

Die versweë verandering van die Suid-Afrikaanse Konstitusie

The silent change of the South African constitution

KOOS MALAN

Departement Publiekreg
Universiteit van Pretoria
E-pos: koos.malan@up.ac.za



Koos Malan

KOOS MALAN is professor in publiekreg aan die Universiteit van Pretoria. Malan publiseer oor 'n aantal gebiede in die teoretiese staatsreg soos grondwetlike oppergesag, konstitusionele verandering en demokrasie asook minderheidskwessies en taalreg. Hy is die outeur van 'n akademiese monograaf getiteld, *Politokrasie: 'n peiling van die dwanglogika van die territoriale staat en gedagtes vir 'n antwoord daarop* wat onlangs deur die Regspers van die Universiteit van Pretoria gepubliseer is. Die werk het ook in Engels verskyn. Hy dien op die adviesraad vir die *Revue de Droit Linguistique / Journal of Language Law*. Malan neem ook deel aan die werksaamhede van 'n jaarlikse *konstitusionele dialoog*, wat fokus op federalisme-verwante kwessies en wat hoofsaaklik uit juriste vanuit Europa en Asië bestaan. Hy publiseer gereeld in die openbare media soos *Rapport*, *Maroela Media* en *Politicsweb* oor politieke en konstitusionele kwessies.

KOOS MALAN is professor of public law at the University of Pretoria, South Africa. Malan publishes on various aspects of constitutional theory including constitutional supremacy, constitutional change and democracy as well as on minority rights and language law. Malan is the author of an academic monograph titled *Politocracy: an assessment of the coercive logic of the territorial state and ideas around an answer to it*, which was recently published by the Pretoria University Law Press. The book is also available in Afrikaans. He serves on the advisory board of the *Revue de Droit Linguistique / Journal of Language Law*. Malan is a participant in the proceedings of an annual *constitutional dialogue*, consisting primarily of jurists from Europe and Asia, and which focusses on issues related to federalism. He publishes regularly in the public media including *Rapport*, *Maroela Media* and *Politicsweb*.

ABSTRACT

The silent change of the South African constitution

Since 1994 South Africa has had a supreme constitution. This is marked by two central characteristics. The first is that the Constitution is the supreme or higher law. All other law, (that is, law outside the constitution) and all conduct, more specifically, governmental conduct must comply with it, failing which it is invalid and without consequence.

The second characteristic, logically flowing from the first, is that the Constitution is durable and inflexible, thus allowing it to serve permanently as the criterion for the validity

of all law and conduct. To that end, constitutional amendments (in contrast to legislation), are placed beyond the easy reach of the legislature. Accordingly, the South African Constitution may only legitimately be amended with the minimum support of two thirds (in the case of section 1, with a 75%) of the members of the National Assembly and six of the nine provincial delegations in the National Council of Provinces. Because of the strict amendment requirements, the Constitution is proclaimed to be entrenched – safeguarded against, and finally in control of the tumults of political whims and vagaries. The only allowance, (alongside formal amendments) that is made for changes to the so-called supreme Constitution, are those resulting from judicial interpretation. These “changes” are very limited, however. Moreover, they are viewed to be mere overt pronouncements of meanings which have always been latent in the Constitution, rather than actual changes.

Events of the decades since the present South African constitution entered into force, however, distinctively disproves the trite doctrine of the supremacy and entrenched status of the constitution. A collection of political forces – all somehow relating to the one-party dominant status of the African National Congress (ANC) government – have profoundly changed the actual state of South Africa’s constitution. All this has occurred notwithstanding there not having been any significant amendments to (the text) of the Constitution. Hence, an informal, yet actual constitution has been developing alongside the seemingly stable (text of) the written constitution.

Profound changes have been occurring both in the power structure of the constitution as well as its value basis. The present discussion focusses on four changes in the power structure.

First, whilst the written constitution essentially provides for a quasi-federal allocation of power among the various levels (spheres) of government, the actual constitution (allowing for the exception of the Western Cape under the government of the opposition, Democratic Alliance) is now distinctively unitary and centralist. This change is the function of a number of potent political forces, including the ANC itself being a centralised political movement and the lack of administrative capacity on provincial level.

Secondly, South Africa changed into a hybrid state. Thus, instead of governmental power vesting in the relevant constitutionally designated institutions, such as the national legislature (and provincial counterparts), it has migrated to a host of non-constitutional formal and informal formations, including formations within the ANC and around senior figures of the party, (shady) business concerns and others, all causing South Africa to morph into a shadow state in which the actual centres of powers are shared by and dispersed among non-statist power centres. This phenomenon has reached its zenith during the latter era of the Zuma government.

Thirdly, whereas the Constitution has detailed provisions requiring a professional public service, the so-called policy of cadre deployment, (pursued by the ANC as part of the general ideology of transformationism and centralised party control), has replaced the formal constitutional position with a new dispensation of a party controlled public service. This deployment of large numbers of party cadres, often not suitable for the offices to which they were appointed, has changed the nature of the public service contemplated by the written constitution and has contributed to serious deterioration of the public service.

Lastly, and directly related to the former, there has been a notable deterioration of the country’s security services, in the face of the inordinately high levels of specifically violent crime. The deterioration of the security services has caused a serious void, now filled by a large array of private security formations. In consequence the Constitution’s arrangements concerning security have been superseded by security having increasingly become a private matter. As a result, the state has also lost its crucially important monopoly of force.

In step with the trite doctrine of the entrenched and supreme constitution it might be argued that the above are in fact not changes to the constitution at all, but rather instances of wide-ranging unconstitutional conduct. Within the limited confines of the trite doctrine of constitutional supremacy, this view is correct. The doctrine, however, is inadequate and unrealistic for its failing to account for the actual (state of the) constitution. The state of the actual constitution can realistically be gauged only when one is prepared to go beyond the strict confines of this inadequate doctrine. Once that occurs it is possible to realise that the so-called supreme constitution (as written instrument) is not supreme and entrenched, and is, in fact, often in part nullified or replaced by new, substituting law, resulting from potent forces of politics.

The true state of the constitution should therefore not (only) be gauged by the (interpretation of the) wording of the constitutional text, but by enquiring into the dynamic operation of potent political forces within society.

KEY WORDS: Constitutional supremacy; quasi federal to centralist dispensation; migration of political authority to non-official centres of power; cadre deployment; state's loss of the monopoly to lawful force; privatisation of the responsibility to self-protection; constitutional change resulting from political forces in contrast to textual amendment of the constitution; lapsed constitutional law; substituting and substituted constitutional law; state capture

TREFWOORDE: Grondwetlike oppergesag; kwasifederale na sentralistiese staatsopset; migrasie van politieke gesag na nie-amptelike gesagsentra; kaderontplooiing; staat se verlies aan die monopolie op wettige geweld; privatisering van die verantwoordelikheid tot selfbeskerming; konstitusionele verandering vanweë sosiopolitieke kragte teenoor tekstuele wysiging van die grondwet; vervalle konstitusionele reg; vervangende en vervangde konstitusionele reg; staatskaping

OPSOMMING

Die leerstuk van grondwetlike oppergesag soos vervat in artikel 2 van die Suid-Afrikaanse Grondwet en die opvatting dat konstitusionele verandering slegs kan geskied nadat die streng wysigingsvoorwaardes ingevolge artikel 74 nagekom is, is geloofsversterkend dog ongegrond. Naas tekswysigings van die Grondwet, kan die konstitusie ingrypende veranderinge ondergaan terwyl die teks onveranderd bly en die (wan)indruk van konstitusionele stabiliteit wek. Hierdie waarheid word aan die hand van die Suid-Afrikaanse konstitusionele gebeure van die afgelope twee dekades toegelig. Die Suid-Afrikaanse konstitusie het vanweë die uitwerking van politieke kragte talle ingrypende veranderinge ondergaan, sonder dat enige spoor op die teks gelaat is. Vier daarvan is hier ter sake. Die verandering van die kwasi-federale aard van die staat na 'n gesentraliseerde staatsopset; die migrasie van gesag vanuit die amptelike sentra van regeringsgesag na 'n verskeidenheid van nie-amptelike gesagsentra, wat meegebring het dat Suid-Afrika tot aan die einde van die Zuma-termyn 'n wanordelike hibriede regeringsopset geword het; die konstitusionele orde se versinking in 'n patronaatstaat vanweë sogenaamde kaderontplooiing; die staat se verlies aan die monopolie op wettige geweld gepaard met die gedeeltelike verburgerliking en privatisering van die verantwoordelikheid tot selfbeveiliging. Indien gepoog word om die aard van die Suid-Afrikaanse konstitusionele orde slegs met verwysing na die grondwetlike teks te peil, sou hierdie veranderinge verborge gebly het. Daarom is dit nood-

saaklik om die bestudering van die konstitusie uit te brei tot die oorweging van politieke kragte, waardeur die eintlike stand van die konstitusie aan die lig kom.

1. DIE VERSKANSTE EN OPPERMAGTIGE GRONDWET

Suid-Afrika het in 1994 'n nuwe grondwetlike orde betree. Die belangrikste eienskappe van die Grondwet, aldus die gekykte doktrine is dat dit oppermagtig en verskans (*supreme and entrenched*) is. Die beginsel van oppergesag breek weg van die grondwetlike orde van voor 1994, wat op die beginsel van sogenaamde parlementêre, oftewel wetgewende oppergesag berus het. Volgens die beginsel van grondwetlike oppergesag moet alle reg en optrede na dese aan die Grondwet voldoen. Dit word soos volg in artikel 2 van die Grondwet vervat:

Hierdie Grondwet is die hoogste reg van die Republiek; enige regsvoorskrif of optrede daarmee onbestaanbaar, is ongeldig, en die verpligtinge daardeur opgelê, moet nagekom word. (Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1996, artikel 2)

Die *verskansing* van die Grondwet beteken dat die Grondwet, anders as gewone reg, moeilik wysigbaar is. In die geval van die huidige Suid-Afrikaanse Grondwet word die idee van verskansing in artikel 74 vervat. Daarvolgens is die Grondwet moeilik wysigbaar. Artikel 74 bepaal in die algemeen dat die wysiging van 'n grondwetlike bepaling die ondersteuning van minstens tweederdes van die lede van die Nasionale Vergadering moet geniet. In die geval van 'n wysiging van 'n bepaling van die handves van regte (hoofstuk 2) moet minstens ses van die provinsiale afvaardigings in die Nasionale Raad van Provinsies (NRP) ook die wysiging ondersteun.¹ Wysiging van artikel 1 (die grondslagbepaling) van die Grondwet is nog moeiliker. Dit vereis die ondersteunende stem van minstens 75 persent van die lede van die Nasionale Vergadering en minstens ses van die provinsies in die NRP (aldus Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, artikel 74(2)).²

Bepalings oor die oppergesag van die Grondwet en strategieë om die Grondwet teen wysiging te vrywaar, soos dié waarna pas hierbo verwys is, is gebaseer op die oortuiging dat dit moontlik is om deur die aanwending van die verskanste skrif van die Grondwet die politiek onder die dissipline van die Grondwet te plaas en om die Grondwet self teen die uitwerking van onstabiele politieke kragte te stabiliseer en te vrywaar. Van der Hoeven verklaar gepas:

De constitutionalisten trachten hun doelstellingen te verwerkelijkken, gelijk wij zagen, vanuit een zeer hogere waardering voor het geschreven recht. Zij menen het menselijk handelen ook op het terrein van gezag en gezachtsoefening door rechtsnormen te kunnen regeren. (Van der Hoeven 1976:496)

Die vertroue in die meganismes van oppergesag en verskansing het ook verdere implikasies. Dit impliseer eerstens dat 'n volledige beeld van die konstitusie verkry kan word, deur slegs die teks daarvan noukeurig te raadpleeg en te vertolk. Die konstitusionele reg is derhalwe wesenlik in die grondwet – die grondwetlike teks – gekodifiseer. Gevolglik word die konstitu-

¹ Artikel 74(2) van die Grondwet lui: Hoofstuk 2 kan gewysig word deur 'n Wetsontwerp wat aangeneem word deur (a) die Nasionale Vergadering, met 'n ondersteunende stem van minstens twee derdes van sy lede; en (b) die Nasionale Raad van Provinsies, met 'n ondersteunende stem van minstens ses provinsies (Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1996).

