

**Die grondwetlike en transformatiewe hervorming
van die regsprofessie ingevolge die Wet op
Regspraktyk 28 van 2014**

deur

Chanét Smit

Voorgelê ter vervulling van die vereistes vir die graad

LLD

In die Fakulteit Regsgeleerdheid,
Universiteit van Pretoria

Augustus 2017

Promotor: Professor R. Cloete



Annexure G

University of Pretoria

Declaration of originality

This document must be signed and submitted with every
essay, report, project, assignment, mini-dissertation, dissertation and/or thesis

Full names of student:

Chané Smit

Student number:

96079194

Declaration

1. I understand what plagiarism is and am aware of the University's policy in this regard.
2. I declare that this thesis (eg essay, report, project, assignment, mini-dissertation, dissertation, thesis, etc) is my own original work. Where other people's work has been used (either from a printed source, internet or any other source), this has been properly acknowledged and referenced in accordance with departmental requirements.
3. I have not used work previously produced by another student or any other person to hand in as my own.
4. I have not allowed, and will not allow, anyone to copy my work with the intention of passing it off as his or her own work.

Signature of student:

Signature of supervisor:

Dankbetuigings

Alle eer aan my Hemelse Vader wat vir my op Sy perfekte tyd verskeie deure oopgemaak het en my telkemale in staat gestel het om voort te gaan met my studies en om moed te skep in Sy teenwoordigheid vir die werk wat voorlê.

Die skryf van hierdie verhandeling was 'n ontdekkingsreis, nie net bloot op 'n akademiese vlak nie, maar ook op 'n persoonlike vlak waar my passie vir navorsing vir die eerste keer werklik tot die voorgrond getree het.

My dank aan Prof. Rian Cloete vir sy mentorskap en positiewe bydrae tot elke aspek van hierdie verhandeling. Sy positiewe kritiek het my aangespoor om my kritiese denke te ontwikkel en onafhanklike navorsing te bemeester.

My dank ook aan Salomè wat my aanvanklik aangespoor het om met my studies te begin terwyl ek aan my vermoë getwyfel het en aan Veni wat telkens as 'n klankbord gedien het tydens die skryf van hierdie verhandeling.

Die navorsing en uiteindelijke skryfwerk van hierdie verhandeling het nie in die afwesigheid van persoonlike opoffering en die opoffering van veral die mense naby aan my geskied nie.

My dank aan my ouers vir hulle opoffering om aan my die geleentheid te bied om te kon studeer in die regte. My opregte dank ook aan my ouers en my skoonouers vir hulle konstante motivering tydens hierdie reis. Jul vertrou in my is van onskatbare waarde.

Aan my seuntjies, Waldo en Henro, dankie dat julle verstaan het dat mamma somtyds moes werk. Julle het as't ware gedurende die laaste vier jaar voor ons oë groot geword.

En laastens, aan my man, Dewald. 'n Reis soos hierdie sou nie vir my moontlik gewees het sonder jou ondersteuning en motivering nie. Jy is waarlik my sielsgenoot. Dankie vir jou liefde!

Abstract

The implementation of the Legal Practice Act will have a profound impact on legal practitioners and their practices. The Act provides for the establishment of an umbrella organization, the Legal Practice Council, and for the abolishment of the current regulatory bodies. It envisages a “hybrid” legal practitioner to compete directly with the current professional dispensation. The views expressed are that the fusion of the profession is not the objective of the Act, but I defer and submit that the initial debate on the fusion of the profession will proceed by way of jurisdiction. The fundamental objective of the Act is for transformation of the legal profession as a transformative imperative bestowed on government to enable access to justice for ordinary citizens. The question that arises is to what extent the legal profession and its customs and traditions should be sacrificed on the altar of this “forced” transformation. While the independence of the legal profession is paramount to the independence of the bench as the judicial arm of the *trias politica* principle entrenched in our Constitution, the segregation of powers seems to be blurred by the powers bestowed onto the Minister in terms of the Act.

Hoofstuk 1	Inleiding	1
1.1	Agtergrond	1
1.2	Doel van die studie	10
1.3	Beperking van die studie	13
1.4	Navorsingsmetodologie	14
1.5	Samevatting van bronne	14
Hoofstuk 2	Die historiese ontwikkeling van die regsprofessie	16
2.1	Inleiding	16
2.2	Die historiese agtergrond tot die regsprofessie	19
2.2.1	Die Romeinse oorsprong van die regsprofessie	20
2.2.2	Die vroeë Middeleeue	31
2.2.3	Die Romeins-Hollandse regstelsel	35
2.2.4	Die Engelse Regstelsel	40
2.2.5	Die Suid-Afrikaanse reg	51
2.2.5.1	Die Regsprofessie in die Kaap	51
2.2.5.2	Die regsprofessie in Natal	59
2.2.5.3	Die totstandkoming van die Boere-republieke	61
2.2.5.4	Die Regsprofessie na 1910	67
2.3	Die toepassing van 'n verdeelde professie – die verskil tussen advokate en prokureurs	69
2.3.1	Die Verwysingsreël	72
2.3.1.1	Algemeen	72
2.3.1.2	Die Grondwetlikheid van die verwysingsreël	75
2.3.1.3	Die verwysingsreël en die Wet op Regspraktyk	78

2.3.2	Verskyningsbevoegdheid	80
2.3.2.1	Algemeen	80
2.3.2.2	Verskyningsbevoegdheid en die Wet op Regspraktyk	81
2.4	Die samesmelting van die profesie	83
2.4.1	Kritiese beskouing rondom die samesmelting van die regsprofesie	86
2.4.1.1	Regskoste	86
2.4.1.2	Deurlopende verteenwoordiging	88
2.4.1.3	Die verlies van kundigheid	89
2.4.1.4	Die totstandkoming van spesialis praktyke	89
Hoofstuk 3	Die oogmerke van die Wet op Regspraktyk gemeet teen die transformasie imperatief	91
3.1	Die oogmerke van die Wet op Regspraktyk	91
3.1.1	Inleiding	91
3.1.2	Historiese agtergrond	95
3.1.3	Onlangse kritiek	96
3.2	Die toegang tot die regsprofesie	97
3.2.1	Statutêre voorskrifte	98
3.2.2	Skrapping, skorsing en hertoelating van regspraktisyns	100
3.2.3	Die toepassing van die “geskikte en gepaste persoon” beginsel	106
3.2.3.1	Kenmerke van ’n “geskikte en gepaste” persoon	107
3.2.3.2	Die misbruik van die “geskikte en gepaste persoon” toets	111

3.2.3.3	Die toepassing van die “geskikte en gepaste” persoon na 1994	115
3.2.3.4	Argumente met betrekking tot die toepassing van die “geskikte en gepaste persoon” beginsel	118
3.2.3.5	Die toepassing van die “geskikte en gepaste” persoon en die Wet op Regspraktyk	120
3.3	Transformasie van die regsprofessie	122
3.3.1	Inleiding	122
3.3.2	Grondwetlike doelstellings	123
3.3.3	Transformatiewe Konstitusionalisme	128
3.3.4	Fundamentele regte en die Wet op Regspraktyk	132
3.3.5	Demografiese verteenwoordiging	138
3.3.5.1	Demografiese verdeling en prokureursfirmas	144
3.3.5.2	Demografiese verdeling en die advokate professie	147
3.3.5.3	Demografiese verdeling en die regsbank	149
3.3.5.4	Die rol van die prokureur-generaal en die staat	153
3.3.6	Gevolgtrekking	154
Hoofstuk 4	Die Trias Politica beginsel en die rol van die Minister van Justisie	156
4.1	Die skeiding van magte leerstuk	156
4.1.1	Inleiding	156
4.1.2	Die betekenis van die skeiding van magte beginsel	158
4.1.3	Die ontstaan van die skeiding van magte beginsel	163

4.1.4	Die geskiedenis van die skeiding van magte beginsel in Suid-Afrika	169
4.1.5	Die skeiding van magte beginsel en die oppergesag van die Grondwet	172
4.1.6	Die “suiwer” vorm van drieledige skeiding en die skeiding van magte in die Suid-Afrikaanse konteks	175
4.1.7	Die rol van die howe	180
4.1.8	Onlangse kritiek teen die regsprekende gesag	188
4.1.9	Die onafhanklikheid van die regsprekende gesag	196
4.2	Die skeiding van magte beginsel en die Wet op Regspraktyk	201
4.2.1	Inleiding	201
4.2.2	Die onafhanklikheid van die regsprofessie en die Wet op Regspraktyk	202
4.2.3	Die bevoegdheid van die Minister van Justisie	211
4.2.4	Kritiese bespreking	219
Hoofstuk 5	Regskoste en die toeganklikheid van regsdienste	222
5.1	Regskoste	222
5.1.1	Inleiding	222
5.1.2	Die huidige praktyk met betrekking tot fooie	226
5.1.3	Artikel 35 van die Wet op Regspraktyk	232
5.1.4	Die doel van die beperking van regskostes	238
5.1.5	Kritiese bespreking	243
5.1.6	Oorverhaling van fooie	249
	5.1.6.1 Algemeen	249
	5.1.6.2 Gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste	255
5.2	Die koste van die Regspraktykraad	263

5.2.1	Algemeen	263
5.2.2	Die bedryfskoste van die Regspraktykraad	265
Hoofstuk 6	Samevatting	270
6.1	Transformasie van die regsprofessie	270
6.2	Die skeiding van magte beginsel en die bevoegdhede van die Minister van Justisie	273
6.3	Die Regspraktykraad en die samesmelting van die professie	277
6.4	Koste	280
6.5	Slot opmerkings	283
	Bibliografie	286

Lys van Afkortings

ACDP	African Christian Democratic Party
AFF	Attorneys Fidelity Fund
Algemene Balieraad	Algemene Balieraad van Suid-Afrika
ANC	African National Congress
AR	Appèlregter
AULAI	Association of University Legal Aid Institutions
BBB-EE	Broad-Based Black Economic Empowerment
BLA	Black Lawyers Association
CC	Konstitusionele Hof
CCMA	Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration
DA	Demokratiese Alliansie
DJ	De Jure
DR	De Rebus
EFF	Economic Freedom Fighters
Grondwet	Wet 108 van 1996
HR	Hoofregter
IAASA	Independent Association of Advocates for South Africa
Interim Grondwet	Wet 200 van 1993
IVP	Inkatha Vryheidsparty
JAA	Johannesburgse Prokureursvereniging
KHR	Konstitusionele Hof Regter

KZN	Kwa-Zulu Natal
LLB	Baccalaureus Legum
LRC	Legal Resources Centre
LSSA	Law Society of South Africa
NADEL	National Association of Democratic Lawyers
OUTA	Opposition to Urban Tolling Alliance
OVS	Oranje-Vrystaat
PER/PELJ	Potchefstroom Elektroniese Regsjoernaal
POF/RAF	Padongelukkefonds/ Road Accident Fund
PONP	Prokureursorde van die Noordelike Provinsies
PPV	Pretoriase Prokureursvereniging
R	Regter
RSA	Republiek van Suid-Afrika
SALJ	South African Law Journal
SAPR	Suid-Afrikaanse Privaat Reg
SARFU	South African Rugby Football Union
SLR	Stellenbosch Law Review
THRHR	Tydskrif vir die Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg
TSAR	Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg
TVL	Transvaal
v	versus
VF	Vryheidsfront
VOC	Vereenigde Geoctroyeerde Oost-Indische Compagnie

VSA

Verenigde State van Amerika

Wet op Regspraktyk

Wet op Regspraktyk 28 van 2014

Wetsontwerp of Regspraktyk

Wetsontwerp op Regspraktyk 20 van 2012

ZAR

Zuid-Afrikaansche Republiek

Hoofstuk 1 Inleiding

“HURRAH for revolution and more cannon-shot! A beggar upon horseback lashes a beggar on foot. Hurrah for revolution and cannon come again! The beggars have changed places, but the lash goes on.”

William Butler Yeats¹

1.1 Agtergrond

Die Grondwet van Suid-Afrika² het op 4 Februarie 1997 in werking getree en ’n nuwe demokratiese bedeling tot stand gebring waarin die oppergesag van die reg en die beginsels van die Grondwet en die gepaardgaande Handves van Menseregte tot die voorgrond getree het. Die aanhef tot die Grondwet verwoord juis Suid-Afrikaners se diepgewortelde hunkering na ’n demokratiese bedeling waar die verdeling van die verlede verwerp word en gelykmatigheid voor die reg tot stand gebring word. Hierdie behoefte tot ’n demokratiese regeringstelsel word soos volg in die Grondwet verwoord:

“Ons, die mense van Suid-Afrika, Erken die ongeregtighede van ons verlede; Huldig diegene wat vir geregtigheid en vryheid in ons land gely het; Respekteer diegene wat hul beywer het om ons land op te bou en te ontwikkel; en Glo dat Suid-Afrika behoort aan almal wat daarin woon, verenig in ons verskeidenheid ... Daarom neem

¹ Aanhaling uit Zille H *“The Development of South Africa’s Constitutional Democracy since 1990”* <http://www.fwdeklerk.org/index.php.../publications?...loing-back-looking-forward> (datum van gebruik: 15 November 2016). Hierdie aanhaling deur Yeats hou vir my besondere betekenis in met inagneming van die bepaling van die Wet op Regspraktyk. Ons leer dikwels uit geskiedkundige gebeure dat die verlede homself herhaal in nuwe vorme. Die Wet op Regspraktyk herinner aan verskeie soortgelyke wetgewings wat in ander dele van die wêreld tot stand gebring is ten einde ’n soortgelyke nuwe dispensasie tot die regsprofessie tot stand te bring en tot klaaglike mislukkings gelei het.

² Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (hierna genoem die Grondwet).

ons, deur ons vryverkose verteenwoordigers, hierdie Grondwet aan as die hoogste reg van die Republiek ten einde- Die verdeeldheid van die verlede te heel en 'n samelewing gegrond op demokratiese waardes, maatskaplike geregtigheid en basiese menseregte te skep; Die grondslag te lê vir 'n demokratiese en oop samelewing waarin regering gegrondves is op die wil van die bevolking en elke burger gelyk deur die reg beskerm word; Die lewensgehalte van alle burgers te verhoog en die potensiaal van elke mens te ontsluit; en 'n Verenigde en demokratiese Suid-Afrika te bou wat sy regmatige plek as 'n soewereine staat in die gemeenskap van nasies kan inneem.”³

Die inwerkingtreding van die Grondwet is voorafgegaan deur die destydse President, De Klerk, se verklaring in die Parlement dat die *African National Congress* (hierna genoem die ANC) en verskeie ander politieke partye ontban sou word. In sy toespraak het hy onder andere aangekondig dat:

“The agenda is open and the overall aims to which we are aspiring should be acceptable to all reasonable South Africans. Among other things, those aims include a new, democratic constitution; universal franchise; no domination; equality before an independent judiciary; the protection of minorities as well as of individual rights; freedom of religion; a sound economy based on proven economic principles and private enterprise.”⁴

Hierdie politieke klemverskuiwing van die destydse Nasionale Party het egter nie oornag gebeur nie. Die demokratiese inlywing is voorafgegaan deur menseregte vergrype en die onderdrukking van groepe wat nie met die ideologie van die bewindsparty saamgestem het nie.

³ Aanhef tot die Grondwet.

⁴ Hierdie standpunt is deur De Klerk gehuldig tydens sy toespraak met die vrylating van Nelson R Mandela op 11 Februarie 1990; De Klerk FW “*Looking Back, Looking Forward—20 years after 2 February 1990*” <http://www.fwdeklerk.org/index.php.../publications?...looking-back-looking-forward> (datum van gebruik: 15 November 2016).

Mandela⁵ het juis tydens een van sy vele verhore sy kritiek uitgespreek rondom die destydse apartheidsregstelsel:

“Why is it that in this courtroom I am facing a white magistrate, confronted by a white prosecutor, escorted by white orderlies? Can anybody honestly and seriously suggest that in this type of atmosphere the scales of justice are evenly balanced? I am a black man in a white man’s court. This should not be.”⁶

Tydens sy inhuldigingstoespraak⁷ het Mandela sy ideologie en hoop vir die nuutgevonde demokrasie as volg verwoord:

“We enter into a covenant that we shall build a society in which all South Africans, both black and white, will be able to walk tall, without any fear in their hearts, assured of their inalienable right to human dignity – a rainbow nation at peace with itself and the world.”⁸

⁵ Mandela was die eerste President van die nuwe demokratiese bedeling van Suid-Afrika.

⁶ Hierdie uitlating is deur Mandela gemaak tydens sy verhoor vir aanhitsing en die onwettige verlating van die land in November 1962 na die Rivonia verhore beskikbaar by http://www.mandela.gov.za/mandela_quotes/index.html (datum van gebruik: 15 November 2016); sien verder ook Mandela NR “*I am prepared to die*”, inleidende verklaring tydens die Rivonia verhore in die Hooggeregshof Pretoria, 20 April 1964 http://www.mandela.gov.za/mandela_quotes/index.html (datum van gebruik: 15 November 2016); sien ook Mandela NR *Long walk to freedom: The autobiography of Nelson Mandela* (London: Abacus 2009) 312. Hy verduidelik onder andere waarom hy gekies het om die tradisionele Xhosa *kaross* te dra tydens sy verhoor as volg: “I had chosen traditional dress to emphasize the symbolism that I was a black African walking into a white man’s court ... The *kaross* was also a sign of contempt for the niceties of white justice.”

⁷ Mandela NR “*Toespraak tydens sy inhuldiging as President van Suid-Afrika, Pretoria*” http://www.mandela.gov.za/mandela_speeches/1994/940510_inauguration.htm (datum van gebruik: 15 November 2016).

⁸ *Ibid*; sien ook die Grondwet van die Republiek van Suid Afrika, Wet 200 van 1993 (hierna genoem die Interim Grondwet) waar die ideologie soortgelyk bewoord word.

Dit blyk egter dat hierdie ideologie en die menseregte soos vervat in die Grondwet vir die meerderheid Suid-Afrikaners 'n blote verwoording van hoop gebly het. O'Regan, voormalige KHR het by geleentheid die gebrek aan transformasie as volg verwoord:

“The deep inequalities that persist are visible reminders of the effects of apartheid and colonialism. Until these scars are healed, the vision of our Constitution will not have been achieved. There is a great burden on government, in particular to address this historic legacy.”⁹

Langa, voormalige HR het ook sy kommer met betrekking tot die trae transformasie in die verskillende gesagsfere sowel as op sosio-ekonomiese gebied as volg beskryf:

“It is my belief that achieving social justice and accelerating the route to equality and human dignity are the surest building blocks to a South African nation that has come to terms with itself. It is extremely difficult to achieve national reconciliation where the formerly oppressed are labouring under a heavy yoke of want, overtly, disease, poor and inferior education resources, in a land that boasts plentitude as our country does. This is all the more so when the colour of success and wealth is white and that of poverty and want is black. Meaningful democracy is,...much more than the formal changes and the adoption of the best Constitution on the planet. It is the substantive aspects that bring about change in the material conditions of our people that translate into real democracy.”¹⁰

⁹ O'Regan K “*Helen Suzman memorial lecture, 2011*” <http://www.hsf.org.za/resource-centre/lectures/hsf-memorial-lecture-2011> (datum van gebruik: 14 November 2016).

¹⁰ Langa P “*The progress made, and problems encountered in promoting the independence of the judiciary – as well as prospects for the future*” <http://www.fwdeklerk.org/index.php.../publications?...loing-back-looking-forward> (datum van gebruik: 15 November 2016); 'n soortgelyke mening is deur die Konstitusionele Hof in *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu-Natal)* 1998 (1) SA 765 (CC) gehuldig waar die hof bevind dat: “We live in a society in which there are great disparities in wealth. Millions of people are living in deplorable conditions and in great poverty. There is a high level of unemployment, inadequate social security, and many do not have access to clean water or to adequate health services. These conditions already existed when the Constitution was adopted and a commitment to address them, and to transform our society into one in which

Die transformasie van veral die regsprekende gesagsfeer is 'n voortslepende traë proses. Radebe verwoord sy kommer rakende die gebrek aan doelgerigte transformasie en veral die transformatiewe doelstellings van die regering met betrekking tot die regsprekende gesagsfeer as volg:

“At the core of transformation is the restructuring and the re-organization of institutions of governance and the courts that were carved under with a view to serve the colonial and apartheid legacy of inequality, to now serve the interest of all in our new constitutional democracy ... The transformation of the judicial system is a constitutional imperative which is entrusted upon Government as a branch of the state that is assigned the responsibility of developing and implementing national policy and of initiating legislation, among others.”¹¹

Die transformatiewe doelstellings van die regering en die interaksie van die regsprekende, wetgewende en uitvoerende gesagsfere word in meer besonderhede in Hoofstuk Drie en Vier bespreek. Die rol van die regsprekende gesag en die delikate wisselwerking tussen die verskillende gesagsfere sowel as die onlangse kritiek teen die inmenging van die regsprekende gesag op die gesagsterrein van die uitvoerende sfeer word breedvoerig in Hoofstuk Vier bespreek.

Die Wet op Regspraktyk¹² is 'n poging van die staat om die grondwetlike en transformatiewe doelstellings soos vervat in die Grondwet te bevorder en het die institusionele hervorming van die regsprofessie ten doel. Die finale weergawe van die Wetsontwerp op Regspraktyk¹³

there will be human dignity, freedom and equality, lies at the heart of our new constitutional order. For as long as these conditions continue to exist that aspiration will have a hollow ring.”

