wetgewer afhanklik is nie (Ackermann, 2000:678).

Tweedens is dit duidelik dat die kenmerke van die Switserse stelsel nie sterk ooreenstemming met n presidensiële regeringstelsel toon nie. Hoewel Switserland oor ' n kollektiewe Federale Raad beskik, bestaan daar weinig ooreenkomste met die senaat van die presidensiële stelsel. Dit wil dus lyk of die Switserse stelsel as regeringstelsel buite die parameters van die parlementêre en die presidensiële stelsel val.

Die Switserse uitvoerende gesag berus by h Kommissie van sewe (artikel 95), wat as die Bundesrat of die Federale Raad bekend staan. Die lede van die Federale Raad word deur die Federale Vergadering verkies. Twee lede van die Federale Raad dien onderskeidelik as die president en vise-president van die Raad.

Die Federale Raadslede hoef nie noodwendig uit die lede van die Federale Vergadering verkies te word nie. Indien wel, moet die lede hul posisies in die Federale Vergadering ontruim. Die Federale Raad moet egter breedweg die kantons verteenwoordig (artikel 9617), wat ooreenkomste met h

wetgewende federasie vertoon. Die Federale Raad se ampstermyn is gelyklopend met dié van die Federale Vergadering (Kapur, 1995:315). Die samestelling en verkiesing van die uitvoerende gesag toon eiesoortige kenmerke wat nie sterk na óf die parlementêre óf die presidensiële stelsel neig nie.

Die Switserse wetgewende gesag berus by die Federale Vergadering wat struktureel en funksioneel n tweekamerinstelling is. Die Federale Vergadering word eerstens in n Statekamer en n Nasionale Kamer verdeel. Die Switserse wetgewende gesag is soewerein en die Grondwet maak uitdruklik daarvoor voorsiening dat die oppergesag in die politieke stelsel deur die parlement uitgeoefen word (artikel 71). Die Federale Vergadering kan wette aanneem wat nie deur die president geveto of deur enige Hoërhof onkonstitusioneel verklaar kan word nie.

Die Statekamer vertoon ooreenstemmende kenmerke met die Amerikaanse Senaat, veral omdat elke kanton, ongeag sy grootte, twee lede in dié liggaam het en elke half-kanton een lid. Konstitusioneel, wetgewend en finansiële beskik die Statekamer oor dieselfde magte en bevoegdhede as die Nasionale Kamer.

Wetgewing kan by enige kamer of by albei ingedien word, omdat beide die wetgewing moet goedkeur. Indien daar n dooiepunt tussen die twee kamers ontstaan, word die wetgewing na n gesamentlike staande komitee verwys.

Die Nasionale Kamer bestaan uit 20 verkose lede en is die verteenwoordiger van die kiesers op die nasionale vlak. Tesame met die Statekamer vorm dit die Federale Vergadering.

Die Federale Vergadering is konstitusioneel n baie sterk instelling waarop die Grondwet slegs spesifieke konstitusionele beperkings plaas. Artikel 84 van die Grondwet beklee die Federale Vergadering met wye magte om sy werk te verrig (Kapur, 1995:329).

n Belangrike aspek wat egter uitgelig moet word, is die unieke stelsel van wigte en teenwigte wat teenoor die Federale Vergadering gestruktureer is. Hierdie wigte en teenwigte neem die formaat aan van direkte demokrasie of direkte inspraak by wyse van referendums. Besluite en selfs wetgewing deur die Federale Vergadering kan onder bepaalde omstandighede deur die hou van nasionale referendums ongedaan gemaak word.

Referendums speel n belangrike rol in die funksionering van die Switserse politieke stelsel (Hague en Harrop, 2004:162-163). Indien 50 000 kiesers of agt kantons binne 90 dae na die aankondiging van nuwe wetgewing n referendum aanvra, moet so n referendum gehou word. Indien die meerderheid van die kiesers teen die nuwe wetgewing stem, word dit ongedaan gemaak. Die referendums vind taamlik gereeld plaas: 72 referendums is tussen 1975 en 2000 gehou. Hierdie aspek toon die unieke vorm van direkte demokrasie wat dié land beoefen (Hague en Harrop, 2004:162-163).

Die Switserse regeringstelsel is inderdaad n eiesoortige regeringstelsel wat nie elders onder ander omstandighede sal deug nie. Die unieke en eiesoortige politieke kultuur

van Switserland maak dit moontlik om dié stelsel suksesvol toe te pas. Op die oog af word daar min ruimte vir die verdeling van owerheidsgesag gemaak. Dit beteken egter nie dat daar nie so n verdeling is nie, maar eerder dat die tradisionele soort verdeling van owerheidsgesag nie in die stelsel voorkom nie. Hierdie bespreking het dit ten doel om aan te toon dat die skeiding van owerheidsgesag op onkonvensionele wyse buite die tradisionele regeringsinstellings gestruktureer kan word.

Die institusionele magsdominansie van die Federale Vergadering kan dalk beelde van magsentralisasie inhou, maar die unieke aard van die wig en teenwig waaroor die kiesers en kantons in die vorm van n referendum beskik, bring die nodige balans in die stelsel waarin mag op n vertikale vlak versprei en gebalanseer word.

Switserland se bewonderenswaardige, diep demokratiese tradisies maak dit moontlik vir die Federale Vergadering om baie institusionele probleme te oorkom. Ackermann (2000:679) verwys soos volg daarna:

"Its robust tradition of direct democracy allows it to overcome many institutional difficulties. Similarly, its robust tradition of direct democracy -- exemplified by its frequent use of referenda and voter initiatives -- places the hesitations of its representative government in a different light. Rather than being a sign of weakness, these hesitations suggest an appropriate degree of deference by representative institutions to the Swiss practice of direct democracy."

Die Federale Hof is deur die 1848-Grondwet geskep en is die enigste nasionale hof oor alle kriminele en siviele sake. Hoewel die Federale Hof vrae oor die staatsreg bereg, het die Hof geen jurisdiksie oor die Grondwet nie. Die Federale Hof het nie die mag om die Grondwet te vertolk of om n federale wet nietig te verklaar nie. Die Federale Hof mag wel die konstitusionaliteit van kantonwetgewing en die aksies van die kantonnale uitvoerende gesag bereg (Kapur, 1995:332).

Die beste wyse om die aard van die Federale Hof te begryp, is deur h vergelyking met die VSA se federale regsprekende gesag. Die Switserse Federale Hof staan op sy eie en het nie soos sy Amerikaanse eweknie n hiërargie van ondergeskikte howe wat oor die kantons versprei is nie. Die Switserse Federale Hof is grondwetlik heelwat meer ingeperk as soortgelyke howe in die VSA. Die Switserse Federale Hof word grondwetlik verplig om alle wetgewing wat deur die Federale Vergadering aangeneem is, toe te pas. Artikel 113 bepaal dat die Federale Hof alle wetgewing oor bevoegdhede tussen die federale en kantonowerhede moet toepas in ooreenstemming met die wetgewing van die Federale Vergadering.

Switserland se belangrikste grondwetlike kenmerke word vervolgens deur middel van h vergelyking met Amerika in n tabel weergegee. Die vergelyking word deels deur die feit gemotiveer dat die Switserse model histories in n groot mate op die Amerikaanse voorbeeld geskoei is (Kapur, 1995:310).

	AMERIKA	SWITSERLAND
Staatsvorm	Federasie; wissel tussen h sterker en swakker gesentraliseerde vorm	Gedesentraliseerde federasie / konfederasie
Regeringsvorm	Presidensiële stelsel	Sui generis; komiteestelsel
Skeiding van owerheidsmagte	Sterk skeiding tussen die drie instellings	Unieke vermenging tussen die uitvoerende en wetgewende gesag -- vertikale skeiding
Uitvoerende gesag	In h president gesetel	Federale Raad
Verkiesing van uitvoerende gesag	Verkies deur kieskollege bestaande uit verteenwoordigers van elke staat	Federale Raad verkies deur die Federale Vergadering

Wetgewende gesag	Twee kamers; Senaat sterker as Huis van Verteenwoordigers	Twee kamers; besit identiese magte
Partystelsel	Sterk tweepartystelsel	Koalisie van 4 groot partye
Regionale eenhede	Beperkte plaaslike magte	Sterker outonomie; kan in beperkte omstandighede verdrae aangaan
Grondwetlike veranderinge	Streng voorgeskrewe omstandighede	Makliker; gereelde referendum onder bevolking
Uitoefening van gesag	Wetgewing op institusionele vlak; twee kamers	Federale wetgewing mag deur referendum getoets word
Regsprekende gesag	Institusioneel sterk; groot mate van onafhanklikheid	Institusioneel swak; moet wetgewing toepas
Ongeldigverklaring van wetgewing; skeiding van owerheidsmagte	Federale wetgewing kan ongeldig verklaar word deur Hooggeregshof	Federale regsprekende gesag het nie die bevoegdheid nie

4.6.2 Opsommende evaluering

Switserland se politieke stelsel vertoon duidelik 'n groter sentralisasie van gesag in die Wetgewende Raad, wat op 'n formele vlak min toegewings aan die beginsel van die skeiding van owerheids-gesag maak. Dit beteken egter nie dat die politieke stelsel sterk gesentraliseer is nie. Die unieke aard van die Switserse politieke stelsel, wat 'n kombinasie van indirekte en direkte demokrasie insluit, maak op 'n eiesoortige wyse vir die devolusie van gesag voorsiening. Soos verduidelik, word die kiesers in Switserland op 'n direkte wyse wat aan die Atheense demokrasie grens, deur middel van 'n referendum bemaagtig om problematiese wetgewing teen te staan. Hierdie wig en teenwig "neutraliseer" die potensiële magsdominansie van die Wetgewende Raad. Die kantons se sterk outonomie beperk ook enige verdere magsentralisasie vanweë die status van hul geografiese onafhanklikheid.

4.7 DIE SEMIPRESIDENSIËLE STELSEL

In die vorige hoofstuk is daar reeds na die semipresidensiële regeringstelsel verwys en gevolglik sal die belangrikste kenmerke van dié hibriede stelsel kortliks uitgelig word. Die semipresidensiële stelsel is 'n hibriede stelsel wat tussen die parlementêre en presidensiële stelsel geleë is en veral in Frankryk, maar ook in Finland en Rusland, neerslag gevind het.

Soos in die vorige besprekings word eers 'n kort inleidende uiteensetting van die Franse semipresidensiële stelsel gegee.

Staatsvorm: Unie.

Regeringsvorm: Semipresidensiële stelsel.

Uitvoerende gesag: Uitvoerende president wat met 'n eerste minister moet saamwerk.

Wetgewende gesag: Tweekamerstelsel.

Regsprekende gesag: Die regsprekende gesag is beduidend onafhanklik en beskik konstitusioneel oor die magte om wette wat strydig met die grondwet is, onkonstitusioneel te verklaar.

Skeiding van owerheids gesag Unieke skeiding van owerheidsmagte wat veral deur die sterk en onafhanklike posisie van die uitvoerende gesag versterk word.

4.7.1 Die semipresidensiële stelsel in Frankryk

Die belangrikheid van die bespreking van die Franse semipresidensiële stelsel is daarin geleë dat daar soms na Suid-Afrika se regeringstelsel as semipresidensiëel verwys word. Uit die bespreking sal dit egter blyk dat die Franse semipresidensiële stelsel en die Suid-Afrikaanse parlementêre stelsel min ooreenstemming toon. Hoewel Suid-Afrika ook oor 'n uitvoerende president beskik wat "onafhanklik" van die parlement optree (die president moet sy posisie in die parlement prysgee na sy verkiesing) voldoen dit nie aan die vereistes vir 'n semipresidensiële stelsel nie. Hierdie aspek sal later in die proefskrif vollediger bespreek word.

Die semipresidensiële stelsel wat deur Frankryk, Finland en Rusland geïmplementeer word, vertoon tipiese dominante parlementêre kenmerke. Die strukturering van 'n "uitvoerende president" in die Amerikaanse styl onderskei dié stelsel egter van die tradisionele parlementêre stelsels. Die president is duidelik konstitusioneel in 'n sterker posisie as 'n eerste minister in 'n parlementêre stelsel.

In Frankryk is die magte van die president veral sedert die Vyfde Franse Republiek heelwat uitgebou en versterk. Die president word ook op 'n tipiese Amerikaanse styl direk en onafhanklik van die wetgewende gesag verkies.

Die president het duidelik heelwat konstitusionele magte wat veral op die uitvoerende vlak substantief is. Die president stel 'n eerste minister en kabinet aan en in sommige gevalle wanneer 'n sterk president verkies word, domineer hy die wetgewende gesag. Hierdie aspek verminder natuurlik die verdeling van die owerheids-gesag tussen die uitvoerende en wetgewende gesag. Die president beskik oor heelwat addisionele magte. Hierdie sterk magte sluit onder andere die onderhandeling van verdrae en die reg tot oorlogsverklaring in. Die president kan ook die parlement ontbind. Dit mag egter nie gedurende die eerste jaar van dié liggaam se verkiesing plaasvind nie (Jackson en Jackson, 2003:275).

Die parlement bestaan uit twee kamers, naamlik die Nasionale Vergadering en die Senaat. Die lede van die Nasionale Vergadering word direk verkies en die lede van die Senaat indirek. Die Nasionale Vergadering is die primêre wetgewer en dié liggaam se bron van mag is veral geleë in die beheer oor finansiële sake en die reg om belasting te bepaal. Die Senaat verteenwoordig die regionale eenhede in Frankryk en vervul die tipiese rol van 'n hoërhuis deur onder andere wetgewing te hersien.

Die beperking van die president se magte is in 'n unieke stelsel van samewerking en

politieke magdeling (*cohabitation*) geleë, wat kenmerkend van die semipresidensiële stelsel is. Die rede hiervoor is dat die eerste minister en die wetgewende gesag potensieel deur n opposisieparty beheer kan word en die president dan verplig word om deur die stelsel van samewerking konsensus met die opposisie te soek. Op hierdie wyse het die sosialistiese leier, president Mitterand, mag met die konserwatiewe eerste minister, Chirac, gedeel. Vanaf 1993 tot 1995 moes Mitterand weer die mag met die Gaulisteparty onder die leierskap van Balladur deel. Die uitslag van die 1995-verkiesing het weer die mag aan die Gauliste onder die leierskap van Chirac oorhandig. Chirac moes egter die mag met n breë koalisie bestaande uit sosialiste, kommuniste en lede van die Groen Party deel.

Die samewerking van die breë front van politieke partye met n uitvoerende president is n unieke kenmerk van die semipresidensiële stelsel. Die staatsmanskap van die opeenvolgende Franse presidente verseker dat gesag doeltreffend tussen die groepe verdeel word (Ackermann, 2000:649).

Die skeiding van owerheidsmagte word deur die verstrengeling van die uitvoerende en wetgewende gesag in die semipresidensiële regeringstelsel verhinder. Hoewel die sterk uitvoerende president die indruk skep dat die posisie onafhanklik van die wetgewende gesag staan, word wetgewende funksies sterk met die uitvoerende gesag gedeel (Ackermann, 2000:649).

Die regsprekende gesag se relatief sterker posisie vergeleke met dié in parlementêre regeringstelsels bevorder egter n sterker skeiding van owerheidsgesag. Die Grondwet maak bo en behalwe vir die howe ook vir n konstitusionele raad voorsiening.

Die Konstitusionele Raad spruit uit die vroeëre Konstitusionele Komitee wat tydens die Vierde Republiek bestaan het. Die Konstitusionele Raad is n regsliggaam. Dié Raad bestaan uit nege lede van wie drie elk deur die president, die president van die Nasionale Vergadering en die president van die Senaat aangewys word, beskik oor substantiewe magte. Eerstens mag dit die posisie van die president vakant verklaar indien dié om een of ander rede nie sy verpligtinge kan uitvoer nie.

Hoewel die howe nie hersieningsbevoegdheid besit nie, beskik die Konstitusionele Raad oor die gesag om wette vir konstitusionaliteit aan die Grondwet te meet. Die president, eerste minister en die presidente van die twee kamers kan wetgewing na die Konstitusionele Raad verwys ten einde die konstitusionaliteit daarvan te toets. Die Konstitusionele Raad is reeds in hierdie verband beskryf as vreesloos en as n instelling wat nie sal huiwer om wette indien nodig onkonstitusioneel te verklaar nie.

Daar is heelwat voorbeelde van die Konstitusionele Raad se handelinge, byvoorbeeld

toe president Mitterand se wetgewing oor die nasionalisering van die Franse industrieë in 1992 ongeldig en in stryd met die Grondwet verklaar is (Ackermann, 2000:650). Dié verklaring beteken dat die wetgewing ipso facto nietig is en dit nou aan die wetgewende gesag oorgelaat word om die gebreke in die betrokke wet te korrigeer.

Die Konstitusionele Raad vervul ook h toesighoudende rol tydens verkiesings en artikel 16 bepaal dat die president die Raad tydens h noodtoestand moet raadpleeg (Kapur, 1995:233).

Ten slotte is dit duidelik dat die Franse semipresidensiële stelsel unieke kenmerke vertoon. Die skeiding van owerheidsmagte kom dalk relatief voor, maar die sterker institusionele posisie van die regsprekende gesag en die fyn magsbalans tussen die president, die eerste minister en die wetgewende gesag versterk die skeiding van owerheidsgesag op n unieke wyse.

Finland en Rusland is twee lande wat ook van die semipresidensiële stelsel gebruik maak. Finland en Rusland het egter in twee verskillende rigtings beweeg ten opsigte van die magsposisie van die uitvoerende president. Soos vervolgens verduidelik sal word, het Finland mettertyd minder en die Russiese president meer magte in die ampsposisie geakkumuleer.

Hierdie aspek kan grafies soos volg voorgestel word:

DIE UITVOERENDE PRESIDENT IN DIE SEMIPRESIDENSIËLE STELSEL

Minder mag	Balans	⇒	Sterker magte
Finland	Frankryk		Rusland

In Finland word ook van h uitvoerende president in n semipresidensiële stelsel gebruik gemaak, maar die president het heelwat minder uitvoerende magte as sy Franse eweknie. Die president se magte is op breër sake toegespits soos buitelandse sake en algemene konstitusionele sake. Die eerste minister is outonoom van die president en hanteer alledaagse regeeringsake (Jackson & Jackson, 2003:209).

Die Russiese grondwetlike stelsel maak ook vir h semipresidensiële stelsel voorsiening, maar met meer magte as dié van die Franse president. Die Russiese president se magte is so omvangryk dat dit selfs die Amerikaanse president in dié opsig oortref (Ackermann, 2000:637).

Die 1993- Russiese Grondwet bied omvangryke magte aan die president en, hoewel demokrasie formeel vooropgestel word, is die toepassing en funksionering van demokrasie beperk. Die president stel die eerste minister en die regering aan maar beheer effektief die uitvoerende gesag. Die Duma (wetgewende liggaam) benodig h tweederdemeerderheid om n presidensiële veto te fnuik of om die wraakstellingsprosedure teen die president in te stel. Die Duma is egter magteloos om

die regering te dwing om wette te implementeer wat die presidensiële veto oorleef het. Om die nodige amendemente aan te bring om die president se magte te beperk, is problematies omdat dit baie moeilik is om die rigiede Grondwet te wysig (Heywood, 2000:123).

Die regsprekende gesag is egter geleidelik besig om h mate van onafhanklikheid te ontwikkel, wat moontlik die status van die skeiding van owerheidsgesag in die toekoms kan bevoordeel (Jackson & Jackson, 2003:250).

4.7.2 Die waarde van die bespreking

Daar word vervolgens na die waarde van die bespreking in die algemeen vir die skeiding van owerheidsgesag en spesifiek vir Suid-Afrika gekyk. Dit is uit die bespreking duidelik dat die semipresidensiële stelsel nie noodwendig vir n groter skeiding van owerheidsgesag voorsiening maak nie. Die parlementêre tradisie van h verstrengelde uitvoerende en wetgewende gesag is steeds n kenmerk van die semipresidensiële stelsel. Die skeiding tussen h uitvoerende president en n eerste minister is n blote verdeling van die uitvoerende verantwoordelikhede en dra nie noodwendig tot die verdeling van owerheidsgesag by nie. Die verdeling van en skeiding tussen die president en die wetgewende gesag is nie vergelykbaar met die skeiding in n presidensiële regeringstelsel nie. In die meeste lande waarin die semipresidensiële stelsel gebruik word, is dit duidelik dat die wetgewende gesag deur die president oorheers word. Dit is sekerlik die geval in Rusland waar die uitvoerende president konstitusioneel oor substantiewe magte beskik en die regsprekende gesag nie in staat is om n wig en teenwig ten opsigte van die magte te bied nie. Howe kan nie wette ongrondwetlik verklaar of handeling van die regsprekende gesag grondwetlik beperk nie.

Die enigste wyse waarop die skeiding van owerheidsmagte in die semipresidensiële regeringstelsel versterk kan word, is deur die onafhanklike status van die regsprekende gesag uit te brei. Die beperking wat die howe deur hul toetsingstatus en selfs n oppermagtige grondwet op die verstrengelde uitvoerende en wetgewende gesag kan plaas, is die enigste wyse waarop die skeiding van owerheidsgesag versterk kan word.

4.8 ZIMBABWE EN DIE SKEIDING VAN OWERHEIDSGESAG

Ter afsluiting van die bespreking van geselekteerde lande is dit volledigheidshalwe nodig om ook kortliks na Zimbabwe met verwysing na die toepassing van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte te kyk. Die bespreking van h Afrikaland in verband met die leerstuk van

die skeiding van owerheidsmagte is belangrik vanweë die geskiedenis van gesentraliseerde owerhede en state in Afrika (Thomson, 2000:100).

Die afwesigheid van skeiding van owerheidsgesag in 'n gesentraliseerde staat is 'n kenmerk van die state in Afrika. Die bestaan van 'n burgerlike samelewing tussen die staat en die uitgebreide familie verkompliseer die funksionering van regerings in die meeste lande in Afrika en gevolglik is die oogmerk die sentralisasie van gesag om mag sterker te vestig.

Zimbabwe (voorheen bekend as Rhodesië) het gedurende die koloniale tydperk oor 'n parlementêre regeringstelsel beskik wat die Westminstertradisie sterk weerspieël het (Smith, 1997:115). Na die Lancasterhuisberaad en die onafhanklikheid van Zimbabwe in 1980 is die parlementêre regeringstelsel behou, maar na tien jaar is die eerste grondwetlike verandering aangebring. Die eerste minister is in die grondwet deur 'n uitvoerende president vervang. Die posisie en gesag van die president en die struktuur is egter onveranderd gelaat. Die Zimbabwiese Grondwet het duidelik voorsiening gemaak vir 'n parlementêre stelsel en die "nuwe" regeringstelsel het geen ooreenstemmende kenmerke met die semipresidensiële en presidensiële stelsel getoon nie.

Die Zimbabwiese Grondwet het vir die relatiewe skeiding van owerheidsmagte voorsiening gemaak, om dieselfde redes wat vir ander Westminsterregeringstelsels gegeld het en reeds bespreek is. Die verstrengelde uitvoerende en wetgewende gesag het egter spoedig sterker sentraliserende sentimente ontwikkel.

Die regsprekende gesag, ten spyte van sy ondergeskikte grondwetlike posisie teenoor die soewereine parlement, het egter sterk standpunt teenoor magsentralisasie probeer inneem. Die hof en die regters het by verskeie geleenthede die uitvoerende gesag en pogings om die status van die regbank aan te tas, veroordeel. Die uitvoerende gesag het hul egter eenvoudig nie aan die regsprekende gesag gesteur nie. Die plaasbesettings wat in 2000 'n aanvang geneem het, is 'n voorbeeld hiervan. Regter Paddington Garwa het 'n dringende bevel van die Commercial Farmers' Union in kamers aangehoor om plaasbesetting ongeldig te verklaar. Regter Garwa het die plaasbesettings onwettig verklaar en in sy bevel gestipuleer: "... that the Commissioner of Police [must] ignore any instruction from any person holding executive power in Zimbabwe who attempted to counter the eviction order" (Stiff, 2000:348).

Dit was veral dié Hooggeregshofbevel teen die regering se ongrondwetlike vergrype aan kommersiële landbougrond wat die dreigende konflik op die spits gedryf het. Die hoofregter, Anthony Gubbay, is in 2001 gedwing om met vroeë aftrede te gaan en geweldige druk is op ander regters geplaas. Die president, Robert Mugabe, het eenvoudig nuwe wette deur middel van die drakoniese Presidensiële Gesagswet uitgevaardig en dit deur die wetgewende

gesag gevoer. Die wetgewende gesag word deur ZANU (PF)-lede oorheers, ten spyte van die feit dat dié party n relatief klein meerderheid in die algemene verkiesing in 2000 behaal het. Die Grondwet bepaal dat die party wat die verkiesing wen, 20 bykomende lede kan benoem. Die wetgewende gesag word eenvoudig deur die meerderheidsparty gedomineer.

Die regsprekende gesag was magteloos teenoor hierdie uitvoerende gesagsdominansie. Ten spyte van heelwat kritiek uit regsringe in Suid-Afrika, is die regbank “gesuiwer” van regters en ander regslui wat die regering sou opponeer. Die Regterlike Dienskommissie het voortgegaan om ZANU (PF)-gesinde lede in daardie posisies aan te stel (Devenish, 2003:93).

Zimbabwe is sedert die “suiwering” van die regsprekende gesag oorgelaat aan die grille van n “konstitusionele diktator” wat binne die formele struktuur van die Grondwet n skyndemokrasie handhaaf terwyl hy in werklikheid alle gesag in homself en sy binnekring sentraliseer het. Skeiding van owerheidsgesag vind op geen wyse neerslag in Zimbabwe nie.

4.9 GEVOLGTREKKING EN SLOT

In hierdie hoofstuk is daar sterk op die vergelykende metode gesteun ten einde die kontekstuele beskrywing en klassifikasie van n seleksie van regeringstelsels te maak wat buite die tradisionele voorbeelde van Amerika (die presidensiële stelsel) en Brittanje (die parlementêre stelsel) val.

Die metodologiese uitdaging was om vanuit die patroonmatige veralgemenings wat hierbo gestel is, hipoteses te ontwikkel wat h bydrae tot die bestaande kenniskorpus oor die verskillende regeringstelsels kan lewer.

Die bespreking in die hoofstuk lei dan ter afsluiting tot h uiteensetting van die gevolgtrekkings in hoofsaaklik die volgende twee dele:

- (i) Die rol wat kiesstelsels kan speel om die skeiding van owerheidsgesag prakties of funksioneel te versterk.
- (ii) h Waarde-oordeel oor die potensiaal van die verskillende regeringstelsels om stelselstabiliteit te skep.

Die eerste vergelyking wat in die hoofstuk van stapel gestuur is, was om die presidensiële stelsels van Amerika en Brasilië onderling te vergelyk. Dit was duidelik uit die kontekstuele beskrywing en klassifikasie dat die twee stelsels struktureel dieselfde ooreenstem, hoewel die belangrikste verskil die ooglopend groter magte is wat aan die Brasiliaanse regeringstelsel aan sy uitvoerende president gekoppel.

Die Brasiliaanse stelsel manifesteer egter heelwat meer konstitusionele knelpunte as die Amerikaanse presidensiële stelsel. Brasilië se oplossing vir sy voortdurende stelselstabiliteit is duidelik nie in die

nabootsing van die Amerikaanse presidensiële stelsel geleë nie. Ten spyte van hoë vlakke van stelselstabiliteit in die Amerikaanse staat, is onstabiliteit in die Suid-Amerikaanse konteks steeds 'n konstante probleem (Mainwaring 1997 & Samuels 2000).

(i) Die rol van kiesstelsels, partyvorming en stabiliteit in 'n stelsel

Dit was duidelik dat die politieke stelsel in Brasilië, ten spyte van die sterker posisie van die president, deur voortdurende stelseldooiepunten in die uitvoering van beleid gekenmerk is. Die hipotese is dat die konstitusionele dooiepunten die gevolg van 'n gefragmenteerde partystelsel is, wat uit die toepassing van die proporsionele kiesstelsel spruit. Die konstitusionele dooiepunt lei op sy beurt tot die uiteindelijke onkonstitusionele en ondemokratiese optrede van die president om gesag outokraties op te eis.

Amerika se stelselstabiliteit is grootliks die gevolg van 'n historiese politieke kultuur wat die kontekstuele sekuriteit en stabiliteit aan die regeringstelsel verleen het. Die tweepartystelsel het ook die nodige balans in die stelsel geskep, wat fragmentering van die partystelsel teengewerk het. Die stabiliteit van die tweepartystelsel vloei deduktief uit die enkellidkiesstelsel voort.

Empiries is bewys dat die gebruik van die enkellidkiesstelsel tot die vorming van 'n tweepartystelsel lei (Lijphart, 1990:115). Brittanje en Amerika gebruik beide die enkellidkiesstelsel en in beide gevestigde demokrasieë het dit vir meer as 'n honderd jaar tot die uitkristallisering en dominerende van die klassieke tweepartystelsel gelei. In Amerika het dit tot die institutionalisering van die Republikeinse Party en die Demokratiese Party aanleiding gegee en in Engeland hoofsaaklik tot die Konserwatiewe Party en die Arbeidersparty.

'n Bykomende aspek is dat die Amerikaanse president oor tradisionele wyses beskik om selfs met die wetgewende gesag (die Senaat en die Huis van Verteenwoordigers) te handel en te onderhandel, al word die liggaam deur 'n opposisieparty oorheers. Dit vermy die konstitusionele dooiepunten wat kenmerkend van die Brasiliaanse stelsel is.

Soos Ackermann (2000:645) dit stel, is die gefragmenteerde aard van die Brasiliaanse wetgewende gesag die rede waarom die uitvoerende inisiatiewe van die president gefrustreer word. Die rede vir die knelpunte is dat die Grondwet vir 'n proporsionele kiesstelsel en nie 'n enkellidkiesafdelingstelsel voorsiening maak nie. Die proporsionele stelsel is ideaal vir 'n niehomogene samelewing, omdat dit vir die kleiner partye die geleentheid bied om in die wetgewende gesag verteenwoordig te word (Olivier, 1984:335 e.v.).

(Die rede waarom die proporsionele kiesstelsel genoem en bespreek word, is eerstens omdat die stelsel in Brasilië tot onbeweeglikheid in die politieke stelsel gelei het. Dié obstruksie het op sy beurt aanleiding gegee tot die optrede van die president, wat gesag in die stelsel gesentraliseer het. Die groter sentralisasie van owerheidsgesag beteken op sy beurt weer die verminderde skeiding van owerheidsgesag. In Bespreking van die proporsionele kiesstelsel is ook geregverdig omdat Suid-Afrika ook die proporsionele stelsel toepas, hoofsaaklik omdat dit 'n inklusiewe stelsel is wat kleiner partye bevoordeel. Die voorstelle wat in die slothoofstuk gemaak word, berus op die aanname dat Suid-Afrika nie die proporsionele stelsel doeltreffend genoeg aanwend nie, wat groter inklusiwiteit en magdeling (skeiding van magte) verhinder.)

In Brasilië het die proporsionele stelsel 'n gefragmenteerde partylandskap geskep (’n tipiese kenmerk van dié stelsel) wat dit vir die president moeilik maak om met ’n koherente wetgewende gesag saam te werk.

Die proporsionele kiesstelsel het heelwat voordele, maar ook verskeie nadele:

(a) Die eerste belangrike gevolg van die proporsionele stelsel is dat dit tot die vorming van veelpartystelsels aanleiding gee. Daar is geen bekende voorbeeld van die proporsionele stelsel wat tot ’n sterk gevormde tweepartystelsel gelei het nie (Rodee e.a., 1983:279).

(b) Voortvloeiend uit die vorming van die veelpartystelsel is dat dit noodwendig tot koalisiëvorming binne die wetgewende en selfs die uitvoerende gesag aanleiding gee. Dit is ’n oorsaaklike aspek wat tot stelselonstabiliteit en voortdurende fragmentering in die meeste politieke stelsels lei.

Soos Foweraker (1998:656) dit duidelik stel, is daar voldoende beskikbare bewyse dat die wetgewende gesag magtige agente in presidensiële stelsels in Suid-Amerika word, byvoorbeeld in lande soos Brasilië, Ecuador, Uruguay en Venezuela. Soos aangedui, veroorsaak die “teenstand” van die wetgewende gesag ’n regeringsdooiepunt en/of dat die president óf deur dekrete regeer óf ’n diktatuur in homself vestig. (Uitvoerende/wetgewende dooiepunte het tot heelwat militêre staatsgrepe gelei soos in Brasilië in 1964, Peru in 1968 en Chili in 1973.)

’n Verdere aspek is die kousale verband wat tussen regeringstelsels en polarisering bestaan. Volgens Foweraker (1998:671) is dit ’n bekende kenmerk van regeringstelsels dat die parlementêre stelsel tot koalisies en fragmentering, maar nie tot polarisering nie, aanleiding gee. Daarteenoor gee die

presidensiële stelsel aanleiding tot minder gefragmenteerdheid maar meer gepolariseerdheid.

h Belangrike vraag is hoeveel politieke partye dan voordelig vir h presidensiële stelsel is om optimaal te kan funksioneer en dan ook die groter skeiding van owerheidsmagte te kan bly handhaaf. Die drempel vir die getal politieke partye in die presidensiële stelsel is empiries (volgens die statistiese metode) op 2,5 partye per stelsel vasgestel. Meer as 2,5 partye lei tot groter polarisasie en uiteindelik tot groter stelselonstabiliteit binne die presidensiële stelsel. Die volgende tabel illustreer dié verskynsel:

	Minder as 2,5 partye	Meer as 2,5 partye
Gemiddeld tot hoë vlakke van polarisasie en onstabiliteit	Mexiko	Bolivië Brasilië Chili Ecuador Peru Uruguay Venezuela
Gemiddeld tot lae vlakke van polarisasie en onstabiliteit	Colombia Costa Rica Paraguay	Argentinië

(Mainwaring, 1993:31)

Dit is egter ook belangrik om daarop te wys dat die oplossing vir die stelselonstabiliteit in die Brasiliaanse presidensiële stelsel (en ander Suid-Amerikaanse regeringstelsels) nie eenvoudig in die aanvaarding van n enkellidkiesstelsel in die plek van die proporsionele stelsel geleë is nie. Die ontstaansredes vir stelselonstabiliteit is veelvuldig. Die kiesstelsel en die meegaande spanning tussen die uitvoerende en die wetgewende gesag is maar een van hoof bydraende faktore. Die kontekstuele raamwerk vir die Suid-Amerikaanse politieke stelsels is een van ideologiese spanning en n demokratiese kultuur en tradisies wat nie op dieselfde ontwikkelingsvlak as die VSA is nie.

Die proporsionele stelsel kan egter aangepas word om die gefragmenteerdheid van politieke partye in dié stelsel teen te werk. Ackermann (2000:654) beveel aan dat h proporsionele stelsel wat klein splinterpartye toelaat om die parlement met min steun te betree, geblokkeer moet word. Die skepping van h substantiewe drumpel van 5% steun voordat partye in die parlement en uiteindelik in die kabinet kan dien, is een wyse om die probleem te oorkom. Hierdie reëling kan kabinetsonstabiliteit verhoed en ook die getal partye in die wetgewende gesag beperk wat koalisies dikwels laat opbreek.

Brasilië en selfs ander lande in Suid-

Amerika kan gerus sterk aandag aan die voordele van die enkellidkiesstelsel skenk. Die enkellidkiesafdelingstelsel of die stelsel van "first past the post", wat in Engelssprekende lande en voormalige koloniale moondhede beoefen word, het 'n bykomende spesifieke positiewe waarde met verwysing na die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte. Omdat derde partye deur 'n sterk tweepartystelsel uit die stelsel geweier word, is dit makliker om koherensie in die wetgewende gesag te verkry. In die geval van 'n knel- of dooiepunt kan 'n oplossing makliker bereik word as om 'n kompromis met 'n veelheid gefragmenteerde politieke partye te probeer aangaan.

Indien die wetgewende vergadering deur 'n enkele opposisieparty beheer word, is daar kanale beskikbaar wat die dooiepunt tussen die president (uitvoerende gesag) en die wetgewende gesag in die presidensiële stelsel kan oplos. Lede van die opposisieparty in die wetgewende gesag het 'n kragtige politieke motivering om op die politieke uitdaging te reageer deur 'n kompromis met die president aan te gaan of eenvoudig met 'n werkbare teenprogram na vore te kom.

In 'n demokratiese konteks sal dié konstruktiewe politiek van die opposisie dit vir die president moeilik maak om op 'n nielegitieme of ondemokratiese wyse te reageer. 'n Proporsionele kiesstelsel met sy veelheid van gefragmenteerde politieke partye in 'n presidensiële stelsel skep 'n komplekse scenario wat moeilik in 'n ontluikende demokrasie hanteer kan word.

(ii) Regeringstelsels; 'n oorsig oor die stabiliteit van die parlementêre en presidensiële stelsels

Na aanleiding van die bespreking in hierdie hoofstuk word daar ook ten slotte opsommend na die stabiliteit van die regeringstelsels gekyk.

Die wetgewende gesag in die presidensiële stelsel verdien egter ook 'n mate van "simpatie". Die wetgewende gesag van 'n presidensiële stelsel word dikwels met 'n president se vaste termyn gekonfronteer. Dit maak dit baie moeilik om die president konstitusioneel te "verwyder" indien hy obstrukties sou optree. Die voorgeskrewe omstandighede waaronder 'n president vervang kan word, soos wraakstelling, is inderdaad baie beperk. Die stabiliteit of verankertheid van die presidensiële amptspesposisie kan ook op sy beurt onstabiliteit in die politieke stelsel skep. Die rede is dat die wetgewende gesag soms gekonfronteer word met 'n situasie waarin die enigste wyse waarop hulle teenstand kan bied, is om weerstand teen programme en inisiatiewe van die president te bied.

In 'n parlementêre stelsel, daarteenoor, moet die eerste minister veel meer sensitief vir die belange van die wetgewende gesag wees as in 'n presidensiële stelsel. Indien die wetgewende gesag standpunt inneem en ontevredenheid in die vorm van 'n mosie van wantroue artikuleer, kan die eerste minister sy posisie verloor.

Dit blyk uit die vergelyking wat hierbo gedoen is, dat die parlementêre stelsel 'n groter mate van stabiliteit aan die politieke stelsel verleen, hoewel die skeiding van owerheidsgesag in die presidensiële stelsel groter is. Die stelselstabiliteit van die presidensiële stelsel in vergelyking met die parlementêre stelsel is ook empiries meetbaar en bepaalbaar.

Sartori (1996:106-107) ondersteun die hipotese dat die presidensiële stelsel minder stabiel is en makliker as die parlementêre stelsel tot stelselstabiliteit kan lei. Sartori het in 'n studie bevind dat van die lande wat tussen 1945 en 1979 onafhanklikheid verkry het, slegs 36% in die tydperk 1980 tot 1989 steeds as voortgesette demokrasieë bly funksioneer het. In al die gevalle waarin die stelsel bly voortbestaan het, was die regeringstelsels suiwer parlementêr of permutasies van die parlementêre stelsel.

Cheibub in (Ackermann, 2000:115) (2000:646) het in 'n empiriese studie bevind dat die moontlikheid dat 'n parlementêre stelsel tussen 1950 en 1990 misluk het, as 'n syfer van 0.0138 uitgedruk kan word. Daarteenoor was die vergelykbare syfer vir die presidensiële stelsel 0.0477. Die syfers mag soortgelyk voorkom, maar indien dit in jare omgerekend word, is die "lewensvatbaarheid" van die presidensiële stelsel 21 jaar teenoor die 73 jaar van die parlementêre stelsel.

In vergelykende formaat kan dit illustratief soos volg voorgestel word:

Parlementêre stelsel	Minder skeiding van owerheidsgesag	Groter stelselstabiliteit
Presidensiële stelsel	Meer skeiding van owerheidsgesag	Stelselstabiliteit in ontluikende demokrasieë

In vergelykende perspektief kan die volgende tabel aangebied word om die situasie te skets. In die uiteensetting word daar onderskei tussen die beperkte parlementêre stelsel, soos in Japan en Suid-Afrika, en die gewone parlementêre stelsel, soos in Indië en Kanada.

Indien daar na die volle spektrum van lande gekyk word, kan die volgende uiteensetting meer duidelikheid verskaf:

Meer skeiding van owerheidsgesag

Minder skeiding van owerheidsgesag



<p>Presidensiële stelsel</p> <p>Indien die stelsel konstitusioneel funksioneer, is daar heelwat skeiding tussen die verskillende owerheidsmagte</p> <p>VSA Brasilië (met voorbehoud --anders in die laaste kategorie)</p>	<p>Beperte parlementêre stelsel</p> <p>Grondwet is oppermagtig en die regsprekende gesag is met hersienings-bevoegdheid beklee</p> <p>Japan Suid-Afrika</p>	<p>Parlementêre stelsel met wetgewende oppermagtigheid</p> <p>Regsprekende gesag is nie met hersienings-bevoegdheid beklee nie</p> <p>Brittanje Indië Kanada</p>	<p>Presidensiële stelsel (soos in Brasilië tydens die ineenstorting van die stelsel)</p> <p>President regeer deur dekrete en/of ignoreer wetgewende en regsprekende gesag</p> <p>Brasilië</p>
---	---	--	---

Die uiteensetting berus op die veronderstelling dat die presidensiële stelsel gesag in 'n groter mate tussen die regeringsinstellings versprei en nie oor 'n vermengde uitvoerende en wetgewende gesag beskik nie. Dit veronderstel egter nie dat dié stelsel 'n effektiewer stelsel as die parlementêre stelsel is nie; die wetgewende struikelblokke veroorsaak dikwels dat die presidensiële stelsel in die

uitvoering van beleid gefrustreer word. Dit kan, soos in die geval van Brasilië, lei tot onkonstitusionele optrede en tot die sentralisasie van gesag.

Deduktief blyk dit dat groter skeiding van owerheidsgesag in die presidensiële stelsel teenoor minder stelselonstabiliteit opgeweeg moet word. Daarteenoor staan die gedeeltelike skeiding van owerheidsgesag in die parlementêre stelsel, maar dit gaan met groter stelselstabiliteit gepaard.

In die voorbeelde wat hierbo in 'n vergelykende verband gebruik is, het dit duidelik geword dat die parlementêre regeringstelsel heelwat stelselstabiliteit aan Indië en Kanada gebied het. Die twee lande se stelselonstabiliteit is nie in die regeringstelsel self geleë nie, maar eerder in die diskrepansie of die onversoenbaarheid tussen 'n federasie en 'n parlementêre regeringstelsel. Die onvermoë van die hoërhuise van beide lande om die segmentele outonomie van die provinsies te institusioneeliseer en te artikuleer, veroorsaak dat die onstabiliteit op die geografiese staatsverdelingsvlak na die sentrum van die politieke stelsel herlei word. Indien konstitusionele veranderinge aan die tweede kamer aangebring word, kan dit weer groter stabiliteit in die twee lande bewerkstellig.

Japan se herkonstruksie en heropbou in die tydperk na die Tweede Wêreldoorlog deur middel van 'n gesentraliseerde parlementêre stelsel het merkwaardige stabiliteit vir die verwoeste land gebring. Die rol van die regsprekende gesag as 'n onafhanklike instelling wat outonoom van die vermengde uitvoerende en wetgewende gesag staan, het ook heelwat met dié sukses te doen. Die regsprekende gesag het ook 'n uitstekende funksie as wag hond en as wig en teenwig in die stelsel verrig.

Switserland vertoon unieke kenmerke wat direkte en indirekte demokrasie op 'n kundige wyse aanwend om die land se diversiteit en eiesoortige politieke kultuur te komplementeer. Dit is duidelik dat die konsentrasie van gesag in die Wetgewende Vergadering en die dominansie van dié liggaam oor die Wetgewende Raad gevare vir magsentralisasie kan inhou. Die rol van direkte demokrasie deur middel van referendums het egter histories 'n unieke oplossing vir die skeiding van owerheidsgesag in dié merkwaardige land gebied. Die uitvoer en nabootsing van die Switserse komiteestelsel as regeringstelsel sal egter hoë eise aan enige ontluikende demokrasie stel.

Vervolgens word 'n spektrumklassifikasie aangebied wat die skeiding van owerheidsgesag in die bespreekte lande visueel demonstreer. Dit is duidelik dat die presidensiële stelsel vir groter skeiding van owerheidsgesag voorsiening maak, maar dat dit makliker tot stelselonstabiliteit en 'n outokrasie of diktatuur aanleiding kan gee.

Die veranderlikes word gestruktureer met verwysing na die volgende sleutel:

1. voorbeeld van land; 2. regeringstelsel; 3. staatsvorm; 4. kiesstelsels en 5. skeiding van owerheidsgesag.

ONDEMOKRATIES

1. Chili	1. Brasilië
2. Outokrasie	2. Presidensiële stelsel -- voorbeeld geld wanneer deur dekrete regeer word
3. Unie	3. Unie
4. Geen verkiesings nie	4. Proporsionele stelsel
5. Geen skeiding van owerheidsmagte nie	5. Geen of min skeiding van owerheidsmagte nie

DEMOKRATIES

1. Frankryk	Brittanje Japan	Indië Kanada	Amerika	Switzerland
2. Semipresidensiële	Parlementêr	Parlementêr	Presidensiële	Komiteestelsel
3. Unie	Gedesentraliseerde unie	Gesentraliseerde federasie	Gedesentraliseerde federasie	Federasie Konfederasie?
4. Gemengde kiesstelsel	Enkellidkiesstelsel	Enkellidkiesstelsel	Enkellidkiesstelsel	Gemengde kiesstelsel
5. Gedeeltelike skeiding	Gedeeltelike skeiding	Gedeeltelike skeiding	Skeiding van owerheidsgesag	Unieke skeiding

(Met spektrumklassifikasie word van die veronderstelling uitgegaan dat Brasilië, soos baie ander Suid-Amerikaanse lande, die wetgewende gesag geïgnoreer het en die beheer in die uitvoerende gesag gesentraliseer het.)

Die spektrumklassifikasie is eenvoudig 'n grafiese voorstelling ten einde die veranderlikes visueel te isoleer en teenoor mekaar op te stel. Die gevolgtrekking en voorspellings wat gemaak word, vloei logies en deduktief uit die kontekstuele beskrywing en spektrumklassifikasie voort, naamlik:

(i) 'n Regeringstelsel kan nie onafhanklik van onder andere die kiesstelsel beskou word nie. 'n Kiesstelsel soos die proporsionele stelsel kan deur die fragmentering van die wetgewende gesag 'n mate van stelselinstabiliteit in die presidensiële stelsel tot gevolg hê.

(ii) Die parlementêre stelsel is nie geheel en al onversoenbaar met 'n sterker geografiese skeiding in 'n staatsvorm soos 'n federasie nie. Die oplossing is egter daarin geleë dat die Hoërhuis nie, soos in die geval van Kanada en Indië, 'n "gesaglose", hoofsaaklik simboliese instelling moet wees nie. Die tweede kamer behoort die segmentele eenhede op 'n gelyke grondslag te verteenwoordig en oor werklike gesag te beskik om na die belange van die eenhede om te sien.

(iii) Hoewel sommige skrywers soos Blankart (1993:83 e.v.) na die Switserse regeringstelsel verwys as n stelsel wat gesentraliseer is en opmerk dat die graad van skeiding van owerheidsgesag laag is, bestaan daar opponerende persepsies. Myns insiens kan die oorheersing op n formele vlak van die Federale Vergadering oor die Federale Raad dié indruk skep. Dit kan selfs versterk word deur die ondergeskikte posisie van die regsprekende gesag teenoor die wetgewende en selfs die uitvoerende gesag. Die regsprekende gesag het byvoorbeeld nie die bevoegdheid om wetgewing te toets en dit onkonstitusioneel te verklaar nie.

Nieteenstaande dié siening is dit duidelik dat die konvensionele siening van die skeiding van owerheidsgesag op die vertikale vlak as toetsingsmaatstaf gebruik is. Die Switserse regeringstelsel is nie horisontaal sterk geskei nie, maar die unieke stelsel maak voldoende voorsiening daarvoor dat skeiding op die vertikale vlak vir n werkbare stelsel van wigte en teenwigte kan sorg. Die blote feit dat 50 000 kiesers (ongeveer 1% van die bevolking) wetgewing en besluite van die parlement ongedaan kan maak, bou intrinsiek h stelsel van wigte en teenwigte in die stelsel in wat mag op n unieke, direkte manier versprei.

Die blote feit dat die parlementariërs daarvan bewus is dat hul besluite deur opposisiegroepe tussen die kiesers ongedaan gemaak kan word, het h baie positiewe invloed op die formulering van wetgewing en beleid. Wetgewing word opgestel deur so wyd as moontlik te konsulteer om sodoende h dreigende referendum af te weer. Die gevolg is die diffusie van gesag, en h verdere unieke wyse om gesag te versprei.

(iv) Dit is duidelik dat parlementêre regeringstelsels gesag in mindere mate skei, hoofsaaklik vanweë die verstrengeling van die uitvoerende en wetgewende gesag. Dié stelsel vertoon egter h sterker element van stelselstabiliteit. Daarteenoor plaas die presidensiële stelsel sterker klem op die skeiding van owerheidsgesag, maar die samewerking met die wetgewende gesag veroorsaak dikwels stelselonstabiliteit en dooiepunte.

(v) Die Amerikaanse presidensiële stelsel en selfs die Switserse komiteestelsel word moeilik na ontlukende demokrasieë oorgeplant. Die sterker beheer en konsoliderende struktuur van die parlementêre stelsel blyk n belangriker teenvoeter vir stelselonstabiliteit te wees. Japan is veral hier n belangrike eksponent van die waarde wat dié stelsel in die staatkundige sfeer en op die gebied van stabiele regering in n land gehad het.

(vi) Die presidensiële stelsel is vanweë sy groter konsentrasie van gesag in die uitvoerende gesag (die president) aantreklik vir nuwe en ontluikende demokrasieë (Hague en Harrop, 2004:284). In heelwat demokrasieë waarin stabiliteit in moeilike omstandighede belangriker as vryhede geag word, is die presidensiële stelsel h aanvaarbare keuse. Dit het veral in postkommunistiese lande in Europa gebeur, maar namate demokratiese konsolidasie plaasgevind het, het die belangstelling in semipresidensiële stelsels weer toegeneem en is nader aan parlementêre stelsels beweeg.

Dit het veroorsaak dat semipresidensiële stelsels, wat teoreties en prakties tussen die twee tradisionele stelsels geleë is, in gewildheid toegeneem het (Hague en Harrop, 2004:284). Die tendens is egter om vanaf die semipresidensiële stelsel weer geleidelik die magte van die president te beperk en sterker parlementêre kenmerke in te bou. Die herverskyning van die parlementêre stelsel in Sentraal-Europa het die gewildheid van die stelsel buite die Amerika's weer herbeklemtoon.

(vii) Die verstrengelde uitvoerende en wetgewende gesag van die semipresidensiële stelsel onder die leiding van n uitvoerende president hou ook potensieel gevare vir die skeiding van owerheidsgesag in. In Frankryk kan die Konstitusionele Raad egter die regsprekende gesag se institusionele posisie teenoor die uitvoerende en wetgewende gesag verstewig, wat die skeiding van owerheidsgesag in n mate versterk. Die potensiele gevaar is steeds dat h sterk president die uitvoerende en wetgewende gesag kan oorheers en uiteindelik die gesag sentraliseer. Hierdie aspek is reeds in die bespreking van die semipresidensiële stelsel uitgewys.

Ten slotte is dit duidelik dat permutasies van beide die presidensiële en parlementêre stelsel redelik wyd voorkom. Die presidensiële stelsel het veral in Suid-Amerika wortel geskiet, maar met beperkte sukses. Die politieke kultuur en groter diversiteit is h problematiese konteks vir die stelsel om optimaal in te funksioneer. Die sterk uitvoerende president in die presidensiële stelsel is n groot versoeking, veral in lande waarin kontrole belangrik is.

Dit blyk uit die bespreking dat die parlementêre stelsel vir meer stelselstabiliteit voorsiening maak, hoewel die laer graad van skeiding van owerheidsgesag n probleem bly. Dit is duidelik dat die funksionering van die parlementêre stelsel binne n federale staatsvorm tot sistemiese druk aanleiding kan gee.

Dit is duidelik dat, hoewel die beperkte parlementêre regeringstelsel steeds in n mate die skeiding van owerheidsmagte frustreer deur die uitvoerende en

wetgewende gesag te vermeng, die stelsel tog voordele inhou. Japan en Suid-Afrika het substantiewe magte aan die regsprekende gesag en die Grondwet toegeken wat tot die groter skeiding van owerheidsmagte aanleiding gegee het. Dit wil dus blyk dat hoewel die beperkte parlementêre stelsel nie n sterk skeiding tussen die uitvoerende en wetgewende gesag handhaaf nie, dit steeds n suksesvolle vlak van skeiding van owerheidsgesag handhaaf, hoofsaaklik vanweë die onafhanklikheid van die regsprekende gesag.

Die gevolgtrekking en waardeoordeel oor die Suid-Afrikaanse regeringstelsel sal vollediger in die slothoofstuk van die proefskrif bespreek word.

HOOFSTUK 5

DIE TRIAS POLITICA-LEERSTUK: h FOKUS OP DIE KONSTITUSIONELE ONTWIKKELING IN SUID-AFRIKA VANAF DIE VOOR-UNIALE TYDPERK TOT EN MET DIE TOTSTANDKOMING VAN DIE DRIEKAMERGRONDWET VAN 1983

5.1 INLEIDING

Die fokus in die vorige hoofstukke was h bespreking van die basiese kenmerke van die drie hoofgroepe regeringstelsels, naamlik die parlementêre, presidensiële en semipresidensiële stelsels. Die oogmerk was om die regeringstelsels volgens die graad van skeiding wat tussen die uitvoerende, wetgewende en regsprekende gesag voorgekom het, te ondersoek.

Die ondersoek na die graad van skeiding tussen die owerheidsinstellings het op beide h strukturele en n funksionele vlak plaasgevind. Die strukturele skeiding tussen die wetgewende en uitvoerende gesag was van groot belang, eerstens omdat dit een van die fundamentele verskille tussen die presidensiële en parlementêre regeringstelsels is. Tweedens was die onafhanklike posisie van h onpartydige en outonome regbank, wat met toetsingsbevoegdheid bekleed is, van groot belang, veral in die konteks van die wisselwerking wat met die uitvoerende en wetgewende gesagplaasgevind het. Soos in hoofstuk 3 en 4 aangedui is, vervul die regbank basies dieselfde rol in beide die presidensiële en die parlementêre stelsel.

Die oogmerk van hoofstuk 5 is om h logiese voortsetting van die teoretiese bespreking in hoofstuk 2 tot 4 te doen. Hierdie hoofstuk het ten doel om die teoretiese bespreking van die verskillende regeringstelsels (parlementêr en presidensiël) op die historiese en konstitusionele ontwikkeling in Suid-Afrika toepaslik te maak. Die oogmerk, in ooreenstemming met die fokus van die vorige hoofstuk, is om te bepaal in watter mate die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte in die konstitusionele ontwikkeling in Suid-Afrika inslag gevind het.

Die historiese tydperk in Suid-Afrika wat in hierdie hoofstuk onder bespreking is, behels die volgende:

- (a) die voor-Uniale tydperk, spesifiek h bespreking van die grondwette van die twee voormalige Boererepublieke, die Oranje-Vrystaat (Vrystaat) (1854-1902) en die Zuid-Afrikaansche Republiek (ZAR) (1852-1902);
- (b) die Uniegrondwet van 1909 (1909-Zuid-Afrika Wet);
- (c) die Republikeinse Grondwet van 1961 (Wet 32 van 1961); en
- (d) die Driekamergrondwet van 1983 (Wet 110 van 1983).

Die volgende hoofstuk, hoofstuk 6, bou logies op die

bespreking voort met n ontleding van die tussentydse Grondwet van 1993 waarin daar ook n ondersoek gedoen word na die graad van toepassing van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag. Die daaropvolgende hoofstukke, hoofstuk 7 en 8, sal die bespreking met h analise van die 1996- (finale) Grondwet van Suid-Afrika afsluit. In al die hoofstukke sal dieselfde metodiek gevolg word, naamlik h kort bespreking van die strukturele elemente van die spesifieke grondwet en dan n ontleding van die mate waarin die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte struktureel en funksioneel daarin geïmplementeer is.

Die struktuur van die analitiese bespreking in hierdie hoofstuk sal op twee breë historiese tydperke fokus:

- (a) die voor-Uniale tydperk van die sogenaamde Boererepublieke, die Vrystaat en die ZAR;
- (b) die totstandkoming van die Unie in 1910 en dan agtereenvolgens op die Uniegrondwet van 1909 (ZA Wet van 1909), die Republikeinse Grondwet van 1961 en die Driekamergrondwet van 1983.

In al die gevalle sal daar struktureel en funksioneel na die mate van skeiding van owerheidsmagte in die Grondwette gekyk word.

5.2 BASIESE UITGANGSPUNTE VAN DIE BESPREKING

Die basiese oogmerk van die hoofstuk is om die konstitusionele ontwikkeling wat in Suid-Afrika vanaf 1852 tot 1983 plaasgevind het, te bespreek en te ontleed. Die bespreking word gedoen op grond van die graad waarin die trias politica-leerstuk oor die skeiding van owerheidsmagte struktureel en funksioneel in die opeenvolgende grondwette geïmplementeer is.

Die analitiese bespreking vind binne h spesifieke normatiewe en regsteoretiese raamwerk plaas. Die normatiewe uitgangspunt wat reeds in hoofstuk 1 en 2 uiteengesit is, is wesenlik h aansluiting by die basiese uitgangspunte van Locke en Montesquieu oor die trias politica-leerstuk. Die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag behels kortliks dat basiese individuele vryhede bedreig word indien gesag in die hande van een persoon of een instelling gesentraliseer word en nie tussen die verskillende owerheidsmagte, wat onderling kontrole oor mekaar uitoefen, verdeel is nie. Die miskennis van die skeiding van owerheidsmagte strek ook verder as net die bedreiging van individuele vryhede. Dit kan ook h inbreukmaking op die breë legaliteitsbeginsel beteken en die miskennis van beperkte en verantwoordelike regering.

In die algemeen word die skeiding van owerheidsgesag deur die teenwoordigheid van h onafhanklike en onpartydige regsprekende

gesag en howe wat met ware toetsingsbevoegdheid beklee is, versterk.

Hierdie drie owerheidsinstellings met hul onderlinge verhouding en wedersydse kontrole speel n kernbelangrike rol om die skeiding van owerheidsmagte in n regeringstelsel te vestig en te handhaaf.

Suid-Afrika se konstitusionele geskiedenis is grootliks deur n parlementêre stelsel en die beginsel van parlementêre soewereiniteit gedomineer wat gevolglik deur sterk magsentralisasie gekenmerk is. Devenish (1995:251) verwys daarna as:

“... simplistic and obsolete methodology literalism and its underlying jurisprudence of primitive positivism *which in turn flowed from the doctrine of parliamentary sovereignty on which our previous constitutional dispensations since 1910 were premised.*” (my beklemtoning)

In Suid-Afrika het politieke ontwikkelinge en agendas dekades lank spanning op die regsprekende gesag se strewe tot onafhanklikheid geplaas en ook in die historiese raamwerk elemente van regsaktivisme ingebou. Die howe het daarom n lang stryd gevoer om, binne die beperking van die parlementêre stelsel, basiese toetsingsbevoegdheid op die werksaamhede van die uitvoerende en wetgewende gesag uit te oefen.

In die keuse van n parlementêre stelsel in Suid-Afrika, voor en na 1910, is daar n duidelike boodskap van sterk gesentraliseerde regering uitgestuur. Lijphart (1992:38) stel dit ondubbelsinnig:

“The fusion of executive and legislative powers in parliament *is responsible for the overriding ascendancy of parliament in the political order.*” (my beklemtoning)

Die keuse van n parlementêre stelsel in die algemeen veronderstel egter nie dat dit magstirannie as fokus het nie. Die vermengde uitvoerende en wetgewende gesag bou egter onvermydelik sentralisasie van gesag in. Dit was daarom in Suid-Afrika n uitdaging vir die regsprekende gesag om sy onafhanklikheid in die spervuur van uitvoerende dominansie en parlementêre soewereiniteit te handhaaf. Dugard (1978:25) verwys so na die politieke klimaat wat na die totstandkoming van die Unie (1910) geheers het:

“Many South Africans had come to believe that any check on the legislature was a sign of political subordination.”

Die keuse van n parlementêre stelsel was n bewys dat die magswaartepunt van die politieke stelsel in die parlement geleë sou wees. Dit het beteken dat die klem op n sterk gesentraliseerde regering geval het, met n middelpunt van sterk uitvoerende/wetgewende gesag en n regsprekende gesag waarvan die (konstitusionele) impak grootliks aan bande gelê is. Die noodwendige gevolg van so

It was that the executive branch is mostly with reference to constitutional issues in a relatively weaker position. Here the interaction between the executive and the legislative branch is important and will therefore play a large part in the discussion in this chapter. It is how it manages its independence in these circumstances to maintain and also the effectiveness of the executive and legislative branch in the hands of an inflexible constitution, is of great importance in the process of the separation of powers.

The executive branch of the parliamentary system in South Africa in the era before 1993, with the tradition of a parliamentary system, is difficult or even impossible to separate. It is clear that the executive branch is dominant within the parliamentary system. This was mainly the result of the mixing of the executive and legislative branches in the parliamentary system. The executive branch is in the executive branch, which is dominant within the parliamentary system. Some reference to the executive branch implies that it is necessary to have a dominant position of the executive branch in the parliament.

Here the situation is that of a constitutional confrontation between the executive and the legislative branch, which is a political use of the executive branch to achieve its goals. It is for the executive branch difficult to maintain its independence in the face of the executive and legislative branch. Within the democratic parameters this is mainly a struggle between the highly centralized executive branch and the more diffuse legislative branch. The executive branch is trying to do enough and to do it in the executive branch. In this specific context the struggle is simply a struggle between the strengthening and weakening of the basic starting point of the separation of powers.

5.3 DIE GRONDWETTE VAN DIE BOEREREPUBLIEKE

5.3.1 Die tydperk voor die Boererepublieke

In the period before the Boer Republic, there was already a strong element of structural and functional centralization of power. During the colonial period the strong British tradition of parliamentary sovereignty in South Africa was established. It is clear that the colonial period was a period of strong pressure on the basic starting point of the parliamentary system. Klüg (2000:33) defines the period of the British

besetting in die Kaap in 1806 as 'n tydperk waarin die grondwaaarde van die Britse reg gegeld het, naamlik dat die parlement:

“[could] do everything that is not naturally impossible.”

Die parlementêre stelsel sou uiteraard die normatiewe rigshoer vir koloniale selfregering wees.

In die periode voor 1910 het die aanvanklike staatkundige instellings struktureel sterk elemente van 'n skeiding van owerheidsgesag tussen 'n wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag getoon. Op die funksionele vlak het die verdeling tussen wetgewende, uitvoerende en regsprekende funksies egter nie tot betekenisvolle skeiding van owerheidsgesag gelei nie. Die blote formele strukturele aanwesigheid van afsonderlike owerheidsinstellings het op 'n funksionele vlak nie veel waarborg vir die belange van die individu ingehou nie. Dit word prakties deur die volgende voorbeeld geïllustreer:

Tydens sy bewind aan die Kaap het die Hollandse Oos-Indiese Kompanjie 'n wetgewende en uitvoerende liggaam (die Politieke Raad) ingestel, wat afsonderlik van die regsprekende gesag (die Regsraad) gefunksioneer het. Funksioneel het daar egter min van die skeiding gekom, aangesien dieselfde persone (die Goewerneur en ampsdraers) op beide rade gedien het. Hierdie sentralisasie van mag het daartoe aanleiding gegee dat die vryhede van die vryburgers wreed misken is, veral gedurende die ampstermyn van Willem Adriaan van der Stel vanaf 1699 tot 1708 (Cloete, 1988:20).

Gedurende die Kroonkoloniebestuur, nadat Brittanje beheer van die Kaap oorgeneem het, is daar ook op geen substantiewe wyse 'n onderskeid tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag getref nie. Die sentralisasie van mag en die miskenning van die skeiding van owerheidsgesag het aan lord Charles Somerset die geleentheid gegee om die inwoners wreed te onderdruk. Veral vanweë die weerstand van die onderdrukte koloniste is veranderinge aan die regeringstruktuur geleidelik geïmplementeer. Dit is veral met die regsprekende gesag wat daar beduidende en substansiële strukturele vordering gemaak is. In 1828 het die Kaap 'n Hooggeregshof ingestel, wat die regsprekende gesag aansienlik versterk het. Heelwat later, in 1854, is daar ook verteenwoordigende regering ingestel. Die verteenwoordigende regering, met basiese verdeling van owerheidsgesag, het positiewe veranderinge in die algemene bestuur bewerkstellig (Venter, 1989:29).

In die tydperk van die Groot Trek (1834-1838) het die Voortrekkers in die vestiging van hul aanvanklike regeringstrukture ook sterk elemente van magsentralisasie ingebou met min of geen skeiding tussen die uitvoerende, wetgewende of regsprekende funksies nie

(Nieuwoudt, 1981:40; Cloete, 1988:2). Op 2 Desember 1836 het die Voortrekkers byvoorbeeld by Thaba Nchu sewe "regters" as regsbeamptes aangewys, wat as landdroste en heemrade sou optree. Die beamptes is ongelukkig ook met wetgewende magte en uitvoerende funksies belas. Soos Hahlo en Kahn (1960:60) tereg opmerk, is daar geen dringende noodsaaklikheid vir die basiese uitgangspunte van die *trias politica*-leerstuk ingesien nie.

Die afleiding kan gemaak word dat die oorbeklemtoning van die uitvoerende gesag teenoor die regsprekende gesag n kenmerk van n vestigings- of pioniersamelewing is. Kontrole en beheer oor (politieke) mag is h natuurlike reaksie ten einde daadkragtig op te tree en om mag in n politieke stelsel te vestig. Die logiese gevolg hiervan is dat die uitvoerende gesag altyd sterker as die wetgewende en regsprekende gesag sal ontwikkel, maar gewoonlik ten koste van individuele en groepsregte.

5.3.2 Die grondwette van die Oranje-Vrystaat (Vrystaat) (1854) en die Zuid-Afrikaansche Republiek (ZAR) (1852)

Die twee Boererepublieke wat in die binneland tot stand gekom het, die Oranje-Vrystaat (1854) (Vrystaat) en die Zuid-Afrikaansche Republiek (1852) (ZAR), het in die vestiging van hul grondwette verbasende konstitusionele insig getoon. Albei republieke het wetgewende soewereiniteit teoreties beperkend benader, maar in die praktyk het die teendeel tot n groot mate geblyk. Die regsprekende gesag wat die skeiding van owerheids gesag indirek probeer toepas het, het spoedig in konflik met die uitvoerende gesag gekom. Dugard (1978:18) wys daarop dat Kotzé HR in 1877 (gedurende die sogenaamde konstitusionele krisis) in die ZAR sterk insigte in die toetsingsrol wat howe behoort te vervul, getoon het. Vir h kort tydperk in die konstitusionele geskiedenis van die ZAR het die regsprekende gesag sterk standpunt teenoor die uitvoerende gesag ingeneem.

Soos verwag kon word, het die aanvanklike staatsregtelike reëlins in die Boererepublieke vir sterk sentralisasie van gesag voorsiening gemaak. Die regsprekende gesag het gevolglik, in verhouding met die uitvoerende en wetgewende gesag, voortdurend funksioneel in h minderwaardige posisie verkeer. Dit word gedemonstreer deur die feit dat die twee Republieke aanvanklik nie eens oor n hoërhof beskik het nie (Cloete, 1988:20). Dit was eers in die 1870's dat h Hooggeregshof in die ZAR en in die 1880's dat dit in die Vrystaat ontwikkel het. Aanvanklik het die laerhowe in die gebiede hul hoofsaaklik met strafsake en nie met

konstitusionele aangeleenthede besig gehou nie. Konstitusionele sake is eers in 1877 tydens die konstitusionele krisis in die ZAR op die spits gedryf.

Die Vrystaatse Grondwet van 1854 het 'n sterk Amerikaanse grondwetlike invloed vertoon. Groot gedeeltes van die Vrystaatse Grondwet was direkte vertalings uit die Amerikaanse Grondwet. Die teoretiese uitgangspunte van die *trias politica*-leerstuk het op grond van hierdie beïnvloeding in die Vrystaatse Grondwet inslag gevind. Die sterk strukturele skeiding tussen die uitvoerende, wetgewende en regsprekende gesag (wat met toetsingsbevoegdheid beklee was), het getoon dat die skeiding van owerheidsgesag in die Vrystaat 'n staatkundige prioriteit was (Hahlo & Kahn, 1960:74).

'n Ontleding van die Vrystaatse Grondwet toon 'n strukturele skeiding van owerheidsgesag met onderlinge kontrolemechanismes. 'n Onafhanklike Hooggeregshof wat met toetsingsbevoegdheid beklee was en 'n Handves van Menseregte (laasgenoemde het net op die blanke inwoners betrekking gehad) het dit laat lyk asof die uitvoerende en wetgewende gesag se magte beperk sou word. Die uitvoerende president, wat deur die stemgeregtigde kiesers volgens die Amerikaanse presidensiële styl verkies is, het aan die uitvoerende gesag 'n groter onafhanklikheid gegee. Die wetgewende gesag het streng beheer oor die aanstelling van die senior uitvoerende amptenare uitgeoefen, wat die onafhanklikheid van die uitvoerende gesag in 'n mate beperk het. Die struktuur van die Vrystaatse Grondwet het 'n sterk kenmerke van 'n Amerikaanse of Switserse regeringstelsel gehad, wat in wese heelwat van die Britse Westminsterstelsel verskil het. Die gevolgtrekking was dus dat die Vrystaatse Grondwet struktureel en funksioneel vir voldoende skeiding tussen die owerheidsmagte voorsiening gemaak het deur 'n gevestigde stelsel van wigte en teenwigte in te stel (Venter, 1989:34).

Die Vrystaatse howe was die eerste howe in Suid-Afrika wat die toetsingsreg van die howe probeer toepas het. Hertzog R het reeds in 1898 konstitusionele versienheid geopenbaar deur in *State v Gibson* 1898 15 Cape LJ 1 uitdrukking te gee aan die inhoud van die Handves van Menseregte. Devenish (1995:254) wys op Hertzog se uitspraak in dié verband dat, alhoewel die Volksraad die wetgewende oppergesag gehad het, dit steeds deur die Grondwet gekontroleer en beperk is.

In 'n vroeëre saak in die Vrystaat is daar juis van die toetsingsbevoegdheid van howe weggeskram en het die invloed van die uitvoerende gesag oor die regsprekende gesag duidelik geblyk. Ten spyte van die formele skeiding en die formele erkenning van die konstitusionele toetsingsbevoegdheid van die howe, het regspraak in *State v Gibson* 1898 15 Cape LJ 1 tot 'n afwykende uitspraak gelei. In die onderhawige saak is die konstitusionaliteit van 'n wet wat Asiër-immigrasie na die Vrystaat aan streng(er) vereistes onderwerp het,

getoets. Die Wet is daarop gedaag dat dit h waarborg van gelykheid voor die reg in die Handves van Menseregte misken het. Die Hooggeregshof het die geldigheid van die Wet in h uitspraak bevestig en die uitspraak daarop gebaseer dat die staatsreg teen die agtergrond van die *mores* van die Voortrekkers gelees moes word (Klüg, 2000:33). Die feit dat die hof eenmalig hieroor uitspraak gelewer het, toon dat die Hooggeregshof en selfs Hertzog R, in daardie stadium nie sterk oor die toetsingsbevoegdheid van die hof gevoel het nie (Van den Heever, 1943:27).

Die struktuur van die ZAR het net soos dié van die Vrystaat teoreties gepoog om die beginsel van die verdeling van owerheids gesag in die grondwet te anker. So het die ZAR-Grondwet uitdruklik bepaal dat die wetgewende gesag aan die Volksraad, die uitvoerende gesag aan die Staatspresident en die Regspreekende gesag aan die hof toevertrou is. Die ZAR-Grondwet het bepaal dat die wetgewende gesag in die Volksraad sou setel, wat die hoogste gesag in die land sou wees (Nieuwoudt, 1981:41).

In weerwil van die bepaling is dit egter deurgaans aanvaar dat die hoogste gesag steeds by die volk berus het en dat die Volksraad dit namens die volk sou uitoefen. Vir die Uitvoerende Raad en veral president Kruger was dit ondenkbaar dat enige persoon of instelling met hierdie uitgangspunt sou inmeng.

In die ZAR kon die Hooggeregshof teoreties wette van die Volksraad prosedureel toets.

Voorspelbaar sou die uitbreiding en vestiging van die regspreekende gesag en die vestiging van n Hooggeregshof in die ZAR tot n botsing met die President en die Uitvoerende Raad lei (Cloete, 1988:20). Die Hooggeregshof, onder leiding van Kotzé HR het geleidelik die konstitusionaliteit van die sogenaamde “besluiten” van die Volksraad begin bevraagteken. Die “besluiten” was formele besluite van die ZAR Volksraad, wat volgens dié wetgewende instelling die status van wetgewing gehad het.

Gedurende 1877 was die Hooggeregshof in *Dom's Trustees v Bok N.O.* (1887) 2 S.A.R. 189 oor die konstitusionaliteit van

“besluiten” van die Volksraad verdeeld. Jorissen

R het wel reeds in n minderheidsuitspraak beslis dat die Grondwet die wetgewende gesag en sy werksaamhede bind (Devenish, 1995:254). In die volgende uitspraak in

H.Hess v the State 1895 2 OR 112 het Kotzé HR in h *obiter dictum* ook n gewysigde standpunt oor die konstitusionaliteit van die “besluiten” begin inneem. In die

daaropvolgende hofsaak, *Brown v Leyds N.O.* (1897) 4 OR. Rep 17, is die aangeleentheid tot op die spits gedryf toe

Kotzé HR uitspraak gelewer het dat die

“besluiten” van die Volksraad, vanweë prosedurele onversoenbaarheid met die

Grondwet, onkonstitusioneel was. Die implikasie van

die uitspraak sou tot n konstitusionele krisis in die ZAR lei, want dit het

beteken dat twee derdes van die bestaande wette op die wetboek ongeldig was (Krüger, 1963:196-212; Van Niekerk, 1985:119-123).

Kotzé HR het geargumenteer dat soewereiniteit in die ZAR Republiek en nie in die Volksraad geleë was nie. In sy betoog het Kotzé HR herhaaldelik na die Amerikaanse saak, *Marbury v Madison* 1 Cranch 135, 2 US Law. Ed 135, en veral na Marshall R se

betoog daarin verwys, wat uiteindelik tot die erkenning van dié toetsingsreg van howe in Amerika gelei het (Klüg, 2000:33).

Die oogmerk is nie om die bespreking van die konstitusionele krisis verder te voer nie. Dit is voldoende om daarop te wys dat Kotzé HR in sy uitspraak sterk op die Amerikaanse regsbeginsels gesteun het, wat kontra die Engelse leerstuk van (parlementêre) wetgewende soewereiniteit was (Dugard, 1978:23). Ongetwyfeld sou die aanvaarding van Kotzé HR se uitspraak die konstitusionaliteit van die ZAR versterk het en ook die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte n plek in die regeringstelsel gegee het. Die teenoorgestelde het egter plaasgevind en die uitspraak van die Hooggeregshof is as n bedreiging vir die uitvoerende gesag en onafhanklikheid van die ZAR gesien.

Die ZAR-regering, veral president Paul Kruger, was heftig in sy opposisie teenoor die regbank. Kruger het na die regbank verwys as “so vry (onafhanklik) soos h vis wat in n net swem” (Krüger, 1963:115). In die Vrystaat het Hertzog R egter gesuggereer dat die houding van die ZAR n ernstige inbreuk op die onafhanklikheid van die regbank gemaak het (Van den Heever, 1943:57).

Soos voorheen genoem, moet die staatsregtelike ontwikkelinge in die voor-Uniale tydperk teen die agtergrond van die vestiging van politieke en staatkundige mag in die binneland gesien word. Dit is begryplik dat die uitvoerende en wetgewende strukture van die “nuwe” staatsordeninge sterker as die regsprekende gesag sou ontwikkel in die vestiging van mag en gesag in n nuwe staat. In Suid-Afrika het die sterk uitvoerende gesag aanvanklik sterk daarna gestreef om staatkundige volwassenheid en veral onafhanklikheid van Britse oorheersing te verkry. Hoewel die regbank se toetsingsbevoegdheid die demokratisering van die nuwe state sou aanhelp, is dit as “ondermynend” vir die vestiging van die wetgewende en uitvoerende funksies van die staat gesien. In die proses van staatkundige en politieke vestiging is magsentralisasie die dominante oorweging in die daarstelling van die vroeë staat. Dit het natuurlikerwys tot die gedeeltelike samesmelting van die uitvoerende en wetgewende gesag gelei en die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag gefrustreer.