² Daar is ook nog ander vereistes, byvoorbeeld met betrekking tot die vorm en prosedure van aanneming van sodanige wysigings asook spesiale vereistes in die geval waar 'n grondwetlike wysiging 'n spesifieke provinsie raak (Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1996).

sionele reg van die land en die Grondwet (die grondwetlike teks) as wesenlik een en dieselfde ding beskou. Die gekte grondwetlike doktrine erken wel dat die grondwet as 't ware uitgebrei kan word deur wetgewing wat kragtens die Grondwet aangeneem is en daarmee ooreen (moet) stem.³ Die doktrine laat ook die deur op 'n skrefie oop vir grondwetskeppende gesag by wyse van regterlike interpretasie waarin die betekenis van grondwetlike bepalings, verhelder word. Die omvang daarvan is egter baie gering.

Nog 'n implikasie van oppergesag en verskansing wat vir die onderhawige bespreking van belang is, is dat die oppermagtige grondwet 'n staties-formele karakter het. Daarmee word bedoel dat dit onveranderd bly, tensy en totdat die teks formeel by wyse van die Grondwet se eie wysigingsbepalings (in artikel 74) gewysig word (Malan 2015:1222-1223). Verandering van die Grondwet is derhalwe altyd weergegee in wysigings van die teks. Dit geskied nie – en kan nie geskied – by wyse van gebeure buite-om die teks nie en daar is nie iets soos 'n breër vorm van konstitusionele verandering bo en behalwe die wysiging van die teks nie.

Hierdie sienswyse van die Grondwet behels dat insig in die konstitusie verkry word deur die tipiese aktiwiteit van juriste, naamlik van die raadpleging en dan interpretasie van die gesaghebbende bronne van die reg, en in die onderhawige geval grondwetlike juriste se interpretasie van die grondwetlike teks.

Die uitgangspunt van die bespreking wat nou volg, is heeltemal anders. Daar word van die standpunt uitgegaan dat teksraadpleging en -interpretasie dikwels nie tot 'n realistiese peiling van die werklike stand van die konstitusie lei nie. 'n Onderskeid behoort tussen die grondwet teenoor die konstitusie aangelê te word. Onder Grondwet word verstaan die grondwetlike teks soos aangevul deur regterlike interpretasie en verder uitgebrei deur wetgewing soos hierbo verduidelik. Daarteenoor word onder die konstitusie die daadwerklik bindende konstitusionele reg verstaan. Die daadwerklik bindende reg behels die norme, wat inderdaad as bindend geag en gevolg word. Hierdie daadwerklik bindende norme mag dalk nou met die grondwet ooreenstem, maar dit kan bes moontlik ook – dalk heel drasties – van die grondwet verskil. Die daadwerklik bindende norme is die produk van sosio-politieke kragte, wat dit wat die grondwet (as teks) behels mag bevestig of ongedaan mag maak en/of daarby kan aanvul.

Om die werklike stand van die konstitusie te bepaal, kan daar gevolglik nie by raadpleging en interpretasie van die grondwet (as teks) en hofuitsprake volstaan word nie. Daadwerklike sosio-politieke gebeure moet daarbenewens nagegaan word ten einde die werklike – veranderde – stand van die konstitusie te bepaal.

Teen hierdie agtergrond kan die volgende vier vrae gevra word:

- Het sekere bepalings in die Grondwet sonder dat dit in 'n wysiging van die teks vervat is, nie dalk vanweë die uitwerking van sosio-politieke kragte in onbruik verval nie?
- Is ander grondwetlike bepalings, weereens sonder wysiging nie bloot vanweë die uitwerking van sosio-politieke kragte dalk reeds met nuwe konstitusionele reg vervang nie?
- Het daar nie, weereens weens sosio-politieke kragte heeltemal nuwe konstitusionele reg ontstaan, naas die bestaande grondwetlike bepalings nie, naamlik deur die reëlmatige volg van sekere praktyke in die geloof dat sodanige praktyke juridies gesanksioneer word nie (Malan 2015:1234)?
- Is daar nie dalk grondwetlike bepalings wat prakties gesproke nooit van krag geword het nie, vanweë die feit dat daar nooit optrede (praktyke) ooreenkomstig daardie

³ Byvoorbeeld die Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, 4 van 2000, die Promotion of Administrative Justice Act, 3 van 2000 en dergelyke ander.

bepalings was nie (Aarnio 2011:103-106; Niiniluoto 1985:168-190; Koller 2014:157-159)?

In die eerste geval kan ons praat van vervalde konstitusionele reg (“lapsed constitutional law”) en in die tweede geval kan ons van vervangende konstitusionele reg (“substituting constitutional law”) in die plek van vervangde grondwetlike reg (“substituted constitutional law”) praat (Malan 2015:1234). In die derde geval het ons eenvoudig met nuwe konstitusionele reg te doen sonder dat dit vooraf deur ’n wysiging in die vorm van ’n byvoeging tot die teks gemagtig is. In die laaste geval het ons te doen met ’n blote formulering, dog ’n formulering wat nooit daadwerklik ’n deel van die konstitusie – die konstitusionele reg – geword het nie omdat ooreenstemmende optrede nooit gevolg het nie.

Indien grondwetlike bepalings inderdaad op hierdie wyse – deur gebruik – verval en verander, beteken dit dat grondwetlike juriste se (noodwendig) teksgebonde lees en interpretasie van die Grondwet eenvoudig onvoldoende is om ’n getroue beeld van die stand en verandering van die (eintlike) konstitusie te bepaal. Trouens, indien bepaalde aspekte van die Grondwet reeds vanweë gebruike verval het of vervang is, is grondwetlike juriste se aandrag dat sodanige vervalde of vervangde bepalings steeds deel van die konstitusie uitmaak eenvoudig ongegrond en is hulle voortgesette interpretasie van sodanige vervalde of vervangde bepalings ’n futiele oefening. Om slegs die teks en grondwetlike uitsprake te raadpleeg, is derhalwe heeltemal onvoldoende vir ’n realistiese insig oor wat die positiewe reg en die konstitusie daadwerklik behels (Ehrlich 1962:501-502).

Ofskoon juriste se lees en interpretasie van die Grondwet dus klaarblyklik ’n legitieme aktiwiteit is om dit wat die konstitusie behels uit te pluus, kan daar nie daarby volstaan word nie. Daarbenewens moet die daadwerklike gebeure ook ondersoek word. Die spel van magte moet ondersoek word om te bepaal hoe die politieke bestel daadwerklik daar uitsien. Dit het klaarblyklik ook implikasies vir die konstitusie. Dit kan daarop dui dat politieke en dergelike rolspelers inderdaad getrou volgens die beste moontlike interpretasie van die bepalings van die Grondwet optree. Dog, sodanige ondersoeke kan ook scenario’s soos die vier hierbo aan die lig bring.

Die Suid-Afrikaanse Grondwet het oor die afgelope twee dekades vanweë die uitwerking van politieke kragte etlike beduidende veranderings ondergaan. Altesaam agt veranderings kan geïdentifiseer word. Ofskoon al hierdie veranderings op die een of ander wyse met mekaar verband hou, het die eerste vier met die veranderde magskonstellasies in die land te doen, terwyl die laaste vier op die veranderende waardegrondslag van die konstitusionele orde betrekking het. Die bespreking wat nou volg, behandel die eerste vier veranderings. Die eerste twee het te doen met die lokus van regeringsgesag. Die derde het te make met die kaderontplooiing in die openbare sektor. Die vierde het betrekking op die publiek se gedeeltelike oornome van die verantwoordelikheid vir fisiese beveiliging. (Die vyfde, sesde en sewende veranderings het betrekking op die waardegrondslag van die konstitusie. Die agste het te doen met die vervanging van die meertalige amptelike taalbedeling. (Veranderings vyf tot agt val vanweë ruimtebeperkings buite die bestek van die bespreking.)

Die onderhawige bespreking het betrekking op die tydperk sedert die inwerkingtreding van die tussentydse Grondwet in 1994 tot die leiersoorname in die African National Congress (ANC) aan die einde van 2017. Dit mag wees dat een of meer van die veranderings wat hier behandel word, onder die nuwe ANC-leierskap voortgesit sal word of dat nuwe veranderings, onder andere, veranderings wat die konstitusionele orde na ’n vorige toestand mag teruglei, onder die nuwe leierskap op hande is.

2. DIE DAADWERKLIKE VERANDERING VAN DIE SUID-AFRIKAANSE KONSTITUSIE

Die eerste twee items wat hier onder bespreek word, het te doen met die verskuiwing van die sentra van politieke mag in Suid-Afrika. Die eerste verskuiwing vind plaas tussen staatsorgane op die drie regeringsvlakke – nasionaal, provinsiaal en plaaslik. Dit is derhalwe 'n verskynsel wat steeds met die aanwending van die kategorieë van die konstitusionele reg soos federalisme en unitarisme hanteer kan word. Die tweede vorm van magsverskuiwing is veel meer verregaand. Dit is 'n verandering wat veral met die laaste jare van die Zuma-bewind verbind word. Hier migreer mag na instellings buite-om die staatsorgane wat in die Grondwet beskryf word, wat dan die nuwe setels en uitvoerders van regeringsgesag word. Die kategorieë en die terminologie van die konstitusionele reg leen hulself nie daartoe om hierdie verskynsel te beskryf nie. Konsepte van die politiek, meer bepaald die konsep hibriede regeringsgesag en dergelike ander moet derhalwe noodwendig aangewend word om hierdie verskynsel te beskryf. Dit is wat in afdeling 2.2 ter sprake kom.

2.1. Die sentra van die uitoefening van regeringsgesag (1) (kwasi-federalisme)

In die lig van die verdeling van bevoegdhede tussen die verskillende sfere van regering, kan geredeneer word dat die Suid-Afrikaanse Grondwet vir 'n kwasi-federale staatsvorm voorsiening maak. Dit is ten minste deels federaal aangesien provinsiale wetgewende bevoegdhede nie van nasionale wetgewing afgelei word nie, maar regstreeks uit die Grondwet voortspruit (vgl. die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 artikels 43 en 104 gelees met Bylae 4 en 5),⁴ dat die tweede huis van die nasionale wetgewer (die nasionale raad van Provinsies (NRP), tipies van 'n federale bestel, die provinsies (die federerende eenhede) verteenwoordig (artikel 42(4)) en dat die Konstitusionele Hof, eweneens tipies van 'n federale staatsvorm, onder andere, oor die jurisdiksie beskik om geskille tussen die nasionale en provinsiale sfere van regering te bereg (artikel 167(4)(a)).⁵

Nogtans is daar drie tendense wat daarop dui dat daar vanuit die staanspoor politieke kragte aan die werk was, wat die staatsvorm verander sonder dat die veranderinge by wyse van wysigings van die teks voorafgegaan is.