¹¹ Radebe JT “Discussion document on the transformation of the judicial system and the role of the judiciary in the developmental South African State” <http://www.gov.za/documents/downloads> (datum van gebruik: 1 Augustus 2014). Jeff Radebe was die destydse Minister van Justisie.

¹² Die Wet op Regspraktyk 28 van 2014 (hierna genoem die Wet op Regspraktyk). Die Wet op Regspraktyk is bekragtig op 20 September 2014 en die President het die Engelse teks onderteken op 22 September 2014 en in die Staatskoerant gepubliseer.

¹³ Die Wetsontwerp op Regspraktyk 20 van 2012 (hierna genoem die Wetsontwerp op Regspraktyk).

is op 12 November 2013 in die Nasionale Vergadering deurgevoer ten spyte van talle partye wat die wetsontwerp in sy huidige vorm teengestaan het. Terwyl die wetsontwerp in die Parlement breedvoerig gedebatteer is, het die destydse Justisie Minister, Radebe, aangevoer dat die Wetsontwerp op Regspraktyk kontroversieel is, maar dat die konstante kompromieë en toegewings deur die partye nie onbepaald kon voortduur nie en die voortslepende onderhandelings finaliteit moes bereik.¹⁴ Radebe het verder die rede vir die ontwikkeling en deurvoering van die Wet op Regspraktyk as volg opgesom:

“The enactment of the Legal Practice Bill provides the opportunity to redeem our sad past and lay the foundation of a promising future for advocates and attorneys. The enactment of the Bill carries with it the hopes and aspiration of many of our people on either side of the courtyard. On the one side the Bill extends to legal practitioners and aspirant jurists whose unrelenting desire to be freed from the shackles of apartheid to become true agents of the rule of law has been a long-drawn journey with several stop streets, and on the other side it brings hope to millions of our people whose quest for true justice is beyond measure.”¹⁵

Die voorwoord tot die Wet op Regspraktyk verwoord juis hierdie doelwit en stel dit dat die Wet poog om:

“’n (w)etgewende raamwerk te voorsien vir die transformasie en herstrukturering van die regsberoep in ’n professie wat in die breë verteenwoordigend van die Republiek se demografie onder ’n enkele reguleringsliggaam is”¹⁶

Die transformatiewe oogmerk van die Wet op Regspraktyk word verder in meer besonderhede in Hoofstuk Drie toegelig.

¹⁴ Ferreira E *IOL News* (2013/11/12) “Assembly passes Legal Practices Bill” <http://www.iol.co.za/news/crime-courts/assembly-passes-legal-practices-bill-1.1606187> (datum van gebruik: 13 November 2013).

¹⁵ LSSA “*Key Principles underpinning the Transformation of the Legal Profession*” <http://www.lssa.org.za/uploads/key-principles-of-the-LPB.pdf> (datum van gebruik: 3 April 2013).

¹⁶ Aanhef tot die Wet op Regspraktyk.

Ten spyte van die belangrike en fundamentele rol wat die regsprofessie vervul in die samelewing asook die eeue-oue tradisies en gebruike wat sinoniem met die professie is, sal die Wet op Regspraktyk 'n fundamentele verandering teweegbring in die basiese struktuur van die professie, die regulering van, en toelating tot die professie. Ten einde die konteks van hierdie veranderinge krities te beskou, fokus Hoofstuk Twee op die historiese ontwikkeling van die regsprofessie en die verdeelde struktuur wat tans in Suid-Afrika heers. Die Wet op Regspraktyk bring dan ook 'n verandering in die huidige verdeelde struktuur van die regsprofessie in Suid-Afrika teweeg. Benewens die bestaande prokureursprofessie en advokateprofessie, skep die bepalings in die Wet op Regspraktyk ook 'n derde "hibriede" regspraktisyn waarvolgens advokate direk instruksie vanaf die publiek kan ontvang mits hulle in besit is van 'n geldige getrouheidsertifikaat. Die historiese ontwikkeling van die verwysingsreël en die verskil tussen die professies asook die argument vir en teen die behoud van 'n verdeelde professie word in Hoofstuk Twee in meer besonderhede bespreek.

Histories is toegang tot die regsprofessie beperk tot diegene wat oor die nodige akademiese kwalifikasies beskik en aan die karaktervereistes van die "geskikte en gepaste persoon" toets voldoen het. Hierdie karaktervereistes het in die vorige politieke bedeling slegs toelating verseker vir diegene wat met die politieke ideologie van die bewindsparty saamgestem het. Een van die oogmerke van die Wet op Regspraktyk is om ook hierdie toelatingsvereistes te ondersoek in die lig van die regering se transformatiewe doelstellings. Die historiese toepassing van, en die misbruik van, die "geskikte en gepaste persoon" beginsel as toelatingsvereiste tot die regsprofessie word in Hoofstuk Drie krities ondersoek in die lig van die bepalings soos vervat in die Wet op Regspraktyk.

Die regulering van beide die advokateprofessie sowel as die prokureursprofessie was nog altyd gefragmenteer.¹⁷ Die Wet op Regspraktyk poog om 'n einde te bring aan hierdie gefragmenteerde regulering. Alhoewel die aanvanklike doelstelling van die Wet op Regspraktyk die samesmelting van die regsprofessie was, is hierdie oogmerk laat vaar ten gunste van die behoud van 'n verdeelde struktuur. Die Wet op Regspraktyk maak egter

¹⁷ *Inter alia* die Wet op die Toelating van Advokate 74 of 1964, die Wet op Prokureurs 53 of 1979, Wet op Hoër Howe 10 van 2013, etiese gedragskode vir advokate en die praktykshandleiding vir professionele gedrag van die Prokureursorde van Suid-Afrika.

voorsiening vir 'n maklike oorgang tussen die twee professies. Myns insiens erken die Wet op Regspraktyk die verskil in professies net in teorie, maar die uiteindelijke doelstelling blyk steeds die samesmelting van die regsprofessie te wees. Die Regspraktykraad sal ingevolge die Wet op Regspraktyk beskik oor volle magte oor alle regspraktisyne. Die Regspraktykraad sal dus die samesmelting van die regsprofessie deur blote jurisdiksie bewerkstellig. Hierdie aspek asook 'n verdere verduideliking van my opinie daaroor word in Hoofstuk Twee verder bespreek.

Chaskalson, voormalige KHR¹⁸ het gewaarsku teen die blindelinge aanvaarding van die bepalings soos vervat in die Wet op Regspraktyk en het sy kommer uitgespreek oor die behoud van die onafhanklikheid van die professie. Hy het dit gestel dat:

“The legal profession has a duty to itself and to the people of our country to do all that it can to protect its independence. That involves ensuring that its rules and practices are in the public interest and facilitate access to courts by the public and in particular by those whose need is the greatest, by promoting the culture of independence and professionalism in practitioners, by explaining to the general public the role of an independent legal professional in protecting democracy, and by raising its voice against measures calculated to erode that independence. The Legal Practice Bill in its present form is such a measure.”

Terwyl die staat aandring op hul standpunt dat die Wet op Regspraktyk die onafhanklikheid van die regsprofessie vooropstel, verskil verskeie partye ten opsigte van hierdie standpunt en voer aan dat die Wet op Regspraktyk die persepsie van onafhanklikheid skep, maar dat die kontrole oor die regsprofessie by wyse van die magte toegeken aan die Minister van Justisie soos in die Wet op Regspraktyk uiteengesit, nou in die uitvoerende gesag gesetel word.¹⁹ Die kritiek teen die magte wat aan die Minister van Justisie deur die bepalings van

¹⁸ Chaskalson A “*The rule of Law: The importance of independent courts and the legal profession*” <http://www.constitutionallyspeaking.co.za/arthur-chaskalson-on-independence-of-legal-profession> (datum van gebruik: 12 Julie 2014).

¹⁹ Gauntlett J *Business Day* (2012/06/04) “Radebe’s calamitous bill is an affront to the rule of law” 5. Hy voer onder andere aan dat: “It was well understood that to remove the control of the profession from the provincial bar councils and the General Bar Council of the Bar would have meant the end of independence of

die Wet op Regspraktyk toegeken word, word in Hoofstuk Vier verder toegelig met verwysing na die *trias politica* beginsel.

Die regsprofessie het onlangs kritiek verduur vanaf die regsbank sowel as die breë publiek weens hul versuim om die belange van die publiek behoorlik te beskerm in aangeleenthede waar regspraktisyns onregmatig opgetree het. Die onlangse oortredings deur die betrokke regslui het die debat vir die transformasie in die regulering van die professie en die gelykmatige beskerming van die publiek in 'n groot mate aangevuur en ook die weg gebaan vir die insluiting van artikel 35 in die Wet op Regspraktyk. Artikel 35 van die Wet op Regspraktyk het ten doel om regsfooie te reguleer en het die meerderheid regspraktisyns en deelnemers tot die konsultasieproses onkant betrap. Die regulering van regsfooie het ten doel om die billike heffing van regsfooie deur regspraktisyns te verseker en om die regsprofessie meer toeganklik te maak vir lede van die publiek. Die huidige bedeling met betrekking tot regsfooie, die kritiek teen die oorverhaling van regsfooie asook die veranderinge wat deur die bepalinge van die Wet op Regspraktyk teweeggebring word, word in meer besonderhede in Hoofstuk Vyf bespreek.

Een van die groot kwelpunte rondom die totstandkoming van die Regspraktykraad is die gebrek aan 'n behoorlike kosteberaming met betrekking tot die bedryfskoste van die statutêre reguleerder alvorens die Wet op Regspraktyk geproklameer is. Hierdie aspek word ook in meer besonderhede in Hoofstuk Vyf bespreek.

Die Wet op Regspraktyk maak voorsiening vir oorgangsbepalinge, wat alle aangeleenthede wat mag ontstaan met betrekking tot die regulering van regspraktisyns tydens die oorgang vanaf die huidige bedeling tot die nuwe statutêre reguleerder sal aanspreek. Die implementering van die Wet op Regspraktyk sal geleidelik gedoen word. Artikel 96 van die Wet op Regspraktyk maak voorsiening vir die totstandkoming van 'n tussentydse Nasionale Forum oor die regsberoep. Deel een en twee van Hoofstuk Tien van die Wet op Regspraktyk

the profession. What was also well understood was that the independence of the Bench was inextricably linked with the independence of the Bar.”

het op 1 Februarie 2015 in werking getree.²⁰ Die Nasionale Forum is verantwoordelik vir die ontwikkeling van 'n raamwerk waarvolgens die regsprofessie voortaan onder die vaandel van die Regspraktykraad beheer sal word.²¹

1.2 Doel van die studie

Die studie poog om die problematiese klousules in die Wet op Regspraktyk te identifiseer en te bespreek. Die studie fokus veral op die transformatiewe doelstellings van die Wet op Regspraktyk en vra of die oogmerk van die transformasie van die regsprofessie nie moontlik deur die bepalinge van die Wet op Regspraktyk te ver gevoer word nie. Die titel van die studie is dan ook juis 'n sinspeling op die moontlikheid dat die transformatiewe doelstellings van die regering soos verwoord in die bepalinge van die Wet op Regspraktyk meer skade aan die onafhanklikheid van die professie en die hoeksteen van *trias politica* soos vervat in ons Grondwet doen as die positiewe transformasie wat die bepalinge ten doel het.

Die studie argumenteer verder dat 'n onafhanklike regsprofessie van kardinale belang is vir die onafhanklike funksionering van die regsbank. Ek stel dit ook dat die onafhanklike funksionering van die professie in die toekoms twyfelagtig is vanweë die insluiting van die bepalinge in die Wet op Regspraktyk met betrekking tot die magte wat aan die Minister van Justisie toegeken word asook die totstandkoming van onder andere die Regsdiensteombud wat uit die staatskoffers gefinansier sal word.

²⁰ Die implimentering van deel 1 en 2 van Hoofstuk 10 is op 16 Januarie 2015 deur die President onderteken en op 23 Januarie 2015 in die Staatskoerant gepubliseer.

²¹ A 96 van die Wet op Regspraktyk. Die Wet op Prokureurs 53 van 1979 sal in die interim van krag bly. Die vier Provinsiale Ordes sal ook in die interim bly voortbestaan totdat die Regspraktykraad tot stand kom. Ingevolge a 96(4) sal die Nasionale Forum ophou bestaan sodra die Regspraktykraad in werking tree. Die Regspraktykraad sal ingevolge a 120(3) na drie jaar vanaf die inwerkingtreding van Hoofstuk 10, in werking tree.

Die Wet op Regspraktyk sal as platform dien vir 'n *legio* toekomstige konstitusionele uitdagings. Die problematiese klousules sal oor die volgende paar jaar, na die inwerkingtreding van hierdie bepalings, in die howe getoets word. Die studie sal as 'n moontlike beginpunt dien vir verdere besprekings en in diepte analise met betrekking tot die vordering van die tussentydse Nasionale Forum sowel as die toekomstige Regspraktykraad, terwyl die impak van die spesifieke omstrede klousules in die Wet op Regspraktyk krities beoordeel word.

Die studie poog verder om die impak van die verskillende klousules op gewone regspraktisyne in hul dag-tot-dag handeling met die publiek, staatsorgane en die rol wat hulle in die toekoms sal vervul in hul gemeenskappe te bespreek. Die Wet op Regspraktyk bring daadwerklike veranderinge in die wyse waarop regspraktisyne in die toekoms hulle praktyke sal bedryf. Die kwessie rondom verpligte gemeenskapsdiens, vryskelding van hierdie verpligting en die wye bevoegdheid van die Minister van Justisie met betrekking tot die praktiese funksionering van die professie word ook deur die studie aangeraak.

Die bepalings met betrekking tot die inkorting en vasstelling van regskostes blyk egter die grootste praktiese impak op die regspraktisyn en sy praktyk te hê. Die studie poog dan ook om hierdie kwelpunt aan te spreek in die lig van die praktisyn se fundamentele reg tot vrye ekonomiese handel. Soos met alle fundamentele regte, geld hierdie reg egter nie absoluut nie. Die belange van die publiek met betrekking tot toegang tot gekwalifiseerde regspraktisyne en toegang tot die reg in die algemeen word ook in die studie krities opgeweeg teenoor die belange van die regspraktisyn wat 'n besigheid bedryf in 'n wisselvallige ekonomiese omgewing.

Die studie bespreek ook die historiese agtergrond tot die regsprofessie met die doel om aan die leser 'n kort agtergrond te bied vir die huidige verdeelde aard van die professie en die toepassing van die verwysingsreël. Die Wet op Regspraktyk bring daadwerklike veranderinge tot die toepassing van die verwysingsreël en die studie argumenteer dat hierdie bepalings die toepassing van die verwysingsreël tot 'n blote akademiese vraagstuk vervaag.

Die studie ondersoek verder die verdeelde aard van die professie in die lig van die skepping van 'n "hibriede" regspraktisyn en die moontlike veranderinge wat met 'n samesmelting van

die advokateprofessie en prokureursprofessie sal plaasvind. Ek poog verder om argumente ten gunste van die verdeling van die professie, alternatiewelik die samesmelting van die professie te ondersoek en bloot te lê.

Die studie poog om onder andere die volgende vrae aan die leser voor te hou en moontlike verdere akademiese besprekings te fasiliteer:

1. In die algemeen bring die Wet op Regspraktyk daadwerklike veranderings aan die funksionering van 'n regspraktyk teweeg. Wat is die impak van hierdie veranderinge op die dag-tot-dag funksionering van die regspraktisyn met betrekking tot sy verhouding met die publiek en sy status in die gemeenskap wat hy dien?
2. Die regsprofessie word tans verdeel in die advokateprofessie en die prokureursprofessie.
 - 2.1 Behoort die verdeelde aard van die professies in beginsel behou te word, alternatiewelik, behoort 'n samesmelting van die professies plaas te vind?
 - 2.2 Behoort die verwysingsreël behou te bly? Wat is die impak van die "hibriede" regspraktisyn wat deur die Wet op Regspraktyk geskep word? Wat is die mening van die bestaande reguleerders met betrekking tot hierdie "hibriede" praktisyn?
 - 2.3 Behoort die regsprofessie onder die vaandel van 'n enkele statutêre liggaam, die Regspraktykraad, gereguleer te word? Wat is die implikasie van hierdie regulering op die onafhanklikheid van die professie en die regsbank as 'n geheel?
3. Transformasie van die regsprofessie word deur die Wet op Regspraktyk vooropgestel.
 - 3.1 Wat is die doelstellings van die Wet op Regspraktyk gesien in die lig van die transformatiewe oogmerke van die regering? Was die bepaling van die destydse *Legal Service Charter* 'n voorloper tot die ontstaan van die Wet op Regspraktyk?
 - 3.2 Kan ons konstitusionele uitdagings met betrekking tot sekere klousules in die Wet op Regspraktyk in die volgende paar jaar te wagte wees?

4. Die Minister van Justisie speel 'n prominente rol in die bepalings van die Wet op Regspraktyk.
 - 4.1 Is die magte wat aan die Minister van Justisie deur die bepalings van die Wet op Regspraktyk toegeken word, 'n oortreding van die beginsel van *trias politica* soos in die Grondwet vervat?
5. Die aspek van koste en die toeganklikheid van regsdiens word deur die Wet op Regspraktyk vooropgestel.
 - 5.1 Wat is die impak van artikel 35 van die Wet op Regspraktyk met betrekking tot die vasstelling van regsfooie? Watter kriteria behoort gebruik te word ten einde hierdie vasstelling van fooie te regverdig?
 - 5.2 Wat is die impak van die kosteberaming van die Regspraktyksraad op die algemene regspraktisyn en die bedryf van 'n suksesvolle regspraktyk?

1.3 Beperking van die studie

Die studie is beperk tot die Wet op Regspraktyk en die problematiese klousules wat reeds tydens die openbare debatte met betrekking tot die Wetsontwerp op Regspraktyk aan die lig gekom het.

Dit sou verwaand wees om voor te hou dat die studie 'n volledige uiteensetting van die historiese agtergrond tot die regsprofessie is of die huidige strukture van beide die advokateprofessie en die prokureursprofessie volledig aanspreek. Ek poog slegs om aan die leser 'n kort historiese oorsig te bied met betrekking tot die ontstaan van die professie met inagneming van veral die ontwikkeling van die Romeinse reg en die regstelsel wat van toepassing was in die vroeë Middeleeue, die Romeins-Hollandse regsontwikkeling, die Engelse regstelsel en die regstelsel wat in die vroeë Suid-Afrikaanse reg van toepassing was. Die historiese agtergrond, soos in die studie bespreek, dien slegs as hulpmiddel om aan die leser 'n geleentheid te bied om die historiese ontwikkeling van die regsprofessie te oorweeg teen die agtergrond van die veranderinge wat deur die Wet op Regspraktyk aan die huidige strukture van die advokateprofessie en die prokureursprofessie vooropgestel word.

Die studie poog geensins om 'n volledige weergawe te bied van elke moontlike kwelpunt of praktiese oorweging wat deur die Wet op Regspraktyk geskep word nie. Dit is ook haas onmoontlik om op elkeen van hierdie kwelpunte 'n oplossing aan die leser voor te hou.

Myns insiens is die taak om oplossings op veral die konstitusionele vraagstukke te bied, 'n veel groter praktiese vraagstuk wat op 'n kritiese en regsgebonde wyse deur die geheel van die regsprofessie aangespreek behoort te word. Die studie poog egter eerder om die leser op 'n selfondersoekende ontdekkingsreis te lei en problematiese klousules in die Wet op Regspraktyk aan die hand van veral die transformatiewe doelstellings en die behoud van die onafhanklikheid van die regsprofessie uit te wys ten einde verdere besprekings en moontlike oplossings op die weg vorentoe te vind.

1.4 Navorsingsmetodologie

Die studie fokus op 'n analitiese ontleding van die bepalings van die Wet op Regspraktyk en die praktiese oorwegings wat die algemene regspraktisyn met die implementering van die bepalings te wagte kan wees. Ek bied verder aan die leser 'n historiese oorsig tot die ontstaan van die regsprofessie en 'n blik op die transformatiewe aard van ons demokratiese bedeling as 'n voorloper tot die totstandkoming van die Wet op Regspraktyk. Ek maak ook gebruik van statistiese data met betrekking tot die huidige demografiese verdeling van die regsprofessie asook die demografiese verdeling van huidige *LLB*-studente ten einde aan die leser die natuurlike transformasie van die regsprofessie uit te wys en my opinie te staaf.

1.5 Samevatting van bronne

Die Wet op Regspraktyk skep 'n nuwe bedeling tot die regulering van die regsprofessie. Alhoewel baie literatuur bestaan met betrekking tot die verwagtinge en die problematiese klousules van die Wet op Regspraktyk is daar weinig literatuur beskikbaar waar die

daadwerklike impak van die bepalings in diepte bespreek word. Die meeste literatuur is tans spekulatief van aard aangesien al die bepalings van die Wet op Regspraktyk nog nie in werking getree het nie.