In die ZAR was verdere konstitusionele ontwikkelinge na die konstitusionele krisis van 1877 hoogs voorspelbaar. In die verdere konsepgrondwette is die regbank grondwetlik genuilband om enige wet of “besluiten” wat die president in die *Staatskoerant* gepubliseer het, te toets. Geen toetsingsmag in vorm of inhoud is toegelaat nie en in ooreenstemming met die staatsregtelike situasie wat in daardie stadium in Nederland en Frankryk gegeld het, is die geldigheid van wetgewing aan die wetgewende gesag oorgelaat. In die ZAR is die toetsingsmag van die howe gestuit en van Kotzé HR se pogings om die konstitusionalisering van die Grondwet uit te bou, het niks gekom nie (Hahlo & Kahn, 1960:10).

5.4 DIE UNIEGRONDWET VAN 1909

5.4.1 Die Zuid-Afrika Wet (1909) (ZA Wet) en die totstandkoming van die Unie van Suid-Afrika (1910)

Na afloop van die Anglo-Boereoorlog (1899-1902) het die vooroorlogse unifikasie-sentiment tussen die twee voormalige kolonies (die Kaap en Natal) en die twee voormalige Boererepublieke (die Transvaal en die Vrystaat) weer sterk na vore getree.

Selfregering is teen 1906 aan laasgenoemde twee gebiede toegeken en wedersydse samewerking tussen die vier eenhede het die drang tot vereniging versterk. Die versoenende houding van generaal Jan Smuts, John X Merriman en president Steyn het die beweging na unifikasie versterk en in 1908 tot 'n Nasionale Konvensie in Durban gelei om die potensiele vereniging van die gebiede te bespreek (Krüger, 1963:478).

Teen Junie 1909 is die ontwerpgrondwet vir 'n unie en die unifikasie van die gebiede aanvaar. Die Britse Parlement het goedkeuring daarvoor gegee en die wetsontwerp, die South Africa Act 1909 (Zuid-Afrika Wet), deurgevoer. Verloren van Themaat (1985:199) wys daarop dat die 1909 Zuid-Afrika Wet (ZA Wet) as 'n ooreenkoms gedien het vir die vier kolonies om 'n unie ('n sogenaamde *pactum unionis*) te vorm.

Om dié geografies uitgespreide gebiede in een eenheid, 'n unie, saam te bind, was 'n staatkundige prestasie vir die staatsmanne met hul uiteenlopende belange. Hoewel dit uit die notules blyk dat die staatsvorm, 'n unie of federasie, hewige debat ontlok het, was dit in teenstelling met die aanvaarding van die parlementêre regeringstelsel wat tot min teenkanting gelei het (Van Jaarsveld, 1975:31).

Daar was verskeie konstitusionele regeringstradisies wat as voedingsbron vir die 1909-ZA Wet kon dien. Eerstens was daar die hoogs suksesvolle en moderne Oranje-Vrystaatse Grondwet, wat sterk kenmerke van die Amerikaanse presidensiële stelsel getoon het. Die voordeel van die stelsel was dat dit mag doeltreffend tussen die verskillende owerheidsinstellings versprei het, sodat 'n wesentlike mate van die skeiding van owerheidsgesag voorgekom het. In teenstelling hiermee het die ZAR-Grondwet 'n geskiedenis van uitvoerende en wetgewende oppermagtigheid gehad, terwyl die Natalse en Kaapse kolonies 'n sterk Britse parlementêre tradisie gehad het (Dugard, 1978:25).

Generaal Jan Smuts se invloed in die aanvaarding en totstandkoming van 'n parlementêre stelsel met wetgewende soewereiniteit kan nie onderskat word nie (Hancock, 1961:105). Smuts het tydens die konstitusionele stryd in die ZAR sterk steun aan president Paul Kruger verleen en ook persoonlik die toetsingsreg van howe verwerp (Krüger, 1963:200). Smuts se invloed en insette in die opstel van die Uniegrondwet en die aanvaarding van 'n parlementêre regeringstelsel is bekend. Op 23 Junie 1908 het generaal Smuts dan ook verklaar:

“What we want is a supreme national authority to give expression to the national will of South Africa, and the rest is subordinate...” (Rhoadie, 1974:9).

5.4.2 Strukturele elemente van die 1909-Grondwet

Die 1909-ZA Wet het die Unieregering stewig in 'n Britse Westminsterregeringstelsel gegiet en toon die volgende ooreenkomste met die Britse stelsel:

(1) Die staatshoof, naamlik die Britse monarg, soos verteenwoordig deur die goewerneur-generaal, het 'n konstitusionele/seremoniële posisie beklee en het 'n nie-uitvoerende amp gehad.

(2) Die uitvoerende gesag het uit 'n raad of kabinet bestaan, waarvan die lede sitting in die wetgewende gesag (Parlement) gehad het. Die lede van die kabinet is met die administrasie van die staatsdepartemente belas.

(3) 'n Wetgewende gesag (die Parlement) het uit 'n hoërhuis (die Senaat) en 'n laerhuis (die Volksraad) bestaan.

(4) Die regsprekende gesag is deur 'n Appèlhof, Hooggeregshowe met provinsiale jurisdiksie en die Laerhowe uitgeoefen. Die administrasie van die regspleging is in die Minister van Justisie gesetel (Hahlo & Kahn, 1960:250). Die Britse regsprekende gesag het geen gesag oor die Unie se regsprekende gesag gehad nie, hoewel die Geheime Raad tot in 1950 die hoogste hof van appèl gebly het (Carpenter, 1987:202).

Die Britse howe tot by die hoogste hof, die House of Lords, het nie jurisdiksie in die kolonies uitgeoefen nie. Die Geheime Raad het egter as finale hof van appèl in die Britse Ryk gedien.

Die parlement het oor soewereiniteit beskik en geen hof kon die geldigheid van 'n wet wat deur die parlement gepromulgeer is, toets nie (Basson & Viljoen, 1988:37).

Artikel 8 van die ZA Wet het die Unie van Suid-Afrika as 'n konstitusionele monargie beskryf. Twee uitstaande kenmerke van die ZA Wet was dat die Unieparlement in Suid-Afrika oor die soewereine gesag beskik het en dat die Grondwet, met uitsondering van twee verskanste wette, volkome buigsaam was.

Die eerste statutêre beperking van die ZA Wet was 'n imperiale beperking wat Brittanje oor Suid-Afrika behou het (artikel 1-9, 64-66 en 106). Hierdie indirekte imperiale beperkings het die Unieparlement aan die Imperiale Parlement ondergeskik gemaak. Ingevolge die Colonial Laws Validity Act van 1865 het 'n Suid-Afrikaanse wet wat onversoenbaar met 'n Britse wet was, geen geldigheid gehad nie. Die Statuut van Westminster wat twee dekades later in 1931 aangeneem is, het dié staatkundige beperking opgehef (Hahlo & Kahn, 1960:147).

Die tweede beperking, wat deur die Nasionale Konvensie ingestel is, het uit oorgangsmatreëls bestaan wat vir 'n bepaalde tydperk nie gewysig kon word nie. Die eerste hiervan was die samestelling van die Senaat vir die eerste tien jaar en die verdeling van Volksraadsetels tussen die verskillende provinsies. Die tweede was 'n prosedurevoorskrif, wat bepaal het dat die stemreg- en taalbepalings (artikel 35 en 137) alleen met 'n tweederdemeerderheid deur 'n gesamentlike sitting van albei huise gewysig kon word (Rhoadie, 1974:7).

Soos Rhoadie (1974:10) tereg aandui, het die verskansing van stem- en taalregte 'n konstitusionele kwessie geskep wat die Nasionale Konvensie juis wou vermy. Die strenger vereistes om die verskanste bepalinge te wysig, het die onbeperkte mag van die parlement se wetgewende aktiwiteite beperk. Vir die soewereine parlement met sy volkome buigsame Grondwet was dit 'n (tydelike) hindernis om op hierdie wyse gefrustreer te word. Dit sou beteken dat 'n meerderheid deur 'n minderheid (een derde) gedwarsboom kon word ('n tweederdemeerderheid moes verkry word om die klousules te wysig.) Die verskansingsmeganisme se belemmering van die volkome soewereine status van die parlement het die politici gefrustreer (Rhoadie, 1974:10). Die nakoming (of eerder die nienakoming) van die voorgeskrewe prosedure het die howe op die toneel laat verskyn en hulle in staat gestel om hul toetsingsreg toe te pas wanneer die voorgeskrewe prosedure nie gevolg is nie. Die toetsingsreg van die howe was vir die parlement grootliks ongewens -- die Nasionale Konvensie het juis 'n federale stelsel verwerp om daardeur die howe se toetsingsreg uit te skakel.

Die toetsingsreg waaroor die howe volgens die 1909-ZA Wet beskik het, moet deeglik van die toetsingsbevoegdheid van byvoorbeeld die Amerikaanse howe onderskei word. Die primêre funksie van die regters in die Amerikaanse howe is:

”... to safeguard the Constitution and to treat as void every legislative act, of either Congress or a state legislature, which is inconsistent with the Constitution” (Strong, 1977:280).

Die Amerikaanse howe beskik oor substantiewe bevoegdheidstoetsing, en die wetgewende aktiwiteite van die regering word aan n objektiewe stel normatiewe reëls gemeet en geëvalueer, hetsy in die vorm van h handves van menseregte of soos in n grondwet vervat. Die bron van gesag is nie, soos in h parlementêre uniale regeringsvorm, in die parlement geleë nie, maar in h gesagsbron “buite” die parlement (Hough, 1978:110).

Die Suid-Afrikaanse howe se toetsingsreg was niesubstantief en het dit eerstens bloot ten doel gehad om te bepaal of die voorgeskrewe prosedures (byvoorbeeld h tweederdemeerderheid in n gesamentlike sitting van beide huise) nagekom is. Tweedens was bevoegdheidstoetsing bedoel om vas te stel of h owerheidsinstelling nie die perke van sy konstitusionele bevoegdhede, gemeet aan h objektiewe “eksterne bron”, oorskry het nie. In die Amerikaanse presidensiële stelsel word bevoegdheidstoetsing gedoen, wat impliseer dat dit die grondwet is wat oppermagtig is en nie die wetgewende gesag nie (Hough, 1978:112).

Die howe het egter in h reeks hofsake in die vyftigerjare daarin geslaag om die skeiding van owerheidsgesag op ander gebiede af te dwing. Dié ontwikkeling het nie die skeiding van owerheidsmagte soos in die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte direk geraak nie, maar is tog belangrik vir die breër toepassing van hierdie skeiding. In die slothoofstuk word die twee belangrike aspekte, naamlik die skeiding van owerheidsgesag deur die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte en skeiding van owerheidsmagte deur territoriale skeiding (soos deur verskillende staatsvorme), bymekaar gebring. (Dié bespreking is gevolglik wel funksioneel) Deur die desentralisasie van mag na provinsies te versterk, het die howe in h mate daarin geslaag om grootskaalse magsentralisasie in die sentrale regering teen te werk. Die howe het in h reeks sake daarin geslaag om heelwat meer toetsingsreg toe te pas. Wiechers (1991:623) wys daarop dat die howe die konsep van “original legislative powers” gebruik het om die impak van provinsiale wetgewing (teen inmenging deur die sentrale regering) te versterk. In dié verband was die howe redelik suksesvol in hul rol. In *Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd v Marshall's Township Syndicate Ltd* 1917 AD 662 het die hof soos volg beslis:

“The legislative authority conferred by the South African Act upon Provincial Councils is an original act and not a delegated authority, so that within the limits imposed they may make laws as freely and effectively as the Parliament of the Union.”

In *Middelburg Municipality v Gertzen* 1914 AD 544 het die hof ook as volg beslis:

“When once it is clear that the legislative provisions which are challenged fall within the powers conferred upon Provincial Councils the Court cannot interfere with them on the ground that they are unwise, impolitic or unreasonable.”

Provinsiale wetgewing het dus beskerming van die howe verkry, hoewel die magte van provinsies in die tagtigerjare heelwat ingeperk is.

Die konstitusionele beperking wat op die parlement geplaas is, het egter spoedig geblyk h blote kunsmatige beperking op die oppergesag en wetgewende gesag van die Unieparlement te wees. Die betreklik eenvoudige wyse waarop hierdie beperking later om praktiese politieke redes omseil kon word, beklemtoon die kunsmatigheid van die beperkinge in die eerste plek. Dit is duidelik dat die politieke wil van die maghebbers belangriker as die normatiewe konstitusionele uitgangspunte gereken is.

Alle twyfel wat in daardie stadium oor die soewereiniteit van die parlement bestaan het, is in 1931 uit die weg geruim met die promulgering van die Statuut van Westminster. Vanuit h konstitusionele en politieke oogpunt het dit die einde van Suid-Afrika se ondergeskiktheid aan Brittanje beteken. Hierdie verwydering van die laaste konstitusionele hindernis het die weg vir die opkoms en dominansie van parlementêre soewereiniteit gebaan, wat aan die vorming van Suid-Afrika se moderne konstitusionele geskiedenis gestalte sou gee (Devenish, 1998:9).

Die Statuut het die ondergeskiktheid van die Unieparlement aan die Britse parlement en uitvoerende gesag beëindig. In 1931 is die twyfel uitgespreek of die verskanste klousules (die enigste kunsmatige versperrings op die soewereine wetgewende status van die Unie) na die aanvaarding van die Statuut van Westminster oorleef het.

Die politieke wil van die regerende party is spoedig na die aanname van die Statuut deur die voortgesette bestaan van die verskanste klousules in die parlement getoets toe die Swart Verteenwoordigings-Wet no. 12 van 1936 aanvaar is.

Die Wet het swart stemgeregtigdes, wat in die Kaapprovinsie op die gemeenskaplike kieserslys verskyn het, deur h gesamentlike sitting van die twee huise van daardie kieserslys verwyder. h Swart kieser het die eenkamerprosedure gedaag, maar die Appèlhof het die oppermagtige wetgewende status van die Parlement in die saak *Ndlwana v Hofmeyr NO and Others* 1937 229 erken:

“Parliament ... can adopt any procedure it thinks fit; the procedure express or implied in the South African Act *so far as the Courts of Law are concerned is at the mercy of Parliament like everything else* ... Parliament’s will ... as expressed in an Act of Parliament cannot now in this country, as it cannot in England, be questioned by a Court of Law, whose function it is to enforce that will not to question it.” (my beklemtoning)

Voor die Statuut van Westminster was die enigste beperking die uitwerking van die Colonial Laws Validity Act. Die Statuut van Westminster het daarna beteken dat die parlement onbeperkte mag gehad het om wetgewing uit te vaardig sonder die obstruksie van kontrole. (Die verskanste klousules het egter bly voortbestaan, wat h beperkte beperking ingehou het.) Howe kon net bepaal of die parlement wetgewend opgetree het en in die aanname van die wette die korrekte voorgeskrewe prosedure gebruik het. Indien wel, was die taak van die howe afgehandel, want die parlement kon nie die wet inhoudelik aan iets soos n handves van menseregte meet nie.

Die betekenis en waarde van die verskanste klousules het min beskerming aan die politieke regte van die swart kiesers gebied en hulle is in 1936 sonder meer van die gemeenskaplike kiesersrol verwyder. Die volgende logiese politieke stap was om die Kleurlingkiesers ook van die gemeenskaplike kieserslys te verwyder, wat uiteindelik die dominansie van die parlement oor die Grondwet sou verseker (Klüg, 2000:34).

Die toepassing van die *trias politica*-leerstuk ten opsigte van die verdeling en beperking van owerheidsgesag in die Uniegrondwet was daarom nie veel meer as n juridiese fiksie nie. In *Harris v Minister of Interior* 1952 (2) SA 428 (A) supra het Van den Heever R wel tot die slotsom gekom dat die samestellers van die aanhef van die ZA Wet die leerstuk van die *trias politica* in gedagte gehad het deurdat hulle toetsingsbevoegdheid aan onafhanklike en regverdigde geregshowe toegeken het.

Ten spyte van hierdie sentiment het die politieke wil van die meerderheidsparty in die Volksraad, soos in die vorige hoofstuk uitgewys, in h parlementêre stelsel oppermagtig gebly. Die oogmerk van die meerderheidsparty was om onbelemmerd politieke mag uit te oefen, sonder dat teenwigte in die vorm van kontrole deur ander owerheidsmagte hulle sou stuit nie. Dit het beteken dat die basiese uitgangspunte van die *trias politica*-leerstuk gefrustreer sou word.

5.4.3 Die skeiding van owerheidsgesag onder die 1909-ZA Wet en die periode tot 1961

Om h skeiding van owerheidsmagte in die aangesig van n al sterker wordende uitvoerende politieke mag te probeer handhaaf, was uiteraard moeilik. In dié onderafdeling word daar na die vervlegting van owerheidsinstellings in die parlementêre stelsel tydens die Uniegrondwet gekyk.

Soos in die vorige hoofstuk uitgewys, is daar in die parlementêre stelsel n gedeeltelike samesmelting tussen die uitvoerende en wetgewende gesag wat uiteraard die *trias politica*-leerstuk frustreer. Die opvallendste oorvleueling was

die feit dat die uitvoerende gesag (kabinet) destyds deel van die wetgewende gesag uitgemaak het. Die senioriteit van kabinetministers in die wetgewende instelling en hul dominansie daarin het op 'n sterk samesmelting tussen die uitvoerende en wetgewende gesag gedui. In die verstrengelde instelling kon die dominansie van een politieke party dekades lank tot uiting kom.

Die afwesigheid van 'n substantiewe regsprekende toetsingsreg in die 1909-ZA Wet het dit vir die regsprekende gesag moeilik gemaak om die sterk sentralistiese politieke aanslag af te weer. Dit was in Suid-Afrika die probleem, deels omdat daar nie voldoende regsprekende hersiening van wetgewende bevoegdhede uitgevoer is nie. Die regerende party kon 'n politieke agenda dus in 'n groot mate onbelemmerd volg, sonder dat daar konstitusionele beperkinge in sy pad geplaas is.

Soos Wiechers (1991:622) aandui, moes howe in Suid-Afrika ingevolge die 1909-ZA Wet versigtig wees in hul opponering van die magtige unitêre stelsel. Op nasionale vlak het die regbank hul teen 'n vasberade sentrale regering vasgeloop. Wanneer uitsprake oor provinsiale desentralisasie gehandel het en die magte en funksies van provinsies teen dié van die sentrale regering opgeweeg moes word, was die regsprekende gesag en die howe in 'n mindere mate suksesvol. Die uitsprake het in daardie gevalle 'n konstante regsprekende voorkeur vir die skeiding van owerheidsmagte en 'n erkenning van regionale en plaaslike outonomie getoon, wat nie sonder waarde was nie en met verwysing na enkele sake vervolgens bespreek word.

In *Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd v Marshall's Township Syndicate Ltd* 1917 AD 662 het die hof bevind dat die wetgewende magte wat deur die 1909-ZA Wet aan provinsiale rade toegeken is, 'n oorspronklike en nie 'n gedelegeerde bevoegdheid was nie. Daar is ook beslis dat provinsiale rade binne die ingestelde grense outonoom en effektief wetgewing kon uitvaardig.

Ook in *Middelburg Municipality v Gertzen* 1914 AD 544 het die hof die magte van provinsiale rade bevestig en uitspraak gelewer dat daar nie met die wetgewende aktiwiteite van die provinsiale raad ingemeng kon word bloot omdat hulle onwys of polities onverstandig opgetree het nie.

Wiechers (1991:623) verwys ook na *Joyce and McGregor Ltd v Cape Provincial Administration* 1946 AD 658 waarin die oorspronklike wetgewende bevoegdheid van die provinsies bevestig is, selfs al sou die uitvoering daarvan onredelik wees.

Die aangehaalde gedeeltes dui daarop dat die howe 'n bereidheid openbaar het om die sentrale regering konstitusioneel binne

perke te probeer hou. Die uitsprake het nie alleen die skeiding van owerheidsmag horisontaal versterk nie, maar ook vertikaal (tussen die sentrale en provinsiale regering).

Die delegasie van magte aan provinsies op h vertikale vlak het beteken dat nie alle mag deur die sentrale regering uitgeoefen sou word nie. Provinsies het oor gedelegeerde bevoegdhede beskik wat sekere magte uit die hande van die sentrale regering geneem het. (In latere gedeeltes van die hoofstuk sal egter daarop gewys word dat die sentrale regering die skeppende, regsprekende aktiwiteite van provinsies geleidelik gekortwiek het deur die strukture van provinsiale rade af te takel. In die proses is mag en gesag al hoe meer in n al sterker wordende sentrale regering gesentraliseer, veral in die tydperk na 1983.)

Die skeiding van owerheidsgesag word bykomend versterk wanneer daar h skeiding van personeel tussen die verskillende owerheidsinstellings is. Met ander woorde, dit is belangrik dat die personeel of beamptes nie in meer as een owerheidsinstelling diens doen nie. Daar is reeds ten aanvang gewys op die gedeeltelike samesmelting wat tussen die uitvoerende gesag (kabinet) en die wetgewende gesag plaasgevind het. Dit is nie moontlik om volledig na die aspek van personeel wat in meer as een instelling diens gedoen het, te kyk nie. Dit is egter belangrik om met verwysing na die ZA Wet na die konstitusionele posisie van die prokureur-generaal te kyk.

Artikel 139 van die 1909-ZA Wet het die provinsiale prokureurs-generaal eksklusiewe beheer oor die instelling van vervolgingsaksies en die uitvoering van die pligte van openbare vervolging in die provinsies gegee. Anders as in die fase voor uniewording, was die Suid-Afrikaanse prokureurs-generaal openbare beamptes wat geen politieke funksies gehad het nie. Bykomend was daar ook geen ministeriële (uitvoerende) beheer oor die prokureurs-generaal gewees nie (D'Oliveira, 1993:115; Bekker, 1995:27).

Soos Bekker (1995:27) egter uitwys, het die konstitusionele posisie in 1926 verander deur die invoeging van artikel 1 van die Strafreë en Landdros Hofprosedure wet. Dié Wet het die finale beslissing oor vervolging van die prokureurs-generaal weggeneem en dit in die hande van die Minister van Justisie (uitvoerende gesag) geplaas. Die rede vir die stap was dat die amptenare (prokureurs-generaal) nie aan die Parlement verantwoording verskuldig was nie en dat die heersende sentiment was dat die regering (uitvoerende gesag) beheer oor die vervolging in die land moes behou.

In 1935 is die beslissingsreg oor vervolgings weer aan die prokureurs-generaal teruggegee, maar onderworpe aan die beheer van die Minister van Justisie. Parlementêre verantwoording is op dié wyse behou, maar h groter rol is vir die prokureur-generaal ingebou.

(Die verdere ontwikkeling, wat in die verhouding tussen die prokureur-generaal en die uitvoerende en wetgewende gesag in die tydperk na 1992 plaasgevind het, sal in latere hoofstukke bespreek word.)

Uitvoerende en wetgewende gesag het ook op ander terreine die outonomie van die regsprekende gesag bedreig. Van der Vyver (1993:186) wys op talle gevalle waarin die Parlement regsprekende funksies in die laat vyftigerjare uitgeoefen het. So kon die Parlement ingevolge artikel 10(7) van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959 wraakstellingsprosedures vir die verwydering van 'n regter van die regbank op grond van wangedrag of onvermoë instel. Hierdie bevoegdheid is deel van die wigte en teenwigte en mag op die oog af na 'n oorskryding van die skeiding van owerheidsgesag lyk, maar dit is eerder 'n versterking van die beginsel. Dit beperk die oorskryding of wanaanwending van regsprekende gesag. Dit neem nie die regsprekende funksie oor nie, oefen eerder kontrole oor regsprekende amptenare uit.

Die uitvoerende gesag het ook nie-administratiewe funksies, wat wetgewend van aard was, uitgevoer. 'n Minister wat ondergeskikte wetgewing uitvaardig, soos toe die minister ingevolge artikel 5(1)(a) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 grense van stamgebiede afgebaken het, is 'n voorbeeld van die uitvoerende gesag wat 'n wetgewende funksie uitoefen (Van der Vyver, 1993:186). (Hierdie is egter bekende voorbeelde van regsprekende administratiewe handeling wat allerweë in die administratiefreg as legitiem beskou word. Mits dit steeds aan parlementêre kontrole onderworpe bly)

Die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 het ook daarvoor voorsiening gemaak dat die uitvoerende gesag regsfunksies kon verrig, wat wel 'n oorskryding was. Uitvoerende amptenare het egskedings in 'n egskedingshof vir swartmense toegestaan, regsbeslissings in die Waterhof en Kinderhof gevel en appëlle in belastinghowe aangehoor.

5.4.4 Parlementêre soewereiniteit, die skeiding van owerheidsgesag en regspraak tydens die konstitusionele konflik

Nadat die Nasionale Party van Malan in 1948 aan bewind gekom het, was dit spoedig duidelik dat die Kleurlinge, net soos die swart kiesers, ook van die gemeenskaplike kieserslys verwyder sou word. Vroeg in 1951 is die toepaslike wetsontwerp vir die verwydering van die Kleurlingkiesers van die gemeenskaplike kieserslys voorberei. Beide die Speaker van die Volksraad en die President van die Senaat was onder die indruk dat die wetgewing vir die verwydering deur 'n gewone eenkamerprosedure aangeneem kon word (Hahlo & Kahn, 1960:154-155).

Hahlo en Kahn (1960:154) skryf dat die regering se plan om die Kleurlinge deur 'n enkelhuisprosedure op 'n afsonderlike kieserslys te plaas, van die meerderheid regsadviseurs goedkeuring verkry het. DV Cowen het egter daarop gewys dat die bepaling van 'n tweederdemeerderheid van beide huise

steeds gegeld het. Cowen het aangevoer dat waar die verskanste klousules ter sprake was, die verwysing na “die Parlement” ’n gesamentlike sitting deur die twee huise beteken het (Dugard, 1978:30).

Die wetgewing om die Kleurlinge van die gemeenskaplike kieserslys in Kaapland te verwyder, is eers in die Kaapse Hooggeregshof aangehoor, wat die regering gelyk gegee het. Dit is verder gevoer deur ’n groep Kleurlingkiesers in *Harris v Minister of Interior* 1952 (2) SA 428 (A). Die kern van die uitspraak was dat, hoewel die Unieparlement soewerein was, die Parlement nog steeds aan die voorgeskrewe prosedures gebonde was om die verskanste klousules te wysig. Dit is nie die magte van die Parlement as hoogste wetgewer wat die appèlhof bevraagteken het nie, maar die kollektiewe optrede van dié liggaam (Verloren van Themaat, 1985:312).

Centlivres R het in sy uitspraak aangedui dat, hoewel die Statuut van Westminster ’n einde aan die Colonial Laws Validity Act se toepaslikheid op Suid-Afrika gemaak het, artikel 2(1) van die Statuut van Westminster nie die implikasies van die verskanste klousules gewysig het nie (Annual Law Survey, 1953:4). Die Statuut van Westminster is aanvaar om die wetgewende oppermagtigheid van die Britse Parlement oor die Suid-Afrikaanse Parlement op te hef, maar het nie die ZA Wet gewysig nie.

Die reaksie van die regering was om ’n verdere wet, die Wet op die Hoë Hof van die Parlement, Wet 35 van 1952 deur die gewone enkelkamerprosedure uit te vaardig, wat die parlement die status van ’n hoë hof gegee het (Verloren van Themaat, 1985:314). Die Wet het daarvoor voorsiening gemaak dat enige wet van die parlement wat deur die Appèlhof ongeldig verklaar is, deur die parlement self hersien sou kon word. In dié prosedure het die parlement as ’n hoë hof gesit.

In die tweede Harris-beslissing in die Kaapse hof is die beslissing van die eerste Harris-saak nagevolg. Die tweede Harris-beslissing, *Minister of the Interior v Harris* 1952 (4) SA 769 (A), het gevolg op die “beslissing” wat die Hoë Hof van die Parlement gegee het. Hierdie “parlementêre hof” het die beslissing van die eerste Harris-saak in ’n uitspraak omvergewerp op grond daarvan dat dit die saak teen die agtergrond van die Engelse staatsreg moes beslis het. Die Hoë Hof van die Parlement het in sy bevinding sterk op die voorbeeld van die Engelse Parlement gesteun, naamlik dat die Hof nie ’n parlements-wet kon toets nie.

Die geldigheid van Wet 35 van 1952 is daarna in die Kaapse Hooggeregshof betwis wat ten gunste van die aansoekers beslis het en wat later op appèl bevestig is. Die Appèlhof se uitspraak was op twee gronde gebaseer (Verloren van Themaat, 1985:315). Eerstens dat artikel 152, wat die gekwalifiseerde stemreg gewaarborg het, sekere regte gewaarborg het en dat dit onmoontlik sou wees om die regte te laat geld indien die Hoë Hof van die Parlement die bevoegdheid gehad het om dit ongedaan te maak. Tweedens dat die Hoë Hof van die Parlement nie ’n geregshof was nie, maar slegs die parlement wat onder ’n ander naam opgetree het (Verloren van Themaat, 1985:315).

Die daarmee gepaardgaande gebeure en die “beslissing” wat die Hoë Hof van die Parlement gegee het, het polities ’n laagtepunt vir die skeiding van owerheidsgesag in Suid-Afrika se geskiedenis beteken. Die uitspraak van die appèlhof was ’n sterk onderskraging van die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag. Barrie (1989:521) verwys na die konstitusionele gebeure as ’n geleentheid waarin die Suid-Afrikaanse regering en die groot samelewing met die belangrikste konstitusionele aspekte gekonfronteer is (’n situasie wat natuurlik herhaaldelik in die aanloop tot die demokratisering van Suid-Afrika opgeduik het), naamlik parlementêre soewereiniteit, die beskerming van konstitusionele waarborge, institusionele stabiliteit en regterlike hersiening. Die optrede van die parlement in die gedaante van ’n hoërhof het vir die skrywer die sterkste afkeuring en minagting van die trias politica-leerstuk en ’n miskenning van die outonomie van die regsprekende gesag versinnebeeld.

Die tweede Harris-beslissing was om meer as een rede van groot belang vir die skeiding van owerheidsgesag. Die uitspraak het bevestig dat die parlement nie anders as op die voorgeskrewe wyse mag optree om die bepalings te wysig nie. Die tweede belangrike aspek was dat die beskermde belange van onderdane deur die Appèlhof beklemtoon is. Indien onderdane beskermingswaardige regte besit, volg dit logies dat die regsprekende gesag die nodige afdwinging aan daardie regte moet verleen. Die uitspraak het die onafhanklikheid en die funksies van die regsprekende gesag versterk, wat op sy beurt die skeiding van magte versterk het. Die belangrikste aspek van die uitspraak was egter dat die konstitusionele waarborge wat in die Grondwet vervat was, gehandhaaf moes word. Die skeiding van owerheidsgesag is dus hierdeur versterk, want die Appèlhof het dit onomwonde gestel dat die wetgewende gesag nie die funksies van die hof kon usurpeer nie. Die skeiding van owerheidsmagte was die heel belangrikste aspek van die uitspraak. Vir die handhawing van dié leerstuk was die tweede Harris-beslissing ’n ware (en buitengewone) ligpunt in Suid-Afrika se konstitusionele geskiedenis. Scheiner R het aangedui dat hoewel die parlement die bevoegdheid gehad het om die regsprekende gesag te organiseer en hoewe te skep, bona fide-hoewe geskep moes word. Scheiner R het dan vervolgens die inherente vereistes waaraan die instellings moes voldoen om as hoewe te kwalifiseer, uiteengesit.

In hierdie verband het Van der Heever R soos volg verklaar:

”From the second preamble to the South African Act it is clear that the authors of our constitution had in mind the doctrine of the trias politica and the existence of some judicial power to enforce the constitutional guarantees.” (paragraaf 788 F)

Die terugslag wat die regerende Nasionale Party in die hoewe met die tweede Harris-

saak beleef het, het die party se doelgerigte nastrewing van absolute parlementêre soewereiniteit net tydelik gestuit. Ten spyte daarvan dat die Party n groter meerderheid in die algemene verkiesing behaal het, het die tweederdemeerderheid wat in die twee huise van die parlement vereis is om die verskanste klousules te wysig, die party steeds ontwyk. Dit was vir die regerende party duidelik dat meer drastiese optrede nodig sou wees om die konstitusionele wysiging deur te voer. Die oplossing was om by herhaling van hul wetgewende oppermagtigheid in die parlement gebruik te maak. Die parlement het die Senaatwet no. 53 van 1955 aanvaar wat daarvoor voorsiening gemaak het dat die Senaat vergroot kon word. In die praktyk het dit daarop neergekom dat die Senaat met die byvoeging van addisionele senatore vergroot is. Die bykomende senatore was die beoogde konstitusionele veranderinge goedgesind en op daardie wyse is die verlangde meerderheid in die gesamentlike sitting van beide huise verkry (Klüg, 2000:40; Dugard, 1978:31).

Dit was egter nog nie die einde van die konstitusionele stryd nie. 'n Kleurlingkieser het 'n bevel van die hof aangevra om Wet 53 van 1955 ongeldig te verklaar op grond daarvan dat dit die Kleurlingkiesers van konstitusionele regte ontnem het, soos in artikel 35 en 152 van die 1909-ZA Wet vervat. (Dit het ook 'n aansoek ingesluit teen Wet 9 van 1956 wat, nadat die verlangde tweederdemeerderheid verkry is, gebruik is om die Kleurlingkiesers van die gemeenskaplike kiesersrol te verwyder.)

In *Collins v Minister of Interior* 1957 (1) SA 552 (A) het die belangrike konstitusionele strydpunt voor die Appèlhof gediën. Hierdie uitspraak sou vir dekades verreikende konstitusionele implikasies vir Suid-Afrika inhou, veral vir die skeiding van owerheidsgesag. Indien die parlement grondwetlike regte van individue sou kon wegneem, sou dit die vermoë van die hof om daardie regte te beskerm en af te dwing, aantas. Dit sou terselfdertyd die vermoë van die regsprekende gesag verminder om 'n betekenisvolle rol in die verhouding tussen die drie owerheidsorgane te vervul.

Die Appèlhof het met 'n meerderheid van tien teen een uitspraak gelewer dat die parlement, wat as enkelkamer gesit het, die mag gehad het om die samestelling van die Senaat te verander en dat die motief agter daardie stap irrelevant was. Dié Hof het ook bevind dat die Senaat wel 'n senaat vir die doeleindes van artikel 152 was. Schreiner R wat die afwysende uitspraak gelewer het, het egter nie die "herskepte" Senaat as 'n huis van die parlement beskou nie. Schreiner R het die manipulasie van die struktuur van die parlement uitgewys met die enkel oogmerk om die verskanste artikels te verwyder (Carpenter, 1987:265-266). Die waarde van Schreiner R se uitspraak was daarin geleë dat dit in ooreenstemming was met die benadering van die Appèlhof in *Minister of Interior v Harris supra*. (In die Collins-saak het dit nie soseer oor die skeiding van owerheidsmagte gegaan nie, maar oor ander staatsregtelike aspekte. In der

waarheid het dit oor die kernbelangrike aspek van balans tussen die owerheidsinstellings gegaan.) Schreiner R het, in teenstelling met die meerderheidsuitspraak in die saak, 'n teleologiese benadering gevolg. Dit beteken dat die Regter breër as net die wetmakingsproses gekyk het deur veral die oogmerk van die Senaatwet in aanmerking te neem. In Schreiner R se opinie het die huis wat deur die parlement geskep is, die enkele oogmerk gehad om die verlangde tweederdemeerderheid te verkry as deel van 'n skema om die beskerming wat artikel 152 bied, te sistap. Die hoofargument van Schreiner se uitspraak was dus dat die Senaatwet met die spesifieke oogmerk geskep is om die Kleurlingkiesers van die gemeenskaplike kieserslys te verwyder. Volgens Wiechers (in Verloren van Themaat, 1985:383) was die uitspraak van Schreiner R in beginsel korrek. Die eensydige herkonstruering van die Senaat om die verlangde tweederdemeerderheid te verkry, is strydig met die fundamentele grondslag waarop die parlement sy legitimiteit baseer. Parlementêre legitimiteit berus op die uitgangspunt dat kiesers die parlement met bepaalde magte en bevoegdhede beklee en vrylik deur hul verteenwoordigers aan die aktiwiteite van dié liggaam kan meedoen. Toegepas op die Senaat, veronderstel dit dat die kiesers deur hul verteenwoordigers deel het aan 'n instelling wat hersiening en kontrole in die wetgewende proses instel. Die oordrag van mag aan die parlement (Volksraad en Senaat) moet die "oordrag" van mag komplementêr en moet nie aangewend word met die oogmerk om 'n deel van die samelewing se deelname aan die parlement te verhoed nie (Verloren van Themaat, 1985:383; Ramaite, 1996:125).

Klüg (2000:43) maak ook 'n belangrike waarneming in hierdie verband:

"While the significance of entrenchment was weakened by the removal of African voters from the common voters roll in 1936, it was the constitutional struggle over the coloured voters that secured the dominance of Parliament over the Constitution". (my beklemtoning)

Die dominansie van die parlement en die magteloosheid van die howe om die magsuitbreiding te stuit, het 'n nuwe hoofstuk in Suid-Afrika se konstitusionele geskiedenis ingelui. Die afwesigheid van 'n handves van menseregte en die howe se substantiewe onvermoë om wette te toets, sou konstitusionele en politieke ontwikkeling in Suid-Afrika vir dekades beïnvloed. Parlementêre soewereiniteit en die dominansie van die uitvoerende en wetgewende gesag het die verdere ontwikkelinge gedomineer, wat die skeiding van owerheidsgesag in 'n groot mate tot 'n fiksie gereduseer het.

Ter afsluiting van die bespreking van die 1909-ZA Wet en voordat daar na die

bespreking van die 1961-Grondwet oorgegaan word, moet daar kortliks op h verdere belangrike argument gewys word. (Die bespreking handel nie direk oor die trias politica-leerstuk nie, maar oor ander verskyningsvorme van skeiding van owerheidsgesag, soos gesentraliseerde en gedesentraliseerde federasies. Die verdere verskyningsvorme is versterkend tot die bespreking en sal in die laaste hoofstuk oor Suid-Afrika van toepassing gemaak word.)

Eerstens is dit duidelik dat die grondleggers van die ZA Wet vanuit h bepaalde politieke vertrekpunt gewerk het. Wanneer mag en gesag in h samelewing gevestig moet word, is dit vir die maghebbers belangriker om eerder mag en gesag te sentraliseer as te desentraliseer. Ten einde mag te behou, is h unitêre stelsel wat op parlementêre soewereiniteit gebaseer is, wensliker as h gedesentraliseerde stelsel waarin mag meer versprei is en deur meer instellings uitgeoefen word. Die keuse van h federale stelsel met n sterk onafhanklike regbank wat met toetsingsreg beklee was, sou die sentraliseringsproses wat die politici in gedagte gehad het, gefrustreer het. Veral Smuts het daarvoor sterk standpunt teenoor n gedesentraliseerde stelsel ingeneem. Die ooglopende keuse was daarom n unitêre soewereine parlement en dit verklaar ook die dringendheid om die imperiale beperkinge en die interne wetlike verskanste obstruksies te verwyder.

Om polities-historiese redes is dit begryplik dat die grondleggers van die grondwet na h stelsel soos die parlementêre stelsel sou terugryp. Albei Boererepublieke het wel h tradisie van n kwasipresidensiële stelsel met n sterker rol vir die regsprekende gesag gehad. Op h funksionele vlak het geeneen van die republieke egter kans gesien vir n regsprekende gesag wat n rem op die sogenaamde wil van die volk sou uitoefen nie. Die gebeure en standpuntinname gedurende die ZAR-tydperk dien as voorbeeld van hierdie stelling.

Laastens word aanvaar dat funksionele skeiding tussen die owerheidsmagte as deel van die sentralisasie van mag n komplekse proses is. (Wanneer die politieke agenda in h parlementêre stelsel is om mag te sentraliseer, is die willekeurige besluit ook om nie die skeiding van owerheidsmagte as n prioriteit te sien nie.) Daar word aanvaar dat h strenge klassifikasie in n wetgewende, uitvoerende en regsprekende mag in die kompleksiteit van n praktiese en pragmatiese regeerfunksie daarom moeilik funksioneel gehandhaaf sou kon word. Dit is byvoorbeeld moeilik om h streng lyn tussen regsprekende en administratiewe funksies te trek. Soos hierbo betoog is, bly dit egter belangrik dat elk van die owerheidsinstellings steeds sy primêre funksie sou moet bly uitoefen.

5.5 DIE REPUBLIKEINSE GRONDWET VAN 1961 (WET 32 VAN 1961)

Dit was duidelik dat die regerende Nasionale Party na sy konstitusionele konflik met die howe in die 1950's nie bereid was om weer dieselfde konstitusionele stryd te voer nie. Staatsregtelik het die 1961-Grondwet min van sy voorgangers verskil, want die oogmerk was eerder om die politieke band met Brittanje te verbreek.

In Suid-Afrika moet die gebruik van konsepte soos parlementêre en wetgewende soewereiniteit in n spesifieke historiese konteks gesien word. In Brittanje was die oppermagtigheid van die parlement en die regeringstelsel van parlementêre soewereiniteit deel van n evolusionêre en historiese proses van meer as 700 jaar. In Engeland is parlementêre soewereiniteit oor eeue heen deur n reeks konstitusionele meganismes, wat op n historiese en evolusionêre wyse ontwikkel het, getemper. Vanaf die ondertekening van die Magna Carta in 1215 is daar in Engeland geleidelik kontrole oor die uitoefening van gesag uitgeoefen.

Carpenter (1987:32) beklemtoon die belangrikheid van dié dokument:

“[I]t is of major importance because it laid the foundations for the later development of the law relating to the protection of personal liberty, the principle of an independent judiciary and the protection of the individual against arbitrary infringement of his rights and liberties by the state.”

Dit is nie die oogmerk van die bespreking om in detail op die verdere ontwikkelinge in te gaan nie. Dit is voldoende om daarop te wys dat in Brittanje die ontwikkeling van die beskerming van die basiese regte en die "rule of law" oor eeue heen beskerming teen parlementêre diktatuur gebied het.

Brittanje se beklemtoning van byvoorbeeld die beginsel van die oppergesag van die reg het nie dieselfde betekenis, waarde of prominensie in Suid-Afrika geniet nie. Devenish (1998:11) wys daarop dat daardie beginsel sou kon verhinder het dat die drakoniëse Suid-Afrikaanse rassewette wat oor dekades uitgevaardig is, aanvaar sou word. In Suid-Afrika het die afwesigheid van die oppergesag van die reg of soortgelyke waardes vir basiese individuele regte nie die uitvoerende en wetgewende aktiwiteite op soortgelyke wyse geïnhibeer nie.

In 1952 het Dönges, Minister van Binnelandse Sake, die heersende politieke sentiment in sy party opgesom. Dönges het verklaar dat die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag en n onafhanklike regbank in n demokratiese parlement die wetgewende gesag in n ondergeskikte posisie teenoor die regbank sou plaas (Hahlo & Kahn, 1960:105).

5.5.1. Strukturele elemente van die 1961-Grondwet

Die Grondwet 32 van 1961 het uit 120 artikels bestaan en was struktureel identies aan sy voorganger, die 1909-ZA Wet. Substantief het die "nuwe" Grondwet (die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika no. 32 van 1961) ook dieselfde daar uit gesien (Dugard, 1978:34) Die enigste "drastiese" verandering was dat die Grondwet vir n simboliese konstitusionele verbreking met Brittanje voorsiening gemaak het. Hierdie simboliese skeiding met Brittanje en die opbou van internasionale druk binne die Statebond het uiteindelik in Suid-Afrika se uittrede uit dié liggaam gekulmineer (Van der Walt, 1978:560).

Die 1961-Grondwet het struktureel soos volg daar uit gesien:

(1) Die staatshoof was steeds in h konstitusionele / seremoniële posisie. Een van die belangrikste veranderinge of verskille van die vorige Grondwet was dat die amp voortaan deur n nie-uitvoerende president in stede van die Britse staatshoof / koningin beklee sou word (artikel 3(b) en (c)).

(2) Soos in Brittanje het die kabinet oor die uitvoerende gesag beskik. Die lede van die kabinet het as lede van die meerderheidsparty sitting in die Volksraad (wetgewende gesag) gehad. Die regeringshoof was h eerste minister wat die amptelike leierskap beklee het. Die lede van die kabinet (ministers) was met die administrasie van staatsdepartemente belas.

(3) Soos in Brittanje het die wetgewende gesag uit h Hoërhuis (Senaat) en h Laerhuis (Volksraad) bestaan wat vir die wetgewende funksies verantwoordelik was (artikel 59(1)).

(4) Die regsprekende gesag het by h Appèlhof, h Hooggeregshof met provinsiale en plaaslike afdelings (artikel 94(1)), berus. Hoewel die stelsel soortgelyk aan die Britse stelsel was, is dit nie in elke opsig identies nie, veral vanweë die unieke rol wat die House of Lords in Brittanje vervul.

Struktureel is daar voorsiening gemaak vir die skeiding van owerheidsgesag deur die uitvoerende, wetgewende en regsprekende gesag te skei.

5.5.2 Wesenlike kenmerke van die 1961-Grondwet

Die belangrikste formele verandering wat in die 1961-Grondwet aangebring is, is dat die Britse staatshoof deur n Staatspresident, hoofsaaklik h seremoniële posisie met min werklike magte, vervang is (Dugard, 1978:34). Die insiggewende aspek van die verandering was dat die 1961-Grondwet die politieke ideaal van h onafhanklike republiek verwesenlik het. Terselfdertyd het die Grondwet aan Suid-Afrika die hoogste moontlike soewereine status binne die volkereg gegee. Tweedens het die Grondwet beteken dat Suid-Afrika volwaardige lidmaatskap van die Verenigde Volke-Organisasie, wat op die beginsel van gelykheid tussen die lede gefunksioneer het, verkry het (Rhoadie, 1974:296).

Die 1961-Grondwet het steeds die twee beskermende of verskanste bepalings, naamlik artikel 108 en 118, bevat. Artikel 108 het die amptelike tale, Engels en Afrikaans, verskans terwyl artikel 118 die reg van die parlement beskerm het om enige wet, insluitend die grondwet, te verander. Verloren van Themaat (1985:216) wys daarop dat daar debat gevoer is oor of die geldigheid van die artikels bly voortbestaan het. Ander opvattinge was dat artikel 108 en 118 net herbepaal is. Wat wel belangrik is, is dat die houe hul prosedurele toetsingsbevoegdheid behou het (iets wat nie in die Britse stelsel voorkom nie).

Die 1961-Grondwet het nie die bestaande regsorde deur 'n nuwe regsorde vervang nie (Verloren van Themaat, 1985:216). Die Grondwet het net op die bestaande reg wat deur die ZA Wet van 1909 geskep is, voortgebou. Die Grondwet het om hierdie rede heelwat bepalings met die oog op die oorgang na 'n republiek bevat. Die bepalings was hoofsaaklik om bestaande wette te verander, te konsolideer en (met enkele uitsonderings) sekere van die bepalings van die ZA Wet te herroep en te herbepaal.

5.5.3 Die 1961-Grondwet en die skeiding van owerheidsgesag tydens die periode 1961-1983

Verloren van Themaat (1985:215) maak die geldige stelling dat, net soos in die geval van die ZA Wet, daar min sprake in die konstitusionele bedeling vanaf 1961 tot 1983 sou wees dat die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag tot sy reg sou kon kom. Net soos met die vorige Grondwet, was daar steeds te sterk samesmelting tussen die wetgewende en uitvoerende gesag. Die regsprekende gesag het steeds net die bevoegdheid gehad om prosedure te toets, wat 'n groter rol vir dié liggaam verhoed het. Daarby was 'n uitvoerende minister, die Minister van Justisie, in beheer van die regspleging. Die argument dat die reëling net administratiewe beheer was, misken die potensiaal vir politieke inmenging.

Van der Vyver (1993:186) is ook van mening dat die 1961-Grondwet die skeiding van owerheidsmagte struktureel en funksioneel in die tydperk van 1961 tot 1983 verder gefrustreer het. Hierdie konstitusionele reëling is in die tydperk na die implementering van die 1983-Grondwet verder geperpetueer.

'n Voorbeeld van die verstrengeling van die drie owerheidsorgane wat die beginsel van skeiding van owerheidsgesag verwater het, was dat die parlement die soewereine wetgewer was, maar heelwat nuwetgewende funksies uitgevoer het (Van der Vyver, 1993:186). Dit is duidelik dat die handeling deel van 'n stelsel van wigte en teenwigte was, maar in die praktyk kom dit daarop neer dat een owerheidsorgaan die primêre funksie van 'n ander uitoefen. 'n Voorbeeld van die parlement wat uitvoerende funksies uitgeoefen het, is parlementêre komitees wat ondersoeke gedoen het. Daardie ondersoeke het normaalweg behels dat sake, wat na die mening van die Staatspresident so 'n ondersoek geregverdig het, wel ondersoek is (artikel 4 van die Wet op die Parlementêre Kommissie vir Binnelandse Veiligheid no. 67 van 1976).

Op dieselfde wyse het die parlement regsprekende funksies uitgeoefen wanneer dié instelling ingevolge artikel 4 van die Wet op die Bevoegdheid en Voorregte van die Parlement no. 91 van 1963 gefunksioneer

het. Dié regsprekende funksie is deur een huis of albei huise uitgevoer wanneer minagting van die parlement deur n lid ondersoek is.

Die Hooggeregshof was tradisioneel ook met (uitvoerende) administratiewe funksies belas. Van der Vyver (1993:188) verwys na *Publications Control Board v William Heineman Ltd and Others* 1965 (4) SA 137 (A) 156 waarin Rumpff R daarop gewys het dat administratiewe funksies die privilegie van die uitvoerende gesag was en dat dit vreemd vir die regsprekende gesag was om die toepassing van sensuur te behartig. Die hof sou die regspleging toepas, andersins sou dit h administratiewe (uitvoerende) funksie wees.

Net soos in die geval van die 1909-ZA Wet is dit duidelik dat die normatiewe gees van die trias politica-leerstuk nie h rigtinggewende rigskoer in die konstitusionele ontwikkeling in Suid-Afrika gevorm het nie. Die drang om parlementêre soewereiniteit gevestig te kry, was eenvoudig sterker as normatiewe konstitusionele beginsels. Die rolspelers is voortgedryf deur h sterk nasionalistiese en politieke dinamiek en hul einddoel was om n politieke stelsel met sterk uitvoerende mag te vestig. Die Volksraad het wel die wetgewende bevoegdhede uitgeoefen, maar is deur die teenwoordigheid van lede van die uitvoerende gesag gedomineer. Daar is min twyfel dat die wetgewende struktuur uitgebuit moes word ten einde (politieke) beheer in Suid-Afrika te verkry. Die mag van die howe moes daarom gedurende die vyftigerjare gebreek word en soos Dugard (1978:35) aangetoon het, het die parlement seker gemaak dat die gebeure van die vyftigerjare nie weer herhaal sou word nie. Dit is gedoen deur artikel 59(2) in die Grondwet in te voeg wat bepaal het dat geen hof oor die bevoegdheid sou beskik om die geldigheid van wette wat deur die parlement uitgevaardig is, te ondersoek nie.

Die parlement het by verskeie geleenthede die magte van die Provinsiale Rade ingeperk. Artikel 114 van die 1961-Grondwet het bepaal dat die parlement nie die grense van die provinsies of die magte van die Provinsiale Rade sou wysig of verander nie (*Nasopie (Edms) Bpk v Minister van Justisie* (2) 1979 4 SA 438 (NK)). Ten spyte van dié bepaling het die parlement by verskeie geleenthede die magte van Provinsiale Rade ingekort. Wat belangrik is, is dat die howe beslis het dat hulle nie by magte was om die nienakoming van h prosedurevoorskrif in die Grondwet te bereg indien dit nie verskans was nie (Carpenter, 1987:265).

Artikel 59(2) het bepaal dat geen hof die bevoegdheid gehad het om h uitspraak te maak of n ondersoek te loods na die geldigheid van enige wet wat deur die parlement uitgevaardig is nie. Die enigste uitsondering was die herroeping of verandering van die twee verskanste artikels, naamlik 108 en 118. Hierdie twee artikels het die bepalings van die twee beskermde artikels van die ZA Wet, te wete 137 en 152, oorgeneem. Die beskermde of verskanste bepalings het die gelyke status van

Afrikaans en Engels en die beperkte stemreg van die sogenaamde nieblankes beskerm. Tweedens is die verskansing van die taalregte op sy beurt verskans. Die Tweederdemeerderheid van beide huise is steeds vereis vir die wysiging of herroeping daarvan.

Die sterk verabsoluttering van parlementêre soewereiniteit in Suid-Afrika was direk verantwoordelik vir die verwatering van die howe se potensiële rol in 'n regverdig en billike samelewing wat op reg en orde gebaseer is (Dugard, 1978:38). Wat die maghebbers van die regerende party in hul verabsoluttering van parlementêre soewereiniteit in die verabsoluttering van die Westminsterstelsel uit die oog verloor het, is dat dié stelsel van parlementêre soewereiniteit in Brittanje deur 'n lang politieke tradisie, konvensies en die beginsel van die oppergesag van die reg getemper is. Dit bring die argument weer by Locke en Montesquieu se basiese aannames uit, naamlik dat indien mag in die hande van een persoon gesetel is of hoogs gesentraliseer is, magmisbruik sal plaasvind en individuele belange en vryhede daaronder sal ly.

5.5.4 Slotgedagtes oor die 1961-Grondwet

Met die aanvaarding van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika no. 32 van 1961 en in die dekades daarna het die regerende Nasionale Party die toppunt van sy politieke mag bereik. Die skepping van 'n Republiek met 'n soewereine parlement het 'n nuwe tydvak van uitvoerende en wetgewende oppergesag in Suid-Afrika ingelui. Die stryd daarna om mag te behou, het egter deurlopend tot meer drastiese wetgewende maatreëls gelei, wat die howe tot blote rubberstempels van die uitvoerende en wetgewende gesag gerelegeer het. Die howe is in die proses tot die periferie van die politieke stelsel gerangeer wat hul simboliese onafhanklikheid in 'n mate aangetas het. Die feit dat die regsprekende gesag in Suid-Afrika nie die geleentheid gegun is om 'n daadwerklike rol te vervul nie, het tot 'n verdere verswakking van die basiese beginsels van die trias politica-leerstuk gelei.

Gedurende die 1970's het internasionale politieke en ekonomiese druk teen Suid-Afrika so toegeneem dat vernuwende denke vir konstitusionele veranderinge nodig geword het. Die interne onstabiliteit in die land as gevolg van die ondemokratiese stelsel het die regerende party gedwing om meer inklusief na verteenwoordiging in die politieke stelsel te kyk. Die konstitusionele eindproduk was die sogenaamde 1983-Driekamerparlement wat, met verwysing na die skeiding van owerheidsgesag, die fokus van die volgende bespreking is.

5.6 DIE DRIEKAMERPARLEMENT VAN 1983 (WET 110 VAN 1983)

Die politieke onrus en onstabiliteit in Suid-

Afrika het met en na republiekwording toegeneem (Venter, 1989:45). Die gebeure by Sharpeville, die landswye boikotte en massa-aksies en veral die onrus in Soweto in 1976 het tot h herbesinning van politieke ontwikkeling aanleiding gegee. Die skeuring in die Nasionale Party en n leierskapsverandering, toe PW Botha vir BJ Vorster vervang het, het die weg vir konstitusionele veranderinge gebaan.

In Suid-Afrika het vele komitees, groepe en individue met alternatiewe grondwetlike voorstelle vir n konstitusionele transformasie na vore gekom. Die meeste buiteparlementêre voorstelle was vir die uitbreiding van stemreg tot alle bevolkingsgroepe. Die destydse regering was begryplik nie bereid om sulke drastiese veranderinge aan te bring nie.

Die oorgrote meerderheid voorstelle, van binne en buite die parlement, het egter steeds die basiese elemente van n Westminsterstelsel vervat. Dit het onder andere beteken dat daar in die voorstelle steeds min voorsiening vir die skeiding van die owerheidsgesag gemaak is. Een van die voorstelle, die Report of the Committee on Alternative Constitutional Proposals (Verslag) van die Uitvoerende Kleurling Verteenwoordigende Komitee, het basies die uitgangspunte van die dominansie van die uitvoerende gesag in n parlementêre Westminsterstelsel herhaal. Daar was wel verwysing na n onafhanklike regbank, wat toetsingsreg vir howe insluit, maar met min verdere besonderhede (Verteenwoordigende Kleurlingraad, 1979:46-47).

Die resultaat van die samesprekings, die voorstelle van komitees en ander belanghebbendes vir konstitusionele verandering, het in 1983 gelei tot h nuwe grondwet wat vir die sogenaamde Driekamerparlement voorsiening gemaak het (Cloete, 1989:70). Die Driekamergrondwet was op die premisse gebaseer dat blankes, Kleurlinge en Indiërs oor eie belange beskik, wat afsonderlik in h parlement geakkommodeer moes word. Die tweede premisse was dat die bevolkingsgroepe se gemeenskaplike belange op n gemeenskaplike wyse in n parlement behartig moes word. Die eindresultaat was drie kamers in die parlement, een vir elke bevolkingsgroep. (Daar is geen voorsiening vir die insluiting van die swart bevolking in die nuwe bedeling gemaak nie, omrede hulle in die sogenaamde tuislande geakkommodeer sou word.)

5.6.1 Strukturele elemente van die 1983-Grondwet

Die struktuur van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika no. 110 van 1983 het verskeie unieke elemente ingesluit:

Die parlement het uit n uitvoerende president, asook drie wetgewende huise bestaan, een elk vir die blankes, Kleurlinge en Indiërs. Die gedagte was dat elkeen van die huise die belange van die onderskeie groepe sou verteenwoordig.

Wetgewende gesag

(1) Die wetgewende gesag was in h uitvoerende staatspresident en die parlement geleë, wat oor die volle mag beskik het om wette vir die hele Republiek te maak (artikel 30). Die 1983-Grondwet het twee belangrike veranderinge ingesluit. Eerstens is die basis van die verteenwoordiging in die parlement verbreed deur die Kleurling- en Indiërbevolkingsgroepe in te sluit. Tweedens is daar drie laerhuise ingestel, een elk vir die genoemde bevolkingsgroepe. Die drie laerhuise moes eie sake hanteer wat die spesifieke bevolkingsgroepe direk geraak het.

Algemene sake is deur artikel 15 beskryf as dit wat nie eie sake is nie soos verdediging en buitelandse sake. Die finale besluit of die saak h algemene of n eie saak was het by die Staatspresident berus (artikel 16). Die Staatspresident kon ook, indien nodig, die Presidentsraad raadpleeg oor die vraag of die saak h algemene of eie saak was (artikel 17(1)). (Die Presidentsraad was h unieke instelling wat eie aan Suid-Afrika was. Dit het h adviserende rol teenoor die uitvoerende gesag en n arbitersrol teenoor die wetgewende gesag vervul (Basson & Viljoen, 1988:74)). Artikel 17(2) het bykomend bepaal dat die Staatspresident in die geval van wetgewing oor n eie saak (artikel 31) die Speaker en die Voorsitters van die verskillende Huise na goeëdunke moes konsulteer.

Enige afdeling van die Hooggeregshof was bevoeg om h ondersoek te doen en uitspraak te lewer oor of die voorskrifte van artikel 17(2) nagekom is (artikel 18(1)). Bo en behalwe dié bevoegdhede kon die geldigheid van die besluit deur die Staatspresident nie deur die hove bevraagteken word nie. Soos Venter (1989:55) daarop wys, beteken dit dat wetgewing net op grond van prosedure getoets kon word.

Wanneer h saak al drie bevolkingsgroepe geraak het, soos by wetgewing oor verdediging, moes die goedkeuring van al drie huise verkry word. Artikel 14 het eie sake beskryf as sake wat die bevolkingsgroep direk raak met verwysing tot die behoud van sy lewenswyse, kultuur, tradisies en gebruike (Basson & Viljoen, 1988:146). Bylae 1 het die volgende by eie sake ingesluit: maatskaplike sake, onderwys op alle vlakke, kuns, kultuur en ontspanning, landbou, watervoorsiening, gesondheid, plaaslike ontwikkeling en finansies oor eie sake.

Uitvoerende gesag

Die parlementêre uitvoerende gesag is op twee vlakke gestruktureer, naamlik algemene sake en die eie sake van elke bevolkingsgroep. Artikel 16 het h uiteensetting bevat van die wyse waarop eie sake van algemene sake onderskei moes word. Die Staatspresident is met die

mag beklee om te besluit of dit n eie saak was en of die saak die belange van ander bevolkingsgroepe sou aantas, wat dit dan uiteraard n algemene saak sou maak.

Die uitvoerende gesag het op twee vlakke gegeld: indien dit eie sake van n bevolkingsgroep was, het die uitvoerende gesag in die Staatspresident berus wat in oorleg van die betrokke Ministersraad gehandel het (artikel 19(1)(a)). (n Ministersraad is afsonderlik vir elkeen van die drie Huise, die Volksraad, die Raad van Verteenwoordigers en die Raad van Afgevaardigdes, saamgestel.) Wanneer algemene sake (wat al drie Huise geraak het) ter sprake was, was die uitvoerende gesag in die Staatspresident geleë, wat dit in oorleg met die Ministers van die (oorkoepelende) kabinet (artikel 19(1)(b)) uitgevoer het. Die verskil tussen "op advies van" en "in oorleg met" is kompleks en omvattend en kan kortliks as volg opgesom word. Die verwysing na "op advies van" toon sterk ooreenkomste met die verwysing in die 1961-Grondwet waarin die Staatspresidentsamp simbolies en oor geen werklike uitvoerende gesag beskik het nie. Sommige van dié magte, soos om die parlement byeen te roep of te verdaag, was prerogatiwe wat uit die Engelse gemenerereg gespruit het. Wanneer dié mag vir n eie saak uitgeoefen is, het die Staatspresident op die advies van die spesifieke Huis opgetree. Indien dit vir al drie Huise gegeld het, was dit n algemene saak en moes die Staatspresident die kabinet raadpleeg en dit "in oorleg met" die instelling doen. Artikel 19(1)(b) het vereis dat die Staatspresident met die kabinet moes konsulteer. Die verskil is basies dat "op advies van" simbolies en sonder daadwerklike inhoud was terwyl "in oorleg met" n verpligting op die Staatspresident geplaas het.

Op grond van artikel 19(2) het die Staatspresident óf in konsultasie met die kabinet gehandel (algemene sake) óf in oorleg met die Ministersraad as dit n eie saak was. In sommige gevalle was hierdie werkswyse egter nie nodig nie en kon die Staatspresident handel sonder om sy Ministers te raadpleeg, byvoorbeeld met die aanstelling van ministers in sy kabinet (Carpenter, 1987:233).

Die Staatspresident was sowel die regeringshoof as die staatshoof. In daardie hoedanigheid het hy sterk uitvoerende magte en ook prerogatiwe gehad, wat voorheen in twee persone gesetel was (Basson & Viljoen, 1988:46-58).

Die Staatspresident se posisie kan met dié van die presidensiële eerder as die

parlementêre stelsel vergelyk word. As Staatspresident was die rolbekleër beide staats- en regeringshoof. Dit was 'n veel sterker uitvoerende posisie as byvoorbeeld met die kabinetstelsel wat sedert 1910 gebruik is. In die kabinetstelsel was die hoof van die staat (simbolies) verwyder van die hoof van die regering ('n ware gesagsdraer). Die 1983-Grondwet het bepaal dat die twee posisies gekombineer is wat dit 'n meer gesaghebbende amp gemaak het.

Regsprekende gesag

Ingevolge artikel 68(1) het die regsprekende gesag in Suid-Afrika uit 'n Appèlafdeling asook provinsiale en plaaslike afdelings van die Hooggeregshof bestaan soos deur die Wet voorgeskryf.

5.6.2 Wesenlike kenmerke van die 1983-Grondwet

Soos in die geval van die 1909- en 1961-Grondwet, is die strukturele elemente van die 1983-Grondwet duidelik uiteengesit.

Struktureel is daar 'n duidelike onderskeid tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag getref.

Hierdie strukturele skeiding het minstens die verwagting geskep dat 'n skeiding van owerheidsmagte in 'n substansiële mate tot sy reg sou kom. Die 1983-Grondwet is egter, soos sy voorgangers, grootliks deur die klem op wetgewende soewereiniteit gedomineer. Eerstens het die uitvoerende Staatspresident in sy nuwe amp oor heelwat meer mag as sy voorgangers beskik en het dit die sentralisasie van gesag versterk. Die uitvoerende Staatspresident, wat die leier van die meerderheidsparty in die Volksraad was, het vanweë die samesmelting van die uitvoerende en wetgewende liggame oor substantiewe gesag beskik.

Artikel 34(1)-(3) het oor die toetsingsbevoegdheid van die regsprekende gesag gehandel. Wet 110 van 1983 (artikel 34(2)(a)) het die toetsingsreg van howe oor alle wetgewing uitgebrei (Basson & Viljoen, 1988:194). Dit het beteken dat, volgens die letter van die wet, die toetsingsreg nie net tot die sogenaamde verskanste bepalings beperk was nie, maar uitgebrei is oor die volle spektrum van die wetgewende aktiwiteit deur die Staatspresident en die parlement of die Staatspresident en een van die huise. Die toetsingsmag was egter weer niesubstantief omdat slegs prosedure getoets kon word.

Die Hooggeregshof het, soos onder die vorige Grondwette, nie oor die algemene bevoegdheid beskik om die konstitusionaliteit van wette te toets nie. Artikel 34(3) van Wet 110 van 1983 het bepaal dat geen hof oor die bevoegdhede beskik het om ondersoek te doen of uitspraak te lewer oor wette wat deur die parlement aangeneem is nie. Die toetsingsreg van howe is weer tot die toetsing van of die voorgeskrewe prosedure gevolg is, beperk (Venter, 1989:213).

Hierdie toetsingsreg van die regsprekende gesag is nie substantief nie, omdat dit nie grondwetlike magte gehad het om die redelikheid en billikheid van wetgewing of die bestaanbaarheid daarvan teenoor die Grondwet of n Handves van Menseregte te toets nie. Die normatiewe aard van wette en die sentrum van mag was dus steeds buite die bereik van howe, wat dit potensieel aan n hoër vlak van objektiwiteit sou kon toets.

Boulle (1987:76) het met verwysing na die 1983-Grondwet opgemerk dat die meerderheid geskrewe grondwette deur regsinterpretasie ontwikkel het. n Soortgelyke ontwikkeling was egter nie in Suid-Afrika moontlik nie, hoofsaaklik vanweë die beperking wat op die howe geplaas is. Die 1983-Grondwet het, soos sy voorgangers, implisiet verseker dat die howe steeds geen vormende invloed op konstitusionele ontwikkeling in Suid-Afrika kon uitoefen nie. Hoewel die moontlikheid vir konstitusionele hersiening oor prosedure nominaal uitgebrei is, is dit op so n wyse gedoen dat dit nie werklik substantiewe waarde gehad het nie.

Soos Carpenter (1987:356) dan ook uitwys, het die 1983-Grondwet nie materiële veranderinge aan die posisie van die regsprekende gesag teenoor die wetgewende en uitvoerende gesag gebring nie. Een van die innoverende toevoegings was egter dié van regterlike beheer oor die Staatspresident. Artikel 17(2) het bepaal dat wanneer die Staatspresident n sertifikaat met betrekking tot eiesakewetgewing uitgereik het, hy verplig was om die Speaker van die Parlement en die Voorsitters van die drie Huise te raadpleeg. Die nienakoming van dié voorskrif het die optrede deur die howe beregbaar gemaak. Artikel 18(1) en (2) het die magte van die Hooggeregshof hieroor uiteengesit, maar dit blyk dat dit vergeleke met ander toetsing nie n geldigheidstoetsing was nie, maar slegs n proseduretoetsing. Die geldigheid van die Staatspresident se besluit was nie ter sprake nie; dit was by herhaling net die prosedure wat aan toetsing onderworpe was.

Alhoewel dit nie eksplisiet uiteengesit is nie, het die howe die bevoegdheid gehad om te oordeel oor die kompetensie van die Staatspresident om sy amp te beklee. Dit het ook die bevoegdheid ingesluit om n interdik of n *mandamus* teen die president te verkry. (So n bevoegdheid is nie eksplisiet gestel of inderdaad deur die howe bereg nie.) Carpenter (1987:356) wys ook daarop dat n verdere regsprekende kontrole in die geval van gemeenregtelike konvensies statutêr in die Grondwet opgeneem is. Sonder om in besonderhede hierop in te gaan, word die mening gehuldig dat die

moontlikheid bestaan het om jurisdiksie te vestig en nienakoming van die konvensies deur die Staatspresident te bereg.

5.6.3 Die 1983-Grondwet en die skeiding van owerheidsgesag

In die vorige besprekings van die 1910- en die 1961-Grondwet het die dominante aard van parlementêre soewereiniteit in die Grondwette duidelik geblyk. Soos Venter (1989:88) dit beskryf, was die dominansie van die uitvoerende gesag "deur die parlement" die "political plague of the twentieth century". Venter verduidelik dat die probleem van die dominansie van die uitvoerende gesag vererger is deur Suid-Afrika se rassebeleid en die relatief klein verkiesingsbasis.

Boulle (1987:80) verwys ook na die dominansie van die uitvoerende gesag ingevolge die 1983-Grondwet as 'n struikelblok op die weg na "beperkte" skeiding van owerheidsgesag. Boulle wys egter daarop dat, hoewel die toetsingsbevoegdheid van houe beperk was, houe tog in 'n mate die skeiding van owerheidsgesag kon beheer omdat hulle altyd die inherente bevoegdheid besit het om, in die geval van gedelegeerde en ondergeskikte wetgewing, hersiening toe te pas. Houe kon en het ook wetgewing met betrekking tot die beskerming van menseregte in 'n beperkte mate suksesvol bereg (*Minister of Law and Order v Hurley* 1986 SA 568 (A)). Basson (1995:17) beklemtoon dat die regsprekende gesag nie altyd die beste gebruik gemaak het van die situasie nie en dat die uitsprake oor die algemeen die uitvoerende gesag tot voordeel gestrek het en ten koste van fundamentele regte was (*Omar and Others v Minister of Law and Order and Others; Fani and Others v Minister of Law and Order and Others; State President and Others v Bill* 1987 (3) SA 859 (A)).

Boulle (1987:81) wys egter daarop dat hoewel die dominansie van parlementêre soewereiniteit die ruimte vir die skeiding van owerheidsgesag beperk het, daar tog as deel van die stelsel ruimte vir owerheidskeiding was. Hy beklemtoon ook die meer dominante magposisie van die politieke/uitvoerende mag en die gepaardgaande groei van die burokrasie as struikelblokke in die skeiding van owerheidsgesag (Boulle, 1987:81). Hierdie magposisie het die kloof tussen die teorie en praktyk van die skeiding van owerheidsgesag steeds groter gemaak.

Daar is in die vorige gedeeltes daarop gewys dat die houe veral ten opsigte van die selfregerende gebiede vertolkend kon optree en die mag(te) van die sentrale uitvoerende gesag kon inkort. Hoewel dit nie direk tot voordeel van 'n groter toepassing van die trias politica-leerstuk gestrek het nie, het dit mag meer gedentraliseer en sodoende die sentralisasie van gesag in die regeringskern teengewerk. Die insluiting hiervan in die bespreking is grootliks om aan te dui dat die regsprekende gesag binne die gestelde beperkinge steeds gepoog het om die sentralisasie van gesag en die skewe balans van die verspreiding van mag in 'n stelsel teen te werk.

Die 1983-Grondwet, asook sy voorgangers, het grootliks tot die uitbreiding en vestiging van die dominansie van die uitvoerende gesag en die owerheidsvertakking oor die ander instellings bygedra (en in die proses tot die miskennings van die basiese uitgangspunte van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte). Daar is verskeie redes hiervoor. Venter (1989:88-94) en Cloete (1988:132-153) bespreek enkele van hierdie redes:

- (1) Die uitvoerende gesag (Kabinet) is die primêre bron van politieke leierskap en dominansie in Suid-Afrika. Hoewel dit in baie opsigte n globale tendens in die moderne regeerkunde is (Hough, 1978:111), het die rassebeleid en kragdadige optrede van die Kabinet dié dominansie in die hand gewerk. Hierdie sentralisasie van die uitvoerende gesag het die dominansie dikwels ten koste van die parlement (wetgewende gesag) en die regsprekende gesag bevorder. Dit is veral gedurende die bewindstydperk van PW Botha dat die burokratisering van die uitvoerende gesag tot hoë vlakke uitgebou is.
- (2) Die formele struktuur van die regering was 'n gesentraliseerde unie wat alle mag in die hand van die sentrale regering gesentraliseer het. Alle ander magte was gedelegeerde magte (Lijphart, 1992:38). Hoewel dit nie skeiding van owerheidsmagte in die klassieke sin aanraak nie, word die bespreking om dieselfde voorgemelde rede ingesluit. Die oorheersing van die uitvoerende gesag *vis-à-vis* die wetgewende en regsprekende gesag het tot gevolg dat "eweredige" magsverspreiding, wat inherent in die *trias politica*-leerstuk is, skeef getrek en die balans tussen dié instellings versteur word. Dit is in hierdie mate dat die basiese aannames en uitgangspunte van die *trias politica*-leerstuk nie nagekom word nie en dat dit blote formele, strukturele waardes verkry het.
- (3) Die samesmelting van die uitvoerende en simboliese posisie van die Eerste Minister en Staatspresident (1983-Grondwet) in een amp het ook die sentralisasie van mag en die dominansie van die uitvoerende gesag versterk. Die uitvoerende mag wat die Staatspresident en senior ministers in die 1983- Grondwet gehad het, was substansieel. Die Staatspresident het byvoorbeeld die mag gehad om ministers aan te stel en te ontslaan. Dit het ook gegeld ten opsigte van administrateurs van provinsies, hoofde van statutêre liggame soos die SAUK en ander semistaatsinstellings. Venter (1989:90) maak melding daarvan dat daar aan die einde van die PW Botha-era, as deel van die sogenaamde totale aanslag, 'n parallelle regering met die totstandkoming van die Sekuriteitsraad ontwikkel het. Botha, as vorige Minister van Verdediging, se sterk band met die Weermag het die parallelle mag versterk.
- (4) Feitlik alle konsepwetgewing het sy oorsprong in die uitvoerende gesag gehad. Die numeriese dominansie wat die regerende party oor dekades in die Volksraad gehad het, het verseker dat die aanvaarding van

die wette n blote formaliteit was.

Hierdie dominansie en die gebrek aan balans in h regeringstelsel wat sterk na die uitvoerende gesag oorgeleun het, het min ruimte vir die skeiding van owerheidsgesag en n stelsel van wigte en teenwigte gelaat. Van der Vyver (1993:185) noem die volgende voorbeelde om aan te toon dat Suid-Afrika ingevolge die 1983-Grondwet nie aan die basiese vereistes vir die skeiding van owerheidsgesag voldoen het nie.

(1) Die Staatspresident was die hoof van die uitvoerende gesag, maar was ook h integrerende deel van die wetgewende gesag (artikel 19(1) en 30). In die wetgewende hoedanigheid het sy magte simboliese, asook sterk wetgewende/uitvoerende funksies, vertoon. Simbolies het die Staatspresident konsepwette onderteken voordat hulle wette geword het. Die Staatspresident kon ook onder die 1983-Grondwet sterk wetgewend/uitvoerend optree deur sy toestemming te weerhou indien die voorgeskrewe prosedures nie gevolg is nie. (Goedkeuring, selfs *pro forma* goedkeuring van wetgewing deur die staatshoof is n kardinale kenmerk van die Westminster stelsel).

(2) Lede van die kabinet (die Staatspresident uitgesluit) en ministersrade asook adjunkministers was almal lede van die uitvoerende gesag en terselfdertyd ook deel van die wetgewende gesag.

Venter (1989:91) en Van der Vyver (1993:186) wys daarop dat die 1983-Grondwet die integrering van die sentrale en provinsiale vlak in n proses van sterk sentralisasie verhaas het. Dit was veral op die provinsiale vlak in die tydperk voor 1993 waar daar n groot mate van integrasie tussen die owerheidsinstellings plaasgevind het.

Die parlement (wetgewende gesag) of enige komitee van die parlement kon lede subpoena om voor die parlement te kom getuig of om dokumente vir n ondersoek in te dien. Die parlement kon h regsprekende funksie uitoefen en as n hof in die volle sin van die woord sit, byvoorbeeld in die geval van minagting van die parlement. Carpenter (1987:355) noem ook dat die parlement as h hof aanklagte kon aanhoor en kragtens van Wet 91 van 1963 lasbriewe vir inhegtenisname kon uitreik en boetes kon oplê.

Van der Vyver (1993:189) beklemtoon ook die oorheersende en selfs manipulerende rol wat die Staatspresident kragtens bepalings van die 1983-Grondwet kon speel, en die implikasies wat dit vir die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag ingehou het. Artikel 14, saamgelees met artikel 16(1)(a), het bevoegdhede aan die Staatspresident verleen om te bepaal of h saak as n eie saak of n algemene saak geklassifiseer moes word en dan die wetgewende meganisme te kies waarmee die wet hanteer moes word. Die grootste wetgewende impak wat die

Staatspresident in algemene sake gehad het, was om die Presidentsraad kragtens artikel 32 te gebruik ten einde as arbiter in die geval van 'n botsing oor wetgewing tussen die drie huise op te tree.