Die eerste is kragte wat die kwasi-federale staatsvorm deur praktyk in 'n sterk sentralistiese unitêre staatsvorm verander het.⁶ Hierdie kragte behels onder andere:

Eerstens: Die ANC regeer agt van die nege provinsies met die gevolg dat die aansporing om provinsies 'n eiesoortige karakter te besorg, ontbreek. Wat in die algemeen vir 'n federale orde vereis word, naamlik dat die federerende eenhede elkeen 'n besondere identiteit behoort

⁴ Hueglin en Fenna (2015) verwys na die bestel wat kragtens die Grondwet tot stand gebring is as 'n "federal system in all but name."

⁵ Dit is 'n tipiese eienskap van federasies dat die regbank oor die jurisdiksie beskik om aangeleenthede van hierdie aard te bereg. Vgl. byvoorbeeld De Villiers (2004:212-213).

⁶ Reeds betreklik vroeg na die inwerkingtreding van die Grondwet het hierdie sentralistiese tendense hulself vaardig begin maak. Sien hieroor Simeon en Murray (2001:65-92). Sien verder die opmerkings van De Villiers (2004:230) dat die peiling van die werklike stand van 'n (federale) staat vereis dat daar nie slegs by die konstitusionele bepalings oor die verdeling van wetgewende gesag volstaan kan word nie en dat die politieke kragte deurlopend onder die loep geneem moet word aangesien dit die werklike stand van die staatsvorm (en dus van die konstitusie) beduidend kan verander.

te hê, wat hulle graag wil bewaar en waaroor hulle ten dele by wyse van 'n vorm van selfregering wil beskik (Friedrich 1963:585; Kriek 1982:174), ontbreek dus.

Tweedens, is die ANC op sigself 'n sterk gesentraliseerde politieke beweging en beheer gevolglik al die provinsies waar hy aan bewind is, vanuit 'n enkele partysentrum (Steytler 2001:240-254; Welsh 2004:5-21). Hieroor sê strategie-raadgewer en politieke risiko-analis, Heinrich Matthee:

The ANC has adopted 'democratic centralism' as a central policy: this means that the making of all policy decisions is concentrated in the National Executive Council (NEC), the ANC's highest decision-making body. This policy is not only indifferent to the federal structure and multiple centres of policy-making envisaged by the South African Constitution. In its execution, it is corroding the democratic checks and balances built into the Constitution. (Matthee 2014:7)

'n Ander politieke ontleder, William Gumede, verduideik verder:

All too often, democratic centralism, or 'vanguardism' – which the ANC has adopted as its operational model – serves only to perpetuate the notion of a small group of people operating in the name of democracy, but in fact taking decisions and enforcing them without a mandate from the electorate. (Gumede 2008:305)

'n Derde faktor is dat provinsiale administrasies swak is met die gevolg dat gesentraliseerde ingryping en leiding deurlopend noodsaaklik is (Simeon & Murray 2001); dat plaaslike regering op talle plekke in duie gestort het wat provinsiale en meer bepaald soms nasionale ingryping verg. Die gesamentlike gevolg hiervan is dat die kwasi-federale aard van die staat vanweë hierdie politieke kragte spoedig, sonder dat dit by wyse van 'n wysiging van die Grondwet voorafgegaan is, verander het en sentralisties-unitêr geword het, in plaas van kwasi-federaal.

Tweedens is daar daarenteen meer onlangs ook sterk middelpuntvliedende kragte aan die werk, wat die staatsvorm tans weer in 'n teenoorgestelde rigting verander. Drie kragte is ter sake:

- Die (tot onlangs) toenemend verstewigende opposisieparty, die Demokratiese Alliansie, wat die Wes-Kaap sedert 2009 met klaarblyklike sukses regeer en juis daaraan 'n eiesoortige karakter verskillend van die res van die land wil gee. Dit dui op 'n federale eerder as 'n unitêre tendens en meer bepaald op asimmetriese federalisme;
- Die onderlinge twiste in die ANC en meer bepaald die struweling tussen die Gautengse ANC en die partyleiding onder president Zuma, wat eweneens op 'n bepaalde vorm van asimmetrie dui. Vanweë die leiersverandering in die ANC in Desember 2017, is daar aanduidings dat KwaZulu-Natal hierdie rol kan oorneem.
- Derdens is daar die opposisie (Die DA in samewerking met ander opposisiepartye) se oorname van etlike van die land se groot stede – eers Kaapstad in 2011 en sedert 2016 ook die Tshwane-metropool, Johannesburg en die Nelson Mandela-metropool. Dit is eweneens 'n sterk middelpuntvliedende krag wat die moontlikheid inhou om die daadwerklike staatsvorm beduidend te verander. Tydens die finale afronding van hierdie artikel is daar egter duidelike tekens van uitrafeling van die samewerking tussen die DA en die EFF asook aanduidings van toenadering tussen die ANC en EFF, wat op die duur weer 'n sterk sentraliserende krag mag wees.

Belangrik ten opsigte van al hierdie tendense is dat die daadwerklike konstitusie deurlopend deur politieke kragte verander word sonder dat die teks van die Grondwet by wyse van wysiging

hoegenaamd ter sprake is. Hierdie veranderings van die konstitusionele struktuur is dus die regstreekse gevolg van die dinamika van die politieke gebeure, terwyl die formele wysiging van die teks ooreenkomstig die Grondwet se eie wysigingsbepalings heeltemal uit die prentjie is.⁷

2.2. Die sentra van die uitoefening van regeringsgesag (2) (Hibriede regeringsgesag)

Die Grondwet bevat as uitdrukking van die legaliteitsbeginsel gedetailleerde bepalinge waarvolgens die uitoefening van elke aspek van owerheidsgesag – wetgewend, uitvoerend, regsprekend, administratief, polisiërend, militêr, monetêr, ens – aan tersaaklike staatsorgane toegedeel word. Gevolglik beskik die totaliteit van staatsorgane gesamentlik oor alle regeringsgesag en word geen aspek van regeringsgesag aan enige magsformasie (privaat, burgerlik of besigheid) anders as die tersaaklike staatsorgane toegedeel nie. Alle regeringsgesag spruit uit die Grondwet voort. Dit altans behoort die posisie kragtens die Grondwet te wees.

Desondanks het daar sedert 1994, in toenemende mate, wat in die politieke wetenskap as 'n hibriede bestel van regering (Matthee 2015:31) beskryf word, tot stand gekom. In 'n neutedop behels dit dat mag migreer weg van die tersaaklike konstitusioneel verordende staatsorgane na ander magsformasies, waarin dit volgens die Grondwet nie behoort te setel nie. Dit is wat volgens Matthee, wat baanbrekerswerk op hierdie gebied gedoen het, in Suid-Afrika aan die gebeur is. Hy verklaar “The locus of politics has shifted from accountable democratic institutions to a field of power in which weak democratic institutions and non-democratic institutions interact” (Matthee 2015:31). Die gevolg hiervan is dat magsformasies, anders as dié deur die Grondwet aangewese staatsorgane regeringsgesag inpalm en as die daadwerklike uitoefenaars van regeringsgesag beklee word. Die staatsorgane wat die betrokke aspek van regeringsgesag moet uitoefen, is nog daar, maar word in wese in beduidende mate blote fronte waaragter die eintlike maghebbers sonder enige grondwetlike sanksie aan die werk is. Daar is verskeie magsformasies waarheen gesag gemigreer het.

Eerstens is die African National Congress (ANC) se eie strukture, meer bepaald die Nasionale Uitvoerende Komitee, die Nasionale Werkkomitee en die ses sentrale figure (die sogenaamde groot ses) in die party – die president, adjunkpresident, die sekretaris-generaal, die adjunk-sekretaris, nasionale voorsitter en die tesourier-generaal – dikwels die eintlike regering in plaas van die nasionale uitvoerende gesag (die kabinet) en die Parlement waarvoor in die Grondwet voorsiening gemaak word. Die kernbesluite van regering word in hierdie strukture in plaas van die aangewese grondwetlike strukture geneem.⁸

Matthee (2013:11) verduidelik:

The ANC NEC has tremendous power over elected MPs. The system of closed-list proportional representation assigns legislative seats to candidates based on their relative position on a party list, and the NEC draws up the ANC's party list. Even elected MPs can be redeployed by the ANC NEC and replaced by another ANC cadre. The non-

⁷ In Kanada het die konstitusie eweneens nie wysigings ondergaan nie, maar nogtans vanweë politieke gebeure van 'n middelpuntvliedende aard in 'n veel losser federasie ontwikkel as wat die grondwetlike teks suggereer. In Indië het die politieke gebeure weens die struktuur van die konstitusie verander sonder dat dit in formele wysigings van die grondwet neerslag gevind het. Vgl. hieroor Simeon (1998:46) en De Villiers (2004:227).

⁸ Matthee (2013) verduidelik: “Strict enforcement of ANC party discipline against ANC MPs has weakened national legislative oversight of the executive. Formally, legislative authority is vested in Parliament, but in practice its role has been reduced to approving bills drafted by the ANC-led executive. Behind the formal structures and processes, cadre deployment and the party rules.

parliamentary wing of the ANC dominates the parliamentary wing. Unelected party functionaries thus set the national government's policy priorities. The public officials subject to electoral accountability tend to be subordinated to the unelected party functionaries. Politics are pulled out of the elected legislature into the party and into processes that lie outside Parliament, and do not need to comply with the same norms of transparency, participation and accountability.⁹

Tweedens is daar die groeiende magskonsentrasie in die kabinet rondom die persoon van die president, skynbaar in samehang met sekere gedeeltes van die veiligheidsmagte ("security cluster"). Kaderontplooiing (wat onmiddellik hierna onder die volgende opskrif bespreek word) naamlik die aanstelling van lojaliste van die regerende party (of faksies van die regerende party) speel 'n belangrike rol hierin.¹⁰ Belangrike regeringsbesluite word hier, in plaas van in die parlement, kabinet of in die tersaaklike staatsdepartement of ander staatsorgaan geneem. Een van die gevolge hiervan is dat verantwoordingdoening deur die uitvoerende gesag aan die wetgewer skipbreuk ly, eenvoudig omdat uitvoerende besluite in hierdie nie-amptelike strukture eerder as in nasionale uitvoerende gesag self geneem word. Die werking van die grondwetlike bepalinge oor verantwoordbaarheid en deursigtigheid word hiermee ook weggekalwe.¹¹

Derdens, en die belangrikste, is dat die ANC en die regerende drieparty-bondgenootskap in toenemende mate deur onderlinge twiste en magstryd geteister word. Die onderlinge stryd is al baie jare aan die gang. Dit het reeds sterk op die voorgrond getree in die stryd tussen die Zuma- en die Mbekifaksies in aanloop tot die ANC vyfjaarlikse kongres in Polokwane in Desember 2007. Faksies binne die party onderhou bande met private instellings veral in die sakewêreld, ten einde hulle eie posisie te versterk terwyl dié sakelui daarenteen juis van hulle bande met 'n betrokke faksie gebruik maak om hulle eie belange te bevorder. Die slotsom is dat deurslaggewende regeringsbesluite wesenlik die produk van die onderlinge samewerking tussen dié sakelui en die betrokke faksie is. Die besluite het betrekking op aanstelling in die staatsdiens, staatsbeheerde ondernemings ("state owned enterprises" – SOE's), en staatsdepartemente en die regstrydige toestaan van staatskontrakte aan maatskappye onder die beheer van mense met hegte bande met bepaalde faksies in die ANC. Die noue bande tussen die oudpresident van die ANC, Jacob Zuma, sy familie en sy faksie, met die vooraanstaande Gupta-sakefamilie is die treffendste voorbeeld hiervan. Dit is na hierdie verskynsel waarna as staatskaping ("state capture") verwys word.