Die Wet op Regspraktyk vorm dus die primêre bron van die studie. Die Wet op Regspraktyk skep 'n raamwerk waarbinne die tussentydse Nasionale Forum hul mandaat moet uitvoer binne die bestek van die volgende paar jaar waarna die Regspraktykraad die werksaamhede van die huidige reguleerders sal vervang. Beide die *Law Society of South Africa* en die Algemene Balieraad van Suid-Afrika het substansiële voorleggings met betrekking tot verskeie klousules aan die Departement van Justisie voorgehou. Hierdie voorleggings dien ook as bron tot die studie. Die bepalings van die Wet op Regspraktyk word ook oorweeg teen die agtergrond van die transformatiewe doelstellings van die regering en die transformatiewe imperatief soos vervat in die Grondwet. Die Grondwet van Suid-Afrika vorm ook dus 'n belangrike verwysingsbron tot die studie. Die regsprofessie word tans deur verskeie wetgewings en praktykshandleidings gereguleer. Die studie verwys ook na hierdie wette en handleidings.

Ander sekondêre bronne sluit ook die *legio* joernaalartikels, parlementêre besprekingsdokumente, die menings van akademici, regspraktisyne en politici sowel as die verskeie konsep weergawes van die Wet op Regspraktyk in. Daar was ook verskeie nuusberigte in die algemene media oor die vordering van die Wetsontwerp op Regspraktyk en die deurvoering van die Wet op Regspraktyk in die Parlement. Hierdie studie verwys ook na hierdie bronne sowel as die inligting op die webtuistes van die huidige reguleerders van die professie ten einde aan die leser 'n agtergrond tot die ontstaan van die Wet op Regspraktyk te bied.

Die studie steun verder op historiese sake ten einde die behoefte aan die transformasie van die regsprofessie te staaf. Die problematiese bepalings in die Wet op Regspraktyk behoort in die toekoms tot verskeie konstitusionele toets sake te lei. Daar is egter tans geen sake beskikbaar waar die bepalings van die Wet op Regspraktyk aan die grondwetlikheid daarvan deur ons howe getoets word nie.

Hoofstuk 2 Die historiese ontwikkeling van die regsprofessie

2.1 Inleiding

Die term “regsprofessie” is wyd en die *Concise Oxford Dictionary* omskryf juis die term *legal profession* as: “The body of people who practice law”. Ten einde ’n beter begrip te vorm rondom die invloede en historiese ontwikkeling van die professie, behoort die term “regsprofessie” dus eerstens ondersoek te word en onderskei te word van ’n blote besigheid of ’n ambag. Bosielo¹ omskryf die regsprofessie as volg:

“What is the nature of this honourable profession to which we all, Bench, Bar and Side-Bar alike belong? Perhaps its nature has already been revealed by the words “honourable profession”. First and foremost, it is a profession, not a trade or business ...”

Daar bestaan dus ’n verskil in die beoefening van ’n professie as ’n regspraktisyn en die bedryf van ’n blote besigheid. Gerber² verwys na hierdie verskil tussen ’n professie en die bedryf van ’n blote besigheid as volg:

“The professional is seen as oriented not to personal profit but to disinterested tasks like the advancement of knowledge. Professionalism involves limitations on the aggressive pursuit of self-interest. Professionals subordinate their financial interest to the interest of the public, especially to people who need help.”

¹ Bosielo R “*Speech by Judge Ronnie Bosielo at the opening of the LLB summit*” <http://www.lssa.org.za/LLBsummit> (datum van gebruik: 14 Julie 2014).

² Gerber *RJ Lawyers, Courts and Professionalism* (New York: Greenwood Press 1989) 11.

Dit is dus veral in die publieke belang dat die regsprofessie eerder as 'n professie beskou word. Lewis³ verwys na sekere karaktereienskappe waaraan 'n professie behoort te voldoen, ten einde as 'n professie geklassifiseer te word. Volgens hom word 'n professie van 'n blote besigheid of ambag onderskei deur die bestaan van die verkryging van intellektuele kennis alvorens toelating tot die professie kan geskied, die bevordering van 'n gemeenskaplike doel en die bedryf van 'n besigheid in private praktyk waarbinne 'n adviserende funksie ter sprake is. Verder behoort daar 'n diensaspek ten gunste van die publiek teenwoordig te wees en die regulering daarvan behoort deur 'n verteenwoordigende liggaam of orde waargeneem te word waar bepaalde etiese gedragskodes neergelê en afgedwing word.

³ Lewis EAL *Legal Ethics-A guide to professional conduct for South African attorneys* (Kaapstad: Juta & Co. Ltd. 1982) 2. Dieselfde vereistes word breedvoerig in Slabbert M "The requirement of being a "fit and proper" person for the legal profession" (2011) 14 4 *PER/PELJ* 209 verwoord. Sy noem ook dat die konsep van 'n professie geskiedkundig slegs van toepassing was op mediese-, godsdienstige- en regsberoep. Toelating tot hierdie professies het gewoonlik afgehang van die individu se sosiale stand en status in die samelewing; Rossouw GJ "Why professional ethics in the legal profession" (1998) 1 *TSAR* 58. Die skrywer haal ook sommige van hierdie karaktereienskappe aan en bied 'n breë verduideliking van elke eienskap. Hy verduidelik verder dat die regsprofessie oor relatiewe outonomie beskik om sake tot die beste van hul vermoë te hanteer. Dit beteken egter nie dat regspraktisyns nie met hul kliënte hoef te konsulteer om instruksies te bekom nie, maar dat hulle 'n diskresie kan beoefen in die uitvoering van hierdie instruksies; Crook JA *Legal Advocacy in the Roman World* (Ithaca, New York: Cornell University Press 1995) 42. Die skrywer omskryf die karaktereienskappe van 'n regsprofessie as volg: "(C)ertain standard features are nowadays taken as criteria of a profession: That it is a full-time occupation and if people are earning a living at it is their main source of a living; that it is a, with the normative expectations that that implies; that it has an organisation and elicits professional solidarity; that it is the object of a specific education, leading to accepted standards certified by the organisation; that it has an ethical code related to the interest of the community; and that it has a monopoly in its sphere of activity."; sien ook Regan MC "Taking law firms seriously" *Georgetown Journal of Legal Ethics* vol 16 155-173 vir 'n verdere bespreking van die totstandkoming van verteenwoordigende liggame en die vasstelling van etiese kodes juis om die regsprofessie van 'n blote bedryf van 'n besigheid te onderskei. Die skrywer skryf die ontstaan van veral etiese kodes toe aan die totstandkoming van groter regsfirmas in 'n poging om juis die najaag van kommersiële welvaart teenoor die diensaspek ten gunste van die publiek te balanseer.

'n Regspraktisyn beskik oor spesialis kennis wat nie tot die beskikking van die leek is nie. Hierdie kennis behoort aangewend te word ter bevordering van geregtigheid in die samelewing. Die regspraktisyn vervul dus 'n diens ten behoeve van die publiek en behoort aan 'n professionele orde waar etiese kodes deur beide die hof en die betrokke orde afgedwing word. Slabbert⁴ voer die argument verder en beweer dat 'n profesie ontstaan uit 'n sosiale behoefte aan dienste waar spesialis kennis en bekwaamheid deur die publiek vereis word en stel dit dat dit gevare inhou vir die publiek sowel as die regspraktisyn indien die regsprofessie as 'n blote besigheid beskou word. Sy stel dit dat indien die regsprofessie as 'n besigheid geklassifiseer en bedryf word, die uitvoering van geregtigheid sekondêr geag sal word tot die verkryging en behoud van kapitale welvaart, aangesien regsdienste dan slegs beskikbaar sal wees aan diegene wat bereid is om die hoogste prys daarvoor te betaal. Verder kan dit moontlik lei tot die skepping van wantroue in die regsprofessie deur die publiek. Boshielo⁵ R lig veral die aspek van dienslewering uit en stel dit dat:

⁴ Slabbert M *supra* (n 3); sien verder Van der Merwe FE *Die struktuur en funksionering van die prokureursprofessie in Suid- Afrika* (LLD proefskrif Universiteit van Pretoria 1986) 131; sien ook Rhode D "Expanding the role of ethics in legal education and the legal profession" <http://www.scu.edu/ethics/publications/submitted/rhode/lega1ed.html> (datum van gebruik: 14 April 2017). Sy verwys in besonder na die feit dat die huidige teenstrydige regstelsel die opinie van die publiek teenoor die regspraktisyn negatief beïnvloed aangesien daar altyd een party is wat 'n regsgeeding verloor. Sy stel dit egter ook dat 'n ander struktuur en regstelsel ook nie aanklank sal vind by die publiek nie aangesien die eienskappe wat die publiek in 'n opponerende regspraktisyn verafsku, wel die eienskappe is wat hulle vir hul eie sake verlang. Sy stel dit dan ook dat: "People hate a hired gun until they need one themselves."; sien verder ook Rossouw GJ *supra* (n 3) 59-60 vir 'n verdere bespreking van die beskouing van die regsprofessie as 'n blote besigheid waar finansiële welvaart nagestreef word en die sosio-ekonomiese implikasies van so 'n beskouing.

⁵ Bosielo R *supra* (n 1); sien ook Wildenboer L "The origins of the division of the legal profession in South Africa: A brief overview" (2010) 16 2 *Fundamina* 199 waar die skrywer die regsprofessie omskryf as 'n beroep of roeping; sien verder ook Mnyongani F "Whose morality? Towards a legal profession with an ethical content that is African" (2009) 24 *SAPR/PL* 121-134 argumenteer egter dat die besigheidsaspek van die regsprofessie nooit uit die oog verloor moet word nie en stel dit dat: "To argue that the profession is not a business may not be an adequate response, because the profession does have a business component which needs to be acknowledged. The current reality in South Africa is such that most law firms are run on a purely business basis. Clients are assisted on a purely business rationale based on principles of profitability to the company.

“One aspect of the definition of “profession” is service to the community. Members of the profession have specialized knowledge and skills that members of the public do not possess ... (t)ogether, these facts imply a huge responsibility for the legal profession.”

Uit die bogemelde definisies wil dit dus voorkom asof die regsprofessie gedefinieer kan word as ’n professie, en onderskei kan word van ’n blote ambag of besigheid.

2.2 Die historiese agtergrond tot die regsprofessie

Ten einde ’n beter begrip te vorm rakende die huidige posisie van die rol van prokureurs en advokate met inbegrip van die bepalings van die Wet op Regspraktyk, is dit nodig om ’n kort historiese agtergrond rakende sekere aspekte van die ontstaan van die professie te ondersoek. Die ontstaan en historiese ontwikkeling van die regsprofessie is omslagtig en die oorsig sal slegs fokus op ’n paar belangrike aspekte rakende die ontwikkeling van die professie, die erkenning van die verdeelde aard van die professie sowel as sekere gevalle waar die samesmelting van die professie voorgestaan is.⁶ Brundage⁷ stel dit dat die eerste herkenbare verhoor reeds in die Paradys ontstaan het toe God vir Adam skuldig bevind het aan ongehoorsaamheid nadat hy van die verbode vrugte van ’n spesifieke boom geëet het. Hy voer verder aan dat antieke regstelsels in die Mediterreense Kom asook die Nabye Ooste bestaan het maar dat die antieke Griekse samelewing nie die rol van regspraktisyns erken het nie. Volgens die skrywer was die antieke Griekse samelewing bemoei met die filosofiese

The myth that if law firms were to be run on the basis of profitability, indigent client will not have access to justice does not bear resemblance to any current reality.”

⁶ Die oorsig poog geensins om ’n volledige weergawe van die historiese ontwikkeling van die professie te bied nie, maar bloot om belangrike punte aan die hand van die verandering wat deur die Wet op Regspraktyk teweeg gebring word, aan die leser voor te hou.

⁷ Brundage JA *The Medieval Origins of the Legal Profession, Canonists, Civilians, and Courts* (Chicago en London: University of Chicago Press 2010) 9-10.

ontleding van die aard van die regstelsel, maar het hulle die ontstaan van 'n duidelik gedefinieerde regsprofessie ten sterkste afgekeur. Hy stel dit dat:

“Litigants in ancient Athens required permission from the jury to call in an orator to speak on their behalf, and although such requests were rarely refused, the advocate could not be paid for his services and was forbidden to appear in that capacity more than once.”

Teen die middel van die vierde eeu voor Christus het hierdie praktyk egter agterweë gebly en advokate het as sulks begin praktiseer. Die skrywer meen egter dat hierdie professie nie as die oorsprong van die regsprofessie gesien behoort te word nie, aangesien die groep gefokus het op die verskerping van hul retoriese vaardighede sonder om ooit ag te slaan op die analitiese ontleding van die reg of die totstandkoming van 'n professionele orde wat professionele etiese kodes afgedwing het.⁸

2.2.1 Die Romeinse oorsprong van die regsprofessie

Die antieke Romeinse reg was verweef met godsdienstige oorwegings en interpretasies. Die interpretasie van die reg is aanvanklik oorgelaat aan die koning. Met die ontstaan van die Republiek het hierdie interpretasie in die hande van aristokratiese priesters, bekend as die kollege van *pontiffs* geval, wat uitsluitlik toegelaat is om onder andere regsopinies te lewer (hierdie opinies was formele regsopinies of *responsa*) en die Twaalf Tafels te interpreteer. Die priesters was ook die bewaarders van die boeke waarin die bewoording en formules van die *legis actiones* uiteengesit is. Die mag van die priesters is eers beëindig gedurende 255 tot 252 voor Christus met die totstandkoming van regsadviseurs buite die range van die

⁸ *Ibid*; vir 'n meer volledige weergawe van die historiese ontwikkeling van die regsprofessie, sien onder ander ook Van der Merwe FE *supra* (n 4).

aristokratiese priesters toe Tiberius Coruncanius as hoofpriester aangestel is en hy onderrig in die regspleging aan almal oopgestel het.⁹

Die Romeinse regstelsel is grotendeels gekenmerk deur drie duidelike prosesreg tydperke, naamlik die *legis actiones*, die procedure *per formulam* en die latere *cognitio extra ordinum*.¹⁰

⁹ Brundage JA *supra* (n 7) 10 verwys na die duidelike onderskeid tussen die regsprofessie in die antieke Griekse samelewing en die Romeinse samelewing as volg: "Legal prowess was highly prized there (in Rome), and faint foreshadowings of a distinctive and prestigious legal profession began to appear early in the Roman Republic's history."; Greenidge MA *The Legal Procedure of Cicero's Time* (New York, New York: Augustus M Kelly Publishers 1971) 22-23 verwys na die mag van die koning as volg: "(T)here is no doubt that the king was its (civil law) authentic interpreter. He was the 'guardian of the laws and ancestral customs', the guardian in the sense of keeping them and doling them out to applicants when they were required ... In fact the utterances of the kings are themselves *leges*; his *formulae* take the place of the principles on which they are based. So great is the power of the interpretation of the king that we are almost justified in calling him the source of law in the form in which it reached the community". Met betrekking tot die rol van die *pontiffs* stel die skrywer dit verder dat: "But though the king was formally the only authentic exponent both of *ius* and *fas*, both he and the litigants must have been bound to make constant appeals to the body which preserved not only the secrets of law but the mysteries of procedure. This was the college of pontiffs which may perhaps be regarded as the judicial *consilium* of the kings in matters of private and religious law."; Brundage JA *supra* (n 7) 11-13 verwys verder na die ontstaan van die Twaalf Tafels in 'n poging om publieke ontevredenheid te bekamp aangesien die publiek die regspleging in die hande van die *pontiffs* onprakties en ontoereikend gevind het. Die Twaalf Tafels het algemene regsreëls en sekere proses riglyne bevat maar die publisering van die fondasie van die Romeinse Reg het merendeels aanleiding gegee tot die verslapping van die monopolie wat die *pontiffs* tot op daardie stadium op die Romeinse regstelsel en regs kennis gehad het. Die houvas van die *pontiffs* het egter eers daadwerklik tot 'n einde gekom met die publisering van 'n boek oor die proses *usucapio* en die daaropvolgende publisering van verskeie ander regsboeke en die latere aksies van Tiberius Coruncanius; Buckland WW *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* 3de uitgawe (Cambridge: University Press 1963) 607; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 202 (n 23).

¹⁰ Van der Bergh R "The *patronus* as representative in civil proceedings and his contribution towards the attainment of justice in Rome" (2009) 15 2 *Fundamina* 159-173. Sy noem dat die periode waarin die drie prosesregstelsels onderskeidelik gebruik en afgedwing is, dikwels oorvleuel het en wys daarop dat die *legis actiones* in gebruik was gedurende die tydperk van die Twaalf Tafels tot en met die einde van die pre-klassieke tydperk terwyl die procedure *per formulam* tydens die tweede eeu voor Christus tot en met die klassieke

Die rol van die *praetor* was deurgaans 'n belangrike posisie in die Romeinse regstelsel, en ten einde sy rol in die howe te versterk en sy waardigheid te beskerm, het hy onderskei tussen klasse mense wat sekere partye verhoed het om hulself direk tot die howe te wend.¹¹ Slegs persone wat as bevoegde persone (*integra persona*) verklaar is, is toegelaat om in hul persoonlike hoedanigheid sowel as ten behoeve van 'n derde party, die *praetor* te nader.¹²

Gedurende die tydperk voor Justinianus, het die regsbeginsel waarvolgens 'n regshandeling slegs afgedwing kan word ten aansien van die persone wat fisies tot die handeling

tydperk toegepas is. Die *cognition extraordinaria* het toepassing gevind in die post-klassieke tydperk; Brundage JA *supra* (n 7) 15.

¹¹ Van der Bergh R *supra* (n 10) 160. Die *praetor* het hoofsaaklik tussen drie hoofgroepe mense onderskei. Dowe mense en jongelinge onder die ouderdom van sewentien jaar was nie bevoeg om enigsins voor hom te verskyn nie. Vroue en persone met fisiese gebreke was gemagtig om slegs in hul persoonlike hoedanigheid voor hom te verskyn; in *Incorporated Law Society v Wookey* 1912 AD 623 voer Innes R aan dat vroue nie ten behoeve van 'n ander party kon verskyn nie weens hul geslag. Hy haal die *Digest* 50,17,2 aan en meld as volg: "Women are entirely excluded from rendering civil or public services "*feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt*"; they can, therefor, neither be "*judices*", nor exercise a magisterial office, nor bind themselves for another, nor hold the position of "*procurators*." Die derde klas kon in hul persoonlike hoedanigheid verskyn en is ook in sekere omstandighede toegelaat om namens 'n derde party te verskyn.

¹² Van der Bergh R *supra* (n 10) 160; sien verder *De Freitas v Society of Advocates of Natal* 2001 (3) SA 750 (SCA) 160; sien verder ook Brundage JA *supra* (n 7) 15–16. Hy verwys na die rol van regters in die Romeinse reg en bevind dat hierdie posisie merendeels bekleed is deur leke. Regters was nie noodwendig in die regspleging opgelei nie, maar is op 'n *ad hoc* basis aangestel ten einde gedinge aan te hoor. Hy stel dit verder dat: "They were much like members of a common law jury, whose primary task was to evaluate the facts of the case before them. They were expected to bring ordinary common sense to bear upon the issues and to determine them in light of their general experience of the world and its workings, using whatever bits of legal knowledge they might have acquired along the way." Hy stel dit verder dat regters merendeels op die opinies van juriste staatgemaak het ten einde 'n tegniese geskilpunt te interpreteer en te besleg; Crook JA *supra* (n 3) 40.

deelneem, in die Romeinse reg geseëvier.¹³ Die regsbeginsel is dan ook toegepas in die prosedure *legis actiones*¹⁴ en hiervolgens is prosesverteenwoordiging nie erken nie. Partye tot 'n regshandeling was dus nie in staat om van verteenwoordigers gebruik te maak nie en moes hulle in hul persoonlike hoedanigheid tot 'n regshandeling deelneem.¹⁵

Die uitbreiding van die Romeinse Ryk het egter meegebring dat die regsbeginsel dat partye net in hul persoonlike hoedanigheid tot regshandelinge kan deelneem, mettertyd vervang is met 'n stelsel waarin prosesverteenwoordiging toegelaat is.¹⁶ Die uitbreiding van die

¹³ Van Warmelo P *Die Oorsprong en Betekenis van die Romeinse Reg: 'n studie van die historiese en prosessuele agtergrond van die materiële Romeinse Reg* 2de uitgawe (Pretoria: JL Van Schaik 1978) 293; Greenidge MA *supra* (n 9) 59; Van der Merwe *supra* (n 4) 24; Friedman C "The history of the division of the South African legal profession" Februarie (1990) *De Rebus* 136.

¹⁴ Van Warmelo P *supra* (n 13) 293; sien ook Brundage JA *supra* (n 7) 14; volgens die prosedure moes die partye 'n reeks handelinge en formele woorde uitspreek wat met die bepaalde formule ooreengestem het ten einde hul regte en verpligtinge wedersyds af te dwing.

¹⁵ Watkin TG *An Historical Introduction to Modern Civil Law* (Aldershot: Ashgate Dartmouth 1999) 437 bespreek die uitsonderings met betrekking tot die *legis actiones* waar prosesverteenwoordiging wel toegelaat is; Van der Bergh R *supra* (n 10) 161 (n 14); Van der Merwe *supra* (n 4) 25. Onder sekere omstandighede is partye toegelaat om van die hulp van 'n verteenwoordiger gebruik te maak. Hierdie uitsonderings het gegeld waar die vryheid van die persoon ter sprake was, onder andere waar die party militêre diens verrig het en gevange gehou is deur die vyand, of waar hy beroof is terwyl hy afwesig was in die tydperk waarin hy militêre diens verrig het. Verteenwoordiging is ook toegelaat waar 'n party 'n gestremde persoon is of waar die verteenwoordiger as 'n *tutor* opgetree het; Wildenboer L *supra* (n 5) 202-203.