Daar moet in gedagte gehou word dat die Staatspresident, wat uiteraard die leier van die sterkste party in die (blanke) Volksraad was, wye magte gehad het om die Presidentsraad met sy ondersteuners te vul.

Die Presidentsraad het 'n deurslaggewende en beslissende rol vervul in die geval van 'n botsing tussen die huise oor wetgewing (artikel 78) (Basson & Viljoen, 1988:75-80). Dit bevestig by herhaling die dominansie waaroor die uitvoerende gesag kragtens die 1983-Grondwet oor die wetgewende en die regsprekende gesag beskik het.

Hierdie oorheersende rol wat die uitvoerende gesag op grond van die 1983-Grondwet beklee het, het ook duidelik uit *More v Minister of Co-operation and Development* 1986 (1)SA 101(A) geblyk. (Dié saak het gehandel oor 'n parlementêre resoluëie wat ingevolge die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 uitgevaardig is en wat 'n swart stam teen hul wil hervestig het.) Die hof het gepoog om sy diskresie te gebruik om die reëls van natuurlike geregtigheid toe te pas. Ongelukkig is dié diskresie in *More supra* misken en is die rol wat die regsprekende gesag hierdeur kon speel, verwater (Boulle, 1987:81).

Die strukturele onafhanklikheid van die regsprekende gesag en die niesubstantiewe hersieningsbevoegdheid ten spyte, kon dié owerheidsinstelling tog steeds die skeiding van owerheidsgesag in 'n mindere mate komplementeer en sukses in 'n paar sake bereik. Sukses is behaal in die gevalle waarin daar vir die hof 'n mate van diskresie in die toepassing van natuurlike geregtigheid was, veral wanneer administratiewe handelingë hersien is. Wanneer die wetgewende gesag dus kontrole oor die uitvoering van administratiewe handelingë deur die uitvoerende gesag moes uitoefen, het die hof daarop aangedring dat dié kontrole wel uitgeoefen is.

Ten spyte hiervan het die regsprekende gesag en die hof steeds sterk standpunt probeer inneem teenoor die oorheersende rol wat die uitvoerende gesag kragtens die 1983-Grondwet probeer vervul het. Die hof het in 'n paar uitsprake ook die outonomie van die tuislande, 'n skepping van die sentrale regering, probeer beskerm (sien ook die verwysing hierbo na Shoji). In *Government of South Africa v Government of KwaZulu* 1983 (1) SA 164 (A) asook *Government of Lebowa v Government of the Republic of South Africa* 1988 (1) SA 344 (A) het die hof sterk standpunt ingeneem teen die sentrale regering wat die outonomie van die tuislande aangetas het en selfs so ver gegaan het om die bestaan van die tuislande te kritiseer (Wiechers, 1991:623).

Belangrike uitsprake wat in die tydperk tussen 1983 en 1993 gelewer is, het onder

andere in *Mathebe v Regering van die Republiek van Suid-Afrika* 1988 (3) SA 667 (A) voorgekom waarin die hof beslis het dat die beoogde inlywing van die Moutse-area by KwaNdebele nie aan die oogmerke van die Wet op Swart Owerhede no. 68 van 1951 voldoen het nie en daarom ongeldig was. 'n Soortgelyke uitspraak is ook in *Staatspresident en n Ander v Lefuo* 1990 (2) SA 679 (A) gelewer, waarin die hof die inlywing van Botshabelo in die selfregerende gebied van QwaQwa deur 'n proklamasie van die Staatspresident onwettig verklaar het, omdat die beoogde inlywing nie in "volksverband" plaasgevind het nie.

Ook in *S v Ramgobin* 1985 (3) SA 587 (N) het die Hof sterk standpunt ingeneem oor die oorspronklike bevoegdhede van die regsprekende gesag, en die skeiding van owerheidsmagte in die beperkende omstandighede probeer versterk. Hierdie saak het betrekking gehad op die hof se beperkte vertolking van die mag van die uitvoerende gesag (die polisiemag) om borgtogaansoeke te weier. Die hof het ook daarop aangedring dat die *audi alteram partem*-reël nagekom moes word. Die hof se aandrang daarop dat die uitvoerende gesag dié reël in die hantering van borgtogaansoeke moes volg, het tot die terugtrekking van die aansoek gelei. In sy hantering van die saak het die hof 'n sterk boodskap ten gunste van die skeiding van owerheidsgesag uitgestuur. Volgens Boule (1987:82) was dit so effektief dat die uitvoerende gesag sy aansoek teruggetrek het.

Nogh belangrike uitspraak is *Visagie v State President* 1989 (3) SA 859 (A). In dié saak het die Appèlhof 'n wetgewende handeling van die uitvoerende gesag ongeldig verklaar, aangesien dit strydig was met die Wet op Openbare Veiligheid no. 3 van 1953 op grond daarvan dat die Minister nie die beginsel van natuurlike geregtigheid nagekom het nie. Daar is ook bevind dat die Minister irrelevante en ontoelaatbare oorwegings in ag geneem het en dat die voorwaardes van die beperkingsbevel onnodig onderdrukkend, onseker en onredelik was. In die saak het dit gehandel oor die hof se bereidwilligheid om beperkingsbevele, wat verder as die oogmerke van 'n noodtoestand gestrek het, ongeldig te verklaar. Die uitspraak het by herhaling die *audi alteram partem*-reël bevestig deur te bevind dat die reël wel van toepassing was. Grogan (1989:439) het die uitspraak as 'n waterskeiding gesien omdat die hof bereid was om aktief met betrekking tot onbillike aspekte, soos dié wat in die noodtoestand gegeld het, op te tree.

Verdere suksesse in die stryd om skeiding van owerheidsgesag toe te pas, het geblyk uit sake soos *Mkhize v Minister of Law and Order* 1985 (4) SA 147 (N) waarin landdroste se reg om aangehoudenenes te ondersoek, bevestig is en ook *Dlamini v Minister of Law and Order* 1986 (4) SA 342 (D) waarin die uitvoerende gesag vermaan is om regters toelating tot aangehoudenenes te gee.

Die bespreking toon aan dat die regsprekende gesag, ten spyte van 'n oorheersende uitvoerende gesag, steeds aan die basiese uitgangspunte van die skeiding van owerheidsgesag getrou probeer bly het.

Pogings om die aanslag van h sterk uitvoerende gesag teen te staan, het weinig sukses opgelewer, maar het tog administratief tot die regterlike uitbreiding van billike uitvoerende handelinge in die administratiefreg gelei (Boulle, 1987:82).

h Groot probleem was die sogenaamde “ouster clauses” waarkragtens die howe se inherente bevoegdheid om administratiewe optrede te kontroleer, deur wetgewing uitgesluit is (Basson & Viljoen, 1988:253, 257).

Wiechers (1991:622) bevestig ook dat die pogings van die hof veral ten opsigte van die skeiding van owerheidsmagte prysenswaardig was. Die realiteit was egter dat die skeiding van owerheidsgesag in n parlementêre stelsel met n sterk uitvoerende gesag relatief sou wees en dat die groter mate van sentralisasie veral die regsprekende gesag se rol in die proses sou beperk.

Venter (1989:92) se standpunt was daarom dat daar ingevolge die 1983-Grondwet geen gelyke verdeling van mag tussen die verskillende owerheidsinstellings plaasgevind het nie. Die wetgewende beperkings wat veral tydens die noodtoestande opgelê is, het appèl en veral hersiening uitgesluit; veiligheidswetgewing het selfs *habeas corpus*-bevele uitgesluit. Die oorheersende uitvoerende gesag het dekades lank daarin geslaag om juridiese aktivisme in n groot mate te stuit.

5.6.4 Enkele slotgedagtes oor die 1983-Grondwet

In die vorige onderafdeling wat oor die 1983-Grondwet handel het, is die toetsingsbevoegdheid van die howe bespreek. Soos aangedui, het artikel 34(3) van Wet 110 van 1983 bepaal dat howe nie algemene toetsingsreg oor die geldigheid van wette gehad het nie. Die toetsingsreg van howe is egter in dié opsig uitgebrei sodat die Hooggeregshof die bevoegdheid gehad het om navraag te doen en uitspraak te lewer oor die nakoming van die vereistes van Wet 110 van 1983 indien die Staatspresident, parlement of enige huis van die parlement wetgewend opgetree het. Dit het beteken dat h wet van die parlement wel ongeldig verklaar kon word, maar alleenlik op grond van die prosedure wat deur Wet 110 van 1983 neergelê is (Cloete, 1988:214).

Basson en Viljoen (1988:199) beklemtoon ook dat die hof se beheer tot prosedurele vereistes beperk was en dat dit howe verhinder het om buite dié parameters op te tree. So het die volle regbank in die Hooggeregshof in die saak *Bloem and Another v The State President of the Republic of South Africa and Others* 1986 (4) SA 1064 (O) beslis dat die hof nie uitspraak mog lewer oor die interne reëls en prosedures wat binne die parlement gegeld het nie. Die onderhawige saak het handel oor die kwessie of die regulasies wat ter tafel gelê is, binne die tyd wat die parlement hiervoor toegestaan het, afgehandel is.

Carpenter (1987:288) beklemtoon ook die soewereiniteit van die parlement as n eenkamerinstelling (eie sake) of n driekamerinstelling (algemene sake):

“It is ‘sovereign’ in the sense that the courts have no jurisdiction to declare invalid

any legislation *duly* passed by Parliament.”

Die skepping van die Presidentsraad as konstitusionele toevoeging tot die bestaande owerheidsinstellings (wetgewend, uitvoerend en regsprekend) het op geen wyse versterkend op die skeiding van owerheidsgesag ingewerk nie. Hoewel dit struktureel groter desentralisasie vertoon het, was die uitvoerende en wetgewende owerhede eerder sterker as voorheen in dié liggaam gesentraliseer. Die Presidentsraad het die soewereiniteit van die parlement formeel geërodeer deurdat die Staatspresident dit as n substituuwetgewer gebruik het. Dit was die geval toe die Staatspresident die Presidentsraad, in h saal gevul met ondersteuners was, gevra het om uitsluitel te gee as daar botsings tussen die huise sou wees (Basson & Viljoen, 1988:199). Die prosedure het die uitvoerende gesag eerder op n konstitusionele wyse versterk, deels vanweë die prominente rol wat die Staatspresident in die proses vervul het en deels vanweë die steun wat hy in die Presidentsraad geniet het.

Die 1983-Grondwet was h poging om Kleurlinge en Indiërs in die grondwetlike hervormingsproses te betrek. Die numeriese samestelling van die huise en die beslissende rol wat die Presidentsraad vervul het, het die werklike mag steeds in blanke hande gelaat. Hierdie institutionalisering van die rassegroepe is gevolglik met min geesdrif deur die groot samelewing ontvang, wat steeds verkies het om buite die parlement te bly. Die druk vir ware grondwetlike verandering het daarom in die volgende dekade eerder toegeneem as afgeneem voordat daar substansiële grondwetlike veranderinge sou plaasvind.

Die 1983-Grondwet het weinig tot die groter skeiding van owerheidsmagte bygedra. Die regsprekende gesag se toetsingsbevoegdheid is wel uitgebrei om verder as die verskanste wette te strek, maar substansieel was hulle in dieselfde posisie as voor 1983. Die uitvoerende Staatspresident se bevoegdhede het wel die uitvoerende gesag versterk, veral ten opsigte van die rol wat die Presidentsraad in die wetgewende proses gespeel het. In die proses is parlementêre soewereiniteit met h liggaam (die Presidentsraad) afgewater, wat wetgewende besluite buite die wetgewende gesag kon neem.

Die uitvoerende Staatspresident het egter die bestaande parlementêre regeringstelsel in 'n mate beïnvloed deurdat dit sterk presidensiële stelselkenmerke bevat het. (Dit het onder andere die simboliese en uitvoerende ampte in een persoon verenig en ook onafhankliker van die kabinet gestaan as in die verlede.) Die Staatspresident se wetgewende verankertheid was volgens die 1983-Grondwet egter nie in ooreenstemming met die Amerikaanse

stelsel nie, en dit is veiliger om daarna te verwys as 'n hibriede stelsel wat iewers tussen die presidensiële en parlementêre stelsel lê.

Soos aangetoon, het die 1983-Grondwet min tot die skeiding van owerheidsgesag bygedra en is die tradisie van parlementêre oppergesag in 'n ander vorm voortgesit. Soos sy voorgangers was die 1983-Grondwet nie veel meer as 'n konstitusionele weerspieëling van die dominansie van die uitvoerende gesag nie.

5.7. PARLEMENTÊRE SOEWEREINITEIT EN DIE TOETSINGSREG VAN HOWE

Die toetsingsreg van howe in dié tydperk was beperk en het die howe net die reg gegee om die prosedurevereiste, wat voorskriftelik vir die wetgewende gesag was, te toets. Die prosedurevereiste was streng voorskriftelik en indien die aangewysde prosedure nie gevolg is nie, sou dit nie tot wetgewing kon lei nie (Basson & Viljoen, 1988:186). Indien die prosedure nie gevolg is nie, het dit dus die geldigheid van die wet beïnvloed.

Hoewel hierdie bepaling uiteraard nie volkome toetsingsbevoegdheid aan die howe verleen het nie, kon die regsprekende gesag minstens belangrike formele kontrole oor die wetgewende gesag uitoefen. Die kontrolefunksie het betrekking gehad op die bevoegdheid van howe om die geldigheid van wetgewende handeling vas te stel en dit ongeldig te verklaar indien die voorgeskrewe prosedures nie gevolg is nie.

Die vorm van toetsing wat deur die howe gevolg is, was sonder substansie en ontoereikend. Die beperking wat dit op die howe geplaas het, het die belangrike konstitusionele rol wat howe in die demokratisering van 'n staat kan speel, onnodig gekniehalter. In baie samelewings het die howe wat met toetsingsbevoegdheid bekleed is, 'n belangrike legitimeringsfunksie vervul deur wetgewing aan die Grondwet te toets. Die aanvaarding deur die uitvoerende gesag van judisiële "teregwysings" en ook die goedkeuring van wetgewende optrede is 'n belangrike basiese funksie van 'n demokratiese bestel. Klüg (2000:159) se volgende waarneming van die rol wat die regsprekende gesag in 'n demokrasie kan en moet vervul, is geldig:

“[T]he judiciary’s source of institutional legitimacy and power lies as much in its ability to insinuate itself institutionally in conflicts over the separation and distribution of powers as it does in its defence of rights.”

Dat parlementêre soewereiniteit wat sterk in 'n parlementêre stelsel veranker is, die hoofmerk van die opstellers van die 1909-ZA Wet was, is duidelik. Die vestiging van parlementêre oorheersing het noodwendig die onafhanklikheid van die regsprekende gesag substansieel aangetas. In die proses is die toetsingsreg van howe as minder belangrik en as 'n struikelblok op die weg na regspositivisme beskou. Artikel 59 van die Wet verklaar dan ook:

“Parliament shall have full power to make laws for the peace, order and good government of the Union” (Hahlo & Kahn, 1960:146).

Konstitusioneel is die wetgewende gesag gemagtig om enige wetgewing uit te vaardig of na goeë dinge te herroep. Die enigste versperring tot absolute wetgewende oppergesag was die verskanste artikels en die toetsingsreg wat die hoë op grond daarvan geniet het. (Die volle realisering van die toetsingsreg het in die Harris-sake beslag verkry.)

Die verskanste artikels kon slegs op 'n voorgeskrewe manier gewysig word (Verloren van Themaat, 1985:202). Dit het net 'n kunsmatige beperking op die soewereine oppergesag van die parlement geplaas, wat later in die vyftigerjare tot 'n konstitusionele strydpunt sou lei. Die "oorwinning" wat die uitvoerende/wetgewende gesag in hierdie tydperk oor die hoë behaal het, sou dan ook uiteindelik die oppergesag van die uitvoerende en wetgewende gesag oor die regsprekende gesag vestig.

5.8. SLOT

In Suid-Afrika se konstitusionele ontwikkeling gedurende die tydperk 1910 tot 1983 was die strukturele voorkoms van skeiding van owerheidsgesag 'n blote formalistiese kenmerk. Hierdie formalistiese persepsie is versterk deur die wyse waarop die grondwet struktureel in verskillende hoofstukke uiteengesit is, elk met 'n eie opskrif, naamlik wetgewend, uitvoerend en regsprekend. 'n Unieke kenmerk is die toekenning van formele magte aan elk van die drie hoofstede, naamlik wetgewende gesag aan Kaapstad, uitvoerende gesag aan Pretoria en regsprekende gesag (die Appèlhof) aan Bloemfontein.

Die stelsel wat in die tydperk tot voor die demokratisering van Suid-Afrika en die aanvaarding van die tussentydse Grondwet (1993) en die finale Grondwet (1996) aanvaar is, verteenwoordig nie 'n skeiding van owerheidsmagte nie, maar soos Wessels (1962:40) en Devenish (1998:13) daarna verwys, 'n regeringstelsel van afsonderlike instellings wat mag deel. Die konsentrasie van mag in die uitvoerende/wetgewende mag was so sterk dat die skeidslyne tussen die owerheidsinstellings vaag was.

Met die voorgaande in gedagte is dit die skrywer se mening dat die (Amerikaanse) presidensiële stelsel met enkele aanpassings 'n meer aangewese regeringstelsel vir Suid-Afrika sou gewees het gedurende die tydperk van 1910 tot 1983. (Fragmentering van politieke partye, wat die Brasiliëse stelsel kniehalter, kan vermy word deur 'n drempel van 5% steun te stel waaraan partye moet voldoen om sitting in die wetgewende gesag te

verkry). Die presidensiële stelsel sou die geleentheid gebied het om van h uitvoerende president, waarvoor daar reeds h historiese tradisie bestaan het, gebruik te maak. Die wetgewende gesag kon die volkswil verteenwoordig en n proses van wigte en teenwigte kon balans in die stelsel bewerkstellig. Die uitsprake van die regsprekende gesag (gemeet aan h handves van menseregte) kon h belangrike rol in die opbou en die handhawing van n regsorde en die skepping van n kultuur van vryheid en regverdigheid gespeel het.

h Verdere interessante aspek wat nie direk uit die bespreking in hierdie hoofstuk voortvloei nie, is dié van alternatiewe wyses waarop die skeiding van owerheidsmagte versterk kan word. Die voorafgaande bespreking het hoofsaaklik op die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte gefokus. Parallel met dié bespreking is daar egter h paar keer na verdere manifestasies van skeiding van owerheidsgesag, soos territoriale skeiding in h federasie, verwys. Ander “meganismes” wat ook in h politieke stelsel kan fungeer en wat dieselfde skeidingsoogmerk het, is dié van h aktiewe burgerlike samelewing. (Die oogmerk is om steeds die fokus op die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag te hou, maar in die laaste hoofstuk sal al die verskillende interafhanklikes geïntegreer word.)

In aansluiting hierby het Hough (1978:363) in die tydperk voor die 1983-Grondwet die moontlikheid van interne kontrole *binne* n owerheidsinstelling (eerder as *tussen* instellings) genoem. Daardie instelling, soos die uitvoerende gesag, beskik dan intern oor wigte en teenwigte wat die waghondfunksie kan vervul. Dit impliseer dat skeiding van owerheidsmagte op h kleiner skaal binne die owerheidsinstelling plaasvind, met inbegrip van n uitvoerende en n kontroleringsfunksie.

Hough (1978:362) noem ook die moontlikheid van “eksterne” kontrole waardeur die kontroleringsrol (wat die skeiding van owerheidsmagte in die eerste plek veronderstel was om te vervul) deur eksterne groepe in die burgerlike samelewing vervul kan word, soos politieke partye, die pers, die kerk of drukgroepe. Die voordeel wat dit inhou, is dat die beheerfunksie verbreed word om die politieke proses in te sluit, wat omvattender as die skeiding van die owerheidsmagte is.

Hoewel hierdie “meganismes” innoverend was, sou hulle hul egter by herhaling vasloop in die enger verhouding wat in die geval van die verdeling van owerheidsgesag gegeld het. Instellings, groepe en individue was grootliks magteloos in die aanwesigheid van n uitvoerende gesag wat daarop ingestel was om sy mag ongekontroleerd uit te brei. Die aspek wat voortdurend in hierdie hoofstuk uitgewys is, is dat die skeiding van owerheidsgesag in

die tydperk voor 1910 en ook daarna nooit ten volle tot sy reg gekom het nie, grootliks vanweë die dominante posisie wat die uitvoerende gesag in n unitêre staat met n parlement in die Westminsterstyl beklee het.

In die hoofstuk is agtereenvolgens na die Grondwette voor en na Uniewording gekyk. Die fokus was veral op die Uniegrondwet van 1910 (ZA Wet), die Republikeinse Grondwet van 1961 en die Driekamergrondwet van 1988. Die oogmerk was om aan te toon dat, hoewel daar struktureel elemente van skeiding van owerheidsgesag voorgekom het, daar op die funksionele vlak in elk van dié Grondwette eerder n sentralisasie as n desentralisasie van owerheidsmag plaasgevind het. Daar is tot die slotsom gekom dat die skeiding van owerheidsgesag grootliks n teoretiese waarde in dié Grondwette gehad het en dat die regsprekende gesag, in die aanslag van die uitvoerende gesag wat mag vanuit n bepaalde ideologiese vertrekpunt wou vestig, in die magsverhouding grootliks magteloos gelaat is.

In hoofstuk 6 word die bespreking met verwysing na die tydperk ná demokratisering voortgesit. Die oogmerk in die volgende hoofstuk is om te bepaal of die tussentydse Grondwet van 1993 grondige veranderinge in die status en toepassing van die *trias politica*-leerstuk oor die skeiding van owerheidsgesag aangebring het.

HOOFSTUK 6

DIE 1993-INTERIMGRONDWET VAN SUID-AFRIKA

6.1 INLEIDING

6.1.1 Agtergrond tot die hoofstuk

In die vorige hoofstuk is die 1910-, 1961- en 1983-Grondwet bespreek. In dié bespreking is daarop gewys dat Suid-Afrika gedurende daardie fase oor 'n parlementêre regeringstelsel met feitlik onbeperkte wetgewende mag beskik het. Die klem is op wetgewende soewereiniteit en 'n sterk uitvoerende gesag geplaas, met die gevolg dat gesag grotendeels in die uitvoerende en wetgewende instellings gesentraliseer is. In die staatkundige en politieke ontwikkeling het dié magkonsentrasie konstitusionele ontwikkeling tot en met die aanvaarding van die 1993-Interimgrondwet gedomineer.

In die Suid-Afrikaanse parlementêre regeringsinstelling het die uitvoerende en wetgewende gesag dié politieke stelsel tussen 1910 en 1993 gedomineer. Die gevolg van dié sentralistiese dominansie was dat daar op 'n strukturele en funksionele vlak nie voldoende skeiding tussen veral die uitvoerende en wetgewende gesag kon plaasvind nie. Op strukturele vlak het die verstrengeling tussen die uitvoerende en die wetgewende gesag, asook die dubbele lidmaatskap van personeel in albei instellings, 'n groter skeiding van owerheidsgesag negatief beïnvloed. Die nodige wigte en teenwigte wat afsonderlike instellings teenoor mekaar sou kon uitoefen, kon in 'n stelsel van gedeeltelike vermenging nie voldoende funksioneer nie. Die funksionering van die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag was gevolglik relatief en onvoldoende om magsentralisasie te verhoed.

Gedurende die vroeë negentigerjare het daar egter ingrypende politieke denkveranderinge in Suid-Afrika plaasgevind. Dié veranderinge het tot 'n reeks politieke onderhandelinge gelei met die oogmerk om 'n inklusiewe politieke stelsel te vestig. Hierdie inklusiewe politieke onderhandelinge het tot 'n politieke skikking en daarna 'n voorlopige grondwet, die 1993-Interimgrondwet, gelei.

Die nuwe grondwet, Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika no. 200 van 1993, het 'n nuwe konstitusionele era in Suid-Afrika ingelui. 'n Algemene verkiesing is op 27 April 1994 gehou, waarna die Interimgrondwet in werking getree het.

Hierdie gebeurte het 'n totale breuk met die verlede beteken -- 'n aspek wat duidelik uit die naskrif van die Interimgrondwet blyk, naamlik dat dié Grondwet 'n historiese brug sou vorm tussen 'n verlede van verdeeldheid en 'n toekoms wat op die erkenning van menseregte, demokrasie en 'n vreedsame omgewing gebaseer sou wees.

Die Interimgrondwet het fundamentele konstitusionele veranderinge tot stand gebring waarvan die ingrypendste die bepaling was dat parlementêre oppermagtigheid deur grondwetlike oppermagtigheid vervang sou word. In al die vorige grondwette was die uitvoerende en die wetgewende gesag oppermagtig in 'n buigsame grondwet. Die Interimgrondwet het dié konstitusionele verhouding radikaal gewysig, sodat die wetgewende en uitvoerende gesag aan die Grondwet onderworpe gestel is (Wendland & De Oliveira, 1995:2). Die Interimgrondwet het beteken dat Suid-Afrika 'n onbuigsame grondwet gehad het.

Hierdie fundamentele konstitusionele breuk met die vorige bedeling het 'n veranderde konstitusionele raamwerk geskep waarbinne 'n nuwe wisselwerkende verhouding tussen die uitvoerende, wetgewende en regsprekende gesag kon plaasvind. Dit sou ook 'n betekenisvolle invloed op die skeiding van owerheidsgesag uitoefen.

Die nuwe Interimgrondwet was 'n tussentydse grondwet wat die oorgang van een politieke stelsel na 'n ander volgende moes hanteer. Die nuwe wetgewer, die Nasionale Vergadering, wat in 1994 in 'n algemene, inklusiewe demokratiese verkiesing verkies sou word, sou met die opstel en finalisering van die finale 1996-Grondwet belas wees.

6.1.2 Die fokus van die hoofstuk

Hierdie hoofstuk moet eerstens by die sentrale bespreking van die vorige hoofstukke aansluit aan die hand van 'n analitiese ontleding van die Interimgrondwet oor die mate waarin die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag daarin neerslag gevind het. Hierdie analitiese ontleding van die Interimgrondwet sal ook op beide die strukturele en die funksionele skeiding van owerheidsgesag klem plaas.

Die fokus van dié hoofstuk is gevolglik om te bepaal op watter wyse daar in die Interimgrondwet voorsiening gemaak is vir:

- (1) 'n strukturele skeiding van owerheidsgesag;
- (2) 'n funksionele skeiding van owerheidsgesag;
- (3) wigte en teenwigte.

Die hipotese waaroor hierdie hoofstuk handel, is die kousale verband tussen die Interimgrondwet en die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag. Die verbandhoudende vraag is gevolglik of die aanname van die Interimgrondwet tot 'n groter mate van skeiding van owerheidsgesag tussen die wetgewende, uitvoerende en

regsprekende gesag gelei het. (Dit impliseer nie noodwendig dat n groter skeiding beter is nie. Die belangrike aspek vir die studie is dat die owerheidsinstellings toegelaat moet word om hul kernfunksie te verrig en dat gesag nie gesentraliseer moet word deurdat een instelling n ander instelling se basiese funksie uitvoer nie.)

Opsommend is die fokus van die hoofstuk dus die volgende:

(1) Om kortliks die agtergrond tot die nuwe konstitusionele bedeling (die 1993-Interimgrondwet) uiteen te sit.

(2) Om die strukturele en funksionele rol van die Konstitusionele Hof en die Handves van Menseregte in die nuwe konstitusionele bedeling te verduidelik. Die oogmerk is om te bepaal of die twee instellings versterkend op die skeiding van owerheidsmagte ingewerk het.

(3) Om h strukturele en funksionele ontleding van die Interimgrondwet, met verwysing na die skeiding van owerheidsgesag, te maak.

(4) Om die belangrikste hofuitsprake, wat op grond van die nuwe konstitusionele bedeling oor die skeiding van owerheidsgesag gelewer is, te bespreek.

6.1.3 Algemene agtergrond

Die Interimgrondwet het fundamentele konstitusionele veranderinge in werking gestel wat drasties van die vorige konstitusionele bedeling verskil het. Die belangrikste konstitusionele verandering was die klem wat op die onafhanklike en onpartydige status van die regsprekende gesag geplaas is. Die regsprekende gesag se magte en bevoegdhede is in so h mate uitgebrei dat die howe n ingrypende rol in die uitoefening en beperking van regeringsmag sou kon speel en daardeur n sterker dimensie van konstitusionalisme in die grondwetlike bedeling kon vestig.

Die regsprekende gesag het bykomende bevoegdhede verkry wat nog nie vantevore in h plaaslike grondwetlike bestel geïnkorporeer was nie. Nie alleen is die regsprekende gesag uitgebrei nie, maar dié instelling se wisselwerkende verhouding met die uitvoerende en wetgewende gesag is ook versterk. Hierdie konstitusionele verandering het verreikende strukturele en funksionele implikasies vir die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag gehad. In die vorige bedeling het dié leerstuk gevolglik nie volledig tot sy reg gekom nie en was die regsprekende gesag in n ondergeskikte magposisie teenoor die uitvoerende en wetgewende mag.

Die regsprekende gesag se konstitusionele rol is veral deur die toekenning van substantiewe toetsingsbevoegdheid aan die

howe uitgebrei. Die Interimgrondwet, spesifiek hoofstuk 7 daarvan, sit die groter rol van die regsprekende gesag uiteen en gee ook n waarborg vir die onafhanklikheid van die regsprekende gesag. Dit is duidelik dat die Interimgrondwet substantiewe magte aan die howe toegeken het (artikel 98). Die bepalings het ook die struktuur van die howe verbreed (deur die byvoeging van h gespesialiseerde grondwetlike hof, naamlik die Konstitusionele Hof (artikel 97 en 98)) en het die toetsingsbevoegdheid van die Konstitusionele Hof en die Hooggeregshof fundamenteel uitgebrei.

In die Interimgrondwet is die bevoegdhede en magte van die regsprekende gesag verder deur die Handves van Menseregte (artikel 7(1)-(4)) versterk, wat fundamentele regte in die Grondwet gewaarborg het en bykomend die toetsingsreg van die howe substantief uitgebrei het.

Artikel 7(1) bind beide die wetgewende en uitvoerende instellings. Die howe beskik oor die bevoegdheid om enige bedreiging of oortreding van die bevoegdhede van dié instellings te bereg (artikel 7(4)(a)). Die belangrike bydrae van 's van menseregte en n konstitusionele hof tot die vestiging van konstitusionalisme (regstaatlikheid) in Suid-Afrika word in die volgende onderafdeling bespreek.

6.2 DIE INVLOED VAN DIE HANDVES VAN MENSEREGTE EN DIE KONSTITUSIONELE HOF OP DIE SKEIDING VAN OWERHEIDSGESAG

6.2.1. Agtergrond tot die nuwe grondwetlike bedeling

Die African National Congress (ANC) het sy "Statement on Negotiations" in Oktober 1987 in ballingskap bekend gemaak. In h verklaring het die ANC sy standpunt(e) oor onderhandelinge gestel en wat belangrik was, was dat vir die eerste keer verklaar is dat:

“[the] ANC accepts that the new constitution for South Africa could include an entrenched Bill of Rights to safeguard the rights of the individual” (Klüg, 2000:79).

Die ANC se standpuntinname was insiggewend, want die insluiting van h handves van menseregte in n toekomstige grondwetlike bedeling sou die einde van die tydperk van parlementêre wetgewende oppermagtigheid in Suid-Afrika beteken. Die konstitusionele implikasie van so n stap sou wees dat die parlement sy oppermagtige posisie aan n oppermagtige grondwet sou moes prysgee (Wendland & De Oliveira, 1995:2).

Die ANC het in die laat tagtigerjare twee belangrike dokumente, wat hul standpunte oor h nuwe konstitusionele bedeling vir Suid-Afrika weerspieël het, gepubliseer. Die dokumente het beklemtoon dat die ANC sterk standpunt oor die insluiting van n onafhanklike

regsprekende gesag en n handves van menseregte ingeneem het om gelyke regte aan al die inwoners van Suid-Afrika te gee. Die tweede dokument het die skepping van n regstaat of "konstitusionele" staat in die vooruitsig gestel, wat op h oppermagtige grondwet eerder as die wilsuitinge van n oppermagtige parlement gebaseer sou wees (Carpenter, 1994:224).

Hierdie konstitusionele voorstelle het drasties van die 1983-Driekamergrondwet verskil. Die globale konstitusionele ontwikkeling oor die beskerming van individuele regte in n handves van menseregte het as gevolg van Suid-Afrika se isolasie min plaaslike invloed gehad. Suid-Afrika het daarom geen aandeel in die wêreldwye ontwikkeling van menseregte gehad nie en het ook nie internasionale ooreenkomste hieroor onderteken nie. Intendeel, gedurende die tydperk van 1910 tot 1993 het die Suid-Afrikaanse parlement n konstante stroom wetgewing uitgevaardig wat die basiese regte van individue aangetas het en hulle van sinvolle deelname aan n demokrasie beroof het.

In 1993 het die ingrypende politieke transformasie op regerings- en regsgebied, in tandem met n ewe indrukwekkende konstitusionele rewolusie, egter h totale breuk met die verlede gemaak. Hierdie regsrewolusie het die ondergang van parlementêre soewereiniteit en die vervanging daarvan deur n oppermagtige grondwet met n beregbare handves van menseregte beteken.

Die Interimgrondwet was die eindproduk van die onderhandelde skikking wat tussen die verskillende politieke partye en buiteparlementêre groepe bereik is. Een van die belangrikste aanpassings in die Interimgrondwet, in ooreenstemming met internasionale standaarde, was die beskerming van die fundamentele individuele regte in n handves van menseregte en die insluiting van n gespesialiseerde konstitusionele hof. Hierdie ontwikkeling was reeds deel van n globale hegemoniese normatiewe skuif; Suid-Afrika het net op h laat stadium deel van hierdie internasionale ontwikkeling en demokratiseringsgolf geword. Deesdae beskik ongeveer 50% van al die lidstate van die Verenigde Nasies oor n handves van menseregte (Klüg, 2000:12).

Die belangrikste aspek van Suid-Afrika se politieke en regstransformasie was dus dat die grondwet oppermagtige status verkry het. Tweedens het dit ook beskerming vir basiese individuele regte in h onbuigsame grondwet gebied, wat nie sonder meer deur die meerderheidswil verander kon word nie. Artikel 4(1) en (2) van die Interimgrondwet het bepaal dat die Grondwet oppermagtig was en dat enige artikel of bepaling wat strydig met die bepalings van die Grondwet was, oor geen regskrag sou beskik nie. Tweedens het die Grondwet alle staatsinstellings (wetgewend, uitvoerend en regsprekend) op alle vlakke gebind.

Hierdie bepaling het ook vir wetgewing in die tyd voor 1993 gegeld. Die Konstitusionele Hof se spesialisopdrag was konstitusionele sake en die Hof het jurisdiksie gehad om die konstitusionaliteit van alle wetgewing teen die nuwe Grondwet te toets (artikel 98(2)) (Erasmus, 1994:413).

Die onmiddellike implikasie vir die regering was dat wetgewende en uitvoerende optrede in die toekoms op n konstitusionele wyse beperk sou word. Indien die regering in sy beleid op basiese individuele regte inbreuk sou maak, sou die wette eers aan hoër normatiewe en morele standaarde in n handves van menseregte en aan die Grondwet getoets kon word. Die belangrike onafhanklike rol van die regsprekende gesag is deur hierdie reëling bevestig, omdat die hof (meer spesifiek die Konstitusionele Hof), oor die konstitusionaliteit van uitvoerende en wetgewende handeling sou kon beslis (artikel 7 en 98).

Die soewereiniteit van die parlement was dus nou h deel van die verlede en sou deur die soewereiniteit van die nasionale grondwet vervang word. Effektiewe regsremedies, wat in h Handves van Menseregte vervat is, sou vir die eerste keer tot die beskikking van die individu wees. Die beskerming van menseregte het alle regte in die Interimgrondwet ingesluit en is nie tot die regte in die Handves van Menseregte beperk nie.

Die Interimgrondwet het ook h meer prominente status aan die regsprekende gesag toegeken. Dit was duidelik uit die bepalings dat die regbank hivolgens in die toekoms n groter rol in die toepassing van die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte sou speel (artikel 96(1)-(3)).

Carpenter (1994:227) verwys na die bepaling in die Interimgrondwet wat die regsprekende gesag onder die nuwe konstitusionele bedeling as bevoeg, onafhanklik en onpartydig bestempel:

”... and will have the power and jurisdiction to safeguard and enforce the Constitution and all fundamental rights” (artikel 93(1)-(3)).

Dit is duidelik dat die implementering van die Interimgrondwet die regsprekende gesag in die politieke stelsel van die periferie na die sentrale posisie geskuif het, wat dit h meer aktiewe rol in die afweeg van belange sou kon laat speel.

Klüg (2000:5) maak die geldige waarneming dat die meeste analyses van politieke transformasie nie die kritieke rol wat die regsprekende gesag in die herkonstitusionalisering van die staat kan speel, na waarde skat nie. Klüg (2000:7) verwys na Teitel se waarneming dat die regsprekende gesag tydens die proses van politieke transformasie regverdigheid en billikheid kan verseker deur regsdispute op n deurlopende grondslag te bereg en, indien nodig, af te dwing. Die regsprekende gesag verseker hierdeur regscontinuïteit tydens die normatiewe skuif van een politieke stelsel na die volgende:

“... transitional jurisprudence which defines a period in which law plays a paradigmatic [role] ... in the normative construction of the new regime.”

In Suid-Afrika het die Konstitusionele Hof en die Handves van Menseregte die kritieke oorgangsrol help fasiliteer. Hierdie stabiliseringsrol tydens die proses van politieke transformasie moet nie geringeskat word nie.

Internasionaal, veral in Noord-Amerika, word die rol en die onafhanklikheid van die regsprekende gesag in die implementering van die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag doeltreffend gebruik. In Kanada het n regskomitee, wat met h ondersoek van die skeiding van owerheidsgesag belas is, die volgende bevinding gemaak:

“The history of the long struggle for the separation of powers and the independence of the judiciary not only establishes that the judges must be free from political interference, but that the politicians must be free from judicial intermeddling in political activities” (Goldstone, 1994:262).

h Verdere belangrike aspek wat in gedagte gehou moet word, is dat die skeiding van owerheidsgesag van h delikate interaksie tussen regslui en politici afhanklik is. Die respek wat politici vir h grondwet en die skeiding van magte het, is h baie belangrike element om onnodige inbreukmaking tussen die owerheidsinstellings te verhoed.

In watter mate die skeiding van owerheidsgesag in die nuwe bedeling (vanaf 1993 tot die implementering van die 1996-Grondwet) plaasgevind het, sal uit die verdere besprekings in die hoofstuk blyk. Hoewel die nuwe konstitusionele meganismes sterk waarborgs vir die vryhede van die individu en die onderskeie owerheidsinstellings gebied het, moet die politieke wil van die dominante party nie buite rekening gelaat word nie. Konstitusionele ontwikkeling en dinamiek vind binne die groter politieke stelsel plaas en kan nie die invloed daarvan vryspring nie. In h parlementêre stelsel waarin die uitvoerende gesag dominant is, is daar deurentyd 'n potensiële bedreiging vir die skeiding van owerheidsgesag. Die gebeure tydens die vorige politieke bedeling is h goeie voorbeeld van hierdie tipe binnedringing en maak n voortsetting daarvan in die nuwe bedeling n wesenlike realiteit.

Dit is belangrik om te begryp dat dit nie absolute skeiding van owerheidsgesag is wat hier ter sprake is nie. Die Minister van Openbare Dienste en Administrasie, Geraldine Fraser-Moleketi, het op 2 Junie 2001 soos volg na die skeiding van owerheidsmagte in die nuwe konstitusionele bedeling verwys:

“No constitutional scheme can reflect a complete separation of power: the scheme

is always one of partial separation” (<http://www.northern-cape.gov.za>).

Die voorgemelde interaksie is belangrik ten einde die outonomie tussen die regsprekende gesag en die verkose instellings (die uitvoerende en die wetgewende gesag) te handhaaf. Die bespreking sal voorts fokus op hierdie interaksie tussen die instellings om die skeiding van owerheidsgesag as deel van n stelsel van wigte en teenwigte te bewerkstellig.

6.2.2. h Handves van menseregte

In die tydperk voor demokrasie in Suid-Afrika was daar reeds sterk steun vir die inlywing van n handves van menseregte in n onbuigsame grondwet. Gedurende die sewentigerjare, tydens die eerste internasionale konferensie oor menseregte in Suid-Afrika, het die destydse appèlregter en later hoofregter, Corbett R, sterk voorbrand gemaak vir die instelling van h handves van menseregte. Corbett R het gesuggereer dat h handves van menseregte en howe wat met ware toetsingsbevoegdheid bekleed is, h noodsaaklikheid was:

“[It is] worth trying and to my mind it is one of the more hopeful possibilities along the road which lies ahead” (Goldstone, 1994:263).

Dié visie van regslui en politieke opposisiepartye vir die insluiting van verskanste menseregte in n grondwet het wel in die Interimgrondwet gematerialiseer toe die Handves van Menseregte in artikel 7 tot 34 van hoofstuk 3 ingesluit is.

Artikel 7(1) bepaal dat hoofstuk 3, wat die fundamentele individuele regte uiteensit, alle wetgewende en uitvoerende organe van die staat bind. Artikel 4(a) bepaal dat wanneer dié regte geskend of bedreig word, die benadeelde geregtig is om n hof om regshulp te nader.

Artikel 7 bepaal ook dat die howe die opperbeskermer van die ingeslote menseregte is en dat dit hul plig is om die individu teen enige inbreukmaking daarvan te beskerm (Carpenter, 1994:227). Die Konstitusionele Hof is met eksklusiewe jurisdiksie (artikel 98(2)) en die Hooggeregshof met konkurrente jurisdiksie bekleed (artikel 101(3)(a)).

Die insluiting van die Handves van Menseregte in die Interimgrondwet was van groot normatiewe waarde in die lig van die miskennings daarvan in die era voor 1993. Artikel 7 van hoofstuk 3 het om dié rede belangrike normatiewe waarde verkry. Op h staatkundige vlak is die geheel van die artikels vir die beginsel van n beperkte regering belangrik, sodat die regte van die individu gewaarborg en beskerm kan word. Die

Handves van Menseregte (hoofstuk 3 van die Interimgrondwet) omvat, verskans en beskerm die fundamentele menseregte en vryhede van die individu teen enige vorm van inbreukmaking (Basson, 1995:13).

Die individuele beskerming wat voortspruit uit die idee van beperkte regering sluit nou by die beginsel van die verdeling van owerheidsgesag aan. Die individu word indirek teen potensiële magmisbruik aan die kant van die sentrale regering beskerm deurdat owerheidsgesag geïnstitusioneel versprei word, wat arbitrêre regeringsoptrede verhoed. Uit die individuele oogpunt beskerm die Handves van Menseregte die individu weer op 'n direkte wyse in die Grondwet. Hierdie direkte beskerming van die individu is moontlik omdat die wetgewende en uitvoerende owerhede (artikel 7(1)) direk gebind word in hul verhouding met die individu. Individuele beskerming vind ook plaas deurdat spesifieke regte aan die individu teenoor die regering toegeken word (artikel (4))(a)). Die beskerming vind dus aan beide kante van die verhouding plaas: op strukturele vlak deur die verdeling van owerheidsgesag wat magentralisasie van die sentrale regering beperk en op die individuele vlak deur die aanwesigheid en afdwinging van individuele regte.

Artikel 8 bevat die gelykheidsbeginsel, wat aan almal dieselfde status en beskerming voor die reg gee en enige diskriminasie in dié verband verbied. Artikel 9 tot 35 is 'n verdere uiteensetting van 'n wye reeks beskermingswaardige regte wat in die Grondwet voorkom.

Die Handves van Menseregte in die Interimgrondwet was van voorlopige aard, hoofsaaklik vanweë die tydelike toepassing en funksionering van dié Grondwet voor die implementering van die finale Grondwet (Van Wyk 1995:278). Hierdie tydelike aard verklaar die onvolledigheid van die tweede- en derdegenerasieregte en ook die spesifieke aard van die Handves van Menseregte. Dit is duidelik dat die Handves met die oogmerk van transformasie van een stelsel na 'n volgende geskryf is. Die Handves is daarom geformuleer om die spesifieke norme en waardes van 'n nuwe oppermagtige Grondwet te konkretiseer en met 'n konstitusionele verlede van parlementêre soewereiniteit te breek (Van Wyk, 1995:278).

Hoofstuk 3 van die Interimgrondwet gee 'n uiteensetting van die wye spektrum van fundamentele regte wat daarby ingesluit is. Behalwe die meer tradisionele menseregte, soos die reg op vryheid van spraak, sluit dit ook politieke en sosio-ekonomiese regte in. (Die erkenning en afdwingbaarheid van sosio-ekonomiese regte sal in meer detail in 'n volgende hoofstuk bespreek word.) Die implikasie van die insluiting van sosio-ekonomiese regte is dat dit potensieel regsprekende indringing in openbare beleid kan beteken, wat die skeiding van owerheidsgesag negatief kan beïnvloed.

Davis (1992:475) bevraagteken die insluiting van sosio-ekonomiese regte in die Handves van Menseregte, omdat die insluiting daarvan moontlik onrealistiese verwagtinge in die samelewing sou kon skep, wat gevolglik vertroue in die Grondwet sou kon ondermyn.

Hoofstuk 3 plaas ook heelwat klem op die sogenaamde “blou” menseregte, soos die reg op vryheid van spraak en politieke deelname. Die “rooi” menseregte is die sosio-ekonomiese regte wat basiese mediese versorging en behuising insluit. Die “groen” regte, soos die reg op skoon lug, het egter min erkenning in die Interimgrondwet gekry (Basson, 1995:19).

Menseregte word ook op grond van eerste-, tweede- en derdegenerasieregte ingedeel.

Eerstegenerasieregte (blou) is die tradisionele (fundamentele) regte soos die reg op lewe en vryheid.

Tweedegenerasieregte (rooi) verwys na sosio-ekonomiese of welsynsregte.

Derdegenerasieregte (groen) sluit die regte op 'n gesonde omgewing en op vrede in. Die klassifikasie is bloot die gevolg van die historiese ontwikkeling van die regte: eerstens die tradisionele regte wat op die vryheid van die mens gefokus het en laastens die groen regte toe die belangrikheid van die omgewing beklemtoon is. Die probleem is dat die regte nie hiërargies gestruktureer is of logies georden is nie. Met ander woorde, die belangrikheid van een reg teenoor 'n ander reg is nie voldoende uitgeklaar nie.

Die Konstitusionele Hof se beregting en afdwinging van die menseregte wat in die Interimgrondwet opgeneem is (die onderwerp van die volgende bespreking), was en is 'n komplekse en veeleisende opdrag. Tydens die ondersoek moes die Konstitusionele Hof 'n reeks interafhanklikes in ag neem om die beweerde inbreukmaking van menseregte te ondersoek. Sommige van die interafhanklikes is normatiewe waardes, wat in 'n ingewikkelde proses gekonkretiseer moes word. Die proses van die konkretisering van die regte is belangrik sodat die regte nie net “transcendental truths’ or ‘metaphysical speculation’ ...” sou wees nie (Botha, 1994:237).

Soos genoem, het die insluiting van sosio-ekonomiese regte of tweedegenerasieregte naas die tradisionele regte beteken dat die spektrum van regte omvattender as voorheen was. Dit was duidelik dat die Konstitusionele Hof met 'n meer komplekse situasie te doen sou kry deur in die beregtingsproses ook Suid-Afrika se historiese en politieke samelewings- en ontwikkelingspatrone in ag te neem.

Die Interimgrondwet het ook, benewens die individuele regte in die Handves van Menseregte, talle ander beskermingswaardige waardes bevat. Die Interimgrondwet het ook nie in isolasie gefunksioneer nie, maar is aan invloedryke, interafhanklike internasionale norme en standaarde blootgestel. Verder was die Suid-Afrikaanse historiese en politieke verlede en die agtergrond van die internasionalisering van menseregte die breë konteks waarbinne die regsprekende gesag moes funksioneer. Die sintese hiervan en die konkrete politieke werklikheid het hoë eise aan die Konstitusionele Hof gestel om die nodige balans in sy uitsprake te bewerkstellig (Devenish, 1995:259; Botha, 1994:237).

Die afdwinging van sosio-ekonomiese menseregte (soos die reg op mediese versorging, behuising, grondhervorming en grondherstel) het verreikende politieke en sosio-ekonomiese implikasies vir 'n potensieel plofbare politieke situasie in die nuwe politieke bestel ingehou. Die beregting van sosio-ekonomiese regte (sien hoofstuk 8) is 'n problematiese, want dit vereis dat die regsprekende gesag beleidskewes moet ondersoek en moontlik bevele wat beleidsveranderinge kan veroorsaak, moet gee. Indien die bevele begrotingsimplikasies het, kan die regsprekende bevele op beleidsformulering neerkom, wat kontra die beleid van die skeiding van owerheidsgesag is. (Hierdie aspek word in hoofstuk 8 volledig bespreek).

6.2.3 Die Konstitusionele Hof

In Suid-Afrika het regsgeleerdes reeds vir dekades die insluiting van 'n konstitusionele hof in 'n onbuigsame grondwet bepleit. Verskeie regsgeleerdes het reeds vir 'n geruime tyd voorbrand gemaak vir 'n gesentraliseerde konstitusionele hof wat oor 'n gespesialiseerde kennis van konstitusionele aangeleenthede sou beskik. Konstitusionele hofe het reeds vir dekades in Europa voorgekom; in Oostenryk bestaan daar byvoorbeeld reeds sedert 1920 'n gespesialiseerde grondwetlike hof.

'n Konstitusionele hof was veral nodig na die insluiting van die Handves van Menseregte in die Interimgrondwet. Die suksesvolle implementering van die grondwetlike waardes en menseregte in die nuwe konstitusionele bedelings sou uiteraard van die doeltreffende afdwinging van die regte afhanklik wees (Pretorius, 1994:265).

Die wyse waarop die Konstitusionele Hof in die Suid-Afrikaanse Grondwet funksioneer, is grootliks op 'n kompromis geskoei wat tussen die konstitusionele modelle van die VSA en Duitsland getref is. In die VSA maak die grondwet nie uitdruklik voorsiening vir regterlike hersiening nie. Die waterskeidingsuitspraak in *Marbury v Madison* het egter die regsprekende gesag gemagtig om wette wat deur die Kongres en Senaat uitgevaardig is, ongeldig te verklaar. Beide die federale en staatshofe het die jurisdiksie om oor konstitusionele aangeleenthede (konstitusionele regte) te beslis. Duitsland, in

kontras met die VSA, het 'n afsonderlike konstitusionele hof wat in grondwetlike sake spesialiseer. Wanneer 'n konstitusionele punt byvoorbeeld oor menseregte in 'n gewone hof ter sprake kom, word dit vir beslissing na die Konstitusionele Hof verwys. Nadat die Konstitusionele Hof hieroor uitspraak gelewer het, word die saak in die gewone hof voortgesit, wat 'n beslissing op grond van die feite in die saak lewer (Pretorius, 1994:265).

Die Konstitusionele Hof is die hoogste hof in alle grondwetlike aangeleenthede (artikel 167(3)(a)). Daar is sekere gevalle waarin slegs die Konstitusionele Hof die toepassing van die Grondwet mag hanteer. (Dit sluit gevalle in soos die geskille tussen nasionale en provinsiale staatsorgane oor grondwetlike status, bevoegdheid en funksies (artikel 167(4)(a)). Vir 'n volledige lys sien Rautenbach en Malherbe (2004:236-237). Die Hooggeregshof en ander hoewe het jurisdiksie oor konstitusionele aangeleenthede wat uitgesluit is van die lys asook oor dié wat uitdruklik deur wetgewing aan hulle toegestaan is.

Basson (1995:144) het ook beklemtoon dat die regsprekende gesag in die nuwe konstitusionele bedeling 'n kritieke rol sou moes speel ten einde die transformasie na 'n regverdige en billike samelewing te help bewerkstellig. Die Interimgrondwet het nie alleen die taak gehad om die regte en vryhede van die individu teen die staat te beskerm nie (artikel 98). Die hoewe is ook met die beskerming van die bepalinge van die Interimgrondwet gedurende die oorgangstydperk belas. Hierdie beskerming het geskied ingevolge die beginsels van konstitusionalisme, wat bepaal het dat die grondwet oppermagtig is.

Die Konstitusionele Hof is bykomend die taak opgelê om konstitusionele botsings tussen die verskillende owerheidsinstellings te bereg (artikel 98(2)(e) en 101). (Die eerste belangrike saak waarvoor die Konstitusionele Hof in hierdie verband moes optree, was *Executive Council, Western Cape Legislature, and Others v President of the Republic of South Africa* 1995 (4) SA 877 (CC) (die Western Cape-saak. Die saak sal later in die hoofstuk vollediger bespreek word.)

Terwyl geskrewe grondwette toenemend die regeringstruktuur op grond van die skeiding van owerheidsmagte en die verspreiding van mag oor al drie vlakke van die regering (plaaslik, provinsiaal en nasionaal) versprei het, is daar eers onlangs voorsiening gemaak vir hoewe om konflikte oor die toekenning van bevoegdhede te bereg (Interimgrondwet, artikel 98(2)(e)). Klüg (2000:143) wys daarop dat dié aspek van jurisdiksie oor konflikte tussen owerheidsinstellings eers tydens die samesprekings van die Grondwetskrywende Vergadering ter sprake gekom het. Konstitusionele hersiening is na die Appèlhof en die Hooggeregshof uitgebrei, wat die bevoegdheid verkry het om 'n wet van die parlement ongeldig te verklaar onderhewig aan bevestiging van dié bevel deur die Konstitusionele Hof. Die bevoegdheid om dispute tussen die verskillende owerheidsorgane te besleg, is egter eksklusief aan die Konstitusionele Hof toegeken (finale Grondwet, artikel 167(4)(a)).

Vir h jong en broos demokrasie soos Suid-Afrika was dié implementering van “this right to decide who decides” n kernbelangrike aspek (Klüg, 2000:143). Dit was daarom belangrik om dié funksie aan n spesialishof oor grondwetlike sake, soos die Konstitusionele Hof, oor te dra.

Die Konstitusionele hof moes veral drie belangrike waardes uitbou ten einde h nuwe konstitusionele staat en n nuwe demokratiese bestel te vestig (Botha, 1994:233);

(1) Die vorige Grondwette (dié van 1910, 1961 en 1993) het op wetgewende oppermagtigheid gefokus en gepoog om die regerende politieke mag te konsolideer. In teenstelling hiermee moes die Interimgrondwet nie alleen regeringsgesag vestig nie, maar ook substantiewe konstitusionele beperkinge op die mag van die regering plaas. In dié verband het die Konstitusionele Hof n belangrike “waghondfunksie” vervul, ten einde die geïnstusionaliseerde mag binne die bevoegdheidsbepalings van die Interimgrondwet te beperk.

(2) Die Grondwet en die Handves van Menseregte het ook bevestig dat nuwe klem op die onderliggende waardes van die samelewing geplaas is. Dié waardes sluit in vryheid en gelykheid. Die Interimgrondwet het die Konstitusionele Hof met die taak belas om enige inbreukmaking of potensiële inbreukmaking op die fundamentele regte (Hoofstuk 3 (artikel 7(4)(a)) te bereg (artikel 98(2)(a)).

(3) Die Interimgrondwet, as oppermagtige wet, het ook bepaal dat die toetsingsbevoegdheid van die howe substantief sou wees. Die howe se toetsingsbevoegdheid was nie soos voorheen tot prosedures beperk nie en is uitgebrei sodat alle wetgewing en regeringsoptrede aan grondwetlike, substantiewe norme en waardes getoets mag word (artikel 98(2)).

Die waardes en menseregte wat in die Interimgrondwet vervat is, is abstrak gestel en dit was die taak en opdrag van die regsprekende gesag om dit te konkretiseer wanneer n beweerde inbreukmaking plaasgevind het. Die Handves van Menseregte sou bloot formele waarde besit indien die Konstitusionele Hof, soos in (1) tot (3) hierbo uiteengesit, nie opgetree het wanneer die waardes bedreig of geskend is nie. Die kontrolemeganismes of hersieningsbevoegdheid van die Konstitusionele Hof is vir hierdie studie van groot belang.

Die Konstitusionele Hof se hersieningsbevoegdhede sluit onder andere die volgende in:

(1) h Individu wat in die openbare belang optree, mag h toepaslike hof om hulp nader indien daar n inbreukmaking of bedreiging van n grondwetlike reg plaasgevind het. h Verklaring van regte kon ook aangevra word (artikel 7(4)(a) en (b)).

(2) Kragtens artikel 82(1)(d) kon die President enige

dispuut van n konstitusionele aard tussen partye in die parlement of tussen instellings van die staat op al die verskillende vlakke na die Konstitusionele Hof verwys.

(3) Die Hooggeregshof kon na sy oordeel, nadat hy reeds uitspraak hieroor gelewer het, n konstitusionele geskilpunt vir uitklaring na die Konstitusionele Hof verwys (artikel 102(8)).

(Die Konstitusionele Hof se rol in die transformasieproses, asook die verklaring van botsende aansprake, sal tydens die bespreking van die relevante hofsake weer ter sprake kom.)

Die Konstitusionele Hof se uiters belangrike bevoegdheede word in artikel 98(2)(a) tot (g) uiteengesit. Die artikel bepaal dat die Konstitusionele Hof die hof van finale instansie is in gevalle waarin die grondwetlikheid van regeringsoptrede ter sprake is, en in gevalle:

”... relating to the interpretation, protection and enforcement of the provisions of this Constitution ...”.

6.2.4 Regterlike hersiening

Die konstitusionele revolusie wat die Interimgrondwet tot gevolg gehad het, het veroorsaak dat die oppermagtige parlement deur n oppermagtige grondwet vervang is. Hierdie bepaling was op sigself n belangrike rigsgnoer wat die wisselwerkende verhouding tussen die owerheidsinstellings totaal verander het. Voortvloeiend hieruit was dat die hof beklee is met die bevoegdheid om wette te toets. Hierdie verandering was in ooreenstemming met die posisie in lande met rigiede grondwette waar die hof by implikasie of uitdruklik met die bevoegdheid beklee is om wette te vertolk en om dit ongeldig te verklaar wanneer dit teenstrydig met die grondwet was (Devenish, 1998:13).

Tydens Suid-Afrika se transformasie het die Konstitusionele Hof die rol van n sentrale instelling in die aanvanklike proses van demokratiese konsolidasie ingeneem. Artikel 98(2) van die Interimgrondwet het die Konstitusionele Hof as die hof van finale instansie ingestel en met die bevoegdheid beklee om die vertolking, beskerming en afdwinging van die artikels ten opsigte van alle sake in die Grondwet in grondwetlike aangeleenthede te bereg.

Die Konstitusionele Hof in postapartheid-Suid-Afrika vervul n kritieke rol deur die funksie van regterlike hersiening. Konstitusionele regterlike hersiening vind deur regsvertolking plaas en dit bereg terselfdertyd politieke, sosiale en ekonomiese probleme (Klüg, 2000:14). Dit dra tot die proses van demokratiese konsolidasie by.

Tydens die proses van regsprekende hersiening word n bykomende belangrike funksie vervul om die skeiding van owerheidsgesag te bevorder. In die Interimgrondwet was dit duidelik dat daar sterk klem op n substantiewe regterlike toetsingsrol in die nuwe konstitusionele bedeling geplaas is (artikel 98(2)(b)(c)). Die Interimgrondwet het verseker dat regsprekende hersiening sy

belangrike funksie as “wag hond” in die interaksie tussen die verskillende owerheidsinstellings vervul het. Die resultaat hiervan was dat die regering regtens gedwing is om in ooreenstemming met die substantiewe en prosedurele vereistes van die Grondwet op te tree.

Die Interimgrondwet het ook die skeiding van owerheidsgesag deur die invoeging van artikel 96(1)-(3) versterk. Hierdie artikel het konstitusionele waarborge vir die onafhanklikheid en onpartydigheid van die regsprekende gesag bevat en het konstitusionele waarborge teen die indringing van die uitvoerende en wetgewende gesag in die regsprekende domein verskaf. Die belangrikheid van artikel 96 was dat dit 'n sterk konstitusionele waarborg gebied het dat die uitvoerende gesag se mag beperk sou word en nie arbitrêr uitgeoefen sou word nie (Basson, 1995:150). Die struktuur, bevoegdheid en funksies van die Konstitusionele Hof en die Hooggeregshof het die waarborg gesteun. Op sy beurt het die normatiewe konstitusionele beginsels die skeiding van owerheidsgesag versterk. Artikel 98(2)(b) het die Konstitusionele Hof as die hof van finale instansie oor grondwetlike aangeleenthede aangestel, en ook as wag hond om te bepaal of een van die owerheidsinstellings teenstrydig met die bepalings van die Interimgrondwet optree.

6.3 STRUKTURELE ELEMENTE VAN DIE 1993-INTERIMGRONDWET

Die hoofsaak van die Interimgrondwet was om die transformasie van die vorige bedeling na 'n nuwe konstitusionele bedeling te behartig. Die take en gepaardgaande bevoegdhede van die verskillende owerheidsinstellings is daarom in groot detail uiteengesit, wat die Interimgrondwet 'n omvattende dokument gemaak het. Die Interimgrondwet het nie alleen unieke nuwe konstitusionele kenmerke gehad nie, maar moes ook die parameters vir verdere grondwetskrywing vir 'n finale grondwet duidelik uiteensit.

Die pasverkose Nasionale Vergadering en Senaat is ook met die opdrag belas om 'n finale grondwet op te stel. Dié twee instellings moes bo en behalwe hul normale wetgewende pligte ook 'n Grondwetskrywende Vergadering vorm met die opdrag om 'n finale grondwet binne twee jaar te skryf en te laat aanneem. Die grondwetlike beginsels waaraan die finale grondwet moes voldoen, is in Bylae 4 van die Interimgrondwet uiteengesit. Die Konstitusionele Hof sou die finale proses moes behartig, wat sertifisering en goedkeuring van die konsepgrondwet insluit (Wendland & De Oliveira, 1995:2).

Die Interimgrondwet het die volgende strukturele konstitusionele beginsels bevat wat vir die skeiding van owerheidsgesag van belang was:

- 'n onafhanklike, onpartydige regbank
- drie regeringsinstellings -- wetgewend, uitvoerend en regsprekend -- met

onderskeidelik eksklusiewe funksies oor wetmaking, uitvoering en die beregting van geskille.

□ *h skeiding van owerheidsmagte tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende owerheid as basiese waarborg teen magsvergryping*

Die Interimgrondwet moes nie alleen die fundamente vir h nuwe konstitusionele staat lê nie. Dit moes ook vir die transformasie van die konstitusionele bedeling van 1993 na h finale bedeling, die 1996-Grondwet, voorsiening maak (Venter, 1994:213).

Struktureel is die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte deeglik in die Interimgrondwet ingebou, wat h voorbehoudbepaling (*proviso*) oor die skeiding van owerheidsgesag (beginsel VI) bevat het. Die strukturele uiteensetting van die uitvoerende, wetgewende en regsprekende gesag word onderskeidelik in drie afsonderlike hoofstukke, naamlik hoofstuk 4, 6 en 7 van die Interimgrondwet gevind. Hierdie afsonderlike uiteensetting in verskillende hoofstukke versterk die basiese skeiding van owerheidsgesag visueel. Die indeling en skeiding van owerheidsgesag in drie instellings en die uiteensetting -- struktureel en funksioneel -- van die onderskeie kenmerke van elk toon die erns wat die grondwetopstellers gehad het met die basiese aannames van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag.

Dit is verder ook insiggewend dat die nuwe konstitusionele bedeling die geografiese indeling van die hoofstede, naamlik die uitvoerende, wetgewende en regsprekende owerhede behou het, wat die skeiding van owerheidsgesag tussen geografiese punte (Pretoria -- die uitvoerende gesag, Kaapstad -- die wetgewende gesag en Bloemfontein -- die regsprekende gesag) op h visuele vlak versterk het.

Soos aangedui, word die skeiding van owerheidsgesag duidelik in beginsel VI van die Interimgrondwet geformuleer. Dit bepaal dat erkenning gegee word aan die beginsel dat daar n skeiding van magte tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag sal wees met voldoende wigte en teenwigte ten einde verantwoordbaarheid, deelname en openlikheid te verseker.

(1) UITVOERENDE GESAG VAN DIE REPUBLIEK

Artikel 75 het bepaal dat die uitvoerende gesag van die Republiek met betrekking tot al die sake wat binne die wetgewende bevoegdheid van die parlement val, aan die president toevertrou word. Die president moes dié bevoegdhede in ooreenstemming met die Grondwet uitoefen en gebruik.

Die uitvoerende gesag van die Republiek was in die hande van h uitvoerende president, twee adjunkpresidente en h kabinet wat die beginsel van nasionale eenheid gereflekteer (artikel 88).

STAATSHOOF

ARTIKEL 76

Die president sou die hoof van die staat wees.

Volgens die Interimgrondwet was die president nie alleen die hoof van die nasionale uitvoerende gesag nie (artikel 75), maar ook die formele (seremoniële) hoof van die staat (Basson, 1995:111). 'n Belangrike kenmerk van die Interimgrondwet was dat dit ingevolge die regeringstelsel beide presidensiële en parlementêre kenmerke vertoon het, dus 'n sogenaamde hibriede stelsel voorgehou het (Carpenter, 1994:230).

Hoewel die president op grond van die dualiteit van die amptsposisie 'n "staatspresident" was, bestempel die Interimgrondwet die amp bloot as dié van president. Dit is in pas met die wêreldwye gebruik om net na president te verwys, terwyl dit inderdaad aandui dat die houër van die amp sowel staatshoof as regeringshoof is.

Hoewel die Interimgrondwet die president met sterk uitvoerende bevoegdhede beklee het, was die amp steeds in die parlement veranker (artikel 75). Hierdie reëling, wat uiteraard die groter skeiding van owerheidsgesag teengewerk het, was kenmerkend n parlementêre eienskap.

Die Interimgrondwet het ook bepaal dat die president deur die parlement verkies sou word. Hierdie verkiesingsprosedure het tot gevolg gehad dat die Suid-Afrikaanse stelsel heelwat van die (Amerikaanse) presidensiële stelsel verskil, waarvolgens die president direk deur die kiesers verkies word. In die Suid-Afrikaanse regeringstelsel, wat 'n hibriede vorm van die parlementêre en presidensiële stelsels uitmaak, is die skakel tussen die president en die parlement dus heelwat sterker as in die Amerikaanse presidensiële stelsel, waarin die president struktureel onafhankliker van die wetgewende gesag funksioneer.

Die Interimgrondwet het vir die ontslag van die president voorsiening gemaak. Indien die parlement 'n suksesvolle mosie van wantroue in die president kon instel, sou die president verplig wees om te bedank. Die vorm van ontslag verskil substantief van wraakstelling in die presidensiële regeringstelsel. Wraakstelling van die Amerikaanse president deur die Kongres vind onder heel verskillende

omstandighede plaas en moet daarom as heeltewel verskillend gesien word (Sharma, 1967:247). Wraakstelling het spesifiek met wangedrag te doen (artikel 87 van die Interimgrondwet) en het nie h verband met n mosie van wantroue nie.

Die Interimgrondwet, artikel 88(4)(b), het ook bepaal dat die ministers (uitvoerende gesag) lede van die wetgewende gesag moes wees. Hierdie vereiste het op h voortgesette sterk parlementêre neiging in die Interimgrondwet gedui (Carpenter, 1994:230). Die voortgesette strukturele vermenging van die uitvoerende en wetgewende magte het tot gevolg gehad dat die skeiding van die owerheidsgesag steeds negatief beïnvloed sou word.

(2) WETGEWENDE GESAG VAN DIE REPUBLIEK

SAMESTELLING VAN DIE PARLEMENT

ARTIKEL 36 Die Parlement bestaan uit die Nasionale Vergadering en die Senaat.

WETGEWENDE GESAG VAN DIE REPUBLIEK

ARTIKEL 37 In ooreenstemming met die Grondwet het die wetgewende gesag van die Republiek die bevoegdheid om wette vir die Republiek te maak.

Artikel 37 bepaal dat die wetgewende bevoegdheid by h demokraties verkose parlement berus, wat deur h proporsionele stemming verkies is. Vir die eerste keer in Suid-Afrika se konstitusionele geskiedenis is h volkome demokraties verkose verteenwoordigende parlement in werking gestel.

Die wetgewende opdrag om die nuwe grondwet te skryf, is aan die Nasionale Vergadering (Grondwetskrywende Vergadering) toevertrou. Al die lede van die Nasionale Vergadering en die Senaat, wat in April 1994 verkies is, het deel van die Grondwetskrywende Vergadering gevorm wat belas is met die opstel en aanvaarding van n nuwe grondwet op grond van die beginsels wat in Bylae 4 uiteengesit is (artikel 68(1)). (Hoewel dieselfde lede ook in die Grondwetskrywende Vergadering gedien het, was dit h afsonderlike liggaam met sy eie voorsitter.)

Een van die fundamenteelste en radikaalste konstitusionele veranderinge wat die Interimgrondwet teweeg gebring

het, is die feit dat die konstitusionele stelsel, wat voorheen op die beginsel van 'n parlementêre stelsel gebaseer was, vervang is deur 'n konstitusionele stelsel wat op die beginsel van die oppermagtigheid van die grondwet gebaseer was. Dié beginsel word primêr in artikel 4 van die Interimgrondwet gereflekteer, wat uitdruklik bepaal het dat die Grondwet die oppermagtige wet van die Republiek was en dat dit alle instellings van die staat sou bind, insluitend die wetgewende gesag.

Dit is ook duidelik uit hoofstuk 3 van die Interimgrondwet, die Handves van Menseregte, dat die parlement die fundamentele regte en vryhede wat in die Interimgrondwet vervat is, moes handhaaf. Die Konstitusionele Hof is die uitdruklike jurisdiksie verleen om die konstitusionaliteit van parlementêre wette te ondersoek (artikel 98(1)(c)) (Basson, 1995:61).

(3) REGSPREKENDE GESAG

ARTIKEL 96 het bepaal dat die regsprekende gesag van die Republiek in die howe gevestig sou wees. Die gesag van die howe is deur die Grondwet en ander wette vasgestel.

Konstitusionele beginsel VII het die onafhanklikheid van die regbank gewaarborg en die regbank as onafhanklik en onpartydig beskryf. Hierdie konstitusionele waarborg het die basis van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte ondersteun en is die fokus van die volgende onderafdeling.

6.4 DIE INTERIMGRONDWET EN DIE SKEIDING VAN OWERHEIDSMAGTE

6.4.1 Inleiding

Die hoofokus van die hoofstuk is om vas te stel in watter mate die Interimgrondwet tot 'n groter of kleiner skeiding van owerheidsgesag aanleiding gegee het. Die vraag kan alleenlik beantwoord word deur 'n strukturele en funksionele ontleding van die Interimgrondwet te maak.

Die Interimgrondwet bied in verskillende hoofstukke gedetailleerde omskrywings van die uitvoerende, wetgewende en regsprekende gesag, elk met sy eksklusiewe bevoegdhede. Hierdie afsonderlike bespreking het 'n besliste voorlopige indruk van 'n sterk skeiding van owerheidsgesag geskep en ook dat die verdeling van owerheidsgesag substantief op 'n strukturele en funksionele vlak deel van die Interimgrondwet gevorm het.

Die regering se amptelike inligtingstukke het ook die skeiding van owerheidsmag, met verwysing na die drie verskillende owerheidsinstellings, op die volgende wyse verduidelik:

"Power is divided so that no arm of state has all the power. This is protected in the Constitution and is called the separation of powers." (<http://land.pwv.gov.za>)

In die vorige hoofstuk is die argument geopper dat die uitvoerende gesag in die vorige bedeling te dominerend was en dat dié ontwikkeling die skeiding van owerheidsgesag negatief beïnvloed het. Hierdie magsdominansie was grootliks moontlik omdat die regsprekende gesag nie n voldoende teenwig teen die bestaande parlementêre oppergesag kon verskaf nie. Hierdie situasie was op sy beurt die gevolg van die feit dat die howe nie met ware hersieningsbevoegdheid beklee is nie.

In h parlementêre stelsel is dominansie van die uitvoerende gesag n inherente gevolg van die wesenskenmerke van die stelsel. In die moderne regeerkunde, en veral in die parlementêre stelsel, ontwikkel daar sterk tendense wat die uitvoerende gesag uiteindelik oor die wetgewende en veral die regsprekende gesag laat domineer. Hopkins (2002a:24) bevestig dit deur daarop te wys dat hierdie ontwikkeling in moderne regerings met n parlementêre stelsel in die meeste gevalle deur n uitgebreide uitvoerende gesag gedomineer word. Hierdie dominansie is die gevolg daarvan dat die regering (uitvoerende gesag) met die verloop van tyd heelwat diskresionêre magte opbou wat in die moderne globale era n belangrike bestuursmeganisme geword het. Die rede hiervoor is dat regerings dit in die huidige spoedeisende omgewing moeilik vind om sonder n mate van diskresie doeltreffend te regeer. Dié ontwikkeling in die regeerkunde veroorsaak dat die samelewing in sommige gevalle aan die diskresie van net een owerheidsorgaan oorgelaat word, wat uiteraard die beginsel van die skeiding van die owerheidsgesag frustreer soos dit in n groot mate voor 1993 die geval in Suid-Afrika was.

In die moderne regeerkunde is dit daarom belangrik dat daar deurlopende teenwigmeganismes in die regeringstelsel ingebou word om n sterker skeiding van owerheidsgesag te bewerkstellig. Dit is ook belangrik dat konstitusionele versperrings teenoor sterk uitvoerende magte geplaas moet word. Die regsprekende gesag se toetsingsmeganisme (regshersiening) is h effektiewe konstitusionele beheermeganisme om te verseker dat daar nie onnodige inkruipung tussen owerheidsinstellings plaasvind nie. Hopkins (2002a:24) verwys na die “waghondfunksie” wat die regbank moet vervul om te verseker dat die uitvoerende mag nie sy mag misbruik of dat die optrede van die uitvoerende gesag onredelik of irrasioneel is nie.

Die verhouding tussen die uitvoerende en die regsprekende gesag is baie delikaat en belangrik vir die skeiding van owerheidsgesag. In Suid-Afrika se nuwe

konstitusionele bedeling word daar uiteraard baie klem geplaas op die howe se plig om die wisselwerkende verhouding in stand te hou. In die vorige bedeling was die rol van die howe beperk, maar in die nuwe bedeling word daar h groter konstitusionele las op die regsprekende gesag geplaas om in wisselwerking met die regering te tree.

In sy interaksie met die uitvoerende gesag kry die regsprekende gesag dikwels met uitvoerende handeling te make en moet dit uitsprake lewer wat op openbare beleid betrekking het. Die interaksie oor openbare beleid vind soms plaas wanneer die regsprekende gesag, veral die Konstitusionele Hof, in regsdispute h oordeel oor die redelikheid, billikheid en rasionaliteit van beleid moet vorm. In dié verband kan howe reeds bevele uitreik wat oor die potensiaal beskik om openbare beleid te herformuleer (sien die bespreking in hoofstuk 8).

In *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 1996 (4) SA 744 (CC) op 810 (hierdie saak sal in die volgende hoofstuk bespreek word wanneer die finale Grondwet onder bespreking is) het die Konstitusionele Hof bevind dat:

“[t]he principle of separation of powers, on the one hand, recognizes the functional independence of branches of government. On the other hand, the principles of checks and balances focuses on the desirability of ensuring that the constitutional order as a totality, prevents the branches of government from usurping power from one another.”

Dit is duidelik dat die strukturele en funksionele skeiding van owerheidsgesag konkreet en normatief in die nuwe konstitusionele bedeling inslag gevind het. Die oogmerk van die volgende onderafdelings is om tematies na die strukturele en funksionele aspek van die skeiding van owerheidsgesag in die Interimgrondwet te kyk.

6.4.2 Die Interimgrondwet en die strukturele en funksionele skeiding van owerheidsgesag

Die Interimgrondwet se strukturele en funksionele eienskappe is logieserwys belangrik om n skeiding van owerheidsgesag te versterk. In dié onderafdeling word die bespreking voortgesit met verwysing na die strukturele en funksionele skeiding tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag.

Die Interimgrondwet maak egter ook voorsiening vir addisionele strukture en funksies wat, bo en behalwe die konvensionele indeling, ook die skeiding van owerheidsgesag verder kan versterk. Die volgende onderafdeling lig enkele van die strukture en ampsposisies uit wat addisioneel versterkend tot die skeiding van owerheidsgesag inwerk. Dié *capita selecta* van onderwerpe dien net as n voorbeeld om daarop te wys dat skeiding van owerheidsgesag op verskillende wyses in n politieke stelsel geïmplementeer kan word.