Volgens talle aanduidings het staatskaping Suid-Afrika reeds in 'n hibriede regime verander, namate die regeerfunksie nie meer deur die grondwetlike aangewese instellings nie, maar deur 'n mengsel van amptelike regeringsinstellings, saam met 'n tafereel van ander formasies behartig word. Die Openbare Beskermer se *Capture of the state*-verslag van Oktober 2016 het hierdie verskynsel prominent in die ope gebring (Openbare beskermer, 2016).

Die mate waarin Suid-Afrika na 'n hibriede regime beweeg het, is verder toegelig deur 'n verslag van Mei 2017 van 'n navorsingspan bestaande uit akademici van vier universiteite

⁹ Vgl. verder Choudhry (2009:17-18, 33-35).

¹⁰ Matthee (2015: 7) verklaar hieroor: "Patronage has turned cadre deployment into a policy that does not only ensure control on the party's behalf, but has also morphed into a means to ensure the unfettered power of the presidency."

¹¹ Bepalinge van hierdie aard kom oral in verskeie kontekste in die Grondwet voor byvoorbeeld in artikel 1, 41 (1)(c), 57(1)(b), 70(1)(b), 116(1)(b), 152(1)(a), 181(5), 195(1)(f), 196(5), 199(8) en 215(1).

(Bhorat et al. 2017). Volgens die verslag was daar in werklikheid 'n stille staatsgreep in Suid-Afrika, "(t)hat has removed the ANC from its place as the primary force for transformation in society" (Bhorat et al. 2017:1). Naas die staat is daar gevolglik ook wat hulle 'n skadustaats noem. Die span waarmee Suid-Afrika te doen het, is nie bloot gootskaalse individuele gevalle van korrupsie nie maar:

- (a) political project at work to repurpose state institutions to suit a constellation of rent-seeking networks that have been constructed and now span the symbiotic relationship between the constitutional and shadow state. This is akin to a silent coup. (Bhorat et al. 2017:1)

Daar bestaan gevolglik 'n simbiotiese verhouding tussen konstitusionele staat en die skadustaats, wat hierdie staatsgreep uitvoer en sy projek deurvoer. Die kabinet wat kragtens die Grondwet veronderstel is om die swaartepunt van die uitvoerende gesag te wees, is opsy geskuif. In plaas daarvan setel die uitvoerende gesag op 'n aantal ander plekke:

There is evidence that Zuma tends to govern via a set of 'kitchen cabinets' comprising selected groups from different networks. Kitchen cabinets are small informal reference groups that are convened on an as-needed basis. They can also be shell structures that are activated when needed...they have been known to be drawn from the state security establishment, Gupta networks, SOE sector, sub-groups of cabinet ministers and deputy ministers, family networks, international networks (e.g., Angola, Russian intelligence), key black business groups, the ANC (in particular the Premier League and Magashule), and selected loyalists in the public service (usually loyal director generals). (Bhorat et al. 2017:35)

In die plek van die regering wat deur die Grondwet ingestel is, het daar dus vanweë politieke en dergelike kragte 'n beduidend andersoortige regering tot stand gekom.

Die gemeenskaplike faktor in al drie die gevalle is dat die staatsorgane – die president, kabinet, staatsdepartemente – wat kragtens die Grondwet met gesag soos in die betrokke grondwetlike bepalings bekleed is, die gesag prysgee en dat die gesag na 'n verskeidenheid van ander strukture van die ANC, faksies van die ANC en sake-ondernemings verskuif. Daar kom dus naas die grondwetlike instellings ander instellings tot stand wat regeringsmag deels van die grondwetlike instellings oorneem. Uitoefening van regeringsgesag raak derhalwe hibried en verspreid. In die algemeen kan 'n mens jou derhalwe nie slegs op grondwetlike bepalings verlaat om te bepaal waar regeringsgesag werklik setel nie. Die stand van die hibriede regime in Suid-Afrika teen die middel van 2017 word treffend soos volg deur die Suid-Afrikaanse *Sunday Times* in 'n redaksionele kommentaar verwoord:

Exactly who is in charge in the country? That is the urgent question arising from the latest episode in the long-running political soap opera involving Brian Molefe, Escom, parliament and the government.... Clearly power now lies neither in Luthuli House, nor the Union Buildings,¹² where the cabinet meets on the second Wednesday of each month. It lies with an unelected cabal of individuals hellbent on using the state to enrich themselves at the expense of the country. They are able to do so because the democratically elected president of the country allows, and even encourages, them in this. (Sunday Times, 14 Mei 2017)

¹² "Union Buildings" verwys na die setel van die uitvoerende gesag in Pretoria en "Luthuli House" na die ANC se hoofkwartier in Johannesburg.

Hierdie toedrag van sake het veral gedurende die laaste jare van die Zuma-bewind vaart gekry. Onder sy nuwe leierskap blyk daar 'n verbintenis by die ANC te wees om hierdie tendens om te keer.

Die magsmigrasie wat pas hier behandel is, beklemtoon die noodsaak dat die politieke gebeure deurlopend noukeurig nagegaan moet word om die werklike sentra van regeringsmag te identifiseer en die stand van die konstitusie te bepaal. Die Grondwet verloor dus sy beskrywende funksie en maak derhalwe 'n wanvoorstelling oor die eintlike lokus van regeringsgesag.¹³

Kaderontplooiing en die gevolglike patronaatskapstaat is nou met die hibriede aard van regering verstrengel. Dit word vervolgens bespreek.

2.3. Kaderontplooiing en die patronaatskapstaat

Volgens die Grondwet moet die openbare sektor, wat die staatsdiens insluit, onpartydig en professioneel wees. Dienooreenkomstig is die vorming van patronaatskappe, dit wil sê, aanstellings, bevorderings, dienslewering en die toeken van kontrakte in die openbare sektor op grond van betrokkenheid by en/of in ruil vir lojaliteit aan die regerende party of enige faksie (meer bepaald die toonaangewende faksie in die regerende party) ontoelaatbaar. Dit word in besonderhede in artikel 195 uitgespel, wat die *basiese waardes en beginsels wat openbare administrasie beheers*, uiteensit.¹⁴ Dit is veral duidelik uit die volgende waardes en beginsels: 'n Hoë standaard van beroepsetiek; die voordelige, ekonomiese en doeltreffende aanwending van hulpbronne; onpartydige, regverdige, billike dienslewering sonder vooroordeel; aandagbesteding aan mense se behoeftes en publieke aanmoediging om aan beleidsvorming deel te neem; verantwoordingspligtigheid in openbare administrasie; deursigtigheid deur die tydige, toeganklike en korrekte voorsiening van inligting aan die publiek; bekwame bestuur van menslike hulpbronne en geskikte loopbaanontwikkelingspraktyke.

Daar is etlike ander bepalings elders in die Grondwet, wat ook op die een of ander wyse op die funksionering van staatsorgane en die howe betrekking het, wat eweneens die beginsels van professionaliteit, onpartydigheid, en diens aan die geheel, in plaas van 'n blote partyskap

¹³ Hierdie kwessie is vanuit verskillende hoeke uitvoerig toegelig byvoorbeeld deur Ackerman (2006:1738 et seq); Griffin (1990); Tushnet (2009); Van der Hoeven en De Plaats (1958) en hoofstukke van verskeie skrywers in Mclouglin en Walker N (reds) (2007). Dit is ook die gevolgtrekking waartoe gekom word deur Malan (2015).

¹⁴ Artikel 195(1) lui: Basiese waardes en beginsels wat openbare administrasie beheers
(1) Openbare administrasie word beheers deur die demokratiese waardes en beginsels wat in die Grondwet verskans is met inbegrip van die volgende beginsels:
(a) 'n Hoë standaard van beroepsetiek moet bevorder en gehandhaaf word. (b) Die voordelige, ekonomiese en doeltreffende aanwending van hulpbronne moet bevorder word; (c) Openbare administrasie moet ontwikkelingsgerig wees; (d) Dienste moet onpartydig, regverdig, op billike grondslag en sonder vooroordeel gelewer word; (e) Aandag moet aan mense se behoeftes gegee word, en die publiek moet aangemoedig word om aan beleidsvorming deel te neem; (f) Openbare administrasie moet verantwoordingspligtig wees; (g) deursigtigheid moet bevorder word deur die publiek van tydige, toeganklike en korrekte inligting te voorsien; (h) Bekwame bestuur van menslike hulpbronne en geskikte loopbaanontwikkelingspraktyke moet ontwikkel word ten einde menslike potensiaal tot die maksimum te ontsluit; (i) Openbare administrasie moet in die breë verteenwoordigend wees van die Suid-Afrikaanse bevolking, met indiensnemings- en personeelbestuurspraktyke wat gebaseer is op vermoë, objektiwiteit, billikheid en die behoefte om die wanbalanse van die verlede reg te stel ten einde breë verteenwoordiging te bewerkstellig. (Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika).

onderskryf, naamlik artikel 165(2) wat op die regbank betrekking het,¹⁵ artikel 179(4) wat betrekking het op die funksionering van die Openbare Vervolgingsgesag;¹⁶ en verskeie bepalings in artikel 193, wat betrekking het op die aanstelling van liggame kragtens hoofstuk 9 van die Grondwet.¹⁷ Die (afsonderlike en gesamentlike) uitwerking van al hierdie waardes, beginsels en dergelike bepalings is dat partydige aanstellings en bevorderings op grond van vereenselwiging met en lojaliteit en diens aan slegs 'n faksie – 'n party, 'n leier, 'n faksie van 'n party, ens. – in plaas van die geheel, grondwetlik verwerplik is. In kort, die Grondwet is onomwonde in sy verwerping van 'n patonaatskapstaat, oftewel die *neopatrimonial state* soos wat dit in die taal van die politieke wetenskap, onder andere deur Fukuyama (2015) gebruik word. Die patonaatskapstaat is die teenoorgestelde van die moderne administratiewe staat. Die tipiese moderne administratiewe staat het 'n onpersoonlike aard. Anders as die eertydse dinastiese staat (Malan 2011:42-50), waarvolgens die staat heg met die persoon van die monarg en sy familie verweef was, is die moderne staat onpersoonlik. Daar is 'n helder onderskeid tussen die staatshoof, sy familie en sy party aan die een kant en die onpersoonlike staat aan die ander kant. Die staat word nie in die eerste plek tot die voordeel van die staatshoof, sy familie of die regerende party regeer nie, maar tot voordeel van die geheel. Dienooreenkomstig word openbare aanstellings ook nie gemaak op grond van persoonlike vriendskappe, partybande of besigheidsbande nie, maar op grond van tersaaklike meriete en kundigheid (Fukuyama 2014:26-27).¹⁸

Sedert die Grondwet in werking getree het, het sterk kragte hulself laat geld, wat uiteindelik hierdie waardes en beginsels opsy geskuif en dit ten minste ten dele met ander vervang het. Die gevolg hiervan is dat Suid-Afrika juis, anders as wat die Grondwet beoog, 'n patonaatskap-karakter aangeneem het. Die mees tersaaklike krag is die ANC se totalitêre politiek, soos konsekwent in die ANC se beleidsdokumente uiteengesit, naamlik om partybeheer oor alle hefbome van mag en alle sfere van die samelewing te vestig. Hierdie totalitêre projek word vervat in die sambreelterm “transformasie,” wat in die dekades sedert die inwerkingtreding van die Grondwet die meesterkonsep van die Suid-Afrikaanse politiek-konstitusionele orde geword het. 'n Sinoniem daarvoor, volgens die ANC se eie deels Leninisties geïnspireerde terminologie (Du Toit et al. 2016:114) is die sogenaamde nasionaal demokratiese rewolusie. Die strategie wat ingespan word om hierdie doelwitte te bereik staan, na voorbeeld van, onder andere, die toenmalige kommunistiese bewind in die Sowjet Unie as demokratiese sentralisme bekend. Daarvolgens moet alle sleutelsentra van gesag onder beheer van die ANC – meer

¹⁵ Artikel 165 (2) lui: Die howe is onafhanklik en onderworpe slegs aan die Grondwet en die reg, wat hulle onpartydig en sonder vrees, begunstiging of vooroordeel moet toepas (Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika).