¹⁶ Brundage JA *supra* (n 7) 15, 17. Hy stel die rede vir die uitbreiding van die Romeinse regstelsel as volg: "Rome's legal system, originally fashioned to deal with the problems of a relatively homogenous population living in the city and surrounding regions, necessarily had to adjust to accommodate this vast expansion of Roman power. The need became acute early in the first century BCE when two laws extended citizenship to virtually all free adults living in the Italian peninsula and thus brought them for the first time under Roman civil law." Brundage stel dit verder onder andere dat: "The formulary system and its successor, *cognitio* procedure, created a situation that fostered the growth of the Roman legal profession"; Greenidge MA *supra* (n 9) 235; Van der Bergh R *supra* (n 10) 161. Aangesien die Romeinse Ryk met betrekking tot handel uitgebrei het en partye dikwels ver van die howe aan handel deelgeneem het, was dit moeilik vir partye om self in die howe te verskyn.

bestaande regsprosedure het dan ook die totstandkoming van die regsprofessie verseker. Onder die formele prosedure was partye tot die geding steeds verplig om persoonlik teenwoordig te wees, maar is hulle toegelaat om van die retoriese vaardighede van advokate gebruik te maak om namens hulle hul saak voor die regter te stel.¹⁷

Die prosedure *per formulam*¹⁸ het die prosedure *per legis actionem* vervang en partye is toegelaat om deur middel van verteenwoordigers aksies in te stel en te verdedig.¹⁹ Brundage voer aan dat hierdie stelsel merendeels staatgemaak het op geskrewe dokumente in teenstelling met mondelinge verklarings en stel dit dat partye tot die regsgeding verplig was om van gespesialiseerde regsdienste gebruik te maak ten einde die geskrewe dokumente behoorlik op te stel. Gedurende hierdie periode is regters, wat voorheen uit leke bestaan het, vervang met beamptes wat die regering gedien het, en dikwels regsopleiding ondergaan het.²⁰

Die formule prosedure het toegelaat dat die naam van die verteenwoordiger in die plek van die prinsipaal in die *condemnatio* ingevoeg kon word.²¹ Dit het aanleiding gegee tot die

¹⁷ Watkin TG *supra* (n 15) 437. Hy stel dit dat hierdie advokate nie noodwendig oor regsopleiding beskik het nie, maar dat hulle wel opgelei was in retoriese tegnieke. Hierdie groep persone is onderskei van juriste wat wel regsopleiding gehad het. Hy stel die onderskeid as volg: “Jurists would supply the legal advice; the advocates were there to present the case with consummate oratorical skill.”

¹⁸ Buckland WW *supra* (n 9) 609; volgens die prosedure moes partye skriftelik in ’n *formula* hul geskille uiteensit volgens ’n voorgeskrewe formule; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 25 (n 53); Wildenboer L *supra* (n 5) 202 (n 24). Sy voer aan dat die proses gereguleer is deur wetgewing en wel in die *Lex Aebutia* en die *leges Iuliae iudiciorum*; sien ook Brundage JA *supra* (n 7). Hy bevestig dat die *Lex Aebutia* (tussen 145 en 120 voor Christus) grootliks bygedra het tot die vervanging van die *legis actiones* met die formele stelsel. Die formele stelsel het in die Romeinse Ryk gegeld tot en met die tweede deel van die tweede eeu voor Christus.

¹⁹ Brundage JA *supra* (n 7) 17; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 25; Van der Bergh R *supra* (n 10) 161. Sy voer aan dat die *praetor peregrinus* in sy edik voorsiening gemaak het vir prosesverteenvoording deur die uitbreiding van die stelsel met die prosedure *per formulam*.

²⁰ Brundage JA *supra* (n 7) 18; Wildenboer L *supra* (n 5) 203 (n 27).

²¹ Brundage JA *supra* (n 7) 15 stel dit dat ’n gedingparty die opsie gehad het om ’n derde party aan te stel om namens hom in die hof te argumenteer. Hy verwys na sogenaamde “litigasie agente” wat letterlik die plek van die gedingpartyte ingeneem het. Hy stel dit verder dat: “The actions and statements of such an agent bound

ontstaan van twee prosesverteenwoordigers, naamlik die *cognitor* en die *procurator*.²² Die *cognitor* is waarskynlik die oudste prosesverteenwoordiger bekend aan die Romeinse reg.²³ Die *cognitor* het aanvanklik 'n beperkte invloed gehad en is aangestel deur persone bo die ouderdom van sestig jaar of siek partye. Verder is die verteenwoordiger aangestel om die prinsipaal in spesifieke sake te verteenwoordig.²⁴ Die *cognitor* is formeel in die teenwoordigheid van die ander party aangestel.²⁵ Van der Merwe²⁶ voer aan dat 'n afleiding gemaak kan word dat die *cognitor* eerder as 'n plaasvervanger as 'n verteenwoordiger van

his principal just as if the principal had done them in person.”; Van Warmelo P *supra* (n 13) 293; Van der Bergh R *supra* (n 10) 161; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 25. Hy voer aan dat die eiser of verweerder se naam in die *intentio* genoem is maar dat die naam van die verteenwoordiger in die *condemnatio* opgeneem is. Hierdie insluiting het dus behels dat die regter 'n uitspraak teen of ten gunste van die verteenwoordiger gemaak het. Die regter se uitspraak was dan ten gunste van of teen die verteenwoordiger; sien ook *Incorporated Law Society v Wookey supra* (n 11) waar Innes R bevind het dat die verteenwoordiger opgetree het as die prinsipaal in die verrigtinge aangesien die *condemnation* die verteenwoordiger se naam bevat het en nie die naam van sy prinsipaal nie. Hiervolgens het die stelreël ontwikkel dat die prinsipaal nie by magte was om sy verteenwoordiger te vervang nadat *litis contestatio* bereik is nie.

²² Van Warmelo P *supra* (n 13) 293; sien ook Greenidge MA *supra* (n 9) 146 verwys na hierdie groepe prosesverteenwoordigers as “perfect agency” en stel dit dat die gedingspartye deur hierdie verteenwoordigers vervang word; Wildenboer L *supra* (n 5) 203 voer aan dat prosesverteenwoordigers in drie hoofgroepe verdeel kan word, naamlik 'n *cognitor*, *procurator* en *defensor*. Die *defensor* was egter in dieselfde verteenwoordigende hoedanigheid aangestel as die *procurator* maar slegs ten behoeve van die verweerder.

²³ Van Warmelo P *supra* (n 13) 293; Watkin TG *supra* (n 15) 437; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 26 meen dat die figuur moontlik so ver as die *legis actiones* proses teruggevoer kan word. Hy voer verder aan dat die rolle van die *cognitor* en die *procurator* in 'n groot mate ooreengestem het deurdat beide namens hul prinsipaal in regsdinge kon optree.

²⁴ Van Warmelo P *supra* (n 13) 294; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 26; Wildenboer L *supra* (n 5) 203.

²⁵ Van Warmelo P *supra* (n 13) 294; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 26 (n 61); sien verder ook Friedman C *supra* (n 13) 136 waar hy aandui dat die rol van die *cognitor* later verval het aangesien dit ongerieflik was om die verteenwoordiger in die teenwoordigheid van die ander party tot die geding aan te stel.

²⁶ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 27.

die prinsipaal opgetree het, aangesien die regte en verpligtinge ten opsigte van die prestasie in die *cognitor* gevestig het en dan aan die prinsipaal oorgedra moes word.²⁷

In teenstelling met die aanstelling van die *cognitor*, was dit vir die gedingsparty moontlik om die *procurator*²⁸ sonder enige formele woorde aan te stel en hierdie aanstelling kon geskied in die afwesigheid van die ander gedingsparty.²⁹

Aanvanklik is die *procurator* aangestel as die algemene verteenwoordiger van die prinsipaal se sake indien die prinsipaal afwesig was weens staatsake of homself buite die Romeinse Ryk bevind het.³⁰ Die rol van die *procurator* is egter met verloop van tyd uitgebrei en kon die prinsipaal die *procurator* aanstel om 'n wye verskeidenheid pligte namens hom te verrig.³¹

²⁷ *Ibid.* Hy voer aan dat die prinsipaal gevolglik sekuriteit moes stel ten einde te verseker dat die *cognitor* sy verpligtinge kan nakom; sien ook *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another* 1997 (4) All SA 452 (N) waar Thirion R bevind dat die *cognitor* as die plaasvervanger van sy prinsipaal gesien is (*merito domini loco habetur*) en dus nie nodig gehad het om in sy persoonlike hoedanigheid sekuriteit te stel nie. Van der Merwe voer verder aan dat die *cognitor* se regte en verpligtinge eers teen die einde van die Republikeinse tydperk direk in die prinsipaal gesetel het en die *cognitor* eers op hierdie stadium as 'n verteenwoordiger in die ware sin van die woord gesien kon word.

²⁸ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 10 bevind dat die term *procurator* saamgestel is uit die werkwoord *procuro* wat beteken: "to take care of, look after, tend" en ook "to manage, administer any one's affairs." Volgens die letterlike betekenis van die woord is 'n *procurator* dus iemand wat in 'n posisie van beheer is en in 'n verteenwoordigende hoedanigheid namens 'n prinsipaal optree.

²⁹ Van Warmelo P *supra* (n 13) 294; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 28. Die *procurator* was selfs by magte om sonder opdrag op te tree en dan is na hom verwys as die *procurator voluntarius*.

³⁰ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 12; Van der Bergh R *supra* (n 10) 161 (n 17). Die *procurator* is aanvanklik aangestel deur gegoede Romeinse burgers om na hul verskeie sakebelange om te sien.

³¹ Watkin TG *supra* (n 15) 439; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 14 voer aan dat die pligte aan die *procurator* oorgedra kon word ongeag of die prinsipaal homself binne of buite die Romeinse Ryk bevind. Van der Merwe noem verder dat die *procurator* in twee duidelike verskillende hoedanighede namens sy prinsipaal kon optree, naamlik as algemene verteenwoordiger en as prosesverteenvoorder. In teenstelling met die *cognitor* is die *procurator* gesien as 'n verteenwoordiger van die prinsipaal en is hy verplig om sekuriteit te stel ten einde te verseker dat sy prinsipaal sy optrede sal ratifiseer waar nodig en dienooreenkomstig sal presteer; sien ook *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27).

Die rol van die *cognitor* het in die tyd van Justinianus reeds in onbruik verval en die *procurator* was die enigste prosesvertegenwoordiger wat gebruik is om namens 'n prinsipaal op te tree.³²

Die onderskeid tussen die twee huidige hooftakke van die profesie, naamlik advokate en prokureurs, is nie in die Romeinse reg geken nie.³³ Daar was wel 'n onderskeid getref tussen die rol van *advocatus* en juriste.³⁴ In beginsel is hierdie onderskeid gehandhaaf, maar dit was ook moontlik vir een party om beide hierdie rolle te vervul.³⁵ Van der Merwe voer aan dat daar onduidelikheid bestaan oor die wisselwerking tussen die *procurator* en *advocatus* maar dat die moontlikheid nie uitgesluit kan word dat hierdie rolle kon ooreenstem met die huidige verdeelde posisie in Suid-Afrika nie.³⁶

Volgens Van der Bergh³⁷ is die Romeinse Ryk reeds in die tyd van Romulus verdeel in spesifieke klasse en is die gewone burgers (kliënte) onder die beskerming van spesifieke

³² Van Warmelo P *supra* (n 13) 295; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 29.

³³ Wessels JW *History of the Roman-Dutch Law* (Grahamstown: Cape Colony 1908) 192 beskikbaar by <http://www.heinonline.org> (datum van gebruik: 14 Augustus 2015); Wildenboer L *supra* (n 5) 204.

³⁴ Crook JA *supra* (n 3) 40; Wildenboer L *supra* (n 5) 204. Juriste het regsadvies gelewer en was gewoonlik afkomstig van die hoër klasse. Die meeste juriste was aristokrate en hulle het die rol vervul van juriste sonder vergoeding; Van der Bergh R *supra* (n 10) 168 voer aan dat hierdie juriste (*iuris prudentes*) gedien het as professionele regsadviseurs. Hulle het teen die eerste eeu voor Christus regsadvies verskaf aan advokate sowel as regters en was die enigste regsprofesie wat formele onderrig ondergaan het in die reg. Regters in die Romeinse reg was ook nie opgelei in die reg nie, maar vooraanstaande burgers wat met behulp van die regsadvies afkomstig van hierdie juriste, sake kon bereg in die hof.

³⁵ Crook JA *supra* (n 3) 41; Wildenboer L *supra* (n 5) 205; Van der Bergh R *supra* (n 10) 170. Dit was moontlik vir een persoon om beide ten behoeve van 'n ander party 'n saak in die hof te bepleit en op regsvrae te reageer en regsopinies te lewer.

³⁶ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 31. Die *procurator* kon moontlik die voorbereiding van die saak doen en dan aan die *advocatus* opdrag gegee het om die saak verder in die hof te voer. Daar bestaan egter geen absolute duidelikheid oor die verdeling van regswerk nie en dit is ook moontlik dat die *procurator* die saak in die hof kon aanvoer en die saak van die begin tot die einde ten behoeve van sy kliënt kon deurvoer.

³⁷ Van der Bergh R *supra* (n 10) 162 (n 26).

beskermhere (*patronus*) geplaas. Alhoewel die *patronus* geen amptelike status in die hof gehad het nie, was hulle by magte om hul kliënte te vergesel indien hulle in 'n hof moes verskyn. Aangesien die Romeinse reg aanvanklik nie die rol van prosesverteenvoerding gegee het nie, was die kliënt steeds verplig om die geding in sy persoonlike hoedanigheid aan te voer.³⁸ Die *patronus* het slegs as spreekbuis vir hul kliënt opgetree, wat waarskynlik nie oor die nodige kennis beskik het om die regsproses deeglik te verstaan nie en benadeel sou word indien hy in sy persoonlike hoedanigheid sou verskyn.³⁹ Die *patronus* was gewoonlik afkomstig van 'n hoër klas en het onderrig ontvang in redenaarskuns wat die litigasieproses vir die kliënt aansienlik vergemaklik het.⁴⁰ Die verhouding tussen die *patronus* en sy kliënt kan as simbioties beskryf word. Die *patronus* was verplig om as beskermheer vir sy kliënt op te tree, en die kliënt was verplig om sekere dienste aan die *patronus* te

³⁸ Greenidge MA *supra* (n 9) 146 stel die rol van *patroni* as “onvoltooide verteenwoordiging” en verwys na hul aanspreeklikheid as volg: “In this case the litigant is himself regarded as the active agent; if he is not present he is regarded as undefended, for the *patronus* cannot take his place; the latter is only an able interpreter, intervening for the purpose of illustrating the law and marshalling the proofs of his client’s interest.”; sien ook Van der Bergh R *supra* (n 10) 162. Sy bevestig dat die kliënt verplig was om in sy persoonlike hoedanigheid in die hof te verskyn en dat die *patronus* hom nie in gedingvoering kon vervang nie.

³⁹ Van der Bergh R *supra* (n 10) 162 (n 22) meen dat hierdie vorm van verteenwoordiging as indirekte verteenwoordiging gesien kan word.

⁴⁰ Crook JA *supra* (n 3) 40.

verskaf.⁴¹ Crook meen dat die oorsprong van die verteenwoordiging van 'n *advocatus*⁴² uit die *patronus* – kliënt verhouding ontstaan het.⁴³

Teen die einde van die Republikeinse tydperk het “onafhanklike” advokate namens enige persoon wat hul dienste verlang het, opgetree.⁴⁴

⁴¹ Van der Bergh R *supra* (n 10) 163. Die *patronus* het verder baat gevind by die verhouding deurdat sy status in die Romeinse samelewing daardeur verhoog is. Deur die gedingvoering namens 'n kliënt te voer, is sy sosiale status sowel as sy politieke status verhoog deurdat die kliënt verplig was om hom in die openbaar te vergesel.

⁴² Cassel's *Latin Dictionary* vertaal die term *advocatus* as “one who is called to help in a legal process, whether as advocate or as witness.”; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 30 verwys verder na die term vir *patronus* as 'n “defender, advocate before a court of justice.” Die term *orator* is ook gebruik om na die *advocatus* te verwys; Van der Bergh R *supra* (n 10) 166 (n 47) voer aan dat die term *advocatus* nie in die tyd van Cicero aan die Romeinse reg bekend was nie. Die *advocatus* is slegs omskryf as “a powerful and unpaid representative who, for political or social reasons, treated a favoured party to his advice.” Sy voer ook verder aan dat terminologie mettertyd ontwikkel het en dat die aanvanklike verwysing na *patroni* en *oratores* verval het en dat talle sprekers en regsadviseurs teen die einde van die Republikeinse tydperk as *advocati* bekend gestaan het; sien ook Wildenboer *supra* (n 5) 204. Daar is ook soms na advokate verwys as *togati*, vanweë die togas wat hulle tydens regsgedinge gedra het. Vir 'n verdere verduideliking van die term sien onder andere Crook JA *supra* (n 3) 42-43.

⁴³ Crook JA *supra* (n 3) 40 stel dit onder andere dat: “Roman society remained oligarchic, many aspects of its functioning resting on the relationship of patron and client, which survived the ending of the old formal *clientele*; it remained part of a patron's duty to assist his client in litigation, and that is reflected in the fact that the ordinary Latin for an advocate, a pleader in the courts, is not *advocatus* but *patronus*.”; sien verder Van der Bergh R *supra* (n 10) 164.

⁴⁴ Brundage JA *supra* (n 7) 24 stel dit onder andere dat: “Advocates, unlike jurists, represented clients in litigation. Roman litigants always had the option of presenting their cases in person and some exercised that option regularly. Most litigants who could afford the expense preferred to employ an advocate for this purpose.”; Crook JA *supra* (n 3) 43; Van der Bergh R *supra* (n 10) 165 voer verder aan dat welgestelde families van die dienste van 'n *advocatus* gebruik gemaak het om namens hulle 'n saak in die hof te bepleit. Hierdie verteenwoordigers was invloedryk en welsprekend. Die totstandkoming van die onafhanklike verteenwoordigers kan gesien word as 'n uitbreiding van die oorspronklike *patronus* – kliënt verhouding wat oorspronklik in die Romeinse Ryk bestaan het. Hierdie verteenwoordigers is dan ook aanvaar as prosesverteenwoordigers in hofgedinge.

Vergoeding vir hierdie regsdiensdienste was aanvanklik in die een of ander vorm van ander dienste,⁴⁵ aangesien die verhouding tussen die *advocatus* en sy kliënt nooit bedoel was om kommersieel van aard te wees nie.⁴⁶

Die Romeinse reg het 'n onderskeid getref tussen klasse mense maar die beginsel erken dat elke persoon gelyke beskerming deur die reg behoort te geniet.⁴⁷

⁴⁵ Crook JA *supra* (n 3) 43 verwys verder na die feit dat die dienste geen finansiële voordele ingehou het nie, maar wel van waarde was in sosiale en politieke vooruitgang. Hy stel dit dat: "... as for advocacy, if practiced by persons already of high status it could enhance – as perhaps nothing else – their celebrity and forward their political careers, but it did nothing in particular to commend socially those who practiced it at a humbler level."; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 30 meen dat dit benede die waardigheid van die *advocatus* was om vergoeding vir sy dienste te ontvang. Later het die praktyk egter ontstaan waar hulle wel 'n *honorarium* vir hul dienste ontvang het; Van der Bergh R *supra* (n 10) 171.

⁴⁶ Brundage JA *supra* (n 7) 24; Crook JA *supra* (n 3) 43 stel dit dat die nie-kommersiële aard van hul dienslewering ook aanleiding gegee het tot die feit dat advokate tot vandag toe nie in Engeland mag dagvaar vir hul uitstaande fooie nie; Brundage by 24 dui verder aan dat die *honorarium* in teorie 'n vrywillig aan die advokate betaal is en hulle dus oor geen regsgronde beskik het om vir hul fooie te dagvaar nie. Hy stel dit egter ook dat juriste wel by magte was om hul kliënte vir hul fooie te dagvaar; Van der Bergh R *supra* (n 10) 171. Die verhouding tussen die partye is gebaseer op die *fides* wat 'n belangrike beginsel in die Romeinse Ryk was. Die *advocatus* en die kliënt was verplig om hulle wedersydse verpligtinge uitstekend te verrig aangesien hulle geluk en waarde daaraan gemeet is. Sy voer verder aan dat die aanvaarding van geskenke in ruil vir regsdiensdienste deur die *Lex Cincia* verbied is, maar dat die impak van hierdie wet nie geslaag het nie; Wildenboer L *supra* (n 5) 204.