(i) Skeiding van owerheidsgesag en die onderlinge toepassing van wigte en teenwigte tussen die wetgewende en uitvoerende gesag

Verskeie artikels in die Interimgrondwet maak vir die onderlinge kontrole tussen die uitvoerende en die wetgewende gesag voorsiening.

Indien daar enige prosedurele gebrek in die wetgewende proses sou wees, mag die President die wetsontwerp kragtens artikel 82(1)(b) vir verdere oorweging na die parlement terugverwys.

Kragtens artikel 82(1)(d) kan die President enige dispuut van 'n konstitusionele aard tussen partye wat in die parlement verteenwoordig is, of 'n dispuut wat tussen staatsinstellings ontstaan, na die Konstitusionele Hof, 'n toepaslike liggaam of kommissie verwys.

Artikel 82(1)(b) is egter bloot 'n prosedurele bepaling en verwys nie na 'n substantiewe gebrek in die wetsontwerp nie. Artikel 82(1)(d) is klaarblyklik as 'n dispuutoplossingsmeganisme in die Interimgrondwet ingebou.

Artikel 87 gee sterk konstitusionele beheer aan die wetgewende gesag oor die President of die Adjunkpresident.

Artikel 87 van die Interimgrondwet bepaal dat die President of Adjunkpresident hul posisies onder bepaalde omstandighede moet prysgee. Die omstandighede is as volg:

□ Indien 'n mosie van wantroue in die President of die Adjunkpresident gedurende 'n gesamentlike sitting van beide die Nasionale Vergadering en die Senaat met 'n tweederdemeerderheid aangeneem word op grond van:

- 'n ernstige oortreding van een of meer van die bepalings van die Grondwet of enige van die ander wette van die Republiek.
- wangedrag of onbekwaamheid wat hom of haar onbevoeg maak om uitvoering aan die magte en pligte te gee wat in artikel 82 of 84(4) uiteengesit is.

Dit is duidelik uit die bepalings van artikel 87 dat die wetgewende gesag op twee verskillende gronde van die President en die Adjunkpresident ontslae kan raak. Die eerste grond het hoofsaaklik te doen met skuld aan die kant van die President en/of sy Adjunk. Dit behels die oortreding van 'n bepaling van die Grondwet óf ander wette van die Republiek. Die erns van die oortreding of die graad van oortreding is nie duidelik uiteengesit nie. Die tweede oorsaak behels meer skuldlose gronde soos siekte en moontlike geestelike onbevoegdheid.

Die wetgewende gesag word deur artikel 87 bemagtig om kontrole oor die President en sy Adjunk uit te oefen deur h stelsel van wigte en teenwigte. Die wraakstellingsprosedure verskil in sommige opsigte van die Amerikaanse presidensiële stelsel. Wraakstelling en die ontslag van die President en sy Adjunk vind plaas wanneer n mosie in n gesamentlike sitting van die Nasionale Vergadering en Senaat met n tweederdemeerderheid aanvaar word dat sodanige prosedure gevolg moet word. Dit moet egter genoem word dat die President nog nooit in die Suid-Afrikaanse politieke geskiedenis, wat sterk deur h enkele politieke party gedomineer is, deur die wetgewende gesag verwyder is nie.

Die ontslag van gewone Ministers uit die kabinet was die prerogatief van die President. h Interessante konstitusionele nuwigheid, wat in die Interimgrondwet vervat was, is artikel 88(4)(d)(i). Die Interimgrondwet het vir h konsosiatiewe model voorsiening gemaak wat beteken het dat lede van ander politieke partye ook as kabinetslede kon dien. Artikel 88(4)(d)(i) het bepaal dat die President verplig was om die dienste van n Minister te beëindig wanneer die leier van die politieke party waarvan die Minister lid was, dit versoek het.

Artikel 92 van die Interimgrondwet het ook sterk wigte en teenwigte aan die *wetgewende gesag oor die uitvoerende gesag* gebied.

Artikel 92(1) het bepaal dat h Minister individueel aan beide die President en die parlement verantwoordelik is vir die administrasie en uitvoering van die portefeulje wat aan hom of haar toevertrou is. Artikel 92(1) het verder bepaal dat alle lede van die kabinet gesamentlik vir die prestasies en uitvoering van beleid verantwoordelik was.

Die konstitusionele verantwoordelikheid van die lede van die kabinet is ooreenkomstig die beginsel van n verantwoordbare (*accountable*) regering gereël. Voorstanders van h gedeeltelik vermengde uitvoerende en wetgewende gesag in n parlementêre stelsel wys juis dié reëling uit as een van die voordele van die stelsel wat andersins kontra die skeiding van owerheids gesag is.

Basson (1995:139) wys daarop dat die konstitusionele verantwoordingstelling n kragtige konstitusionele meganisme is wat, soos in die verlede, deur die wetgewende gesag oor die uitvoerende gesag gebruik kan word. Die Nasionale Vergadering kon volgens artikel 93 (wat vervolgens bespreek word) h mosie van wantroue instel wat tot die bedanking van die President, h pas saamgestelde kabinet of die ontbinding van die Nasionale Vergadering kon lei.

Artikel 93 van die Interimgrondwet het die omstandighede bepaal waaronder die parlement n mosie van wantroue in die kabinet kon instel.

Artikel 93 bepaal soos volg oor die toepassing van h mosie van wantroue deur die wetgewende gesag oor die uitvoerende gesag:

Artikel 93(1) bepaal dat, indien die parlement h mosie van wantroue in die kabinet sou aanvaar wat die President sou insluit, die President, indien hy nie self sou bedank nie, die parlement sou ontbind en n nuwe verkiesing kragtens artikel 39 sou uitroep.

Artikel 93(2) het bepaal dat, indien die mosie van wantroue net in die President ingestel sou word, hy sou moes bedank.

Artikel 93(3) het bepaal dat, indien die mosie van wantroue net in die kabinet ingestel sou word en nie in die President nie, die President

(a) sou kon bedank

(b) die kabinet in ooreenstemming met artikel 88(4) sou kon hersaamstel

(c) die parlement sou kon ontbind en h verkiesing in ooreenstemming met artikel 39 sou kon uitroep.

Teoreties gesproke is die mosie van wantroue een van die sterkste konstitusionele wigte en teenwigte wat n kontrole aan die wetgewende gesag oor die uitvoerende gesag in n parlementêre stelsel bied. In die harde politieke praktyk is dit te betwyfel of n gewone lid van n meerderheidsparty op hierdie wyse teen sy President en die kabinet sal optree. In h proporsionele stelsel (die huidige stelsel in Suid-Afrika) word kieslyste egter deur partyleiers saamgestel en word kandidate in prioriteitsvolgorde geplaas. Indien die parlement sou ontbind en n nuwe verkiesing kragtens artikel 39 uitgeroep sou word, sou die leier van die party net eenvoudig verseker dat die "dislojale" lid se naam nie weer op die lyste verskyn nie.

(ii) Skeiding van owerheids gesag en die toepassing van wigte en teenwigte deur die regsprekende gesag teenoor die wetgewende en uitvoerende gesag

Artikel 96 van die Interimgrondwet is een van die belangrikste artikels vir die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte. Basson (1995:145) verwys soos volg na die belangrikheid van dié artikel:

"The principle of separation of powers is part and parcel of the constitutional checks and balances which ensure that state authority is controlled and not exercised arbitrarily, in keeping with the ideal of a Constitutional state or Rechtstaat."

Artikel 96(2) het bepaal dat die regsprekende gesag onafhanklik, onpartydig en slegs onderworpe aan die Grondwet en die reg sou wees. Die belangrikste aspek van dié artikel was dat die Grondwet, wat die regsprekende gesag beskerm het, oppermagtige status

geniet het. Dit vervang die oppermagtige status van die parlement wat onder die vorige bedeling gegeld het.

Artikel 96(3) het bepaal dat geen staatsondergaan (uitvoerende en wetgewende gesag) met die funksionering van die regsprekende gesag mog inmeng nie. Die skeidingslyn tussen die regsprekende en die uitvoerende en wetgewende gesag is hiermee duidelik getrek en het die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte versterk.

Artikel 97 het die wyses waarop die regters van die Konstitusionele Hof en die Hooggeregshof saamgestel word, uiteengesit. Die Regterlike Dienskommissie (hierna die RDK) het 'n belangrike rol vervul om met die aanstelling van die onderskeie regters te verseker dat die onpartydigheid en neutraliteit van die regsprekende gesag behoue sou bly. Die samestelling van die RDK is in artikel 105 uiteengesit. Die samestelling behels die aanwysing van agt (soms nege) lede wat breedweg verteenwoordigend was van die verskillende vertakkinge van die regsprofessie, naamlik die regsprekende gesag, die advokate, die prokureurs en die regsdosente. Hierdie agt of nege lede is deur 'n verdere nege lede aangevul wat deur 'n politieke proses aangewys is. Dié aanwysing is deur die President in oorleg met die kabinet gedoen. Dit het vier senatore (artikel 105(1)(h)) ingesluit. Die oogmerk was duidelik om nie die aanwysing van die regsprekende amptenare geheel en al uit die domein van die uitvoerende en wetgewende gesag te verwyder nie.

Artikel 98 het die Konstitusionele Hof bemaagtig om op verskeie wyses te verseker dat enige grondwetlike oortreding deur die verskillende owerheidsinstellings onder die jurisdiksie van die Konstitusionele Hof sou val (artikel 98(2)).

Artikel 98(2) het bepaal dat die Konstitusionele Hof as die hof van finale instansie jurisdiksie oor alle aspekte oor die vertolking, beskerming en afdwinging van die bepalings van die Grondwet gehad het.

Artikel 98(2) het vervolgens 'n uiteensetting van die gemelde omstandighede verskaf:

- (a) skending van 'n fundamentele reg soos verskans in hoofstuk 3
- (b) 'n dispuut oor die grondwetlikheid van 'n uitvoerende of administratiewe handeling
- (c) ondersoek na die konstitusionaliteit van enige wet, insluitend parlementêre wette
- (d) 'n dispuut tussen die verskillende owerheidsorgane

Die regsprekende gesag se onafhanklike en neutrale status het die "wagbondstatus" van die instelling versterk. Die bepalings van artikel 98(2) het die Konstitusionele Hof met die nodige konstitusionele spierkrag toegerus om die verskillende owerheidsinstellings binne hul onderskeie sferes te hou en ook die bepalings van die oppermagtige Grondwet af te dwing. Dié status waarmee die regsprekende gesag onder die bepalings van die

Interimgrondwet bekleed is, het ongetwyfeld tot die versterking van die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag bygedra.

6.5. DIE 1993 INTERIMGRONDWET, REGSPRAAK EN DIE SKEIDING VAN OWERHEIDSMAGTE

In die voorafgaande gedeeltes is daar hoofsaaklik uit h strukturele oogpunt na die verdeling van owerheidsgesag in die Interimgrondwet gekyk. In dié onderafdeling sal h meer funksionele benadering tot die skeiding van owerheidsgesag gevolg word. Die funksionele benadering word bespreek na aanleiding van die regspraak en vertolkings wat op grond van die Interimgrondwet gemaak is. Die Konstitusionele Hof se taak was om onder andere konstitusionele kwessies te hanteer en vertolkings te doen, waarin teoretiese aspekte van die Interimgrondwet gekonkretiseer kon word.

Die strukturele elemente wat in h grondwet ingebou is om n skeiding van owerheidsgesag te bewerkstellig, is uiteraard belangrik. Die finale toets vir die mate waarin die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag toepassing in die regeerproses vind, is egter in die bykans daaglikse interaksie tussen die owerheidsinstellings geleë. Hierdie interaksie bepaal uiteindelik die mate van skeiding van owerheidsgesag wat in n politieke stelsel plaasvind. Die Konstitusionele Hof se uitsprake wat oor die skeiding van owerheidsgesag handel, is daarom van groot belang.

In *Executive Council, Western Cape Legislature, and Others v President of the Republic of South Africa* 1995 (4) SA 877 (CC) (Western Cape-saak) het die delegasie van wetgewende bevoegdheede deur die wetgewende gesag na die uitvoerende gesag ter sprake gekom. Die feite in die saak was soos volg: President Mandela het, ingevolge die bevoegdheede (artikel 19A) wat aan hom as president verleen is, h amendement by artikel 16A van die Oorgangswet op Plaaslike Regering nr. 209 van 1993 gevoeg. Die wysiging het daarop neergekom dat die oorspronklike magte van die aangewese plaaslike afbakeningskomitee en provinsiale komitees weggeneem is en terselfdertyd dat die wye magte van plaaslike administrateurs onder andere ten opsigte van afbakening beperk is. Hierdie delegering het uiteraard die potensiaal gehad om die skeiding van owerheidsgesag negatief te beïnvloed.

Die eerste uitsprake van die Hooggeregshof en die Konstitusionele Hof oor die skeiding van owerheidsgesag was daarom die eerste groot toets vir dié leerstuk. Kort na die implementering van die Interimgrondwet is die Konstitusionele Hof versoek om n belangrike uitspraak oor die skeiding van owerheidsgesag te lewer.

Die Kaapse Afdeling van die Hooggeregshof het die bewering van die Wes-Kaapse provinsiale regering dat die amendement onkonstitusioneel was, verwerp. Die

Hooggeregshof het bevind dat artikel 16A effektief die parlement se hoogste wetgewende magte aan die President oorgedra het en hom (die uitvoerende gesag) toegelaat het om wette in die plek van die parlement (wetgewende gesag) te maak. Hierdie stap het verreikende implikasies vir die skeiding van owerheids gesag ingehou. Indien dit 'n geldige vertolking van die situasie was, sou dit 'n ongewenste presedent geskep het dat die wetgewende gesag toegelaat sou word om parlementêre wetgewende mag in die hande van die President (uitvoerende gesag) te plaas (paragraaf 77-84). Sodanige delegasies het wel dikwels voor 1994 voorgekom.

Die uitspraak is in appèl na die Konstitusionele Hof geneem. Die Konstitusionele Hof het artikel 19A van die Oorgangswet op Plaaslike Regering nr. 209 van 1993 ongrondwetlik verklaar omdat dit 'n ongeldige delegering van wetgewende bevoegdheid aan die uitvoerende gesag behels het.

Die Konstitusionele Hof, wat die appèl moes aanhoor, het voor 'n moeilike keuse te staan gekom. Die omringende politieke gebeure het 'n potensieel ploffbare situasie geskep, wat die plaaslike regeringsverkiesings sou kon vertraag. Die Konstitusionele Hof het die uitspraak van die Kaapse Afdeling van die Hooggeregshof in 'n versigtig bewoorde uitspraak omvergewerp. Die Konstitusionele Hof se strategie was hoofsaaklik om die konstitusionaliteit van artikel 16A, wat President Mandela as regs basis vir sy uitvoerende handeling gebruik het, te bevraagteken. Die Hof het bevind dat die wetgewende gesag in die onderhawige geval nie die nodige bevoegdheid gehad het om sy wetgewende funksies aan die uitvoerende gesag te deleger nie.

Die Konstitusionele Hof het bevind dat daar bepaalde beperkinge op die wetgewende gesag geplaas is om wetgewende bevoegdhede na die lede van die uitvoerende gesag te deleger. Artikel 37 van die Interimgrondwet het die wetgewende bevoegdheid in die hande van die parlement geplaas, wat nie die reg of die bevoegdheid gehad het om die wetgewende bevoegdheid aan die uitvoerende gesag te deleger nie (paragraaf 44).

Mahomed R het in sy bespreking van die saak regsvergelijkend na ander lande gekyk om die belangrike aspek van die leerstuk van die skeiding van owerheids magte te beklemtoon. Mahomed R het met goedkeuring verwys na die uitspraak van die Australiese Hooggeregshof in *The Victorian Stevedoring & General Contracting Company (Pty) Ltd v Dignan* (1931) 46 CLR 73 waar in daarop gewys is dat die parlement nie bevoeg is om sy wetgewende funksies te abdikeer nie.

Die Konstitusionele Hof se uitspraak het ongetwyfeld insiggewende betekenis vir die skeiding van owerheids gesag in die nuwe konstitusionele bedeling ingehou. Die uitspraak het lof van beide regerings- en

opposisiegeledere ingeoes. Vir die opponente van die regering het die Konstitusionele Hof 'n lofwaardige standpunt teenoor die sterk ANC-gedomineerde uitvoerende en wetgewende gesag ingeneem. President Mandela het ook die uitspraak verwelkom as 'n uitspraak wat regstaatlikheid en effektiewe regering in die nuwe bedeling verseker het (Klüg, 2000:150).

Die Konstitusionele Hof se interpretasie van die grondwetlike beginsels in dié saak is van groot belang, want dit bevestig die waterskeiding wat in Suid-Afrika se konstitusionele geskiedenis plaasgevind het. In *Executive Council of the Western Cape Legislature supra* het die Konstitusionele Hof inderdaad bevind dat daar beperkinge op die wetgewende bevoegdhede met betrekking tot die delegasie van wetgewende bevoegdhede bestaan het (Devenish, 1998:111).

Hierdie saak was van groot belang omdat dit die bevestiging van die normatiewe aanvaarding van die *trias politica*-leerstuk in die nuwe konstitusionele bedeling ingehou het en as sodanig die aanwesigheid van die skeiding van owerheidsmagte in die nuwe konstitusionele bedeling bevestig het. Dit was ook 'n insiggewende vernuwing in konstitusionele denke teen die agtergrond van die vorige posisie in Suid-Afrika. Dit het ook erkenning verleen aan die status wat regterlike hersiening in die toekoms in konstitusionele ontwikkeling sou besit.

Die Konstitusionele Hof se uitspraak in die saak was van groot belang omdat dit die brug tussen 'n konstitusionele verlede van parlementêre soewereiniteit en 'n grondwetlike oppermagtigheid finaal oorgesteek het. In sy uitspraak het Chaskalson P daarna verwys dat die onderliggende konstitusionele beginsels 'n hoër status as die Grondwet gehad het. Dit beteken dat die konstitusionele beginsels ingevolge die Interimgrondwet nie verander kon word nie (paragraaf 37). Die Interimgrondwet het konstitusionele beginsel I vasgelê wat op individuele regte betrekking het. Indien die skeiding van owerheidsgesag nie toegepas word nie, sal dit die individuele regte van die samelewing bedreig en wat op die aantasting van individuele regte neerkom.

Chaskalson P het dit in sy uitspraak (paragraaf 51) duidelik gestel dat die algemene delegasie van wetgewende bevoegdheid aan ander owerheidsorgane nie teenstrydig met die Interimgrondwet was nie. (Hier geld die voorbeeld van die raamwerk van 'n wet waarvan die fyner detail aan die uitvoerende gesag oorgelaat word.) Chaskalson P maak dan die volgende belangrike stelling:

“There is, however, a difference between delegating authority to make subordinate legislation within the framework of a statute under which the delegation is made, and assigning plenary legislative power to another body, including, as s 16 A does, the power to amend the Act under which the assignment is made.”

Chaskalson P het ook 'n belangrike vergelyking tussen die Suid-Afrikaanse

stelsel en die Amerikaanse presidensiële stelsel getref oor die delegasie van wetgewende bevoegdhede (paragraaf 53).

Delegasie in h presidensiële stelsel vind onder die oorkoepelende beginsel van die normatiewe premisse van die skeiding van owerheidsgesag plaas. Die Amerikaanse Kongres laat wel beperkte wetgewende delegasie toe:

“The delegation must not, however, be so broad or vague that the authority to whom the power is delegated makes law rather than acting within the framework of law made by Congress.”

Die bespreking sentreer hoofsaaklik om die regstaatlike ontwikkeling wat plaasgevind het. Dié verwysing en bespreking is egter van belang omdat die skeiding van owerheidsgesag alleen in n kontekstuele ruimte, wat deur regstaatlikheid geskep word, gewaarborg kan word. Die skeiding van owerheidsmagte vloei deduktief voort uit dié waarborge wat regstaatlikheid in n konstitusionele staat bied. Indien grondwetlike beginsels nie gewaarborg kan word nie en grondwette na willekeur verontagsaam sou word, sou die skeiding van owerheidsmagte oor geen praktiese toepassingswaarde beskik nie.

Die uitspraak wat in die Western Cape-saak gelewer is, was vanweë bepaalde redes van groot belang. Eerstens was dit een van die eerste uitsprake van die Konstitusionele Hof wat op die bepalinge van die Interimgrondwet gebaseer is. Tweedens was twee belangrike konstitusionele beginsels ter sprake: (1) die skeiding van owerheidsgesag en (2) grondwetlike oppergesag. Die Konstitusionele Hof het ondubbelsinnig bevestig dat beide konstitusionele beginsels onlosmaaklik deel van die nuwe konstitusionele bedeling was. Die uitspraak het ook bevestig dat die konstitusionele era van parlementêre dominansie voor 1993 deel van die verlede was en dat die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag nie weer aan die wispelturigheid van n oppermagtige parlement oorgelaat sou word nie.

In dié saak het die regsprekende gesag sy erns met die skeiding van owerheidsgesag bevestig en die belangrikste beginsels in regspraak vasgelê. Die Konstitusionele Hof het dit duidelik bevestig dat die Interimgrondwet die skeiding van owerheidsgesag as n konstitusionele beginsel en waarborg bevat het. Die uitspraak in die saak het h belangrike beginsel bevestig, naamlik dat, ten spyte van die verskynsel in die moderne regeerkunde waarin integrasie van owerheidsfunksies plaasvind, die trias politica-leerstuk steeds h integrerende rol in die regeerproses sou speel.

Die Konstitusionele Hof het h baanbrekersuitspraak gelewer in *Ynuico Ltd v Minister of Trade and Industry and Others* (6) BCLR 798, 1996 (3) SA(989) (CC), h saak wat oor die reg op vrye ekonomiese bedrywigheid

gehandel het. Die beginsel dat wetgewende bevoegdheid volgens artikel 37 die eksklusiewe domein van die wetgewende gesag is, is in die saak sterk beklemtoon (paragraaf 9) (Devenish, 1998:332).

Die Ynuico-uitspraak was om h verskeidenheid redes betekenisvol (Henderson, 1996:545). Dit is die eerste gerapporteerde saak waarin die hof gevra is om uitspraak oor die komplekse aard van regterlike bevel wat n impak op regeringsbeleid kon hê, te lewer. Dit was duidelik dat komplekse uitdagings op regters sou wag, omdat beslissings oor breër vraagstukke gemaak sou moes word, byvoorbeeld oor toekomstige sosio-ekonomiese beleid. Hierdie regshersiening van uitvoerende beleid gee aanleiding tot n nuwe stel probleme, veral ten opsigte van die grens tussen die regsprekende en die uitvoerende gesag. Die vraag is of die aard van sosio-ekonomiese beleid die eksklusiewe terrein van die uitvoerende gesag is en of die regsprekende gesag ook inspraak hierin mag hê (Henderson, 1996:552).

Die hof se taak is met ander woorde om as een van die wigte en teenwigte op te tree deur kontrole uit te oefen oor die wyse waarop die wetgewer optree, maar nie om die wetgewer se taak vir homself toe te eien nie.

Die wyse waarop sosio-ekonomiese aangeleenthede in die toekoms bereg gaan word en die invloed wat die hantering hiervan vir die skeiding van owerheidsgesag inhou, is van groot belang. Die standpunt wat howe oor die skeiding van owerheidsgesag gaan huldig wanneer sosio-ekonomiese regte ter sprake kom, sal die skeiding van owerheidsgesag in h groot mate beïnvloed. Van Dijkhorst R het in die hof *a quo* opgemerk dat die hof nie n wet onkonstitusioneel sal verklaar omdat die hof se sosiale en ekonomiese uitgangspunte van die regering sh verskil nie. Hy bevind daarom dat:

”[i]t is up to the legislature, not the courts, to decide on the wisdom and utility of legislation” (paragraaf 1471F).

Henderson (1996:553) verwys in sy bespreking van die saak na die feit dat die Konstitusionele Hof in die Makwanyane-saak ook tot dieselfde slotsom gekom het. In dié saak, wat oor die konstitusionaliteit van die doodstraf handel het, het die hof bevind dat dit nie die howe se taak was om die beleid van die beleidmakers te bevraagteken nie. In *Ferreira v Levin and Others; Vryenhoek v Powell and Others* 1996 (1) BCLR1,1996 (1) SA 984 (CC) het Chaskalson P die belangrikheid van die volkswil in n demokratiese samelewing en ook die wetgewende gesag as die reflekteerder van daardie volkswil erken. Dit is die rede waarom howe nie sonder meer in die wetgewende en uitvoerende gesag se aksies sal inmeng nie. Hierdie standpunt geld egter nie ongekwalfiseerd nie. Die regsprekende gesag sou wel, in teenstelling met die situasie in die vorige bedeling, in sommige gevalle die

uitvoerende en wetgewende gesag se handelinge temper. Die tempering van wetgewende aktiwiteite deur die regsprekende gesag vind natuurlik in so n mate plaas dat nie toegelaat sal word dat die individu se basiese menseregte, soos in die Handves van Menseregte vervat, aangetas word nie. Kontrole deur die regsprekende gesag vind ook binne die groter verband plaas wanneer grondwetlik beheer uitgeoefen word of wetgewende handelinge ingevolge die Grondwet plaasvind (Henderson, 1996:553).

h Verdere belangrike saak in dié verband was *Hugo v President of South Africa & Another* 1996 (6) BCLR 876 (D). Die vaspen van primêre bevoegdhede van die verskillende owerheidsinstellings het in die saak ter sprake gekom, spesifiek die bevoegdhede van die President (uitvoerende gesag). In artikel 82 van die Interimgrondwet is die magte en bevoegdhede van die President uiteengesit. Veral artikel 82(1)(e) tot (k) was van belang, want dié artikels het die magte bepaal wat normaalweg met presidensiële prerogatiwe geassosieer word. Hierdie presidensiële prerogatiwe het onder andere die volgende handelinge ingesluit: die begenadiging van misdadigers, oorlogsverklaring, vredesluiting en toekennings. In *Hugo v President of South Africa & Another supra* het dit oor die begenadiging van misdadigers gehandel en het die President en sy twee adjunkte statutêr wye diskresie in daardie opsig gehad (artikel 82(1)(k)).

Die President se uitoefening van dié prerogatief en die diskresie daaraan verbonde het egter tot n geskil in die hof gelei. In dié saak het die President enkel moeders in gevangenis wat kinders jonger as 12 jaar gehad het, in sekere kategorieë misdade begenadig. Die applikant wat die aansoek ingedien het, het in dieselfde kategorie geval, maar die verskil was dat dit die *vader* en nie die *moeder* van n 12-jarige kind was. Die aansoeker het gevra dat die presidensiële magte, wat deur artikel 82(1)(k) aan die President toegeken is, hersien moes word omdat dit diskriminerend en onkonstitusioneel van aard was.

In *Hugo v President of South Africa* het die Hooggeregshof met verwysing na die presidensiële magte verklaar:

“If, as one must, one interprets those powers and functions in accordance with the norms of a democratic and constitutional state as provided in section 35(1) (and thus in accordance with the rule of law) one can conclude that those powers must be exercised and those functions performed within the four corners of the Constitution and strictly in accordance with its provisions” (paragraaf 116).

Appèl is teen die uitspraak na die Konstitusionele Hof aangeteken. Die bevinding van die Konstitusionele Hof was dat die President se magte wel aan konstitusionele hersiening onderworpe was, maar dat die Wet in die onderhawige geval nie diskriminerend was nie. (paragraaf 116)

Hierdie uitspraak was h voorbeeld van die konstitusionele beperking wat daar op die president geplaas kon word omdat sy magte ook aan konstitusionele hersiening onderworpe was. Die Interimgrondwet het ook ander konstitusionele beperkinge op die president se uitvoerende magte geplaas.

Uit bogenoemde sake is dit duidelik dat howe hul, op grond van die bepalings van die Interimgrondwet, by hul primêre funksie sou hou en nie sonder meer in die diskresie van

die wetgewende en uitvoerende gesag sou inmeng nie (Basson, 1995:202).

Volgens die Interimgrondwet moes h wet duidelik uiteengesit word (Basson, 1995:202). h Wet sou alleen as n wet kwalifiseer indien dit in n duidelike, koherente en samehangende wyse uiteengesit is. As die wet te wyd en vaag geformuleer is of te veel diskresie aan die uitvoerende gesag toegelaat het, sou die hof inmeng, soos in die Ynuico-saak gebeur het.

Die Konstitusionele Hof kon in so h geval bevind dat die wye formulering n subjektiewe oordeel aan die Minister sou gee oor beperkings wat in die openbare belang nodig sou wees. Hierdie wye formulering kon dan tot die ongeldigheidsverklaring van die wet lei.

Indien h beperking egter op n individu van toepassing gemaak sou word, byvoorbeeld h ekonomiese beperking, moes die beperking op grond van h objektiewe standaard ingestel word en sou die howe nie onnodig met die beperking inmeng nie. Indien die beperking egter wyd gestel is en dit aan die Minister te veel diskresionêre magte toelaat, sou dit daartoe kon lei dat die wet ongrondwetlik verklaar word.

6.6 SLOT

Ten slotte kan die voorlopige stelling gemaak word dat die Konstitusionele Hof se aanvanklike interpretasie van die Interimgrondwet die leerstuk van die skeiding van owerheids gesag direk en indirek versterk het. Die uitsprake van die regsprekende gesag oor die skeiding van owerheids gesag het dit beklemtoon dat die wetgewende bevoegdheid die funksie van die wetgewende gesag was. Die Konstitusionele Hof het sterk aanduiding gegee dat daar nie onnodig in die funksies van die wetgewende en uitvoerende gesag ingemeng sou word nie.

Die kernvraag is natuurlik of die handelinge van die regsprekende gesag op die skepping van beleid neerkom en wat die implikasies daarvan vir die leerstuk van die skeiding van owerheids magte is. Hierdie interaksie tussen die regsprekende en uitvoerende gesag is belangrik om n bevoegdheidsvasstelling tussen die twee instellings te doen. In die interaksie moet die regsprekende gesag voortdurend daarteen waak om nie die beleid te formuleer of te herformuleer nie. So h optrede sou op n oortreding van die basiese beginsels van die leerstuk van die skeiding van owerheids magte neerkom.

Dit bly egter h wesenlike tekortkoming dat die opstellers van die Interimgrondwet nie groter skeiding tussen die wetgewende en uitvoerende gesag ingebou het nie en in die proses nie die gedeeltelike samesmelting tussen die wetgewende en die uitvoerende gesag vermy het nie. Hierdie konstitusionele bepaling het tot gevolg dat die magswaartepunt steeds in n aangepasde parlementêre stelsel verskuil is, wat die stelsel van wigte en teenwigte frustreer en groter skeiding van owerheids gesag

teenwerk.

Daar word saamgestem dat 'n absolute skeiding van owerheidsinstellings in die moderne regeerkunde net 'n teoretiese waarde kan wees. Losstaande instellings sal tot 'n gefragmenteerde en swak regering lei. Daar behoort egter 'n sterker aanduiding van die graad te wees waarbinne skeiding wel kan plaasvind, maar sonder onnodige sentralisasie. Die aanvaarding van die standpunt dat absolute skeiding nie moontlik is nie, veronderstel egter nie dat daar nie 'n voortdurende strewe na 'n maksimum moontlike skeiding van owerheidsgesag binne prakties uitvoerbare regeerkunde kan en moet wees nie.

Die Interimgrondwet het met die aanname van 'n oppermagtige Grondwet egter die regsprekende gesag se status verhoog en sodoende meer balans in die politieke stelsel geskep. Die funksionele uitbou van die status van die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag sal ongetwyfeld mettertyd in tandem met uitsprake wat hieroor gelewer sal word, toeneem.

Bykomend het die Interimgrondwet duidelik 'n sterk normatiewe dimensie en 'n etiese verwagting van 'n billiker samelewing bevat. Die onafhanklikheid van die regbank was 'n normatiewe waarde wat deur individue, groepe en staatsinstellings in die nuwe konstitusionele era geëerbiedig sou moes word. Fundamenteel het Locke en Montesquieu se *trias politica*-leerstuk so 'n billike samelewing voorsien waarin die arbitrêre optrede van 'n gesentraliseerde regering deur die verdeling van owerheidsgesag verhoed sou kon word. Die Interimgrondwet het in 'n groot mate aan hierdie basiese vereistes wat vir die verdeling van owerheidsgesag gestel word, voldoen.

HOOFSTUK 7

h ONTLEDING VAN DIE STRUKTURELE ASPEKTE VAN DIE 1996- (FINALE) GRONDWET VAN SUID- AFRIKA

7.1 INLEIDING

7.1.1 Agtergrond tot die hoofstuk

In die voorafgaande hoofstuk is die strukturele en funksionele kenmerke van die 1993-Interimgrondwet bespreek. Die fokus van dié bespreking was hoofsaaklik om die graad van skeiding van owerheidsgesag wat in die Interimgrondwet tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag plaasgevind het, uiteen te sit en te bespreek.

Dit was duidelik dat die Interimgrondwet in Suid-Afrika ingrypende konstitusionele veranderinge tot gevolg gehad het. Die ingrypendste van hierdie konstitusionele veranderinge was dat die historiese oppermagtigheid van die parlement beëindig is. Die Interimgrondwet het die grondwet en nie -- soos in die verlede -- h oppermagtige parlement nie met oppermagtige status beklee (artikel 4(1) en (2)). Voortspruitend hieruit is die onderskeie owerheidsinstellings (wetgewend, uitvoerend en regsprekend) konstitusioneel op al die verskillende regeringsvlakke deur die oppermagtige grondwet gebind.

Die Interimgrondwet was egter net h "tydelike" grondwet, wat die oorgang en transformasie van een politieke bedeling na n volgende moes rugsteun. Die oogmerk van die Interimgrondwet was dus in hoofsaak om as oorbruggingsinstelling in die tydperk voor die aanvaarding van n finale grondwet te dien. h Verkose Nasionale Vergadering moes, as grondwetskrywende instelling, die (finale) Grondwet volgens die grondwetlike beginsels opstel.

h Verdere konstitusionele vereiste was dat die finale Grondwet aan hierdie grondwetlike beginsels moes voldoen. Artikel 71(1) van die 1993-Grondwet het daarom bepaal dat die Grondwetskrywende Vergadering die taak gehad het om die nuwe konstitusionele teks op so n wyse voor te berei dat dit aan al 34 van die nieveranderbare konstitusionele beginsels wat in Bylae 4 van die genoemde Grondwet ingesluit is, sou voldoen. Die Konstitusionele Hof moes daarom na die voltooiing van die teks sertifiseer dat die finale Grondwet aan die gestelde grondwetlike beginsels voldoen het voordat die Grondwet oor regskrag sou beskik (artikel 71(1) en (2)).

7.1.2 Die fokus van die hoofstuk

Die fokus van hierdie hoofstuk is om die ondersoek voort te sit met die fokus op die 1996-Grondwet. Die ondersoek is daarom

daarop gemik om te bepaal in watter mate die 1996-Grondwet op 'n struktureel-funksionele vlak vir 'n skeiding van owerheidsmagte voorsiening gemaak het. In die ondersoek sal veral gekyk word of die basiese uitgangspunte van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte in 'n groter of selfs kleiner mate in die 1996-Grondwet neerslag gevind het as wat die geval in die voorafgaande Grondwette was.

Opsommend is die fokus van die hoofstuk dus om:

(1) die strukturele kenmerke van die 1996-Grondwet, wat op die skeiding van owerheidsmagte van toepassing is, kortliks uiteen te sit;

(2) die Konstitusionele Hof se sertifisering van die 1996-Grondwet (dit wil sê die Konstitusionele Hof se sertifisering van die grondwetlike teks om aan te dui of dit aan die 34 verskanste grondwetlike beginsels (Bylae 4) voldoen het wat 'n voorvereiste vir die inwerkingtreding van die 1996-Grondwet was) te bespreek.

Dié bespreking van die sertifiseringsproses sal egter op Grondwetlike Beginsel VI fokus. Hierdie grondwetlike beginsel het bepaal dat daar in die finale Grondwet vir voldoende skeiding van owerheidsgesag voorsiening gemaak moet word.

In die volgende hoofstuk sal die funksionele aspekte van die 1996-Grondwet, wat op die skeiding van owerheidsgesag betrekking het, die fokus van die bespreking wees. In dié verband sal die bespreking veral op 'n chronologiese wyse na die uitsprake van die Konstitusionele Hof wat betrekking op die skeiding van owerheidsgesag gehad het, konsentreer.

7.1.3 Metodiek van die hoofstuk

In dié hoofstuk sal hoofsaaklik van 'n histories-beskrywende en analitiese ondersoekmetode gebruik gemaak word. Ten aanvang sal die strukturele kenmerke van die 1996-Grondwet kernagtig uiteengesit word, met 'n spesifieke fokus op die bepalings wat betrekking op die strukturele en funksionele skeiding tussen die verskillende owerheidsmagte het. In die bespreking sal daar ook analities na dié Grondwet se strukturele aspekte gekyk word, veral ten opsigte van die voorsiening wat vir die skeiding van owerheidsmagte gemaak is.

Die strukturele skeiding wat in die Grondwet tussen die uitvoerende, wetgewende en regsprekende gesag voorgekom het, veral die klem wat op 'n onafhanklike en onpartydige regsprekende gesag geplaas is, is vir die

ondersoek van groot belang. Die strukturele en funksionele rol van die Konstitusionele Hof om die onafhanklikheid van die regsprekende gesag te steun, sal daarom in die bespreking heelwat aandag kry.

Soos reeds genoem, is die Konstitusionele Hof met die opdrag belas om die bepalings van die 1996-Grondwet vir voldoening aan die grondwetlike beginsels te toets (artikel 71(2)). Hierdie toetsing het die vorm van 'n sertifiseringsproses aangeneem omdat die Konstitusionele Hof moes sertifiseer dat die finale grondwetlike teks wel aan die 34 voorskriftelike, onveranderbare grondwetlike beginsels voldoen het. Die belangrikheid van die sertifiseringsproses vir die ondersoek is om te bepaal of die teks aan Grondwetlike Beginsel VI voldoen het. Hierdie grondwetlike beginsel het bepaal dat daar in die finale teks vir 'n skeiding van owerheidsgesag tussen die verskillende owerheidsinstellings voorsiening gemaak moes word.

7.2 DIE SERTIFISERINGSUITSPRAAK IN DIE KONSTITUSIONELE HOF: DIE 1996-GRONDWET EN DIE KONSTITUSIONELE BEGINSELS

7.2.1 Inleiding

Die Grondwetlike beginsels was absoluut of, soos Basson (1995:104) daarna verwys het, "... cast in stone". Die grondwetlike beginsels kon op geen manier gewysig word nie, maar die implementering daarvan is in die finale instansie aan regsprekende interpretasie onderworpe gestel. Hierdie bepaling het besondere magte aan die Konstitusionele Hof gegee om wetgewende handeling van die Nasionale Vergadering ongedaan te maak, wat teoreties 'n verdere interessante debat ontketen oor die "politieke rol" wat die regsprekende gesag moes vervul en die potensiele inbreukmaking op die skeiding van owerheidsgesag.

Artikel 71(2) van die Interimgrondwet het bepaal dat die konstitusionele teks nie aanvaar sou word nie tensy die Konstitusionele Hof gesertifiseer het dat alle bepalings van die teks met die grondwetlike beginsels versoenbaar was (Butler, 1997:704).

Die Konstitusionele Hof se eerste sertifiseringsuitspraak, *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, 1996 (4) SA 744 (CC), 1996 (10) BCLR 1253 (CC) was omvattend en die totale omvang het 288 bladsye beslaan. Vanweë die omvattendheid van die uitspraak sal net op die voorvereiste dat 'n skeiding van owerheidsmagte in die finale Grondwet ingebou moes word (bepaling VI van die grondwetlike beginsels), gekonsentreer word. Die oorblywende besware wat voor die Konstitusionele Hof teen die konsepteks gedien het, is uiteraard belangrik, maar val buite die fokus van die bespreking. Wat vir

die studie van belang is, is die wyse waarop die Konstitusionele Hof geoordeel het of die konsepteks aan Grondwetlike Beginsel VI voldoen het, wat bepaal het dat daar 'n skeiding van owerheidsmag tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag moes wees met voldoende wigte en teenwigte om sodoende verantwoordbaarheid te verseker.

Die Konstitusionele Hof moes oordeel of die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag voldoende in die 1996-Grondwet ingeskryf was om aan dié gestelde oogmerke van die grondwetlike beginsels te voldoen.

Die Hof het daarop gewys dat die sertifiseringsopdrag 'n regs- en nie 'n politieke mandaat was nie en dat dié Hof nie die jurisdiksie of mandaat gehad het om 'n mening oor die politieke keuses wat deur die Grondwetskrywende Vergadering gemaak is, uit te spreek nie (paragraaf 27) (Devenish, 1998:338).

Die unieke aard van die sertifiseringsopdrag en die jurisdiksie van die Konstitusionele Hof om die teks na die Grondwetskrywende Vergadering terug te verwys indien dit nie met die grondwetlike beginsels versoenbaar was nie, is versterkend tot die basiese grondbeginsels van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte. Die wetgewende aktiwiteite van die Grondwetskrywende Vergadering is hierdeur streng gereguleer en beperk omdat daar strak binne die voorskrifte van die grondwetlike beginsels gehandel moes word. Die kontroleringsfunksie wat die regsprekende gesag sodoende uitgeoefen het, was in wese 'n stelsel van wigte en teenwigte. Dié “beperking” en die “kontrole” van gesag is in ooreenstemming met die basiese uitgangspunte van die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte en behoort as versterkend tot die skeiding van owerheidsmagte gesien te word.

Die Konstitusionele Hof het dit duidelik gemaak dat dié hof die beskermer was van die pakt wat by Kemptonpark tussen politieke partye gesluit is. Die Konstitusionele Hof het dit as sy taak gesien om nie spesifieke politieke besluite te neem nie, maar om te verseker dat die politieke besluite wat deur die Grondwetskrywende Vergadering geneem is, binne die beperkinge van die pakt val (Chaskalson & Davis, 1997:431).

In die Konstitusionele Hof se uitspraak (paragraaf 27) word dié interpretasie soos volg verduidelik:

“First and foremost it must be emphasised that the Court has a judicial and not a political mandate. Its function is clearly spelt out in IC (Interim Constitution) 71(2): to certify whether all the provisions of the NT (New Text) comply with the CPs (Constitutional Principles). That is a judicial function, a legal exercise.”

Met spesifieke verwysing na die Konstitusionele Hof se sertifiseringsopdrag kan dié funksie egter as ongewoon beskou word. Artikel 71(2) van die Interimgrondwet bepaal dat die Konstitusionele Hof die taak opgelê word om die eindproduk van 'n demokratiese verkose

liggaam, die (finale) Grondwet, te beoordeel.

Soos Chaskalson en Davis (1997:431) aantoon, is die Konstitusionele Hof, ten einde die sertifiseringsfunksie te kon verrig, met 'n opdrag belas waarvoor daar in Suid-Afrika of die vergelykende reg geen judisiële presedent bestaan het nie. Die Konstitusionele Hof het daarom in die eerste gedeelte van sy uitspraak heelwat aandag gegee aan die persepsie dat die regsprekende se rol in die proses kontra die meerderheidswil of selfs as ondemokraties gesien kon word. Die Konstitusionele Hof se omvattende bespreking in die inleidende gedeelte het duidelik die besef verraai dat daardie aspek 'n sensitiewe aangeleentheid was. Met ander woorde, dat verteenwoordigers van die regsprekende gesag wat nie demokraties verkies is nie en gevolglik nie kiesers verteenwoordig het nie, nie teen die meerderheidswil van 'n demokraties verkose liggaam kon optree nie. Die Konstitusionele Hof (regsprekende gesag) se sertifiseringshandeling kon ook as 'n inbreukmakend op die historiese terrein van die wetgewende gesag gesien word, dit wil sê teenstrydig met die basiese uitgangspunte van die beginsel van die skeiding van owerheids gesag.

7.2.2 Die sertifiseringsproses en die skeiding van owerheids magte

In *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly; In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 supra* moes die Konstitusionele hof besware hanteer wat gehandel het oor artikels 47 en 91 van die teks wat op die skeiding van owerheids gesag gebaseer is (Fick, 2001:39).

Tydens die geleentheid wat die Konstitusionele Hof vir besware geskep het, is daar onder ander aangevoer dat die finale Grondwet, artikel 91, nie aan Grondwetlike beginsel VI voldoen nie. Artikel 91 (3)(b) het bepaal dat die President die lede van die Kabinet uit die wetgewende gesag moet saamstel. Die beswaarmakers het aangevoer dat die gelyktydige lidmaatskap van die wetgewende en uitvoerende owerheidsinstellings strydig met die Grondwetlike beginsel is en dat daar 'n skeiding van magte tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag moet wees (Malherbe, 1997:37). Met ander woorde, dat die gedeeltelike vermenging van die uitvoerende en wetgewende gesag in 'n hoofsaaklik parlementêre stelsel tot 'n relatiewe skeiding van owerheids gesag lei, wat nie vir voldoende skeiding voorsiening maak nie. Die beswaar was ook dat dié gedeeltelike vermenging die institusionele mag van die uitvoerende gesag teenoor die ander instellings versterk (Fick, 2001:39).

Die keuse van die Grondwetskrywende vergadering om 'n gedeeltelike vermenging van die uitvoerende en wetgewende gesag te aanvaar, is die direkte gevolg van die keuse om steeds sterk kenmerke van die parlementêre stelsel in die nuwe Grondwet te behou.

Die Konstitusionele Hof het in reaksie op die beswaar (paragraaf 111) eerstens bevind dat die skeiding van owerheidsgesag in die algemeen nie n "a fixed or rigid constitutional doctrine" was nie, en verder dat die skeiding van owerheidsgesag-beginsel in verskillende (regerings)vorme kan manifesteer (daar is nie net een ideale tipe nie). Bykomend is beslis dat die gedeeltelike vermenging tot gevolg het dat verskeie vorme van wigte en teenwigte in die proses geïmplementeer kan word wat die instellings in staat stel om onderlinge kontrole tussen die verskillende owerheidsinstellings uit te oefen (Devenish, 2003:96).

Die Konstitusionele Hof het bevind dat die Grondwetlike beginsel VI wel voorskriftelik was in dié mate dat daar wel n skeiding van owerheidsmagte moet wees, maar nie voorskriftelik was ten opsigte van graad en toepassing nie of watter bepaalde (regerings) vorm gevolg moet word nie (paragrafe 112 en 113). Die aanwesigheid van die Grondwetlike beginsel oor die skeiding van owerheidsgesag dui eerder op n besorgdheid of sensitiwiteit vir die moontlike oorkonsentrasie van mag, maar nie ten koste van n doeltreffende, maar verantwoordelike uitvoerende gesag nie.

Beswaar is ook gemaak oor artikel 179 van die nuwe teks, wat voorsiening gemaak het vir die instelling van n enkele vervolgingsowerheid. Die vervolgingsgesag sou uit n Nasionale Direkteur en enkele Direkteure bestaan wat deur n parlementswet (wetgewende gesag) geskep sou word. Artikel 179 (5) magtig die Nasionale Direkteur om n vervolgingsbeleid vir Suid-Afrika in te stel en uit te voer.

Die beswaar wat teen dié artikel gemaak is, is dat indien die President die Nasionale Direkteur aanwys, dit basies n lid van die uitvoerende gesag is wat lid of lede van die regsprekende gesag aanwys. In dié opsig is dit n oorskryding van die vereiste dat daar n skeiding tussen die owerheidsmagte moet wees.

Die Konstitusionele Hof het die beswaar teenoor artikel 179 verwerp (paragraaf 141) en beslis dat die vervolgingsgesag nie deel van die regsprekende gesag is nie en indien die Nasionale Direkteur wel n lid was, dit nie n oorskryding van owerheidsgesag sou wees nie. Die Konstitusionele Hof was van mening dat die beswaar op n onhoudbare uitgangspunt gebaseer is, omdat elke keer wanneer n lid van die regsprekende gesag deur die President op basis van sy grondwetlike bevoegdhede aangewys word, dit as n oorskryding van die skeiding van owerheidsgesag-leerstuk beskou sou word (bv. wanneer die President n lid van die Regterlike Dienskommissie sou aanwys).

Die Konstitusionele Hof het ook die belangrike besware teen die Regterlike Dienskommissie se aanstelling van regters gehanteer. Die beswaar was teen die verteenwoordiging op die Regterlike Dienskommissie waar beide die uitvoerende en

wetgewende gesag verteenwoordiging het (paragraaf 120) en die aanstelling van waarnemende regters deur die uitvoerende gesag (en die wetgewende gesag) (paragraaf 122-125). Die Konstitusionele Hof het egter nie die uitvoerende en wetgewende gesag se betrokkenheid by die aanstelling van die regters in beginsel as 'n aantasting van die onafhanklikheid van die hofe en die skeiding van owerheidsmagte gesien nie.

Die Konstitusionele Hof (paragraaf 123) het beslis dat die deelname van die uitvoerende gesag aan die aanstelling van regters nie teenstrydig met die skeiding van owerheidsgesag-beginsel is nie. Die Konstitusionele Hof het vergelykend na die Verenigde Koninkryk, Duitsland, Indië en die VSA verwys en aangetoon dat dié lande ook insae deur die uitvoerende gesag in die aanstelling van regters het en dat skeiding van owerheidsgesag-beginsel nie in die lande negatief beïnvloed is nie. Wat meer belangrik is, was dat die regsprekende gesag onpartydig en onafhanklik sy funksies moet vervul. Die Konstitusionele Hof was tevrede dat artikel 165 van die Grondwet wel hierdie aspekte waarborg en die hofe voldoende teen inmenging van ander owerheidsinstellings beskerm. Die Konstitusionele Hof het ook bevind (paragraaf 124) dat die teenwoordigheid van die uitvoerende gesag op die Regterlike Dienskommissie nie teenstrydig met die skeiding van owerheidsgesag-beginsel is nie. Die rede is dat die regsprofessie asook opposisiepartye in die Regterlike Dienskommissie ingesluit is, wat 'n breed saamgestelde instelling tot stand bring, wat 'n effektiewe wig en teenwig teen dominansie deur die uitvoerende gesag is.

7.2.3 Kommentaar oor die uitspraak van die Konstitusionele Hof

Devenish (1998:190) merk op in sy kommentaar oor die 1996-Grondwet en die proses van sertifisering: "The court was at pains to express the limited nature of its mandate..." en verder word verwys na die feit dat (die Konstitusionele Hof) verplig gevoel het: "... to give its reasons saying as little as possible in order not to pre-empt its future decisions in which the provisions of the text will have to be interpreted in concrete dispute situations."

Die Konstitusionele Hof het in paragraaf 111 verkies om ook saaklik met die beswaar oor gedeeltelike vermenging tussen die uitvoerende en wetgewende gesag, as strydig met die skeiding van owerheidsgesag-beginsel, om te gaan.

Daar kan egter nie volledig met die Konstitusionele Hof se standpunt saamgestem word dat daar nie streng voorskriftelik met die toepassing van die skeiding van owerheidsgesag-beginsel omgegaan hoef te word nie. Dié hof se standpunt was dat die skeiding van owerheidsgesag in 'n verskeidenheid van regeerpermutasies moontlik is en dat 'n absolute skeiding van owerheidsgesag nie 'n praktiese regeermoontlikheid is nie.

Sou die standpunt veronderstel dat selfs 'n geringe of klein graad van skeiding van owerheidsgesag ook vir die Konstitusionele Hof aanvaarbaar sou wees? Die oogmerk van die skeiding van owerheidsgesag-beginsel is om 'n oorkonsentrasie van mag te verhoed en die Grondwetlike vergadering het met die teoretiese basis, so 'n grondwetlike beginsel geformuleer. 'n Hoë vlak van magskonsentrasie vind juis in 'n parlementêre regeringstelsel plaas, waar die gedeeltelike samesmelting van die uitvoerende en die wetgewende gesag tot gevolg het dat mag grootliks in die Parlement (en in die President/uitvoerende gesag) gekonsentreer word.

Die President se uitvoerende posisie is sterker as wat dit in die Grondwette voor die 1983-Grondwet was. Soos reeds bespreek, het die President kragtens die 1983-Grondwet ook sterk uitvoerende bevoegdhede gehad. Die President is kragtens die 1996-Grondwet ook in 'n sterk uitvoerende posisie. Die belangrikste van dié bevoegdhede is natuurlik dat die President die posisie van "hoof uitvoerende beampte" van Suid-Afrika beklee. Bykomend tot die primêre bevoegdheid is ook verpligtinge, soos die aanstelling van regters van die Konstitusionele Hof (artikel 174 (3) & (4)), vier lede van die Regterlike Dienskommissie (artikel 178 (1)(j)), die Nasionale Direkteur van Vervolging (artikel 179 (1)(a)), die militêre bevelvoerder van die Nasionale Weermag, die Nasionale Kommissaris van die Polisie (artikel 207 (1)), Hoofde van die intelligensiedienste (artikel 209 (2)) om net 'n paar te noem.

Hoewel die President nie de facto sitting in die wetgewende gesag het nie het lede van sy kabinet wel sitting in dié instelling. Die noodwendige gevolg van die feit dat die President leier van die sterkste politieke party is, is dat die rolbekleër de facto die wetgewende gesag domineer. Die parlementêre stelsel maak nie soos die presidensiële stelsel institusioneel voorsiening vir 'n situasie waar die wetgewende gesag in die hande van een politieke party is en die uitvoerende gesag deur 'n ander politieke party gedomineer word nie.

Die aanwesigheid van kabinetlede (uitvoerende gesag) in die wetgewende gesag konsentreer mag en gesag sterk in die kabinet. Dit is een argument om aan te voer dat 'n volledige skeiding van owerheidsgesag 'n onpraktiese moontlikheid is. Dié aanname, hoewel korrek, regverdig egter nie 'n keuse van 'n stelsel van gedeeltelike vermenging nie, omdat sterker vorme van owerheidskeiding in 'n regeringstelsel, soos die presidensiële stelsel, oorweeg kon word. Die presidensiële stelsel het ook bepaalde tekortkominge, soos daar in die bespreking van Brasilië uitgewys

is.

Die uitvoerende gesag se dominansie in die wetgewende gesag is ooglopend sigbaar. Een so n voorbeeld is die invloed wat die uitvoerende gesag in die parlementêre komitees uitoefen. Parlementêre komitees is belangrike substrukture van die parlement wat saamgestel word met die oogmerk om spesifieke take te verrig. Hierdie take is omvattend en strek vanaf navrae, die inwinning van inligting en analisering van wette tot n veelheid van ander take. Komitees het egter ook n kontroleringsfunksie oor regeringsaksies (uitvoerende gesag) en tesame met hul ander funksies vervul die instellings n belangrike en prominente rol in die moderne Parlement (Rautenbach & Malherbe, 2004:148-151).

Die invloed van die uitvoerende gesag in die wetgewende gesag is veral in die feit geleë dat lede van die uitvoerende gesag uit die geledere van die wetgewende gesag aangewys word (artikel 91 (1)(b)). Dié lede van die uitvoerende gesag word as ministers in die Kabinet opgeneem, maar behou hul posisies in die wetgewende gesag. Kabinetministers is gewoonlik prominente lede van die regerende party wat hul invloed sterk in die wetgewende gesag laat geld. Die kruis en dubbelverteenvoording in n regeringstelsel, wat deur die uitvoerende gesag gedomineer word, het ongetwyfeld n negatiewe impak op die skeiding van owerheidsgesag.

Staande komitees verrig n uiters belangrike funksie in die funksionering van die Parlement. Komitees kry opdrag om namens die Parlement ondersoek in te stel, getuienis in te win, verslag daaroor te doen en ook om as kontrole-meganisme oor die optrede van die regering toesig te hou (Rautenbach en Malherbe, 2004:148).

Gedurende die finale sessie in 2000 het die Parlement die verslag van die Staande Komitee oor Openbare Rekeninge (SKOR) aanvaar wat n ondersoek na die wapentransaksie aangevra het. Aanvanklik was al die lede van SKOR ten gunste van die insluiting van die Heath-Ondersoekseenheid in die ondersoekspan. Onder druk van die uitvoerende gesag het die ANC lede van SKOR egter besluit om nie die insluiting van die Heath-Ondersoekseenheid te steun nie en is die eenheid van die ondersoek uitgesluit. (Die Heath-Ondersoekseenheid het wel later ontbind nadat die Konstitusionele Hof inderdaad bevind het dat dit teenstrydig met die skeiding van owerheidsmagte-beginsel is.) As deel van die uitvoerende gesag se strategie in dié verband is die vise-voorsitter van SKOR deur n verteenwoordiger van die regerende party vervang.

Soos Devenish (2003:89) dan korrek in dié verband aandui, is dit 'n duidelike inmenging van die uitvoerende gesag in die werksaamhede van die wetgewende gesag. Die aspek is lynreg teenoor die basiese aannames van die skeiding van owerheidsgesag-beginsel. Devenish wys op die gevaar wanneer die tradisioneel neutrale onpartydige komitees 'n blote instrument in die hande van die uitvoerende gesag kan word en dat die onafhanklikheid van 'n belangrike komitee(s) in die wetgewende gesag hierdeur ondermyn kan word.

Die oogmerk wat die grondwetskrywers genoop het om op 'n gedeeltelike vermenging van die uitvoerende en wetgewende gesag in 'n parlementêre stelsel te besluit, is ooglopend. Ten einde die proses van politieke transformasie te bespoedig, was dit belangrik dat 'n "sterk" regering met die magswaartepunt in die Parlement geskep moes word. 'n Presidensiële stelsel waar die uitvoerende en die wetgewende gesag meer onafhanklik funksioneer en in die proses van wigte en teenwigte dikwels teenoor mekaar opgestel is wat tot 'n dooiepunt in die regeerproses kon lei, sou om die rede nie aanvaarbaar wees nie.

7.3 STRUKTURELE ELEMENTE VAN DIE 1996-GRONDWET

Die 1996-Grondwet bevat net soos sy voorganger, die 1993 interim-Grondwet, sterk strukturele kenmerke wat op 'n skeiding tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag dui. Die strukturele uiteensetting van die Grondwet en die insluiting van bepaalde strukture en funksies versterk die aanname dat die skeiding van owerheidsgesag 'n fundamentele kenmerk van die Grondwet is;

- drie regeringsinstellings, wetgewend, uitvoerend en regsprekend.

Die wetgewende gesag het eksklusiewe wetgewende bevoegdheid terwyl die uitvoerende gesag vir die uitvoering van die wette verantwoordelik is. Die regsprekende gesag besleg dispute en gee uitsluisel oor regte en verpligtinge.

- 'n strukturele skeiding van owerheidsmagte tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag, wat in 'n onbuigsame Grondwet veranker is.
- die voorsiening in die Grondwet (artikel 165 (1) en (2)) van 'n onafhanklike en onpartydige regbank wat as beskermmer van die Grondwet optree.

Die skematiese indeling van die 1996-Grondwet skep 'n aanvanklike indruk dat dié Grondwet struktureel vir 'n sterk skeiding van owerheidsgesag in drie kategorieë voorsiening maak. (Die mate waarin die skeiding van owerheidsgesag-beginsel wel toegepas word, is die interaksie tussen strukture en funksie wat in dié hoofstuk en in

hoofstuk 6 ter sprake sal kom.) In die 1996-Grondwet word h strukturele en funksionele uiteensetting van die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag agtereenvolgens in afsonderlike hoofstukke gedoen. In hoofstuk 4 word h uiteensetting van die struktuur en funksies van die wetgewende gesag gegee, terwyl die uitvoerende gesag in hoofstuk 5 bespreek word. In hoofstuk 7 word h uiteensetting van die regsprekende gesag gegee, wat die uitoefening van die regsprekende gesag insluit.

(1) WETGEWENDE GESAG VAN DIE REPUBLIEK

Volgens Rautenbach en Malherbe (2004:109) het die wetgewende gesag: "...die bevoegdheid om regsreëls te skep, te wysig en te herroep..."

In die 1996-Grondwet word die volgende oor die wetgewende gesag van die Republiek bepaal;

(i) Struktuur en funksies

Artikel 43 bepaal dat die nasionale wetgewende gesag in die Parlement gesetel is. Artikel 42 (1) bepaal dat die Parlement uit die Nasionale Vergadering en die Nasionale Raad van Provinsies sal bestaan.

In dié opsig het die wetgewende gesag h metamorfose ondergaan indien dit met die vorige bedeling vergelyk word. Veral die struktuur van die Hoërhuis of die tweede kamer het in die finale Grondwet heelwat anders daar uitgesien. Die interim-Grondwet het vir h Senaat voorsiening gemaak, wat in die 1996-Grondwet deur h Nasionale Raad van Provinsies vervang is.

Die Nasionale Raad van Provinsies is die strukturele forum waar die onderskeie belange van Suid-Afrika se nege provinsies op nasionale vlak in ag geneem sou kon word (Devenish, 1998:110).

Die Parlement besit ooreenkomstig die beginsels van skeiding van owerheidsgesag die eksklusiewe en primêre funksie om wette op nasionale vlak uit te vaardig. Hierdie konstitusionele posisie sluit by die politieke teorie aan dat die gekose verteenwoordigers die belange van die kiesers in die Parlement moet verteenwoordig (Rautenbach en Malherbe, 2004:111).

Die 1996-Grondwet, soos sy voorganger, die 1993- Grondwet, het h konstitusionele beperking op die Parlement se soewereiniteit geplaas deur n beperking op die wetgewende aktiwiteite te plaas. Artikel 44 (4) bepaal dat wanneer die Parlement sy wetgewende bevoegdheid uitoefen, dié bevoegdheid deur die bepalings in die Grondwet begrens moes word. Die absolute oppergesag van die wetgewende gesag in die pre-1993 tydperk, behoort dus op grond van hierdie bepaling finaal tot die verlede.

Die Parlement se bevoegdhede om wette uit te vaardig is gevolglik aan die Grondwetlike voorskrifte en prosedures onderworpe, wat met betrekking tot wetmaking uiteengesit is. Die wetgewende gesag het: "...only the powers vested in it by the Constitution expressly or by necessary implication" (Devenish, 1998:113).

Die wetgewende funksie is eksklusief aan die wetgewende gesag toevertrou en daar is duidelike beperkinge op die ongemagtigde delegasie van dié bevoegdheid aan n ondergeskikte instelling geplaas. In *Executive Council, Western Cape Legislature, and Others v President of the Republic of South Africa 1995 supra* wat oor die 1993-Grondwet gehandel het, het die Konstitusionele Hof bevind dat daar inderdaad beperkinge op die delegering van wetgewende bevoegdheid deur die wetgewende gesag is. Daar is ook bevind dat dié beperking die gevolg van die toepassing van die skeiding van owerheidsgesag-beginsel is. (Die beginsel geld steeds en is in hoofstuk 6 volledig bespreek.)

Oorspronklike wetgewende bevoegdhede berus eksklusief by die Parlement en dié bevoegdheid mag nie gedelegeer word nie. Volgens Devenish (1998:111-112) is dit die invloed en beperking wat die skeiding van owerheidsmagte-beginsel op die wetmakende bevoegdheid van die Parlement geplaas het. Die Konstitusionele Hof het deur hierdie beslissing die skeiding van owerheidsmagte-beginsel versterk.

Bykomend tot dié beperking is die uitgevaardigde wette van die wetgewende gesag onderworpe aan hersiening of toetsing gestel omdat kragtens die Grondwet die regsprekende gesag (howe) met 'n substantiewe toetsingsreg beklee is. Die Grondwet (artikel 167 (5)) verleen uitdruklik 'n toetsingsreg aan die howe. Hierdie toetsingsreg van die howe vloei aksiomaties vanuit die oppergesag van die Grondwet voort, wat die substantiewe aard daarvan bevestig.

(ii) Regeringsvorm en verweefdheid tussen wetgewende en uitvoerende gesag

Die Grondwet se bepalings dui implisiet daarop dat in hoofsaak 'n parlementêre regeringsvorm behou is, hoewel daar duidelik bepaalde presidensiële kenmerke in die stelsel, soos dié van 'n uitvoerende president, ingebou is. (Sien die bespreking in hoofstuk 2 in die verband.)

Die President word uit die lede van die Nasionale Vergadering gekies met 'n meerderheid van stemme (artikel 86). Die President moet na sy verkiesing sy plek in die Nasionale Vergadering opsê. Die rede vir die ontruiming nadat dit as vereiste gestel is dat die kandidaat 'n lid van die wetgewende gesag moet wees, is nie duidelik nie. Konstitusioneel is dit waarskynlik om die President in die wetgewende gesag te anker maar daarna uitvoerende vryheid te gee.

Dit beteken nie dat Suid-Afrika se regeringstelsel 'n nie-parlementêre regeringstelsel is nie (Rautenbach en Malherbe, 2004:188). Verskillend van die nie-parlementêre stelsels is die termyn van die President wat dieselfde is as die van die Parlement, word hy deur die Parlement verkies en kan die Parlement van hom ontslae raak deur 'n mosie van wantroue in hom in te stel. Met ander woorde daar is 'n veel sterker koppeling tussen die President en die Parlement as in nie-parlementêre stelsels.

Die wetgewende gesag is hoofsaaklik die instelling waaruit die President sy adjunk (artikel 94(2)) en die kabinet aanwys. So bepaal artikel 91 (3)(b) dat die Ministers uit die Nasionale Vergadering aangewys moet word. Dié artikel maak voorsiening dat 'n maksimum van twee Ministers van buite die Nasionale Vergadering aangestel kan word. Artikel 92 (2) hou die Kabinet gesamentlik en individueel teenoor die Parlement verantwoordelik.

Die Ministers se dubbele rol as lede van die uitvoerende gesag (met die twee uitsonderings waarvoor artikel 93 (3)(c) voorsiening maak) en terselfdertyd lede van die wetgewende gesag is natuurlik teenstrydig met die enger beskouing van die skeiding van owerheids-gesag-beginsel. Funksionele vermenging vind dikwels plaas veral omdat die meeste wetgewing deur Ministers geïnisieer word.

Hierdie gedeeltelike vermenging tussen die uitvoerende en die wetgewende gesag was duidelik die oogmerk van die Grondwet-opstellers ten einde 'n stelsel van verantwoordelike regering in te stel, waar daar van die wetgewende gesag verwag sou word om kontrole oor die uitvoerende gesag uit te oefen (Devenish, 1998:111). Hierdie reëling is deel van 'n stelsel van wigte en teenwigte wat in die parlementêre stelsel bestaan.

Dit is duidelik dat die Grondwet-opstellers die gedeeltelike vermenging van uitvoerende en wetgewende gesag as 'n geringe prys gesien het wat betaal moes word vir die voordeel van verantwoordelike regering (Fraser-Moleketi, 1996:4).

Vervolgens kom die uitvoerende gesag aan die beurt met spesifieke verwysing na die skeiding van owerheidsmagte-leerstuk.

(2) UITVOERENDE GESAG VAN DIE REPUBLIEK

Volgens Rautenbach en Malherbe (2004:181) het die uitvoerende gesag: "...die bevoegdheid om regsreëls uit te voer..."

In die 1996-Grondwet word die volgende bepaal oor die uitvoerende gesag van die

Republiek;

(1) President

Artikel 83 bepaal dat die uitvoerende gesag van die Republiek in h President gesetel is, wat terselfdertyd die hoof van die staat (seremoniële amp) en die hoof van die regering is.

Artikel 85 (1) bepaal dat die uitvoerende gesag van die Republiek in h President gesetel is, wat die uitvoerende gesag gesamentlik met die lede van die kabinet uitoefen (artikel 85 (2)).

Die parlementêre stelsel se voortgesette invloed op die ampsposisie van die President blyk uit die bepaling dat die verkiesing van n President na n verkiesing of ontruiming van die amp uit die geledere van die Nasionale Vergadering moet geskied (artikel 86 (1)). Dit beteken dat die verkiesing van die staatshoof (President) nou aan die wetgewende gesag gekoppel word en nie onafhanklik funksioneer soos dit byvoorbeeld in die presidensiële stelsel die geval is nie.

Die Grondwet (artikel 87) maak wel voorsiening vir die handhawing van die skeiding van owerheidsgesag deur te bepaal dat die President na sy verkiesing tot die amp sy posisie in die Nasionale Vergadering moet prysgee.

Die lede van die kabinet bly egter deel van die wetgewende gesag en die verband tussen die uitvoerende en wetgewende gesag is uiteraard baie sterk. Devenish (1998:153) wys daarop dat hoewel die President “buite die Parlement” gestruktureer is die uitvoerende gesag onder die 1996-Grondwet uiteraard n parlementêre model en nie n presidensiële model is nie. In die parlementêre model is daar nie institusionele skeiding soos in die presidensiële stelsel nie. Die uitvoerende gesag speel h leidende rol in die inisiëring en voorbereiding van wetgewing hoewel dit in die hoedanigheid as lede van die Nasionale Vergadering geskied. Die sterk koppeling bestaan verder deurdat wette wat deur die Parlement aangeneem is, eers deur die President goedgekeur moet word voordat dit wet word. Hierdie prosedure is egter merendeels n formaliteit.

So het die 1983-Grondwet bepaal dat die Staatspresident nie meer n lid van die wetgewende gesag sou wees nie, hoewel hy steeds groot invloed op die wetgewende gesag uitgeoefen het. Dié gebruik is na die interim- Grondwet oorgedra en vorm tans ook deel van die 1996-Grondwet. Op die oog af versterk hierdie strukturele posisie van die President, losstaande van

die wetgewende gesag, die persepsie dat die meer outonome struktuur die toepassing van die skeiding van owerheidsmagte-leerstuk versterk het. Dit skep ook die persepsie dat die 1996-Grondwet 'n hibriede regeringstelsel geskep het, wat struktureel tussen 'n suiwer parlementêre en 'n presidensiële stelsel geïntegreer is.

Soos Rautenbach en Malherbe (2004:188-189) egter tereg aandui, is daar steeds 'n groot graad van betrokkenheid en verweefdheid tussen die President en die Parlement. Die President word deur die Parlement verkies wat hom ook op basis van wangedrag, inkapasiteit of 'n ernstige oortreding van 'n wet kan ontslaan (artikels 86 en 89). Tweedens is die President se ampstermyn aan dié van die Parlement gekoppel (artikel 88) en hy/sy moet bedank as die Parlement 'n geslaagde mosie van wantroue in die kabinet instel (artikel 102 (2)).

Artikel 96 bepaal dat die Adjunk-president ook uit die lede van die Nasionale Vergadering aangewys moet word en 'n lid bly. Die Kabinetslede moet ook, met uitsondering van twee lede (wat van buite die Nasionale Vergadering aangewys kan word)(artikel 91 (3)(c)) uit die verteenwoordigers van die Nasionale Vergadering aangewys word (artikel 91 (3)(b)). Hierdie en ander soortgelyke bepalings beteken dat die sterk verweefdheid wat in die parlementêre regeringstelsel tussen die uitvoerende en die wetgewende gesag voorkom, in 'n stelsel van gedeeltelike vermenging in die 1996 Grondwet voortgesit word.

(2) Kabinet

Die Kabinetslede, met uitsondering van die twee lede wat van buite die Nasionale Vergadering aangestel kan word, het sitting in die wetgewende gesag.

Die oorsluiting tussen die uitvoerende en wetgewende gesag word ook verder beïnvloed deur die hoeveelheid ondergeskikte wetgewing wat deur die uitvoerende gesag uitgevaardig word. Die ontwikkeling en toename van ondergeskikte wetgewing wat deur die uitvoerende gesag uitgevaardig word, is 'n kenmerk van die moderne regeerkunde (Heywood, 2000:115). Die teenwoordigheid van die uitvoerende

gesag in die wetgewende gesag, tesame met die toenemende burokratisering van die uitvoerende en wetgewende gesag, het ooglopend n nadelige invloed op die handhawing van strukturele en funksionele verdelingslyne tussen dié instellings. Soos egter in die bespreking van *Executive Council, Western Cape Legislature and Others supra* op gewys is, het die Konstitusionele Hof beperkinge op die delegasie van oorspronklike wetgewende bevoegdheede geplaas. Dit is egter n groeiende tendens dat ondergeskikte wetgewing in die moderne regering toenemend aan die uitvoerende gesag oorgedra word. Die beheer van die Parlement oor ondergeskikte wetgewing is n belangrike hulpmiddel (Rautenbach en Malherbe, 2004:155).

Die Grondwet bevat n algemene magtiging om te deleger (artikel 238 (a)). Soos Rautenbach en Malherbe (2004:217) daarop wys, mag enige uitvoerende orgaan n bevoegdheid of funksie, wat volgens wetgewing uitgeoefen moet word, aan n ander uitvoerende orgaan deleger mits dit met die wetgewing versoenbaar is.

Soos uit die bespreking in die vorige hoofstukke oor die voorafgaande Grondwette blyk, het daar in Suid-Afrika nog deurentyd relatiewe skeiding van owerheidsmagte, soos in die Westminstermodel, plaasgevind. n Bykomende bepaling verseker die strukturele afhanklikheid van die wetgewende en uitvoerende gesag onderling, wat ook vanselfsprekend negatiewe implikasies vir die skeiding van owerheidsgesag inhou. Die toepassing van die leerstuk van gesamentlike en individuele verantwoordelikheid aan die Parlement (artikel 92 (2)) bepaal dat die lede van die Kabinet kollektief en individueel (vir hul onderskeie departemente) vir die uitoefening van hul magte en die uitvoering van hul funksies aan die Parlement verantwoording moet doen.

Die oogmerk van dié oorvleueling was om n stelsel van verantwoordelike regering te skep wat onderlinge kontrole van die wetgewende oor die uitvoerende gesag moet verseker. Dit is deel van n stelsel van ingeboude wigte en teenwigte. Die probleem is nie wesenlik in die gedagte of beginsel geleë nie, maar in die praktiese doeltreffendheid daarvan.

In die funksionering van die skeiding van owerheidsgesag speel veral die regsprekende gesag n belangrike rol. Die struktuur van die regsprekende gesag is daarom die onderwerp van die volgende bespreking.

(3) REGSPREKENDE GESAG VAN DIE REPUBLIEK

Volgens Rautenbach en Malherbe (2004:223) het die regsprekende gesag: "...die bevoegdheid om geskille te besleg wat deur die toepassing van die reg opgelos kan word

deur te bepaal wat die reg is en hoe om dit in n besondere geval toe te pas.”

In die 1996-Grondwet word die volgende bepaal oor die regsprekende gesag van die Republiek:

Die onafhanklike outonome status van die regsprekende gesag, kragtens die 1996-Grondwet, blyk duidelik uit hoofstuk 8 se bepalings.

Die 1996-Grondwet, hoofstuk 8, bevestig ondubbelsinnig dat die substantiewe status van die regsprekende gesag substansieel sterker is as wat dit die geval onder die voorafgaande Grondwette voor 1993.

Artikel 165 is die hoeksteen wat die onafhanklik van die regsprekende gesag verseker en direk die skeiding van owerheidsgesag waarborg. Cowling (2003:427) skryf: "Section 165 of the Constitution guarantees the independence of the judiciary, which is one of the cornerstones of the separation of powers."

Artikel 165 (1) bepaal dat Suid-Afrika se regsprekende gesag in die howe gesetel sal wees. Artikel 165 (2) bepaal dat die howe onafhanklik en slegs aan die Grondwet onderworpe is sodat wette onpartydig toegepas kan word. Artikel 165 (3) bevestig die onafhanklike status van die regsprekende gesag deur duidelik te stel dat geen persoon of owerheidsinstelling met die werksaamhede van die howe mag inmeng nie. Die Grondwet gaan selfs verder deur h positiewe verpligting op die wetgewende gesag te plaas (artikel 165 (4)) om deur wetgewing en ander maatreëls die howe by te staan en te beskerm ten einde die regsprekende gesag se onafhanklikheid, onpartydigheid, toeganklikheid en effektiwiteit te verseker.

7.4 DIE ONAFHANKLIKHEID VAN DIE REGSPREKENDE GESAG EN DIE SKEIDING VAN OWERHEIDSGESAG

7.4.1 Die onafhanklikheid van die howe

Die strukturele verhouding tussen die regsprekende, uitvoerende en wetgewende gesag is wesenlik dieselfde as ingevolge die bepalings van die 1993-Grondwet. Aanvullend tot die bespreking in hoofstuk 4 oor die strukturele verhouding tussen die regsprekende, uitvoerende en wetgewende gesag, word die onafhanklikheid van die regsprekende gesag en die invloed van die groter onafhanklikheid op die skeiding van owerheidsgesag bespreek.

Die onafhanklikheid van die regsprekende gesag is h universeel aanvaarde waarde wat deur die meeste demokratiese state nagestreef word. Die onafhanklike posisie van die regsprekende gesag versterk op verskeie wyses die skeiding van owerheidsgesag in die moderne regeerkunde.