¹⁶ Artikel 179(4) lui: Nasionale wetgewing moet verseker dat die vervolgingsgesag sy funksies sonder vrees, begunstiging of vooroordeel verrig (Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika).

¹⁷ Artikel 193 lui onder andere: (1) Die Openbare Beskermer en die lede van enige kommissie deur hierdie Hoofstuk ingestel, moet vroue en mans wees wat- (b) geskikte en gepaste persone is om die bepaalde amp te beklee; en (c) voldoen aan enige ander vereistes wat deur nasionale wetgewing voorgeskryf word.

(3) Die Ouditeur-generaal moet 'n vrou of 'n man wees wat 'n Suid-Afrikaanse burger en 'n geskikte en gepaste persoon is om die amp te beklee. By die aanstelling van die Ouditeur-generaal moet gespesialiseerde kennis of ervaring van ouditering, staatsfinansies en die openbare administrasie behoorlik in aanmerking geneem word (Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika).

¹⁸ Fukuyama se twee bundels, waarvan hierdie die tweede is (die eerste is *The origins of political order* wat in 2011 verskyn het), is wesenlik toegewy aan die tema van die ontwikkeling van die moderne onpersoonlike administratiewe staat.

bepaald die sentrale besluitnemingsliggame van die ANC – geplaas word. Dienooreenkomstig het die ANC oor die jare by herhaling dit as sy doelwit verklaar dat die nasionale bevrydingsbeweging soos beliggaam in die ANC, oor alle sentra van mag beheer moet uitoefen. Daarby is inbegrepe die weermag, polisie, die staatsdiens, intelligensie-agentskappe, die regbank, staatsondernemings, regulatoriese liggame, die openbare uitsaaier en die sentrale bank. Mettertyd is die private sektor hieraan toegevoeg.¹⁹ Dit is op sterkte van hierdie totalitêre doelwitte, wat die ANC sy eie ondersteuners – sy kaders – oral, dikwels agter die legitieme skyn van grondwetlike toelaatbare regstellende aksie en swart ekonomiese bemagtiging, in die gemelde sektore aangestel, oftewel in die ANC se terme, “ontplooi” het.

Hierdie totalitêre politiek is die hoofverklaring vir die algemene verskynsel van kaderontplooiing in Suid-Afrika. Dit is nie bloot die een of ander tydelike toevalligheid of verbygaande misplasing nie. Dit is ’n sentrale aspek in die ANC se ideologiese projek.

Ofskoon grondwette, met inbegrip van die Suid-Afrikaanse Grondwet, dit nie uitdruklik erken nie, is dit natuurlik nie vreemd dat leiers en partye hulle eie ondersteuners in senior posisies in die openbare sektor aanstel nie. Dit is trouens heeltemal aanvaarbaar, aangesien die regerende leierskap beswaarlik op opponente kan vertrou om sy beleidsprogramme uit te voer, veral waar sodanige beleid ideologies skerp omlin is. Daar is egter ’n wesenlike kwalifikasie. Dit is dat diegene wat aangestel word, ofskoon hulle ondersteuners is, terselfdertyd geskikte en bekwame professionele persone vir die betrokke poste moet wees. Dit geld natuurlik veral wanneer die aanstellings in liggame gemaak moet word wat gespesialiseerde kennis en ervaring vereis. Kaderontplooiing kan in sodanige omstandighede aanvaarbaar wees, maar dan alleen indien die betrokke kader professioneel vir die betrokke pos geskik is, meer bepaald indien hy of sy een van die mees geskikte persone vir die betrokke pos is. Dit, per slot van sake is juis wat die aangehaalde grondwetlike bepalinge regstreeks of onregstreeks vereis.

Die patronaatskapstaat het in Suid-Afrika omvattende afmetings aangeneem. Dit blyk uit die buitensporig opgeblase en nouliks bekostigbare openbare sektor. Die aantal staatsamptenare sedert 1994 het tot meer as drie miljoen toegeneem. Nagenoeg 12 persent van die BBP word op die staatsdiens bestee. Dit vergelyk nadelig met verskeie ander state waar besteding op die staatsdiens beduidend laer is, byvoorbeeld Rusland (3.7%), Brazilië (4.4%), Nigerië (4%) en Egipte (6.9%) (Matthee 2013:6-7). Matthee haal Stephen Mulholland, voormalige redakteur van die *Financial Mail* en *Business Day* aan, wat in 2013 die Suid-Afrikaanse staatsdiens soos volg beskou het:

What we have seen is not a steady, planned expansion to serve the people’s needs, but jobs for pals, obscene salaries, expensive cars, lavish travel and extravagant bonuses. (Matthee 2013:6-7)

Bowendien het salarisse teen ’n koers hoër as inflasie toegeneem. Wat wesenlik gebeur het, is dat belastingbetalers die ANC se groeiende kadergevoede patronaatskapmasjien moet onderhou (Matthee 2015). Terselfdertyd het die private sektor gekrimp. Wat meer is, is dat die salarisse in die openbare sektor nou beduidend hoër is as in die privaat sektor (Johnson 2015:176-177), iets wat vroeër ongekend in Suid-Afrika was. Wat uit hierdie patronaatskap

¹⁹ Matthee (2015:42) verklaar: “The ANC pursues democratic centralism by a policy of cadre deployment. This policy entails placing party loyalists in “key centres” of power. The ANC conference in 1997 identified these centres of power as “the army, the police, the bureaucracy, intelligence structures, *the judiciary* [my italics], parastatals, and agencies such as regulatory bodies, the public broadcaster, the central bank and so on”. The 2007 ANC Polokwane conference, during which Jacob Zuma was elected as president of the ANC, added the ‘private sector’.”

en voortspruitende kaderontplooiing ontstaan het, noem politieke kommentator, RW Johnson 'n verorberende burokratiese bourgeoisie – “predatory bureaucratic bourgeoisie”.

Tans het Suid-Afrika 'n nypende tekort aan geskikte openbare ampsbekleërs met die nodige gespesialiseerde kennis om 'n goed-funksionerende en doeltreffende openbare sektor te onderhou. Ofskoon kaders lojaal aan die party(leiding) mag wees, is hulle dikwels eenvoudig nie geskik vir die instellings waarin hulle ontplooi word en aan die hoof waarvan hulle dikwels gestel word nie. Hierbenewens word die openbare sektor met kroniese en wydlopende korrupsie geteister. Dit is nie aan die ANC leiding onbekend nie. Trouens, senior ANC-funksionarisse het 'n donker prentjie geskets van hoe korrupsie deur die hele openbare sektor suurdeeg.

Waarmee ons hier te kampe het, is 'n ingeboude teenstrydigheid in die ANC se ideologiese mondering. Aan die een kant is 'n behoorlik funksionerende openbare sektor noodsaaklik om 'n totalitêre orde te vestig. Kaderontplooiing ry dit aan die ander kant egter in die wiele, aangesien die kaders juis dikwels nie in staat is om die pligte van staatsfunksionarisse te kan vervul nie. Die totalitêre staat kan derhalwe nie behoorlik gevestig word nie omdat onbekwame kaders nie 'n funksionerende staat kan onderhou nie.

Kaderontplooiing met die gepaardgaande ontplooiing van onbevoegde personeel is klaarblyklik een van die belangrikste oorsake vir die wydverspreide induiestorting van munisipale regering, die agteruitgang van provinsiale regering en nasionale staatsdepartemente, die wanfunksionering van die polisiediens (wat in die volgende afdeling aan die bod kom), die ernstige probleme waaraan die vervolgingsgesag nou al vir bykans 'n dekade uitgelewer is, die skouspelagtige mislukking van staatskorporasies soos Eskom, Transnet, die Suid-Afrikaanse Lugdiens, die Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie en dergelike ander en die grootskaalse verspilling van staatsfondse. Die afnemende vermoë van staatsorgane om basiese dienste te lewer, word inderdaad wyd aan kaderontplooiing toegeskryf.

Met betrekking tot staatsdepartemente het die Management Performance Assessment Tool (MPAT) van 2012/13, wat in September 2013 deur die destydse minister in die Presidensie vrygestel is, 'n sombere prentjie van wanfunksionering aan die lig gebring.²⁰

Wat betref die staat se intelligensie-agentskappe het Ronnie Kasrils, 'n stigterslid van die ANC se gewapende vleuel, Mkontho we Siswe (MK) en Intelligensie-minister vanaf 2004 tot 2008, verklaar dat die Intelligensiediens 'n instrument van die regerende party geword het en dat beamptes vir die ANC eerder as vir die staat gewerk het. Kasrils het in 2008 'n verslag daaroor aan die die ANC-leiding oorhandig, maar daar het klaarblyklik geen regstellende optrede gevolg nie.

Gedurende die heftige leierskapstryd met die oog op die vervanging van oudpresident Mbeki in 2007 is die intelligensiedienste deur die wedywerende opponerende faksies teen mekaar ingespan. Daar word aangevoer dat die State Security Agency (SSA) onder president Zuma erg verpolitiseer en buite beheer geraak het (Jordan 2015; Sole 2015).

Daar is reeds herhaaldelik beswaar teen kaderontplooiing gemaak juis omdat dit die staatsadministrasie so verinneweer en 'n neerdrukkende uitwerking het op die gehalte van openbare dienste. Trouens, die howe het hulself ook al by geleentheid oor onvanpaste aanstellings

²⁰ 80% were non-compliant in service delivery improvement requirements; 76 % were non-compliant in ensuring that they had policies and systems for promoting professional ethics; 64 % were non-compliant with the legal requirements for fraud prevention; 74% were non-compliant with the Department of Public Service and Administration directive that their organisational structure should reflect funded posts only; 88 % were non-compliant with human resource planning; and 60 % did not have processes in place for detecting and preventing unauthorised expenditure, addressing audit findings and communicating findings to responsible officials. Vgl Mathee (2013:6-7).

uitgelaat (sonder om noodwendig na kaderontplooing te verwys.)²¹ Die howe se ingryping kan egter slegs individuele gevalle hanteer. Howe kan nie 'n sistemiese vraagstuk soos kaderontplooing remedieer nie en is inherent slegs in staat om individuele uitsonderingsgevalle van regsverbreking te probeer regstel. Die regbank kan nie algemene gedragspatrone omkeer nie. Wat meer is, is dat die samestelling van die howe self ten minste ten dele die gevolg van kader-verwante praktyke is. Daar word per slot van sake deurlopend deur die Regterlike Dienskommissie vereis dat 'n aspirantregter ten einde 'n geskikte kandidaat te wees, transformatief gesind moet wees net soos dit ook van regeringsweë vereis word (Malan 2014:1974-1981; Moerane 2003:713).²² Hoofregter Mogoeng het trouens die stelling gemaak dat die uitnemendste van die beses nie noodwendig op die regbank aangestel hoef te word nie. Die stelling kan regstreeks met die verskynsel van kaderontplooing in verband gebring word.