⁴⁷ Van der Bergh R *supra* (n 10) 172. Hierdie beginsel is afgedwing deur die *patronus* – kliënt verhoudings. Ingevolge die beginsel van *fides* is daar van die aristokrate verwag om die laer klasse te beskerm. Insgelyks is daar van die laer klasse verwag om die aristokrate te vergoed vir die beskerming wat hulle geniet. Sy voer verder aan dat die Romeinse reg nie 'n beginsel van regshulp geken het nie, aangesien alle laer klasse onder die beskerming van hul *patroni* geval het wat die verskaffing van regshulp oorbodig gemaak het.

2.2.2 Die vroeë Middeleeue

Teen die sesde eeu na Christus het slegs 'n handvol stede in die Romeinse Ryk staande gebly en die migrasie het nie net sosiale veranderinge teweeggebring nie, maar ook veranderinge in die regsbedeling. Brundage verwys juis na die klemverskuiwing gedurende hierdie tydperk met betrekking tot die administrasie van die reg. Geografiese teenwoordigheid in 'n betrokke gebied het nie noodwendig beteken dat die reëls en regulasies van daardie gebied op 'n persoon van toepassing was nie. Die afdwinging van 'n bepaalde stel reëls en regulasies het eerder afgehang van die persoon se nasionaliteit. Hy stel dit dat:

“Law was seen as central to a person’s identity, a function of his or her ethnic heritage. Thus a Frank or a Burgundian, for example, retained the right (at least in principle) to be judged according to Frankish or Burgundian law no matter where he travelled or what he did while he was in foreign parts.”⁴⁸

Die Germaanse regstelsel tydens die vroeë Middeleeue⁴⁹ het van die Romeinse *cognitio* prosedure afstand gedoen en het nie meer op skriftelike verklarings staatgemaak nie, maar eerder op die aflegging van 'n eed deur die betrokke gedingspartye en ander deelnemers.⁵⁰

⁴⁸ Brundage JA *supra* (n 7) 50-51. Volgens die skrywer verskil die toepassing van die Germaanse regstelsel van die toepassing van die moderne reg aangesien die moderne reg fokus op die territoriale gebied waarbinne die persoon homself bevind. In die moderne reg geld die regstelsel van die land waar die persoon homself dus bevind ongeag van sy betrokke nasionaliteit.

⁴⁹ Wildenboer L *supra* (n 5) 205 is van mening dat die ontwikkeling van die regsprofessie vanaf die sesde tot die twaalfde eeu na Christus die enigste tydperk is wat toepassing vind in die Suid-Afrikaanse reg. Sy stel dit dat die herlewing van 'n wetenskaplike benadering tot die bestudering van die reg veral die toepassing van die reg in Europa na die twaalfde eeu beïnvloed het, maar dat hierdie veranderinge nie 'n direkte invloed op die Suid-Afrikaanse reg gehad het nie.

⁵⁰ Baker JH *An Introduction to English Legal History* (London: Butterworths Press 1990) 5 verduidelik die stelsel as volg: “(T)he plaintiff was required to establish a prima facie case; and this was the purpose of his ‘suit’ (*secta*), the group of followers whom he brought with him to back him up on oath. The suit had some affinity with witnesses, and they may have been subject to examination as to competence, but their testimony was only part of the interlocutory process and did not dispose of the matter. If the defendant was allowed the

Die Germaanse regstelsel het nie voorsiening gemaak vir regters wat in die reg opgelei is nie. Regters was uitsluitlik koninklike amptenare wat vanweë hulle sosiale status deur die koning aangestel is.⁵¹ Die formele stelsel van die Romeinse reg het grootliks in onbruik verval en die meeste gedinge is by wyse van arbitrasie besleg.⁵² Die Germaanse howe was bekend vir die feit dat hulle dispute besleg het by wyse van beproewing⁵³ of by wyse van

benefit of proof by oath, he proceeded to swear on the holy evangelists to the truth of his case, in very general terms and without possibility of cross-examination. In the form of proof known to later generations as *wager of law*, he was expected to bring with him some neighbours as ‘compurgators’ or ‘oath-helpers’ to back up his word”; Brundage JA *supra* (n 7) 59 meen dat die toepassing van die reg grotendeels onseker was aangesien die Germaanse reg nie gekodifiseer was nie en in menige opsigte van die Romeinse reg verskil het. Volgens hom het die *Corpus Iuris Civilis* steeds bestaan maar dit is slegs afgedwing in die Oostelike Romeinse Ryk en deur die Germaanse howe geïgnoreer; Wessels JW *supra* (n 33) 174-185 stem saam dat daar geen formele regstelsel in die Middeleeue bestaan het nie; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 205.

⁵¹ Brundage JA *supra* (n 7) 53-54 stel dit dat: “Judges (called *rachimburgi* in Merovingian Gaul) were members of the community or later, under Carolingian rule, royal officials (*scabini*, *Schoffen*), selected for their maturity, social and political distinction, and reputation for honesty, reliability, and good sense. They need not have any particular legal expertise, although they could and did seek advice from others with greater experience in legal matters.”; sien ook Baker JH *supra* (n 50) 5 vir ’n verduideliking van die gebruik van ’n “doomsman” of “shireman” in die toepassing van die reg. Hy stel dit dat die toepassing van die reg in Engeland voor die feodale stelsel in beginsel in die hande van die regeringsvertegenwoordiger van die betrokke “shire” oorgelaat is. Hierdie persone is dan ook “ealdormen” genoem en het oor min of geen regsopleiding beskik nie; sien verder ook Wildenboer L *supra* (n 5) 205.

⁵² Brundage JA *supra* (n 7) 55; sien ook Baker JH *supra* (n 50) 4. Hy stel dit onder andere dat die gemeenskap ’n belangrike rol gespeel het in die beslegting van geskille tussen partye. Die gemeenskap sou die partye aanspoor om tot ’n vergelyk te kom, maar indien hierdie aansporing nie geslaag het nie, sou die gemeenskap voorstel dat die partye die geding besleg deur eedsverklarings of by wyse van ’n bonatuurlike beproewing; Wildenboer L *supra* (n 5) 206.

⁵³ Baker JH *supra* (n 50) 5; Friedman C *supra* (n 13) 137; Wessels JW *supra* (n 33) 180. Hierdie metode van oordeel is afkomstig van die Germaanse oorlewering en die oorspronklike betekenis van die Engelse woord *ordeal* kan in Nederlands vertaal word vanaf die Anglo-Saksiese woord *ordal* na *oordeel* in Hollands. Die metode het neergekom op die oordeel van die gode. Dit was ’n heidense gebruik wat later oorgeneem is in die Christelike geloof en die heidense konsep van gode is vervang. Die metode het dus bepaal dat God die onskuldige partye sal red en die skuldige party daardeur uitgewys sal word. Die beslegting deur oordeel het twee hooftemas gevolg. Die beproewing deur water en die beproewing deur vuur. (Daar was ook ander

tweestryd.⁵⁴

Die regsprofessie soos dit vandag daar uitsien, het egter nie in die vroeë Middeleeue bestaan nie en hierdie periode is gekenmerk as “law without lawyers”. ’n Gedingsparty kon wel gebruik maak van ’n *placitator* om hom te verteenwoordig in regsdinge. Hierdie verteenwoordiger het in ruil vir sy dienste gewoonlik ’n *honorarium* ontvang.⁵⁵

metodes, onder andere die kruis oordeel, maar dit het hoofsaaklik in siviele geskille toepassing gevind. Hierdie metode is hoofsaaklik in kriminele gedinge toegepas. Beide hierdie metode het behels dat ’n party homself onderwerp aan ’n fisiese toets. Gedurende hierdie beproewings is die beskuldigde versoek om sy arm in kokende water te hou vir ’n bepaalde tyd en ’n objek (byvoorbeeld ’n ring) uit die water te haal of vir drie tree met ’n rooiwarm yster in die kerk te loop. Die beginsel daaragter was dat God onskuldige partye sal red en dat ’n onskuldige party dus nie tydens hierdie toetse sou brandwonde opdoen nie. Volgens Friedman was hierdie metode nie populêr nie, aangesien ’n bende diene die metode gekies het tydens hul verhoor en na drie dae sonder brandwonde gepresenteer het, wat die vrylating van die berugte bende genoodsaak het. Die beproewing deur water het behels dat die beskuldigde se hande en voete vasgebind is en hy dan in die water gegooi is. Indien die beskuldigde dan dryf is hy skuldig bevind, en as hy gesink het, was hy onskuldig. Dieselfde beproewingsmetode is gebruik ten einde hekse te identifiseer in die bekende “sink-or-swim trials”. Volgens Baker het hierdie metode in onbruik verval aangesien die uitkoms dikwels deur die amptenare wat die beproewing toegedien het, beïnvloed is deur onder andere die yster te laat afkoel voordat dit toegedien is. Friedman noem verder dat die gemeenskappe ook deelgeneem het aan die “hue and cry” metode waarvolgens die hele gemeenskap die beskuldigde agternagesit het, en indien hy gevang is, op die plek tereggestel is. Hierdie metode het geen ingryping van die regstelsel vereis nie en die saak is daar en dan besleg; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 206 (n 49).

⁵⁴ Friedman C *supra* (n 13) 137 verduidelik dat die metode behels het dat twee partye mekaar tot ’n tweestryd daag. Die persoon wat die geveg wen, is aangewys as die onskuldige party, en die verloorder as die skuldige. Beide partye was by magte om ’n verteenwoordiger aan te stel om in hul plek tot die tweestryd toe te tree. Volgens Friedman kan hierdie metode gesien word as die eerste aanduiding wat verband hou met die aanstelling van ’n advokaat om namens die partye tot ’n geding toe te tree. Hierdie gebruik is eers in 1819 in Engeland herroep toe ’n moordbeskuldigde die aanklaer gedaag het tot ’n tweestryd; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 206 (n 49).

⁵⁵ Brundage JA *supra* (n 7) 56 stel dit dat: “Some men doubtless became highly skilled in the rules of the Germanic law courts and proved unusually adept at manipulating their procedures, but it would be misleading to describe them as professional lawyers.”; Friedman C *supra* (n 13) 138; Wildenboer L *supra* (n 5) 207 verwys dan spesifiek na hierdie tydperk as die “law without lawyers” era.

Prosesverteenwoordiging is hoofsaaklik behartig deur klerke van die kerk (*clericks*) ten spyte van die kerkbeleid waarin amptenare verbied is om aan publieke besigheid en geskille deel te neem nie.⁵⁶ Die term *advocati* is egter breedvoerig gebruik en het nie noodwendig slegs na prosesverteenwoordigers verwys nie.⁵⁷ Watkin voer aan dat die aanstelling van regters uit die geleedere van die prosesverteenwoordigers in die tyd van koning Henry II in 1273 ontstaan het.⁵⁸ Hierdie gebruik het dan ook later toepassing gevind in die Suid-Afrikaanse regstelsel. Hy bevind verder dat regters in terme van die *De Attornatis* wetgewing die bevoegdheid bekom het om prosesverteenwoordigers aan te stel. Die verdeelde aard van die regsprofessie het dan ook hierna ontwikkel.⁵⁹ Teen die begin van die dertiende eeu het

⁵⁶ Brundage JA *supra* (n 7) 63, 67. Formele opleidingsinstellings is toegewy aan onderrig van amptenare van die kerk. Hierdie klerke het toegesien tot die verskaffing van regsadvies, die verteenwoordiging van partye in die hof, die opstel van testament en die algemene administrasie van bestorwe boedels. Hierdie amptenare is nie toegelaat om hulself aan publieke besigheid te onderwerp nie, aangesien hulle amptenare in die diens van God was. 'n Uitsondering op hierdie beleid was dat klerke wel ten behoeve van weduwees en wese mag opgetree het; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 207.

⁵⁷ Friedman C *supra* (n 13) 138 voer aan dat 'n priester wat in die *Circular* en *Ecclesiastical* howe gepraktiseer het, reeds in 1239 literatuur gepubliseer het onder die titel "trade of advocates"; Brundage JA *supra* (n 7) 74 stel dit egter dat: "Clerical members of the bench, moreover, often had readier access to law books than did their lay colleagues. Even so, it would be anachronistic to describe such churchmen, however learned and skilful, as professional lawyers. The emergence of a learned legal profession had to await the development of more sophisticated legal systems and more complex procedures for dispute resolution than were common in the Germanic kingdoms."; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 207 (n 59).

⁵⁸ Watkin TG *supra* (n 15) 439; Friedman C *supra* (n 13) 138. Hy voer verder aan dat die Engelse stelsel (met inbegrip van die Suid-Afrikaanse stelsel) waarvolgens regters uitsluitlik aangestel is uit die geleedere van bekwame prosesverteenwoordigers, in hierdie tyd sy oorsprong het.

⁵⁹ Watkin TG *supra* (n 15) 439; Friedman C *supra* (n 13) 138. Volgens die Engelse reg is 'n prinsipaal gebind deur die aksies van sy prokureur, maar 'n advokaat was nie by magte om die prinsipaal te bind deur sy woorde nie. Die gebruik het dus ontstaan om 'n groep advokate vir een prinsipaal aan te stel. Hierdie advokate het dan teenstrydige argumente gestel en nie een van hierdie argumente het die prinsipaal gebind nie.

die regsprofessie duidelik verdeel in die *placitator* wat die voorloper was van die latere *serjeant-at-law* en die prokureur.⁶⁰

2.2.3 Die Romeins-Hollandse regstelsel

Die Romeinse regsbegrippe en spesifieke leerstukke is in die Nederlandse regstelsel oorgedra.⁶¹ Die vroeë Romeins-Hollandse reg het egter nie voorsiening gemaak vir prosesverteenwoordigers nie, en die *status quo* soos vervat in die vroeë Romeinse tydperk is dus ook in Nederland gehandhaaf waar 'n persoon slegs in sy persoonlike hoedanigheid tot 'n geding kon toetree. Hierdie persoonlike verteenwoordiging het egter vinnig in onbruik verval weens die onpraktiese aard daarvan en regters het *taelmannen* aangestel om partye tot die geding by te staan.⁶² Die Romeins-Hollandse regstelsel het dus van hierdie praktyk van selfverteenwoordiging afstand gedoen in die vyftiende en vroeë sestiende eeu en die

⁶⁰ Friedman C *supra* (n 13) 138; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 210 (n 87); prokureurs het namens litigante opgetree en die advokaat het in sy plek in die hof gepraat. Friedman voer ook verder aan dat die woord *attorney* (prokureur) afkomstig is van die Franse term *tourner* en die Latynse term *turnare* wat die volgende beteken: "(T)o commit business to someone else, that is an agent to carry on someone else's affairs".

⁶¹ Wessels JW *supra* (n 33) 184-185 stel dit dat hoër howe die praktyk van die laer howe aangeneem het en veral die prosedures soos uiteengesit in die Romeinse reg en Kanonieke reg toegepas het; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 44. Hy voer ook verder aan dat die Romeinse Reg toepassing gevind het in die Nederlande met behulp van *officiales* en *legistae* wat die Romeinse regsbeginsels en leerstukke toegepas het in die Nederlandse regstelsel. *Officiales* was geestelike regters wat verantwoordelik was vir die toepassing van die kanonieke prosedures soos dit in die Romeinse reg aangetref is in die Nederlandse regstukke. Die *legistae* was regskundiges wat die Romeinse leerstellings toegepas het in die opstel van regsdokumente. Die ander figure in die Romeinse prosesverteenwoordiging, naamlik die *procurator* en die *advocatus* het insgelyks inslag gevind in die nuwe Nederlandse regstelsel.

⁶² Wessels JW *supra* (n 33) 193 stel dit dat hierdie *taelmannen* aan die hof verbonde was deurdat hulle deur die regter van daardie spesifieke hof aangestel is op versoek van die verweerder. Hy verduidelik verder dat die hierdie term, *antiloqui* of *praelocutores*, in Latyn heet. Hierdie advokate kon dan namens die gedingspartye hul saak voor die regter stel. In kontras hiermee, kon die *raed* slegs hul kliënte adviseer en is hulle nie toegelaat om in die hof te praat nie; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 45; sien ook Friedman C *supra* (n 13) 136.

praktyk is vervang met 'n stelsel waar prosesverteenwoordiging wel toegelaat is. Die litigant het steeds 'n keuse gehad om die *procureur* aan te stel of voort te gaan om homself te verteenwoordig. Op 'n praktiese vlak is prosesverteenwoordigers toegelaat weens siekte, hoë ouderdom, uitstедigheid en onkunde. Tydens die dertiende en veertiende eeu sou 'n regter ook 'n prosesverteenwoordiger magtig indien een van die partye 'n vrou, priester of kind was, aangesien hierdie persone nie by magte was om in hulle persoonlike hoedanigheid op te tree nie. Gedurende die vyftiende eeu het hierdie praktyk uitgebrei en is die meeste partye tot 'n geding deur 'n *procureur* verteenwoordig.⁶³ Wessels meen dat *procureurs* aanvanklik as aanhitters van onnodige litigasie gesien is, maar dat hierdie stigma weldra verdwyn het.⁶⁴ Die amp van *procureur* het later 'n besondere status en aansien in die Nederlandse regskultuur geniet.⁶⁵ Die praktyk van persoonlike verteenwoordiging wat tot

⁶³ Wessels JW *supra* (n 33) 178; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 45.

⁶⁴ Wessels JW *supra* (n 33) 178; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 45 (n 10). Wessels stel dit verder dat prokureurs dikwels gesien is as aanhitters van onnodige litigasie en dus verbied is om gedingspartye te verteenwoordig behalwe in gevalle waar die regter so 'n verteenwoordiging gemagtig het. Prokureurs was dus slegs by magte om spesifieke klasse van persone te verteenwoordig maar hierdie stigma het stelselmatig verdwyn en tydens die veertiende eeu het prokureurs begin om in spesifieke ordes te organiseer wat mettertyd gelei het tot 'n verhoging in hulle status en aansien.

⁶⁵ Wessels JW *supra* (n 33) 196; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 51 beweer dat onder andere Kersteman (woordenboek) 377 die amp as *noodzakelyk* en *lofwaardig* beskryf het; Friedman C *supra* (n 13) 137 voer verder aan dat die kantoor van die *procureur* 'n publieke kantoor was wat hoë aansien geniet het en slegs verkoop kon word aan 'n persoon wat deur die hof goedgekeur is. Die amp van *procureur* is verder so waardig geag dat daar aanvanklik slegs vier persone toegelaat is om as sulks te praktiseer. Die groep het later uitgebrei na sestien; in *Incorporated Law Society v Wookey supra* (n 11) stel Innes R die volgende: "Nor is the office (of an attorney) a private one, as it was among the Romans, but rather a public one. So much so that in every tribunal a certain number of attorneys is found skilled in Court practice, after the examples of the Romans in regard to advocates, beyond whom other persons were not allowed to assist litigants."; sien ook Van der Merwe FE *supra* (n 4) 51. Hy voer verder aan dat die amp van advokaat belangriker was as die amp van prokureur; Wildenboer L *supra* (n 5) 208 bevestig dat die advokate genoodsaak is om onderrig te ontvang in Romeinse reg en dat advokate slegs in die amp toegelaat kon word indien hulle 'n doktorsgraad aan 'n Nederlandse universiteit verwerf het. Volgens die Romeins-Hollandse reg is vroue nie toegelaat om die amp van *procureur* te beklee nie. Hierdie reël het ooreengestem met die reël in die Romeinse reg; sien verder ook Van der Merwe FE by 66 waar hy meen dat daar geen reël was wat 'n vrou verhoed het om as verteenwoordiger ten behoeve van 'n ander party op te tree nie, maar dat die verskil daarin geleë was dat

en met die middel van die sestiende eeu toegelaat is, het verander toe die hof van Nederland 'n bevel uitgevaardig het waarvolgens elke persoon deur 'n *procureur*⁶⁶ in gedinge verteenwoordig moes word.⁶⁷

Die Romeins-Hollandse reg het voorsiening gemaak vir die praktyk van 'n verdeelde regsprofessie⁶⁸ en die huidige verdeelde professie wat in Suid-Afrika heers is afkomstig van hierdie regsbedeling. Daar is 'n onderskeid getref tussen die rol van 'n advokaat (*pleader* en later 'n advokaat genoem) en 'n prokureur.

slegs 'n man tot die amp van *procureur* toegelaat kon word. Ten einde dus tot regsdinge toe te tree, was vroue genoodsaak om 'n man as *procureur* aan te stel ten einde opdragte in die hof uit te voer. Die skrywer voer egter in teenstelling hiermee aan dat Van Leeuwen die standpunt gehuldig het dat hierdie beperking op vroue slegs van toepassing was in staatsaangeleenthede.

⁶⁶ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 47 omskryf die term *procureur* en voer aan dat die woord afgelei is van die Franse begrip *procureur* wat weer van die Romeinsregtelike begrip *procurator* afkomstig is. Die *procureur* was by magte om ten behoeve van 'n ander party in die hof te verskyn. Die skrywer verwys ook na die term *taelman* as sinoniem vir die term *procureur*; Friedman C *supra* (n 13) 136 verwys ook na Allart (Deel 4) en gebruik die term *woordhouer* om na die *procureur* te verwys.