Okpaluba (2003:109) skryf:

“ It is universally accepted that the independence of the judiciary is a sine qua non of a democratic state. Nor has it ever been in doubt that it is one of the fundamental values of a modern democratic Constitution. Indeed, the independence of the judiciary is the cornerstone of the revered concept of the rule of law, *the bedrock of the principle of separation of powers* and a safety-valve for the role the courts play in the democratic system of government.” (my beklemtoning)

Die onafhanklikheid van die regsprekende gesag dra ook heelwat by om h regering te legitimeer. Die onafhanklikheid van die regsprekende gesag as beskermmer van die grondwet en algemene wette, sonder inmenging deur die uitvoerende gesag, dra baie tot die persepsie by dat hoë vlakke van demokratisering in n land bereik is. Die respek wat die inwoners van n land aan die regsprekende gesag betoon, is onderworpe aan die persepsie dat die howe as onafhanklik van die uitvoerende, wetgewende gesag gesien word en die mate waarin die politici en drukgroepe van inmenging in die regsprekende gesag weerhou word. Die onafhanklikheid van die howe om geregtigheid volgens die wette van die land toe te pas, werk voortdurend in om die persepsie te versterk dat die howe n hoë graad van onafhanklikheid geniet (Okpaluba, 2003:110).

Mihalik (1987:250) bestempel ook die onafhanklikheid van die howe as n noodsaaklike voorvereiste wat uit die konstitusionele doktrine van die skeiding van owerheidsgesag voortvloei:

”The constitutional doctrine of the separation of powers should manifest the independence of the judiciary ...”

Die Grondwet se belangrike bepaling dat die oppergesag van die Parlement deur die oppergesag van die grondwet vervang is, het direk die regsprekende gesag se strukturele en funksionele se geloofwaardigheid versterk. Hierdie aspek moet teen die agtergrond van die regsprekende gesag se posisie onder die Westminsterstelsel in die periode voor die aanvaarding van die interim- en die finale Grondwet gesien word. Gedurende die tydperk 1910-1983 was die howe aan meringskrisis blootgestel as gevolg van die aanwesigheid van parlementêre oppergesag, blanke hegemonie, n feitlik eksklusiewe blanke regbank wat verplig was om onregverdigbare en onbillike apartheid en veiligheidswette toe te pas op n bevolking, wat nie die reg gehad het om hul verteenwoordigers in die parlement te kies nie (Devenish, 1998:222).

Die 1996-Grondwet ken ongetwyfeld heelwat status aan die regsprekende gesag as beskermmer van die waardes en beginsels van die Grondwet toe. Die waardes en

beginsels word in die vestigingsartikels en die Handves van Menseregte (hoofstuk 2) van die Grondwet uiteengesit.

Die rol wat die regsprekende gesag in die algemeen in die transformasie en demokratisering van een politieke stelsel na n ander speel, veral in die proses van demokratisering van n outoritêre staat, het in die laaste paar dekades in belang toegeneem. Klüg (2000:5) maak die belangrike opmerking dat die meeste analises van politieke verandering nie die rol van die regsprekende gesag in die rekonstruksie van n staat erken nie. Die proses van grondwetskrywing veronderstel h nuwe begin vir n demokratiese staat en in dié opsig speel die regsprekende gesag en die howe n belangrike rol as beskermer van die “spelreëls” wat toekomstige institusionele gedrag gaan beheer. Klüg (2000:6) verwys na die belangrike rol wat die regsprekende gesag met sy groter magte, soos regshersiening, kan speel om n outoritêre staat te demokratiseer.

Die legitimiteit wat die regsprekende gesag onafhanklik van die politieke arena beklee sonder dat n politieke agenda aan die howe gekoppel kan word, versterk dié instelling se potensiaal om die oorgang na n demokratiese stelsel te fasiliteer. Die Konstitusionele Hof en ander howe se beregting van growwe menseregteskendings asook die herstel van grond- en eiendomsregte buite die tradisionele politieke arena legitimeer die transformasieproses.

Klüg (2000:6) se uiteensetting van die rol wat die regsprekende gesag kan speel in die rekonstruksie van die staat en om die demokrasie te konsolideer is veral op die breë uitgangspunt(e) van Teitel se oorgangs-konstitusionalisme gebaseer:

”[It is] based on the concept transitional jurisprudence in which law plays a paradigmatic role ... in the normative construction of the new political regime.”

Die regsprekende gesag kan die rol alleen vervul indien die nodige status aan die instelling verleen word en dit so in die Grondwet uiteengesit en beskerm word. Dit beteken dat die Grondwet n oppermagtige status moet besit en dat die regsprekende gesag as vertolker van die Grondwet en ander wette kan optree. Op die wyse kan die howe geskille besleg en konflikte wat deurlopend ontstaan, bereg. Die gebruik van die regsprekende gesag as fasiliteerder om die staat te rekonstrueer, is h groot las wat op dié instelling geplaas word. Die verantwoordelikheid om die oorgang na die nuwe politieke orde te bewerkstellig en te fasiliteer, is h taak vol slaggate wat met groot omsigtigheid aangepak sal moet word.

In Suid-Afrika word die regsprekende gesag se groter substantiewe verantwoordelikheid

op politieke en staatkundige vlak as fasiliteerder van staatkundige rekonstruksie besef. Die President, mnr Thabo Mbeki, het as hoof van die uitvoerende gesag reeds in n verklaring hierdie rol van die regsprekende gesag bevestig. Mbeki het verklaar dat h onafhanklike regsprekende gesag n belangrike agent vir verandering in Suid-Afrika is en in die toekoms sal wees (Mbeki, 2003:1). Mbeki erken die belang van die onafhanklike outonome status van die regsprekende gesag as sentrale oogmerk van die Suid-Afrikaanse regering en die rol van dié instelling in die vestiging van die skeiding van owerheidsmagte-leerstuk. Die siening sluit die belangrike funksie van die regsprekende gesag in om as vertolker en beskermer van die Grondwet op te tree. Die vertolking van die bepalinge van die Grondwet is van groot belang want die Grondwet simboliseer die wil van die volk. Die Grondwet simboliseer die strewe om die verdeeldheid van die verlede te oorkom en n gemeenskap, gebaseer op demokratiese waardes, sosiale regverdigheid en fundamentele regte te skep. In dié opsig vervul die regsprekende gesag in sy onafhanklike outonome status n belangrike rol om regte uit te klaar en waar nodig af te dwing.

Die Konstitusionele Hof het reeds sedert die aanname van die 1993-Grondwet en veral sedert 1996, as prominente instelling h reusetaak verrig om as deel van die regsprekende gesag inspraak tot die transformasieproses te lewer en om as beskermer van menseregte op te tree. Die Konstitusionele Hof het konflikte tussen die owerheidsinstellings besleg en ook as forum gedien vir politieke partye om hul verskille oor grondwetlike interpretasies op te los (Sarkin, 1997:314). (Sien bv. *Executive Council, Western Cape Legislature, and Others v President of the Republic of South Africa 1995 supra*.)

Dit is verder ooglopend dat die “positiewe verpligting” wat op die regsprekende gesag geplaas word om n rolspeler in die rekonstruksie van die staat op te tree, h direkte invloed op die skeiding van owerheidsgesag sou uitoefen. Die interessantheid van die situasie is dat Suid-Afrika h eiesoortige, unieke variant van die skeiding van owerheidsgesag kan ontwikkel. Suid-Afrika se unieke konstitusionele ontwikkeling, gegewe die historiese ontwikkeling die afgelope tagtig jaar wat deur parlementêre soewereiniteit gedomineer is, het tot gevolg gehad dat unieke kenmerke in die verskillende Grondwette ontwikkel het. Vanaf h suiwer parlementêre stelsel (1909- en 1961-Grondwet) het die konstitusionele ontwikkeling tot n hibriede regeringstelsel gelei (1983, maar veral die 1993 en 1996-Grondwet), wat ook sterk presidensiële kenmerke vertoon het. Dié verandering het n direkte impak gehad op die mate waarin die skeiding van owerheidsgesag toegepas is. In De Lange v

Smuts and Others 1998 (3) SA 785 (CC) het die Konstitusionele Hof dan ook die standpunt ingeneem dat in Suid-Afrika 'n eiesoortige Suid-Afrikaanse model van skeiding van owerheidsgesag ontwikkel het, wat:

“...a delicate balancing act, informed both by South Africa’s history and its new dispensation, ...(pivoting) between the need on the one hand, to control government by separating powers and enforcing checks and balances and, on the other, to avoid diffusing power so completely that the government is unable to take timely measures in the public interest.” (paragraaf 60)

Die 1996-Grondwet met sy klem op grondwetlike oppergesag het die skeiding van owerheidsgesag aspek sterk op die voorgrond geplaas. Hierdie groter rol wat aan die regsprekende gesag toegeken is, het daartoe aanleiding gegee dat die verdeling tussen die verskillende owerheidsinstellings groter prioriteit in regspraak gekry het.

In Suid-Afrika word die onafhanklikheid van die regsprekende gesag dikwels deur politici, regslui en deur staatsamptenare beklemtoon. Die ooglopende gevaar van inmenging deur die uitvoerende gesag in die regsprekende gesag is 'n realiteit waarteen deurentyd gewaak moet word. Op die wyse het Didcott R reeds voortydig in sy memorandum aan die Hoexter Kommissie die teoretiese gevaar uitgewys dat die uitvoerende gesag deurlopend inbreuk op die jurisdiksie van houe kan maak (Mihalik, 1996:250).

Sedert 1996 is die Grondwet egter die oppermagtige wet wat onder andere vir die belangrike funksie van regshersiening voorsiening maak en met 'n regsprekende gesag wat as beskermmer van die grondwet se intrinsieke waardes en etos optree. Ingevolge die Grondwet is die regsprekende gesag die konstitusionele taak opgedra om as deel van sy meer omvattende rol, die wetgewende en uitvoerende gesag se onderskeie wetgewende en administratiewe handelingte teenoor die waardes en beginsels wat in die Grondwet vervat is, te toets (Devenish, 1998:222).

7.4.2 Die onafhanklikheid van die regsprekende amptenare

Een van die hoof onderskeidende kenmerke van regters en die regsprekende gesag in liberaal-demokratiese stelsels, is dat regters streng onafhanklik en nie-polities in die uitvoering van hul pligte moet optree. Dit is hierdie vermoë van regters om bo die politiek verhewe te wees, wat as kernbelangrike waarborg vir die skeiding tussen die reg en politiek gesien word.

Die kernvraag is of die regsprekende amptenare daarin kan slaag om buite die politieke arena te beweeg. Die regsprekende gesag funksioneer nie in 'n vakuum nie en regters moet uiteraard 'n wesenlike rol in politieke aktiwiteite speel soos konflikoplossing en die behoud en voortsetting van staatsgesag (Heywood, 2000:286).

Regters se neutraliteit kan op twee wyses aangetas word: hul kan onderwerp word aan

situasies wat hul onafhanklikheid skaad, op sowel die eksterne as die interne vlak. Op die eksterne vlak kan die onafhanklikheid van regters aangetas word wanneer politieke liggame, soos die uitvoerende gesag of selfs politieke partye, in h posisie is om politieke druk op regters uit te oefen. Op die interne vlak kan die onafhanklikheid van regters aangetas word wanneer hul innerlik simpatiek teenoor n sekere aspek ingestel is. In die meeste demokrasieë word die onafhanklikheid van regters beskerm deur die sekuriteit en beskerming wat hul ampsaanstelling bied (dat regters net onder ekstreme omstandighede ontslaan kan word) en die beperkinge wat op kritiek teen regters en hul uitsprake geplaas word. Soos Heywood (2000:287) egter uitwys, kan die onafhanklikheid van regters gekompromitteer word deur die inmenging van die uitvoerende gesag, soos in die proses van judisiële werwing en aanstelling.

Die 1996-Grondwet bevat h algemene bepaling dat die regsprekende gesag onafhanklik, onpartydig en slegs onderworpe aan die Grondwet en ander wette mag wees (artikel 165 (2)).

Soos Rautenbach en Malherbe (2004:225-229) aandui, kan grondwette in die algemeen of in die besonder voorsiening vir die onafhanklikheid van die regters en die regsprekende gesag maak. Dit is duidelik dat die 1996-Grondwet spesifieke waarborge bevat om die onafhanklikheid van die regsprekende gesag te waarborg.

Die onafhanklikheid van die regsprekende gesag het verskeie aspekte. Rautenbach en Malherbe (2004:225-229) wys op die persoonlike en funksionele onafhanklikheid van die regsprekende gesag.

Persoonlike onafhanklikheid beteken dat die aanstelling, ampstydperk en diensvoorwaardes van regsbeamptes nie arbitrêr deur regeringsinstellings beheer word nie. Die regsprekende gesag word teen die inmenging van die uitvoerende gesag in verskanste grondwette beskerm.

Dit is ongewoon dat die regsprekende amptenare self die regters aanwys. Dit is h funksie wat normaalweg aan n spesiaal saamgestelde liggaam oorgelaat word. Ingevolge die 1996-Grondwet wys die Regterlike Dienskommissie die Regters aan (artikel 174) Die President in samewerking met die Kabinet en na konsultasie met dié Kommissie stel die Hoofregter en sy adjunk aan. (Die ander aanstellings en aanwysings is reeds na verwys). Alle ander regsbeamptes word aangewys, ingevolge parlementêre wetgewing, wat moet verseker dat die aanstellings sonder begunstiging of benadeling geskied (artikel 174(7)).

Alle regsbeamptes moet oor die nodige kwalifikasies beskik en bevoeg wees (artikel 174(1)). In *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa supra* het die Konstitusionele Hof aangedui:

“These are objective criteria subject to constitutional control by the courts...”
(paragraaf 122)

Regters word normaalweg nie lewenslank aangestel nie (Rautenbach en Malherbe, 2004:227) en word gewoonlik beperk deur h sekere ouderdom aan die aanstelling te koppel. h Spesifieke wet, Wet op Besoldiging van Regters no. 47 van 2001, beperk dienende regters tot die ouderdom van 75 jaar, terwyl regters van die Konstitusionele Hof vir h enkel termyn van 12 jaar aangestel word, maar moet op die ouderdom van 70 jaar aftree (artikel 176(1)).

Die ontslag van regters van die regbank het ook h invloed op die onafhanklikheid van die regbank (Rautenbach en Malherbe, 2004:227-228). Die President mag h regter van die regbank verwyder slegs indien:

(i) die Regterlike Dienskommissie bevind dat die regter aan h onvermoë ly, uitermate onbevoeg is, of aan growwe wangedrag skuldig is.

(ii) Die Nasionale Vergadering h resoluëie met n twee-derde meerderheid aanvaar dat die betrokke regter ontslaan word (artikel 177).

h Verdere wyse waarop die onafhanklikheid van die regbank aangetas kan word, is deur die salarisse van regsbeamptes te verlaag of hul diensvoorwaardes ongunstig te verander. Artikel 176 (3) bepaal egter dat die salarisse van regters nie verlaag mag word nie. Die diensvoorwaardes van die regters word, soos genoem, deur die Wet op Besoldiging van Regters beheer. Dit bepaal dat die President oor die voorwaardes moet besluit en dat die proklamasie hieroor voor die Parlement moet dien.

Funksionele onafhanklikheid van die howe beteken dat in die uitoefening van hul werksaamhede regsbeamptes slegs aan die betrokke en relevante wetgewing onderhewig mag wees (Rautenbach en Malherbe, 2004:228). Die 1996-Grondwet stel dit duidelik dat die howe net aan die Grondwet en wetgewing onderworpe is en dat geen persoon of staatsinstelling met die werksaamhede van die howe mag inmeng nie. Daar word bykomend h verpligting op die ander instellings van die regering geplaas dat hul moet verseker dat die howe se onafhanklikheid en onpartydigheid gewaarborg en eerbiedig word (artikel 165 (3) en (4)).

Die administratiewe aktiwiteite en prosedure van die howe mag ook nie ondergeskik gestel word aan die opdragte van n ander regeringsorgane nie. Howe is ook beskerm teen eksterne druk deur beskermingsmaatreëls soos die immunitëit van regsbeamptes teen siviele aksies en die reg om oortreders aan te kla vir minagting van die hof.

7.5 DIE INSTITUSIONELE POSISIE VAN DIE REGSPREKENDE GESAG: DIE 1996-GRONDWET EN DIE SKEIDING VAN OWERHEIDSGESAG

Die institusionele posisie van die Konstitusionele Hof vertoon 'n ingrypende verandering van die posisie van die regsprekende gesag in Suid-Afrika se konstitusionele geskiedenis. Die sertifiseringsopdrag is uniek in die mate dat daar van 'n regsprekende instelling verwag is om oor die besluite van 'n wetgewende instelling uitspraak te lewer. Dit mag aanvanklik dui op 'n oortreding van die skeiding van owerheidsgesag-beginsel maar in werklikheid het die Konstitusionele Hof deur sy optrede duidelik versterkend tot dié beginsel opgetree. Die Konstitusionele Hof het verduidelik dat sy taak 'n regsproses en nie 'n politieke proses is nie en dat die wysheid van politieke besluite nie binne die mandaat van dié Hof val nie. Die Konstitusionele Hof het op die uniekheid van sy rol in dié verband gewys.

Die samestelling en funksies van die regsprekende gesag met betrekking tot die skeiding van owerheidsgesag is reeds kortliks hierbo bespreek. In dieselfde verband is dit belangrik dat die institusionele posisie van die Konstitusionele Hof ook kortliks in oënskou geneem moet word.

Die Konstitusionele Hof het in 'n betreklik kort tydperk 'n belangrike rol as die hoogste hof in alle konstitusionele aangeleenthede in Suid-Afrika (artikel 167 (3)(a)) vervul. Artikel 167 (4)(e) bepaal dat die Konstitusionele Hof die bevoegdheid besit om te bepaal of die Parlement of die President nagelaat het om 'n konstitusionele verpligting na te kom. Artikel 167 in sy geheel beklee die Konstitusionele Hof met substantiewe magte en bevoegdhede, wat dié Hof institusioneel in 'n sterk(er) posisie teenoor die ander instellings plaas.

Die Konstitusionele Hof in sy wisselwerkende strukturele en funksionele verhouding met die uitvoerende en wetgewende gesag openbaar 'n interessante strukturele en funksionele dualiteit. Ten einde sy konstitusionele magte af te dwing is die regsprekende gesag en veral die Konstitusionele Hof van die uitvoerende en wetgewende instellings afhanklik om enersyds sy houvas af te dwing en aan die ander kant sy onafhanklikheid te beskerm (Klüg, 2000:158). Die Konstitusionele Hof beskik nie oor die middele om bevele af te dwing nie en is afhanklik van die uitvoerende gesag se uitvoering van sy opdragte.

Die afhanklikheid van die regsprekende gesag van die uitvoerende en wetgewende gesag om die onafhanklikheid van sy status te respekteer, plaas die Konstitusionele Hof teoreties in 'n swak(ker) institusionele posisie. Die Konstitusionele Hof moet weens sy interafhanklikheid en swak(ker) institusionele posisie versigtig sy pad deur konflikte werk om aanvalle of pogings tot herstrukturering van sy institusionele posisie te vermy. Indien die Konstitusionele Hof te sterk op die politieke terrein sou inbeweeg, sal dit noodwendig tot 'n teenreaksie van die uitvoerende en wetgewende gesag lei, wat die onafhanklike posisie van die regsprekende gesag potensieel in die gedrang kan bring en

moontlik n legitimeitskrisis van stapel stuur.

7.6 SLOT

In die hoofstuk is die strukturele aspekte van die 1996-Grondwet kortliks uiteengesit met spesifieke fokus op die skeiding van owerheidsgesag. Dit is duidelik uit die struktuur van die nuwe Grondwet dat daar groter klem as in die verlede op die skeiding van owerheidsgesag geplaas is. Dit is veral die geval omdat die onafhanklikheid van die regsprekende gesag deur n oppermagtige grondwet vervang is en parlementêre soewereiniteit beëindig is. Daar is egter daarop gewys dat die voortgesette vermenging van die uitvoerende en wetgewende gesag in n parlementêre stelsel die groter skeiding van owerheidsgesag steeds grootliks frustreer.

In die tweede gedeelte van die hoofstuk is daar veral op die Konstitusionele Hof se sertifisering van die finale teks gekonsentreer. Die sertifiseringproses was deel van die bepalings van die interim-Grondwet ten einde vas te stel of dié teks aan die gestelde Grondwetlike beginsels voldoen. Veral van belang was Grondwetlike beginsel VI wat bepaal het dat daar 'n skeiding van owerheidsgesag tussen die verskillende owerheidsinstellings moet wees. In sy uitspraak het die Konstitusionele Hof dan ook tot die slotsom gekom dat die teks wel aan die gestelde beginsel voldoen het. Die gevolgtrekking wat in die hoofstuk bereik is, is dat die minimumvereiste vir die skeiding van owerheidsgesag as toetsingsinstrument gebruik is en dat die skeiding van owerheidsgesag steeds grootliks gefrustreer word deur die dominansie van die uitvoerende gesag in n parlementêre stelsel waar daar steeds voorsiening vir die gedeeltelike vermenging van die uitvoerende en wetgewende gesag gemaak word.

In die volgende hoofstuk, hoofstuk 8, sal die “verpligting” wat op die regsprekende gesag en veral die Konstitusionele Hof geplaas is om die oorgang en transformasie van n ondemokratiese outoritêre stelsel na n demokratiese stelsel te hanteer, ondersoek word. Die oogmerk sal wees om te bepaal op watter wyse die groter en meer ingrypende rol, wat veral die Konstitusionele Hof opgelê is, die *trias politica*-leerstuk nadelig beïnvloed het.

HOOFSTUK 8

h FUNKSIONELE ONTLEDING VAN DIE 1996-GRONDWET VAN SUID-AFRIKA MET SPESIALE VERWYSING NA REGSPRAAK OOR DIE SKEIDING-VAN-OWERHEIDSMAGTE-LEERSTUK

8.1 INLEIDING

8.1.1 Agtergrond tot die hoofstuk

In die voorafgaande hoofstuk is die strukturele kenmerke van die (finale) 1996- Grondwet met spesifieke verwysing na die graad van toepassing van die skeiding van owerheidsmagte bespreek. Die fokus was hoofsaaklik op die graad van strukturele skeiding van owerheidsmagte tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag in die Grondwet.

In die bespreking is beklemtoon dat daar struktureel in die 1996-Grondwet vir sterker skeiding tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende instellings gemaak is as in die voorafgaande 1909-, 1961- en 1983-Grondwet. Die oppergesag van die Grondwet en die sterker konstitusionele, onafhanklike en outonome posisie wat die regsprekende gesag vis-à-vis die wetgewende en uitvoerende gesag in die Grondwet beklee, dra tot die groter skeiding van owerheidsmagte by. In dié bespreking is egter ook daarop gewys dat die strukturele en funksionele vermenging van die uitvoerende en wetgewende gesag steeds n groter skeiding van die owerheidsinstellings verhoed.

8.1.2 Die fokus van die hoofstuk

Die oogmerk van hierdie hoofstuk is om die bespreking van die 1996-Grondwet wat in die vorige hoofstuk onderneem is, voort te sit. In hierdie hoofstuk verskuif die fokus egter van h strukturele bespreking van die 1996-Grondwet na h bespreking van die funksionele aspekte van die Grondwet.

h Funksionele bespreking van die 1996-Grondwet beteken dat daar na die dinamiese aspek van die Grondwet gekyk word, dit wil sê die regspraak wat op grond van die 1996-Grondwet oor die skeiding van owerheidsgesag in h aantal geselekteerde hofsake gelewer is.

Die Konstitusionele Hof het belangrike uitsprake in h verskeidenheid hofsake gelewer, wat direk verband hou met die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte staan. Die Konstitusionele Hof het in dié uitsprake die grondwetlike waarde wat aan die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte gekoppel word, beklemtoon en ook die onderlinge verband tussen die verskillende owerheidsinstellings uitgeklaar.

Vanweë die dinamiese posisie van die uitvoerende gesag in die regering sal die bespreking in dié hoofstuk hoofsaaklik op die belangrike interaksie en verhouding tussen

die uitvoerende en regsprekende gesag fokus. Hierdie verhouding is toenemend deur die invoeging van sosio-ekonomiese regte in die Handves van Menseregte gekompliseer. Die beslissings van die Konstitusionele Hof oor aansprake op sosio-ekonomiese regte en die daaropvolgende uitreiking van hofbevele hou bepaalde gevolge in vir beleid wat reeds deur die uitvoerende gesag geformuleer is.

Geregtelike hersiening van beleid het die potensiaal om indringing deur die regsprekende gesag in die tradisionele domein van die uitvoerende gesag te veroorsaak. Dié interaksie tussen die uitvoerende en regsprekende gesag sal daarom n integrerende deel van die bespreking in hierdie hoofstuk vorm. Hoewel die verhouding tussen die uitvoerende en regsprekende gesag die spilpunt van die bespreking vorm, sal daar ten aanvang na die skeiding tussen die wetgewende en uitvoerende gesag en die skeiding tussen die wetgewende en regsprekende gesag gekyk word.

8.1.3 Metodiek van die hoofstuk

Die metode van ondersoek wat in die hoofstuk gevolg sal word, is n chronologiese analise en bespreking van n aantal geselekteerde hofuitsprake waarin die skeiding van owerheidsmagte op verskillende wyses ter sprake gekom het. Die seleksie van n aantal sake berus grootliks op die toonaangewende aard daarvan en op die feit dat n ruimtebeperking verhoed dat alle uitsprake bespreek word.

Daar moet egter beklemtoon word dat n bespreking van n aantal geselekteerde hofsake wat op die skeiding van owerheidsgesag betrekking het, net een van verskeie metodes is waarop n ondersoek gedoen kan word. Die fokus wat in die hoofstuk gebruik gaan word, veronderstel egter nie dat dit die enigste wyse is waarop die skeiding van owerheidsgesag ondersoek kan word nie. Die dinamiek en funksionering van n moderne regering is omvattend en dit is duidelik dat die onderlinge verhouding tussen die uitvoerende en die regsprekende gesag op n verskeidenheid van raakpunte kan berus, wat elk ook n ondersoek sou kon regverdig.

Byvoorbeeld, n verdere interaksie tussen die uitvoerende en regsprekende gesag wat die skeiding van owerheidsgesag beïnvloed en ook n ondersoek sou kon regverdig, is die domeinindringing wat plaasvind wanneer die uitvoerende gesag vonnisopleggings van die regsprekende gesag wysig. Die Departement Korrektiewe Dienste (uitvoerende gesag) wysig en verminder dikwels tronkstraftermyne, wat die howe (regsprekende gesag) oorspronklik aan oortreders opgelê het (Mihalik, 1987:250). Streng gesproke kom dié handeling van die uitvoerende gesag ook op n binnedringing van die basiese werksaamhede van die regsprekende gesag neer en kan dit as n skending van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte gesien

word.

Die benaderingswyse in dié hoofstuk is egter gefokus op 'n bespreking van 'n reeks hofsake waarin die skeiding van owerheidsgesag ter sprake gekom het. Die Konstitusionele Hof se hantering van dié sake bied 'n goeie aanduiding van die mate waarin die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag in Suid-Afrika onder die 1996-Grondwet tot sy reg gekom het.

Die bespreking vind onder die volgende hoofde plaas:

- skeiding van owerheidsgesag tussen die uitvoerende en wetgewende gesag;
- skeiding van owerheidsgesag tussen die wetgewende en die regsprekende gesag; en
- skeiding tussen die regsprekende en uitvoerende gesag.

8.2 SKEIDING VAN OWERHEIDSGESAG TUSSEN DIE UITVOERENDE EN WETGEWENDE GESAG

Die Konstitusionele Hof het in *Executive Council, Western Cape Legislature, and Others v President of the Republic of South Africa supra* oor die delegasie van wetgewende bevoegdhede aan die uitvoerende gesag beslis (die aangeleentheid is reeds in hoofstuk 4 bespreek). Dié beslissing deur die Konstitusionele Hof tydens die aanvang van die nuwe konstitusionele era in Suid-Afrika het die toekomstige rol van dié Hof as beskermmer van die Grondwet beklemtoon. Die uitspraak het ook duidelike riglyne vir die omstandighede neergelê waaronder die wetgewende gesag toegelaat sou word om aan die uitvoerende gesag wetgewende bevoegdhede te deleger. Die uitspraak is in die algemeen as belangrik vir die status van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag in Suid-Afrika beskou.

In re Constitutionality of the Mpumalanga Petitions Bills, 2000 2002 (1) SA 447 (CC)

Die feite van die saak was as volg: Artikel 121(1) van die Grondwet bepaal dat wanneer die Premier (provinsie) 'n wet vir goedkeuring en ondertekening ontvang en onseker oor die konstitusionaliteit daarvan is, die wet vir heroorweging na die provinsiale wetgewer terugverwys moet word. Nadat die provinsiale wetgewer die voorgestelde veranderinge en die Premier se besware na wense hanteer het, word die wet goedgekeur en onderteken (artikel 121(2)).

Indien die provinsiale wetgewer egter nie die Premier se voorbehoude oor die wet ondersoek nie, het die Premier twee opsies:

- (a) Hy/sy kan die wet goedkeur en die wet teken (artikel 121(2)(a)).
- (b) Hy/sy kan die wet na die Konstitusionele Hof verwys sodat die konstitusionaliteit van die wetgewing getoets kan word (artikel 121(2)(b)).

Die Premier van Mpumalanga het luidens artikel 121(2)(b) gehandel en die betrokke wet waaroor die dispuut gegaan het, Mpumalanga Wet op Versoekskrifte no. 6 van 2000, na die Konstitusionele Hof verwys. Soos die naam aandui, was die oogmerk van die Wet op Versoekskrifte om vir groter publieke deelname aan die openbare proses voorsiening te maak. Die publiek is deur hierdie prosedure in staat gestel om groter inspraak in die funksies van die Mpumalanga-wetgewer te verkry, veral in die wetgewende gesag se funksie om toesig oor die uitvoerende gesag uit te oefen.

Die Premier het die Konstitusionele Hof versoek om die konstitusionaliteit van twee aspekte van die wet te ondersoek: eerstens om te bepaal of die provinsiale wetgewer (wetgewende gesag) die nodige bevoegdheid gehad het om die wetgewing aan te neem (die bevoegdheidsaspek) en tweedens of die wet die mag om maatreëls uit te vaardig op 'n geldige wyse aan die Speaker van die provinsiale wetgewer kon oordra (klousule 18) en h datum kon vasstel waarop die wet in werking sou tree (klousule 19) (“die delegeringsaspek”).

Die Premier het soos volg met die twee aspekte gehandel voor verwysing na die Konstitusionele Hof: Die delegeringsaspek is direk na die Konstitusionele Hof verwys, terwyl die bevoegdheidsaspek kragtens artikel 121(1) vir heroorweging na die wetgewende gesag verwys is. Die wetgewende gesag het egter weer die wet onveranderd aanvaar, sonder dat enige van die Premier se voorbehoude aandag geniet het.

Die Konstitusionele Hof se beslissing was as volg:

(i) Die bevoegdheidsaspek

Die Konstitusionele Hof het geweier om die Premier se voorbehoude oor die bevoegdheid van die wetgewende gesag te oorweeg (paragraaf 11) omdat die Premier nie die nodige jurisdiksie gehad het om die wet te verwys nie. Die Konstitusionele Hof het die volgende redes aangevoer: In *Ex parte President of the Republic of South Africa: In re Constitutionality of the Liquor Bill 2000* (1) SA 732 (CC) (paragraaf 19) het die Konstitusionele Hof bevind dat die President slegs ingevolge artikel 79 kan handel *nadat* die parlement die geleentheid gehad het om die wetgewing te heroorweeg in die lig van die President se voorbehoud(e) daarvoor. Eers *nadat* die prosedure gevolg is, kan die wet verwys word.

Die Konstitusionele Hof het tweedens bevind dat artikel 79 van die Grondwet feitlik identies aan die Mpumalanga provinsiale wet in dié verband is (artikel 121). Die enigste betekenisvolle verskil is dat in die een geval, artikel 79, na die President en parlementêre wette verwys word en in die ander geval na die Premier en provinsiale wette (paragraaf 7).

Derdens bestaan daar grondige redes waarom h hof (regsprekende gesag) nie wetgewing kan oorweeg wat *nie eers* na die wetgewende gesag vir

heroorweging verwys is nie. In dié verband het die Konstitusionele Hof verduidelik dat artikel 121 voorsien het (paragraaf 9) dat die voorgestelde wet eers deur n aantal stappe moes gaan voordat verdere optrede oorweeg kon word. Die Premier moes sy besware oor die wet aan die wetgewende gesag geartikuleer het en geleentheid gelaat het vir die heroorweging van dié voorbehoude. Die Konstitusionele Hof se hersienings funksie tree eers in werking nadat die politieke proses gesamentlik met die reaksie en insette van die verskillende politieke partye in die wetgewer voltooi is:

“The role of the legislature would be undermined if the Premier’s reservation could be entertained by the Court without having been referred to the legislature for consideration.” (paragraaf 9)

(ii) Die delegeringsaspek

Die delegeringsaspek is eerstens op grond van klousule 18 en daarna klousule 19 bespreek.

Klousule 18 bepaal dat die Speaker maatreëls vir die uitvoering van die artikels van dié Wet moet uitvaardig. Die Premier het standpunt ingeneem dat die klousule onkonstitusioneel was omdat dit die Grondwet, asook die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag, op twee wyses geskend het. Die Premier het eerstens aangevoer dat net h Premier en/of h lid van die Uitvoerende Raad die bevoegdheid gehad het om maatreëls uit te vaardig en dat die bevoegdheid nie aan die wetgewende gesag gedelegeer kon word nie. Die Premier het tweedens aangevoer dat die maatreëls wat die Speaker ingevolge die Wet uitgevoer het op reëls en ordereëlings neergekom het wat binne die gebied van die wetgewende gesag geval het. Ingevolge artikel 116 van die Grondwet was dit bevoegdhede wat deur die wetgewende gesag self uitgeoefen moes word (paragraaf 17).

Die Konstitusionele Hof het beide besware verwerp. Dié Hof het daarop gewys dat, hoewel die bevoegdheid om regulasies uit te vaardig normaalweg aan die uitvoerende gesag toevertrou word, die Grondwet nêrens uitdruklik verklaar dat die funksie eksklusief deur die uitvoerende gesag uitgeoefen moet word nie (paragraaf 18).

Die bevoegdheid om regulasies uit te vaardig kan dus na enige liggaam gedelegeer word indien die delegasie toepaslik en korrek is. Ten einde die korrektheid van die delegasie te bepaal, moet h aantal faktore in ag geneem word, soos die aard en omvang van die delegasie, die identiteit van die persoon en/of die instelling aan wie die bevoegdheid gedelegeer is en die inhoudelike aard van die gedelegeerde bevoegdheid (paragraaf 19).

Wanneer h wet deur die provinsiale wetgewer (en nie die

provinsiale uitvoerende gesag nie) deurgevoer moet word, is dit korrek vir die wetgewende gesag om self die wetlik vereiste funksie te reguleer. Sodanige regulasies kan dus na die Speaker gedelegeer word. Indien h gedeelte van die wet egter na die wetgewer se rol verwys om toesig oor die provinsiale uitvoerende gesag te hou, sal dit ontoepaslik wees om regulerende mag te deleger met verwysing na die funksies van die provinsiale uitvoerende gesag.

Klousule 19 het daarvoor voorsiening gemaak dat die (Mpumalanga) Wet op Versoekskrifte in werking sou tree op n datum wat deur die Speaker in die Provinsiale Koerant geproklameer sou word. Die Premier het aangevoer dat die klousule strydig met die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag en daarom onkonstitusioneel was. Die Premier het aangevoer dat die vasstelling van die inwerkingtreding van n wet deur konvensie normaalweg deur n lid van die uitvoerende gesag, gewoonlik h Premier of n President, uitgevoer moes word (paragraaf 21).

Die Konstitusionele Hof het ook dié argument verwerp op grond daarvan dat die inwerkingtreding van n wet normaalweg die funksie van die wetgewende gesag is (paragraaf 22). Dié bevoegdheid kan aan enige ander liggaam of persoon gedelegeer word. Die wetgewer moet egter die delegasie teen die volgende agtergrond doen: die teikenpersoon se funksies met betrekking tot die wet moet vasgestel word voordat die wetgewing in werking tree; dié persoon moet konstitusioneel verantwoording aan die wetgewer verskuldig wees en moet in n posisie wees om te kan bepaal wanneer die wetgewing op n effektiewe wyse in werking kan tree (paragraaf 23).

Die Konstitusionele hof het op grond van dié faktore bevind dat die Speaker h geskikte persoon was om die bevoegdhede uit te oefen. Die Speaker was (i) verantwoordelik teenoor die wetgewende gesag, (ii) in h goeie posisie om te bepaal wanneer die wetgewing in werking sou moes tree en (iii) nou betrokke by die belangrike stappe wat gedoen moes word voordat die wetgewing in werking sou tree (paragraaf 24).

Kommentaar: *In re Constitutionality of the Mpumalanga Petitions Bill*

Die Konstitusionele Hof se uitspraak in *In re Constitutionality of the Mpumalanga Petitions Bill supra* sluit aan by die uitsprake wat reeds in *Executive Council, Western Cape Legislature and Others v President of the Republic of South Africa supra* en *Executive Council, Western Cape v Minister of Provincial Affairs and Constitutional Development supra* gelewer is. In *Executive Council of the Western Cape v Minister of Provincial Affairs supra* het die Hof bevind dat die parlement nie bevoegdheid na n lid van die kabinet mag

deleger indien die Grondwet spesifiek vereis dat die parlement self die bevoegdheid moet uitoefen nie.

Die Konstitusionele Hof het in *In re Constitutionality of the Mpumalanga Petitions Bill 2000 supra* bevind dat hoewel n provinsiale wetgewer ondergeskikte wetgewende bevoegdhede aan n geskikte persoon of owerheidsinstelling (soos die uitvoerende gesag) mag deleger, die wetgewer nie sy toesighoudende rol mag deleger nie. Die uitspraak is spesifiek op die eerste *Western Cape Legislature*-saak gegrond.

Volgens Christison en Freedman (2004:248) kan die volgende afleidings op grond van die uitsprake gemaak word oor die beperkings wat op die wetgewende gesag geplaas word om sy wetgewende bevoegdhede na n ander persoon of instelling te deleger.

(i) Die wetgewende gesag kan nie bevoegdhede deleger waaroor hy nie self beskik nie.

(ii) Die wetgewende gesag mag nie wetgewende bevoegdhede deleger wat die Grondwet spesifiek bepaal deur die wetgewende gesag uitgeoefen moet word nie.

(iii) Die wetgewende gesag mag nie bevoegdhede aan n persoon of instelling deleger wat fundamenteel die magsbalans tussen die verskillende owerheidsinstellings van die staat kan versteur nie (n belangrike afleiding met verwysing na die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag).

Christison en Freedman (2004:248) bestempel die derde kategorie as n kontroversiële en ernstige probleem vir die bevoegdheid van die regsprekende gesag. Die rede hiervoor is dat dit n graadverskil is wat bepaal of daar met die delegasie van wetgewende bevoegdhede “te ver” gegaan is. Volgens Christison en Freedman (2004:248) is die ad hoc-hantering van elke geval diskresionêr van aard en moet elke geval verskillend hanteer word. Howe sal net in ekstreme omstandighede wette ongeldig verklaar op grond daarvan dat dit die verbod op delegasie oortree het.

Die uitspraak bevestig ook by herhaling dat die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte in Suid-Afrika praktiese toepassing vind en ook op provinsiale vlak toegepas word. In die praktiese regeerkunde word die skeiding en afbakening van die bevoegdhede van die verskillende owerheidsinstellings sodoende op alle vlakke van regering verseker. Op dié wyse word konstitusionalisme uitgebou en word demokrasie in n ontluikende demokrasie verder versterk. Die grondwaarde van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag vind hierdeur praktiese inslag in die aandrag daarop dat te veel gesag nie in die hande van n enkele persoon of n enkele instelling gesentraliseer mag word nie.

Minister of Education v Harris 2001 (4) SA 1297 (CC)

Die feite van die saak was kortliks as volg:

Die Minister van Onderwys het in Februarie

2000 'n kennisgewing oor die toelatingsouderdom van graad 1-leerders by privaat skole uitgereik. Hierdie voorgestelde ouderdomsvereiste het bepaal dat 'n leerder in die eerste jaar van skooltoelating sewe jaar oud moes wees of dit gedurende die jaar moes word. Die Minister se oogmerk was om die posisie by privaatskole in ooreenstemming te bring met dié van staatskole.

Die ouers van die vyfjarige Talya Harris, wat

in Januarie 2000 ses sou word, wou haar by 'n privaat skool inskryf. Die Minister se voorgenome reëling het beteken dat die ouers nie hul dogter kon inskryf nie en die ouers het die hof genader om die geldigheid van die kennisgewing te toets.

Twee wette was op die feite van die saak van toepassing: die Suid-Afrikaanse Skolewet nr. 84 van 1996 en die Wet op Nasionale Onderwysbeleid nr. 27 van 1996. Die primêre oogmerk van die Skolewet was die instelling van eenvormige norme en standaarde vir skole op alle vlakke, terwyl die Wet op Nasionale Onderwysbeleid die Minister bemagtig het om die nasionale onderwysbeleid in alle opvoedkundige instellings vas te stel (Fick, 2001:13).

Veral twee artikels van die genoemde wette was toepaslik op die feite van die saak:

Artikel (3)(4)(i) van die Wet op Nasionale Onderwysbeleid het aan die Minister die bevoegdheid verleen om die toelating van leerders en studente vas te stel, insluitend die toelatingsouderdom van leerders. Artikel 5(4) van die Skolewet het weer die Minister bemagtig om die toelatingsouderdom van leerders vir verskillende grade na konsultasie met die Raad van Onderwysministers in die *Staatskoerant* vas te stel.

Die kernvraag in dié saak was die oorweging van die relevante wetgewing wat 'n onderskeid kon tref tussen:

”guiding policy, on the one hand, and its translation into legally binding enactments, on the other” (paragraaf 9).

Sachs R het in 'n eenparige uitspraak die standpunt van Harms AR in *Akani Garden Route (Pty) Ltd v Pinnacle Point Casino (Pty) Ltd* 2001 (4) SA 501 (SCA) (die Akani-saak) aanvaar dat die woord “beleid” inherent te vaag is en dat dit verskillende betekenisse kan hê (paragraaf 10).

In die *Akani*-saak het Harms AR die onderskeid tussen beleid en wetgewing so uiteengesit:

“[L]aws, regulations and rules are legislative instruments, whereas policy determinations are not. As a matter of sound government, in order to bind the public, policy should be normally reflected in such instruments. Policy determinations cannot override, amend or be in conflict with laws (including subordinate legislation). *Otherwise the separation between the Legislature and Executive will disappear.*” (paragraaf 7) (my beklemtoning)

Sachs R het verwys na 'n ooreenstemmende standpunt wat deur die Konstitusionele Hof

in *Ex parte Speaker of the Assembly: In re Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the National Education Policy Bill 83 of 1995* 1996 (3) SA 289 (CC) gemaak is. Sachs het die volgende bevind:

"Policy made by the Minister in terms of (s 3(4) of) the National Policy Act does not create obligations of law that binds provinces, or for that matter parents or independent schools." (paragraaf 11)

Sachs het ook daarop gewys dat die Grondwet voorsien het dat daar 'n skeiding van magte tussen die wetgewende en uitvoerende gesag moet wees (Fick, 2001:14).

Die verhouding tussen die Wet op Nasionale Onderwysbeleid en die Skolewet voorsien dat die Minister se bevoegdheid onder artikel 3(4) beperk is tot beleidsformulering, wat nie vir skole en leerders bindend sou wees nie (paragraaf 11). Die Minister se poging om bindende verpligtinge deur middel van 'n kennisgewing op privaatskole te plaas, was daarom *ultra vires* die bepalings van artikel 3(4) van die Wet op Onderwysbeleid.

Die Hof het die argument verwerp dat die Minister onwetend haar bevoegdheid op artikel 3(4) van die Wet op Nasionale Onderwysbeleid gebaseer het, in plaas daarvan om artikel 5(4) van die Skolewet te gebruik. Die Hof het bevind dat die opstellers van die Ministeriële kennisgewing verkies het om dit op grond van artikel 3(4) te doen. Die Minister kon daarom nie op artikel 5(4) van die Skolewet steun om die verkeerde prosedure onder artikel 3(4) te suiwer (paragraaf 15-18) (Fick, 2001:14).

Die Hof se beslissing was op 'n fyn onderskeid tussen beleid en wetgewing gegrond. Die belang vir die studie is die duidelike onderskeid wat die Hof tussen die wetgewende en uitvoerende instellings getref het.

8.3 SKEIDING VAN OWERHEIDSGESAG TUSSEN DIE REGSPREKENDE EN WETGEWENDE GESAG

S v Dodo 2001 (3) SA 382 (CC)

In dié saak het dit gegaan oor verpligte strawwe vir sekere oortredings, soos uiteengesit in artikel 51(1) van die Strafwysigingswet 105 van 1997. Die kernvraag was of dié verpligte strawwe onversoenbaar met die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag en daarom onkonstitusioneel was. (Die kernvraag hier is of die idee van verpligte strawwe en nie die strawwe as sodanig op die skeiding van owerheidsmagte inbreuk maak.) Die Oos-Kaapse Afdeling van die Hooggeregshof het reeds artikel 51(1) van dié wet op grond van die oortreding van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte ongeldig en onkonstitusioneel verklaar (Fick, 2001:12).

Die Konstitusionele Hof het egter nie met die uitspraak saamgestem nie. Ackermann R het in 'n eenparige uitspraak beslis dat die Grondwet die regering kontroleer deur mag te versprei,

maar dat die verspreiding van owerheidsgesag dit op verskeie wyses kan manifesteer. Met ander woorde, dit is nie 'n eng benadering tot die skeiding van owerheidsgesag nie (paragraaf 16).

Die Konstitusionele Hof het beslis dat die skeiding van owerheidsmagte 'n stelsel van wigte en teenwigte tot stand gebring het om die oorkonsentrasie van mag in een van die instellings te verhoed. Dié Hof het ook daarop gewys dat dit daarom onafwendbaar is dat een instelling op die terrein van 'n ander sal inmeng. Die inmenging is 'n blote funksionele aspek en dit sal nie noodwendig daartoe lei dat die gesag ineenvloei nie.

Die afleiding wat uit die uitspraak van die Konstitusionele Hof gemaak kan word, is dat die meer soepel benadering in plaas van 'n eng benadering tot die skeiding van owerheidsgesag in die Grondwet verkies word. Die skeiding van owerheidsgesag word daarom nie as absoluut beskou nie. Daar word intendeel toegegee dat gesag soms kan oorvleuel.

Die Konstitusionele Hof het ook daarop gewys dat die uitvoerende en die wetgewende gesag 'n belang daarby het dat wetsgehoorsame burgers beskerm moet word teen diegene wat die wet oortree (paragraaf 24). Indien streng optrede benodig word, is dit die taak van die wetgewende gesag om deur die nodige wette te verseker dat die oortreders swaar gestraf word. Dit is daarom die legitieme doelwit van die wetgewende gesag om te verseker dat daar konsekwentheid in die regsprekende gesag se vonnisoplegging van oortreders is (paragraaf 25) (Fick, 2001:12).

Die Konstitusionele Hof het egter daarop gewys dat daar 'n beperking op die wetgewende gesag se bevoegdheid is en dat die voorskriftelikheid van verpligte strawwe nie absoluut is nie. Die rede hiervoor is dat wetgewing nie vir elke individuele geval voorsiening kan maak nie. Die Konstitusionele Hof het daarom beslis dat die wetgewende gesag se bevoegdheid nie die funksie en bevoegdheid van die regsprekende gesag:

”to apply and adapt a general principle to the individual case” (paragraaf 26)

kan uitsluit nie.

Die Konstitusionele Hof het vervolgens die grens tussen die wetgewende en regsprekende gesag getrek deur daarop te wys dat die wetgewende gesag se bevoegdheid om wette oor verpligte vonnisse te maak, gebalanseer moet word teenoor die funksie en bevoegdhede van die regsprekende gesag. Die regsprekende gesag moet steeds die bevoegdheid besit om die spesifieke omstandighede in spesifieke sake in ag te kan neem. Hierdie aspek verleen 'n mate van diskresie aan die hof en sodoende word wette nie net blindelings toegepas nie. Daar kan nie van die regsprekende gesag verwag word om strawwe op te lê wat nie in verhouding met die oortreding is nie. Dié optrede sou die regstaatbeginsel en

ander konstitusionele beginsels aantas. Die howe behoort daarom konstitusionele waardes in ag te neem wanneer vonnisse opgelê word.

8.4 SKEIDING VAN OWERHEIDSGESAG TUSSEN DIE UITVOERENDE EN REGSPREKENDE GESAG

In dié onderafdeling word die belangrike skeiding van owerheidsgesag tussen die uitvoerende en regsprekende gesag behandel. Soos daar ten aanvang gemeld is, het die insluiting van sosio-ekonomiese regte in die Handves van Menseregte n belangrike bydrae tot Suid-Afrika se konstitusionele ontwikkeling gelewer. Soos later verduidelik sal word, het die insluiting van dié regte die potensiaal geskep dat die regsprekende gesag by besluite van die uitvoerende gesag kan inmeng en op die wyse die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte kan oortree.

Vanweë die belangrikheid van dié aspek word h groot gedeelte van die bespreking in hierdie onderafdeling gewy aan die wyse waarop aansprake op sosio-ekonomiese regte die ruimte vir inmenging van die regsprekende gesag op die terrein van die uitvoerende gesag geskep het.

In die tweede gedeelte van dié onderafdeling sal h bespreking van verdere hofsake volg wat betrekking op die skeiding van owerheidsgesag tussen die uitvoerende gesag en die regsprekende gesag gehad het, maar wat nie spesifiek op sosio-ekonomiese regte betrekking gehad het nie.

8.4.1 Die insluiting van sosio-ekonomiese regte in die Handves van Menseregte en die invloed daarvan op die skeiding-van-owerheidsmagte-leerstuk

Nadat die 1996-Grondwet gefinaliseer is, het h aantal skrywers soos Wesson (2004:284) die besluit om direk afdwingbare sosio-ekonomiese regte by die Grondwet in te sluit, as dapper beskryf. Die insluiting van sosio-ekonomiese regte skep nuwe dimensies en interaksies tussen die owerheidsinstellings onderling, asook tussen die owerhede en die burgers.

Na die inwerkingtreding van die 1996-Grondwet het hofsake gevolg waarin die afdwingbaarheid van sosio-ekonomiese regte ter sprake gekom het. Die uitsprake en die regsargumente wat in dié hofsake gevolg is, is om verskeie redes van groot belang. Die belangrikste aspek is dat die beslissings n presedent geskep het wat die balans en verhouding tussen die uitvoerende en regsprekende gesag duidelik afgebaken het. Belangrike riglyne vir die verhouding tussen die uitvoerende en regsprekende gesag onder die 1996-Grondwet is hierdeur vasgelê, wat vir die skeiding van owerheidsgesag belangrik is.

Die insluiting van sosio-ekonomiese regte by h grondwet, soos die reg op basiese huisvesting, skoon water, ensovoorts, het die potensiaal, om soos Devenish (1998:72) dit stel, "to judicialise politics". Devenish verwys na die

potensiaal wat hofbevele oor die reg op sosio-ekonomiese regte het om met die uitvoerende gesag se seggenskap oor uitvoerende beleid in te meng.

Die vertolking en toepassing van afdwingbare menseregte in 'n grondwet, veral sosio-ekonomiese regte, het die potensiaal dat hofbevele oor reeds geformuleerde beleid kan lewer. Die uitsprake is nie sonder gevolge nie en hou implikasies vir die outonomie van die uitvoerende gesag in. Indien die regsprekende gesag die beleid van die uitvoerende gesag kan beïnvloed of selfs wysig, kan dit 'n negatiewe impak op die skeiding van owerheidsgezag in 'n hof hê.

Sedert 1993 is die regsprekende gesag, veral die Konstitusionele Hof, toenemend versoek om uitsprake oor die geldigheid van aansprake op sosio-ekonomiese regte te lewer. In wese kom dié aktiwiteit neer op 'n beoordeling van bestaande beleid deur die regsprekende gesag. Beleidsformulering is 'n (uitvoerende) politieke handeling en uitsprake oor die geldigheid daarvan aan die hand van die Handves van Menseregte sal uiteraard implikasies vir die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte inhou.

Davis (1992:475-490) is daarom van mening dat die insluiting van sosio-ekonomiese regte beperkend op die magte van die meerderheid (soos in die parlement verteenwoordig) kan inwerk en dat dit aan regters bykomende byvoegdhede gee om oor beleidskwessies uitsprake te lewer. Davis (1992:475-490) het ook gewaarsku dat die insluiting van grondwetlik verskanste sosio-ekonomiese regte (onrealistiese) verwagtinge by landsburgers kan skep. Die gevaar is dat daar 'n beperkte begroting moeilik aan die sosio-ekonomiese eise voldoen kan word en dat dit die vertroue wat die gewone landsburger in die grondwet het, negatief kan beïnvloed. Dit kan lei tot 'n verlies van geloofwaardigheid en selfs legitimiteit, wat die regstelsel as geheel en die hof in besonder nadelig kan tref.

Kant (1996:56) wys ook op die problematiek wat die sosio-ekonomiese regte vir die regering kan inhou, omdat dit na haar mening nie wesenlike "regte" is nie, maar eerder normatiewe doelwitte. Indien daar nie aan die eise voldoen kan word wat gestel word om die sosio-ekonomiese regte uit te oefen nie, sal dit volgens Kant (1996:56) na berekening jaarliks 'n addisionele R80 biljoen tot die begroting voeg (die syfer verteenwoordig die geldwaarde in 1996). Indien daar nie aan die gestelde sosio-ekonomiese eise voldoen kan word nie, het die nievoldoening die potensiaal om die

grondwet asook die legitimititeit van die regering te ondermyn.

Hopkins (2002a:25) waarsku ook dat die insluiting van sosio-ekonomiese regte in die Grondwet met omsigtigheid benader moet word, vanweë die groter finansiële verpligtinge wat dit op die regering kan plaas. Hy argumenteer dat sosio-ekonomiese eise wat konstitusionele geldigheid verkry, die noodwendige gevolg het dat die regsprekende gesag die gevaar kan staan om die grens tussen toetsing en die formulering van beleid oor te steek. Indien die regsprekende gesag beleid wat teenstrydig met die normatiewe waardes van die grondwet is, korrigeer of 'n alternatief voorstel, kan die handeling op beleidsformulering neerkom, wat teenstrydig met die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte is.

Devenish (1998:72) merk ook op dat die beregtiging van sosio-ekonomiese regte 'n sensitiewe saak is, nie alleen in Suid-Afrika nie, maar ook in ander lande. In die positiewe sin plaas dit 'n onderhoudsplig op die staat om individue of groepe in die samelewing te steun. Ingeslote hierby is die gevolg dat die positiewe handeling die potensiaal het om die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte aan te tas. Die rede hiervoor is dat die regsprekende gesag, soos uit die bespreking van hofsake sal blyk, oordeel oor die uitvoerende gesag se beleid sal moet uitspreek.

Die sosio-ekonomiese regte, soos in die Grondwet verskans, lê 'n positiewe verpligting op die howe. Met ander woorde, howe moet sekere toetsingsbevoegdhede uitoefen as hulle grondwetlik wil optree. Wanneer howe bloot beleid toets, oefen hulle bloot 'n kontroleringsfunksie uit as deel van die stelsel van wigte en teenwigte. Wanneer beleid geformuleer of herformuleer word, oefen die howe 'n uitvoerende handeling uit.

Die Konstitusionele Hof het in sy eerste uitsprake waarin die sosio-ekonomiese regte ter sprake gekom het, duidelike riglyne neergelê wat gebruik sou kon word om openbare beleid te beoordeel. Die regering sal eerstens moes bewys dat sy beleid redelik en rasioneel van aard is. Dié riglyn veronderstel egter implisiet dat die regsprekende gesag op die terrein van die uitvoerende gesag sal moet beweeg ten einde hierdie waardebepligting te doen. Die tweede stap is dat die regsprekende gesag die sosio-ekonomiese regte van die mense teenoor die redelikheid van uitvoerende beleidsaksies sal moet opweeg. Dié aspek hou duidelik implikasies vir die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte in, omdat so 'n handeling in wese die fyn grens tussen regsprekende toetsing van die wetgewende en uitvoerende handeling én die formulering

van beleid (wat h funksie van die uitvoerende gesag is) oorsteek.

Hierdie interaksie tussen die regsprekende gesag en die uitvoerende gesag moet nie net as negatief beskou word nie. Dit vorm h belangrike deel van die werking en manifestering van n nuwe demokrasie met n oppermagtige grondwet en die ontwikkeling van n eiesoortige stelsel vir die skeiding van owerheidsgesag. Die Konstitusionele Hof het in *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa supra* (Sertifiseringszaak) (paragraaf 810) reeds aangedui dat die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte nie n onbuigsame beginsel is nie en dat dié beginsel mettertyd in verskeie vorms van wigte en teenwigte in Suid-Afrika uitdrukking sal vind (Vawda, 2003:59).

Die Konstitusionele Hof het in die Sertifiseringsuitspraak waarin sosio-ekonomiese regte ter sprake gekom het, standpunt ingeneem dat die afdwinging van burgerlike en politieke regte, soos die reg op h billike verhoor, die reg op vryheid van spraak of die voorsiening van regshulp ook finansiële of begrotingsimplikasies vir die regering het. Die verwagte begrotingsimplikasies wat sosio-ekonomiese regte inhou, is gevolglik net dieselfde regeringsverantwoordelikheid wat uitgebrei word (Vawda, 2003:59).

In die aanvanklike hantering van hofsake waarin die sosio-ekonomiese regte ter sprake gekom het, het veral h viertal sake die aandag getrek:

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

Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others 2001 (1) SA 46 (CC)

Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others No 2 2002 (5) SA 721 (CC)

Khosa and Others v Minister of Social Development and Others 2004 (6) BCLR 569 (CC)

In die volgende onderafdeling sal die viertal sake, met verwysing na die invloed wat dit op die toepassing van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte in Suid-Afrika gehad het, bespreek word.

8.4.2 Sosio-ekonomiese regte en die formulering van beleid: verwysing na enkele geselekteerde sake

Die eerste gerapporteerde saak waarin h hof gevra is om n uitspraak oor regterlike inmenging in die wetgewende beleid van die regering te lewer, was in *Ynuico Ltd v Minister of Trade and Industry and Others supra* (die *Ynuico*-saak). Van Dijkhorst R het in sy uitspraak die belangrike punt gestel dat n hof nie n wet onkonstitusioneel sal verklaar bloot omdat die regter se standpunt oor sosiale en ekonomiese aspekte van die

van die regering verskil nie (Henderson, 1996:553). In dié uitspraak het die Hof die standpunt ingeneem dat dit die taak van die wetgewende gesag is, en nie van die howe nie, om oor die wysheid en die doeltreffendheid van wetgewing te besluit.

Die uitspraak in die *Ynuico*-saak was h belangrike bevestiging en versterking van die basiese uitgangspunte van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte. Die regsprekende gesag is juis as grondwetlike “waghond” met die belangrike rol belas om binnedringing tussen die verskillende owerheidsinstellings te verhoed. Hopkins (2002a:24) het sterk standpunt ingeneem dat h regter nie met die bevoegdhede beklee is om aan die regering te vertel hoe die beleid moet wees nie, omdat dié handeling n ernstige oortreding van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte sou wees.

In die volgende subafdeling is die fokus op vier belangrike hofsake wat in die tydperk direk na die aanvaarding van die 1996-Grondwet gelewer is. In dié sake het die verskillende aansprake op sosio-ekonomiese regte vir die eerste keer ter sprake gekom en moes die howe hul spreekwoordelike pad vind oor die wyse waarop dit hanteer moes word sonder om op die terrein van die uitvoerende gesag in te beweeg.

Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal 1998 (1) SA 765 (CC)
(*Soobramoney*-saak)

Soobramoney is die eerste saak waarin die Konstitusionele Hof direk met h dispuut oor sosio-ekonomiese regte gehandel het, spesifiek die konstitusionele reg op gesondheidsorg.

Die feite van die saak was kortliks as volg: Die appellant het in sy aansoek om mediese sorg op sy reg om nie mediese sorg (art 27) geweier te word nie en sy reg op lewe staatgemaak. Die appellant se lewe kon alleen deur die chroniese voorsiening van nierdialise by n provinsiale hospitaal verleng word. Die hospitaal kon vanweë finansiële beperkinge nie hieraan voldoen nie (paragraaf 24) en die appellant het by die Hooggeregshof aansoek gedoen om n bevel dat die hospitaal hom deurlopend op staatskoste van nierdialise voorsien. Die Hof het bevind dat die aansoek deel van die appellant se sosio-ekonomiese regte (artikel 27) uitgemaak het. Die appellant se aansoek het egter in die Hooggeregshof misluk, waarna hy na die Konstitusionele Hof geappelleer het waar sy aansoek ook misluk het (paragraaf 28).

Die Konstitusionele Hof het bevind dat h hof nie n besluit kan neem oor hoe die beperkte begroting van n provinsie tot die beste voordeel van almal aangewend moet word nie (paragraaf 28) (Vawda, 2003:397).

Die positiewe aspek van die uitspraak vir die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte is dat die regsprekende gesag nie die grens met die uitvoerende gesag oorgesteek het nie. Die howe het nie beleid herformuleer nie, wat uiteraard die basiese funksie van die uitvoerende gesag is. Die howe het die redelikheid van die bestaande

beleid beoordeel en sy uitspraak op grond daarvan geformuleer.

Die bevinding van die Konstitusionele Hof het die status van die skeiding van owerheidsgesag in die nuwe konstitusionele bedeling herbevestig. Van Wyk (2003:395) se uiteensetting van die verhouding tussen die uitvoerende en die regsprekende gesag in die konteks van die omvattende leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag is n baie geldige waarneming.

Van Wyk (2003:395) wys daarop dat dit die verantwoordelikheid van die uitvoerende gesag is om te besluit wat die prioriteite van die regering is en om n beleid te formuleer. Die regering sal vir die formulering en uitvoering van dié beleid verantwoordbaar gehou word via die parlement. Dit is Van Wyk (2003:395) se standpunt dat ongelukkigheid met die beleid van die uitvoerende gesag op die politieke en nie op die regsprekende vlak geartikuleer moet word nie. Met verwysing na Ngwena (2000:15) is die toekenning van hulpmiddele n uitvoerende en nie n regsprekende funksie nie. Howe is nie toegerus om te bepaal hoe openbare fondse bestee moet word nie of hoe om bevele uit te reik wat veelvuldige sosiale en ekonomiese gevolge vir die gemeenskap inhou nie. Soos van Wyk (2003:295) daarna verwys:

”Judges generally do not wish to make policy or to take on executive functions.”

Dié siening beklemtoon die belangrike verskil tussen die uitvoerende en die regsprekende gesag en versterk die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte. Dit is nie die taak van die regsprekende gesag nie, ongeag of hulle dit wil doen of nie.

Die uitspraak van die Konstitusionele Hof was n korrekte interpretasie van artikel 27(1)(a) en (2) wat bepaal dat die staat redelike stappe binne die beperking van beskikbare bronne moet doen om die realisering van die sosio-ekonomiese regte te bewerkstellig. (Die posisie van kinders onder die ouderdom van agtien jaar is substantief verskillend en dan moet die staat die dienste verskaf.)

Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others
2001 (1) SA 46 (CC) (Grootboom-saak)

Die feite van die saak was kortliks as volg (paragraaf 10): Me Grootboom en die ander respondente het in n informele nedersetting in n area wat bekend was vir oorstromings en vloede, gewoon. Baie van die respondente het om laekostebehuising aansoek gedoen en is vir etlike jare op n waglys geplaas, sonder enige aanduiding van wanneer die huisvesting sou realiseer nie. Met die aanbreek van die reënseisoen het die groep die nedersetting verlaat en na n aangrensende stuk privaat grond getrek wat oor beter dreinerings beskik het.

Die privaateienaar van die grond het om n uitsettingsbevel aansoek gedoen en die

respondente is sonder omhaal van die grond verwyder. Toe hulle na hul oorspronklike nedersetting wou terugkeer, het hulle gevind dat ander inwoners intussen daar ingetrek het. Die respondente is sonder huisvesting gelaat en moes op 'n nabygeleë sportveld onder tydelike strukture skuil wat min of geen beskerming gebied het nie.

In hierdie stadium het die respondente se prokureur 'n dringende aansoek by die Kaapse Hooggeregshof ingedien dat hulle van voldoende basiese skooling of behuising voorsien word tot tyd en wyl permanente huisvesting verkry kon word.

In die Kaapse Hooggeregshof het Davis R (in *Grootboom v Oostenberg Municipality and Others* 2000 (3) BCLR 277 (C)) aandag aan die relevante gedeelte van die Handves van Menseregte geskenk wat as volg bepaal het:

Artikel 26(1) Elkeen het die reg op toegang tot geskikte behuising.

Artikel 26(2) Die staat moet redelike wetgewende en ander maatreëls tref om binne sy beskikbare middele hierdie reg in toenemende mate te verwesenlik.

Dit moet in gedagte gehou word dat artikel 26(2) self 'n grondwetlike verpligting bevat in verband met beleid. Die uitvoerende gesag is dus nie volkome vry om beleid na goeie dunnke te bepaal nie.

Davis R het in ooreenstemming met die uitspraak in *Soobramoney*, waarin die Konstitusionele Hof teen 'n buitensporige benadering tot sosio-ekonomiese regte gemaak het, asook met die plaaslike regering se implementering van 'n rasionele huisbouprogram, bevind dat artikel 26(1) en (2) nie oortree is nie. Davis R was egter bereid om te bevind dat daar 'n oortreding van artikel 28(1)(c) was, wat bepaal dat elke kind 'n reg op basiese voeding, huisvesting, basiese gesondheidsorg en maatskaplike dienste het (Wesson, 2004:287). Davis R het op grond van dié regte van die kinders op basiese sosio-ekonomiese regte en die feit dat die kinders noodwendig deur hul ouers vergesel moes word, bevind dat die kinders en hul ouers 'n outomatiese reg op huisvesting ingevolge die bepaling van artikel 28(1)(c) gehad het. Met ander woorde, die ouers is bevoordeel deur die ongekwalfiseerde reg wat kinders op hierdie sosio-ekonomiese middele het. In reaksie op die uitspraak het die regering na die Konstitusionele Hof geappelleer.

Die Konstitusionele Hof se benadering het op 'n ander aspek van die beleid gefokus, naamlik die redelikheid van die staat se beleid om wetgewende en ander maatreëls uit te vaardig ten einde die realisering van die sosio-ekonomiese regte onder bespreking te verseker (artikel 26(2)).

In *Grootboom* is beslis dat redelikheid beteken het dat die (huisvestigings)program omvattend (paragraaf 41), koherent (paragraaf 43), gebalanseerd en soepel

(paragraaf 43) moes wees (artikel 27). Van Wyk (2003:401) verduidelik dat die verpligting nie absoluut kan wees nie, omdat dit deur drie verskillende elemente onderbou word: relevante, redelike en progressief doelgerigte programme wat op h redelike wyse verwesenlik moet word. Dit beteken nie dat die oogmerk oornag moet geskied nie, maar dat die staat daadwerklik positiewe stappe moet doen om dié doelwitte te realiseer. Hierdie elemente vorm die konteks wat die pas en die redelikheid van toekomstige regeringsbeleid moet dikteer.

Yacoob R het in sy uitspraak bevind dat h beleid wat die meerderheid van die mense uitsluit, nie redelik kan wees nie (paragraaf 43). In die uitspraak is daarop gewys dat die toets in die realisering van die regte sou wees of die behoeftes van diegene wat die grootste huisnood ondervind het, aandag sou geniet. Die Konstitusionele Hof het die beleid op hierdie punt ongeldig bevind, omdat dit in gebreke gebly het om vir diegene voorsiening te maak wat die grootste behoefte aan behuising gehad het (paragraaf 66) (Wesson, 2004:288).

Grootboom en die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte

Vawda (2003:59) bestempel die *Grootboom*-uitspraak as h oorwinning vir die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte. Die Konstitusionele Hof het wel in sy uitspraak opdrag gegee dat die staat se program redelik moes wees en dat die Kaapse Metroraad se onvermoë om daaraan te voldoen, te kort geskiet het. Die Konstitusionele Hof het egter nie verder gegaan en n nuwe beleid vir die provinsie geformuleer nie. Volgens Vawda (2003:59) is dié uitspraak h goeie voorbeeld van hoe die regsprekende gesag die uitvoerende gesag verantwoordelik en aan sy verpligtinge verantwoordbaar kan hou, sonder dat die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte negatief aangetas hoef te word.

Van Wyk (2003:401) benadruk dat hoewel die Konstitusionele Hof aangedui het dat die Kaapse Metroraad wel te kort geskiet het om aan die sosio-ekonomiese verpligtinge te voldoen, die regsprekende gesag nie gepoog het om beleid namens die uitvoerende gesag te formuleer nie. Die Konstitusionele Hof se uitspraak moet gevolglik eerder as n bydrae tot die handhawing van die skeiding van owerheidsmagte gesien word. Dié uitspraak het die grens tussen die regsprekende en uitvoerende gesag duidelik getrek.

In hierdie geval het die Hof as h kontroleliggaam, h wig en teenwig, opgetree. Die regsprekende gesag het daarom nie op die gebied van die uitvoerende gesag beweeg nie.

Yacoob R het gestipuleer dat die regering h aantal opsies het om aan die sosio-ekonomiese eise van diegene wat desperaat is om huisvesting te bekom, te voldoen:

"The precise contours and content of the measures to be adopted are *primarily a matter for the legislature and the executive.*" (paragraaf 41) (my beklemtoning)

Die uitspraak het ook benadruk dat h redelike gedeelte van die nasionale begroting aan die behuising van die wat dringend in nood is, gewy moet word, maar dat die presiese berekening en toekenning in die eerste plek die taak van die nasionale regering is.

Die Konstitusionele Hof het in sy uitspraak belangrike beginsels vasgelê wat op die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte betrekking het. Wesson (2004:294) verwys daarna dat die Hof erken het dat hy nie gekwalifiseerd is om aan die staat voor te skryf hoe die staat moet optree om aan die behoeftes van die daklose armes te voldoen nie. Die Konstitusionele Hof het ook aangedui dat dié instelling nie bevoeg is om h geskikte balans tussen die kort- en langtermyn doelwitte van die staat se behuisingsprogram te tref nie. Die Hof het daarom nie aan die regering presies voorgeskryf wat om te doen om mense te help wat in die posisie van die respondente was nie:

"It is essential that a reasonable part of the national housing budget be devoted to this, but the precise allocation is for national government to decide in the first place." (paragraaf 42)

In die plek van h voorskriftelike benadering het die Hof eerder breë riglyne verskaf om die probleem aan te pak. Die maatstaf is steeds dié van redelikheid. Indien h soortgelyke situasie weer voor die Hof dien, sal redelikheid derhalwe as toetsingsmaatstaf gebruik word. Die regering sal moet aandui waarom n bepaalde program gevolg is en die redes wat verskaf word, sal aan streng evaluering deur die Hof onderwerp word.

Dit is duidelik uit die bespreking dat die Konstitusionele Hof h bereidwilligheid openbaar om die tradisionele afbakening tussen die uitvoerende, wetgewende en regsprekende gesag te handhaaf. Dit is egter, soos Moellendorf (1998:331) uitwys, h ekstensiewe proses wat nie op blote nie-inmenging aan die kant van die regsprekende gesag neerkom nie. Die staat kan nie eenvoudig n gebrek aan (finansiële) bronne pleit soos in die *Soobramoney*-saak nie, maar moet afdoende bewyse lewer dat die gebrek aan geld die spesifieke gesondheidsorg onmoontlik maak. Die Hof moet egter steeds oortuig wees dat die beleid redelik is en met die nodige oordeel geneem is (Van Wyk, 2003:396). Die howe mag daarom aandrang op deskundiges se getuienis, insluitend mediese en finansiële getuienis, en kan hofbevele uitreik wat die potensiaal het om regeringsbeleid te verander. (Dit impliseer nie dat *Soobramoney* verkeerd beslis is nie, maar eerder dat die howe h meer ekstensiewe proses kan volg, sonder dat die tradisionele skeidslyn tussen die owerheidsinstellings verbreek word.)

Die belangrikheid van die Grootboom-uitspraak is dat die Konstitusionele Hof die tradisioneel afgebakende grense tussen die uitvoerende en regsprekende gesag gehandhaaf het. Die regsprekende gesag het egter as kontrole liggaam teenoor die uitvoerende gesag se beleid opgetree. Die uitspraak het ongetwyfeld versterkend en bepalende tot die grense tussen dié instellings en die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag ingewerk.

Treatment Action Campaign v Minister of Health 2002 (4) BCLR 356 (T); *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* (No 2) 2002 (5) (SA) 721 (CC)

In die voordemokratiese era het h oppermagtige parlement nie die bevoegdheid gehad om met beleidsbesluite in te meng nie. In *Applicant v Administrator, Transvaal and Others* 1993 (4) SA 733 (W) (*Applicant*-saak) het dit geblyk dat die Hof in sommige gevalle bevele sou uitreik wat inmenging in die uitvoerende gesag se beleidsaksie impliseer, maar dat die regsprekende gesag in die algemeen daarvan weggeskram het. Die feite van die *Applicant*-saak was kortliks as volg: Die applikant, h 35-jarige staatsgesubsidieerde vigspasiënt, het h dringende aansoek by die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling van die Hooggeregshof ingedien. Die aansoek was teen die destydse Transvaalse Administrateur, die Direkteur van Hospitaaldienste en die Hoof Mediese Superintendent van die Johannesburg Hospitaal. Die aansoek het oor die toediening van die medisyne Cancicovir handel, wat as behandeling vir CMV retinitis (h tipe infeksie wat redelik algemeen voorkom onder persone wat positief vir VIGS getoets is) voorgeskryf word. Die pasiënt kon op grond van n provinsiale ordonnansie teen n nominale fooi aanspraak maak op operasies, behandeling en medikasie.

Nadat die pasiënt (applikant) vir h tydperk op dié wyse behandeling ontvang het, is hy deur die Transvaalse Provinsiale Administrasie meegedeel dat n besluit geneem is dat die medikasie Cancicovir nie meer gratis aan vigspasiënte verskaf sou word nie.

Die pasiënt het in reaksie daarop h dringende hofbevel aangevra om te verseker dat die medisyne nie alleen aan hom voorsien sou word nie, maar ook dat dit deur die dokters aan hom toegedien sou word. Die respondente het in reaksie aangevoer dat die middel gevaarlik was en nie by die Mediese Beheerraad geregistreer was nie, maar hul hoofargument was egter dat die middel te duur was om algemeen voorsien te word. (Indien die middel aan al die verwagte vigspasiënte toegedien sou word, sou dit uiteindelik die beskikbare provinsiale begroting uitgeput het.)

Die Hooggeregshof het in sy uitspraak bevind dat dit inderdaad korrek was om die koste

verbonde aan die voorsiening van medisyne teenoor die beskikbare fondse op te weeg. Die Hof het egter bevind dat die koste nie te hoog kon wees as die middel *net* aan die betrokke pasiënt toegedien sou word nie.

Die Hof het ook aangevoer dat die betrokke hospitaal se aanvanklike behandeling sekere geregverdigde verwagtinge by die pasiënt geskep het. Die Hof het dit duidelik gestel dat sy uitspraak nie 'n reg vir alle vigs pasiënte wat aan CMV retinitis ly, geskep het nie. Dit is duidelik dat die Hof uit sy pad gegaan het om nie die indruk te skep dat daar met uitvoerende beleid ingemeng is nie (Van Wyk, 2003:393).

Die Hooggeregshof het gevolglik 'n hofbevel uitgereik wat die Johannesburgse Hospitaal opdrag gegee het om Cancicovir net aan die betrokke pasiënt uit te reik. Die Hof het dit in sy uitspraak duidelik gemaak dat die bevel nie geïmpliseer het dat die beleidstandpunt van die provinsiale administrasie verkeerd was nie en ook nie dat dit beteken het dat die middel aan alle pasiënte met 'n positiewe MIV-status uitgereik moes word nie.

Na die aanvaarding van die 1996-Grondwet en die beslissing in die Soobramoney-saak het die aangeleentheid oor toegang tot gesondheidsorg weer in die konteks van sorg aan pasiënte wat aan vigs ly, ter sprake gekom. In *Treatment Action Campaign v Minister of Health supra* is die Hof (in kontras met die aansoek hierbo) direk gevra om regeringsbeleid onredelik te verklaar. Die regeringsbeleid waarvoor die aansoek gehandel het, was die beleid om nie die teenretrovirale middel wat oordrag van die vigs virus van moeder na ongeboore kind voorkom, aan swanger vroue te verskaf nie. (Die aansoek was aanvanklik teen al nege provinsies gerig, maar die instemming van die Minister van Gesondheid in die Wes-Kaap om die gesondheidsorg wel te verskaf, het dié provinsie van die aansoek uitgesluit). Die aansoek aan die Hof was nie alleen dat die middel aan swanger vroue wat vigs het, verskaf moes word nie, maar ook dat die regering gedwing moes word om 'n effektiewe nasionale program van stapel te stuur. Die Treatment Action Campaign (TAC) het in sy aansoek aangevoer dat die regering teenstrydig met die Grondwet, wat gratis primêre gesondheidsorg aan swanger vroue en kinders onder die ouderdom van sewe jaar waarborg, handel.