Daar is geen teken dat die ANC – ook na die leiersverandering van Desember 2017 – van kaderontplooing sal afsien nie. Inderdaad het die eertydse hoofsekretaris en tans voorsitter van die party, Gwede Mantashe, kritiek teen kaderontplooing herhaaldelik, onder andere in September 2011 en Junie 2014 onomwonde verwerp en verklaar dat kaderontplooing hier is om te bly (Staff reporter 2011; Seale 2014). Kaderontplooing is die middel waarmee 'n patronaatskapstelsel oor die afgelope dekades sedert die ANC se bewindsoorname in 1994 gevestig is. Daarvolgens versorg die ANC sy politieke volgelinge in ruil vir diens en loyaliteit aan die ANC (of die beherende faksie) (Breedvoerig bespreek deur Johnson 2015).

Wat gebeur het, is dat kaderontplooing voortspruitend uit die ANC se magsgreep en sy transformasieprojek 'n deurslaggewende konstitusionele beginsel geword het en terselfdertyd die tersaaklike bepaling van die teks van die Grondwet opsy geskuif het. 'n Beduidende konstitusionele verandering is derhalwe weer voltrek sonder 'n voorafgaande tekswysiging ooreenkomstig die Grondwet se wysigingsbepalings. Weereens sien die (daadwerklike) konstitusie anders daaruit as wat die grondwetlike teks suggereer.

2.4. Die verantwoordelikheid vir beveliging

Die staat veronderstel 'n voorwaardelike sessie-ooreenkoms, waarvolgens elkeen sy/haar reg om self eie lewe, liggaam en eiendom teen onregmatige aanvalle te verdedig aan die owerheid oordra, wat vanweë dié sessie die verpligting het om die beskermingsfunksie deurlopend doeltreffend namens hulle te behartig (Malan 2007). Dit is na aanleiding hiervan dat die staat volgens Max Weber (1962) se befaamde formulering beskou kan word as die instelling waarin die monopolie op wettige geweld vestig. Die staat se verpligting om die verantwoordelikheid doeltreffend na te kom, moet beklemtoon word, want sodra dit nie gebeur nie, val die reg om dit self te doen deur regswerking onverwyld terug op die tersaaklike persone. Die sessie is dus inderdaad voorwaardelik. Sodra die staat – die betrokke staatsorgaan – dit nie kan doen nie, herleef die reg om dit self te doen in die vorm van regmatige noodweer outomaties.²³ Dit

²¹ Waarskynlik die bekendste geval was die van Menzi Simelane. Hy is as nasionale direkteur van die openbare vervolgingsgesag aangestel in weerwil van die bevinding van 'n kommissie van ondersoek dat hy nie geskik is om 'n openbare pos te beklee nie. Vgl *Democratic Alliance v President of the RSA* 2012 12 BCLR 1297 (CC).

²² Vgl. ook die uitsprake van ANC-parlementslid en voormalige adjunkminister van justisie, Johnnie de Lange soos aangehaal uit die Hansard (Februarie 17, 2003, 128-124).

²³ Dienooreenkomstig verklaar strafregdeskundige Snyman (2002) gepas soos volg: "The rules relating to private defence presuppose that the police authorities, whose task it is to protect the citizens from unlawful attack, function reasonably adequately. What is the position if the functioning of

is teen hierdie agtergrond dat die grondwetlike bepalings – ook dié in die huidige Suid-Afrikaanse Grondwet, wat hier onder ter sprake is – beskou moet word. Hierdie bepalings versinnebeeld die owerheid se verpligting om sy beskermingsfunksie doeltreffend namens en ter wille van die burgers te vervul.

Skendings van die reg op veiligheid kom in alle bedelings voor. Die instandhouding van die grondwetlike orde is egter daarvan afhanklik dat sodanige skendings slegs by hoogste uitsondering voorkom, en dat die staatsorgane wat met die strafregstelsel gemoeid is, sodanige verbrekings doeltreffend kan vervolg. Sodra misdaad wyd voorkom, en/of indien die tersaaklike staatsorgane nie by magte is om dit doeltreffend te vervolg nie, versink die grondwetlike orde in 'n toenemende mate in verval. Dan skiet die gevalle van terug-sessie vanaf die owerheid na die burgers om die beskermingsfunksie self te behartig die hoogte in. Hoe meer dit gebeur, des te meer kom die grondslae van die betrokke grondwetlike orde in die gedrang. Die tersaaklike grondwetlike bepalings wat die behartiging van die owerheid se beskermingsfunksies reël, verval dan. Vir sover die burgers in toenemende mate dan self die veiligheidsfunksie vervul, kan daar vanweë die nuwe praktyk nuwe – vervangende – konstitusionele reg naas of in die plek van die grondwetlike bepalings tot stand kom.

Etlike bepalings van die Suid-Afrikaanse Grondwet is pertinent vir die onderhawige tema ter sake. Artikel 198 sit die grondliggende beginsels wat nasionale veiligheid beheers, uiteen. Die vierde beginsel, vervat in artikel 198 (d) bepaal dat: “(d) Nasionale veiligheid aan die gesag van die Parlement en die nasionale uitvoerende gesag onderworpe is. Volgens artikel 199 (1) bestaan die veiligheidsdienste van die Republiek uit 'n enkele weermag, 'n enkele polisie diens en enige intelligensiedienste wat ingevolge die Grondwet ingestel word. Volgens artikel 199 (3) mag benewens die veiligheidsdienste ingevolge die Grondwet ingestel, gewapende organisasies of dienste slegs ingevolge nasionale wetgewing ingestel word. Artikel 205, wat spesifiek op die polisie betrekking het, omskryf die doelstellings van die polisie diens in subartikel (3) as om misdaad te voorkom, te bestry en te ondersoek, die openbare orde te handhaaf, die inwoners van die Republiek en hul eiendom te beskerm en te beveilig, en die reg te handhaaf en toe te pas. Hierdie bepalings is veronderstel om almal mee te werk om die grondwetlike reg om vry van alle vorme van geweld te wees, te beskerm. Hierdie reg wat in artikel 12(1)(c) van die Grondwet vervat word, plaas die beskermingsverpligting op die staat en is as't ware die beliggaming van die onderliggende beginsel dat die staat (in beginsel) oor die monopolie op geweld beskik.²⁴

Vanweë volgehoue misdaad, meer bepaald geweldsmisdaad, gepaard met die tersaaklike staatsorgane, veral die polisie diens se onvermoë om die beskermingsfunksie te vervul, neem die publiek toenemend noodgedwonge hierdie verpligting oor. Kaderontplooiing, wat pas hierbo behandel is, is ook hier ter sake. Dit is een van die kragte wat die staat se vermoë om sy beskermingsfunksie doeltreffend uit te voer, kortwiek en meebring dat die publiek self die verpligting oorneem.

the police and other state security services in a given state has deteriorated to such an extent that their capacity to protect citizens adequately from unlawful attack from criminals is seriously reduced? It is submitted that in such an event the field of application of private defence should be broadened, affording private citizens greater scope to protect themselves from unlawful attack compared to the scope of the rules which apply in a society in which police protection of its citizens is up to standard.”

²⁴ Artikel 12(1)(c) lui: (1) Elkeen het die reg op vryheid en sekerheid van die persoon, waarby inbegrepe is die reg om - (c) vry te wees van alle vorme van geweld van hetsy openbare hetsy private oorsprong (Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika).

Suid-Afrika word deur geweldsmisdaad geteister. Moord, poging tot moord, roof met verswarende omstandighede, wat rooftogte van sake-ondernemings, wonings en mortorkapings insluit, verkragting en ernstige aanranding is nou al ten minste twee dekades ontstellend hoog.²⁵ Die hoë voorkoms van geweldsmisdaad maak van Suid-Afrika een van die gevaarlikste lande in die wêreld.²⁶ Veral sekere gemeenskappe, soos die boeregemeenskap is die prooi van uitspattige geweld, wat dikwels met marteling gepaardgaan (IRR 2017:818). Die moordsyfer onder dié gemeenskap is per capita van die hoogste in die wêreld. Misdaad is egter nie tot dié gemeenskap beperk nie. Ook stedelinge word aan hoë vlakke van geweldsmisdaad blootgestel. Na dekades van herhaaldelik aangekondigde strategieë van misdaadbekamping bly die koers van wydiverspreide geweldsmisdaad steeds hoog.

Politiek-gemotiveerde misdaad, wat klaarblyklik met die onderlinge stryd tussen faksies in die ANC te doen het, het ook deel van die toksiese misdaadmengsel in Suid-Afrika geword. Hier ter sake is veral 'n reeks inbrake by die kantoor van die hoofregter, die vervolgingsgesag, en die polisie se spesiale ondersoekende afdeling asook die kantore van etlike nieregteringsorganisasies, soos die Helen Suzman Stigting, wat gereeld met staatsorgane in litigasië gewikkel is, asook 'n lang lys van onopgeloste klaarblyklik politiek gemotiveerde moorde (Matthee 2017).

Die Suid-Afrikaanse Polisie word op die hoogste vlak deur gebrekkige leiding en onprofessionaliteit geteister. Drie agtereenvolgende kommissarisse (nasionale hoofde) van die SAPD is vanweë korrupsie, misdaad en onbekwaamheid ontslaan. Die faktor van kaderontplooiing het hierin klaarblyklik 'n belangrike rol gespeel. Al drie was politieke aanstellings en nie een het voor aanstelling enige ervaring van polisie-werk gehad nie.²⁷

Die polisie word egter deur ernstiger probleme as leierskap geteister. Onbekwaamheid en gebrekkige vaardigheid en laksheid loop diep. Daar heers dikwels 'n gebrek aan dissipline. Gebrekkige infrastruktuur soos te min voertuie, swak toegeruste kantore en 'n gebrek aan telefoondienste is ook 'n probleem.²⁸

Dit het onder andere enorme bedrae se eise teen die polisie vanweë onregmatige arrestasies, opsetlike saakbeskadiging tot gevolg. Die 2012 *National Victims of Crime Survey* toon dat korrupsie in die polisie die tweede grootste van alle staatsorgane in die land is (Newham 2013).

Lede van die SAPD glo self dat die polisie erg korrup is. Daar is 'n ontstellende betrokkenheid van polisiebeamptes by misdaad. So byvoorbeeld het die Gautengse premier, Nomvula Mokonyane, in September 2013 verklaar:

²⁵ Volledige statistiek hieroor word vervat in (IRR, 2017:823-830). Vgl ook SAPS (2017).

²⁶ In vergelyking met ander plekke in die wêreld, sien bv. World Bank (2017). Suid-Afrika is nommer 6 op die lys.

²⁷ Jackie Selebi is aan korrupsie skuldig bevind en is in 2011 tot vyftien jaar gevangenisstraf gevonnissen. Sy opvolger, Bheki Cele se dienste is in 2012 vanweë bewerings oor korrupsie beëindig. Hy het later 'n adjunkminister geword. Die nuwe president (sedert Februarie 2018), Cyril Ramaphosa, het hom as minister van veiligheid en sekuriteit, dit wil sê, die politieke verantwoordelike van die polisie, aangestel. Sy opvolger, Riah Phiyega, is op aanbeveling van die Farlam-kommissie van ondersoek wat haar onbevoeg bevind het, ontslaan. Die kommissie het ondersoek ingestel na die mynwerkerslagting naby Marikana van 16 Augustus 2012.