⁶⁷ Wessels JW *supra* (n 33) 196 voer aan dat prokureurs se aansien gedurende die sestiende eeu van so 'n aard was dat: "... no one might appear before the Court of Holland to conduct his own case. Pleadings had become so technical that the court required litigants to be assisted by attorneys and advocates"; Friedman C *supra* (n 13) 137; sien ook verder *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27). Thirion R stel dit dat: "There is no doubt about this in the case of a plaintiff, for no-one is allowed to summon to Court unless a petition signed by an advocate and an attorney has been presented to the court: see Ordinance of the Court of 2nd April 1672. But defendants of necessity need the help of an attorney, for it is permitted to none but attorneys admitted by the Court to frame the formulas of prayers." Hy stel dit verder dat: "But at the present day it seems that a distinction should be made between causes to be dealt with before the Court, (Court of Holland), or before inferior judges. In the former case, though Instruction of the Court, Art, lays it down that plaintiffs or defendants must appear either in person or by attorney and the form of command runs that the defendant is cited "to appear or to send a proxy" nevertheless the practice of that Court only allows pleading through an attorney."

⁶⁸ Van Leeuwen S *Het Roomsche Hollandsche Recht* (Amsterdam 1783) 5 4 3; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 207.

Van Leeuwen omskryf die rolle van prokureur en advokaat as volg:

“The advocate have (*sic*) at their service an interpreter, otherwise called a “procurator”, so named because he keeps a record of the pleadings, acts in the prosecution of the cause in all its stages, sees that no delays take place therein, and in everything assists the advocate, who, when the case is completed by his advice, and the assistance of the attorney, further pleads and defends the cause at law, either orally or in writing.”⁶⁹

’n Gedingsparty is nie toegelaat om sy saak te voer in die hoër howe sonder die bystand van ’n prokureur en advokaat nie. Indien die saak klein genoeg was, kon ’n party deur slegs ’n prokureur verteenwoordig word in die laer howe, maar die hulp van ’n advokaat is steeds ingeroep in komplekse aangeleenthede.⁷⁰ Alhoewel verskeie skrywers ’n deeglike onderskeid getref het tussen die twee rolle, was dit ook moontlik vir een party om albei hierdie rolle te vervul.⁷¹ Die medewerking tussen advokate en prokureurs was egter van kardinale belang

⁶⁹ Van Leeuwen *S supra* (n 68) 5 4 3; Huber U *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* Vertaling van 5de uitgawe in Engels deur Gane P *The Jurisprudence of my time* Vol II (Durban: Butterworths Press 1939) by 4 18 6 verwys na die verskil as volg: “... office of an advocate is much more important than that of attorney, and calls for learning”. In teenstelling hiermee is die pligte van prokureurs “... (to) arrange(s) and dispose, both by interviews and solicitations, and by writing as far as he can, of everything necessary for the prosecution of the case”; Wessels JW *supra* (n 33) 196 omskryf die rolle as volg: “the function of the attorney was not to advise the client as to the law applicable to his case, but to see that every necessary step in the lawsuit was duly taken, and to prepare the case so that it could be properly conducted and argued by the advocated”; Friedman C *supra* (n 13) 137; Van Leeuwen by 5.4.1 omskryf verder die rol van advokate as volg: “Advocates or pleaders are they who verbally, in writing or otherwise, conduct the cases of others with their good advice and according to the law.”; sien verder ook *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27).

⁷⁰ Van Leeuwen *S supra* (n 68) 5 4 2, 5 4 3; Van der Linden J *Verhandeling over de Judicieele Practijcq, of Form van Procederen, Voor de Hoven van Justitie in Holland gebruikelijk* Gedeelte 1 (Leyden 1794) 1 8 5; sien ook *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27); sien ook *General Council of the Bar of SA v Van der Spuy* 1999 (1) SA 577 (T).

⁷¹ *Ex Parte Stuart Ex Parte Geerds* 1936 AD 418; Wildenboer L *supra* (n 5) 207 (n 62). Sy verwys na Huber U *supra* (n 69) by 4 17 1 en voer aan dat die rolle van advokate en prokureurs verskil het, maar dat dit moontlik was vir een party om beide die rol van advokaat en prokureur te vervul.

en 'n petisie moes deur beide die advokaat en prokureur wat die gedingsparty bystaan, onderteken word.⁷²

Sekere persone, onder andere heidene en Jode, is verbied om tot die amp van advokate toegelaat te word.⁷³ Daar was verder 'n spesifieke rangorde gehandhaaf waarvolgens advokate hul plasing in die howe ingeneem het.⁷⁴ Die gedrag van advokate is streng gereguleer en hulle kon krimineel sowel as sivielregtelik aanspreeklik gehou word indien hulle *male fide* of bedrieglike stellings in die hof gemaak het.⁷⁵ In teenstelling met advokate moes prokureurs oor 'n skriftelike prokurasie beskik alvorens hulle namens 'n ander party tot die litigasieproses kon deelneem.⁷⁶ Hulle was ook nie by magte om partye in kriminele

⁷² Van der Linden J *supra* (n 70) 1 8 5; Voet J *Commentarius ad pandectas* Vertaling in Engels deur Gane P "The Selective Voet being the Commentary on the Pandects" vol 1 (Durban: Butterworths 1955) by 3 1 1.

⁷³ Voet J *supra* (n 72) by 3 1 2; Wildenboer L *supra* (n 5) 209 (n 71) bespreek verder dat hierdie beperking hoofsaaklik op grond van geloofsoortuigings was en bevind dat die rede vir die beperking gegrond was op respek vir die waardigheid van die regters. Sy bevind verder dat advokate uit 'n wettige huwelik gebore moes wees alvorens hulle in aanmerking kon kom om tot die amp toegelaat te word.

⁷⁴ Van der Linden J *supra* (n 70) 1 8 6; Wildenboer L *supra* (n 5) 209 (n 74). Advokate met meer as sestion jaar ondervinding het plasing ingeneem in die voorste bank, gevolg deur advokate met ses jaar ondervinding in die tweede bank en jonger advokate in die derde bank.

⁷⁵ Voet J *supra* (n 72) by 3 1 5; Van der Linden J *supra* (n 70) 5 4 2; Wildenboer L *supra* (n 5) 209 (n 72). Hierdie aanspreeklikheid het egter verval indien hulle te goeder trou opgetree het en steeds 'n foutiewe stelling gemaak het in die hof.

⁷⁶ Voet J *supra* (n 72) by 3 3 9; Van Leeuwen S *supra* (n 68) by 5 4 4; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 51; In *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) lewer Thirion R kommentaar op die prokurasie as bewys van die prokureur se mandaat en vind dat die prokureur nooit die eienaarskap van die litigasieproses (*dominus litis*) word nie, maar bloot as 'n saakgelastigde optree; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 209 (n 76). Sy voer ook verder aan dat die rede vir hierdie klemverskuiwing opgesluit lê in die feit dat prokureurs nou vergoeding ontvang het vir die regsdienste wat hulle verrig het aangesien prokureurs nou as prosesverteenvoerders opgetree het ten einde geld daaruit te verdien; Van der Merwe FE by 58 stel dit dat daar onderskei is tussen prokureurs wat oor 'n prokurasie beskik om namens 'n ander party in regsangeleenthede op te tree en 'n prokurasie om in die algemeen namens 'n ander party op te tree. Die prokurasie moes ook aandui of die mandaat vir 'n spesifieke handeling gegee is of in die algemeen gegeld het. Wildenboer voer verder aan dat die bepalings van die prokurasie uitdruklik gestel moes word aangesien die

sake te verteenwoordig nie.⁷⁷ Die dissiplinêre bevoegdheid oor die prokureursprofessie het binne die jurisdiksie van die hof geval.⁷⁸ Wessels verwys verder na die feit dat die fooie van prokureurs sowel as advokate vasgestel was deur spesifieke tariewe en dat hulle nie finansiële voordeel uit die geding mag bekom het nie.⁷⁹

2.2.4 Die Engelse Regstelsel

Die belangrikste ontwikkeling van die Engelse regstelsel het vanaf die elfde eeu tot en met die agtiende eeu plaasgevind. Holdsworth stel dit dat:

“Nearly all the important developments in Private Law and many of the important developments in Public law, were due, not to the Legislature but to the lawyers.”⁸⁰

bedoeling van die partye nie afgelei kon word nie. Daar is wel voorsiening gemaak vir die ratifisering van sekere handeling wat deur die prokureur uitgevoer is ten behoeve van die ander party. In so 'n geval was die prokureur dan verplig om sekuriteit te stel en volgens Van der Merwe kan dit vergelyk word met die amp van *procurator voluntarius* wat in die Romeinse reg aangetref.

⁷⁷ Voet J *supra* (n 72) by 3 3 14; Wildenboer L *supra* (n 5) 209 (n 79). Die verteenwoordiging van 'n party in 'n kriminele aangeleentheid is uitsluitlik vir advokate gereserveer. Volgens Voet het daar uitsonderings bestaan, maar die algemene reël is merendeels toegepas.

⁷⁸ Wessels JW *supra* (n 33) 196 stel dit dat: “He (the attorney) was an officer of the court, and subject to its discipline.”; Wildenboer L *supra* (n 5) 210; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 70. Hy meen dat daar nie spesifieke riglyne neergelê is rakende die prokureur se optrede in bepaalde omstandighede nie, maar dat die hof van sy diskresie kon gebruik maak. Die funksie van die hof was om toe te sien dat die prokureur optree dienooreenkomstig die eed wat hy afgelê het met betrekking tot sy praktykvoering.

⁷⁹ Wessels JW *supra* (n 33) 196-197, 191; Wildenboer L *supra* (n 5) 210. Advokate en prokureurs is deur die gedingsparty betaal volgens die voorgeskrewe tariewe.

⁸⁰ Holdsworth WS, Goodhart AL, Hanbury GH en Burk JMD *A History of English Law* (vol XII) (London: Methuen & Co. Ltd. 1938 herdruk 1966) 14; sien verder Van der Merwe FE *supra* (n 4) 82.

In die algemeen, is gedinge tot en met die twaalfde eeu bygelê deur fisiese konfrontasie deur die gedingspartye voor 'n aangewese regter.⁸¹ Hierdie dispuutbeslegting is egter sedert 1179 deur die howe afgekeur en teen die dertiende eeu het 'n nie-klerklike regsprofessie in Engeland hul verskyning gemaak.⁸² Die ontwikkeling van die Engelse regsprofessie het voortgespruit uit verskeie faktore waaronder die noodsaaklikheid om gedurende die ingewikkelde litigasieproses deur 'n regskundige bygestaan te word, die grootste oorweging was.⁸³ Die Romeinse sivielerereg en kanoniekereg is in die Engelse universiteite aangebied maar die Engelse gemenerereg het onafhanklik van die bestaande Kanonieke regstelsel en Romeinse Reg ontwikkel en aanleiding gegee tot die ontwikkeling van prosesverteenwoordigers wat in die gemenerereg howe verskyn het.⁸⁴

⁸¹ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 92; Friedman C *supra* (n 13) 137. Hy stel dit dat die Pous hierdie dispuutbeslegting by wyse van konfrontasie streng afgekeur het, maar dat die verskynsel desnieteenstaande steeds in die howe toegepas is.

⁸² Baker JH *supra* (n 50) 178 stel dit dat die rol van die klerke van die kerk in die regspleging mettertyd afgeneem het aangesien hulle volgens die kanonieke reg nie vir vergoeding namens 'n gedingsparty kon verskyn nie. Met die totstandkoming van die koninklike howe het die behoefte ontstaan aan 'n verteenwoordiger wat die sitting van hierdie howe kon volg en die prosesse kon verstaan; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 93.

⁸³ Baker JH *supra* (n 50) 178 stel dit dat: "... their growing technicality of the oral proceedings in court, conducted in the French tongue, made expert advocacy indispensable"; Brand P *The Origins of the English Legal Profession* (Oxford: Blackwell 1992) 68-69; Wildenboer L *supra* (n 5) 210; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 92 voer aan dat die litigante aanvanklik in hul persoonlike hoedanigheid in die howe moes verskyn. Die taal wat in die Engelse howe gebruik was tot en met ongeveer 1373 was Normandies – Frans en reeds so vroeg as 1181 het die howe 'n prosesverteenwoordiger bekend as die *responsalis* toegelaat om namens 'n litigant te verskyn. Verder voer Van der Merwe ook aan dat litigasie oor die algemeen toegeneem het. Die klerke van die *Common Pleas* het namens litigante begin optree aangesien hulle oor die nodige kennis beskik het om die ingewikkelde hofprosedures te verstaan. Hy voer verder aan dat die klerke slegs in die bepaalde howe namens 'n litigant kon optree, maar dat daar steeds 'n behoefte bestaan het ten opsigte van algemene verteenwoordiging wat later tot die ontstaan van die *attorney* aanleiding gegee het wat partye kon bystaan as verteenwoordiger in die verkryging van eiendomsreg en ander regte.

⁸⁴ Hahlo HR en Kahn E *The South African Legal System and its Background* (Kaapstad: Juta & Co. Ltd. 1973) 506 stel dit dat die ontstaan van die Engelse regsprofessie as: "(a) powerful bulwark against Roman law"; Wildenboer L *supra* (n 5) 210. Sy verwys na die feit dat onafhanklike prosesverteenwoordigers hieruit ontstaan

Prosesverteenwoordiging in die Engelse regstelsel is deur persone in verskeie ampte waargeneem, maar sommige van hierdie ampte het later in onbruik verval weens konsolidasie of die uitbreiding van bevoegdhede van ander ampte.⁸⁵

Van die begin van die Engelse regsprofessie, is 'n verdeelde stelsel gehandhaaf. Baker stel die onderskeid as volg:

“From the very start, those two functions were conceived of as being distinct. The ‘forespeaker’ (*advocatus* or *prolocutor*) who stood beside a litigant and spoke for him, subject to correction, was quite different from the representative (*attornatus* or *procurator*) who stood in another’s shoes and acted on his behalf so as to bind him in his absence.”⁸⁶

Teen die twaalfde eeu het die Engelse regsprofessie uit twee hooftakke bestaan, synde die *pleaders* en die *attorneys*. Die *pleader* het namens die litigant in die hof argumente aangevoer en die *attorney* het die litigant verteenwoordig en namens hom opgetree. Die *pleader* was gewoonlik 'n bloedverwant van die litigant en het regsadvies verskaf aan die

het wat in die Romeinse siviele prosesreg gespesialiseer het. Hierdie groep prosesverteenwoordigers het uitsluitlik in die kerklike howe en die *admiralty courts* verskyn. Die groep prosesverteenwoordigers het ook die verdeelde aard van die professie nagevolg en die twee hooftakke van hierdie professie het bestaan uit die *proctors* wat met die rol van prokureurs in die Engelse gemenerereg ooreengestem het en die *advocates* wat hul opleiding formeel in die Romeinse reg aan die universiteite van Oxford en Cambridge ontvang het; sien verder ook Brand P *supra* (n 83) 143-158 vir 'n bespreking van die ontwikkeling van die kanonieke regspraktisyns voor die veertiende eeu.

⁸⁵ Vir 'n volledige verduideliking van die betrokke ampte sien Van der Merwe FE *supra* (n 4) 83–92.

⁸⁶ Baker JH *supra* (n 50) 178. Hy stel dit verder dat: “... the division of function preceded the appearance of a profession, though the precise allocation of functions has shifted over the centuries”; sien ook *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) 462; Wildenboer L *supra* (n 5) 210. Sy verwys ook na die feit dat die pligte van beide die advokaat en prokureur deur een persoon vervul kon word, maar dat 'n duidelike onderskeid tussen die rolle bestaan het. Baker stel dit dat: “... these habitual practitioners did not act to the exclusion of others, nor were their functions always mutually exclusive”. Hy stel dit egter verder by 179 dat die stad van Londen in 1280 regulasies uitgevaardig het wat spesifiek die funksies van *pleaders*, *attorneys* en *essoiners* van mekaar onderskei het.

litigant. Die litigant kon nie deur die woorde van die *pleader* gebind word nie, maar wel deur sy eie woorde wat hy in die hof geuiter het.⁸⁷

Die redes vir die duidelike onderskeid tussen die professies lê in die verskil waarin die twee klasse regspraktisyns opleiding ontvang het, aangestel is en die afdwinging van dissipline met betrekking tot hul bepaalde praktykvoering.⁸⁸ Die opleiding van die *pleader* en die *attorney* het verskil. Daar is van *attorneys* vereis om 'n periode van klerkskap onder die leiding van 'n regspraktisyn af te lê.⁸⁹ Tydens hierdie periode van klerkskap het die *attorney* homself toegespits op die aanleer van die administratiewe en formele aspekte van die reg en homself vereenselwig met die toepassing van die praktiese aspekte met betrekking tot die reg terwyl die *pleader* se opleiding ten doel gehad het om die teoretiese kant van die reg te ontleed en die regsbeginsels te ontwikkel ten einde argumente in die hof te kan aanbied.⁹⁰

⁸⁷ Baker JH *supra* (n 50) 178; Wildenboer L *supra* (n 5) 211 (n 87); *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) 462; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 94. Die *attorney* was die mees vernaamste prosesverteenvoerder in die Engelse regstelsel. Die term *attorney* kan gelyk gestel word aan die Romeinse *procurator*. Die skrywer meen verder dat die woord *attornus* wat dikwels in die Engelse reg inslag gevind het, ook kon bygedra het tot die afleiding tot die woord *attorney*. *Attorneys* het in die gemene reg hoër ten behoeve van 'n ander party verskyn. Die *proctor* was 'n soortgelyke prosesverteenvoerder, maar is ten opsigte van sy verskyningsbevoegdheid beperk tot die kerklike hoër, die *Admiralty Courts*, die *Court of Divorce and Matrimonial Causes* sowel as die *Court of Probate*; volgens Van der Merwe FE by 89 is die praktykvoering van die *proctor* tweeledig beperk deur die voorskrifte wat die aartsbiskop van Canterbury uitgevaardig het en die voorskrifte van die hoër waar hulle gepraktiseer het. Die *proctor* het verder nie oor spesifieke regs kennis beskik nie en moes deur 'n *advocate* bygestaan word. Die *solicitor* het regsadvies in algemene regsdinge verskaf en in die *Court of Chancery* verskyn. Ander regspraktisyns het die *narrators* of *counters* ingesluit wat deskundige regsgeleerdes was wat deur die *attorney* aangestel is ten einde die kliënt behoorlik in die hof by te staan tydens gedingvoering. Hierdie groep regspraktisyns het ook bekend gestaan as *advocates of pleaders*.

⁸⁸ Baker JH *supra* (n 50) 179; *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27).

⁸⁹ *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27). *Attorneys* is dus hoofsaaklik opgelei deur hul mede-regspraktisyns; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 210 (n 86).

⁹⁰ Baker JH *supra* (n 50) 179 stel dit dat: "The separation of pleaders and attorneys was a natural separation of different skills, between quick-witted and learned court-room lawyers and managerial, clerical lawyers. The

Reeds so vroeg as 1230 is *pleaders* in die *Common Bench* beskryf as “forespeakers of the Bench” en hul uitsluitlike funksie was om argumente namens ’n gedingsparty in die hof te voer.⁹¹ Gedurende die veertiende eeu het hierdie *pleaders* hulself georganiseer onder ’n gilde bekend as die *serjeants-at-law*.⁹² Die *serjeants* se verskyningsbevoegdheid was eksklusief gerig op die hof van die *Common Pleas*.⁹³ Hierdie groep regspraktisyne het ’n uiters belangrike rol vertolk in die vroeë Engelse regstelsel en regters is aanvanklik uitsluitlik uit hulle geledere aangestel.⁹⁴ Die *serjeants-at-law* het die regspleging gedurende die

same distinction between specialists and general practitioners was reproduced much later by barristers and solicitors.”; Wildenboer L *supra* (n 5) 210 (n 86). Die *attorney* het homself dus toegespits op die aanleer van die verskillende prosesse in die verskillende howe, die tydsbeperkings wat van toepassing was op die verskeie prosesse wat in die howe gevolg is, die verskeie regsvorme wat pleitstukke kon aanneem en die vereiste dokumente wat gebruik moes word in akte transaksies; Wildenboer L by 211 (n 91) noem ook dat die advokateprofessie onder die indruk verkeer het dat hul profesie op intellektuele en sosiale vlak beter was as die sogenaamde “mechanics of the law”.

⁹¹ Baker JH *supra* (n 50) 179. Hy stel dit verder dat Matthew Paris na hierdie groep regspraktisyne verwys het as *narrators* vanweë die aard van hul funksie in ’n hofgeding. Die *pleaders* moes die gedingsparty se weergawe van gebeure aan die hof voorhou; sien verder ook Brand P *supra* (n 83) 95-98.

⁹² Baker JH *supra* (n 50) 180; Wildenboer L *supra* (n 5) 211. Die *serjeants* het aan een van twee *Inns* behoort; sien ook Van der Merwe FE *supra* (n 4) 91. Hulle het hoofsaaklik in die *serjeants’ Inn* gebly; Friedman C *supra* (n 13) 138 voer aan dat die rang van *serjeants-at-law* aanvanklik nie ondervraging van getuies behartig het in die howe nie. Hul uitsluitlike funksie was om argumente namens ’n litigant in die hof te behartig.

⁹³ Hierdie hof het uitsluitlik dispute tussen gewone burgers aangehoor. Holdsworth WS, Goodhart AL, Hanbury GH en Burk JMD *supra* (n 80) 14-15; sien ook Van der Merwe FE *supra* (n 4) 91. Die *serjeants* was egter ook by magte om in enige ander hof van hulle keuse te verskyn.