In reaksie het die Departement van Gesondheid aangevoer dat die koste van so 'n beleid te hoog sou wees. Daar was ook 'n gebrek aan fasiliteite en opgeleide personeel om aan die vereiste te voldoen.

Die Pretoriase Hooggeregshof het in sy uitspraak op die reg van toegang tot gesondheidsorg en dienste gefokus. Die Hof het aangedui dat daar nie in die uitspraak 'n oordeel oor die uitvoerende gesag se beleidsformulering uitgespreek is nie. Die Hooggeregshof het 'n ondersoek gedoen (soos in die *Soobramoney*-saak) na die vraag of die nasionale en provinsiale gesondheidsdepartemente redelike stappe binne die beperkinge van die nasionale en provinsiale begrotings gedoen het om die reg van

toegang tot gesondheidsdienste te realiseer. In kontras met *Soobramoney* het die provinsiale owerhede nie n gebrek aan finansiële bronne gepleit nie, hoofsaaklik omdat Nevirapine gratis deur die vervaardigers beskikbaar gestel is.

Die Hooggeregshof het in sy uitspraak bevind dat die gesondheidsbeleid van die nasionale en provinsiale regerings onredelik was. Die Hof het ook bevind dat die bestaande gesondheidsbeleid onvoldoende en 'n struikelblok in die realisering van die ideaal van progressiewe reg tot gesondheidsorg was. Die Hooggeregshof het dan in reaksie h bevel uitgereik dat Nevirapine aan moeders uitgereik moes word indien die dokter dit wenslik geag het. Dit sluit in dat die moeder eers behoorlik getoets sou word en die nodige berading sou ontvang (paragraaf 135(3)).

Die Hof het ook beveel dat redelike maatreëls getref moes word om te verseker dat toets- en hulpklinieke geskep word om die toediening van Nevirapine in die gesondheidssektor te vergemaklik.

Daar is teen die uitspraak na die Konstitusionele Hof geappelleer en in *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* (No 2) 2002 (5) (SA) 721 (CC) het dié Hof die redelikheid van die maatreëls ondersoek wat getref is om die oordrag van die vigsvirus van geïnfecteerde moeders na ongebore kinders te verhoed. Die Konstitusionele Hof het in sy uitspraak bevind dat die beleid van die gesondheidsdepartemente onredelik was, omdat die middel nie geredelik buite die toetsareas beskikbaar was nie. Daar is ook bevind dat h aansienlike gedeelte van die gemeenskap op dié wyse van toegang tot die middel uitgesluit is. Die Hof het ook bevind dat dit die armste gedeelte van die bevolking was wat die meeste sou ly vanweë die niebesikbaarheid van Nevirapine (paragraaf 68). Dit was veral kinders wat sou ly indien die ouers nie in h posisie was om die middel aan hul kinders te verskaf nie. Derhalwe rus daar kragtens die Grondwet en die Handves van Menseregte (artikel 28(1)(b)) h verpligting op die staat om Nevirapine te voorsien.

Die Konstitusionele Hof het bevind dat die regering se beleid nie aan die vereistes voldoen wat artikel 27 van die Grondwet stel nie. Die Konstitusionele Hof het daarom die verwydering beveel van die bestaande beperking wat die voorsiening van Nevirapine aan swanger moeders verhoed het. Die Hof het ook h bevel uitgereik dat hulpklinieke en raadgewers oor die gebruik van dié middel voorsien moes word en dat redelike stappe gedoen moes word sodat die

skepping van toetsfasiliteite verhaas kon word.

Treatment Action Campaign en die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte

Die Konstitusionele Hof en Hooggeregshof se onderskeie uitsprake het 'n belangwekkende versterkende impak op die skeiding van owerheidsmagte in Suid-Afrika gehad. Dit was duidelik uit die uitspraak dat die regsprekende gesag die redelikheid van regeringsbeleid sou bepaal en dat die aksie die implikasie sou hê dat die fyn grens tussen judisiële toetsing en formulering van beleid bepaal sou word.

Die redelikheid van beleid is in die Grondwet vasgelê en die uitspraak deur die hof is in 'n groot mate net die herhaling en afdwinging van die vereiste.

Die Konstitusionele Hof het egter in die *Treatment Action Campaign*-saak 'n groot mate van begrip getoon vir die afbakening wat tussen die regsprekende en uitvoerende instellings behoort te bestaan. Die Konstitusionele Hof (paragraaf 38) het bykomend groter duidelikheid oor die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte gebied deur veral na artikel 172(b)(i) en (b)(ii) te verwys, waarvolgens die Hof gemagtig is om enige bevel te maak om enige wet of gedrag wat strydig met die Grondwet is, ongeldig te verklaar in die mate waarin dit met die Grondwet onbestaanbaar is. Die Hof is ook bevoeg om die wet op te skort vir die nodige periode om die aangewese owerheid die geleentheid te gee om die tekortkoming te herstel.

Die Konstitusionele Hof wys dan daarop dat die Hof kragtens artikel 172 wye bevoegdhede verkry het om seker te maak dat die fundamentele regte van landsburgers beskerm en afdwinging kan word (paragraaf 38). Die Hof het 'n verskeidenheid bevels tot sy beskikking om die staat te dwing om sy beleid so te formuleer en uit te voer dat dit tot die realisering van die basiese menseregte in die Grondwet kan lei. Die Konstitusionele Hof het na *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 (3) SA 786 (CC) verwys om die stelling te staaf dat die Hof nuwe remedies mag ontwikkel om te verseker dat regeringsbeleid nie onredelik is nie. Die Konstitusionele Hof het ook daarop gewys dat dit 'n bevel kan uitreik wat die regering kan dwing om sy beleid te herformuleer.

Die Konstitusionele Hof het na dié betoog egter aangevoer dat 'n herformuleringsbevel teenstrydig in die konteks van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte sou wees. Die Konstitusionele Hof het vervolgens die Hooggeregshof se bevels, insluitend 'n strukturele interdik wat die regering sou dwing om sy strategie te hersien en aan die Hof voor te lê, tersyde gestel. Die Konstitusionele Hof het egter daarna self voortgegaan en 'n reeks stappe geformuleer wat die regering moes implementeer. Dit sluit die verskaffing van Nevirapine, klinieke en toetsfasiliteite in. (Met ander woorde, die Hof het in werklikheid beleid geformuleer terwyl hy aangedui het dat die Hooggeregshof se bevel teenstrydig met die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte was.)

Met verwysing na die *Treatment Action Campaign*-saak wys Hopkins (2002a:25) daarop dat wanneer die regter die billikheid van regeringsbeleid oordeel, dit nie op n skending van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag neerkom nie. Artikel 172 van die Grondwet verleen spesifiek dié bevoegdheid aan die Konstitusionele Hof as die beskermer van die Grondwet. Hopkins (2002a:25) wys vervolgens ook daarop dat wanneer die hof n uitspraak oor die redelikheid van beleid lewer, dit nie die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag oortree nie, omdat dié uitwysing deel van die funksie van die regsprekende gesag is. In die *Treatment Action Campaign*-saak gaan die Hof egter verder as net h blote uitspraak oor die redelikheid van regeringsbeleid en gee n bevel wat die regering noodsaak om sekere middels asook sekere fasiliteite te verskaf aan mense wat aan vigs ly. Hierdie bevel, wat aan die verskillende gesondheidsdepartemente uitgereik is, strek veel verder as n blote beoordeling van die redelikheid van beleid, en kom in werklikheid op die formulering van beleid neer en n opdrag om die beleid uit te voer (Hopkins 2002a:25).

Met ander woorde, die Hof beoordeel nie net beleid nie, maar formuleer beleid wat h prerogatief van die uitvoerende gesag is. Die regsprekende gesag tree nie op as h blote wig en teenwig nie, maar beweeg op die tradisionele terrein van die uitvoerende gesag.

Van Wyk (2003:401) maak dieselfde waarneming in die beoordeling van die uitspraak wat in die *Treatment Action Campaign*-saak gelewer is. Die Hof het in werklikheid verder gegaan as die bevel wat in die *Soobramoney*- en die *Grootboom*-saak uitgereik is. In laasgenoemde twee sake is die redelikheid van sosio-ekonomiese aangeleenthede beoordeel en is beleid nie geformuleer nie. Van Wyk (2003:401) wys daarop dat die Hof in die *Grootboom*-saak inderdaad bevind het dat die beleid gebrekkig was, maar dat die Hof nie tot die herformulering van die beleid oorgegaan het nie. Beide die Hooggeregshof en die Konstitusionele hof het in die *Treatment Action Campaign*-saak verder as in enige van die ander sake gegaan deur n bevel uit te reik dat bepaalde instellings en fasiliteite geskep moes word. In die proses is die grens tussen beleidbeoordeling en beleidmaking, dus die onderskeid tussen die regsprekende en die wetgewende en uitvoerende gesag oorgesteek. In die opsig het die regsprekende gesag n sterker rol as judisiële waghond van die grondwet vervul.

Wesson (2004:295) neem h meer gematigde standpunt in oor die impak wat die uitspraak in die *Treatment Action Campaign*-saak op die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte gehad het en is van mening dat dié uitspraak nie noodwendig uit pas is met die uitsprake wat reeds in die *Grootboom*- en die *Soobramoney*-saak gegee is nie. Wesson (2004:295) wys daarop dat die Hof in die

Grootboom-saak is 'n spesifieke deel van die samelewing uitgesonder het -- diegene wat huisvesting desperaat benodig het. In dié saak het die Hof die aspek as 'n prioriteit vir die behuisingsprogram van die regering uitgesonder en die nievoldoening daaraan as onredelik beskou. Die Hof het gevolglik dié gedeelte van die program kragtens artikel 172 van die Grondwet ongeldig verklaar.

Wesson (2004:295) se standpunt is dat die Hof in die *Treatment Action Campaign*-saak dieselfde konfigurasie gebruik het as in die Soobramoney- en die *Grootboom*-saak. Die beweegrede is dat 'n spesifieke segment van die samelewing, swanger vroue wat MIV-positief is, uitgesluit is van 'n spesifieke mediese behandeling, die dienste van toetssentrums en berading. Die vraag wat voor die Hof geding het, is of daar redelike gronde vir dié uitsluiting bestaan het. Die redes wat deur die regering en provinsiale owerhede aangevoer is, is as onvoldoende beskou en die Konstitusionele Hof se bevel het voldoende maatreëls aanbeveel om die situasie reg te stel.

Hoewel dit op die oog af mag lyk of die *Treatment Action Campaign*-saak meer indringende implikasies vir die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte gehad het, is dit volgens Wesson (2004:296) nie die geval nie. In die geval van Nevirapine is daar minimale koste-implikasies, omdat die vervaardigers die middel feitlik kosteloos verskaf het. Vir die voorsiening van toetssentrums en berading aan diegene wat Nevirapine sou ontvang, word dieselfde benadering as in die *Grootboom*-saak gevolg en vereis die Hof net dat die regering redelike stappe in die verband moet doen (paragraaf 135 (3)(d)).

Met verwysing na sosio-ekonomiese regte in die *Grootboom*-saak en die wyse waarop die regte vertolk moes word, het die aansoekers aangevoer dat riglyne geneem moes word uit die benadering van die International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Dié dokument bevat algemene riglyne om inhoud aan die verpligtinge wat uiteengesit is, te gee. Dié riglyne bepaal dat sosio-ekonomiese regte 'n sekere minimum kern moet bevat wat deur die staat voorsien moet word. Met ander woorde, die verpligting beteken dat die staat in die voldoening aan sosio-ekonomiese regte aan sekere minimum essensiële vlakke moet voldoen (Bilchitz, 2003:485).

In sy uitspraak het Yacoob R verwys na die standpunt wat in die ooreenkoms vervat is (paragraaf 27). Yacoob R het nie die minimumkernbenadering sonder meer verwerp nie, maar het wel sekere voorbehoude oor dié benadering uitgespreek en daarop gewys dit nie vir die Hof nodig is om in die eerste plek die minimum kern van 'n reg te bepaal nie. Yacoob R het verkies om eerder op die redelikheid van beleid en die redelikheid van die staat se behuisingsprogram te konsentreer. Hierdie benadering beteken dat die regsprekende gesag nie voorskriftelik teenoor die staat (uitvoerende gesag) moet optree nie. Dié standpuntinname volgens Bilchitz versterk duidelik die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte (Bilchitz, 2003:485).

Die rol van die regsprekende gesag om as “waghond” op te tree deur andersyds beleid te kontroleer, vervul h belangrike funksie in die stelsel van wigte en teenwigte. Dit is egter onvermydelik dat sosio-ekonomiese eise groter eise aan die regsprekende gesag gaan stel om meer indringend na beleid te kyk. Onvermydelik sal dit die regsprekende gesag op die verdelingslyn tussen die regsprekende en die uitvoerende gesag bring. Die Handves van Menseregte plaas n verpligting op die regsprekende gesag om meer dinamies op te tree. Dit is en bly egter n fyn lyn tussen toetsing en beleidsformulering. Myns insiens is dit belangrik dat die regsprekende gesag meer dinamies optree, veral in h vestigingsdemokrasie soos Suid-Afrika waar h menseregte kultuur nog gevestig moet word.

Khosa and Others v Minister of Social Development and Others 2004 (6) BCLR 569 (CC) (Khosa-saak)

In die *Khosa*-saak het dit oor die vraag gehandel of permanente inwoners van die RSA op maatskaplike toelaes aanspraak kan maak. Kragtens die Wet op Maatskaplike Bystand 59 van 1992 word maatskaplike toelaes slegs aan landsburgers beskikbaar gestel. Die applikante het besluit om dié beperking ter syde probeer stel en het hul aansoek op artikel 27(1)(c) van die Grondwet gesteun wat die reg op maatskaplike dienste vir die gemeenskap konstitusioneel waarborg. Die aansoekers het bykomend ook op artikel 9 in die Grondwet, die gelykheidsbeginsel, gesteun.

In *Khosa* is dieselfde benadering as in die *Grootboom*- en *Treatment Action Campaign*-saak gebruik, naamlik om aan te toon dat indien h bepaalde groep van n sosio-ekonomiese program uitgesluit is terwyl h ander groep voordeel trek, dit onreëlmag sou wees.

Die Konstitusionele Hof het die redes vir die uitsluiting van diegene met permanente verblyfreg aan die hand van die maatstaf, wat ook in die vorige reeks sake gebruik is, getoets. Die toets probeer om h maatstaf vir redelikheid te stel deur te bepaal of dit billik is dat die permanente inwoners van Suid-Afrika van sosiale toelaes uitgesluit word (artikel 9). Die Hof het die verweer van die regering dat die primêre plig van n land teenoor sy landsburgers is, ontleed. h Verdere verweer van die regering was dat selfvoorsiening aangemoedig word en dat die uitbreiding van maatskaplike toelaes aan permanente inwoners n onhoudbare finansiële las op die staatskas sou plaas. Die Hof het in sy uitspraak die redes wat die regering aangevoer het, onoortuigend bevind en h bevel uitgereik dat die maatskaplike toelaes uitgebrei moes word na permanente inwoners wat aan die relevante kriteria voldoen het.

Wesson (2004:297) vra na aanleiding van die uitspraak of die finansiële las wat die Hof met die uitbreiding op die regering plaas, in werklikheid beteken dat die Grootboom-maatstaf met dié bevel oortref is. Wesson (2004:297) is van mening dat die Hof in paragraaf 49 die maatstaf van redelikheid verfyn en uitgebou het. Dit beteken egter nie, soos in die Grootboom-saak, dat die Hof voorskriftelik is oor die wyse en formaat waarop die maatskaplike steun moet geskied nie.

Die status van die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag na Khosa v Minister of Social Development supra

In die viertal sake, *Soobramoney*, *Grootboom*, *Treatment Action Campaign* en *Khosa*, is die grondslag gelê vir die wyse waarop daar in die toekoms met eise wat op sosio-ekonomiese regte gebaseer is, gehandel sou word. Uit die aanvanklike bespreking van sodanige aansoeke voor die Hof wat oor sosio-ekonomiese regte gehandel het, was dit duidelik dat die aanvanklike onsekerhede geregverdig was omdat die impak op die staat en die regering in n groot mate in onsekerheid gehul was (Davis, 1992:475-490).

In die konteks van die bespreking van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte was dit ook duidelik dat die bevel van die regsprekende gesag, wat die staat gelas het om sekere handeling uit te voer, wel begrotingsimplikasies sou hê. Wanneer die bevel spesifiek vra dat beleid aangepas of verander moet word, kan dit h uitwerking op die formulering van landsbeleid hê, wat weer implikasies vir die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte sou inhou. Hofbevele wat die staat dwing om beleid te verander en sekere handeling uit te voer, kan op die enger siening van die formulering van landsbeleid neerkom en n oorskryding van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte meebring. Indien die regsprekende gesag egter bevel uitreik wat substantief op die Grondwet gebaseer is, kan dit net die legitimiteit van die staat versterk.

In hierdie opsig het die uitspraak in die Grootboom-saak groot belangstelling gewek en in h mate die presedent geskep vir die wyse waarop in die toekoms met sosio-ekonomiese regte gehandel sou word.

In die *Grootboom*-, *TAC*- en *Khosa*-saak het die aansoek uit h spesifieke segment van die samelewing gekom wat van sosio-ekonomiese regte uitgesluit is. Hierdie segment van die samelewing het onder andere n behoefte aan huisvesting gehad, is uitgesluit van maatskaplike toelaes en het vigslyers ingesluit. In al dié gevalle sou die besluit van die Hof om die sosio-ekonomiese regte aan die voorheen uitgeslote groepe uit te brei, finansiële implikasies inhou. Die Hof se benadering was in al die gevalle om die redes vir

die niervoldoening op grond van die redelikheid van die bestaande regeringsbeleid te toets. Die regering moes in sy verdediging aanvoer waarom op die spesifieke beleid besluit is en die redelikheid van die beleid aantoon.

Wesson (2004:307) wys daarop dat die Hof h samewerkende benadering met die regering gevolg het. Die regering is steeds die primêre besluitnemer oor die formulering van beleid; die regsprekende gesag het nie die taak oorgeneem om beleid namens die regering te formuleer nie. Die standaard van redelikheid wat in die *Grootboom*-saak vasgelê is, was dat beleid omvattend (paragraaf 40), koherent (paragraaf 41), gebalanseerd en soepel (paragraaf 43) moet wees. Die Hof het daarom in die sake wat hierbo bespreek is, tot die slotsom gekom dat n beleid wat n segment van die samelewing van die genoemde sosio-ekonomiese regte uitsluit, nie aan dié gestelde vereistes kan voldoen nie. Die Hof sou egter nie aan die regering voorgeskryf hoe daar primêr te werk gegaan moes word nie.

Die era ná Grootboom: *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environment Affairs and Others* 2004 (4) SA 490 (CC) (Bato Star-saak)

Die uitspraak wat in *Bato Star* gelewer is, is h belangrike toevoeging tot die beslissings wat hierbo bespreek is. Hoewel dit nie in die saak suiwer oor sosio-ekonomiese regte gaan nie, handel die saak wel oor swart bemagtiging wat sosio-ekonomiese implikasies inhou. *Bato Star Fishing supra* is n verdere bevestiging dat die regsprekende gesag die skeidslyn tussen die regsprekende, uitvoerende en wetgewende gesag in die toekoms sal toepas.

Die Konstitusionele Hof het in *Bato Star Fishing supra* eksplisiet gewaarsku dat die skeiding tussen die regsprekende en uitvoerende/wetgewende gesag streng gehandhaaf moet word omdat:

”[a] court should be careful not to attribute to itself superior wisdom in relation to matters entrusted to other branches of government” (paragraaf 48).

Die feite van die saak was as volg: Die applikant, Bato Star Fishing (Pty) Ltd, was ontevrede met die wyse waarop die toekenning van viskwotas in 2001 gedoen is, veral die toekenning wat dié maatskappy vir die seisoen van 2002-2005 ontvang het. In reaksie op die toekenning (kwota) wat die maatskappy ontvang het, het die maatskappy by die Hof aansoek gedoen om die hersiening van dié toekenning met die oogmerk dat die kwota vergroot moet word.

In 2002 is die vis-industrie nog grootliks deur maatskappye gedomineer wat histories deur wit mense gestig en besit is. Die Wet op Lewende Mariene Seebronne no. 18 van 1998 is om dié rede so opgestel dat dit die bedryf sou herstruktureer en transformeer om die historiese wanbalanse van die verlede te herstel.

Veral artikel 2 het h positiewe verpligting op die uitvoerende gesag geplaas om die wanbalanse doelgerig aan te pak, en wel in die konteks van die bewaring van die seebronne vir die toekomstige geslagte en die beskerming van die ekosisteem.

Die applikant se oogmerk was om h mediumgrootte vismaatskappy met die oog op swart bemagtiging te stig om hom in die bedryf te vestig. Om dit te kon bewerkstellig, sou sy maatskappy n drasties groter kwota benodig wat ongeveer 12 keer groter as die vorige kwota in 2001 sou moes wees.

Die Departement van Omgewingsake moes in sy seleksiekriteria h fyn balans tussen die oogmerke van swart bemagtiging en die belang van volhoubare seebronne handhaaf. Die applikant was duidelik ontevrede met die kwota van 856 ton wat aan sy maatskappy toegeken is. Die applikant het op twee strategieë besluit om die saak te beveg. Eerstens het hy na die Minister van Omgewingsake vir n verhoging van sy kwota geappelleer. Tweedens het hy h aansoek by n ander ontevrede aansoeker gevoeg sodat die saak tegelykertyd in die Hooggeregshof aandag kon geniet (paragraaf 17).

Die Hooggeregshof het in die guns van die applikant beslis omdat bevind is dat die Hoofdirekteur se besluit oor die viskwotas arbitrêr, irrasioneel en sonder enige goeie rede geneem is. Die Hooggeregshof het ook bevind dat die Hoofdirekteur sekere belangrike oorwegings geïgnoreer het en ander minder belangrike oorwegings, soos die stabiliteit in die visbedryf, te belangrik geag het (paragraaf 18).

Die respondent, Die Departement van Omgewingsake, het na die Appèlhof geappelleer waar die appèl gehandhaaf is. Die verhoorhof se bevindings is omvergewerp op grond daarvan dat daar geen getuienis was om aan te dui op watter wyse die Hoofdirekteur aanvanklik die besluit geneem het nie. Die respondent het in reaksie h verdere aansoek by die Konstitusionele Hof ingedien. Die Konstitusionele Hof het met die beslissing van die Appèlhof saamgestem en die appèl is met kostes van die hand gewys.

O'Regan R het die eenparige uitspraak gelewer. Dié uitspraak is van groot belang vir die ondersoek en word vervolgens in die verskillende subhoofde uiteengesit.

Belangrike beginsels wat uit *Bato Star Fishing (Pty) Ltd* uitgekristalliseer het:

(a) Die administratiewe handeling en die skeiding van owerheidsmagte

Artikel 2 van die 1996-Grondwet bepaal dat die Grondwet die oppermagtige wet van die Republiek van Suid-Afrika is en dat enige wet of enige handeling wat in stryd met die Grondwet is, ongeldig is. Die oppermagtigheid van die Grondwet beteken dat die howe se toetsingsbevoegdheid nie soos in die verlede tot prosedures beperk is nie, maar ook insluit om te bepaal of wette in ooreenstemming met die grondwetlike,

substantiewe norme en waardes is. Substantiewe regterlike toetsing veronderstel n meer aktiewe en ingrypende rol vir die regsprekende gesag, met noodwendige implikasies vir die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag.

Die Grondwet se oppermagtige status beteken dat enige onsekerheid oor die grondslag waarop administratiewe handeling plaasvind, beëindig is. Die oppermagtigheid van die Grondwet beteken dat die howe se hersieningsbevoegdheid (artikel 33) as n direkte gevolg uit die Grondwet afgelei kan word. Die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtheid no. 3 van 2000 (WBAG) is op dié artikel gebaseer en maak voorsiening vir geregtelike hersiening.

Die Konstitusionele Hof het in *Bato Star Fishing (Pty) Ltd supra* die omstandighede waaronder administratiewe hersiening mag plaasvind, deeglik uiteengesit. Uit die uiteensetting is dit duidelik dat twee regstelsels, gemene reg en wettereg, nie toegelaat sal word om naas mekaar te funksioneer nie. Die Konstitusionele Hof se beslissing in *Bato Star Fishing (Pty) Ltd supra* het bevestig dat die howe se bevoegdhede om administratiewe sake te hersien nie vanuit die gemene reg sal voortvloei nie, maar vanuit die bepalings van die Grondwet en die WBAG. Die Konstitusionele Hof het die belangrikheid van artikel 6 van die WBAG wat die gronde vir regshersiening van administratiewe aksie gekodifiseer het, beklemtoon.

Die Konstitusionele Hof het vervolgens na die gronde gekyk waarop die appellant sy aansoek gebaseer het, naamlik artikel 2(j) en die onderlinge verband daarvan met artikel 18(5). Hierdie twee artikels bepaal dat die Minister in sy toekenning van die viskwotas spesiale aandag aan die omstandighede van nuwe aansoekers moet skenk, spesifiek diegene wat uit voorheen benadeelde sektore van die samelewing kom. Die appellant het aangevoer dat die Hoofdirekteur nie die nodige aandag aan hierdie vereistes gegee het nie en dit ook verkeerd geïnterpreteer het, ten spyte daarvan dat dié artikels groter status behoort te geniet.

Die Konstitusionele Hof moes daarom die redelikheid van geformuleerde beleid ondersoek. Soos in die *Soobramoney*-saak, was die Hof in die *Bato Star*-saak daarvan oortuig dat die provinsie artikel 27(1)(a) en (2) van die Grondwet korrek vertolk het en dat die provinsie redelike stappe binne die beperking van die beskikbare fondse gedoen het. Die Konstitusionele Hof het die rol van die regsprekende gesag beklemtoon deur te stipuleer dat die redelikheid van die beleid vereis dat redes vir die besluit gegee moet word. Die redes wat aangebied word, moet van so 'n aard wees dat dit n redelike persoon kan oortuig (Hopkins, 2002a:24). In die Treatment Action Campaign-saak was die Hooggeregshof bereid om meer daadwerklik op te tree en het hy bevele uitgereik wat begrotingsimplikasies gehad het.

In *Bato Star Fishing (Pty) Ltd supra* is die redelikheid van administratiewe handeling en

die kriteria wat gebruik is om die viskwotas vas te stel, op artikel 18(5) gebaseer. Die Konstitusionele Hof het die verskillende artikels bestudeer om die redelikheid van die saak vas te stel. Artikel 2 het bepaal dat aandag ("have regard to") gedurende die besluitnemingsproses aan die herstrukturering en ondersoek van ongelykhede in die visbedryf gegee moes word. Artikel 18(5), wat op die transformasie van die visbedryf betrekking gehad het, het h sterker vereiste gestel, naamlik "have particular regard to". Die herhaling van die vereiste dui volgens die appellans daarop dat dit n belangrike vereiste is. Tweedens is bepaal dat spesiale aandag aan die herstrukturering en die ondersoek van ongelykhede in die visbedryf gegee moes word (paragraaf 35).

In *Bato Star Fishing (Pty) Ltd supra* was die gestelde vereiste om aan artikel 18(5) (van die Wet op Lewende Mariene Seebronne no. 18 van 1998) te voldoen, nie besonder streng nie. Die parlement het n standaard gestel dat stappe met die verloop van tyd gedoen moes word om te verseker dat die doelwitte bereik word. Die aard en die kompleksiteit van die visbedryf het tot gevolg dat die teikens wat gestel is, moeilik in die kort en die medium termyn bereik sou kon word. Dit sou meer realisties wees om te verwag dat die oogmerke op die medium en die lang termyn bereik sou kon word. Die Hof het daarom sekere minimumvereistes in hierdie verband uiteengesit, naamlik:

"At the very least, some practical steps must be taken in the process ... If no step is taken during a particular round of allocation, the decision-maker cannot be said to have paid due regard to these needs unless there is a reasonable explanation for the absence of such practical steps." (paragraaf 40)

Die Appèlhof het ook in sy hantering van die saak na die redelikheid van die stappe verwys. Schutz AR bestempel in sy uitspraak die twee artikels as riglyne en nie as verpligtinge nie. Verder word verwys na *Joffin and Another v Commissioner of Child Welfare, Springs and Another* 1964 (2) SA 506 (T) (508 F-H) waarin geredeneer word dat die woorde "have regard to" in sy eenvoudige betekenis begryp moet word, wat beteken om in gedagte te hou ("bear in mind") en om nie mis te kyk nie ("do not overlook").

(b) Die "maker" van die wet, die "uitvoerder" van die wet en die "beoordelaar" van die wet (die belang daarvan dat elk van die verskillende owerheidsinstellings steeds hul primêre funksie moet uitvoer)

Die Konstitusionele Hof het in sy uitspraak nie alleen die belangrikheid van die herstrukturering van die visbedryf beklemtoon nie, maar ook by herhaling belangrike beginsels neergelê, wat die belangrikheid van die skeiding van owerheidsgesag beklemtoon het.

Die Konstitusionele Hof het die belangrikheid van die herstrukturering van die visbedryf beklemtoon om die huidige wanbalanse te herstel. Die Hof het ook die belangrikheid

daarvan beklemtoon dat die Wet op Lewende Mariene Seebronne in ooreenstemming met die konstitusionele grondbeginsel in artikel 1(a) van die Grondwet moet wees en ook dat gelykheid n basiese waarde in die nuwe demokratiese stelsel is.

Die Konstitusionele Hof het dit egter duidelik gestel dat die breë riglyne wat transformasie bevorder, op baie maniere bereik kan word en dat daar nie slegs h enkele wyse is waarop dit bereik kan word nie. Die wetgewende gesag het hierdie aspek beklemtoon met die wyse waarop die Wet geformuleer is, sodat die diskresie aan die uitvoerende gesag oorgelaat word. Artikel 2 en 18 is die enigste wat verpligtinge op die besluitnemer (uitvoerende gesag) plaas deur te bepaal dat die uitvoerende gesag aan dié riglyn oorweging moet skenk ("have regard to") (paragraaf 35).

Die uitspraak in *Bato Star Fishing (Pty) Ltd* is om verskeie redes belangrik, maar veral omdat die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte daarin beklemtoon en vasgelê word. In sy bespreking van die Wet het die Konstitusionele Hof die verhouding en interaksie tussen die wetgewende en die uitvoerende gesag beklemtoon, naamlik dat die wetgewende gesag die wette maak en dat die uitvoerende gesag die verantwoordelikheid het om die wette uit te voer. Hierdie verskil is deeglik in die uitspraak uitgelig:

"To the extent that the Act emphasises the need for decisions to facilitate the process of transformation, it suggests no particular preference for the manner in which this should be achieved. The manner in which transformation is to be achieved is, to a significant extent, left to the discretion of the decision-maker (the executive)." (paragraaf 35)

Die belangrike derde struktuur (instelling) van die skeiding van owerheidsmagte is die regsprekende gesag wat die bevoegdheid het:

"... om geskille te besleg wat deur die toepassing van die reg opgelos kan word deur te bepaal wat die reg is en hoe om dit in die besondere geval toe te pas. Regsprekende gesag word uitgeoefen deur staatsorgane wat nie partye tot die geskil is nie, naamlik die howe" (Rautenbach & Malherbe, 2004:223).

Die Konstitusionele Hof se uitspraak in *Bato Star Fishing (Pty) Ltd* bevestig die belangrike en die korrekte rol wat die regsprekende gesag in die verhouding vervul. Die Hof het ook daarop gewys dat solank die uitvoerende gesag die belangrikheid van die aspek begryp en van die praktiese voldoening aan artikel 2 en 18(5) oortuig is, die besluit van die uitvoerende gesag nie deur die regsprekende gesag hersien sal word nie.

Die Konstitusionele Hof se standpuntinname in *Bato Star Fishing (Pty) Ltd* bevestig dat dié Hof die regsprekende gesag in ooreenstemming met die basiese beginsels van die skeiding van owerheidsmagte plaas en die voorafgaande beslissings in dié verband versterk.

(c) Slotgedagtes oor *Bato Star Fishing (Pty) Ltd*

Die belangrike beginsels in *Bato Star Fishing (Pty) Ltd* het die belangrikheid van die

beginsel van die skeiding van owerheidsmagte by herhaling beklemtoon. Dié beslissing, wat op die hakke van die *Soobramoney*-, *Grootboom*-, *TAC*- en *Khosa*-saak gevolg het, het die regsprekende gesag se posisie teenoor die ander regeringsinstellings opnuut bevestig. Daar is min onsekerheid dat die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte 'n vaste plek in die staatsreg verkry het.

De Ville (2004:577-615) staan egter krities teenoor die teoretiese benadering wat die Konstitusionele Hof in die *Bato Star*-saak gevolg het. De Ville (2004:613) se standpunt is dat die Konstitusionele Hof se benadering in dié saak te formalisties was en dat die onderskeid tussen die reg (regsprekende gesag) en politiek (uitvoerende gesag) te rigied en onbuigsaam was. Dié standpunt veronderstel dat 'n mate van 'n onderlinge verband of verweefdheid tussen die aspekte van reg en politiek behoort te bestaan. Volgens De Ville (2004:614) kan regterlike hersiening nie tot sy reg kom indien daar sterk skeiding tussen reg en politiek (beleid) of tussen hersiening en appèl gehandhaaf word nie.

Die noodwendige gevolg van dié siening dat daar 'n onderlinge verband tussen die reg en die politiek behoort te bestaan, is dat die skeidslyne tussen die regsprekende en die uitvoerende gesag weer sal vervaag. Soos reeds genoem, is dit belangrik dat Suid-Afrika 'n eiesoortige skeiding-van-owerheidsmagte-leerstuk moet ontwikkel. Uitsprake soos in die *Bato Star*-saak mag wel rigiede kenmerke dra, maar versterk die vestiging van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte in 'n ontluikende konstitusionele staat waarin dié waardes voorheen ontbreek het.

8.4.3 Die onafhanklikheid van die regsprekende gesag en die skeiding van owerheidsmagte

In die inleidende gedeelte van onderafdeling 8.4 is daarop gewys dat die eerste gedeelte daarvan gewy sou word aan hofuitsprake wat op sosio-ekonomiese regte betrekking het. Die tweede gedeelte kyk meer in die algemeen na verdere sake waarin die skeiding tussen die regsprekende en uitvoerende gesag ook ter sprake gekom het.

South African Association of Personal Injury Lawyers v Heath and Others 2001 (1) SA 883 (CC)

Die *South African Association of Personal Injury Lawyers*-saak het in hoofsaak gehandel oor die Spesiale Ondersoekseenheid na bedrog, wat volgens artikel 3(1) van die Wet op Spesiale Ondersoekseenhede en Spesiale Tribunale no. 74 van 1996 deur 'n regter of 'n waarnemende regter gelei moes word.

Die organisasie, South African Association of Personal Injury Lawyers (SAAPIL), het 'n aansoek in die Transvaalse Hooggeregshof gerig oor die mening dat sekere artikels van die Wet

op Spesiale Ondersoekeenhede onversoenbaar met die 1996-Grondwet was en dat die proklamasies, ingevolge waarvan Heath R aangestel is, nietig verklaar moes word. Coetzee AR het die aansoek van die hand gewys, waarna die aansoekers na die Konstitusionele Hof geappelleer het (Sarkin, 1997:756).

SAAPIL het eerstens in die Konstitusionele Hof aangevoer dat die vereiste in artikel 3 van die Wet op Spesiale Ondersoekeenhede, naamlik dat die hoof van die Spesiale Ondersoekeenhede n regter of n waarnemende regter moet wees, n oortreding van die leerstuk van die skeiding van owerheids gesag is (paragraaf 50). Die Konstitusionele Hof het in ooreenstemming met die beslissing wat in die Sertifiseringszaak gelewer is, bevind dat die 1996-Grondwet by implikasie die leerstuk van die skeiding van owerheids magte veranker het deur gesag tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende instellings te versprei (Sarkin, 1997:758). Enige wet wat met dié beginsel onversoenbaar is, sal daarom onkonstitusioneel wees (paragraaf 21-22).

Die Konstitusionele Hof het beslis dat die verrigting van uitvoerende funksies deur die Spesiale Ondersoekeenhede teenstrydig met die regsprekende funksies van n regter was en dat die voorskrif in die betrokke Wet dat die President n regter as hoof van die eenheid moet aanstel, ongrondwetlik was.

Die Konstitusionele Hof het in sy uitspraak uiters belangrike “toetsmeganismes” uiteengesit om te bepaal of een instelling inderdaad n bevoegdheid uitoefen wat tradisioneel die domein van n ander instelling is (paragraaf 29).

Die Konstitusionele Hof het beslis dat dit wel die geval is wanneer die uitoefening van bevoegdheid:

- “(a) is more usual or appropriate to another branch of government;
- (b) is subject to executive control or direction;
- (c) requires the Judge to exercise a discretion and make decisions on the grounds of policy rather than law;
- (d) creates the risk of judicial entanglement in matters of political controversy;
- (e) involves the Judge in the process of law enforcement;
- (f) will occupy the Judge to such an extent that he or she is no longer able to perform his or her normal judicial functions.”

Die Hof het egter aangedui dat dit nie n volledige lys is nie en nie veronderstel is om n onbuigsame toets te wees nie.

Die spesifieke vraag waaroor die Konstitusionele Hof moes beslis, was of artikel 3(1) van die Wet op Spesiale Ondersoekeenhede (dat n regter of n waarnemende regter dié eenheid moet lei) onversoenbaar was met die 1996-Grondwet sowel as met die beginsel van die skeiding van owerheids magte. Die Konstitusionele Hof het beslis dat hoewel dit belangrik was dat n persoon met integriteit die eenheid moes lei, die

funksies wat die eenheid moes verrig, ondersoek en litigasie was en:

”were necessarily ‘partisan’ in nature and therefore inconsistent with the judicial office” (paragraaf 40).

Die Konstitusionele Hof het ook beslis dat indien h regter dié eenheid sou lei, die publiek die stap sou sien as die regsprekende gesag wat funksioneel deel van die uitvoerende gesag is. Hierdie aspek kan die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte ondermyn en die onafhanklikheid van die regsprekende gesag aantast.

Die Konstitusionele Hof het verder h baie belangrike aspek beklemtoon, naamlik dat die uitspraak by implikasie verder strek, omdat dit h beginsel (die skeiding van owerheidsgesag) beklemtoon wat fundamenteel is vir die konstitusionele bestel (paragraaf 46). Die beslissing van die Konstitusionele Hof het h verdere belangrike bydrae tot die uitbou en die vestiging van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte in Suid-Afrika gelewer.

Geuking v President of the Republic of South Africa and Others 2003 (1) SACR 404 (CC) (*Geuking-saak*)

Die *Geuking-saak* het om verskeie redes ook h belangrike uitspraak vir die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte gelewer. Dié uitspraak het nie net die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte direk en indirek binne n breër konteks beklemtoon nie, maar ook die belangrikheid van die onafhanklikheid van die regsprekende gesag herbevestig.

Die feite van die saak was kortliks as volg: Die appellant is deur n Duitse hof tot gevangenisstraf gevonnis. Die appellant het daarna gevlug en hom in Suid-Afrika gevestig, waar hy later vir burgerskap gekwalifiseer het. Die Duitse regering het h versoek aan Suid-Afrika gerig vir die uitlewering van die appellant sodat hy sy vonnis in Duitsland kon gaan uitdien.

Uitlewering in Suid-Afrika word deur artikel 3(3) van die Wet op Uitlewering no. 67 van 1962 gereguleer. Artikel 3(2) van dié Wet stipuleer die lande waarmee Suid-Afrika nie uitleweringsooreenkomste het nie en Duitsland is so n land.

Die eerste vereiste wat in artikel 3(2) gestel word, is dat die eerste respondent, die President van die RSA, toestemming vir sodanige uitlewering moet gee. Die Minister het vervolgens n kennisgewing aan die landdros gestuur dat n aansoek van Duitsland vir die uitlewering van die appellant ontvang is. Op grond daarvan het die landdros n lasbrief vir die inhegtenisneming van die appellant uitgereik.

Die Direkteur van Openbare Vervolging het in die uitleweringsverhoor aangedui dat daar van artikel 10(2) van die Wet op Uitlewering gebruik gemaak sou word. Artikel 10(2) bepaal dat die voorsittende regsbeampte die aansoeker (Duitsland) se sertifikaat gedurende die uitleweringsprosedure as voldoende bewys aanvaar om die vervolging te regverdig. Die voorsittende regsbeampte voer dus nie 'n ondersoek na die meriete van die aansoek nie, maar aanvaar bloot die sertifikaat.

Die appellant het in sy aansoek aangevoer dat die toestemming wat kragtens artikel 3(2) deur die President gegee moet word, ongeldig verklaar moes word op grond daarvan dat die President nie bewus was dat die appellant 'n genaturaliseerde Suid-Afrikaanse burger was nie.

In sy verweer het die appellant onsuksesvol gepoog om beide artikel 3(2) en 10(2) onkonstitusioneel te laat verklaar. Die redes wat die hof vir die afwys van die appellant se verweer gegee het, word vervolgens met verwysing na die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte bespreek.

Die appellant se verweer teen artikel 10(2) (sertifikaat) was dat die landdros (regsprekende gesag) se onvoorwaardelike aanvaarding van die sertifikaat inbreukmakend en strydig met die onafhanklikheid van die regsprekende gesag was (artikel 165). Goldstone R het die bewering verwerp en daarop gewys dat die "ondersoek" deur die landdros nie 'n ondersoek was waarin skuld of onskuld bepaal moes word nie. Die sertifikaat het eerder op buitelandse verhoudinge as op 'n bepaalde regsfunksie betrekking gehad en om daardie rede het dit buite die jurisdiksie van die hof geval. Uitleweringsprosedure is *sui generis* en die Wet is in wese net 'n regulering van die handeling van 'n onafhanklike soewereine staat. Die toepaslike buitelandse beampte besluit oor die wenslikheid van die uitlewering en die landdros (regsprekende gesag) moet die sertifikaat bloot op daardie grondslag aanvaar. Artikel 10(2) meng op geen wyse in met of doen op geen wyse afbreuk aan die onafhanklikheid van die regsprekende gesag nie (paragraaf 50 by 423f-424a).

Goldstone R het dit duidelik gestel dat die skuld of onskuld van die appellant nie die belangrike aspek was nie. Die groter raamwerk waarbinne die prosedure plaasgevind het, was nie in die domein van die regsprekende gesag geleë nie, maar eerder in die domein van buitelandse sake. Voortvloeiend daaruit was die aangeleentheid 'n beleidsaspek wat by die uitvoerende gesag en nie by die regsprekende gesag tuis gehoor het nie. Die rol wat die voorsittende regsbeampte in die proses vervul het, was bloot 'n volgende stap in die uitleweringsprosedure. Die onafhanklikheid van die regsprekende gesag het nie in die gedrang gekom nie en is nie aangetas nie.

Die Hof se uitspraak was 'n akkurate ontleding en beskrywing van die uitleweringsprosedure en 'n korrekte posisionering van die handeling in buitelandse betrekking, eerder as in die strafreg. Die regsprekende gesag moet vir die uniekheid van die uitleweringsprosedure voorsiening maak, wat in die meeste gevalle oor 'n misdadige handel wat buite die jurisdiksie van die hof val en waarvan inligting nie gereedelik in Suid-Afrika beskikbaar is nie. In dié opsig het die Hof dan bevind dat artikel 10(2) nie in wese 'n beperking op die regsprekende gesag plaas nie.

Rail Commuters Action Group and Others v Transnet Ltd t/a Metrorail and Others
2005 (4) BCLR 301 (CC) (*Rail Commuters Action Group*-saak)

Die Konstitusionele Hof het in dié saak belangrike aspekte oor die skeiding van owerheidsgesag uiteengesit, wat 'n verdere bydrae tot die uitbou van 'n eiesoortige leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte in Suid-Afrika gelewer het.

Die feite van die saak was kortliks as volg: Die *Rail Commuters Action Group* asook ander individue het aansoek gedoen om Transnet en die Suid-Afrikaanse Spoorpendelkorporasie (SASPK) verantwoordelik te hou vir aanvalle, beserings en dood wat hulle of hul familieledes op treine te beurt geval het. Beide Transnet en SASPK is deur die Wet op die Regsopvolging van die Suid-Afrikaanse Vervoerdienste no. 9 van 1989 geskep met die uitsluitlike doel om treindienste landwyd te verskaf. Die statutêre mandate wat dié twee instellings van die staat ontvang het, het ook die geleentheid geskep dat die Ministers van Vervoer en Sekuriteit as verweerders in die saak kon optree.

Die appellante se saak is eers in die Hooggeregshof, daarna in die Appèlhof en uiteindelik in die Konstitusionele Hof aangehoor. Die kernbelangrike aspek waarvoor die hof (regsprekende gesag) moes beslis, was die regering se (konstitusionele) verantwoordelikheid om sy burgers te beskerm. Die Konstitusionele Hof het 'n eenparige uitspraak gelewer en vervolgens word die gedeeltes daarvan wat 'n belangrike verband met die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag gehad het, weergegee.

Die Konstitusionele Hof het op die belangrikheid van die spoorweg-pendelstelsel vir veral die agtergeblewe gemeenskappe gewys. Die agtergeblewe gemeenskappe woon meestal ver van die werk en moet oor lang afstande na hul werkplekke reis (paragraaf 65).

Die Konstitusionele Hof het artikel 10, 11 en 12 van die Grondwet wat die basiese regte van landsburgers beskerm, ten aanvang uiteengesit. Artikel 10 handel oor die reg op waardigheid, artikel 11 oor die reg op lewe en artikel 12 oor die reg om vry van enige vorm van geweld te wees, ongeag of dié geweld van privaat of publieke oorsprong is.

Artikel 8(1) verbind al die regeringsinstellings (wetgewend, uitvoerend en regsprekend) aan die Handves van Menseregte, wat vanselfsprekend artikel 10, 11 en 12 insluit.

Die Konstitusionele Hof het vervolgens ook, ingevolge artikel 15(1) en 23(1) van die Wet op die Regsopvolging van die Suid-Afrikaanse Vervoerdienste no. 9 van 1989, op die verantwoordelikheid van Metrorail en SAKPS gewys, wat h positiewe verpligting op die verweerders geplaas het om pendelaars te beskerm. Ook is beklemtoon dat die artikels in die lig van die Grondwet vertolk moes word (paragraaf 82).

Omdat daar h positiewe verpligting op regeringsinstellings geplaas is om openbare funksies te verrig en openbare dienste te verskaf, moet die regering vir genoemde dienste verantwoordelikheid aanvaar. Die Konstitusionele Hof beslis ook dat die beskerming van landsburgers n basiese konstitusionele waarde is. Die waarde is konteksgedrewe en word binne die sosiale, politieke en ekonomiese konteks waarbinne die regering optree, bepaal (paragraaf 85).

Die Konstitusionele Hof het die draer van die konstitusionele verpligting (die verweerders) met verwysing na *Minister of Health and Others v Others v Treatment Action Campaign and Others supra* verplig om n redelike standaard in die nakoming van die verpligtingte handhaaf. Die balans veronderstel dus aan die een kant dat die konstitusionele verpligtinge nagekom moet word, maar aan die ander kant dat die draer(s) van die verpligting genoegsame geleentheid moet kry om n redelike strategie binne n eie unieke situasie te bepaal (paragraaf 87).

Hierdie is h baie belangrike aspek wat toepaslik is vir die studie oor die skeiding van owerheidsgesag met verwysing na *Minister of Health and Others v Others v Treatment Action Campaign and Others supra*. Die Konstitusionele Hof het met verwysing na dié saak en spesifiek oor die skeiding van owerheidsgesag soos volg bevind:

“Courts are ill-suited to adjudicate upon issues where Court orders could have multiple social and economic consequences for the community. The Constitution contemplates rather a restrained and focussed role for the Courts, namely, to require the State to take measures to meet its constitutional obligations and to subject the reasonableness of these measures to evaluation.” (paragraaf 87)

Die Konstitusionele Hof se standpunt oor die spesifieke aard van die handeling wat deur die regering uitgevoer moet word om te verseker dat die konstitusionele reg op beskerming nagekom word, is baie belangrik. Die Konstitusionele Hof het (met verwysing na die voorgaande aanhaling) daarop gewys dat die regsprekende gesag nie toegerus is om bevele oor die spesifieke aard van die beleid uit te reik, wat veelvuldige sosiale en ekonomiese gevolge vir n gemeenskap kan inhou nie.

Die Konstitusionele Hof vereis egter dat h standaard van redelikheid in die formulering van die beleid gehandhaaf word:

"The standard of reasonableness so understood conforms to the constitutional principles of accountability, on the one hand, in that it requires decision-makers to disclose their reasons for their conduct, and the principle of effectiveness on the other, *for it does not unduly hamper the decision-maker's authority to determine what are reasonable and appropriate measures in the overall context of their activities.* (paragraaf 88) (my beklemtoning)

Die Konstitusionele Hof het Transnet en SASPK in h verklarende bevel gelas om treinpendelaars te beskerm en sodoende hul (konstitusionele) plig na te kom. Beide organisasies moes seker maak dat stappe gedoen word om die veiligheid van pendelaars op die treine te beskerm.

Die betekenis van die uitspraak in die Rail Commuters Action Group-saak

Die Konstitusionele Hof se uitspraak in die *Rail Commuters Action Group*-saak het in heelwat opsigte die tendens wat in die *Soobramoney*-, *Grootboom*-, *TAC*-, en *Bato Star Fishing*-saak ontwikkel het, versterk en in die Suid-Afrikaanse regspraak veranker. Die eerste belangrike beginsel in die *Rail Commuters Action Group*-saak was dat die staat h konstitusionele plig ingevolge artikel 10, 11 en 12 het om landsburgers te beskerm. Die wyse waarop die regsprekende gesag die uitvoerende gesag se verantwoordelikheid asook die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag afgedwing het, is van groot belang.

Die Konstitusionele Hof (regsprekende gesag) het nie voorskriftelik teenoor die uitvoerende gesag opgetree deur uit te spel op watter wyse dié verpligting teenoor die landsburgers uitgeoefen moes word nie. Die Konstitusionele Hof het bloot opdrag gegee dat die uitvoerende gesag se beleid sodanig binne die unieke ekonomiese en sosiale realiteite van Suid-Afrika geformuleer moes word dat dit redelik en onder die spesifieke omstandighede effektief sou wees.

Die Konstitusionele Hof se uitspraak het weer die belangrike onderskeid tussen die regsprekende en die uitvoerende gesag vasgelê. Die Konstitusionele Hof tree met dié uitspraak weer as belangrike beskermer en vertolker van die Grondwet op, en in die proses word die regte en verpligtinge van die staat en die burgers uitgeklaar en indien nodig word n bevel uitgevaardig om dit af te dwing. Die wyse waarop beleid geformuleer word om aan die bevel te voldoen, word aan die uitvoerende gesag oorgelaat. Die skeidslyn tussen die regsprekende gesag en die uitvoerende en wetgewende gesag word op hierdie wyse duidelik getrek. In dié opsig vorm die regsprekende gesag h belangrike teenwig wat die nodige balans in n regering skep sodat mag en gesag nie in die hande

van een persoon of n klein mag sklik gesentraliseer kan word nie.

Die Konstitusionele Hof se uitspraak moet daarom in die *Rail Commuters*-saak as versterkend tot die beginsel van die skeiding van owerheids gesag gesien word.

8.5 SLOT

Die instelling van h Konstitusionele Hof as deel van die nuwe konstitusionele bedeling in Suid-Afrika het h nuwe era vir dié land se konstitusionele geskiedenis ingelui. Kragtens die bepalings van die 1996-Grondwet het die Konstitusionele Hof n wye verskeidenheid bevoegdhede verkry. Een artikel wat vir hierdie studie belangrik is, is artikel 167(4) wat bepaal dat die Konstitusionele Hof dispute tussen die owerheidsinstellings moet bereg (sien in hierdie verband 8.2). Die Konstitusionele Hof is as hoogste hof in alle konstitusionele aangeleenthede (artikel 167(3)(a)) die beskermmer van die Grondwet, wat ook die belangrike konstitusionele vereiste of beginsel vir n demokrasie insluit, naamlik dat daar skeiding tussen die verskillende owerheidsinstellings moet plaasvind.

Die onafhanklikheid van die regsprekende gesag in Suid-Afrika (artikel 165(2)) was duidelik h nuwe grondwetlike ervaring. Hoewel die regsprekende gesag onder die vorige Grondwette n groot mate van onafhanklikheid van die ander twee instellings geniet het, het dit nie oor substantiewe regterlike toetsingsmag beskik nie.

Dit was daarom duidelik dat die regsprekende gesag h nuwe rigting sou moes inslaan om as vertolker en beskermmer van die Grondwet (artikel 165-167) op te tree. Die Konstitusionele Hof het in sy uitspraak in *De Lange v Smuts and Others 1998 supra* gesê dat n duidelik onderskeibare (*distinct*) Suid-Afrikaanse model vir die skeiding van magte sal ontwikkel:

”... a delicate balancing (act), informed both by South Africa’s history and its new dispensation, between the need, on the one hand, to control government by separating powers and enforcing checks and balances and, on the other, to avoid diffusing power so completely that the government is unable to take timely measures in the public interest” (paragraaf 60).

In die voorafgaande bespreking kom dit duidelik na vore dat dit h uiters belangrike gedeelte van n regter (regsprekende gesag) se funksie is om uitspraak oor die redelikheid van regeringsbeleid (uitvoerende gesag) en ook oor die konstitusionaliteit van wetgewing te lewer (artikel 167(4)(b)). Die vraag wat egter hieruit voortspruit, is of dit implisiet beteken dat die regsprekende gesag die beleid van die uitvoerende gesag kan verander. Volgens die strak onbuigsame toepassing van die leerstuk van die skeiding van owerheids gesag mag dit nie plaasvind nie. In die Sertifiseringsaak is egter beslis dat die konstitusionele skeiding van owerheids gesag nie "a fixed or rigid

constitutional doctrine" sou wees nie. Dit was daarom duidelik dat in Suid-Afrika se konstitusionele ontwikkeling n meer buigsame weergawe van die model van die skeiding van owerheidsgesag toegepas sou moes word.

Die insluiting van sosio-ekonomiese regte in die Handves van Menseregte as deel van die Grondwet en die gevolglike aansprake daarop sou die regsprekende gesag duidelik voor moeilike keuses stel en die ingeboude potensiaal hê om die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag negatief te beïnvloed. Die regsprekende gesag se besluitneming oor sosio-ekonomiese regte het steeds die potensiaal dat die regsprekende gesag n oordeel oor regeringsbeleid kan uitspreek en dat die grens tussen regterlike hersiening en beleidmaking gevolglik oorskry kan word.

Die Konstitusionele Hof het egter in h reeks uitsprake daarin geslaag om versigtig tussen hersiening en beleidmaking te onderskei. In die *Soobramoney*-saak is die aansoek van h pasiënt wat kritiek siek was en geëis het dat die staat hom van n nierdialisemasjien voorsien, verwerp. Die Konstitusionele Hof het bevind dat dit nie die Hof se taak was om te bepaal hoe die beperkte begroting van n provinsie aangewend moes word nie.

In die *Grootboom*-saak was die Hof bereid om verder te gaan as in die *Soobramoney*-saak. Hoewel die feite van die twee sake verskillende was, het die Hof strenger na die voldoening aan die vereiste van redelikheid gekyk. Die Konstitusionele Hof het meer indringend uit die oogpunt van redelikheid na die behuisingsbeleid van die regering gekyk. (Artikel 26(2) vereis dat die staat redelike wetgewende stappe en ander maatreëls binne die finansiële beperkinge moet doen om die oogmerk progressief te laat realiseer.) Die Konstitusionele Hof het in dié saak verder as in die vorige uitsprake gegaan omdat die omstandighede van die saak vereis het dat daar met artikel 28 gehandel word, wat h ongekwalifiseerde verpligting op die owerhede geplaas het om kinders *inter alia* van huisvesting te voorsien (artikel 28(1)(c)).

Die Konstitusionele Hof het ook binne groepverband na die aansoekers gekyk en die groep as die kwesbaarste en desperaatste deel van die samelewing geïdentifiseer wat ten opsigte van die voorsiening van basiese huisvesting in nood verkeer het (paragraaf 44). Hierdie uitspraak sluit aan by die breë waardes wat onderliggend aan die Grondwet is. Die Konstitusionele Hof het daarom in die *Rail Commuters*-saak redelikheid omskryf as n program wat omvattend, samehangend, gebalanseerd en buigsam sou wees (paragraaf 40,41 en 43). Die Hof het bevind dat h program wat die meerderheid van die mense uitsluit nie aan die gestelde vereistes sou voldoen nie en dat die Kaapse Metro n program moes ontwikkel wat aan die vereistes sou voldoen.

Soos Vawda (2003:59) opmerk, was dit h goeie voorbeeld van hoe die regsprekende gesag

die wetgewende gesag tot verantwoordelikheid kon roep sonder dat die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag in die proses geskend is. Die gebruik van redelikheid as maatstaf om regeringsbeleid te meet, word h konstante verskynsel wat blyk uit die hofsake wat bespreek is. Aangaande die *Treatment Action Campaign*-saak het veral Hopkins (2002b:15-16) standpunt ingeneem teen onregverdigbare optrede waarna verwys is met opmerkings soos:

"Or should it go further, do as Botha J did in the TPD and effectively tell government what is good policy and then order that such policy be implemented?"

Vawda (2003:60) wys daarop dat die Hof met h unieke situasie te doen gehad het en dit nie beteken dat die regsprekende gesag in die toekoms sonder meer in die uitvoerende gesag se beleidmaking betrokke sal raak nie.

Vawda (2003:59) wys egter daarop dat die Hof ook die redelikheid van die beleid beoordeel het en gevind het dat die beperking van Nevirapine tot 18 loodsgebiede onredelik was. Die Hof het daarom beveel dat daar n rasonele uitbreiding van die beleid moes wees sodat Nevirapine algemeen beskikbaar gemaak kon word. Die Hof se bevel kom nie in wese neer op n oornamewese funksie van die uitvoerende gesag se funksie om beleid te formuleer nie. Dit is eerder h meer liberale beskouing van die skeiding van owerheidsgesag, waarvolgens beleid op grond van die redelikheid daarvan beoordeel word.

Die Konstitusionele Hof het in die *Bato Star Fishing*-saak en *Rail Commuters*-saak min of meer dieselfde maatstaf gebruik om redelikheid te bepaal. Die maatstaf van redelikheid wat gebruik is, was dit wat van h redelike besluitnemer in daardie omstandighede verwag sou word. In die *Rail Commuters*-saak, wat sterk ooreenkomstig met die *Bato Star Fishing*-saak getoon het, word dit duidelik gestel dat dit fundamenteel is dat die redelikheid van die beleid in die besondere konteks beoordeel moet word (paragraaf 86).

Die Konstitusionele Hof het dit ongekwalfiseerd in die *Bato Star Fishing*-saak gestel dat die howe:

"must be careful not to usurp the proper role of the decision maker"

en dat die howe die nodige respek moet toon ten opsigte van die wyse of weg wat die beleidmaker gekies het om die doelwitte te verwesenlik (paragraaf 48).

Die Konstitusionele Hof sal daarom tevrede wees indien die geformuleerde beleid aan die redelikhedsmaatstaf voldoen, al sou dit beteken dat die doelwitte nie in die kort termyn nie, maar eerder in die medium en

lang termyn sal realiseer. In so 'n geval sal die regsprekende gesag nie sonder meer inmeng nie. In beide sake het die Hof erken dat hy nie toegerus is om oor sake te oordeel of bevele te gee wat sosiale en ekonomiese konsekwensies vir die gemeenskap inhou nie.

Met verwysing na die *Bato Star Fishing*-saak het die Hof aangedui dat hy nie sou inmeng indien daar die oortuiging bestaan het dat die beleid redelik was om aan die gestelde doelwitte te voldoen nie. Slegs wanneer die beleid in die betrokke konteks beskou word en nie redelik bevind word om die doelwitte te bereik nie, sal die hof inmeng. In die *Rail Commuters*-saak het die Hof bevind dat die gebrek aan beskerming aan spoorpendelaars nie redelik was nie en opdrag gegee dat redelike maatreëls ingestel moes word sodat die nodige beskerming verleen kon word.

Die Konstitusionele Hof het dit in beide sake ondubbelsinnig gestel dat dit nie die taak van die regsprekende gesag is om binne die bepaalde sosiale en ekonomiese konteks voor te skryf hoe die beleid geformuleer moet word nie. Duidelike riglyne is vasgelê waarvolgens die skeiding tussen veral die regsprekende en die uitvoerende gesag gehandhaaf moet word. Indien die uitspraak wat in die *Treatment Action Campaign*-saak gelewer is as die liberaler vertolking van die skeiding van owerheidsgesag beskou sou word, het die uitsprake wat in die *Bato Star Fishing*-saak en die *Rail Commuters*-saak gelewer is, die grense ietwat teruggeskuif na 'n meer rigiede vertolking van die skeiding van owerheidsgesag. In beide sake is die beleid van die uitvoerende gesag beoordeel en in beide gevalle het die Hof hom daarvan weerhou om uit te spel hoe die beleid daar uit moes sien.

Die Konstitusionele Hof het duidelike grondwetlike riglyne oor die skeiding van owerheidsgesag op 'n deduktiewe wyse neergelê, wat versterkend tot die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag is, maar terselfdertyd daarin geslaag het om die toetsingsreg van howe substansieel en substantief uit te brei.

HOOFSTUK 9

SAMEVATTING EN AANBEVELINGS: TRANSFORMASIE EN DIE REKONSTRUKSIE VAN DIE STAAT IN SUID-AFRIKA

9.1 INLEIDING

Die breë oogmerk van die proefskrif was om die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag in opeenvolgende grondwette in Suid-Afrika te bespreek en te analiseer. Dit was duidelik dat die verweefdheid van die wetgewende en uitvoerende gesag in n parlementêre regeringstelsel in die era voor 1994 die skeiding van owerheidsgesag grootliks gefrustreer het. Bykomend het die regsprekende gesag se “swakker” institusionele posisie teenoor die wetgewende en uitvoerende gesag nie daarin geslaag om konstitusioneel groter skeiding tussen die verskillende owerheidsorgane af te dwing nie. Die Suid-Afrikaanse politieke stelsel het gevolglik sterk sentraliserende kenmerke vertoon met beperkte skeiding tussen die verskillende owerheidsorgane.

In Suid-Afrika se staatkundige ontwikkeling was die konstitusionele “revolusie” wat die tussentydse en die finale, oppermagtige Grondwet tot gevolg gehad het, n waterskeiding. Na dié implementering van hierdie Grondwette was die strukturele en funksionele skeiding van owerheidsgesag heelwat sterker as voorheen.

Die regsprekende gesag se institusionele posisie het dinamies teenoor die wetgewende en uitvoerende gesag verander. Die toekenning van n hersieningsrol en die aanwesigheid van n oppermagtige grondwet het die institusionele status van die regsprekende gesag substantief versterk.

Die regsprekende gesag se substantiewe rol het terselfdertyd die skeiding van owerheidsgesag versterk deur n sterker desentralisasie van gesag. Die regsprekende gesag kon ook as n “konstitusionele waghond” teenoor die ander instellings optree. Op hierdie wyse is die afbakening tussen die owerheidsinstellings sterker gehandhaaf, wat die skeiding van owerheidsgesag versterk het.

Gedurende die proses van staatkundige en politieke transformasie van een regime (n predemokrasie) na n volgende regime (n demokrasie) het die regsprekende gesag in Suid-Afrika n uiters belangrike rol vervul. Die regsprekende gesag het bykomend as fasiliteerder van transformasie verseker dat die oorgang ordelik en stabiel van die een regime na die volgende kon plaasvind.

Die Konstitusionele Hof het individuele regte in Suid-Afrika tydens dié transformasieproses deur die toepassing van die

Handves van Menseregte herdefinieer en begin om n menseregtekultuur te vestig. In h oorgangsgrondwet (die Interimgrondwet) het die regsprekende gesag dus die proses van politieke verandering deur middel van transformatiewe geregtigheid gekomplementeer. Die regsprekende gesag het sodoende daarin geslaag om n normatiewe skuif in Suid-Afrika te maak en om h liberale en n demokratiese regstaat te bou (Teitel, 2001:2032).

Die afhandeling van Suid-Afrika se staatkundige transformasieproses het n groot bydrae tot demokratiese konsolidasie gelewer. Dit is daarom belangrik dat die proses van transformasie of transformasiegeregtigheid van nader beskou word.

Die oogmerk van die eerste gedeelte van hierdie hoofstuk is om die proses van demokratisering en die oorgang van een regime (h geslote hegemonie sonder enige skeiding van owerheidsgesag) na h ander (h demokratiese regime met sterker skeiding van owerheidsgesag) te bespreek. Dié bespreking word gevolg deur n uiteensetting van die regsprekende gesag se rol in die fasilitering van demokratiese transformasiegeregtigheid.

Die tweede gedeelte van hierdie hoofstuk kyk op h probleemoplossende wyse na potensiële alternatiewe om demokrasie te versterk, veral deur h sterker toepassing van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte. In dié bespreking word voorstelle vir die versterking van die toepassing van hierdie leerstuk uiteengesit, wat kan meehelp om demokratiese konsolidasie te versterk. Die klem van die besprekings sal bykomend val op rolspelers buite die politieke stelsel wat kan bydra om gesag in die politieke stelsel sterker te desentraliseer. Die bespreking word afgesluit met h uiteensetting van die groter moontlike rol wat die burgerlike samelewing kan vervul om gesag sterker te skei. In die laaste gedeelte van die hoofstuk word toekomsverwagtinge en verdere ontwikkeling ten opsigte van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte in die moderne era bespreek.

9.2 DEMOKRATISERING EN STAATKUNDIGE EN REGSPREKENDE TRANSFORMASIE IN SUID-AFRIKA

9.2.1 Demokratisering

In die inleidende hoofstuk is daarna verwys dat h politieke stelsel (regering) ineen kan stort indien die eise en druk vanuit die samelewing so sterk is dat dit die kapasiteit van die stelsel oorskry. Hierdie uitgangspunt is op die teoretiese aannames van David Easton (1965) gegrond, wat die regering as ’

n politieke stelsel beskou wat aktief op eise of steun reageer wat vanuit die samelewing geformuleer word. Die regering reageer op dié eise in die vorm van regeringsbeleid, wat weer as n uitset na die samelewing teruggevoer word. Die uitset of beleid kan óf die eise vanuit die samelewing aanroer en dit laat afneem óf die eise laat toeneem omdat dit nie daaraan voldoen nie. Indien die beleid nie die eise verminder nie, kan die sterker eise die kapasiteit of die vermoë van die politieke stelsel uiteindelik oorskry en tot sy ineenstorting lei.

Voor 1994 is h groot gedeelte van die samelewing demokraties van enige politieke deelname in Suid-Afrika uitgesluit. Hierdie outoritêre regeringstelsel het sterk kenmerke van h gesentraliseerde, geslote hegemonie vertoon, met min toegewing aan inklusiwiteit of desentralisasie. h Geslote hegemonie is n regime waarin die meerderheid van die samelewing op n outoritêre wyse van demokratiese deelname deur die onderdrukking van politieke opponente uitgesluit word (Dahl, 1985:76).

In die predemokratiese era het die grondwette slegs staatkundig-polities vir die insluiting van die blanke, en in h beperkte mate vir die Kleurling- en Indiërbevolkingsgroepe voorsiening gemaak. Die demokratiese en politieke uitsluiting van die grootste gedeelte van die samelewing het tot eise en druk op die regering aanleiding gegee, vanuit die plaaslike samelewing sowel as die internasionale domein. Gedurende die tydperk van 1948 tot 1990 het dié miskenning van demokratiese en menseregte tot toenemend sterker eise gelei om die politieke stelsel demokraties te transformeer.

In 1990 het die voormalige president, FW de Klerk, op hierdie eise gereageer deur h ingrypende aankondiging in die parlement te maak dat alle verbanne politieke partye ontban sou word. Dié ontbanning van alle politieke partye het die politieke proses in Suid-Afrika genormaliseer en die eise teenoor die politieke stelsel laat afneem.

In Suid-Afrika was dié transformasie van h outoritêre, gesentraliseerde apartheidstelsel na n demokratiese gedesentraliseerde regime n kritieke verandering. In die Suid-Afrikaanse konteks kon die outoritêre regime beskryf word as h regering wat net vir die dominante belange van n klein (wit) politieke elite voorsiening gemaak het (Jackson & Jackson, 2003:16). Gedurende die apartheidsera was dit dus hoofsaaklik die dominante belange van die blanke minderheid in Suid-Afrika wat ten koste van die res van die bevolkingsgroepe voorrang geniet het. Daarom was De Klerk se aankondiging van kritieke belang vir demokrasie en geregtigheid.

Die Suid-Afrikaanse outoritêre regime met sy gebrekkige menseregterekord is na onderhandelinge en n demokratiese verkiesing deur n demokratiese regime vervang. Die nuwe demokratiese bestel het oor hoë vlakke van samelewingsinklusiwiteit beskik, wat die kompeterende belange van alle etniese groepe in h eerste algemene demokratiese verkiesing geakkommodeer het.

Demokrasie of poliargie?

Die konsep demokrasie het vele fasette, maar in die algemeen word dit as regering deur die lede van die samelewing beskou, wat gevolglik algemene publieke deelname impliseer (Heywood, 1997:404).

Soos Botha (2005:49 e.v.) aandui, is demokrasie egter 'n konsep wat 'n veelheid van permutasies kan insluit. Demokrasie beskik oor 'n veelheid van manifestasievorme – wat direkte en indirekte demokrasie, prosedurele en substantiewe demokrasie en liberale en sosiaal-demokratiese demokrasie insluit.

Botha (2005:110) is selfs van mening dat demokrasie net 'n waardeperspektief is en dat daar in die praktyk geen ten volle gedemokratiseerde regimes bestaan nie. In dié verband het Dahl (1971:8) 'n ondersoek van stapel gestuur, al die prominente demokrasieë geanaliseer en hulle eerder as poliargieë geklassifiseer.

Dahl (1971:8) gee die volgende omskrywing van 'n poliargie:
"Polyarchies, then, may be thought of as relatively (but incompletely) democratised regimes, or to put it another way, polyarchies are regimes that have been substantially popularised and liberalised, that is, highly inclusive and extensively open to public contestation."

Dahl (1971:1-5) beskou 'n demokrasie as 'n regime of stelsel wat voortdurend voorkeur aan die belange van die burgers gee en waarin die samelewing en burgers in alle opsigte gelyk is. Die vorming van 'n politieke elite of oligargie, wat in die meeste politieke stelsels voorkom, is gevolglik strydig met dié basiese vertrekpunte van 'n demokrasie. In die meeste gevalle is dié politieke stelsels eerder poliargieë as demokrasieë.

9.2.2 Demokrasisering in Suid-Afrika

Demokrasisering veronderstel onder andere die uitbou van liberaal-demokratiese waardes en die uitbreiding van basiese vryhede en openbare deelname aan die verkiesingsproses (Heywood, 1997:404). Demokrasisering en transformasie in Suid-Afrika het gevolglik 'n einde aan die geslote, outoritêre, hegemoniese regering en die vervanging daarvan deur 'n poliargie meegebring.

Volgens Dahl (1971:34-47) is daar drie wyses waarvolgens 'n hegemoniese, outoritêre regime in 'n poliargie getransformeer kan word.

(i) Die eerste wyse is die een waarvolgens liberalisering deur inklusiwiteit voorafgaan

word. Op hierdie wyse transformeer h geslote hegemonie sy geslote status evolusionêr in n nuwe vorm van n kompeterende oligargie. Die kompeterende oligargie word op sy beurt deur geleidelike demokratiese deelname en inklusiwiteit in n poliargie getransformeer. h Voorbeeld van dié transformasieproses is Brittanje, waar die demokratiese inklusiwiteit van die politieke stelsel geleidelik op h stabiele wyse verhoog is. Dié liberalisering deur geleidelike inklusiwiteit is die wyse waarop die meeste van die ouer demokrasieë ontwikkel het. Hierdie evolusionêre ontwikkeling verklaar die politieke en staatkundige stabiliteit wat die lande oor die eeue heen ondervind het.

Die voordeel van dié ontwikkeling is dat die reëls, praktyk en kulturele ontwikkeling wat plaasvind, in die sfeer van h klein elite geskied. Die kompeterende politieke proses gaan dus die inklusiewe proses vooraf. Die geleidelike uitbreiding van die deelname aan die politieke proses na ander sosiale strata is relatief eenvoudig, omdat groter groepe geleidelik in die reeds bestaande norme, reëls en praktyke gesosialiseer word (Botha, 2005:13).

(ii) Die tweede wyse van demokratiese transformasie is waarvolgens inklusiwiteit deur liberalisering voorafgegaan word. h Geslote hegemonie word inklusief gemaak voordat dit in n poliargie verander word. Die deelnemende groepe word by die stelsel ingesluit voordat konsensus oor die norme, reëls en praktyke bereik is. Hierdie wyse is meer problematies omrede inklusiwiteit sonder die norme, reëls en praktyke van openbare deelname gevaarlik is. Op dié wyse is die Weimarrepubliek geskep voordat die nodige konsensus oor die reëls en die norme bereik is. Dit het tot die uiteindelijke ineenstorting van die Weimarrepubliek en die opkoms van Adolf Hitler gelei.

(iii) Die derde wyse waarop demokratisering kan plaasvind, is Suid-Afrika se voorbeeld van politieke en staatkundige transformasie. Botha (2005:114) bestempel die wyse van transformasie as h betreklik makliker “kortpad” of “kitsoplossing”. Politici verkies ook dikwels hierdie derde alternatief omdat transformasie gewoonlik binne n relatief kort tydperk moet plaasvind. Dahl (1971:34-47) wys egter op die potensiële gevaar van dié benadering, wat na die Tweede Wêreldoorlog veral deur Italië en Duitsland gevolg is.

Dié wyse van demokratisering voorsien dat h geslote hegemonie feitlik oornag in n poliargie verander of deur algemene stemreg en die reg tot publieke deelname getransformeer word. Dahl is van mening dat dié kortpad onnodig die tyd wat vir die aanleer en sosialisering van gekompliseerde politieke vaardighede nodig is, verkort.

Dahl (1971:34-47) se gevolgtrekking is dat die eerste wyse die beste is om transformasie te bewerkstellig en politieke stabiliteit te skep. Politieke deelname en die onderlinge kompetisie tussen kompeterende groepe in n politieke stelsel vind binne n klein groep plaas en word geleidelik na die ander sosiale strata uitgebrei.

Daar is egter verskillende wyses waarop

Suid-Afrika se pad na demokratiese transformasie getipeer kan word.

Opponerende standpunte word gehuldig, naamlik dat Suid-Afrika in werklikheid nie 'n geslote hegemonie was nie en dat daar in der waarheid van die eerste wyse gebruik gemaak is. Met ander woorde, dat 'n klein blanke elite konsensus oor die reëls, prosedures en norme van demokrasie bereik het voordat dit deur 'n transformasieproses na die res van die groter samelewing uitgebrei is.

Hoe dit ook al sy, die feit is dat Suid-Afrika se staatkundige en politieke transformasie vanaf 'n geslote, outoritêre regime na 'n demokratiese regime plaasgevind het. Die inklusiwiteit van die nuwe politieke stelsel met sy uitgebreide reëls, prosedures en norme het tot 'n tussentydse en finale Grondwet aanleiding gegee.

Suid-Afrika se nuwe grondwetlike bedeling en die transformasie wat daarop gevolg het, het verreikende implikasies vir die skeiding van owerheidsmagte gehad. Soos reeds verduidelik, het dit beteken dat die gesentraliseerde regering met 'n regsprekende gesag wat deur 'n soewereine parlement gedomineer is, deur 'n sterker gedesentraliseerde regeringstelsel vervang is.

Ten spyte daarvan dat die (tydelike) 1993- en die (finale) 1996-Grondwet vir 'n verweefde of ineengestremde wetgewende en uitvoerende gesag voorsiening gemaak het, is die skeiding van die owerheidsgesag meer substantief as voorheen. Die oppermagtigheid van die Grondwet en die sterker institusionele status van die regsprekende gesag teenoor die verweefde wetgewende en uitvoerende gesag het die toepassing van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte substantief versterk.

Die 1993- en die 1996-Grondwet het die status van die regsprekende gesag as beskermmer van die waardes en beginsels in die Grondwet aansienlik verhoog. Die rol van die regsprekende gesag om as waghond van die grondwet op te tree ten einde die potensiële magmisbruik van die ander twee "politieke" instellings te beperk, is volledig in die voorafgaande hoofstukke uiteengesit.

In die volgende onderafdeling skuif die klem na die rol wat die regsprekende gesag in die transformatiewe rekonstruksie van die Suid-Afrikaanse staat en regime gespeel het en die bydrae wat dit gelewer het. Die regsprekende gesag het 'n belangrike rol in die transformasieproses en politieke verandering van die een regime na 'n ander vervul.