²⁸ Soos byvoorbeeld reeds in 2007 uiteengesit en behandel in 'n verslag van die *Police Advisory Council* oor die toestand van polisiëring in die tydperk November 2006 tot Oktober 2007. Die Adviesraad is kragtens artikel 34(1)(l) van die Suid-Afrikaanse Wet op die Polisie aangestel om die Nasionale Kommissaris te adviseer oor die vlakke van dienslewering in die SAPD. Die Adviesraad bestaan uit vyftien afgetrede senior polisie-offisiere onder die voorsitterskap van adjunk nasionale kommissaris M Chetty.

A worrisome statistic shows that 18 out of 50 provincial policing precincts were reported as crime-infested dens that recorded police collusion and outright corruption. The Johannesburg central police precinct tops the list with approximately 13,000 criminal cases that were perpetrated by officers in uniform. (Maromo 2013)

In Augustus 2013 is die parlementêre portefeuljekomitee vir die polisie meegedeel dat een generaal-majoor, tien brigadiers, 21 kolonels, 43 luitenant-kolonels, tien majoors, 163 kapteins, en 706 adjudant-offisiere aan ernstige misdrywe, met inbegrip van moord, poging tot moord, strafbare manslag, verkragting, poging tot verkragting, hulpverlening om te ontvlug, diefstal, huisbraak, dwelmhandel, ontvoering, roof en opsetlike saakbeskadiging skuldig bevind is (Smith 2013; IRR 2015:6-8). Volgens Gareth Newham van die Instituut vir Sekerheidstudies (ISS) het die professionele etos in die laer range in die SAPD in duie gestort (Matthee 2013:31).

Die sosiopolitieke omgewing waarin die polisie hulle werk moet probeer doen, is ook ongunstig. Grensbeheer is swak wat daartoe lei dat miljoene mense die land ongestoord instroom, waarvan sommige ook by misdaad betrokke raak. Dit plaas uiteraard groter druk op die polisie se hulpbronne. Sogenaamde dienslewingsproteste het oor die afgelope jare endemies in Suid-Afrika geword. Dit is gewoonlik gemik teen onbevredigende munisipale dienslewering. Die proteste kom ook nie net wyd en aanhoudend voor nie. Hulle is bowendien dikwels gewelddadig (IRR 2017:823; Lancaster 2016) en dreineer die polisie se vermoë om aan gewone misdaad aandag te gee,²⁹ met die gevolg dat die publiek op hulself aangewese raak. Die proteste gaan trouens dikwels nie werklik oor protes nie maar is eerder te wyte aan intra-elite konflik (tussen veral plaaslike ANC-politici) (Von Holdt 2013). Vanweë die toename in hierdie en ander soort geweld, is Von Holdt van mening dat Suid-Afrika 'n oorgang na 'n gewelddadige demokrasie beleef. Hierby moet verskeie ander vorme van openbare geweldpleging gevoeg word, wat eweneens die polisie se vermoëns onder druk plaas. Geweld teen vreemdelinge – veral klein sakelui – kom sedert 2008 gereeld voor. Gedurende 2016 het geweld ook op die land se universiteitskampusse losgebars.

Teen hierdie agtergrond het die verantwoordelikheid van die burgery om self die beskermingsfunksie te vervul, al hoe sterker op die voorgrond getree. Die misdaadsituasie gepaard met die owerheid se onvermoë om sy beskermingsplig na behore na te kom, het daartoe gelei dat die privaat sektor en die publiek in die algemeen die beskermingsfunksie self begin vervul het. Die privaat veiligheidsbedryf het enorm gegroei in der mate dat daar gemeen word dat Suid-Afrika se privaat sekuriteitsbedryf die grootste in die wêreld is. Per capita het Suid-Afrika enkele jare gelede die vierde meeste veiligheidsbeamptes (na Guatemala, Panama en Honduras) in die wêreld gehad (Africa Check 2015). Daar is nagenoeg nege duisend privaat sekuriteitsmaatskappye en ongeveer 450 000 aktiewe veiligheidsbeamptes. Daar blyk 2.57 veiligheidsbeamptes vir elke polisieman in Suid-Afrika te wees (Anoniem 2016). Daarbenewens is die publiek by talle plaaslike veiligheidsaksies soos buurtwagte betrokke. Afriforum het met sy eie buurtwagte onlangs sterk op die voorgrond getree.³⁰

Die slotsom van al hierdie private en burgerlike inisiatiewe is dat die behartiging van veiligheidsfunksies in beduidende mate uit die hande van die tersaaklike staatsorgane geglip het en toenemend in private en burgerlike instellings setel. Dit is besonder belangwekkend

²⁹ Gemiddeld moet die polisie 40 openbare betogings monitor per dag, wat 'n aansienlike besteding van tyd en hulpbronne noodsaak (ISS, 2016).

³⁰ Die Afrikaanse organisasie, Afriforum, brei byvoorbeeld 'n stelsel van buurtwagte uit. Sien, onder andere oor die organisasie se sogenaamde Projek Nehemia (Anoniem 2017).

aangesien ons hier, wat hier bo beklemtoon is, te doen het met 'n funksie wat as 'n absoluut wesenlike staatsverantwoordelikheid beskou word.

Vigilante-bedrywighede is ook in talle veral swart en bruin woongebiede aan die orde van die dag. Aan die een kant vul die bedrywighede die leemte wat deur die afwesigheid van die polisie gelaat word. Andersyds gaan hierdie bedrywighede in bepaalde gevalle oor tot 'n eiesoortige patroon van vigilante-misdaad – veral geweldsmisdaad. Dit vind dikwels straffeloos plaas (IRR 2016:21-24).

Die kern van die saak vir die onderhawige tema is dat dié weereens 'n voorbeeld van 'n geruislose verandering van die konstitusie is. Die tersaaklike grondwetlike bepalings is eenvoudig 'n wanvoorstelling van die daadwerklike stand van die konstitusie. In praktiese terme is nasionale veiligheid soos dit deur die polisie behartig behoort te word, nie meer, soos die Grondwet bepaal, ten volle aan die gesag van die Parlement en die nasionale uitvoerende gesag onderworpe nie. Op plaaslike vlak het dit op talle plekke 'n funksie geword wat deur private instellings uitgeoefen word en waaroor hulle beheer uitoefen. Voorts is dit ook waar dat ofskoon die veiligheidsdienste van die Republiek uit 'n enkele weermag, 'n enkele polisiediens en enige intelligensiediens wat ingevolge die Grondwet ingestel word, bestaan, daar tegelyk 'n tafereel van private en burgerlike veiligheidstrukture ontwikkel het. Dit is in hierdie tafereel van burgerlike en private strukture waarmee die polisiediens nou die verantwoordelikheid deel om, in die woorde van artikel 205 van die Grondwet, misdaad te voorkom, te bestry en te ondersoek, die openbare orde te handhaaf, die inwoners van die Republiek en hul eiendom te beskerm en te beveilig, en die reg te handhaaf en toe te pas. Vir sover die Grondwet in die bepalings wat hierbo vermeld is, 'n grondwetlike bedeling beskryf waar die polisie 'n monopolie in die uitoefening van hierdie funksies het, is dit nou 'n wanvoorstelling. Die bepalings is deur daadwerklike gebeure agterhaal en die werklike konstitusie sien derhalwe heel anders daar uit as wat die bepalings van die Grondwet suggereer. Die praktiese gebeure het weereens 'n beduidende verandering in die daadwerklike konstitusie teweeg gebring sonder dat daar enige grondwetlike wysiging kragtens artikel 74 was.

3. SLOTSOM

Grondwetlike leerstukke soos die oppergesag van die Grondwet soos vervat in artikel 2 van die Suid-Afrikaanse Grondwet en grondwetlike onbuigszaamheid en streng wysigingsbepalings soos dié vervat in artikel 74 van die Grondwet wek die indruk dat die daadwerklike stand van die konstitusie uitsluitlik met verwysing na die teks van die Grondwet en hofuitsprake bepaalbaar is.

Hoe kragtig die Grondwet by wyse van bepalings soos dié probeer poseer, kan dit nie dit wat in die Grondwet as 'n norm opgeneem is na 'n voldonge sosiaal-politieke feit omskakel en as sodanig verklaar nie. Na alles bly regstaal soos Karl Olivecrona opmerk, steeds 'n voorskriftelike taal, 'n taal wat poog om invloed uit te oefen en is dit juis nie 'n beskrywende taal nie (Olivecrona 1939:253). Dit is belangrik om nie deur hierdie geloofstaal op sleptou geneem te word nie.

Die bespreking bring in die finale instansie aan die lig dat die bepaling van die daadwerklike stand van die reg en die konstitusie vereis dat sosiopolitieke werklikhede bestudeer moet word. Derhalwe moet die daadwerklike gedrag van politici, die staatsadministrasie en die publiek in die algemeen nagegaan word. Die mate waarin daar werklike voldoening aan of afwyking van die normformulerings van die (oënskynlike) positiewe reg is, moet dus ondersoek word om die daadwerklike en veranderende stand van die reg en die konstitusie te bepaal. Dit is

onvoldoende om met 'n bestudering van die formulerings van die regsnorme self te volstaan. Alleen deur die werklike gedrag van mense te bestudeer, kom die daadwerklike stand van die reg en die konstitusie aan die lig. Daarom is ek dit eens met Karl Llewellyn dat:

...the most significant aspects of the relations of law and society lie in the field of behaviour, and that words take on importance either because and insofar as they are behaviour, or because and insofar as they demonstrably reflect or influence other behaviour. (Llewellyn 2011:16; Bingham 1912:105 et seq)

Dit beteken, soos blyk uit die toeligting van die verandering van die Suid-Afrikaanse konstitusie in hierdie bespreking, dat die studieveld van die reg en die konstitusie veel wyer strek as die formulerings van die norme soos dit in die Grondwet vervat is. Dienooreenkomstig verklaar Bingham heel reguit dat die studieveld van die reg "...far wider and more complex than an imaginary system of promulgated or developed stereotyped rules and principles" behoort te wees (Bingham 1912:11). Hierdie siening eggo die mening van die klassieke regsosioloog, Eugen Ehrlich, wat gekant was teen die reduksionistiese teorie oor regsbronne wat die reg tot die formulerings van die (oënskynlik) bindende bronne van die positiewe reg en die grondwet beperk het. Hy het vir 'n breër en tegelyk meer realistiese benadering betoog naamlik een waarvolgens die sosiopolitieke kragte ook nagegaan moes word aangesien dit uiteindelik bepaal wat die konstitusie werklik behels (Ehrlich 1962:84; 501-502). Indien 'n mens in omstandighede, wat daarop dui dat die normformulerings van die reg en die grondwet grootskaals verontagsaam word, steeds die regsondersoek tot die formulerings van die reg en die grondwet beperk, word regskunde – regs wetenskap – uiteindelik 'n blote dogma of doktrine (Ehrlich 1962:41). Regstudie word dan onderneem op 'n wyse wat nie die verwerping van kennis oor die daadwerklike stand van die reg moontlik maak nie, maar wat dit juis verhinder (Ehrlich 1962:489).

Meer bepaald op die gebied van die konstitusionele reg, het Stephen Griffin gewaarsku dat die ignorering van nietekstuele veranderings van die konstitusie 'n mens se kennis en insig verswak oor wat die konstitusie werklik behels en hoe dit funksioneer (Griffin 1990:56). Die wydlopende studies van Bruce Ackermann onderstreep die geldigheid van hierdie insig (Ackerman).