⁹⁴ Baker JH *supra* (n 50) 180 stel dit dat: “By the end of the century the identity of these counters or *narratores* is well known from the year-books and plea rolls; they were the leaders of the profession from whom the judges were invariably chosen, and whose arguments at the bar were noted down by reporters for future learning.”; Holdsworth WS, Goodhart AL, Hanbury GH en Burk JMD *supra* (n 80) 197; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 91. Die koning het regters uit hierdie groep regsverteenwoordigers gekies; sien verder ook *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27); Wildenboer L *supra* (n 5) 211 (n 94). Sy voer egter aan dat sedert 1519 regters ook aangestel is uit die geledere van regspraktisyne wat nooit as ’n *serjeant-at-law* in die hof van die *Common Pleas* gepraktiseer het nie.

dertiende eeu as regspraktisyns oorheers en oor die daaropvolgende vyfhonderd jaar, 'n toonaangewende rol vertolk in die ontwikkeling van die Engelse gemenerereg.⁹⁵

Die vier *Inns*⁹⁶ het onder die beheer van die *serjeants* geval. Nuwe lede tot die gilde was “called to the Common Bench” en het hul opleiding direk van die *serjeants* ontvang.⁹⁷ Na afloop van hul suksesvolle opleiding het die toelating tot die gilde met 'n bepaalde seremonie gepaard gegaan.⁹⁸ Regters het hierdie feesvieringe gelei en is soms deur die koning persoonlik bygewoon. Die seremonie het bestaan uit die uitruiling van goue ringe en die aflê van 'n eed. Die nuwe *serjeants* is tydens hierdie seremonie dan ook toegerus met hul eie kappie en huif.⁹⁹ *Serjeants* is onderskei van ander regspraktisyns deur die swart kappies en latere wit pruik wat hulle tydens hofverrigtinge gedra het.¹⁰⁰

⁹⁵ Friedman C *supra* (n 13) 138. Die *serjeants* het bestaan uit 'n baie klein groepie regsgeleerdes en daar word beweer dat daar slegs sewe persone tot die beroep behoort het; Baker JH *supra* (n 50) 180 verwys ook na die fortuin wat die *serjeants* uit die regspleging bekom het vanweë die monopolie van siviele litigasie wat hulle in die *Common Pleas* behou het. Hy verwys ook na Sir John Fortescue wat opgemerk het dat die *serjeants* die “richest advocates in the world” was. Hy stel dit verder dat: “They were the leaders of the bar by natural, judicial and royal selection.”

⁹⁶ Baker JH *supra* (n 50) 184; Friedman C *supra* (n 13) 138. Die *Inns of Court* het bestaan uit die *Lincoln's Inn*, *Gray's Inn*, *Inner Temple* en die *Middle Temple*; sien ook Van der Merwe FE *supra* (n 4) 91.

⁹⁷ Baker JH *supra* (n 50) 180. Hierdie voornemende *serjeants* is in groepe van ses tot nege op 'n keer geroep om tot die gilde te behoort.

⁹⁸ Baker JH *supra* (n 50) 180; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 211.

⁹⁹ Holdsworth WS, Goodhart AL, Hanbury GH en Burk JMD *supra* (n 80) 486-492; sien ook Baker JH *supra* (n 50) 180. Die seremonie is deur regters van die *Common Pleas* begin deur die bediening van 'n *subpoena* op die kandidaat waarin hy versoek is om homself beskikbaar te stel om die amp en graad van *serjeant* op te neem. Hy stel dit dat: “The central point of the creation ceremony was the admission at the bar of the Common Pleas; each new serjeant was led up by two senior serjeants and heard to count for the first time. It was this count which made him a serjeant.”; hy stel dit verder dat toelating tot hierdie gilde nie net 'n blote professionele kwalifikasie was nie, maar eerder 'n openbare eer wat in status gelyk was aan die toekenning van 'n doktorsgraad of ridderskap; sien verder ook Wildenboer L *supra* (n 5) 211.

¹⁰⁰ Baker JH *supra* (n 50) 180; Wildenboer L *supra* (n 5) 212 voer aan dat die wit huif aanvanklik 'n wit sy of linne hoofbedekking was wat later verander het in 'n wit pruik.

Die *serjeants* se aanvanklike monopolie en aansien het egter stelselmatig verdwyn en met die instelling van die *Judicature Act* het die gilde hul monopolie in die hof van die *Common Pleas* finaal verloor waarna die gilde teen die twintigste eeu tot niet gegaan het.¹⁰¹

Die *serjeants-at-law* was 'n eksklusiewe gilde en nie almal wat in die regte opleiding ondergaan het is tot die gilde toegelaat nie. 'n Junior afdeling van persone wat regsopleiding ondergaan het, het bekend gestaan as *apprentices of the Bench*. Hierdie *apprentices* het nie aan enige spesifieke gilde behoort nie maar was eerder aan die hof self verbind.¹⁰² Die *apprentices* wat hul studies suksesvol voltooi het, is steeds *apprentices* genoem en hulle het 'n wye verskeidenheid funksies vervul.¹⁰³ *Apprentices* was by magte om in die *King's Bench*, *Courts of Chancery* en ander laer howe te verskyn.¹⁰⁴

Teen die einde van die veertiende eeu het 'n groep *apprentices*, bekend as *barristers* in die *Inns* tuisgegaan en opleiding ontvang.¹⁰⁵ Alle regspraktisyne het egter eers opleiding

¹⁰¹ Baker JH *supra* (n 50) 181. Die monopolie van die *serjeants* het slegs betrekking gehad op gedingvoering in die hof van *Common Pleas*. Hulle moes dus meeding met *apprentices* in die ander howe. Teen 1846 is die *Common Pleas* oopgestel aan alle regspraktisyne en dit was die finale doodsteek vir die gilde; Wildenboer L *supra* (n 5) 212; sien verder ook Van der Merwe FE *supra* (n 4) 92. Die *Judicature Act* het die aanstelling van regters uit die geleedere van *barristers* wat nooit in die hof van die *Common Pleas* gepraktiseer het nie, moontlik gemaak. Gedurende die sestiende eeu het die wetgewing dit ook moontlik gemaak vir *barristers* met 'n minimum van agt jaar ondervinding om verskyningsbevoegdheid in die hoër howe te bekom. Die totstandkoming van die nuwe *king's counsel* het ook verder tot die verdwyning van die gilde bygedra.

¹⁰² Baker JH *supra* (n 50) 182. Hy stel dit dat: "There is no evidence that these apprentices were articulated to anyone; they were learners attached to the court itself; where a kind of gallery – called the 'crib' or (later) the 'pecunes' was installed for their accommodation."

¹⁰³ Baker JH *supra* (n 50) 182 verwys na die feit dat daar geen "intermediate" graad aan hierdie groep praktisyne toegeken kon word nie (slegs die *serjeants* is aanvanklik erken). Hulle het dus in praktyk steeds as *apprentices* bekend gestaan. *Apprentices* was by magte om as advokate namens die publiek op te tree, as privaat adviseurs vir grondeienaars, as prokureurs of as regslerke op te tree.

¹⁰⁴ Baker JH *supra* (n 50) 182; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 212.

¹⁰⁵ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 91. Die *barristers* is ook *apprentices* genoem; Friedman C *supra* (n 13) 138. Hy voer aan dat *barristers* hoofsaaklik uit die geleedere van welgestelde families afkomstig was; Baker JH *supra* (n 50) 184 verwys na die *Inns of Court* en *Chancery* as 'n regsopleiding wat nie noodwendig kleiner was as die

ontvang in die *Inns of Chancery*.¹⁰⁶ Die *Inns of Chancery*¹⁰⁷ het aanvanklik basiese opleiding verskaf aan regspraktisyns. Indien 'n persoon homself verder wou bekwaam tot die amp van *barrister*, moes hy homself wend tot die *Inns of Court*¹⁰⁸ waar hy vir 'n verdere tydperk van ten minste sewe jaar opleiding ontvang het.¹⁰⁹ Alhoewel die *Inns of Court* aanvanklik

Universiteit van Cambridge en Oxford nie. Hy stel dit verder dat hierdie *Inns* dikwels na verwys is as die derde universiteit van Engeland.

¹⁰⁶ Baker JH *supra* (n 50) 184; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 97; Wildenboer L *supra* (n 5) 213. Hierdie *Inns* het bestaan uit *Barnard's Inn, Clement's Inn, Clifford's Inn, Davies Inn, Furnival's Inn, Lyon's Inn, New Inn, Staple Inn* en *Strand Inn*.

¹⁰⁷ Wildenboer L *supra* (n 5) 213. Teen die vroeë agtiende eeu het die meeste lede van die *Inns of Chancery* bestaan uit die geledere van *attorneys* en *solicitors*. Sy voer verder aan dat die *Inns of Chancery* nooit in dieselfde mate ontwikkel het as die *Inns of Court* nie.

¹⁰⁸ Baker JH *supra* (n 50) 184; Friedman C *supra* (n 13) 138. Elkeen van hierdie *Inns* (vir 'n uiteensetting sien *supra* (n 96)) is verder beheer deur die senior lede van die *barristers* wat in 'n liggaam bekend as die *Benchers* die *Inns* beheer het. *Benchers* is aangestel uit die geledere van senior *barristers* met meer as tien jaar ondervinding. Hierdie senior regspraktisyns het die titel bekom nadat hulle 'n reeks lesings aangebied het oor 'n bepaalde stuk wetgewing gedurende die somer reses van die hof.

¹⁰⁹ Baker JH *supra* (n 50) 184. Hy verwys na die proses wat 'n student moes volg ten einde as *barrister* te kwalifiseer as volg: "After his elementary grounding in an inn of chancery, a student who aspired to the bar would seek admission to one of the inns of court as a student, or 'inner barrister'; he would spend seven years or so attending courts, performing oral pleading exercises (called moots), attending lectures (called readings), and keeping commons with his fellows. After this training he might expect to be called to the bar as an 'utter barrister'. The term 'barrister', found in the Black Books in the middle of the fifteenth century, indicates the status of the member at moots; the inner barristers sat within the bar, like clerks of the court, and the utter barristers stood outside it, like serjeants."; Wildenboer L *supra* (n 5) 214. Die *apprentices* is opgelei deur die *readers*. Indien die *Benchers* bevind het dat die *apprentices* hul regsonderrig suksesvol voltooi het, is hulle geroep om voor die bepaalde hof van die *Inn* te verskyn. Hulle is dan toegelaat om daar te praktiseer. Sy noem verder as 'n interessante punt dat die *bar* in historiese tye na die fisiese plek verwys het waar die *pleader* tydens hofverrigtinge gestaan het.

attorneys opgelei het, is hulle later afgewys om tot hierdie *Inns* te behoort en teen ongeveer 1793 heeltemal uitgesluit.¹¹⁰

Die regspraktisyns wat nie hulself as *barristers* bekwaam het nie, is verdeel in *attorneys*,¹¹¹ *proctors*¹¹² en *solicitors*.¹¹³ Baker verwys na die verskil tussen *barristers* en *attorneys* as volg:

“Since the principal litigation of medieval times was concentrated in the Common Pleas, the serjeants and attorneys were engaged in the most important contentious work of the nation. The attorneys of the Common Pleas were officers of the court who carried on the formal side of litigation, issuing process and authorising entries on the plea roll. Argument in open court was the exclusive province of the order of the coif.”¹¹⁴

Die onderskeid tussen die funksies van hierdie ampte het mettertyd verdwyn en gedurende die agtiende eeu het die professies saamgesmelt onder die term *solicitors*.¹¹⁵ Gedurende dieselfde tydperk het die profesie ook die *Society of Gentlemen Practiser in the Court of*

¹¹⁰ Baker JH *supra* (n 50) 187; sien ook Friedman C *supra* (n 13) 139. Hierdeur het *attorneys* hul verskyningsreg verloor en het die *Inns of Court* voortaan uitsluitlik *barristers* in die reg opgelei.

¹¹¹ Die term *attornatus* het die ou term *responsalis* vervang; sien Brand P *supra* (n 83) 46; sien verder ook Wildenboer L *supra* (n 5) 212.

¹¹² Vir 'n verduideliking van die term *proctors*, sien Holdsworth WS, Goodhart AL, Hanbury GH en Burk JMD *supra* (n 80) 76-77.

¹¹³ Vir 'n verduideliking van die ontstaan en voortbestaan van die amp van *solicitor* sien Baker JH *supra* (n 50) 185-186.

¹¹⁴ Baker JH *supra* (n 50) 185; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 213.

¹¹⁵ Volgens a 87 van die *Supreme Court of Judicature Act 1873*; Baker JH *supra* (n 50) 187; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 213 (n 109); sien verder ook Holdsworth WS, Goodhart AL, Hanbury GH en Burk JMD *supra* (n 80) 16.

Law and Equity tot stand gebring om as 'n oorkoepelende liggaam toe te sien tot hul welstand.¹¹⁶ Hierdie beheerliggaam was die voorloper tot die hedendaagse *Law Society*.¹¹⁷

Die toelating tot die professie het ook verskil tussen die ampte van *barristers* en *solicitors*. *Solicitors (attorneys)* is direk toegelaat deur die regters van die betrokke howe waar hulle gepraktiseer het. In teenstelling hiermee is die toelating van *barristers* oorgelaat aan die *Inns of Court* waarvolgens die *Benchers* die bevoegdheid gehad het om bevoegde *apprentices* tot die professie toe te laat.¹¹⁸

Die dissipline met betrekking tot die amp van *solicitors* het onder die jurisdiksie van die howe geval terwyl die *barristers* deur die *Inns of Court* gedissiplineer is.¹¹⁹

Die interaksie tussen die ampte van *barristers* en *solicitors* is in die *De Freitas* saak deur Thirion R as volg opgesom:

“In general, a barrister in independent practice, whether or not he is acting for a fee, may only act in a professional capacity upon instructions from a solicitor ... (t)here is no rule of law preventing a lay client from instructing a barrister directly, or preventing a barrister so instructed from appearing on behalf of a lay client; but it is

¹¹⁶ Gillespie A *The English Legal System* (Oxford: University Press 2007) 233-234; Baker JH *supra* (n 50) 187; sien ook *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27); sien verder ook Van der Merwe FE *supra* (n 4) 97.

¹¹⁷ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 104 bevind dat die *Law Society* formeel erken is deur die *Royal Charter* van 1845 en die daaropvolgende *Charters* van 1872, 1903, 1909 en 1954. Lidmaatskap tot die *Law Society* was gereserveer vir die amp van *solicitors*, maar die lidmaatskap was vrywillig.

¹¹⁸ Baker JH *supra* (n 50) 187; sien verder *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27); dit is verder interessant om te vind dat die *barristers* verplig was om aan een van die *Inns of Court* te behoort. Hulle mag slegs van hierdie lidmaatskap afstand gedoen het indien hy nie meer praktiseer nie.

¹¹⁹ Holdsworth WS, Goodhart AL, Hanbury GH en Burk JMD *supra* (n 80) 43-44, 63-73; Wildenboer L *supra* (n 5) 213 (n 111). Sy voer aan dat die dissipline van die *solicitors* aan die regters sowel as die *Society of Gentlemen Practisers in the Courts of Law and Equity* oorgelaat is; Friedman C *supra* (n 13) 139 bevind dat die dissiplinêre bevoegdheid van die howe afkomstig is van die Romeinse reg en dat die Hooggeregshof altyd inherente magte het om regspraktisyne te dissiplineer by wyse van algemene jurisdiksie.

against the rules of the profession for a barrister to accept such instructions, and to do so may result in disbarments.”¹²⁰

Dit wil dus voorkom asof die *barrister* nie sonder die bemiddeling van ’n *solicitor* namens ’n kliënt mag opgetree het nie. Die *solicitor* kon as die verteenwoordiger van die kliënt opgetree het en opdrag gegee het aan die *barrister* om namens sy kliënt tot die gedingvoering toe te tree.¹²¹ Thirion R meld verder in die *De Freitas* saak die volgende rede vir die verdeling as volg:

“The principle reason for the rule is to allow barristers to specialize in their characteristic work of advocacy, drafting and advising, and to ensure that, so far as possible, the facts of the case are accurately ascertained before proceedings are instituted or advice is given.”¹²²

Hierdie verdeelde aard van die professie en die geïmpliseerde verwysingsreël stem ooreen met die posisie in die Suid-Afrikaanse reg voor die inwerkingtreding van die Wet op Regspraktyk. Die rede vir die bestaan van die verwysingsreël blyk ook ooreen te stem met die redes wat aangevoer is vir die behoud van die verwysende praktyk in Suid-Afrika.

¹²⁰ *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) by 463.

¹²¹ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 105.

¹²² *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) by 464. Hy stel dit verder by 465 dat gedurende 1955, die Prokureur-Generaal die reël duidelik gestel het: “While it is not a breach of etiquette for a barrister to give advice free on legal matters to a friend or relative, or to a poor person, it is wrong for a barrister to do non-contentious legal work for clients in the course of his profession for fees without instruction ...” Hierdie reël is nie deur al die betrokke partye ewe gunstig ontvang nie, maar is ook nooit formeel teengestaan nie.

2.2.5 Die Suid-Afrikaanse reg

Die Suid-Afrikaanse regsprofessie het in verskillende fases ontwikkel na gelang van die politieke bedeling wat op 'n bepaalde tydperk van toepassing was. Die verdeelde aard van die professie (die onderskeid tussen prokureurs en advokate) is nie deurentyd erken nie. Sommige provinsies het tweeledige praktykvoering erken en toegelaat.¹²³

2.2.5.1 Die Regsprofessie in die Kaap

1652 tot 1795 en die Bataafse bewind vanaf 1803 tot 1806¹²⁴

In 1652 het Jan van Riebeeck sy opwagting gemaak en 'n verversingspos vir handelskepe namens die *Vereenigde Geoctroyeerde Oost-Indische Compagnie* (hierna genoem die

¹²³ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 121. Die verskynsel van tweeledige praktykvoering het behels dat advokate in die rol van prokureurs kon optree en *vice versa*. Hierdie vorm van praktykvoering is merendeels toegelaat vanweë die tekort aan regspraktisyns in sekere gebiede en het later in onbruik verval. Hierdie praktykvoering word later in die hoofstuk in meer besonderhede bespreek.

¹²⁴ Die eerste Britse okkupasie het tussen 1795 en 1803 plaasgevind waarna 'n kort Bataafse bewind tussen 1803 en 1806 geseëvier het. Die tweede Britse okkupasie het in 1806 begin. Vir 'n bespreking van die Bataafse bewind, sien Thomas PJ "Harmonising the law in a multilingual environment with different legal systems: Lessons to be drawn from the legal history of South Africa" (2008) 14 2 *Fundamina* 136 (n 17). Gedurende 1803 het die Kaap onder die Bataafse bewind geval in terme van die Verdrag van Amiens, maar met die opvlamming van vyandskap tussen die Britse koninkryk en Frankryk, is die Kaap weer beset deur die Britse koninkryk; vir 'n verdere agtergrond tot die politieke bedeling in die Kaap provinsie sien verder Hosten WJ *Introduction to South African Law and Legal Theory* 2de uitgawe (Durban: Butterworths Press 1995) 186-198.

VOC)¹²⁵ op die been gebring in Suid-Afrika.¹²⁶ Die Romeins-Hollandse reg is in die Kaap gevestig. Hosten verwys na die resepsie van die Romeins-Hollandse reg as volg:

“It is our belief that Roman-Dutch law, like the English common law of the Pilgrim Fathers, was brought to a land where no sophisticated legal institutions previously existed.”¹²⁷

Die regstelsel wat deur Van Riebeeck in die Kaap toegepas is, het ooreengestem met die regulasies wat van toepassing was op die werknemers van die VOC en is gegrond op die *Artyckelbrief* wat die bevoegdheid aan die kaptein van ’n skip gegee het om ’n skeepsraad byeen te roep ten einde die regulasies van die VOC toe te pas.¹²⁸

Die ontstaan van die regsprofessie het gegroei uit ’n behoefte aan verteenwoordiging en die regspraktisyns is verdeel in die ampte van advokate (*advocaten*) en prokureurs (*procureurs*),

¹²⁵ Sien Lenel B *The History of South African law and its Roman-Dutch Roots* (2002–Switzerland) <http://www.lenel.ch> (datum van gebruik: 12 April 2017) vir ’n interessante bespreking rondom die ontstaan van die VOC as ’n samestelling van verskeie Nederlandse maatskappye. Die statuut van oprigting wat die VOC in die lewe groep het is reeds teen 20 Maart 1602 onderteken.

¹²⁶ Jan van Riebeeck het op 6 April 1652 in die Kaap geland. Hosten WJ *supra* (n 124) 186; sien ook Thomas PJ *supra* (n 124) 136.

¹²⁷ Sien Hosten WJ *supra* (n 124) 186 (n 180) en die gesag waarna hy verwys met betrekking tot die resepsie van die Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika; Thomas PJ *supra* (n 124) 134 voer aan dat die Kaap nie onmiddellik ’n Nederlandse kolonie geword het nie, maar eerder ’n nedersetting van die Nederlandse internasionale handelsmaatskappy wat werknemers van verskeie nasionaliteite in diens gehad het. Die Romeins-Hollandse regstelsel het egter in die sewentiende eeu ’n oplewing beleef en het die Romeins-Hollandse reg ook in Suid-Afrika volwaardig toepassing gevind.