In 'n politieke stelsel reflekteer die uitvoerende en wetgewende gesag die breë (subjektiewe) politieke patrone. Daarteenoor beskik die regsprekende gesag oor 'n eie legitimiteit as 'n "objektiewe" instelling wat teoreties bokant

die politiek verheve behoort te wees. Die regsprekende gesag is gevolglik institusioneel ideaal geposisioneer om dié (bykomende) belangrike transformasierol na demokrasie te fasiliteer. Hierdie oorgangs- of transformatiewe konstitusionalisering is reeds kortliks elders in die proefskrif aangeraak.

In die volgende afdeling is die uitdaging om die rol van die regsprekende gesag as institusionele instrument om (politieke) transformasie te bewerkstellig, vollediger te ondersoek.

9.2.3 Die skepping van 'n regstaat: die rol van die regsprekende gesag in die rekonstruksie en transformasie van Suid-Afrika

Die aanhef van die Interimgrondwet (Wet 200 van 1993) het dit duidelik gestel dat 'n nuwe demokratiese, sosiale, politieke en ekonomiese orde in Suid-Afrika geskep moes word. Dié demokratiese orde moes struktureel en funksioneel 'n soewereine demokratiese regstaat wees waarin alle burgers gelyke status met gelyke toegang tot die basiese fundamentele regte en vryhede geniet.

Die Interimgrondwet was 'n *oorgangsgrondwet* wat vir die voortgesette funksionering van die regering voorsiening gemaak het sodat die grondwetskrywers die finale grondwet parallel daarmee kon opstel (Basson, 1993:1).

Die Interimgrondwet het gevolglik in 'n oorgangsfase *tussen* dié twee verskillende regimes gefunksioneer. Die eerste regime was die ondemokratiese regime van die tydperk voor 1994, wat nie vir die fundamentele regte en vryheid van alle burgers voorsiening gemaak het nie. Die tweede regime was die een van die era na 1994, wat gepoog het om 'n regering te skep wat die fundamentele regte en vryhede van alle burgers in die samelewing kon waarborg.

Die oorsprong, bron en substansie van die Interimgrondwet was in die geskiedenis en kollektiewe historiese ondervinding van die Suid-Afrikaanse samelewing geleë. Die Interimgrondwet was daarom grootliks 'n reaksie op die vorige outoritêre regering wat hoofsaaklik op rasse-eksklusiwiteit gebaseer was.

Die Interimgrondwet het gepoog om 'n nuwe demokratiese orde te skep. Die essensie van dié nuwe grondwet was 'n unieke vervlegting van inheemse waardes, internasionale norme, standaarde en praktyke. Daarteenoor is die predemokratiese grondwette deur halfhartige en oppervlakkige pogings gekenmerk om aan geldende internasionale menseregte en demokratiese norme en standaarde te voldoen. Gedurende die predemokratiese era is die standpunte van internasionale menseregte-organisasies oor die miskenning van menseregte as 'n

bedreiging vir die bestaande politieke orde gesien. Politici en selfs sommige regters het in 'n groot mate die bestaande internasionale en morele standaarde en menseregte misken.

Die Interimgrondwet het dus gepoog om dié *status quo* te korrigeer. Die inkorporering van internasionale beskouinge oor menseregte in die Interimgrondwet was gevolglik 'n erkenning van die belangrike rol wat die internasionale gemeenskap in Suid-Afrika se politieke verandering en transformasie gespeel het. Dit was 'n internasionalisering en universalisering van menseregte wat in 'n eie grondwet gemanifesteer het (Botha, 1993:237).

Die Interimgrondwet het fundamenteel vir 'n substantiewe en onafhanklike rol vir die regsprekende gesag in die transformasieproses voorsiening gemaak. Artikel 96 het die samehang van die regsprekende gesag met die basiese uitgangspunte van die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag beklemtoon. Die Interimgrondwet het ook die skeiding van owerheidsgesag versterk deur die onafhanklikheid van die regsprekende gesag (artikel 96(2)) te beklemtoon. Tweedens is die regsprekende gesag versterk deur 'n verbod op die inmenging van die uitvoerende en wetgewende gesag in die domein van die regsprekende gesag te plaas (artikel 96(3)).

Die Konstitusionele Hof het 'n unieke rol in die transformasie van 'n outoritêre regime na 'n nuwe demokratiese orde gespeel. In die belangrike hofsaak *In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996* moes die hof byvoorbeeld beslis of die teks van die 1996-Grondwet aan die konstitusionele beginsels voldoen het. (Daar sal weer in die slotgedeelte van die bespreking na hierdie aspek teruggekeer word).

Met verwysing na Dahl se transformasie alternatiewe (9.2.2 hierbo), is die reëls, prosedures en norme van die nuwe staatkundige struktuur van kritieke belang. Dit is duidelik nie meer moontlik om in die moderne ontwikkelde wêreld die eerste evolusionêre alternatiewe te volg nie (waarvolgens 'n klein elite of oligargie tyd en ruimte het om nuwe spelreëls te ontwikkel en die res van die sosiale strata dan geleidelik in die gebruik en toepassing daarvan te assimileer).

Suid-Afrika se pad na transformasie en demokratisering het daarom 'n kombinasie van twee alternatiewe gevolg. Die apartheidsregime het sterk kenmerke van 'n outoritêre, geslote hegemonie vertoon, bestaande uit 'n klein blanke oligargie met beperkte Kleurling- en Indiërdeelname. Die apartheidsregime het gevolglik oor beperkte inklusiwiteit beskik, met lae vlakke van politieke en staatkundige sosialisering. Dié alternatiewe is uiteindelik deur die derde alternatiewe vervang, wat vir die vervanging van 'n eksklusiewe deur 'n

inklusiewe stelsel voorsiening gemaak het (sien 9.2.2 hierbo).

Die Interimgrondwet het gevolglik die inklusiwiteit van die politieke stelsel met die insluiting van alle voorheen uitgeslote bevolkingsgroepe substantief verhoog. (Daar moet egter in gedagte gehou word dat die transformasie met die behoud van heelwat van die bestaande spelreëls, prosedures en norme (van die tyd voor 1994) plaasgevind het -- die eerste alternatief hierbo.)

Transformasiegeregtigheid en regimeverandering

As oorgangsgrondwet pas die Interimgrondwet binne die teoretiese aannames wat met betrekking tot transformasie of oorgangsgeregtigheid van een regime na n volgende regime in die literatuur gemaak word.

Klüg (2000:6) maak, met verwysing na die rol wat die regsprekende gesag in die transformasie na demokrasie en die rekonstruksie van n outoritêre staat kan speel, die stelling dat die meeste uiteensettings in die literatuur nie voldoende erkenning aan die rol van die regsprekende gesag in n transformasieproses gee nie.

Watter demokratiese alternatief in Suid-Afrika ook al gevolg is, is dit belangrik dat transformasie hoofsaaklik in die konteks van transformasiegeregtigheid van die een na die volgende regime plaasgevind het. Teitel se teoretiese uitgangspunte oor transformasiegeregtigheid kan dus op die bespreking van demokratisering in Suid-Afrika van toepassing gemaak word.

Teitel (1997:2051) raak die belangrike rol van regsprekende transformasie en transformasiegeregtigheid in haar belangrike artikel, *Transitional Justice*, aan. In dié verband speel die regsprekende gesag n kritieke rol in die proses van politieke verandering en transformasie om konstitusionalisme op n regmatige wyse in n ontluikende demokrasie te vestig.

Transformasiegeregtigheid het betrekking op die oorgang van een regime na die volgende en poog om dié transformasie op n billike en regverdige wyse te hanteer. Die uitdaging is daarom veral om n raamwerk te skep waarbinne transformasie en die rekonstruksie van die staat op n regmatige wyse kan plaasvind. Die konstruksie van geldende transformasieteorieë wat die oorgang kan verduidelik, word dus vereis.

Die probleem is dat die bestaande transformasieskool voorheen vir h lang tydperk tussen die sterk opponerende teoretiese denkrigtings van die realiste en idealiste se beskouings van geregtigheid vasgevang was (Smiley, 2001:1332).

Die idealistiese versus die realistiese beskouing van transformasiegeregtigheid

Die idealiste en die realiste se opponerende beskouings van transformasiegeregtigheid het n belangrike dog konflikterende invloed op politieke transformasie uitgeoefen. Volgens Smiley (2001:1333) was die probleem dat die besprekings van transformasie in die literatuur uitsluitlik in óf die idealistiese óf die realistiese tradisie plaasgevind het. Daar het geen praktiese middeweg tussen die twee uiteenlopende denkrigtings bestaan nie.

Die idealiste se siening van geregtigheid is dat dit toepasbaar, maar bo of buite die politiek gestruktureer behoort te wees. Daarteenoor is die realiste se beskouing dat die konsep van geregtigheid so integraal met die politiek verweef is dat dit nie oor die inherente vermoë beskik om *nuwe* demokraties gefundeerde politieke en sosiale instellings te skep, te laat voortbestaan of te verander nie.

Die normatiewe aard van die idealiste se beskouing word dus teenoor die realiste se aanvaarding van die *status quo* van heersende politieke regimes opgestel. Dit is gevolglik problematies om h normatiewe struktuur op grond van enige van die idealistiese of realistiese beskouings te probeer skep wat as n raamwerk vir transformasiegeregtigheid aangewend kan word.

Soos Teitel (1997:2012) dit stel, toon die realiste-idealiste-teenstrydigheid van die verhouding tussen reg en politiek sterk ooreenkomste met die teoretisering in die liberalistiese teenoor die kritiese denkrigtings. Die liberale tradisie gaan ook van die standpunt uit dat geregtigheid nie deur die politieke konteks beïnvloed behoort te word nie. Die kritiese tradisie, soos die realistiese beskouing, sien politiek en reg as so verstrengel dat dit nie oor n inherente vermoë beskik om self te transformeer nie.

Die idealistiese beskouing is in die denkpatoon vasgevang dat interaksie tussen die reg en die politiek nie kan of behoort plaas te vind nie. Daarteenoor beklemtoon die realistiese beskouing wel die betrokkenheid van die reg by die politiek en die verstrengeling daarvan as n gegewe realiteit. Die probleem is dat die realiste glo dat die interaksie tussen die reg en politiek nie onafhanklik kan plaasvind nie. Die realistiese skool is van mening dat die bestaande kontekstuele historiese en kulturele norme en instellings deel van die transformasieproses is.

Dié norme en instellings veronderstel dat geregtigheid ten opsigte van die bepaalde historiese en geldende waardes in die politieke stelsel moet geskied. Die probleem is voor die hand liggend, want dit is juis dié bestaande waardes wat die essensiële universele aspek van geregtigheid aantast.

Die suiwer realistiese beskouing aanvaar gevolglik nie dat geregtigheid self oor outonomie en intrinsieke mag in die instelling beskik nie. Die realiste se beskouing en sterk klem op die rol van politiek bied daarom ook nie n raamwerk wat vir die toepassing van transformasiegeregtigheid gebruik kan word nie.

Teitel (1997:2012) se standpunt is dus dat nie een van die teorieë uit die liberale/idealistiese en die realistiese/kritiese denkskole voldoende vir die rol van die reg in die politieke oorgang voorsiening kan maak nie.

Die problematiek van politieke verandering in Suid-Afrika: die idealistiese vs. die realistiese beskouing

Na aanleiding van die aanvanklike bespreking blyk dit onprakties en problematies om in die transformasieproses op óf die realistiese óf die idealistiese beskouing van geregtigheid te steun. Geeneen van die benaderings se fundamentele teoretiese uitgangspunte bied die nodige oplossing vir die proses van demokratiese transformasiegeregtigheid nie.

Die idealistiese benadering bied veral nie h oplossing vir die transformasie van n outoritêre na n n demokratiese regime nie. In die bestaande instelling (outoritêre regime) was h universele karakter van geregtigheid juis afwesig. Dit is daarom belangrik dat daar h eksterne geregtigheidstelsel op die transformasieproses van toepassing gemaak word.

Op dieselfde wyse is die teoretiese uitgangspunte van die realistiese beskouing ook problematies om as raamwerk en n basis vir die transformasieproses te dien. Die realiste se siening is dat die geldende politieke konteks en geregtigheid verstrengel is. Die probleem is dat die outoritêre regime juis h niedemokratiese karakter het wat geen ruimte vir geregtigheid bied nie.

In h politieke stelsel soos dié van apartheid-Suid-Afrika, bestaan h interne beskouing van geregtigheid wat dikwels van die universele beskouing verskil. Transformasie kan as gevolg daarvan nie volgens dié riglyne van die huidige magstrukture plaasvind nie. Dikwels is die interne beskouinge ondemokraties en diskriminerend van aard.

Op soortgelyke wyse kon die ondemokratiese regime in Suid-Afrika van voor 1994 nie die transformasie na die demokratiese regime hanteer nie. Dit was daarom nodig om spesifieke strukture, soos dié in die Interimgrondwet, *de novo* vir die transformasieproses te skep.

Omdat beide die idealistiese en die realistiese beskouinge individueel nie die oplossing vir transformasie en demokratiese geregtigheid kan bied nie, is dit nodig om na teoretiese alternatiewe vir die idealiste en realiste se beskouinge te kyk. Die uitdaging is dus om h “nuwe” beskouing van geregtigheid in die transformasiekonteks te skep wat die verdeling tussen die idealistiese en realistiese beskouing kan oorbrug.

Volgens Smiley (2001:1334) het Teitel daarin geslaag om so iese raamwerk te skep wat in die oorgang van een regime na n ander toegepas kan word. Hierdie raamwerk vir transformasiegeregtigheid kan die grondslag vir demokratiese konsolidasie vorm.

Teitel (1997:2011) maak dit ook ten aanvang in sy uiteensetting van die realistiese beskouing duidelik dat die reg nie politiek bepaal of dat politiek nie die reg bepaal nie. Teitel ontken dus die vermenging van die

politiek en die reg (geregtigheid) wat 'n fundamentele uitgangspunt van die realistiese beskouing is.

Smiley (2001:1334) argumenteer dat die institusionalisering van geregtigheid die gaping tussen die idealistiese en realistiese debat kan oorbrug. Op dié wyse vorm geregtigheid wel 'n integrale deel van die transformasieproses en word dit nie van buite afgedwing nie. Prakties gestel, kan 'n stelling soos die Konstitusionele Hof deur geregtelike hersiening en die lewering van uitsprake oor konstitusionele aspekte verseker dat die reg deel van die transformasieproses is.

Transformasie en stabiliteit

Teitel verduidelik dat die regspleging van die regsprekende gesag in 'n demokratiese politieke stelsel normaalweg tot orde en stabiliteit bydra. Hierdie institusionele funksie is onontbeerlik vir die skeiding van owerheidsmagte en die voortbestaan van 'n politieke stelsel. Wanneer transformasie van een na 'n volgende regime plaasvind, soos in Suid-Afrika waar interne en internasionale druk toegepas is, verander die rol van die regsprekende gesag. Die rede is dat die regsprekende gesag gedurende die proses van regimetransformasie 'n bykomende funksie verkry.

Gedurende die transformasieproses moet die reg nie net sy normale funksie uitvoer nie, maar ook 'n sterker dinamiese rol binne die transformasieraamwerk vervul. Op dié wyse vervul die regsprekende gesag in 'n politieke stelsel twee fundamentele funksies wat in normale omstandighede in spanning teenoor mekaar sou verkeer.

Die eerste funksie wat die regsprekende gesag vervul, is sy regsprekende funksie wat normaalweg tot stabiliteit en balans in 'n politieke stelsel lei. Gedurende die transformasieproses vervul die regsprekende gesag egter 'n bykomende "nietradisionele" of onkonvensionele rol. Dit geskied tydens die proses van politieke transformasie wanneer die regsprekende gesag as transformasiefasiliteerder optree.

Wanneer politieke verandering plaasvind, is daar uiteraard 'n mate van politieke onstabiliteit en onsekerheid. Die onsekerheid is nie die gevolg van die regsprekende gesag se deelname as sodanig nie; dit volg omdat bepaalde strukture verdwyn of verander. Die regsprekende gesag fasiliteer net die transformasieproses sodat die transformasie met geregtigheid gepaardgaan.

Teitel (1997:2051) beklemtoon die belangrik van (konstitusionele) transformasiegeregtigheid gedurende die proses van politieke verandering en die regsprekende gesag se belangrike rol om geregtigheid gedurende 'n tydperk van onstabiliteit toe te pas. Die uitdaging is veral daarin geleë om die konsep van konstitusionalisme met drastiese politieke verandering te versoen. Soos genoem, word politieke en staatkundige verandering normaalweg deur onstabiliteit, onsekerheid en verandering gekenmerk. Daarteenoor word

konstitusionalisme deur die samebinding van politieke stelsels gekenmerk ten einde die konstitusionele fondament vir die proses van transformasie en demokratisering te bied.

Volgens Teitel (1997:2051) is die fundamentele dilemma om konstitusionalisme met “revolusie” of radikale transformasie te versoen.

Tradisioneel word grondwette saamgestel om h konvensionele rol as grondlegger vir die verhouding tussen owerheid en onderdaan te skep. Tydens die transformasieproses staan die konsep konstitusionalisme egter in n herstrukturierende of transformatiewe verhouding teenoor die huidige politieke orde. In die konteks van transformasie verkry die grondwet dus h meerdoelige funksie deurdat n addisionele uitdaging aan die regsprekende gesag gerig word om bykomend n rol in die transformasie van een regime na n volgende bestel te speel.

Die grondwetskrywers reageer normaalweg op die huidige onderdrukkende grondwet deur dié geldende onderdrukkende praktyke of menseregteskendings in die nuwe demokratiese regime te beperk of totaal uit te sluit. Hierdie nuwe praktyke of uitgangspunte maak h merkbare impak op die huidige politieke stelsel, wat as gevolg hiervan getransformeer word.

Op dié wyse vervul die grondwet h dubbele rol wat as gelyktydig regressief en progressief beskou kan word. Die grondwet is nie op die konvensionele wyse net ingestel om regsreëls te vorm wat slegs toekomstige gedrag reël nie, maar moet ook regressief (terugwaarts) van die omstandigheid kennis neem wat juis tot grondwetvorming aanleiding gegee het. Hierdie dubbele rol van die grondwet op grond van die korrigerende (transformasie) van vorige praktyke is h belangrike rol wat die reg tydens die transformasieproses vervul (Teitel, 1997:2060).

Die Suid-Afrikaanse tussentydse of oorganggrondwet het op soortgelyke wyse konstitusionele beginsels oor gelykheid en verteenwoordiging vasgelê, wat toekomstige beskerming aan alle etniese groepe verleen het. Die Interimgrondwet het terselfdertyd die voorafgaande patroon van rassediskriminasie aangeroen (regressief) deur liberale, demokratiese konstitusionele waardes van gelykheid en vryheid (progressief) in die nuwe grondwet in te bou. Diskriminerende wette van die vorige regime word op regressiewe wyse steeds onkonstitusioneel verklaar.

Die konstitusionele beginsels is h verdere voorbeeld van spelreëls wat sekere minimumstandaarde gespesifiseer het waaraan die finale grondwet moes voldoen.

Die konstitusionele beginsels het hierdeur h belangrike basis geskep wat gebruik kon word om ongeregthede van die verlede uit te lig, aan te pak en soortgelyke praktyke in die toekoms te voorkom. Terselfdertyd het die konstitusionele beginsels spesifiek daarvoor voorsiening gemaak dat “teenmaatreëls” of “voorkomingsmaatreëls” in die nuwe reëls (grondwet) ingebou word. Op dié wyse is die Suid-Afrikaanse regime regressief asook progressief binne Teitel se raamwerk van transformasiegeregtheid

getransformeer.

Gedurende die apartheidsera is daar in opeenvolgende grondwette sterk klem op magsentralisasie geplaas, wat een van die probleemareas vir die teorie van die skeiding van owerheidsgesag was. Dié magsentralisasie het nie vir voldoende skeiding van owerheidsmagte voorsiening gemaak nie. Die konstitusionele beginsels het gevolglik uitdruklik vir die skeiding van owerheidsgesag voorsiening gemaak en toegesien dat dit in die nuwe grondwet ingebou word (sien die vorige bespreking).

Klüg (2001:178) verwys ook na die waarde wat die grondwetskrywers aan die konstitusionele beginsels gekoppel het. Die konstitusionele beginsels het n sterk transformasierol vir die regsprekende gesag geïmpliseer. Dié transformasierol was om h politieke orde te skep op grond van die konstitusionele beginsels wat op regverdigheid en demokrasie in n postapartheidsamelewing geskoei is. Soos in die bespreking in die proefskrif aangedui, het die konstitusionele hof bykomend die taak gehad om die 1996-Grondwet deur h sertifiseringsproses aan die hand van die konstitusionele beginsels te toets.

In Suid-Afrika het die regsprekende gesag h sentrale rol vervul in die proses van transformasie van een regime na n volgende. Die belangrike transformasierol van die regsprekende gesag reflekteer die status wat in die algemeen aan dié instelling verleen is en die vertroue wat daarin gestel is. Dit is h vertroue in die regsprekende gesag om transformasie-aangeleenthede te hanteer, iets wat dikwels te problematies en te moeilik vir politieke partye was om oor te onderhandel (Klüg, 2001:8).

Teitel se omvattende transformasiegeregtighedsmodel bied h raamwerk vir transformasie en politieke verandering. Volgens hierdie model het alle gevalle van transformasiegeregtigheid vier algemene kenmerke met mekaar gemeen:

(i) Die eerste kenmerk is dat transformasiegeregtigheid tussen twee tipes regime geposisioneer is. Die normatiewe basisse van die twee regimes is sterk uiteenlopend met die eerste regimetipe wat normaalweg n outoritêre en die tweede n demokratiese regime is.

Transformasiegeregtigheid is daarop ingestel om die vergrype van die eerste regime te korrigeer deur herstellende waardes in die volgende regime in te bou.

(ii) Die tweede kenmerk is dat die proses van transformasiegeregtigheid daarop ingestel is om politieke en staatkundige stabiliteit gedurende die oorgang van een regime na die volgende te bewerkstellig. Sterk strukturele elemente word ingebou ten einde die oorgang te fasiliteer. Die transformasie word

gelegitimeer deur sterk klem op regverdigheid te plaas. Die oorgang is vanaf h regime met lae regimewaardes of die afwesigheid van normatiewe standarde na n volgende regime wat oor hoë regimewaardes of norme beskik. In die transformasieproses moet onregmatighede van die verlede gekorrigeer word. Die oogmerk is daarom om van die slegte of die onaanvaarbare regimewaardes na hoër normatiewe waardes in n demokrasie te streef. Die onregmatighede van die verlede is gevolglik in h groot mate bepalend van die struktuur, aard en funksies wat in die nuwe demokratiese regime toegepas gaan word.

(iii) Die belangrike verskil wat tussen transformasiegeregtigheid en konvensionele geregtigheid bestaan, is dat transformasiegeregtigheid nie voorgee om apolities te wees nie. (In hierdie opsig verskil transformasiegeregtigheid sterk van die idealistiese beskouing van die reg.) Transformasiegeregtigheid is uiteraard ook h politieke proses wat bepaalde politieke doelwitte stel. Die proses van transformasiegeregtigheid skep die raamwerk of fondament vir politieke transformasie deur te poog om gesag, mag en "rykdom" op h regverdige wyse te herverdeel.

(iv) Transformasiegeregtigheid giet politieke oortuigings in regsbesluite, wat in ooreenstemming is met die beskouing wat die realistiese benadering van geregtigheid huldig (Smiley, 2001:1337).

Die vier kenmerke is h kombinasie van die idealistiese en realistiese siening van die rol van die regsprekende gesag tydens transformasie. Teitel het dus die verlangde middeweg en raamwerk vir transformasiegeregtigheid geskep.

Teitel se eerste en tweede kenmerke van transformasiegeregtigheid is baie belangrik.

Die twee kenmerke veronderstel h tydperk waarin die reg stabiliteit verseker deur die belangrikheid van voortgesette regscontinuïteit te beklemtoon. Transformasie vind terselfdertyd en parallel met die behoud van regscontinuïteit plaas deurdat n normatiewe skuif in die begrip van geregtigheid gemaakword ten einde transformasiegeregtigheid te bewerkstellig.

Teitel (1997:1337) beklemtoon dat dié vier kenmerke verskillende vorme in verskillende historiese en kulturele kontekste en in verskillende sferes van die reg aanneem. In die strafreg vervul transformasiegeregtigheid nie net die rol van straf nie, maar ook van amnestie en vergifnis. Dié aspek was veral sigbaar in die rol wat die Waarheids-en-versoeningskommissie in Suid-Afrika gespeel het. Die strafreg het h belangrike rol in transformasiegeregtigheid gespeel deur orde te handhaaf, h lyn tussen twee verskillende regimes te trek, woude in die gemeenskap te heel en die waarde en norme van transformasie te beklemtoon.

h Verdere belangrike aspek wat deur Teitel (1997:1337) beklemtoon word, is dat die problematiek van die strafreg gedurende die proses van transformasie oorkom kan word deur van internasionale standaarde van regverdigheid gebruik te maak. Op hierdie wyse kan gestandaardiseerde internasionale regspraktyke en stelsels gebruik word om die subjektiewe straftoepassing van die nasionale politiek te sistap. Die objektiewe benadering en die objektiwiteit van die internasionale orde kan op dié wyse die nodige stabiliteit aan die politieke stelsel verleen.

Teitel (1997:2059) is van mening dat die rol van die regsprekende gesag in die transformasieproses stabiliteit in die politieke stelsel kan bewerkstellig. Transformasiegeregtigheid is nie net voorkomend ten opsigte van die moontlikheid van n revolusie nie, maar speel ook n belangrike rol in die konstruksie van die oorgangs- en transformasieproses. Die betrokkenheid van die regsprekende gesag en die status wat dié instelling geniet, bring stabiliteit en vertroue in h politieke stelsel mee.

Die oorgangsgrondwet was nie-permanent van aard omdat dit tydens die transformasieproses tussen die twee regimes geposisioneer word. Die oorgangsgrondwet struktureer en hanteer uitsluitlik die oorgang en die transformasie wat tussen die twee regimes plaasvind. In Suid-Afrika se transformasieproses was die kontemporêre verwysing dat die Interimgrondwet die brug tussen twee regimetipes gevorm het. Die transformasie was vanaf n regime wat deur stryd, konflik en diskriminasie gekenmerk is na n regime wat op die erkenning van menseregte, demokrasie en vrye naasbestaan gefundeer is.

Die Interimgrondwet verteenwoordig die somtotaal of die beliggaming van die politieke ooreenkomste oor transformasie wat tussen die politieke opponente bereik is. In dié opsig het die proses aan Teitel se teoretiese uitgangspunte voldoen wat die teenwoordigheid van die politiek erken en bepaalde politieke doelwitte stel ((iii) hierbo). Die Interimgrondwet het terselfdertyd die nodige politieke stabiliteit gebied ((ii) hierbo) wat dit moontlik gemaak het dat die transformasie op h ordelike en stabiele wyse kon plaasvind. Sodoende kon verseker word dat die doelwit van transformasieregverdigheid bereik is.

Transformasiegeregtigheid word in h groot mate gekomplementeer deur die klem wat daar op universele gelykheid en die reg geplaas word. Deur die beskerming van alle etniese groepe het die Interimgrondwet sterk normatiewe waardes in die transformasieproses ingebed en die terrein vir die ontwikkeling van verdere konstitusionele waardes voorberei.

9.2.4 Die regsprekende gesag, transformasie en die skeiding van owerheidsmagte

In hierdie proefskrif is die substantiewe institusionele posisie van die regsprekende gesag in die tussentydse en die finale Grondwet beklemtoon. Die regsprekende gesag en spesifiek die prominente rol wat die Konstitusionele Hof in die transformasie van een regime na die volgende regime gespeel het, beklemtoon dié status.

Die Konstitusionele Hof het bykomend oor die jurisdiksie beskik om bepalings in die Grondwet ongrondwetlik te verklaar indien dit nie aan die konstitusionele beginsels voldoen het nie. Die Konstitusionele Hof het op hierdie wyse die uniekheid van die sertifiseringsprosedure, wat nog nie elders in die wêreld toegepas is nie, in paragraaf 26 tot 30 van sy uitspraak in *In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996* verduidelik. In paragraaf 27 het die Hof verduidelik dat dit n regs- en nie h politieke proses was nie.

Tydens die transformasieproses is daar in die konstitusionele beginsels sterk klem op die skeiding van owerheidsmagte geplaas. Dit beklemtoon die status van die regsprekende gesag in die algemeen.

Die Konstitusionele Hof het bevind dat die vereiste van die konstitusionele beginsels vir die insluiting van die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte voldoende in die nuwe teks vervat is. (Die sertifiseringsuitspraak is reeds in die proefskrif bespreek.)

In Suid-Afrika het die Konstitusionele Hof nie alleen h groot bydrae in die proses van konstitusionele rekonstruksie gelewer nie, maar ook in die transformasie van h ondemokratiese regime na n regstaat (*rule of law*). Die Konstitusionele Hof het uit h gesentraliseerde regeringstelsel ontstaan met sterk klem op parlementêre soewereiniteit. Die Konstitusionele Hof het ' n eksklusiewe mandaat ontvang om regsprekende hersiening toe te pas en sodoende het dié hof die waghond vir die nuwe konstitusionele orde geword. Aspekte uit die era voor die nuwe konstitusionele orde is aan die hand van die nuwe klem op menseregte en normatiewe uitgangspunte vertolk.

Op dié wyse het die regsprekende gesag h groot bydrae tot transformasiegeregtigheid gelewer tydens die proses van politieke verandering in Suid-Afrika. Die status van die regsprekende gesag en daarby die skeiding van owerheidsgesag is ongetwyfeld hierdeur versterk.

9.3 h ANALITIESE PERSPEKTIEF EN n SAMEVATTING

In die inleidende gedeelte van hierdie hoofstuk is daar na demokrasie en staatkundige transformasie gekyk. In die twee gedeelte word die proefskrif afgesluit met n waardeoordeel en voorstelle vir moontlike oplossings vir die probleem van die skeiding van gesag.

Die oogmerk van hierdie proefskrif was om h analise van die struktuur en funksies van die Suid-Afrikaanse Grondwette van 1909, 1961, 1983, 1993 en 1996 te maak na

aanleiding van die mate waarin die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte in dié Grondwette neerslag gevind het.

Die kernvraag wat die proefskrif aangeroer het, was of dié Grondwette, spesifiek die 1996-Grondwet, struktureel en funksioneel vir die toepassing van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag voorsiening gemaak het. Die funksionele bespreking van die 1996-Grondwet is hoofsaaklik gegrond op 'n aantal uitsprake van die Konstitusionele Hof waarin die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag direk van toepassing was. In die proefskrif is daar ook aandag aan addisionele strukture of liggame gegee wat bykomend tot 'n groter of effektiewer skeiding van owerheidsgesag bygedra het.

9.3.1 Die 1996-Grondwet en die skeiding van owerheidsgesag

Die 1996-Grondwet bevat nie 'n spesifieke bepaling wat eksplisiet verklaar dat dit vir 'n skeiding van owerheidsgesag voorsiening maak nie. Artikel 43 bevat wel 'n verwysing na die skeiding van owerheidsgesag deur 'n duidelike struktuur uit te stippel. Artikel 43 bepaal dat die nasionale wetgewende gesag in die parlement (die Wetgewende Vergadering) en die provinsiale wetgewende gesag in die provinsiale wetgewers gesetel sal wees. Artikel 85 en 125 vestig weer die nasionale uitvoerende gesag in die hande van 'n president en 'n kabinet en in die provinsies in die premier en 'n provinsiale kabinet. Artikel 165 ken die regsprekende gesag aan die howe toe.

Hierdie strukturele verspreiding van gesag in wetgewende, uitvoerende en regsprekende instellings is 'n duidelike verdeling van owerheidsgesag in die drie tradisionele en primêre "regeerareas", naamlik die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag.

Die skeiding van owerheidsgesag is dus nie eksplisiet in die 1996-Grondwet ingebou nie, maar wel implisiet (Currie & De Waal, 2001:96). Soos reeds in hoofstuk 6 na *South African Association of Personal Injury Lawyers v Heath supra* verwys is, het die Konstitusionele Hof beslis dat daar geen twyfel bestaan het dat die Grondwet vir die skeiding van owerheidsgesag voorsiening gemaak het nie en dat enige wet wat teenstrydig met dié beginsel was, ongeldig sou wees (paragraaf 18-22). Die Konstitusionele Hof het bevind dat die teenwoordigheid van die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte berus het op gevolgtrekkings wat van die struktuur en van ander artikels in die Grondwet afgelei kon word (Currie & De Waal, 2001:96).

9.3.2 Die waarde van die skeiding-van-owerheidsgesag-beginsel

In die eerste hoofstuk is daarop gewys dat die skeiding van owerheidsmagte die konstitusionaliteit van 'n staat versterk deurdat dit die arbitrêre uitoefening van (politieke) gesag verhinder. Die skeiding

van owerheidsmagte veronderstel dat (politieke) gesag deur verskillende instellings (uitvoerend, wetgewend en regsprekend) uitgevoer word en dat die gesagbekteërs in dié instellings nie dieselfde persone is nie. Op dié wyse word verhoed dat gesag in die hande van een persoon of n klein oligargie gesentreer word.

Die praktiese uitvoering van h regeringstelsel wat vir n volkome skeiding in struktuur, funksies en persone voorsiening maak, is nie h realistiese en praktiese moontlikheid nie. Die praktiese alternatief is daarom om na die maksimum skeiding wat onder die omstandighede staatkundig moontlik is, te streef.

9.3.3 Die parlementêre regeringstelsel en die skeiding-van-owerheidsgesag-beginsel

Hoewel daar in die parlementêre regeringstelsel struktureel voorsiening gemaak word dat die wetgewende, uitvoerende en regsprekende funksies in drie verskillende instellings verdeel word, beteken dit nie noodwendig dat dié stelsel sonder meer aan die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte voldoen nie. Die primêre regeerfunksies in n parlementêre stelsel (wetgewend, uitvoerende en regsprekend) word nie deurlopend deur verskillende persone of instellings uitgeoefen nie. In h parlementêre stelsel is daar n duidelike oorvleueling tussen die verskillende instellings in beide struktuur en persone. In die Suid-Afrikaanse parlementêre regeringstelsel, soos ook die geval in die meeste parlementêre stelsels, is die ooglopendste van die oorvleuelings die bepaling dat lede van die kabinet (uitvoerende gesag) ook lede van die wetgewer (wetgewende gesag) kan wees. Lede van die kabinet (uitvoerende gesag) geniet gevolglik ook sitting in die wetgewende gesag.

Stepan en Skatch (1993:3) onderskei tussen die parlementêre en presidensiële stelsel op grond van die graad van afhanklikheid. Daar moet in gedagte gehou word dat die graad van afhanklikheid en onafhanklikheid in direkte logiese verband met meer of minder skeiding van owerheidsgesag staan.

h Parlementêre stelsel is gebaseer op h stelsel van afhanklikheid:

- (i) Die hoof uitvoerende persoon (eerste minister of president) moet deur die meerderheid in die wetgewende gesag ondersteun word en kan uit die posisie verwyder word indien n suksesvolle mosie van wantroue in hom ingedien word.
- (ii) Die hoof uitvoerende amptenaar (president of eerste minister) kan die wetgewende gesag ontbind en n nuwe verkiesing uitroep.

h Presidensiële stelsel is gebaseer op h stelsel van onafhanklikheid:

- (i) Die wetgewende mag bestaan op grond van eie legitimiteit. Die hoof uitvoerende amptenaar kan nie die wetgewende gesag ontbind nie.
- (ii) Die hoof uitvoerende amptenaar kan net in hoogs uitsonderlike gevalle deur die wetgewende gesag van sy posisie ontnem word.

Dit is duidelik uit die graadverskil in onafhanklikheid of afhanklikheid tussen die wetgewende en uitvoerende gesag in n parlementêre stelsel dat daar n sterk koppeling tussen die twee instellings bestaan. Die institusioneel onafhanklike status van die onderskeie owerheidsinstellings in die presidensiële stelsel bly daarteenoor grootliks onaangetas.

Die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag het dit ten doel om die maksimum moontlike skeiding tussen die onderskeie regeringsinstellings te bewerkstellig en hul institusionele status te beskerm. In die parlementêre stelsel is dit veral die strukturele integriteit van die wetgewende gesag wat in sy oorvleueling met die uitvoerende gesag ter sprake is.

Die wedersydse invloed wat die wetgewende en uitvoerende gesag op mekaar uitoefen, moet egter nie altyd as negatief ervaar word nie. In Swede oefen die wetgewende gesag sterk (politieke) invloed op die uitvoerende gesag uit, sonder om die effektiewe uitoefening van regeringsbeleid te ontwrig (Heywood, 2000:86).

Parlementêre regeringstelsels kom in verskeie state soos Swede, Indië, Japan, Australië, Nieu-Seeland en natuurlik die Verenigde Koninkryk met sy *mater parliamenterum* voor. Die sentrale kenmerk van dié stelsel is die oogmerk dat die gedeeltelike samesmelting tussen die wetgewende en uitvoerende instellings n verantwoordelike en effektiewe regering moet skep. Daarom word na die parlementêre stelsel as h stelsel van verantwoordelike regering verwys, omdat die uitvoerende gesag teoreties vir die uitvoering van sy beleid aan die wetgewende gesag verantwoording moet doen. Dit is dus ook h belangrike kontrolemiddel as deel van die stelsel van wigte en teenwigte.

h Verdere voordeel wat die voorstanders van die parlementêre regeringstelsel uitwys, is dat die samesmelting van die uitvoerende en wetgewende gesag ook 'n effektiewe regering skep. Effektiewe regering beteken dat die regering doeltreffend kan funksioneer en dat daar min konstitusionele struikelblokke in die uitvoering van beleid geplaas word. Dit is in teenstelling met die presidensiële stelsel waarin daar dikwels, vanweë die groter mate van strukturele en funksionele outonomie, h skaakmatposisie tussen die wetgewende gesag en die uitvoerende gesag ontstaan (Lijphart, 1992:115).

Stepan en Skach (1993:458) wys daarop dat die effektiewe uitoefening van gesag in n parlementêre stelsel van groot waarde is in 'n vestigingsdemokrasie wat sterk klem op sosio-ekonomiese verandering wil plaas.

Die basiese uitgangspunt van voorstanders van die parlementêre stelsel is daarom dat die oorvleueling tussen die wetgewende en uitvoerende gesag toegelaat word omdat dit n stelsel van wedersydse kontrole (wigte en teenwigte) en gevolglik n verantwoordelike regering skep. (Die uitvoerende gesag kan, as deel van die wetgewende gesag, vir sy dae en uitvoering van beleid in die wetgewende vergadering verantwoordelik gehou word.) Die wetgewende gesag het daarom teoreties die bevoegdheid om die president/eerste minister (uitvoerende gesag) deur h suksesvolle mosie van wantroue uit sy posisie te verwyder. Die president/eerste minister het ook normaalweg die bevoegdheid om die wetgewende gesag te ontbind en n nuwe verkiesing uit te roep.

Die nadeel van die gedeeltelike oorvleueling in die parlementêre stelsel is dat dit die neiging het om mag en gesag in die stelsel te sentraliseer. Dit gebeur dikwels wanneer die regerende party n oorweldigende meerderheid in die wetgewende gesag het. Dié gedeeltelike oorvleueling van die wetgewende en uitvoerende gesag is ook strydig met een van die grondbeginsels van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgmagte, naamlik dat dié beginsel juis die oormatige konsentrasie van gesag in n enkel persoon of instelling wil verhoed.

Parlementêre regering word dikwels met dominansie deur die uitvoerende gesag geassosieer. In Brittanje word die wetgewende gesag (Laerhuis) grootliks deur h kombinasie van sterk politiekepartydisipline en n disproporsionele kiesstelsel gekenmerk, wat tot die dominansie van een party in die wetgewer kan aanleiding gee. Die dominansie van die uitvoerende gesag is h direkte gevolg daarvan dat die leierskorps van die party sitting in die wetgewende gesag het. Dit stel die uitvoerende gesag in staat om die parlement met die meerderheid wat hy in die wetgewende gesag het, te beheer.

Dié dominansie in die parlementêre stelsel veroorsaak verder toenemend dat die wetgewende gesag se institusionele posisie aan die uitvoerende gesag ondergeskik raak. Behalwe die meerderheidsoorheersing kan die regeringsleier ook die teenwoordigheid van

die lede in die wetgewende gesag konstitusioneel beheer. In die meeste grondwette wat vir 'n parlementêre stelsel voorsiening maak, is daar 'n bepaling dat die eerste minister of president die wetgewende vergadering kan ontbind en 'n nuwe verkiesing kan uitroep. Die voortbestaan of teenwoordigheid van die lede in die Wetgewende Vergadering (wetgewende gesag) is dus konstitusioneel aan die oordeel van die regeringshoof gekoppel. Die wetgewende gesag kan natuurlik op sy beurt die regeringshoof konstitusioneel verwyder deur 'n suksesvolle mosie van wantroue in hom in te dien, maar in die praktyk gaan dit gewoonlik met die ontbinding van die wetgewende gesag en die uitroep van 'n nuwe verkiesing gepaard.

'n Logiese verdere ontwikkeling in die moderne staat is dus dat die institusionele magsewewig, wat tradisioneel tussen twee van die drie regeringsinstellings (uitvoerende en wetgewende gesag) bestaan het, deur die toenemend sterker wordende posisie van die uitvoerende gesag versteur word. Wanneer dié balansversteuring plaasvind, verminder dit die intrinsieke waarde van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgmagte. (Daar word in 'n verdere onderafdeling na dié aspek teruggekeer.)

Muir (in Bagehot, 1966:88-90) het reeds vroeg gewaarsku dat institusionele erosie besig is om in die Britse parlement plaas te vind en dat dit veral die wetgewende gesag is wat 'n afname in belangrikheid ondervind. Muir verwys na die "diktatorskap" van die kabinet in 'n vermengde uitvoerende en wetgewende instelling. Gekoppel hieraan is die groeiende burokrasie en sterk politiekepartydisipline, wat opposisie in die Laerhuis in 'n groot mate aan bande lê en die waarde en status van dié instelling verminder.

Hierdie faktore het volgens Muir (in Bagehot, 1966:88-90):

"[t]o a remarkable extent diminished the power and prestige of Parliament, robbed its proceedings of significance; made it appear that Parliament exists mainly for the purpose of maintaining, or of somewhat ineffectually criticising an all-but-omnipotent Cabinet."

Hough (1978:360) verwys in sy bespreking van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgmagte na Ranney wat die ontwikkeling in Brittanje soos volg beskryf:

"In Great Britain and the dominions the prime minister, cabinet and ministry not only originate all major political bills ..., [but also] control what happens in the legislature."

Die kabinet se dominansie is veral in die inisiëring van wetgewing en in die staande

komitees se funksionering in die parlement waarneembaar (Zurcher, 1950:86). Politiekepartydisipline en die kohesie wat deur die onderlinge partylojaliteit geskep word, verseker dat lede van die wetgewende gesag die uitvoerende gesag se leiding in die wetgewende vergadering aanvaar. Die voorleggings, beleid, wette en begrotings word op grond van dissipline en partylojaliteit ondersteun. Die alternatief is dat die kabinet se inisiatiewe misluk en dat n nuwe verkiesing uitgeroep kan word (Lipset in Lijphart, 1992:206).

Dit is duidelik waarom daar onder verskeie skrywers n sterk konsensus bestaan dat die regering (uitvoerende gesag) die funksionering van die parlement beheer. Lord Hailsham het in 1976 na die parlementêre stelsel in die algemeen en die uitvoerende gesag en die wetgewende gesag in die besonder as "elective dictatorship" verwys (Heywood, 2000:296).

In die volgende gedeelte van hierdie hoofstuk is Suid-Afrika se parlementêre stelsel spesifiek in die kollig. Die ontleding is daarop gemik om te bepaal in watter mate dit aan die vereistes vir die skeiding van owerheids gesag voldoen het. Die presidensiële stelsel het ook sy inherente tekortkominge, soos reeds in die bespreking van Brasilië in hoofstuk 4 uitgewys is. Nie een van die twee stelsels kan om praktiese redes aanspraak maak daarop dat dit die perfekte regeringstelsel is nie. Regeringstelsels verskil en is minder en meer suksesvol, wat in n groot mate afhanklik is van die historiese en politieke kontekste waarbinne dié stelsels moet funksioneer. Die kritiese bespreking van Suid-Afrika se parlementêre stelsel beteken nie dat dit impliseer dat die presidensiële stelsel noodwendig n beter stelsel sou wees nie.

(i) Verhouding tussen die wetgewende en die uitvoerende gesag (Suid-Afrika, 1996-Grondwet)

In hoofstuk 7 is daarop gewys dat Suid-Afrika oor n parlementêre regeringstelsel beskik, hoewel die 1996-Grondwet vir enkele presidensiële kenmerke voorsiening gemaak het. Die ooglopendste van die ingeboude presidensiële kenmerke is die van n uitvoerende president, wat nie deel van die wetgewende gesag is nie. Ten spyte van dié posisie van die president, is dit duidelik dat die regeringstelsel steeds dominerende parlementêre kenmerke besit.

Hierdie parlementêre kenmerke, veral die oorvleueling wat tussen die uitvoerende en die wetgewende instellings plaasgevind het, het duidelike gevolge vir die skeiding van owerheids magte. Dié aspek word vervolgens in kort onderafdelings bespreek.

(a) Voldoen nie struktureel en funksioneel aan die vereistes vir die skeiding van

owerheidsmagte nie

Soos die meeste parlementêre regeringstelsels, voldoen die 1996-Grondwet nie volledig aan die basiese fundamentele vereistes van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag nie.

Dit veronderstel egter nie dat daar nie h skeiding van owerheidsmagte plaasvind nie. Die skeiding in h parlementêre stelsel is een in graad, daarom word daar na h gedeeltelike skeiding verwys. Die rede hiervoor is dat daar op die institusionele vlak nie vir n totale skeiding tussen die lede van die wetgewende en uitvoerende instellings voorsiening gemaak word nie. (Die verkiesing van die lede van die kabinet uit die geledere van die wetgewende gesag en hul voortgesette lidmaatskap as lede van die Nasionale Vergadering, is reeds in hoofstuk 7 bespreek.)

Die 1996-Grondwet maak ook nie vir h skeiding van personeel tussen die wetgewende en uitvoerende gesag op beide die nasionale en provinsiale vlak voorsiening nie. Soos Currie en De Waal (2001:97) daarop wys, word die gebrek aan skeiding tussen personeel en instellings die doeltreffendste op die munisipale vlak geïllustreer, waar die munisipale rade as beide wetgewende en uitvoerende instellings optree (artikel 151(2)).

(b) Erodering van die wetgewende gesag se wetskeppende funksie

Die teenwoordigheid van die uitvoerende gesag in die wetgewende gesag het duidelike gevolge vir die wetgewende gesag wat grootliks tot die erodering van die primêre funksies van dié liggaam aanleiding gee. Die belangrikste hiervan is die toenemende tendens dat die uitvoerende gesag nuwe wette inisieer, formuleer en in die wetgewende vergadering indien.

Hierdié uitoefening van h wetgewende funksie deur die lede van die uitvoerende gesag (op grond van dubbele lidmaatskap) is h natuurlike ontwikkeling van die parlementêre stelsel in die moderne era. Soos Hough (1978:352) tereg uitwys, het dit in die moderne staat toenemend die gebruik geword om die bevoegdheid om wetsontwerpe te inisieer, op te stel en in te dien, aan die uitvoerende gesag af te staan. In Suid-Afrika, onder die sterk invloed van die parlementêre stelsel, het dit ook toenemend die geval geword.

Die Grondwet (artikel 55(1)(b)) bepaal dat h wetsontwerp geïnisieer of opgestel kan word deur n minister, h lid van die Nasionale Vergadering of deur n komitee van laasgenoemde. Soos Currie en De Waal (2001:170) tereg uitwys, het die oorgrote meerderheid wetsontwerpe wat in die parlement ter tafel gelê word, hul oorsprong by lede van die kabinet (uitvoerende gesag) en die burokrasie of te wel die administrasie (uitvoerende gesag). Die Grondwet bemagtig in sommige gevalle spesifiek die president en die kabinet (artikel 85(2)(d)) om nasionale wetgewing te inisieer, voor te berei en in te dien.

Rautenbach en Malherbe (2004:155) wys ook daarop dat die uitvoerende gesag in die moderne era die meeste wetsontwerpe inisieer. Dié outeurs beklemtoon dit dat die

struktuur en funksies van die uitvoerende gesag (burokratiese staatsdepartemente) meer geskik is vir die uitvoering en administrasie van spesifieke wette. Die uitvoerende gesag hanteer spesifieke portefeuljes en beskik daarom oor die kundigheid en infrastruktuur om die behoeftes van die moderne staat te bepaal en die wetgewing daarby aan te pas.

Rautenbach en Malherbe (2004:155) beklemtoon dit dat die rol van die wetgewende gesag om wetgewing te inisieer, afgeneem het en dat hul voorstelle, wat deur die parlement oorweeg word, slegs 'n klein persentasie van die nuwe wette vorm.

Die uitvoerende gesag se voorbereiding van konsepwetgewing gaan in meeste gevalle met heelwat voorafgaande konsultasie met belanghebbendes gepaard. Wanneer die konsepwet in die parlement ter tafel gelê word, is die eindproduk so afgerond dat dit dikwels min substantiewe bespreking ontlok en die inhoud dikwels as 'n voldonge feit aanvaar word.

Volgens die Grondwet kan enige lid van die Nasionale Vergadering teoreties wetgewing indien, hoewel dit in die praktyk moeilik en hoogs uitsonderlik is (artikel 73(2) saamgelees met die Nasionale Vergadering-reël 230). Hierdie prosedure staan as 'n private wetsontwerp bekend en hoewel enkele van hierdie wetsontwerpe jaarliks deur die parlement gevoer word, maak politieke realiteite (dominansie van die uitvoerende gesag) en uitgerekte prosedure dit moeilik om op hierdie wyse wetgewing te promulgeer (Currie & De Waal, 2001:171).

Wanneer 'n politieke party in 'n parlementêre stelsel 'n groot meerderheid in die wetgewende gesag het, beteken dit dat die uitvoerende gesag 'n redelik vrye aanneemkanaal vir inisiatiewe in die vorm van wetgewing tot hul beskikking het.

Dié ontwikkeling dat die uitvoerende gesag die wetgewende inisiatief oorneem, kan egter nie anders as 'n oorskryding van die basiese fundamentele uitgangspunte van die beginsel van die skeiding van owerheidsgezag beskou word nie. Tradisioneel is die wetgewende gesag met die bevoegdheid beklee om regsreëls te skep, te wysig en te herroep. Indien die wetgewende gesag dié bevoegdheid prysgee, is dit teenstrydig met die basiese fundamentele uitgangspunte van die beginsel van die skeiding van owerheidsgezag.

Die uitvoerende gesag se inisiëring van wetgewing beteken dat die wetskeppende aktiwiteit sy oorsprong, ontwikkeling en

afhandeling “buite” die wetgewende gesag het en dat die parlement net die finale indieningspunt is. Hierdeur oefen die uitvoerende gesag in 'n groot mate die funksies van die wetgewende gesag uit en dié ontwikkeling is strydig met die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag.

Die dominansie van die uitvoerende gesag oor die wetgewende gesag strek egter verder as net die oornam van die wetgewende funksie. Hough (1978:360) beklemtoon dit dat die dominansie van die uitvoerende gesag oor die wetgewende gesag in die moderne regering mettertyd in vele fasette toegeneem het. Belangrike wigte en teenwigte, wat oorspronklik in die wetgewende gesag ingebou is om 'n stelsel van verantwoordelike regering te skep en as die rasionaal vir die oorvleueling van die wetgewende en uitvoerende gesag te dien, het hul oorspronklike waarde grootliks verloor. Meganismes wat as wigte en teenwigte dien is:

(i) dat die wetgewende gesag 'n mosie van wantroue in die hoof uitvoerende persoon kan instel.

(ii) dat die uitvoerende gesag (ministers en hoofde van departemente) aan die wetgewende gesag vir beleid en die uitvoering daarvan verantwoording moet doen.

Soos Hoexter (2003:41) duidelik daarop wys, is parlementêre beheer 'n eksterne kontrole oor administratiewe uitvoerende mag. Terwyl die regsprekende gesag die wettigheid van administratiewe dade toets, moet die wetgewende gesag die meriete of wysheid van die uitvoerende gesag se dade toets.

Die kontrole van die wetgewende gesag oor die uitvoerende gesag is deel van die beginsel van ministeriële verantwoordelikheid wat sy konstitusionele wortels in die Westminster-parlementêre stelsel het (Hoexter, 2003:41). In Suid-Afrika is dié verantwoordelikheid grondwetlik stewig vasgelê. Artikel 92(1-2) van die Grondwet bepaal dat lede van die kabinet kollektief en individueel vir die uitvoering van hul funksies aan die parlement verantwoordelik is .

Die uitvoerende gesag (ministers) behoort daarom op grond van dié beginsel en die bepaling van artikel 96 aan die parlement verantwoording te doen vir hul dade. Dit veronderstel 'n beskikbaarheid om bepaalde beleid en optredes in die wetgewende gesag te regverdig, te verdedig en die verantwoordelikheid daarvoor te aanvaar. Hierdie verantwoording van die uitvoerende gesag aan die wetgewende gesag is een van die fundamenteelste aspekte van die stelsel van wigte en teenwigte en die grondrede vir die oorvleueling wat tussen die uitvoerende en die wetgewende gesag

plaasvind. Dié parlementêre proses veronderstel h situasie waarin debattering en kritiese vraagstelling op n deurlopende grondslag deur middel van vraetyd aan die ministers of n kort debat in die parlement plaasvind. Die praktyk wys egter dikwels uit dat die ministeriële verantwoording, veral vanweë sterk politiekepartydisipline, selde voldoende tot sy reg kom. Die bespreking wat wel soms in die parlement plaasvind, word streng deur die Speaker beheer wat dit aan h tydsbeperking onderhewig stel.

Die dominansie van die uitvoerende gesag en daarmee saam politiekepartylojaliteit verhinder egter die proses van verantwoording in die parlementêre stelsel. Jackson en Jackson (2003:258) verwys ook na die sterk kohesie wat binne politieke partye bestaan en wat n kritiese evaluering kniehalter:

“The [political] party, like all the other parties in the lower house, is highly cohesive -- that is, the party members stick together on votes in the House regardless of their own personal viewpoint on the subject matter.”

Die vraetyd of verantwoording kom om dié rede selde tot sy reg. Soos Hoexter (2003:42) dit beklemtoon, is die groot swakheid van die stelsel dat lede van die parlement wel vrae aan n minister mag vra, maar dat die Grondwet nie eksplisiet vereis dat die vrae bevredigend beantwoord word nie.

Die sogenaamde vraetyd wat die geleentheid bied om vrae aan die President te stel, word ook stelselmatig afgewater en van substansie ontnem. In die Suid-Afrikaanse parlement is vraetyd tot vier geleenthede per jaar verminder. Die President beantwoord net vyf vrae, wat etlike weke voor die tyd aan sy kantoor gestuur moet word (*Beeld*, 20 Januarie 2006).

Die standpunt is *nie* dat verantwoording deur die uitvoerende gesag *nie* in die Wetgewende Vergadering plaasvind nie. Die argument is eerder dat dit n politieke realiteit is dat die proses van veronderstelde verantwoording dikwels niesubstantief is en te ongereeld plaasvind. Van die redes hiervoor is reeds genoem, maar die realiteit is dat die klein opposisie, tans minder as een derde van die totale lede in die Wetgewende Vergadering, meestal magteloos teenoor die groot meerderheid is.

In Suid-Afrika is ministeriële verantwoording, selfs in die demokratiese era, nie h suksesvolle konstitusionele meganisme nie. Kabinetministers in Suid-Afrika is uiters onwillig om individuele verantwoordelikheid vir hul departemente te aanvaar (Hoexter, 2003:42).

In sommige gevalle sal partylojaliteit in die wetgewende gesag ook veroorsaak dat amptenare artikel 92(1) (oor die kabinet se

kollektiewe verantwoordelikheid) nie nakom nie. Tydens die parlementêre sessie in 2005 is opposisiepartye, veral die Demokratiese Alliansie, by herhaling deur die Speaker van die Algemene Vergadering, Baleka Mbete, verhinder om tydens parlementêre vraetyd aan president Mbeki n vraag oor die kontroversiële wapenaankopetransaksie te stel. Die Speaker se besluit om nie vrae toe te laat nie, is geneem op die grond dat die vrae sou impliseer dat daar onbehoorlike gedrag aan die kant van die President was. Soos Devenish (2005:11) daarna verwys, is die besluit sterk vatbaar vir kritiek.

“The decision is open to criticism, in that it appears the Speaker is entering the political debate on the side of the executive and not behaving in a neutral and impartial manner.”

Die Westminster parlementêre stelsel laat vermenging tussen die wetgewende en uitvoerende gesag toe, fundamenteel om die *President en die uitvoerende gesag in hul uitvoering van beleid teenoor die wetgewende gesag vir hul dade verantwoordelik te hou*. Dit is, soos reeds uitgewys, die basis van die parlementêre stelsel en is in artikel 92 ingebou. Die sterk verhinderende of blokkering van verantwoording in die parlement ondermyn dié fundamentele beginsel regstreeks.

Dit blyk egter dat ministeriële verantwoordelikheid as n formele beginsel n meganisme is waarop slegs die opposisiepartye in die parlement aandring. In n Nasionale Vergadering, soos in Suid-Afrika, waar die opposisie minder as een derde van die lede vorm, het kritiese ondersoek en vrae n twyfelagtige impak daarop om kabinetslede verantwoordelik te hou. (Sedert 1994 het geen kabinetsminister op grond van onreëlmatighede in hul departemente verantwoordelikheid aanvaar en bedank nie.) Muir (in Bagehot, 2003:86) se vroeëre opmerking oor die Britse parlement kon net so wel op die Suid-Afrikaanse parlement van toepassing gewees het:

“...(It) made it appear that Parliament exists mainly for the purpose of maintaining or of somewhat ineffectually criticising an all-but-omnipotent Cabinet.”

Die stelsel van oorvleueling tussen die uitvoerende en wetgewende gesag is *juis* geskep om die uitvoerende gesag vir die uitvoering van beleid aan die wetgewende gesag verantwoordelik te hou.

Ten einde suksesvolle debattering en n kritiese ingesteldheid in die wetgewende gesag te verkry, moet daar ook ander faktore aanwesig wees. Dit is ook in n groot mate aan die teenwoordigheid van opposisielede in die parlement gekoppel en aan die politieke wil van n sterk opposisie om n ondersoek van stapel te stuur om die uitvoerende gesag oor hul administratiewe aksies uit te vra (Burns, 2003:272).

n Verdere wig en teenwig waaroor die wetgewende gesag beskik, is om n mosie van wantroue in

die regeringsleier te kan indien. Indien die mosie aanvaar word, moet die regeringsleier bedank, met die gevolg dat die wetgewende gesag ook ontbind en n nuwe verkiesing uitgeroep word. Die regeringsleier beskik natuurlik op sy beurt ook oor die bevoegdheid om die wetgewende gesag te ontbind. Die leier van die uitvoerende gesag gebruik dikwels die ontbinding van die wetgewende gesag as n taktiese opsie ten einde die geskikste tyd moontlik te vind om die volgende verkiesing uit te roep.

In Suid-Afrika is h geldige mosie van wantroue in die uitvoerende gesag deur die wetgewende gesag n rare verskynsel, veral vanweë die konsentrasie en oorheersing van die meerderheidsparty in die parlement. Die dominansie van die uitvoerende gesag en die houvas oor die lede in die wetgewende gesag skep min ruimte vir so n suksesvolle mosie. Dit is hoogs onwaarskynlik dat die regerende party (die agterbankers) so h mosie sal steun, wat dan tot die ontbinding van die parlement sal lei. Die opposisiepartyte sal moeilik met so n mosie kan slaag, hoofsaaklik omdat hulle uit die aard van die saak n minderheidsgroep is. Sterk partydissipline verhoed die regerende party se agterbankers om hul steun aan die opposisie te gee. In Suid-Afrika bestaan h tradisie van agterbankersteun aan die opposisieparty ongelukkig nie. Indien die opposisieparty klein en selfs onder die drumpel van een derde van die aantal lede van die wetgewende gesag is, is hul insette baie beperk en in sommige gevalle nie veel meer werd as n blote vertragingstaktiek nie.

Hough (1978:360) huldig tereg die standpunt dat die parlementêre tweepartystelsel tot n konsentrasie van gesag in die regerende party lei. Dieselfde party wat n absolute meerderheid in die wetgewende gesag het, beheer ook die ampte in die uitvoerende gesag. Die opposisie word op hierdie wyse van n substantiewe deelname aan die regeerproses uitgesluit. In die gedeelte oor alternatiewe vir Suid-Afrika word h aantal voorstelle gemaak ten einde die inklusiwiteit van die politieke stelsel te verhoog.

(c) Die uitvoerende gesag se dominerende van die staande komitees

Staande komitees reflekteer die sterkte van die politieke partye in die parlement en is teoreties n goeie kontrolemiddel en n verdere wig en teenwig in die stelsel. In die praktyk laat die staande komitees (gewoonlik senior lede van die regerende party) ook hul sterk invloed op grond van hul dubbele lidmaatskap geld. Die staande komitees vervul n uiters belangrike funksie in die funksionering van die parlement. Daar is h

staande komitee vir elke kabinetsportefeulje, waarvan die betrokke minister die voorsittende beampte is. Komitees kry bykomend opdrag om namens die parlement ondersoek in te stel, getuienis in te win, verslag daaroor te lewer en ook om as kontrolemeganisme toesig oor die optrede van die regering te hou (Rautenbach & Malherbe, 2004:148).

Die staande komitees is egter in meeste gevalle n blote verlengstuk van die magsposisie van die meerderheidsparty in die wetgewende instelling. Lede van die uitvoerende gesag het sitting op die komitees op grond van hul lidmaatskap aan albei instellings en domineer die komitees in die praktyk.

n Voorbeeld van die uitvoerende gesag wat sy oorheersing in staande komitees gebruik het, is die wyse waarop dié komitee die Openbare Beskermer se verslag oor PetroNet hanteer het. Die opposisiepartye en die media het heelwat kritiek oor PetroNet se beweerde gebruik van belastinggeld uitgespreek wat na bewering uiteindelik vir die regerende ANC-party se verkiesing aangewend is. Die Openbare Beskermer het n hoogs kontroversiële verslag hieroor uitgereik wat vir die media en die opposisiepartye onaanvaarbaar was. Die regerende party se uitvoerendegesagslede in die Komitee vir Minerale en Energiesake het egter eenvoudig hul meerderheid in dié portefeuljekomitee gebruik om die verslag te aanvaar (*Mail & Guardian*, 2-8 September 2005).

Soos Devenish (2003:89) korrek in dié verband aandui, is dit n duidelike geval van die inmenging van die uitvoerende gesag in die werksaamhede van die wetgewende gesag. Hierdie aspek staan lynreg teenoor die basiese aannames van die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag. Devenish wys op die gevaar wanneer die tradisioneel neutrale, onpartydige komitees n blote instrument in die hande van die uitvoerende gesag word en die onafhanklikheid van n belangrike komitee(s) in die wetgewende gesag hierdeur ondermyn kan word.

(d) Behoud van die oorvleueling tussen die uitvoerende en wetgewende gesag?

Die standpunt wat deurlopend in die voorafgaande bespreking ingeneem is, is dat die uitvoerende gesag om n spesifieke rede in die wetgewende gesag sitting het. Die beweegrede vir hierdie oorvleueling is daarop gemik om n verantwoordelike regering deur n stelsel van wigte en teenwigte te skep. Kollektiewe en individuele ministeriële verantwoordings in die wetgewende gesag lê immers die parlementêre stelsel ten grondslag.

Indien die wigte en teenwigte egter nie suksesvol toegepas word nie omdat die

teenwoordigheid van die uitvoerende gesag dit verhinder, behoort die gedeeltelike vermenging beëindig te word. In so 'n geval val die grondrede vir die oorvleueling dan weg en is 'n groter skeiding tussen die wetgewende en uitvoerende gesag 'n meer aanvaarbare opsie.

Dit is ten slotte duidelik uit die voorafgaande bespreking dat die gedeeltelike samesmelting van die uitvoerende en die wetgewende gesag in 'n parlementêre stelsel ooglopend 'n oorskryding van die basiese uitgangspunte van die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag is. Soos in hierdie proefskrif aangedui is, word daar aanvaar dat 'n mate van oorvleueling tussen die uitvoerende en die wetgewende gesag kan en wel sal plaasvind. Die impak van moderne regering maak dit 'n onafwendbare gevolg van 'n vinnige en dinamiese regeerproses. Die standpunt wat egter in die vorige afdeling gehandhaaf is, is dat die gedeeltelike vermenging van die uitvoerende en die wetgewende gesag nie aan die beoogde doelstelling van verantwoording voldoen nie. Indien die parlementêre stelsel gesag konsentreer en dit nie versprei nie, voldoen dié stelsel nie aan die filosofiese vertrekpunte van die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte nie. Indien die beweegrede vir die oorvleueling nie meer bestaan nie, is die noodwendige gevolg dat die oorvleueling ook behoort weg te val.

Die bespreking het hoofsaaklik na die parlementêre stelsel verwys bloot omdat Suid-Afrika dié stelsel geïmplementeer het. Dit opper noodwendig die vraag of die presidensiële stelsel in Suid-Afrika gesag beter sou geskei het.

Die presidensiële stelsel word egter nie as 'n "beter" stelsel as die parlementêre stelsel voorgehou nie. Die standpunt wat in die proefskrif gehandhaaf is, is dat daar wel 'n potensiële gevaar vir die konsentrasie van mag en gesag in 'n parlementêre stelsel bestaan. Die presidensiële stelsel skei die uitvoerende en wetgewende gesag teoreties struktureel en funksioneel en skep die moontlikheid dat die twee liggame deur verskillende politieke partye beheer kan word. In die parlementêre stelsel bestaan daar nie so 'n moontlikheid nie en word gesag onnodig gesentraliseer.

Die praktiese realiteit in Suid-Afrika is egter dat die regerende party *de facto* as 'n eenpartystaat funksioneer. Die moontlikheid dat die twee instellings, die uitvoerende en wetgewende gesag, deur twee verskillende politieke partye beheer kan word, is minimaal. Die sterker uitvoerende posisie van die president in 'n presidensiële stelsel in Suid-Afrika kan daarom eerder negatief as positief op die skeiding van owerheidsgesag inwerk.

(ii) Verhouding tussen die regsprekende gesag en die uitvoerende/wetgewende gesag (1996-Grondwet)

In die verhouding tussen die drie instellings, naamlik die regsprekende, uitvoerende en wetgewende gesag, is die onafhanklike posisie van die regsprekende gesag teenoor die uitvoerende en die wetgewende gesag duidelik versterkend ten opsigte van die beginsel van die skeiding van owerheidsgeag. Soos in hoofstuk 5 beskryf is, het die regsprekende gesag onder die vorige Grondwette institusioneel wel in n mate onafhanklik van die uitvoerende gesag gestaan. Die heersende uitgangspunt was egter dat dit sy funksie was om wet te vertolk en nie om wet te skep nie (Burns, 2003:269). Die regsprekende gesag het nie oor substantiewe toetsingsmagte beskik nie en kon daarom nie n sterk(er) institusionele posisie teenoor die uitvoerende en wetgewende gesag inneem nie. Die howe (regsprekende gesag) is gevolglik daarvan beskuldig dat hulle h "executive-minded" benadering gevolg het, eerder om as die beskermers van individuele regte op te tree deur wetgewing in die lig van die gemene reg te vertolk (Burns, 2003:269; Dugard in Faure & Kriek, 1982:320).

Die 1993- en 1996-Grondwet het egter vir h konstitusionele revolusie gesorg deur nie alleen die oppermagtigheid van die Grondwet te vestig nie, maar ook die howe met substantiewe toetsingsbevoegdheid te beklee. Artikel 2 van die 1996-Grondwet bepaal dat die Konstitusionele Hof met eksklusiewe bevoegdhede oor grondwetlike sake (artikel 166(a) en 167(3)(a)) as beskermers van die Grondwet optree. Die Konstitusionele Hof kan daarom enige aksie, beleid of wetgewing wat teenstrydig met die Grondwet is, ongeldig verklaar.

Soos Burns (2003:270) aantoon en soos deurlopend in hoofstuk 7 en 8 na regspraak verwys is, sal die howe in die algemeen nie met die beleidsfunksies van die administrasie (uitvoerende gesag) inmeng nie. Die verwysing wat dikwels in hierdie verband gebruik word, is dat h hof nie sy mening as plaasvervanger vir die uitvoerende gesag se beleid sal aanbied nie. Indien dit bevind sou word dat die uitvoerende gesag se beleid ongeldig, onredelik of foutief is, sal die beleid eerder vir heroorweging of korrigering na die betrokke instelling terugverwys word.

Artikel 165 ken die regsprekende funksie aan die howe toe en groot klem word in die Grondwet op die onafhanklike posisie van die howe geplaas. Enkele voorbeelde kom wel voor waarin regsfunksies toegeken word aan tribunale soos die Kommissie vir Konsiliasie, Mediasie en Arbitrasie, wat kragtens die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 geskep is. (Hierdie ontwikkeling is deel van die verdere ontwikkeling van die moderne staat wat in n latere onderafdeling bespreek sal word.)

Uit die aangehaalde hofbeslissings (hoofstuk 6-8) is dit duidelik dat die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag in n groot mate in die skeiding tussen die regsprekende gesag en die wetgewende en uitvoerende gesag neerslag gevind het.

Die Konstitusionele Hof het sy erns met die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag in n verskeidenheid van hofsake te kenne gegee. In die Sertifiseringszaak het die Konstitusionele Hof beslis dat die 1996-Grondwet wel aan konstitusionele beginsel VI voldoen het, wat bepaal het dat daar n skeiding van magte tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende instellings moes wees (paragraaf 111). Die Konstitusionele Hof het ook aangedui dat die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte nie n vaste, onbuigsame konstitusionele doktrine is nie, maar dat dié beginsel in verskeie vorme uitdrukking mag vind. Die Konstitusionele Hof het met dié beslissing n buigsamer vertolking van die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte gegee.

Die Konstitusionele Hof het met dié uitspraak n aanvangsbasis vir die funksionering van die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte in Suid-Afrika geskep. Dié uitspraak in die Sertifiseringszaak het n buigsame benadering gevolg wat voorsiening daarvoor gemaak het dat die parlementêre stelsel, met n gemengde uitvoerende en wetgewende gesag, ook aan die gestelde standaard kon voldoen. Die uitspraak is n duidelike beweging weg van die klassieke voorvereiste dat daar n duidelike strukturele en funksionele skeiding tussen instellings en personeel moes plaasvind.

Dit is duidelik uit regspraak dat die aanvaarding van die graad van skeiding van owerheidsmagte in die 1996-Grondwet tussen twee parameters beweeg het. Die eerste is n effens minder rigiede algemene aanvaarding dat die 1996-Grondwet wel aan die konstitusionele vereiste voldoen (soos in die Sertifiseringszaak). Die tweede parameter is n effens meer rigiede vereiste, soos in *De Lange v Smuts NO and Others supra* toegepas is. Die twee sienings is nie teenstrydig nie en kom slegs op n verskil in graad neer.

In *De Lange v Smuts NO and Others supra* het dit oor n lid van die uitvoerende gesag gehandel wat tydens n krediteurevergadering as regsbeampte waargeneem het. In dié saak is aangevoer dat die handeling n oorskryding van die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag was. Die Konstitusionele Hof het in sy uitspraak n duidelike voorkeur vir n sterk onbuigsame en formele benadering tot die skeiding van owerheidsgesag getoon (Currie & De Waal, 2001:109). Volgens Ackermann R se uitspraak het die funksie wat die voorsittende beampte in dié saak uitgevoer het, binne die magte en pligte van die regsprekende gesag geval en kon dit nie deur dié amptenaar uitgevoer word nie (paragraaf 57).

Dié rigiede benadering is egter in die uitspraak in *South African Association of Personal Injury Lawyers v Heath and Others supra* deur n buigsamer benadering tot die skeiding van owerheidsmagte opgevolg (sien die bespreking in hoofstuk 6).

Regterlike hersiening en die toetsing van beleid, soos in die bespreekte sake (hoofstuk 8) aangetoon is, het duidelik gewys dat die skeiding tussen die regsprekende en uitvoerende gesag deeglik in die Suid-Afrikaanse regspraak veranker is.

Die problematiek van die gedeeltelike samesmelting wat tussen die uitvoerende en die wetgewende gesag voorkom, is die aspek wat die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag die sterkste frustreer. Indien die situasie prakties voorgestel word, is dit basies die onderskeid wat tussen die politiek en die reg getref kan word. Die twee verkose instellings, die uitvoerende en wetgewende gesag, verteenwoordig die politieke aspek van die politieke stelsel, terwyl die regsprekende gesag die objektiewe waardes van die reg verteenwoordig. Tussen die politieke dimensie en die objektiewe regsdimensie is daar voldoende skeiding in die praktiese Suid-Afrikaanse politiek, maar nie tussen die uitvoerende en wetgewende gesag nie. Dit gebeur wel dat die howe soms die politieke arena betree, soos in hoofstuk 7 en 8 uitgewys. Hierdie optrede, wat deel van die substantiewe hersieningsbevoegdheid van die regsprekende gesag vorm, is deel van die nuwe konstitusionele bedeling. Dié “betreding” word deur die objektiewe waardes van die regsprekende gesag versag, soos dit in die oppermagtige Grondwet weerspieël word.

9.4 ALTERNATIEWE VIR DIE SUID-AFRIKAANSE PARLEMENTÊRE STELSEL?

9.4.1 Inleidende gedagtes

Die Suid-Afrikaanse parlementêre stelsel van die demokratiese tydperk (soos deur die 1993- en 1996-Grondwet verteenwoordig) verskil in een belangrike opsig van die voordemokratiese Grondwette van 1909, 1961 en 1983. Die 1993- en 1996-Grondwet het h oppermagtige grondwet en n onafhanklike regsprekende gesag gevestig wat met substantiewe toetsingbevoegdheid bekleed is. Hierdie konstitusionele kenmerk het h duidelike skeidslyn tussen die reg (regsprekende gesag) en die politiek (uitvoerende en wetgewende gesag) getrek. Die oppermagtige Grondwet en die howe wat met substantiewe toetsingsreg bekleed is, is die positiefste konstitusionele ontwikkeling wat in dekades in Suid-Afrika plaasgevind het. Die insluiting van dié konstitusionele kenmerke het ongetwyfeld struktureel en funksioneel tot die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag bygedra.

Die groter onafhanklike status van die regsprekende gesag wat met substantiewe toetsingbevoegdheid bekleed is, beteken egter dat daar wel meer oorvleueling kan plaasvind. Dit is as gevolg van die feit dat die regsprekende gesag potensieel die uitvoerende gesag se uitvoering van beleid aan die hand van die Grondwet kan toets.

Die behoud van 'n parlementêre stelsel met voortgesette gedeeltelike samesmelting tussen die uitvoerende en wetgewende gesag het egter duidelik 'n negatiewe impak op 'n sterk skeiding van owerheidsgesag. Die oogmerk om dié gedeeltelike vermenging as deel van 'n stelsel van wigte en teenwigte toe te laat, word grootliks deur dominansie van die uitvoerende gesag gefrustreer.

In 'n parlementêre stelsel waarin die regerende party 'n groot meerderheid het, kan die regeringsleier beide die wetgewende en uitvoerende gesag beheer. Die regerende party kan ook kleiner opposisiepartye willens en wetens van 'n sinvolle deelname aan die regeerproses uitsluit. 'n Westminster-parlementêre stelsel funksioneer alleen doeltreffend indien daar 'n sterk opposisie is en daar 'n realistiese kans bestaan dat die opposisie die nuwe regering in die volgende verkiesing kan vorm. Die Westminster-parlementêre stelsel is histories fundamenteel in dié kernidee veranker dat 'n geïnstusionaliseerde opposisie die regering op sy plek sal kan hou.

In Suid-Afrika toon die politieke geskiedenis onteenseglik dat enkelpartydominansie en voortvloeiend daaruit, 'n de facto-eenpartystaat, 'n historiese werklikheid is. In Suidelike Afrika is enkelpartydominansie in 'n de facto-eenpartystaat stewig gevestig en die prognose is dat die tendens vir dekades sal voortduur. In die voormalige Rhodesië het die Rhodesian Front vanaf 1962 tot 1978 en die ZANU (PF)-party vanaf 1980 tot die hede gedomineer sonder dat die opposisie in staat was om 'n bedreiging vir dié dominansie te wees (Smith, 2000:105). In Suid-Afrika het die Nasionale Party vanaf 1914 tot 1994 die partypolitieke toneel oorheers (daar was 'n kort samesmeltingsperiode met die Verenigde Party van 1943 tot 1948) en na demokratisering word die tendens deur die African National Congress (ANC) voortgesit. In die 2004-verkiesing het die regerende party weer meer as twee derdes van die uitgebragte stemme op hom verenig, terwyl steun vir die opposisiepartye steeds afneem.