Dit is veral vir die Suid-Afrikaanse konstitusionele situasie van groot belang, want soos die bespreking van die items van konstitusionele verandering aantoon, het Suid-Afrika vanweë die werking van politieke kragte reeds beduidende konstitusionele veranderings beleef. Die aanduidings is sterk dat die veranderings bestem is om die Suid-Afrikaanse situasie te verander in wat Frans Cronjé as 'n verbrokkelde orde beskryf. Dienooreenkomstig sal daar binne 'n dekade van nou af, steeds die verskeie vlakke van regering en die staatsdiens wees. Dog, daarnaas sal daar enklawes van gesag wees, wat bestaan uit gemeenskappe wat na hulle eie belange omsien en groeiende grade van selfbestuur beoefen, wat al hoe sterker op die voorgrond sal tree namate die owerheidsorgane, waarvoor die bepalings van die Grondwet voorsiening maak, swakker word en (verder) gemarginaliseer word.

BIBLIOGRAFIE

- Aarnio, A. 2011. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Dordrecht: Springer.
- Ackermann, B. 2007. Oliver Wendell Holmes Lectures: The living constitution. *Harvard Law Review*, 1738-1812.
- Afriforum Projek. Nehemia <https://www.afriforum.co.za/projek-nehemia/> op 22 Junie 2017 geraadpleeg.

- Bhorat, H. et al. 2017. Betrayal of a promise: how South Africa is being stolen. State capacity research project Mei 2017 <http://pari.org.za/wp-content/uploads/2017/05/Betrayal-of-the-Promise-25052017.pdf> op 25 Mei 2017 geraadpleeg.
- Bingham, J.W. 1912. "What is the law?" *Michigan Law Review* (Vol 11).
- Choudry, S. 2010. 'He Had a Mandate': *The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy*, 2010, pp. 17-18, 33-35, (ook beskikbaar op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1651332)
- De Villiers, B. 2004. Comparative studies of federalism: Opportunities and limitations as applied to the protection of cultural groups. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg (Journal of South African Law (TSAR))*:209-234.
- Du Toit, P. et al. 2016. *South Africa and the case for the renegotiation of the peace*. SUN Press.
- Ehrlich, E. 1936. *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (vertaal vanuit Duits deur WL Moll). Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Friedrich, C.J. 1936. *Man and His Government*. McGrawHill.
- Fukuyama, F. 2014. *Political order and political decay – from the industrial revolution to the globalisation of democracy*. Profile Books.
- Griffin, S. 1996. Constitutionalism in the United States: From theory to politics, in Levinson S (ed). *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* New Jersey, Princeton: Princeton University Press.
- Griffin, S. *Constitutionalism in the United States: From Theory to Practice*. Princeton University Press.
- Gumede, W.M. 2005. *Thabo Mbeki and the Battle for the Soul of the ANC*. Cape Town: Zebra Press.
- Heuglin, O. & Fenna, A. 2015. *Comparative federalism: a systematic inquiry*. University of Toronto Press.
- Instituut vir Rasse-aangeleenthede (IRR). 2016. *Hoe om die oorlog teen misdaad in Suid-Afrika te wen: 'n Nuwe benadering tot gemeenskapspolisiering*. Johannesburg.
- Instituut vir Rasse-aangeleenthede (IRR). 2015. *Broken Blue Line. The involvement of the South African Police Service in serious and violent crime in South Africa*. Johannesburg.
- Institute for Security Studies (ISS) paper 292 | MAY 2016, beskikbaar op <https://issafrica.s3.amazonaws.com/site/uploads/Paper292.pdf> op 20 Junie 2017 geraadpleeg.
- Johnson, R.W. 2015. *How long will South Africa survive? – the looming crisis*. Johannesburg: Jonathan Ball.
- Jordan, W. 2015. "Inside the battle for intelligence in South Africa" 24 Februarie 2015 <http://www.aljazeera.com/blogs/africa/2015/02/battle-intelligence-south-africa-ssa-spy-cables-guardian-security-150224170928946.html> op 14 Mei 2017 geraadpleeg.
- Koller, P. 2014. On the Nature of Norms. *Ratio Juris*:155-175 op 157-159.
- Kriek, D. 1982. in Van Vuuren & Kriek (reds). *Political Alternatives for South Africa: principles and perspectives*. Johannesburg: Macmillan.
- Lancaster, L. 2016. At the heart of discontent – measuring public violence in South Africa ISS (Institute of Security Studies) Paper 292 Mei 2016, beskikbaar op <https://issafrica.s3.amazonaws.com/site/uploads/Paper292.pdf> op 20 Junie 2017 geraadpleeg.
- Llewellyn, K. *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*. London: Routledge.
- Malan, K. 2007. "The inalienable right to take the law into our own hands and the faltering state" *TSAR* (4):642-654.
- Malan, K. 2011. *Politokrasie – 'n peiling van die dwanglogika van die territoriale staat en gedagtes vir 'n antwoord daarop*. Pretoria: Pretoria University Law Press (PULP).
- Malan, K. 2014. "Reassessing judicial independence and impartiality against the backdrop of judicial appointments in South Africa". *Potchefstroom/se Elektroniese Regs tydskrif/Electronic Law Journal (PER/LJ)* 2014 (Vol 17):1965-2040.
- Malan, K. 2015. "Deliberating the rule of law and constitutional supremacy from the perspective of the factual perspective of law" *Potchefstroom/se Elektroniese Regsblad/Electronic Law Journal (PER/PELJ)*, Vol 18:1205-1250.
- Mail&Guardian* Staff reporter "Mantashe defends ANC cadre deployment" 14 September 2011 *Mail&Guardian*<https://mg.co.za/article/2011-09-14-mantashe-defends-anc-cadre-deployment>.

- Maromo, J. 2013. "Gauteng cop corruption worrier premier" *IOL* 20 September 2013 <http://www.iol.co.za/news/crime-courts/gauteng-cop-corruption-worries-premier-1.1580676#.Umgn2b7CRD4> Op 15 Mei 2017 geraadpleeg.
- Matthee, H. 2013. "Assessing and promoting human rights in South Africa" Report 1 November 2013 10 <http://sa-monitor.com/wp-content/uploads/2013/11/SAM-Key-Dynamics-2013-11-13.pdf>
- Matthee, H. 2014. "Democratic decline and state capture in South Africa" *South African Monitor* Report 2 Midyear 2014 <http://sa-monitor.com/wp-content/uploads/2014/07/SAM-Midyear-2014-Final.pdf>
- Matthee, H. 2015. "Zuma's hybrid regime and the rise of a new political order" Report 4 42 Midyear 2015 <http://sa-monitor.com/wp-content/uploads/2015/07/South-African-Monitor-Mid-Year-2015-Report1.pdf>
- Mclouglin, M. & Walker, N. (reds). 2007. *The paradox of constitutionalism: constituent power and the constitutional form*. Oxford: Oxford University Press.
- Moerane, M.T.K. 2003. "The Meaning of Transformation of the Judiciary in the New South African Context". *SALJ* 708-718.
- Newham, Gareth. "The South African police service once again finds itself in the spotlight over abuse" <http://www.issafrika.org/iss-today/roots-of-the-crisis-facing-the-south-african-police> op 15 Mei 2017 geraadpleeg.
- Niiniluotu, I. "Truth and Legal Norms" in MacCormick, N. et al. *World Congress on Philosophy of Law and Sociology: Conditions of Validity and cognition in Modern Legal Thought* (Steiner Stuttgart 1985) 168-190.
- Olivecrona. 1971. *Law as Fact*. London: Stevens & Sons.
- Seale, L. 2014. "Cadre deployment is not a swear word" 9 June 2014 *IOL* <http://www.iol.co.za/news/politics/cadre-deployment-is-not-a-swear-word-1700557> albei op 13 Mei 2017 geraadpleeg.
- Simeon, R. 1998. "Considerations on the design of federations: the South African Constitution in comparative context" 1998 (Vol 13) *SA Publikereg / Public Law (SAPR/L)* 42-72.
- Simeon, R. en Murray, C. 2001. "Multilevel government in South Africa: An interim assessment" (Vol 31) *Publius Journal of Federalism* 65-92.
- Smith, D. "Nearly 1500 police exposed as convicted criminals" <http://www.theguardian.com/world/2013/aug/15/south-african-police-convicted-criminals> op 17 Mei 2017 geraadpleeg.
- Snyman, C.R. 2002. *Criminal Law*. Butterworths.
- Sole, S. "'Rogue' SARS unite spied for Zuma" 15 Mei 2015 <http://mg.co.za/article/2015-05-14-rogue-sars-unit-spied-for-zuma>. Op 14 Mei 2017 geraadpleeg
- South African Institute of Race Relations *South Africa Survey 2017* Institute of Race Relations Johannesburg 2017.
- Sunday Times* 14 Mei 1017 Hoofartikel "Saga lay bare SA's faulty power lines".
- Steytler, N. 2001. "Concurrency and co-operative government: the law and practice in South Africa". *SA Publikereg / Public Law (SAPR/L)* 240-254.
- Tushnet, M. 2009. *The Constitution of the United States of America – A contextual analysis*. Hart Publishing hoofstuk 7.
- Van der Hoeven, J. 1976. "De Waarde van de Grondwet" in Boukema PJ en Meuwissen DHM *Grondwet en Grondwetsherziening* Zwolle.
- Van der Hoeven, J. 1958. *De Plaats van de Grondwet in het Constitutionele Recht* W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle.
- Von Holdt, K. 2013. "South Africa: the transition to violent democracy" *Review of African Political Economy*, 2013 Vol. 40, No. 138, 589-604 <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/03056244.2013.854040> op 15 Mei 2017 geraadpleeg.
- Weber, Max. 1962. Staatsformen. In: *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, 3e Auflage, Band 6. Tübingen: J.C.B. Mohr, p. 309.
- Welsh, D. "Democratic challenges and the opportunities for South Africa" 2004 *Politeia* 5-21. [<http://www.da.org.za/wp-content/uploads/2016/11/State-of-Capture-14-October-2016.pdf>] [Report No:6 of 2016/17.
- <https://africacheck.org/reports/does-sa-have-the-largest-private-security-industry-in-the-world/> geraadpleeg op 27 April 2017.

“Private security industry in South Africa” https://en.wikipedia.org/wiki/Private_security_industry_in_South_Africa 17 Augustus 2016 geraadpleeg op 27 April 2017.

GRONDWETTE EN WETGEWING

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 200 van 1993

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Promotion of Administrative Justice Act, 3 van 2000

Promotion of Equality and Prevention of Unfair Decimation Act, 4 van 2000

REGSPRAAK

Democratic Alliance v President of the RSA 2012 12 BCLR 1297 (KH)

AMPTELIKE DOKUMENTE

Hansard: De Lange Johnnie Hansard (2003-02-17) 128-124

South African Police Services (SAPS) Annual crime report, <https://www.saps.gov.za/services/crimestats.php> op 2 Junie 2017 geraadpleeg

Police Advisory Council oor die toestand van polisiëring in die tydperk November 2006 tot Oktober 2007. onder die voorsitterskap van adjunk nasionale kommissaris M Chetty.

World Bank, *Intentional homicides (per 100,000 people)* http://data.worldbank.org/indicator/VC.IHR.PSRC.P5?year_high_desc=true geraadpleeg op 8 Junie 2017