Soos genoem, toon die politieke geskiedenis van Suid-Afrika onteenseglik dat voortdurende enkelpartydominansie 'n politieke werklikheid is. In die proses word die invloed van kleiner politieke partye negeer. Die politieke party wat die meerderheid tydens die algemene verkiesing behaal, is noodwendig die meerderheidsparty in die wetgewende gesag. Die wetgewende gesag verkies uit eie geledere die hoof van die regering, wat dan die taak het om die kabinet (hoofsaaklik uit lede van die regerende party) saam te stel. Op dié wyse word die kleiner opposisiepartye uitgesluit, wat die persepsie van hul oneffektiwiteit skep en hul steun aantas.

9.4.2 Alternatiewe vir Suid-Afrika

Die bespreking en voorstelle wat in hierdie onderafdeling en in afdeling 9.5 en 9.6 volg,

bevat aspekte van die beginsel van die skeiding van owerheidsgmagte, asook die wyses waarop gesag institusioneel verdeel kan word om te verhoed dat gesag te gekonsentreer raak. Die skeiding van owerheidsgesag in al sy verskillende permutasies is deel van die ondersoekveld van die studie en groot gedeeltes van afdeling 9.4 en 9.5 vorm deel van die moderne ontwikkelinge op hierdie gebied. Die invloed daarvan op die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte is van groot belang.

Indien h parlementêre regeringstelsel nie n bevredigende oplossing vir Suid-Afrika se politieke realiteite bied nie, watter alternatiewe is beskikbaar om gesag doeltreffend te desentraliseer? Die antwoord is nie om eenvoudig die parlementêre deur n presidensiële stelsel te vervang nie. Die presidensiële stelsel sal nie noodwendig die probleme oplos nie; dit sal die probleem van enkelpartoorheersing net op n ander wyse institutionaliseer.

Die antwoord is daarom steeds in hoofsaak in die basiese vertrekpunte van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgmagte geleë. Indien die probleem van die parlementêre stelsel die oorkonsentrasie van gesag is, behoort daar vir h sterker skeiding tussen owerheidsinstellings in die huidige stelsel voorsiening gemaak te word.

(a) Is h presidensiële stelsel n beter oplossing vir Suid-Afrika?

In die voorafgaande gedeeltes is daar krities na die parlementêre stelsel in Suid-Afrika gekyk. Die kwessie van die verstrengelde uitvoerende en wetgewende gesag is as een van die probleemareas vir die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag uitgewys.

Hierdie analitiese bespreking veronderstel nie dat die presidensiële stelsel noodwendig ing vir die sentralisasie van gesag in Suid -Afrika sou bied nie. In die teorie blyk dit dat die presidensiële stelsel gesag wel sterker versprei as wat dit die geval in n parlementêre stelsel is. In die bespreking van die presidensiële stelsel in die VSA was dit duidelik dat gesag in n presidensiële stelsel met n sterk tweepartyregering beter gedentraliseer word as in n parlementêre stelsel wat deur n enkelparty gedomineer word. In hoofstuk 4 is die opmerking reeds gemaak dat die VSA se presidensiële stelsel een is wat bewonder moet word, maar nie nageboots moet word nie. Die frustrasies wat Brasilië met h presidensiële stelsel ondervind het, toon die potensiele slaggate van die stelsel. Dit is duidelik dat, indien die president met n verbrokkelde wetgewende gesag moet saamwerk of nie oor n sterk party in die wetgewende gesag beskik nie, dit ook tot frustrasies kan lei. Die gevaar is dat die president gefrustreerd sal raak en grondwetlike of selfs ongrondwetlike pogings sal aanwend om deur die knelpunt te breek.

In Suid-Afrika is die praktiese situasie dat h dominerende eenpartystelsel in die

praktiese politieke kultuur gevestig is. In die Presidensiële stelsel bied wel die potensiaal dat die uitvoerende en die wetgewende gesag deur twee verskillende politieke partye beheer kan word, maar alleen indien 'n tweepartystelsel sterk gevestig is en die *potensiaal bestaan dat die een party n meerderheid in een van die twee verkiesings vir n uitvoerende president of n wetgewende gesag kan behaal.*

Die moontlikheid dat dieselfde politieke party albei instellings in Suid-Afrika kan beheer, is egter baie sterk. Die voordeel wat die presidensiële stelsel potensieel inhou, word dus op hierdie wyse genegeer.

In die bespreking in onderafdeling 4.9 (ii) is aangedui dat ontluikende demokrasieë die presidensiële stelsel verkies, hoofsaaklik omdat dié stelsel sterker uitvoerende gesag vestig. Gedurende die proses van demokratiese konsolidasie verskuif die klem egter dan geleidelik vanaf die presidensiële na 'n semipresidensiële en uiteindelik na die parlementêre stelsel. Die rede hiervoor is, soos in die genoemde bespreking aangedui, dat die parlementêre stelsel 'n groter mate van stabiliteit in vestigende demokrasieë bied, wat die stelsel meer aanneemlik maak. Dit blyk gevolglik dat dit in die belang van stabiliteit en kontinuïteit in Suid-Afrika is dat die parlementêre stelsel met sekere wysigings en voorwaardes behou word.

In die bespreking in hoofstuk 4 is daar na voordele van die beperkte (*constrained*) parlementêre stelsel in Japan en Suid-Afrika verwys. In die geheel beskou, blyk die beperkte parlementêre stelsel die toepaslike stelsel vir die unieke staatkundige en politieke situasie in Suid-Afrika te wees. (Sien die bespreking oor die rol van die regsprekende gesag om as konstitusionele waghond op te tree en die regering konstitusioneel tot orde te roep in hoofstuk 4, 7 en 8.)

Die beperkte parlementêre stelsel veronderstel dat die verstrengelde uitvoerende en wetgewende gesag konstitusioneel binne grondwetlike perke gehou word deur 'n sterk regsprekende gesag wat oor die bevoegdheid van regterlike hersiening beskik. Dit veronderstel dat die potensiele magsoorskrydings van die uitvoerende gesag deur die regsprekende gesag aan bande gelê kan word. (Dié aspek is met verwysing na Suid-Afrika reeds volledig in die vorige hoofstukke uitgelig.)

Met betrekking tot die rol van die regsprekende gesag in 'n beperkte parlementêre stelsel is dit egter belangrik dat twee aspekte deeglik in die oog gehou word.

(i) Soos Malan (2006:43) daarop wys, beskik die regsprekende gesag inderdaad oor die grondwetlike bevoegdheid om die regering tot orde te roep. Die hof beskik egter nie oor die bevoegdheid om die hofbevele af te dwing nie. Die regsprekende gesag is afhanklikheid van die uitvoerende gesag se

“gewilligheid” om dié bevel te gehoorsaam. Die regsprekende gesag beskik nie oor h “eie polisiemag” om dit self te doen nie. Die regsprekende gesag is juis van die onderskraging van veral die uitvoerende gesag afhanklik om sy rol voldoende te vervul. Die uitvoerende gesag se “gewilligheid” is onontbeerlik om die balans in die stelsel te behou.

Malan (2006:43) beklemtoon ook dat die regbank regsprekende selfbeheersing (*judicial restraint*) aan die dag moet lê. Die regsprekende gesag is nie verkose nie en kan nie sonder meer die meerderheidswil frustreer nie. In die proses kan die regsprekende gesag hul legitimiteit inboet en die ondersteuning van die wetgewende en die uitvoerende gesag verbeur.

(ii) Die gebrek aan ondersteuning van die wetgewende en die uitvoerende gesag teenoor die regsprekende gesag kan dit egter in die aftakeling van die onafhanklike status van die regsprekende gesag manifesteer. In dié erodering van die status van die regsprekende gesag kan dié instelling uiteindelik sy bevoegdheid verloor om die regering doeltreffend tot orde te roep.

In Suid-Afrika is reeds h poging aangewend om die regsprekende gesag te hervorm, wat ingrypende implikasies vir die status van die regbank sal hê. Die Departement van Justisie het kommentaar op n Veertiende Wysigingswetsontwerp van die Grondwet aangevra. Die amendemente is later vir verdere verfyning onttrek, want in die oorspronklike formaat sou dit n direkte impak op Suid-Afrika as regstaat gehad het.

Kortliks is van die ingrypendste voorstelle van die amendemente dat artikel 165 uitgebrei word met subartikel (6) en (7), wat effektief administratiewe aangeleenthede van die regsprekende na die uitvoerende gesag sou oorplaas. Hierdie verskuiwing van administratiewe verantwoordelikhede sou onder andere die potensiaal inhou dat n uitvoerende amptenaar en nie die Regter-president sake na regters kon allokeer.

Die voorgestelde wysigings aan artikel 167 sou die status van die Konstitusionele Hof negatief aangetas het deur die Hof van sy spesialisstatus te ontnem. Die voorgestelde byvoeging van (b)(ii) by artikel 167 sou beteken dat die Konstitusionele Hof oor enige ander saak sou kon uitspraak lewer op grond daarvan dat dit in die belang van regspraak sou wees. Hierdeur sou die spesialisstatus van die Konstitusionele Hof geërodeer word na dié van n “algemene” hoogste hof. Die Konstitusionele Hof se bevoegdheid om hom eksklusief op grondwetlike sake toe te spits, sou in h groot mate verminder word.

Die voorgestelde wysiging aan artikel 172(3) sou die regbank se bevoegdheid om oor die regsgeldigheid van parlementêre wette uitspraak te lewer, ingrypend aangetas het. Dié wysiging sou die legaliteitsbeginsel ondermyn het deurdat dit nie moontlik sou wees om die legaliteit van n wet te toets voordat dit van krag word nie.

Die voortgesette funksionering van die beperkte parlementêre stelsel in Suid-Afrika is van groot belang, maar dit is belangrik dat die regsprekende gesag sy status behou. Daar kan ook deur middel van verhoogde inklusiwiteit verseker word dat gesag beter tussen die belangegroepe versprei word. Hierdie aspek word in n verdere onderafdeling bespreek.

(b) Geografiese desentralisasie: kan dit institusionele magsentralisasie komplementeer?

In Suid-Afrika is n inklusiewe demokrasie en verhoogde vlakke van konstitusionalisme moontlik indien gesag sterker geografies gediversifiseer kan word (in hoër vlakke van segmentele outonomie) en indien gesag horisontaal *doeltreffender* tussen die onderskeie owerheidsinstellings versprei kan word. In segmentele, outonome, geografiese eenhede kan die vlakke van konstitusionalisme deur grondwetlike waarborge vir minderheidsregte sterker uitgebou word. Geografiese desentralisasie kan institusionele magsentralisasie komplementeer, hoofsaaklik omdat dit gesag geografies verbrokkel. Dit bied die potensiaal om gesag in die verskillende segmente te versprei. Die parlementêre stelsel word dus behou, maar gesag word meer effektief versprei.

Dié uitgangspunt stem breedweg met die basiese uitgangspunte van Klüg (2000:24) ooreen, wat ook vir die sterker skeiding van owerheidsgesag en die uitbou van konstitusionalisme voorsiening maak. Klüg (2000:24) stel drie “waardes” of eerder “meganismes” voor, wat die probleem van gesag en die oorskryding daarvan kan aanpak en beperk;

(i) federalisme

(ii) die (sterker) skeiding van owerheidsmagte tussen die verskillende owerheidsinstellings (die trias politica-beginsel)

(iii) grondwetlike regte

Al drie die meganismes betrek verskillende aspekte om die oorskryding van gesag teen te werk: die *allokering* van gesag (geografiese verspreiding), die *toepassing* van gesag (gediversifiseerde aanwending van gesag soos in die skeiding van owerheidsgesag) en die *beperking* van gesag (beperking wat sterker in n oppermagtige grondwet ingebou is.)

In Suid-Afrika behoort die huidige staatkundige geografiese sentralisasie en die parlementêre regeringstelsel heroorweeg te word. 'n Alternatief vir Suid-Afrika se gesentraliseerde unie en die huidige parlementêre stelsel behoort daarom sterk op drie beginsels herkonstrueer te word:

(1) Voorsiening vir hoë vlakke van geografiese segmentele outonomie, nie noodwendig in die vorm van 'n federasie nie, maar eerder as 'n gedesentraliseerde unie.

Die eenhede binne die gedesentraliseerde unie moet oor groter politieke seggenskap beskik sodat sterk sentrale beheer verminder kan word. Die sentrale regering behoort net sake van gemeenskaplike belang, soos verdediging en die nasionale ekonomie, te beheer. (Dié desentralisering verskil wesenlik van die beginsels van die trias politica- leerstuk.) In sekere van die eenhede kan 'n ander politieke groepering as die regerende party dalk die gesag uitoefen en oor mag oor plaaslike sake beskik.

(2) 'n Sterker strukturele en funksionele skeiding tussen die uitvoerende en wetgewende gesag.

(3) 'n Konsosiatiewe stelsel wat voorsiening daarvoor maak dat kleiner opposisiepartye konstruktief in die uitvoerende en wetgewende gesag ingesluit kan word. Dié meganisme het met die toepassing van gesag in 'n inklusiewe demokrasie te doen. 'n Kiesstelsel soos die huidige proporsionele stelsel sal die sterkte van partye beter reflekteer as byvoorbeeld die enkellidstelsel wat in Brittanje gebruik word.

Die 1996-Grondwet maak nie vir 'n inklusiewe regeringstelsel voorsiening nie. Verally die toepassing van die beginsels van 'n konsosiatiewe demokratiese stelsel is grootliks afwesig in die huidige regeringstelsel.

Die gebruik en toepassing van 'n proporsionele kiesstelsel in Suid-Afrika moet sterk gesteun word. Soos reeds in die bespreking van die proporsionele kiesstelsel uitgewys, is een van die voordele dat dit, anders as die enkellidkiesstelsel, die geleentheid bied aan kleiner politieke partye om ook verteenwoordiging in die wetgewende gesag te verkry.

In die meeste parlementêre regeringstelsels word 'n enkellidkiesstelsel gebruik wat tot hoofsaaklik twee groot politieke partye aanleiding gee. Dit was dekades lank die geval in Suid-Afrika in die era voor 1994. In Brittanje en in ander parlementêre stelsels word die politieke toneel ook reeds vir dekades deur twee groot politieke partye oorheers wat mekaar beurtelings vervang. Die proporsionele kiesstelsel bied aan kleiner partye die

geleentheid om ook hul saak in die wetgewende gesag te stel. Op dié wyse sou die Vryheidsfront, die Pan Africanist Congress (PAC) en selfs die Federalist Party ook enkele verteenwoordigers in die Wetgewende Vergadering kon verkry.

Soos egter in afdeling 9.3.2 uitgewys, is die afstanddoening van die Regering van Nasionale Eenheid die groot oorsaak dat die voordele van die proporsionele verteenwoordiging gekanselleer word. Die teenwoordigheid van lede van kleiner opposisiepartye in die Wetgewende Vergadering is duidelik n belangrike stap vir inklusiwiteit. In die bespreking in die hoofstuk oor die erodering van die status van die wetgewende gesag is daarop gewys dat politieke partye, selfs die amptelike opposisie, se impak in die Wetgewende Vergadering beperk is. Die meer as 400 lede ignoreer in baie gevalle die “stem” van die klein partye en die invloed van daardie partye gaan eenvoudig verlore.

Daar is werklik net een wyse waarop die proporsionele kiesstelsel betekenisvol aangewend kan word en dit is om die verteenwoordiging van die kleiner partye tot op kabinetvlak deur te trek. Die huidige verteenwoordiging in die wetgewende gesag het nie die nodige impak nie. Enige party wat steun bokant n sekere drumpel in die verkiesing verwerf, byvoorbeeld bo 5%, behoort een lid in die sentrale kabinet te hê. n Opposisieparty wat ongeveer 20% steun in die verkiesing verower het, kan dan vier lede in die sentrale kabinet hê.

Deur n verdere meganisme in te voer, kan die leier van die meerderheidsparty konstitusioneel verhinder word om opposisielede in die kabinet eenvoudig te ignoreer. Die instelling van n minderheidsveto in die kabinet, veral wanneer dit oor die kulturele en ander minderheidsregte handel, kan die president dwing om eers voldoende konsensus met die volle kabinet te bereik voordat beleid aangekondig word. Op hierdie wyse kan lede van minderheidspartye op n praktiese en simboliese vlak voel dat hulle inderdaad deel van die regering is. Sodoende kan n ware konsosiatiewe staat geskep word wat dit werklik n inklusiewe vorm van regering maak.

Tans is dit nie die geval nie en word die indruk geskep dat minderheidspartye in n groot mate uit die stelsel uitgesluit word.

Devenish (1998:149) verwys in hierdie opsig soos volg na die 1996-Grondwet:

“The absence of an institutionalised coalition government in the 1996 Constitution evinces a politically notable and symptomatic shift to majoritarian rule in an adversial context.”

Devenish verwys na die 1993-Grondwet, wat wel vir n koalisie of konsosiatiewe veelparty-instelling voorsiening gemaak het. Hy is egter van mening dat dié Grondwet sy doel tydens die proses van transformasie na n parlementêre regeringstelsel gedien het.

In 1996, toe daar van die Regering van Nasionale Eenheid afstand gedoen is, is die proses van demokratiese konsolidasie duidelik nie voltooi nie. Demokratiese konsolidasie in h diep verdeelde samelewing met n groot kulturele diversiteit (soos in Suid-Afrika), is h proses wat dekades of selfs langer kan duur. Dit is veral in h vestigingsdemokrasie belangrik dat daar eers n gemeenskaplike politieke kultuur geskep word. Dit is h proses wat nie in een ampstermyn kan plaasvind nie. Die 1993-Grondwet, of h struktureel-funksionele variasie daarvan wat op konsosiatiewe demokrasie gebou is, moes gevolglik vir h voortgesette tydperk van krag gebly het. In h verdeelde en diverse samelewing is n gesentraliseerde parlementêre stelsel waarin daar struktureel en funksioneel nie vir n skeiding tussen die wetgewende en uitvoerende gesag voorsiening gemaak word nie, nie die oplossing nie. Dit is van kardinale belang dat alle minderheidsgroepe konstruktiewe deelname aan die regeerproses gegun word. Die vervreemding van die opposisie (minderheidsgroepe) in h regeringstelsel waarin die meerderheid tot uitsluiting van die minderheidsgroepe domineer, sal die proses van nasiebou in h groot mate strem.

Die politieke kultuurverskille tussen die regerende party en die opposisie is h wesentliche strydpunt in die Suid-Afrikaanse politiek. Die opposisie se styl, wat uit die Westerse tradisie van lojale opposisie (*loyal opposition*) spruit, word deur die regerende party as destruktief beskou. Die styl en die gepaardgaande reaksie van die regering op kritiek, beteken dat konstruktiewe deelname nie moontlik is nie. Die regeerproses is derhalwe nie inklusief nie. In die Afrika-politiek is die idee van h regering van nasionale eenheid sterk met die klem wat op konsensus geplaas word. Die enigste wyse waarop die groepe daarom inklusief sal saamwerk, is deur konstitusionele "dwang".

Die tussentydse 1993-Grondwet het wel vir h geïnstitusioneerde koalisie of n konsosiatiewe demokrasie voorsiening gemaak (artikel 88). Die 1993-Grondwet, wat volledig in hoofstuk 4 bespreek is, het vir die Regering van Nasionale Eenheid voorsiening gemaak waarin opposisiepartye vanaf die provinsiale vlak (artikel 149) tot op die vlak van adjunkpresident verteenwoordiging verkry het.

Met die oog op demokratiese konsolidasie in Suid-Afrika, is dit egter belangrik dat die konsosiatiewe model vir

langer as n enkele termyn in werking moet wees. Die 1996-Grondwet se dominansiemodel van parlementêre meerderheid “dwing” politici nie om konstitusioneel op n konsosiatiewe wyse vir n oplossing saam te werk nie. Dié Grondwet sentraliseer politieke mag in n hoofsaaklik twee-instellingsmodel en skei nie die uitoefening van gesag genoegsaam nie.

In Suid-Afrika word heelwat pleidooie oor die miskenning van minderheidsregte *buite* die politieke stelsel in plaas van *daarbinne* geartikuleer. Belangegroepes en drukgroepes is nie deel van die regering nie en word gefrustreer.

Gesag kan net doeltreffend in 'n ontluikende konsoliderende demokrasie geskei en verdeel word indien dit op die volgende drie konstitusionele beginsels gebou word:

- (i) Die regeringstelsel moet vir die basiese uitgangspunte van konsosiatiewe demokrasie voorsiening maak.
- (ii) Sterk(er) skeiding tussen die uitvoerende en die wetgewende gesag moet plaasvind met die behoud van die huidige sterk onafhanklike posisie van die regsprekende gesag.
- (iii) Groter segmentele geografiese verdeling in 'n staatkundige struktuur moet plaasvind. Die eenhede moet oor voldoende hulpbronne beskik om ekonomies lewensvatbaar te wees.

9.5 SKEIDING VAN OWERHEIDSGESAG: DIE ROL VAN DIE BURGERLIKE SAMELEWING

In 'n politieke stelsel is die balans tussen die owerheidsinstellings en die (burgerlike) samelewing van groot belang. Die verkryging van dié balans is onder andere van die volgende afhanklik:

- (i) strukturele outonomie van die owerheidsinstellings;
- (ii) funksionele outonomie van die owerheidsinstellings;
- (iii) 'n onderlinge kontrolerings- en balanseringsfunksie (wigte en teenwigte) wat verseker dat die owerheidsinstellings hul strukturele en funksionele outonomie behou.

In hierdie onderafdeling word na die voorgenoemde interafhanklike elemente gekyk in wisselwerking met die rol wat 'n burgerlike samelewing kan vervul om dié doeltreffende funksionering en die gewenste balans in 'n politieke stelsel in die hand te werk.

In hierdie proefskrif is deurlopend daarna verwys dat 'n verdeling van owerheidsgesag in drie onafhanklike owerheidsinstellings belangrik is om die arbitrêre uitoefening van gesag te verhoed. Die volgende belangrike aspek wat per implikasie hieruit voortvloei, is dat dié verdeling van owerheidsgesag vereis dat elkeen van die betrokke instellings sy fundamentele, primêre funksies moet *bly* uitoefen. Dit is daarom belangrik dat strukturele en funksionele inkruiping in die onderlinge outonomie van die owerheidsinstellings konstitusioneel streng beperk word.

In hierdie opsig is h onafhanklike regsprekende gesag onontbeerlik vir die skeiding van owerheidsgesag. Indien h skeiding van owerheidsgesag konstitusioneel in die Grondwet ingebou is, kan die regsprekende gesag h belangrike rol vervul ten einde dié beginsel af te dwing en om die opeising van gesag en mag te voorkom.

Dit is belangrik vir die verdeling van owerheidsgesag dat die wetgewende gesag sy primêre wetskeppende funksie bly vervul. Dié funksie moet deur die verkose verteenwoordigers van die samelewing, wat sitting in die wetgewende gesag het, uitgevoer word. Wanneer dié funksie uit die hande van die verkose verteenwoordigers geneem word (soos in die Western Cape-saak plaasgevind het) en deur die amptenary of deur h ander instelling uitgevoer word, skep dit die potensiaal om die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte te frustreer.

Die uitvoerende gesag moet sy basiese funksie verrig deur aan die wette uitvoering te gee. Voortvloeiend daaruit moet die lede van die uitvoerende gesag aan die gekose lede van die wetgewende gesag verantwoording doen vir die uitvoering van beleid. Indien die funksie nie uitgevoer word nie, is dit strydig met die basiese beginsels van die onderlinge wigte en teenwigte.

Die belangrike aspek wat in hierdie bespreking aangeraak word, is dat enige politieke stelsel wat suksesvol in sy omgewing wil funksioneer, daarop moet let dat die samestellende instellings hul basiese funksie bly verrig. Hoewel die regsprekende gesag by die uitvoerende gesag betrokke kan raak soos in hoofstuk 6 uiteengesit, is die voortgesette verrigting van die primêre funksie belangrik om die nodige ewewig in n politieke stelsel te skep.

*h Politieke stelsel kan daarom ook as h regeringstelsel omskryf word wat oor ingeboude (konstitusionele) meganismes beskik om inherente disfunksies in die stelsel **self** te korrigeer (Mlilo, 2005:11). (my vertaling en beklemtoning)*

Volgens Aristoteles is balans en stabiliteit kardinale waardes wat vir die oorlewing van enige politieke stelsel gestel word (Jackson & Jackson, 2003:22). Hierdie fundamentele waarde is in die moderne era deur Easton (1965:105) as die basis vir die oorlewing van h politieke stelsel voorgehou.

Die vraag is of balans tussen die owerheidsinstellings nie dalk belangriker is as h poging tot groter skeiding nie. Indien wigte en teenwigte behoorlik funksioneer, kan dit dalk tot minder skeiding maar tot meer balans aanleiding gee.

In die moderne staat kan die balans verder deur demokratiese interaksie wat *buite* die politieke stelsel plaasvind, versterk word. ʘ

Diversiteit van strukture en samelewingsverbande wat rondom die tradisionele owerheidsinstellings (wetgewend, uitvoerend en regsprekend) voorkom, kan die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag bykomend versterk. Hierdie strukture het die potensiaal om tot die groter verspreiding van gesag in die samelewing by te dra en die konsentrasie van gesag te verminder.

Die eerste belangrike ontwikkeling wat in hierdie verband plaasgevind het, is die instelling van addisionele liggame of strukture wat die skeiding van owerheidsgesag versterk en

konstitusionalisme uitbou (Rautenbach & Malherbe, 2004:85). Die huidige Grondwet het ʘ verskeidenheid van liggame soos die Menseregtekommissie, die Openbare Beskermer, die Ouditeur-generaal en die Verkiesingskommissie geskep, wat bykomend as waghonde dien en die skeiding van owerheidsgesag versterk. Dit is nie skeiding wat gebaseer is op die tradisionele uitgangspunte van die trias politica nie, maar eerder die uitbou van konstitusionalisme wat die owerheidsinstellings verantwoordbaar kan hou.

Die instelling van dié addisionele liggame of strukture is nie ʘ vierde vertakking of n addisionele owerheidsinstelling nie

(Rautenbach & Malherbe, 2004:85). Artikel

181(5) van die Grondwet bepaal dat dié liggame aan die parlement verslag moet

doen. Die belangrikheid van dié liggame is dat hulle toesig oor die uitvoerende gesag hou en n addisionele waghondfunksie vervul. Die

Konstitusionele Hof het in *Independent Electoral Commission v Langeberg Municipality*

2001 9 BCLR 883 (CC) groot klem op die

onafhanklikheid van dié liggame geplaas

en bevind dat hulle nie deel van die

uitvoerende gesag is nie. In baie opsigte is dié liggame slegs ʘ

n horisontale verlenging van die

tradisionele strukture wat enersyds

wetgewende, uitvoerende en regsprekende

funksies verrig, maar terselfdertyd ook die

stelsel van wigte en teenwigte versterk. Hierdie

liggame versterk dus die skeiding van owerheidsgesag op n horisontale vlak omdat

hulle funksie “tussen” die instellings plaasvind.

(Dit is egter van groot belang dat die instellings werklik kontrole uitoefen en nie blote rubberstempels word nie.)

Benewens die addisionele liggame is ʘ tweede belangrike ontwikkeling om gesag sterker te versprei en te kontroleer die daarstelling van n substantiewe burgerlike samelewing. In ʘ moderne staat vervul die burgerlike samelewing (*civil society*) toenemend ʘ groter rol om owerheidsgesag te beheer en te kontroleer.

Haynes (1997:16) beskryf die burgerlike samelewing as:

“... encompassing the collectivities of non-state organisations, interest groups and associations -- such as trade unions, professional associations, higher education students, religious bodies and the media -- which collectively help to maintain a check on power and the totalitarian tendency of the state”.

Thomson (2000:6) beskryf die burgerlike samelewing bloot as die vrywillige organisasies in n samelewing wat tussen die uitgebreide familie en die staat bestaan en volgens Fukuyama (1995:4) die staat op sy plek kan hou.

Die uitbou van demokrasie in die moderne staat veronderstel juis dat die samelewing meer by die uitoefening van gesag betrokke moet wees en ook hulp moet verleen om gesag binne aanvaarbare perke te hou.

Heywood (2000:404) verwys na die magdom omskrywings van die konsep van demokrasie, maar beklemtoon ook dat die omskrywing van demokrasie in 'n groot mate om die gedagte sentreer dat beide die openbare en die private sektor (burgerlike samelewing) 'n aandeel aan die regering moet hê. Die kern van demokrasie is egter ook sterk daarop ingestel om arbitrêre gesagsuitoefening te verhoed en te verseker dat die *geheel van die samelewing invloed op elke vlak in die publieke besluitnemingsproses uitoefen en beheer en kontrole daarvoor toepas.*

Soos Mlilo (2005:11) tereg aantoon, beteken demokrasie onder andere dat dit n proses is waaraan die kollektiewe samelewing kan deelneem en ook op elke vlak van die besluitnemingsproses beheer en kontrole kan uitoefen.

Die burgerlike samelewing se deelname aan en kontrole oor die tradisionele owerheidsinstellings (wetgewend, uitvoerend en regsprekend) kan heelwat tot die verdere skeiding van owerheidsgesag bydra. Indien die burgerlike samelewing na behore funksioneer, skep dit 'n intermediêre vlak of struktuur van “regering” tussen die individu en die staat wat konflik kan oplos en lede van die regering kan beheer en kontroleer sonder om tot geweld oor te gaan (Mlilo, 2005:11). Hierdie addisionele balanseringsrol wat die burgerlike samelewing speel, kan uiters belangrik wees ten einde die regering verantwoordelik en kontroleerbaar te hou (Haynes 1996:16). Die burgerlike samelewing funksioneer sodoende as n addisionele stelsel van wigte en teenwigte.

Die burgerlike samelewing se insette in die regeerproses is onontbeerlik vir demokratiese konsolidasie. Die betrokkenheid van die

burgerlike samelewing is belangrik vir die vestiging van n substantiewe eerder as n prosedurele demokrasie. n Substantiewe demokrasie veronderstel dat daar vir die burgerlike samelewing substantiewe deelname in die politieke stelsel is. Daarteenoor reduceer prosedurele demokrasie die burgerlike samelewing se deelname aan die regeerproses tot n besoek aan die stembus elke vyf jaar.

Demokratiese konsolidasie is n integrale deel van die demokratiseringsproses, wat nie eindig wanneer die eerste algemene verkiesing plaasvind nie. Demokratiese konsolidasie is daarom nie n geslote maar eerder n oop proses. Soos Schmitter (1995:12) daarna verwys:

“It engages different actors, behaviours, processes, values and resources.”

Schedler (1998:1-2) voer aan dat hierdie interaksie die bestaan van demokrasie verleng. Dié voortdurende aktiewe proses van burgerlike betrokkenheid in die politieke stelsel strek verby die formele vestiging van demokrasie en instellings.

Soos reeds uitgewys, is die burgerlike samelewing nie deel van die tradisionele beskouing van die trias politica nie. Dit dra egter wel by tot die vertikale verlenging en versterking van die drie tradisionele owerheidstrukture. Op dié wyse is die burgerlike samelewing deel van die moderniseringsproses wat deurlopend met konstitusionele meganismes plaasvind.

Die deelname van die burgerlike samelewing aan die regeerproses kan aan al drie owerheidsinstellings gekoppel word, wat die skeiding van owerheidsgesag op n vertikale vlak versterk. Die vertikale versterking beteken dat die regeerproses dieper in die samelewing penetreer en die effek van die skeiding van owerheidsmagte dieper binne die samelewing ervaar word:

(1) Wetgewende gesag: Die verteenwoordigers wat tydens die algemene verkiesing gekies word, moet die ware verteenwoordigers van die lede van die burgerlike samelewing wees wat hul regte en belange doelgerig nastreef. Die verkose verteenwoordigers moet op n gereelde grondslag die belange en regte van die samelewing in ag neem en aan die kiesafdeling terugrapporteer. Dit veronderstel dat daar sterk interaksie tussen die verkose verteenwoordigers en die lede van die burgerlike samelewing is. (Die proporsionele kiesstelsel in Suid-Afrika het egter die direkte koppeling tussen verkose verteenwoordiger en kiesafdeling opgehef. Die aanvaarding van die proses van die “oorloop” van lede gedurende die vensterperiode wat

geskep is, het ook ondermynend op die beginsel ingewerk. In die praktyk het dit al gebeur dat die "oorlopers" n nuwe party stig en dat n politieke party in die Volksraad sitting het sonder dat enige kieser ooit vir die betrokke party gestem het.)

In die enkellidkiesstelsel wat voor die demokratiseringsperiode in gebruik was, is daar op die nasionale vlak vir h kandidaat en n politieke party gestem. Sterk vertikale binding kon dus tussen die kandidaat en die kieser gevestig word. Sedert 1994 word daar in h proporsionele stelsel eerstens vir n party gestem en word kandidate ex post facto proporsioneel uit n prioriteitslys aangestel. Dit het al gebeur dat burgemeesterskandidate op die plaaslike vlak eers na die verkiesing aangewys word om die posisies te vul. Die vertikale verbinding tussen die kieser en die ware verteenwoordiger word sodoende opgehef.

(2) Die uitvoerende gesag moet ook aan die burgerlike samelewing verantwoording doen vir die uitvoering van beleid. Die burgerlike samelewing behoort deur middel van verkose verteenwoordigers tot verantwoording geroep te word vir die uitvoering van beleid. Die sterk vryheid van spraak is belangrik ten einde die verantwoording stewig te vestig. Die sterk rol van h onafhanklike media vervul ook n belangrike funksie om die uitvoerende gesag (en ook die ander regeringsinstellings) verantwoordbaar te hou. (Daar is reeds verwys na die gebrek aan substantiewe verantwoording.)

(3) Regsprekende gesag veronderstel dat individue toegang tot die howe het en die uitvoerende gesag deur middel van regsaksies tot verantwoording kan roep. Die individu kan ook op h indirekte wyse die wetgewer tot verantwoording roep.

Die belangrike aspek wat in hierdie bespreking beklemtoon word, is dat die skeiding van owerheidsgesag nie bloot om die struktuur en funksies van die drie owerheidsinstellings en hul strukturele skeiding sentreer nie. Die teenwoordigheid van die burgerlike samelewing in n politieke stelsel is belangrik om dié verhouding in die samelewing in te dra. Op dié wyse kan die skeiding van owerheidsgesag ook dieper in al die lae van die samelewing uitgebou word. Die burgerlike samelewing moet die regering (al drie instellings) voortdurend spreekwoordelik op sy tone hou en op deursigtige en verantwoordelike regeringsbeleid en uitvoering van beleid aandring.

Op hierdie wyse behoort die skerp skeiding tussen die regering (drie owerheidsinstellings) en die burgerlike samelewing al meer te vervaag. Die politieke stelsel

sal sodoende oor n groter vermoë beskik om sy eie foute reg te stel en balans te skep. In Suid-Afrika sal die proses tot substantiewe demokratisering lei en tot die voldoening aan die vereistes van n ontwikkelde, moderne staat. Dit sluit progressiewe en groeiende stelselontwikkeling in, soos h toename in interafhanklikheid, verhoogde interaksie tussen regering en burgerlike samelewing en h groter differensiasie van die regeerproses in die samelewing. Hierdie ontwikkeling veronderstel ook dat die regering meer gespesialiseerde aksies en gespesialiseerde vorme van organisasie in die regeerproses sal moet uitvoer (Coetzee, 2001:33).

In Suid-Afrika is die prognose vir die burgerlike samelewing in sy interaksie met al drie vertakkings van die regering positief. Dit blyk dat h diverse, substantiewe burgerlike samelewing in Suid-Afrika bestaan, wat tesame met n vrye pers bereid is om die regering verantwoordelik te hou vir sy optrede. Die invloedryke Sentrum vir Openbare Integriteit, wat in die VSA gebaseer is, doen deurlopend navorsing en verslaggewing oor openbare beleidsake in die VSA en oor die wêreld heen. Die Wêreldintegriteitsverslag van 2004 het grondig oor die stand van regeringskorrupsie en openbare integriteit in n verskeidenheid van lande verslag gedoen. Dié verslag, wat deur verskeie kundiges opgestel is, skenk onder andere aandag aan die mediadekking van korrupsie, regeringsoptrede teen korrupsie en ander gebeure, sleutelinligting en verslae van h betrokke land deur ondersoekende joernaliste, maatskaplike wetenskaplikes en ander kundiges. Die indeks meet nie korrupsie self nie, *maar eerder die teenoorgestelde van korrupsie -- die mate waarin die landsburgers (burgerlike samelewing) verseker dat die regering deursigtig en aanspreeklik is*. Die kategorieë wat beoordeel word, is die burgerlike samelewing, openbare inligting, media, verkiesings, politieke prosesse, oorsigtelike en regulerende meganismes teen korrupsie en verskeie wetsbepalings (*Beeld*: 16 September 2005).

Suid-Afrika het volgens die tabel wat die gegewens weergee, baie goed gevaar in die mate waarin die burgerlike samelewing in staat was om te verseker dat die regering deursigtig en aanspreeklik was. Op dié indeks het Suid-Afrika selfs beter as Japan gevaar en is net onder Duitsland in die "sterk" kategorie geplaas (*Beeld*: 16 September 2005).

Dit is duidelik dat die burgerlike samelewing in Suid-Afrika h betekenisvolle rol speel ter versterking van die regeringsfunksie en die balans in n politieke stelsel.

9.6 DIE SKEIDING VAN OWERHEIDSGESAG IN DIE MODERNE STAAT: h TOEKOMSPERSPEKTIEF

Dit is ten slotte paslik om na die voortgesette toepassing van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgmagte in die moderne era te kyk. Die kernvraag is of dit in die moderne

staat steeds nodig is om n leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag toe te pas.

Die feit is dat die leerstuk van die skeiding van owerheidsgesag uit die klassieke politieke geskiedenis dateer. Die historiese ontwikkeling van dié leerstuk was n lang proses waaraan verskeie filosowe soos John Locke n groot aandeel gehad het. Histories het die grootste deel van die erkenning vir die leerstuk egter aan Montesquieu gegaan, wat dié leerstuk metodies uitgebou het en in n groot mate verpopulariseer en geïnternasionaliseer het.

In die tyd van Montesquieu se formulering van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgmagte in die eerste helfte van die 18de eeu was die ontwikkelingsvlak van die Europese staat heelwat verskillend van die huidige, moderne staat (Burns, 1974:733). Gedurende die 16de en 17de eeu het dié vroeë staat in sy spreekwoordelike kinderskoene gestaan. Die Dertigjarige Oorlog en die Vrede van Wesfale, het die einde van die Heilige Romeinse Ryk beteken en daarna het sterk gesentraliseerde state vir die eerste keer hul verskyning in die internasionale arena gemaak (Jackson en Jackson, 1997:22).

Die vroeë staat was in vele opsigte onontwikkel, gesentraliseer en primitief. Mag en gesag was stewig in die hande van die monargie gesentraliseer en daar het feitlik geen konstitusionele beperkinge op die uitoefening van sy arbitrêre mag en gesag bestaan nie.

Die ontleding en begrip van die skeiding van owerheidsgmagte in die moderne era moet daarom, soos Currie en De Waal (2001:93) daarop wys, in die korrekte historiese perspektief verstaan word. Tydens die 16de en die 17de eeu toe die leerstuk van die skeiding van owerheidsgmagte sy beslag gekry het, het daar geen fundamentele menseregte of vryhede bestaan nie. Daar was ook geen burgerlike samelewing soos h vrye pers, elektroniese media en belangegroepes wat die arbitrêre optrede van die staat kon teenstaan nie.

Een van die belangrikste konstitusionele metodes wat in daardie era ontwikkel het om arbitrêre gesagsuitoefening te stuit, was om gesag te skei en dit aan verskillende persone op te dra, soos deur middel van die leerstuk van die skeiding van owerheidsgmagte.

Die moderne staat in die 21ste eeu verskil egter in vele opsigte van die vroeë onontwikkelde staat. Die huidige staat is n komplekse verskynsel en bestaan uit n politieke stelsel wat oor hoë vlakke van organisatoriese sofistikasie, modernisasie en funksionele diversiteit beskik. Die staat se regeerfunksie word deur n netwerk van gespesialiseerde en gedifferensieerde strukture en rolle in die samelewing aangevul. Grootskaalse

tegnologiese vooruitgang beteken dat die moderne staat in die era van globalisering inbeweeg het, wat individuele, eensydige, afgesonderde magsuitoefening bemoeilik. Modernisering word deur verhoogde vlakke van kennis gestimuleer wat beteken dat inligting effektiewer en vinniger verkry word. Hoër vlakke van rasionalisasie, individualisme en sekulêre waardes beteken dat die staat heelwat meer gekompliseer is as gedurende die tydperk toe Montesquieu die leerstuk van die skeiding van owerheidsgmagte geformuleer het (Coetzee, 2001:22-25; Jackson & Jackson, 1997:410).

Die ontwikkeling van 'n komplekse sosio-ekonomiese beleid, veral ten opsigte van toenemende privatisering van dienslewering, het tot die verhoogde status van private instellings aanleiding gegee. Die verhoging in status van die privaatinstellings, wat tradisionele publieke funksies langs of parallel met die openbare instelling verrig, hou heelwat betekenis in. Dié toenemende vlakke van privatisering van publieke funksies beteken dat die staat as die alleenverskaffer en alleenreguleerder van goedere en dienste in belangrikheid en status afgeneem het. Die invloed van nieregeringsorganisasies en kwasiregeringsinstellings het gesag ook meer horisontaal versprei. Die regering se monopolie op mag en gesag het sodoende in 'n mate getaan. Laswell (1937:105) se omskrywing van die regering as die instelling wat (alleen) kon besluit wie wat wanneer en op watter wyse kry, het grootliks sy relevansie begin verloor. Die moderne regering het nie meer die ongekwalfiseerde monopolie op dié funksie nie. Dat die publieke sektor bepaalde tradisionele verantwoordelikhede aan die privaatsektor afgestaan het, beteken dat dié verantwoordelikhede dus gediversifiseer word.

Sommige van die privaatinstellings wat dié funksies verrig, is blote diensverskaffers, terwyl ander weer statutêre skeppings is wat as 'n waghond teenoor die staat geposisioneer is (sien die bespreking van die burgerlike samelewing en veral die skepping van statutêre liggame soos die Openbare Beskermer en die Nasionale Verkiesingskommissie) (Currie & De Waal, 2001:93). Vir die tradisionele beskouing van die staat hou dié ontwikkeling verreikende gevolge in en die logiese gevolg is dat die sentrale posisie van die staat in ontwikkelde lande besig is om geleidelik te verander.

In dié verband word daar weer na die institusionele posisie van die wetgewende gesag verwys (sien die voorgaande bespreking). In die moderne nasiestaat word die wetgewende gesag se posisie van “onder” en van “bo” geërodeer.

(i) Erodering van “onder”

Die erodering van “onder” vind deur die funksionering van die administratiewe staat plaas. Die administratiewe staat is besig, soos reeds beskryf, om toe te laat dat die uitvoerende gesag bepaalde wetgewende funksies oorneem.

Rautenbach en Malherbe (2004:84) beskou die meer dominante rol van die uitvoerende gesag in die inisiëring, formulering en indiening van wetgewing as deel van die moderne staat. Dié outeurs huldig die standpunt dat:

1. die verskynsel nie strydig met die beginsel van die skeiding van owerheidsgesag is nie;
2. die verskynsel die skeiding tussen die uitvoerende en wetgewende gesag laat vervaag.

Daar word egter van die eerste beginsel verskil, want dit weerspreek in h mate die beginsel van die skeiding van owerheidsmagte. Die afname in die belangrikheid van die wetgewende gesag en die erodering van sy primêre funksie het n duidelike invloed op dié beginsel, en die gevolg daarvan is die groter konsentrasie van gesag in die uitvoerende gesag.

Hierdie ontwikkeling beklemtoon die vroeë standpunt dat die uitvoerende gesag as deel van die moderne ontwikkeling, veral in die parlementêre stelsel, oor meer en meer gesag beskik. In teenstelling hiermee het die status van die wetgewende gesag afgeneem en het dit die instelling met die minste mag in die verhouding tussen die drietal instellings geword. Uitvoerende besluite word in baie gevalle nie op die politieke vlak (waar die verkose verteenwoordigers is nie) geneem nie, maar eerder op die burokratiese of administratiewe vlak (Currie & De Waal, 2001:94). Dit sou meer akkuraat wees om die skeiding van owerheidsgesag in n subjektiewe sektor (h politieke organisasie soos verteenwoordig in die wetgewende en uitvoerende gesag) teenoor h objektiewe teenwig (die regsprekende gesag) te verdeel.

Die regsprekende gesag is die instelling wat met die verloop van tyd meer institusionele mag en status verkry het. Die Konstitusionele Hof het die rol as beskermers van die Grondwet (wat h wye verskeidenheid van menseregte insluit) verkry. Die regsprekende gesag, veral die Konstitusionele Hof, se rol as "agent vir transformasie" het na demokratisering ook geweldig toegeneem. (Sien veral *The impact and influence of the Constitutional Court in the formative years of democracy in South Africa* deur Penuell Maduna en *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction* deur Heinz Klüg.) Die substantiewe toetsingsbevoegdheid van hower onder die 1996-Grondwet is reeds beskryf en die bevoegdheid plaas die regsprekende gesag institusioneel in n sterk posisie teenoor die uitvoerende gesag en die wetgewer.

Die regsprekende gesag se institusionele status kan egter ook in die toekoms deur die ontwikkeling van parallelle privaatinstellings geërodeer word. Die oorlading van die hower en die tydwende litigasieproses kan beteken dat daar in die toekoms meer en meer verantwoordelikhede aan spesialistribunale oorgedra word wat semistaatsinstellings is (soos die Kommissie vir Konsillasie, Mediasie en Arbitrasie) of privaat instellings (privaat maatskappye wat in arbitrasie spesialiseer). Privaat

arbitrasie word in toenemende mate deur partye verkies, wat die tradisionele rol van die regsprekende gesag in dié opsig verminder.

Die belangrike aspek is dat die regering nie meer die monopolie op gesag in die moderne staat het nie. Gesag is minder geïnstitusioneel en word meer versprei onder n ryk verskeidenheid van instellings wat naas die tradisionele instellings staan. Hierdie ontwikkeling is die logiese gevolg van die groter spesialisasie wat n kenmerk van die ontwikkelde moderne staat is. Die tradisionele rol van die staat kan nie vir al die ontwikkelinge voorsiening maak nie. In sommige ontwikkelende lande het die invloed van megakorporasies so sterk ontwikkel dat die regering daardeur bedreig word.

(ii) Erodering van “bo”

Erodering van “bo” veronderstel dat die tradisionele nasiestaat nie meer ongekwalifiseerd oor volkome soewereiniteit in die internasionale politieke arena beskik het nie. Die toenemende globalisering het die soewereiniteit van state aan terwyl die opname van state in groter streeksorganisasies en unies, soos die Europese Unie en in n mindere mate die Afrika-unie, ook daartoe bydra. Dit beteken dat sommige tradisionele regeringsfunksies, soos dié van die regsprekende gesag, geleidelik in groter regionale eenhede geabsorbeer word wat buite die nasiestaat staan. Die struktuur en funksies van die moderne Europese staat verskil daarom in n groot mate van die situasie in die vorige eeu (McEldowney, 2002:272).

Klüg (2000:25) verwys ook na die invloed van globalisme op tradisionele owerheidsfunksies soos die regsprekende gesag:

“Similarly, with respect to the separation of powers between different branches of government and the context and application of a bill of rights, there have been significant shifts. While the separation of powers between the executive, legislature and judiciary has been premised on the unity of lawful jurisdiction within the nation-state in its strict construction, as in the United States, has given way on the one hand to the realities of the administrative state, while on the other hand, a globalised world has brought forth both a dispersal of jurisdictional authority beyond the state, as well as a fragmentation of power within the state.”

Dit is h al sterker wordende verskynsel dat die nasiestaat in groter globale eenhede opgeneem word wat “namens” die staat tradisionele funksies uitoefen. Buitelandse sake val so onder die uitvoerende gesag maar n lidland van die Europese Unie kan ervaar dat dié funksie regionaal hanteer word.

(iii) Slotperspektief

Is daar 'n toekoms vir die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte in die 21ste eeu? Soos Currie en De Waal (2001:94) verduidelik, sal kontrole oor die regering ook na die semistaat- en privaat strukture buite die politieke stelsel moet uitbrei. Dié skrywers is van mening dat solank die leerstuk van die skeiding van owerheidsmagte nie te rigied afgedwing word nie en dit die oogmerk bly om die misbruik van openbare mag en semi- “openbare instellings” te beperk, daar steeds plek vir dié beginsel sal wees.

Dit is duidelik dat die moderne staat in die 21ste eeu meer gediversifiseerd en gekompliseerd as sy voorgangers sal wees. Die skeiding van owerheidsgesag sal sy ontwikkeling op 'n veelheid van regeringsvlakke -- globaal, regionaal, nasionaal en plaaslik -- moet voortsit. Ten spyte van groter spesialisasievlakke, bly die grondwaarheid egter steeds wat dit in die 16de eeu was: Die persoon wat wette formuleer moet nie die een wees wat dit uitvoer of die een wees wat die oorskryding van gesag bereg nie. Dié grondwaarde sal nooit verander nie.

BIBLIOGRAFIE

- Ackermann, B. 2000 The new separation of powers
Harvard Law Review, vol 113, no 2000
- Bagehot, W. 1966 *The English Constitution*
Ithaca, NY: Cornell UP
- Barendt, E.M. 1995 Separation of Powers and Constitutional Government
Public Law, winter
- Barrie, G.N. 1989 The challenge of the South African judiciary in the 1990's
Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg, nr 3
- Basson, D.A. 1993 *South Africa's Interim Constitution, Text and Notes*
Kenwyn: Juta
- Basson, D.A. & Viljoen, H.P. 1988 *South African Constitutional Law*
Johannesburg: Juta
- Baum, J.A. 1980 *Montesquieu and Social Theory*
Oxford: Pergamon Press
- Die Beeld 2005 *Redaksioneel*
16 September 2005
- Bekker, P.M. 1995 National or Super Attorney-General: political subjectivity or
juridical objectivity?
Consultus, vol 8, no 1
- Bilchitz, D. 2002 Giving socio-economic rights teeth: the minimum core
and its importance
South African Law Journal, vol 119, no 3
- Bilchitz, D. 2003 Towards a reasonable approach to the minimum core:
laying the foundations for future socio-economic rights jurisprudence
South African Journal on Human Rights, vol 19, no 1
- Blankart, C.B. 1993 Communal and Individual Liberty in Swiss Federalism
Publius, vol 23, no 1
- Botha, H.
Constitution 1993 The values and principles underlying the 1993
SA Publikereg vol 9, nr 2
- Botha, S. 2005 *Democracy and other forms of regime*
Pretoria: Unisa Press

- Boulle, L.J. 1987 *Constitutional Law in South Africa 1976 - 1986 Acta Juridica 1987*
- Burns, E.M. 1974 *World Civilizations*
New York: W.W. Norton
- Burns, Y. 2003 *Administrative law under the 1996 constitution*
Durban: LexisNexis Butterworths
- Butler, A.S. 1997 The Constitutional Court Certification Judgments: The 1996 Constitution Bills, their amending provisions and the Constitutional Principles
South African Law Journal, vol 114, no 4
- Caraley, D. 1994 Presidential Democracy in America: toward the homogenized regime: a discussion
Political Science Quarterly, vol 9, no 3
- Carpenter, G. 1987 *Introduction to South African Constitutional Law*
Durban: Butterworths
- Carpenter, G. 1994 The Republic of South Africa Constitution Act 200 of 1993: an overview
SA Publikereg, vol 9, nr 2
- Carroll, A. 2002 *Constitutional and Administrative Law*
Harlow: Longman
- Chaskalson, M. & Davis, D. 1997 Constitutionalism, The Rule of Law and the First Certification Judgment
South African Journal on Human Rights, vol 13, no 3
- Christison A. & Freedman, W. 2004 The Separation of Powers and the Non-Delegation Doctrine
Obiter, vol 25, no 1
- Cloete, J.J.N. 1988 *Central Regional and Local Government Institutions of South Africa*
Pretoria: Van Schaik Uitgewers
- Coetzee, J.K. 2001 *Development: theory, policy and practice*
Cape Town: Oxford UP
- Cohler, A.M. 1989 *The spirit of the laws*
Cambridge: Cambridge UP
- Copleston, F.C. 1993 *A History of Philosophy*
London: Image Books

- Cowling, M. 2003 Criminal procedure: Courts - independence of the judiciary: extradition proceedings
South African Journal of Criminal Justice, vol 16, no 3
- Currie, I. & De Waal, J. 2001 *The New Constitutional and Administrative Law*
Landsdowne: Juta
- Dahl, R.A. 1971 *Poligarchy: participation and opposition*
New Have: Yale University Press
- Dahl, R.A. 1985 *Modern Political Analysis*
Englewood Cliffs: Prentice-Hall
- Davis, D.M. 1992 The Case Against the Inclusion of Socio-Economic Demands in a Bill of Rights except as Directive Principle
South African Journal on Human Rights, vol 8, no 4
- De Crespigny, A. 1981 *Contemporary Political Philosophers*
New York: Dodd Mead
- De Smith, S.A. 1987 *Constitutional and Administrative Law*
London: Penguin Books
- De Ville, J.R. 2003 *Judicial Review of Administration Action in South Africa*
Durban: Lexis Nexis Butterworths
- De Ville, J.R. 2004 Deference as respect and deference as sacrifice: a reading of Bato Star Fishing v Minister of Environmental Affairs
South African Journal on Human Rights, vol 20, no 4
- Devenish, G.E. 1995 The interpretation of justiciable rights in South Africa's interim Constitution
De Jure, vol 28, no 2
- Devenish, G.E. 1998 *A Commentary on the South African Constitution*
Durban: Butterworths
- Devenish, G.E. 2003 The doctrine of separation of powers with special reference to events in South Africa and Zimbabwe
Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg, vol 66, nr 1
- Devenish, G.E. 2005 Speaker taking sides: a show of improper conduct
Pretoria News, 7 September
- Dollinger, J. 1990 The influence of the American Constitutional Law on the Brazilian Legal System
The American Journal of Comparative Law, vol 38, no 4

- D'Oliveira, J.A. 1993 *The office of the Attorney-General Nuntius, no 23*
- Dugard, J. 1978 *Human Rights and the South African Legal Order*
Princeton, NJ: Princeton UP
- Duverger, M. 1964 *Political Parties, their organization and activity in the modern state*
London: Methuen
- Easton, D. 1965 *The Political System*
New York: Alfred Knopf
- Erasmus, G. 1994 Provincial government under the 1993 Constitution: what direction will it take?
SA Publikereg, vol 9, nr 2
- Faure, A.M. & Kriek, D.J. 1981 *Die Moderne Politieke Teorie*
Durban: Butterworths
- Fick, G. 2001 *Constitutional Law, in Annual Survey of South African Law 2001*
Lansdowne: Juta
- Fisher, J. 1969 *The Afrikaners*
London: Cassell
- Foweraker, G. 1998 Institutional Design, Party Systems and Governability - Differentiating the presidential regime in Latin America
British Journal of Political Science, vol 24, no 4
- Fraser-Moleketi, G. 2004 Speech at the "World No Tobacco Day", 16 February 2004
<http://www.northern-cape.gov.za>
- Fukuyama, F. 1995 *Trust: the social virtues and the creation of prosperity*
London: Hamish Hamilton
- Goldstone, R. 1994 Do Judges speak out?
South African Law Journal, vol 111, no 2
- Grogan, J. 1989 Restricting the power to restrict: Visagie v State President 1989 (3) SA 859 (A)
South African Journal on Human Rights, vol 5, no 3
- Grover, E. 1999 *The Constitution of India*
New-Delhi: Deep & Deep Publications

- Guthrie, W.K.C. 1967 *The Greek Philosophers from Thales to Aristotle*
London: Methuen
- Gwyn, W.B. 1965 *The meaning of the separation of powers: an analysis of the doctrine from its origin to the adoption of the United States Constitution*
New Orleans: Tulane UP
- Hague, R. & Harrop, M. 2004 *Comparative Government and Politics: an introduction*
Basingstoke: MacMillan
- Hahlo, H.R. & Kahn, E. 1960 *South Africa: the development of its laws and constitution*
London: Stevens
- Hamilton, A et al 1966 *The federalist papers: a collection of essays written in support of the constitution of the United States*
Garden City N.Y.: Doubleday
- Hancock, W.K. 1961 *Smuts: vol1: the sanguine years 1870 - 1919*
Cambridge: Cambridge UP
- Harman, H. 1979 *Ons vir jou Suid-Afrika*
Pretoria: HAUM
- Haynes, J. 1997 *Democracy and civil society in the Third World: politics and new political movements*
Cambridge: Polity Press
- Henderson, A. 1996 *Shopkeepers, Customers, the Government and Tea: the limitation of constitutional rights to economic activity*
Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg, nr 3
- Heuston, R.V.F. 1987 *Lives of the Lord Chancellors 1940-1970*
Oxford: Clarendon Press
- Heywood, A. 2000 *Politics*
London: MacMillan
- Hoexter, C. 2003 *The New Constitutional and Administrative Law, Vol 2,*
Lansdowne: Juta
- Hopkins, K. 2002a *Shattering the divide: when judges go too far*
De Rebus, nr 409
- Hopkins, K. 2002b *Democracy in post-TAC society*
De Rebus, nr 417

- Hough, M. 1978 *Die Ontwikkeling van Kontemporêre Betekenis van die Leerstelling van Verdeling van Staatsgesag*
De Jure, vol 11, no 1
- Jackson D. & Jackson R. J. 1997 *An Introduction to Comparative Politics*
Upper Saddle River, NJ: Prentice-Hall
- Jackson, R.J. & Jackson, D. 2003 *A Comparative Introduction to Political Science*
Upper Saddle River, NJ: Prentice-Hall
- Kapur, A.C. 1995 *Selected Constitutions*
Nagar: S Chand & Company Ltd.
- Kant, S. 1996 Preamble, founding provisions and the bill of rights
Politeia, vol 15, nr 2
- Klug, H. 2000 *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*
Cambridge: Cambridge UP
- Kotzé, H.J. & van Wyk, J.J. 1986 *Politieke Konsepte*
Johannesburg: Perskor
- Krüger, D.W. 1961 *Paul Kruger, vol 1*
Johannesburg: Dagbreek Boekhandel
- Kriek, D.J. 1992 *Federalism: The solution?*
Pretoria: RGN Uitgewers
- Landman, T. 2000 *Issues and methods in comparative politics*
London: Routledge
- Lane, J-E. 1996 *Constitutions and political theory*
New York: Manchester UP
- Lasswell, H.D. 1956 *Politics: who gets what, when, how*
New York: Meridian Books
- Lawson, K. 1993 *The Human Polity: a comparative introduction to political science*
Boston, Mass: Houghton Mifflin
- Lijphart, A. 1984 *Democracy in Plural Societies: a comparative exploration*
New Haven: Yale UP
- Lijphart, A. 1992 *Parliamentary versus Presidential Government*
New York: Oxford UP

- Linz, J. 1994 *The failure of the presidential democracy*
Oxford: Oxford University Press
- Linz, J.J. & Stepan, A. 1996 *Problems of democratic transition and consolidation*
Baltimore: Johns Hopkins UP
- Loewenstein, R. 1949 The balance between legislative and executive power - a study in comparative constitutional law
University of Chicago Law Review, vol 5, no 8
- Maduna, P.M. 1997 *The impact and influence of the Constitutional Court in the formative years of democracy in South Africa*
UNISA: Ongepubliseerde LLD verhandeling
- MacKlem, P. e.a. 1997 *Canadian Constitutional Law*
Toronto: Emond Montgomery Publications Ltd.
- Mail and Guardian 2005 2 - 8 September
- Mainwaring, S. 1993 Presidentialism in Latin America
Latin America Research Review, vol 25, no 1
- Mainwaring, S. & Shugart, M.S. 1997 Juan Linz, Presidentialism, and Democracy: a critical appraisal
Comparative Politics, vol 29, no 4
- Malan, K. 2006 Die regbank: hoe onafhanklik en doeltreffend?
Die Vrye Afrikaan, 21 Junie 2006
- Malherbe, E.F.J. 1997 Die sertifisering van die 1996-Grondwet
Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg, nr 2
- Marston, J. & Ward, R. 1997 *Cases and Commentary on Constitutional and Administrative Law*
London: Pitman
- Mason, A.T. & Stephenson, A.T. 1987 *American Constitutional Law: introductory essays and selected cases*
Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall
- May, C.N. & Ides, A. 2001 *Constitutional Law, national power and federalism: examples and explanations*
New York: Aspen Law & Business

- Mbeki, T. 2003 *ANC Today, vol 3, no 29, 25 July*
- McEldowney, J.F. 2002 *Public Law*
London: Sweet & Maxwell
- Mihalik, J. 1987 Prison sentences and the Separation of Powers
South African Journal of Criminal Law and Criminology, vol 11, no 3
- Mlilo, T. 2005 Democracy is more than just the sum of its parts
The Star, 19 September
- Moellendorf, D. 1998 Reasoning about resources: Soobramoney and the future of socio-economic rights claims
South African Journal on Human Rights, vol 14, no 2
- Motala, Z. 1995 Towards an appropriate understanding of the separation of powers, and accountability of the executive and public service under the new South African order
South African Law Journal, vol 112, no 3
- Munro, C. 2000 *Studies in Constitutional Law*
London: Butterworths
- Neustadt, R.E. 1980 *Presidential Power: the politics of leadership with reflections on Johnson and Nixon*
New York: John Wiley
- Ngwena, C. 2000 Access to health care as a fundamental right: the scope and limits of section 27 of the Constitution
Tydskrif vir Regswetenskap, vol 25, no 1
- Nieuwoudt, C.F.
Olivier, G.C. &
Hough, M. (reds) 1981 *Die Politieke Stelsel van Suid-Afrika*
Pretoria: Academica
- Okpaluba, C. 2003 Institutional independence and the constitutionality of legislation establishing lower courts and tribunals
Tydskrif vir Regswetenskap, vol 28, nr 2
- Olivier, N.J.J. 1992 Verskuiwings en wetgewende bevoegdhede van selfregerende gebiede
Tydskrif vir Hedendaagse Romens-Hollandse Reg, vol 55, nr 4
- Parpworth, N. 2000 *Constitutional and Administrative Law*
London: Butterworths
- Pasquino, P. 1998 Locke on King's prerogative

Political Theory, vol 26, no 2

- Peters, B.G. 1998 *Comparative Politics: Theory and Methods*
Basingstoke: MacMillan Press
- Pretorius, R. 1994 Enforcement mechanisms in the 1993 Constitution
SA Publiekreg, vol 9, no 2
- Ramaite, M.S. 1996 The role of the judiciary in a modern state with a tradition
of legislative supremacy
(ongepubliseerde LLD proefskrif, UNISA)
- Rautenbach, I.M. &
Malherbe, E.F.J. 2004 *Staatsreg*
Durban: LexisNexis Butterworths
- Resnick, P. 1987 Montesquieu Revisited, or the Mixed Constitution and the
Separation of powers in Canada
Canadian Journal of Political Science, vol 20, No. 1
- Rhodie, D.O. 1974 *Suid-Afrika: van koloniale onderhorigheid tot soewereine
onafhanklikheid*
Johannesburg: Perskor
- Richardson, G. &
Genn, H.G. 1994 *Administrative Law and Government Action: the courts
and alternative mechanisms of review*
Oxford: Clarendon Press
- Riggs, F. 1997 Presidentialism vs. Parliamentarism for
representativeness and legitimacy
International Politics Science Review, vol 18, no 3
- Roskin, M.G. 1991 *Political Science: an introduction*
Upper Saddle River, NJ: Prentice-Hall
- Samuels, D. 2000 Concurrent Elections, Discordant Results:
Presidentialism, Federalism and Governance in Brazil
Comparative Politics, vol 33, no 1
- Sarkin, J. 1997 The Political Role of the South African Constitutional
Court
South African Law Journal, vol 114, no 1
- Sarkin, J. 2001 Evaluating the Constitutional Court's decision in South
African Association of Personal Injury Lawyers v Heath & Others in the context of
crime and corruption in South Africa
South African Law Journal, vol 118, no 4
- Sartori, G. 1980 *Democratic Theory*

Detroit, Wayne State University Press

- Sartori, G. 1996 *The theory of democracy revisited*
Chatham NJ, Chatham House
- Schedler, A. 1998 *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*
Boulder, Colo: Lynne Rienner Publishers
- Schmitter, P.C. 1995 *Some basic assumptions about the consolidation of democracy*, in *The Changing nature of democracy*, edited by T. Inoguchi
New York: United Nations UP
- Sharma, B.M. 1967 *Federal Polity*
London: Asia Publishing House
- Smiley, M. 2001 Review: Democratic Justice in Transition
Michigan Law Review, vol 99, no 6
- Smith, I.D. 1997 *The Great Betrayal: the memoirs of Ian Douglas Smith*
London: Blake
- Stepan, A. & Skach, C. 1993 *Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: parliamentarianism versus presidentialism*
World Politics, vol 46, no 1
- Stiff, P. 2000 *Cry Zimbabwe*
Alberton: Galago Press
- Strong, C.F. 1977 *Modern Political Institutions*
London: Sidgwick & Jackson
- Teitel, R. 1997 Transitional Jurisprudence: The role of Law in Political transformation
The Yale Law Journal, vol 106, no 7
- Thomson, A. 2000 *An introduction to African Politics*
London: Routledge
- Van den Heever, C.M. 1943 *Generaal J.B.M. Hertzog*
Johannesburg: AP Boekhandel
- Van der Vyver, J.D. 1993 The Separation of Powers
SA Publikereg, vol 8, nr 2
- Van der Walt, A.J.H. red. 1978 *Geskiedenis van Suid-Afrika*

Elsiesrivier: Nasionale Boekdrukkery

- Van Jaarsveld, F.A. 1975 *From Van Riebeeck to Vorster, 1652 - 1974*
Johannesburg: Perskor
- Van Niekerk, L.E. 1985 *Kruger se Regterhand: 'n Biografie van Dr WJ Leyds*
Pretoria: Van Schaik
- Van Oosten, F. 1999 Financial resources and the patient's right to health care:
myth and reality
De Jure, vol 32, no 1
- Van Vuuren, D.J. & Kriek, D.J. 1982 *Politieke Alternatiewe vir Suid-Afrika: grondslae en
perspektiewe*
Johannesburg: MacMillan Suid-Afrika
- Van Wyk, C. 2003 The enforcement of the right of access to health care in
the context of HIV/AIDS and its impact on the separation of powers
Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg, vol 66, nr 3
- Vawda, Y. 2003 Is eleven better than one? Democracy and the
Constitutional Court TAC case
De Rebus, nr 420
- Venter, A. 1989 *South African Government and Politics: an introduction to
its institutions, processes and policies*
Johannesburg: Southern Book Publishers
- Venter, F. 1994 Milestones in the evolution of the new South African
Constitution and some of its salient features
SA Publiekreg, vol 9, no 2
- Verney, D.N. 2000 From Executive to Legislative Federalism? The transformation
of the Political System in Canada and India
The Review of Politics
- Verteenwoordigende Kleurlingraad 1979 *Report of the Committee on Alternative Constitutional
Proposals*
- Vile, M.J.C. 1967 *Constitutionalism and the Separation of Powers*
Oxford: Clarendon
- Vincent, A. 1987 *Theories of the State*
Oxford: Blackwell
- Volkomer, W.E. 1972 *American Government*

New York: Appleton-Century-Crofts

- Von Leyden, W. 1982 *Hobbes and Locke: the politics of freedom and obligation*
London: MacMillan Press
- Wade, E.C.S. &
Bradley, A.W. 1993 *Constitutional and Administrative Law*
London: Longman
- Wendland, W. &
de Oliveira, J. 1995 *The Constitution of the Republic of South Africa, 1993*
Juta's Business Law, vol 3, no 1
- Wessels, F.J. 1962 *Die Republikeinse Grondwet*
Kaapstad: Nasionale Boekhandel
- Wesson, M. 2004 *Grootboom and beyond: reassessing the socio-economic
jurisprudence of the South African Constitutional Court*
South African Journal on Human Rights, vol 20, no 2
- Wiechers, M. 1985 *VerLoren van Themaat: Staatsreg, derde uitgawe*
Durban: Butterworths
- Wiechers, M. 1991 *Regional Government in the new South Africa: the role of the
courts*
*Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg, vol
54, nr 4*
- Woodhouse, D. 2001 *The Office of Lord Chancellor*
Oxford: Hart
- Zurcher, A.J. 1950 *The Presidency, Congress and Separation of Powers: a
reappraisal*
Western Political Quarterly, vol 3, no 1

<http://www.v-brazil.government/lawa>

LYS VAN AANGEHAALDES

Akani Garden Route (Pty) Ltd v Pinnacle Point Casino (Pty) Ltd 2001 (4) SA 501 (SCA)

Applicant v Administrator, Transvaal, and Others 1993 (4) SA 733 (W)

Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs and Others 2004 (4) SA 490 (CC)

Beauregard v Canada (1986) 2 CR; 56;30 DRL (4th)

Bernstein and Others v Bester and Others 1996 (2) SA 751 (CC)

Bloem and Another v State President of the Republic of South Africa and Others 1986 (4) SA 1064 (O)

Brown v Leyds NO (1897) 4 OR 17

Collins v Minister of the Interior 1957 (1) SA 552 (A)

De Lange v Smuts NO and Others 1998 (3) SA 785 (CC)

Dlamini v Minister of Law and Order 1986 (4) SA 342 (D)

Dom's Trustees v Bok NO (1887) 2 S.A.R. 189

Duport Steels Ltd v SIRS (1980) 1 WLR 142 (HL)

Executive Council, Western Cape v Minister of Provincial Affairs and Constitutional Development and Another; Executive Council, KwaZulu-Natal v President of the Republic of South Africa and Others 2000 (1) SA 661 (CC)

Executive Council, Western Cape Legislature, and Others v President of the Republic of South Africa 1995 (4) SA 877 (CC)

Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 1996 (4) SA 744 (CC)

Ex parte President of the Republic of South Africa: In re Constitutionality of the Liquor Bill 2000 (1) SA 732 (CC)

Ex parte Speaker of the Natal Assembly: In re Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the National Education Policy Bill 83 of 1995 1996 (3) SA 289 (CC)

Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others 1996 (1) SA 984 (CC)

Fose v Minister of Safety and Security 1997 (3) SA 786 (CC)

Gcali NO and Another v Member of the Executive Council for Housing and Local Government, Eastern Cape, and Another 1996 (4) SA 456 (Tk)

Geuking v President of the Republic of South Africa and Others 2003 (1) SACR 404 (CC)

Government of Lebowa v Government of the Republic of South Africa 1988 (1) SA 344 (A)

Government of South Africa v Government of KwaZulu 1983 (1) SA 164 (A)

Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others 2001 (1) SA 46 (CC)

Grootboom v Oostenberg Municipality and Others 2000 (3) BCLR 277 (C)

Harris and Others v Minister of the Interior and Another 1952 (2) SA 428 (A)

Harris and Others v Minister of the Interior and Another 1952 (4) SA 153 (C)

H. Hess v the State 1895 2 OR 112

Hinds and Others v The Queen (1976) 1 All ER 353 (PC)

Hugo v State President of the Republic of South Africa and Another 1996 (6) BCLR 876 (D)

In re Constitutionality of the Mpumalanga Petitions Bill, 2000 2002 (1) SA 447 (CC)

Independent Electoral Commission v Langeberg Municipality 2001 (9) BCLR 883 (CC)

Joffin and Another v Commissioner of Child Welfare, Springs, and Another 1964 (2) SA 506 (T)

Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd v Marshall's Township Syndicate Ltd 1917 AD 662

Joyce and McGregor Ltd v Cape Provincial Administration 1946 AD 658

Khosa and Others v Minister of Social Development and Others 2004 (6) BCLR 569 (CC)

M v Home Office [1993] 3 All ER 537 (HL)

Marbury v Madison 1 Cranch 135, 2 US Law. Ed 135

Mathebe v Regering van die Republiek van Suid-Afrika 1988 (3) SA 667 (A)

Middelburg Municipality v Gertzen 1914 AD 544

Minister of Education v Harris 2001 (4) SA 1297 (CC)

Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others v Phambili Fisheries (Pty) Ltd and Another [2003] 2 All SA 616 (SCA)

Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2) 2002 (5) SA 721 (CC)

Minister of Law and Order v Hurley 1986 (3) SA 568 (A)

Minister of the Interior v Harris 1952 (4) SA 769 (A)

Mkhize v Minister of Law and Order 1985 (4) SA 147 (N)

More v Minister of Co-Operation and Development 1986 (1) SA 102 (A)

Nasopie (Edms) Bpk v Minister van Justisie (2) 1979 4 SA 438 (NC)

Nasopie en Andere v Minister van Justisie en Andere 1979 (3) SA 1228 (NK)

Ndlwana v Hofmeyr NO and Others 1937 AD 229

New York Times Company v United States 91 S.Ct. 2140 (1971)

Omar and Others v Minister of Law and Order and Others; Fani and Others v Minister of Law and Order and Others; State President and Others v Bill 1987 (3) SA 859 (A)

Publications Control Board v William Heinemann, Ltd and Others 1965 (4) SA 137 (A)

R (on the application of ProLife Alliance) v British Broadcasting Corporation 2003 2 All ER 977 (HL)

R v Secretary of State for the Home Dept. ex parte Fire Brigades Union and others (1995) 2 All ER 244 (HL)

R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. (No. 2) [1991] 1 AC 603 (E.C.J.)

Rail Commuters Action Group and Others v Transnet Ltd t/a Metrorail and Others 2005 (4) BCLR 301 (CC)

Regina v Genereux (1992) 88 DLR (4th) 110 (SCC)

S v Dodo 2001 (3) SA 382 (CC)

S v Makwanyane and Another 1995 (3) SA 391 (CC)

S v Ramgobin 1985 (3) SA 587 (N)

Shozi v Minister of Justice, KwaZulu 1992 (2) SA 338 (N)

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

South African Association of Personal Injury Lawyers v Heath and Others 2001 (1) SA 883 (CC)

Staatspresident en 'n Ander v Lefuo 1990 (2) SA 679 (A)

State (Orange Free State) v Gibson 1898 15 Cape LJ 1

The Victorian Stevedoring & General Contracting Company (Pty) Ltd v Dignan (1931) 46 CLR 73

The State of Mandras v V.G. Ro, A.L.R.1952 S.C.196

Treatment Action Campaign and Others v Minister of Health and Others 2002 (4) BCLR 356 (T)

Queen v Chandler (1968) 12 (NBR) (SC)

Van Rooyen and Others v The State and Others 2001 (4) SA 396 (T)

Visagie v State President 1989 (3) SA 859 (A)

Ynuico Ltd v Minister of Trade and Industry and Others 1996 (3) SA 989 (CC)

LYS VAN STATUTE

SUID-AFRIKA:

Constitutie van de Oranjevrijstaat, 1854

Grondwet van de Zuid-Afrikaansche Republiek, 1858

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika no. 32 van 1961

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika no. 110 van 1983

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika no. 200 van 1993

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Kriminele en Magistraatshoven Procedure (Wijzigings) Wet no. 39 van 1926

Mpumalanga Wet op Versoekskrifte no. 6 van 2000

Oorgangswet op Plaaslike Regering no. 209 van 1993

Senaatwet no. 53 van 1955

Strafregwysigingswet no. 105 van 1997

Suid-Afrikaanse Skolewet no. 84 van 1996

Swart Administrasie Wet no. 38 van 1927

Swart Verteenwoordigings-Wet no. 12 van 1936

Wet op Besoldiging en Diensvoorwaardes van Regters no. 47 van 2001

Wet op die Bevoegdheid en Voorregte van die Parlement no. 91 van 1963

Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid no. 3 van 2000

Wet op die Hoë Hof van die Parlement no. 35 van 1952

Wet op die Hooggeregshof no. 59 van 1959

Wet op die Parlementêre Kommissie vir Binnelandse Veiligheid no. 67 van 1976

Wet op die Regsopvolging van die Suid-Afrikaanse Vervoerdienste no. 9 van 1989

Wet op Landdroshowe no. 32 van 1944

Wet op Landdroste no. 90 van 1993

Wet op Lewende Mariene Seebronne no. 18 van 1998

Wet op Maatskaplike Bystand no. 59 van 1992

Wet op Nasionale Onderwysbeleid no. 27 van 1996

Wet op Openbare Veiligheid no. 3 van 1953

Wet op Spesiale Ondersoekeenhede en Spesiale Tribunale no. 74 van 1996

Wet op Swart Owerhede no. 68 van 1951

Wet op Uitlewering no. 67 van 1962

Wet tot Wysiging van die Suid-Afrika Wet no. 9 van 1956

Zuid-Afrika Wet 1909

BRITTANJE:

Act of Settlement 1700

Bill of Rights 1688

Colonial Laws Validity Act 1865

Reform Act 1832

South Africa Act 1909

Statute of Westminster 1931

VSA:

Grondwet van 1787

War Powers Resolution of 1974