¹²⁸ Hosten WJ *supra* (n 124) 187 verwys onder andere na die vergadering van so ’n skeepsraad aan boord die *Dromedaris* op 8 April 1652 in Tafelbaai. Hy stel die oorsprong van die reg in die Kaap as volg: “Clearly in the administration of justice the commander must have relied heavily on the *Artyckelbrief*. This document set out the rules and regulations governing the service of those employees of the Company who were engaged in duties in the overseas territories. It was in fact the Company code of discipline. There can be little doubt that this was the primal source of law during Van Riebeeck’s time.”

in ooreenstemming met die Romeins-Hollandse regsbeginsel van 'n verdeelde profesie.¹²⁹ Die eerste aantekening van die totstandkoming van die regsprofesie was die toelating van Jacob van Heurn as 'n advokaat en notaris in 1688.¹³⁰ Die eerste rekord daarna is die aanstelling van Willem ten Damme wat as advokaat aangestel is in 1706.¹³¹

Die eerste verwysing na die amp van prokureur word gevind in 1715 toe die regering die tariewe van prokureurs en wetsagente moes vasstel.¹³² Alle prokureurs is deur die *Raad van Justitie* aangestel en Maurits van Aarden is in dieselfde jaar in die amp van prokureur

¹²⁹ Devenish GE "The Cape of Good Hope 1652 – 1909" in HF Mellet, S Scott en P Van Warmelo (reds.) *Our Legal Heritage* (Durban: Butterworths Press 1982) 41; Botha CG "Early Legal Practitioners of the Cape" (1924) *SALJ* 256; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 109. Die verdeling het ook voorsiening gemaak vir die amp van *notarissen*. Hierdie amp val egter buite die bespreking van die hoofverdeling van die profesie en word nie verder in besonderhede bespreek nie; sien verder ook Hahlo HR en Kahn E *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* (Kaapstad: Juta & Co. Ltd. 1960) 202.

¹³⁰ Visagie GG *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652 tot 1806: Met 'n bespreking van die historiese agtergrond* (Kaapstad: Juta & Kie. Bpk. 1969) 49 en die bronne daarin verwys; sien ook Botha CG *supra* (n 129) 256; sien ook Van der Merwe FE *supra* (n 4) 110; sien verder ook Wildenboer L *supra* (n 5) 215. Die advokaat is toegelaat om te praktiseer deur die *Raad van Justitie*; Botha CG voer verder aan dat die siviele rekords van die howe van *Landdrost* en *Heemraden* in Stellenbosch aangedui het dat Van Heurn dikwels as advokaat sowel as notaris verskyn het; sien verder ook Kahn E "The history of the administration of justice in the South African Republic" (1958) *SALJ* 397-417 vir 'n verdere bespreking van die totstandkoming van die vroeë regsprofesie.

¹³¹ Botha CG *supra* (n 129) 256; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 110.

¹³² Visagie GG *supra* (n 130) 49 stel dit dat die hof in 1915 die regering versoek het om die fooie van regspraktisyns vas te stel. Die regering het die volgende regulasie uitgevaardig waarna daar na die amp van prokureur as volg verwys is: "Regulament waar na den geene, welke voor den E. Achtbe. Raad van Justitie deser gouvernements parthijen als procureur diend, zigh zal hebben te reguleeren in het declareren hunner salarissen."; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 110; Botha CG *supra* (n 129) 256.

aangestel.¹³³ Op 26 Julie 1791 is 'n plakkaat¹³⁴ gepubliseer waarvolgens die *Raad van Justitie* gemagtig is om 'n bepaalde aantal prokureurs toe te laat tot die professie. Hierdie toelating moes jaarliks op die eerste hofdag van die nuwe jaar herhaal word.¹³⁵ Volgens hierdie opdrag was die prokureurs verplig om aansoek te doen tot toelating en 'n eed af te lê.¹³⁶ 'n Prokureur moes ook sekuriteit stel wat sou dien as skadevergoeding indien 'n kliënt benadeel is deur die nalatigheid van sy aksies.¹³⁷ Die plakkaat het 'n verdere opdrag bevat dat geen persoon voor die *Raad van Justitie* mag verskyn sonder die bystand van 'n prokureur nie.¹³⁸

¹³³ Botha CG *supra* (n 129) 256. Die aanstelling van prokureurs is deur die *Raad van Justitie* gedoen en die prokureur was verplig om 'n eed af te lê; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 110 voer aan dat die eed tot inhoud gehad het dat die verklaarder onder andere moes onderneem om nie te deel in die opbrengs van die uitslag van hul kliënt se saak nie, nie 'n saak onnodig te vertrap nie en om die resultaat van die taksasie van 'n rekening te aanvaar; Friedman C *supra* (n 13) 139; Botha CG *supra* (n 129) 257 noem ook dat die prokureur moes trou sweer aan die Staatsgeneraal, Die Prins van Oranje en Nassau, die Direkteure van die VOC en die Goewerneur en *Raad van Justitie* van die Kaap; Visagie GG *supra* (n 130) 49; Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 237 verwys na die *Raad van Justitie* as die hoër hof van die Kaapkolonie. Die laer hof bestaan uit die *landdrost* en *heemraden*.

¹³⁴ Kaapse Plakkaatboek (Band IV) 1787-1795 (1949)53 soos aangehaal deur Van der Merwe FE *supra* (n 4) 111; sien ook Visagie GG *supra* (n 130) 49.

¹³⁵ Visagie GG *supra* (n 130) 49; Botha CG *supra* (n 129) 257; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 110 voer ook aan dat die Goewerneur hierdie opdrag reeds in 1781 uitgevaardig het, maar weens 'n onbepaalde rede nie gepubliseer is nie. Die Goewerneur het aan die *Raad van Justitie* opdrag gegee om aanvanklik slegs 'n beperkte aantal prokureurs tot die praktyk toe te laat. Die *Raad van Justitie* het egter daarop gewys dat die getal prokureurs nie aan die aanvraag van die publiek voldoen het nie en merendeels aanleiding gegee het tot die swak hantering en opstel van prosesstukke. Die uitvaardiging van die plakkaat het hierdie beperking op die aanstelling van prokureurs gewysig.

¹³⁶ Botha CG *supra* (n 129) 257; Wildenboer L *supra* (n 5) 215 (n 120) voer aan dat hierdie bepaling ooreengestem het met die Romeins-Hollandse reg; sien ook Visagie GG *supra* (n 130) 49.

¹³⁷ Botha CG *supra* (n 129) 257; Friedman C *supra* (n 13) 138 meen dat hierdie bepaling as die voorloper van professionele versekering gesien kan word.

¹³⁸ Visagie GG *supra* (n 130) 50 verwys na die plakkaat en stel dit dat: "... dat voortaan niemand die voor den Rade van Justitie ... eenig proces zal willen entameeren of defendeeren, en dus zo min den aanlegger als

Die eerste prokureurs wat aan die voorgeskrewe nuwe vereistes voldoen het, is op 12 Augustus 1791 tot die amp toegelaat.¹³⁹ Hulle was Johan Frederick Wagner, Jacobus Vercuill, William Colver en Jacobus van Leeuwen.¹⁴⁰

Gedurende die Bataafse tydperk kon 'n prokureur slegs tot die profesie toegelaat word indien hy 'n inwoner van die Kaap was, solvent verklaar is en by magte was om homself in Hollands uit te druk.¹⁴¹ Die prokureur was ook verplig om 'n eksamen af te lê indien hy nie oor regsopleiding beskik het nie.¹⁴² Advokate is slegs tot die profesie toegelaat indien hulle 'n doktorsgraad in die regte aan een van die Nederlandse universiteite verwerf het en in die Kaap gebore is of daar verblyfreg bekom het.¹⁴³ Dit blyk dat daar in beginsel nie 'n onderskeid getref is tussen die rolle van advokate en prokureurs nie aangesien beide hierdie ampte voor die *Raad van Justitie* kon optree.¹⁴⁴

verweerder zal vermogen zonder adsistentie van ener der opgem: geadmitteerde procureurs in denzelven Rade te verschijnen, veel min enige notulen ter rolle te doen dicteeren ..."; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 111; Friedman C *supra* (n 13) 139; Botha CG *supra* (n 129) 257.

¹³⁹ Friedman C *supra* (n 13) 139; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 111; Botha CG *supra* (n 129) 257. Gedurende 1792 is Jonas van der Poel toegelaat en 'n jaar daarna Bernhardus de Vaal; Visagie GG *supra* (n 130) 50. Die prokureurs het die volgende jaar weer hul aansoeke hernu.

¹⁴⁰ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 111; Botha CG *supra* (n 129) 258.

¹⁴¹ Friedman C *supra* (n 13) 139; Botha CG *supra* (n 129) 257; Wildenboer L *supra* (n 5) 215.

¹⁴² Friedman C *supra* (n 13) 139; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 110 voer ook aan dat daar geen duidelikheid bestaan het oor die regskwalifikasies waaroor 'n prokureur moes beskik het nie; in *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) stel Thirion R dit ook dat die prokureurs nie oor regskwalifikasies beskik het terwyl hulle in die Kaap gepraktiseer het gedurende die Bataafse tydperk nie; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 215.

¹⁴³ Devenish GE *supra* (n 129) 42; Wildenboer L *supra* (n 5) 215.

¹⁴⁴ Visagie GG *supra* (n 130) 50; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 111; *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) 465. Die rede hiervoor is waarskynlik die feit dat daar relatief min advokate in die Kaap gepraktiseer het.

1795–1910 Die Britse besetting van die Kaap

Die eerste Britse besetting van die Kaap het in 1795 plaasgevind.¹⁴⁵ Die Romeins-Hollandse regstelsel, met betrekking tot die toelating van regspraktisyns en praktykvoering, het egter behoue gebly as gevolg van die voorwaardes van oorgawe¹⁴⁶ en die toepassing van sekere internasionale regsbeginsels.¹⁴⁷

Die regstelsel het egter met die tweede Britse besetting begin verander en die Britse praktyksreëls en toelatingsvereistes is stelselmatig oorgeneem in die Kaapse regstelsel.¹⁴⁸

Veranderinge aan die toelatingsvereistes en praktykvoering ten opsigte van regspraktisyns, het eers in 1827 werklik plaasgevind. In terme van die *Charters of Justice* van 1827 en

¹⁴⁵ Sien Hosten WJ *supra* (n 124) 186-198 vir 'n verdere bespreking van die politieke bedeling in die Kaap.

¹⁴⁶ Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 17, 205. Die Romeins-Hollandse reg het van krag gebly maar vanaf 1827 moes alle regsproesse in Engels geskied. Die opstel van regsdokumente moes ook die Engelse voertaal reflekteer; Thomas PJ *supra* (n 124) 135 (n 15) stel dit verder dat die voorwaardes van oorgawe in die Engelse reg opgeneem is en het bepaal dat die reg van die verowerde land bly voortbestaan totdat dit deur die veroweraar verander word; Thomas PJ by 136 voer verder aan dat dieselfde voorwaardes toegepas was tydens die oorhandiging van die Kaap in 1806 teen die einde van die Bataafse bewind. Die *status quo* is ook gehandhaaf in 1814 met die ondertekening van die Konvensie van London waarvolgens alle Nederlandse kolonies teen betaling aan die Britse koninkryk oorhandig is en die Kaap 'n Britse kolonie geword het.

¹⁴⁷ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 112; Thomas PJ *supra* (n 124) 135. Volgens 'n proklamasie van 24 Julie 1797 het die *Raad van Justitie* verander in die *Court of Justice* en is bevestig dat die Romeins-Hollandse reg in siviele sowel as strafsake gebruik mag word.

¹⁴⁸ Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 19. Die Colebrooke-Brigge kommissie het reeds in 1823 bevind dat die regstelsel in die Kaap nie na wense was nie en het 'n geleidelike oorgang na die Engelse regstelsel voorgestel. Engelse kriminele reg sowel as siviele reg is daarna in 1828 in die Kaapse regstelsel ingevoer waarna bewysreg in 1830 die Engelse stelsel begin volg het; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 112; Thomas PJ *supra* (n 124) 136 (n 210) voer aan dat die Goewerneur reeds in 1807 die eerste appèlhof ingestel het en teen 1814 is Engels en Hollands as voertale in howe gebruik. In 1827 is die juriestelsel in alle howe ingestel.

1832¹⁴⁹ is toelatingsvereistes vir beide advokate en prokureurs gestel.¹⁵⁰ Advokate moes lede van die Engelse, Skotse en Ierse *Inns of Court* wees en oor 'n doktorsgraad in die regte beskik wat verwerf is aan 'n Britse universiteit.¹⁵¹ In teenstelling hiermee moes prokureurs gekwalifiseerd wees en toegelaat wees as prokureurs in Engeland of ten minste onder 'n Kaapse advokaat of prokureur opleiding ontvang het ten einde toegelaat te word.¹⁵²

Gedurende 1829 is 'n hofreël uitgevaardig waarvolgens prokureurs slegs toegelaat kon word tot die amp indien hulle klerkskap vir 'n tydperk van vyf jaar uitgedien het.¹⁵³ Die toelatingsvereistes het in 1877 verander en leerklere moes benewens klerkskap, ook 'n praktiese eksamen slaag ten einde toegelaat te word as prokureurs.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Wildenboer L *supra* (n 5) 216 (n 126) Daar was weinig verskille tussen die eerste en die tweede *Charters of Justice*.

¹⁵⁰ Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 19. Die *Charters of Justice* het ook bepaal dat die *Raad van Justitie* vervang word met 'n onafhanklike regsbank in die vorm van die Hooggeregshof; sien verder Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 84) 237. Verder het die Landdroshof die *heemraden* en *landdrost* vervang; Thomas PJ *supra* (n 124) 136; sien verder Wildenboer L *supra* (n 5) 216.

¹⁵¹ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 112; *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27). Ten einde dus toegelaat te word tot die amp van advokaat was die kandidaat verplig om aan een van die *Inns of Court* regsopleiding te ontvang of te studeer aan die universiteit van Oxford of Cambridge; Wildenboer L *supra* (n 5) 216 voer aan dat hierdie vereiste in 1858 verander het en dat die kandidaat die opsie gehad het om die nodige opleiding plaaslik te ontvang deur aan die Universiteit van die Kaap de Goede Hoop te studeer; sien verder ook Devenish GE *supra* (n 129) 61.

¹⁵² Devenish GE *supra* (n 129) 61; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 112; *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27). Prokureurs wat in die howe van Westminster en Dublin gepraktiseer het, is toegelaat om in die Kaap te praktiseer as prokureurs; Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 205-206.

¹⁵³ Devenish GE *supra* (n 129) 61; Wildenboer L *supra* (n 5) 216; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 112. Reël 149 van die Hofreëls het bepaal dat die klerkskap uitgedien kon word onder die toesig van 'n *barrister*, advokaat, prokureur, *solicitor* of *proctor*. Persone wat klerkskap onder die toesig van 'n regspraktisyn in Engeland of Ierland uitgedien het, se tydperk kon verkort word tot een jaar.

¹⁵⁴ Devenish GE *supra* (n 129) 62; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 112; Wildenboer L *supra* (n 5) 217 (n 132). Die tydperk van klerkskap kon tot drie jaar verminder word mits die kandidaat die eksamen suksesvol aflê en oor

Die verdeelde stelsel (tussen die amp van advokaat en prokureur) is dan ook in die Kaap deurgevoer. Artikel 23 van die *Charter of Justice* is die funksies van advokate en prokureurs as volg onderskei:

“(T)he functions and office of barristers and advocates shall not be discharged in the said Court [the Supreme Court], by the attorneys, solicitors and proctors thereof and that the functions and office of such attorneys, solicitors and proctors shall not be discharged by such barristers at law or advocates.”¹⁵⁵

Die *Charter of Justice* het die hof verder gemagtig om wetsagente aan te stel indien daar nie genoeg prokureurs of advokate beskikbaar was om namens die publiek op te tree nie.¹⁵⁶

Die Wetsgenootskap van die Kaap van Goeie Hoop is in 1883 gestig ten einde die regulering van die regsprofessie te bevorder.¹⁵⁷

die nodige onderrigvereistes beskik. Vanaf 1883 is daar weggedoen met die leerklerskap en kandidate moes 'n regseksamen suksesvol voltooi.

¹⁵⁵ Soos aangehaal in *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27); Friedman C *supra* (n 13) 139 voer aan dat die term *solicitor* deel geword het van die Suid-Afrikaanse regstelsel met die inwerkingtreding van die *Charter of Justice* van 1834 maar dat die term in onbruik verval het sedert 1858 toe dit vervang is met die term *attorney*.

¹⁵⁶ A 17-20 van die tweede *Charter of Justice*; Wessels JW *supra* (n 33) 366; *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27); sien verder ook Wildenboer L *supra* (n 5) 216 (n 129). Die wetsagente kon namens die kliënt verskyn maar die aanstelling van hierdie agente is slegs gemagtig indien minder as drie prokureurs en advokate in die area teenwoordig was. Alhoewel die wetsagente in gedinge in dieselfde kapasiteit as prokureurs of advokate opgetree het is streng beperkings op hul handeling toegepas; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 113 stel dit dat die wetsagente vanaf 1885 in getalle afgeneem het aangesien wetgewing uitgereik is waarvolgens geen verdere aanstelling gemagtig is in 'n distrik waar daar twee of meer prokureurs was nie.

¹⁵⁷ Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 219; Wildenboer L *supra* (n 5) 217; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 113. Die Wetsgenootskap is gestig met die inwerkingtreding van *The Incorporated Law Society Act 27* van 1883. In terme van die wet is die toelatingsvereistes van prokureurs vasgelê. Die wet het ook voorsiening gemaak vir dissiplinêre prosedures indien wangedrag deur een van die lede gepleeg is. Wildenboer voer verder aan dat die lidmaatskap tot die wetsgenootskap vrywillig was, maar dat die liggaam 'n plig gehad het om wangedrag

2.2.5.2 Die regsprofessie in Natal

Natal is deur die Britse Ryk beset in 1844 en by die Kaapse kolonie ingelyf.¹⁵⁸ Soos in die Kaapse kolonie, het die Romeins-Hollandse reg aanvanklik van toepassing gebly¹⁵⁹ maar die Hooggeregshof van Natal, wat in 1858 tot stand gebring is, het die Romeins-Hollandse reg sowel as die Engelse reg toegepas.¹⁶⁰

In Natal is tweeledige praktykvoering toegelaat.¹⁶¹ 'n Behoorlik gekwalifiseerde persoon kon dus beide die beroep van advokaat en prokureur beoefen.¹⁶² Die rede vir hierdie vorm van praktykvoering blyk gegrond te wees op 'n suiwer praktiese oorweging. Daar was nie genoeg advokate beskikbaar in Natal nie, en juis om hierdie rede is prokureurs toegelaat om ook tot die professie van advokate toe te tree.¹⁶³

aan te meld by wyse van 'n aansoek tot die skrapping van die rol van die skuldige regspraktisyn deur die Hooggeregshof.

¹⁵⁸ Thomas PJ *supra* (n 124) 139; sien ook Roberts SN "Natal 1830-1909" in HF Mellet, S Scott en P Van Warmelo (reds.) *Our Legal Heritage* (Durban: Butterworths Press 1982) 79.

¹⁵⁹ Thomas PJ *supra* (n 124) 139; in terme van Ordonnansie 12 van 1845 is die Romeins-Hollandse reg wat in die Kaap toegepas is, insgelyks toegepas in Natal.

¹⁶⁰ Thomas PJ *supra* (n 124) 139.

¹⁶¹ Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 224-226; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 121; Wildenboer L *supra* (n 5) 217; *In re Rome* 1991 (3) SA 291 (A); *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) 469.

¹⁶² Van der Merwe FE *supra* (n 4) 121; sien ook *In re Rome supra* (n 161) 317; sien verder *Ex Parte Stuart and Geerds supra* (n 71) 73. In terme van *Rule 47 of Order XXXII*: "Any person admitted as an Attorney may also practise as an Advocate and any person admitted as an Advocate may also practise as an Attorney ..."

¹⁶³ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 121; Wildenboer L *supra* (n 5) 217 (n 139) voer aan dat die implementering van die tweeledige praktykvoering toegepas is waar daar 'n tekort aan advokate of prokureurs was. Hierdie praktyk was egter nie beperk tot Natal nie, maar is ook in die Kaap toegepas. Sy haal verder reël 201 van die *Rules of the Circuit Court of the Colony of the Cape of Good Hope* aan as volg: "Functions and Office of Barristers and Advocates shall not be discharged by any such Attorney as aforesaid for any Suitor in any Circuit Court, except when there shall not at the time be in the town, or place ... three or more Barristers and

Daar is aanvanklik gemeen dat die tweeledige praktykvoering slegs toegelaat word tot tyd en wyl die getal van advokate onder veertien was, maar die vorm van praktykvoering het egter praktyk geword¹⁶⁴ en is eers met die wysiging van die bestaande hofreëls wat hierdie praktyk verbied het, in 1932 afgeskaf.¹⁶⁵ 'n Verdeelde regstelsel is daarna in Natal erken.¹⁶⁶

Alhoewel tweeledige praktykvoering toegelaat is, het die toelatingsvereistes vir elkeen van hierdie ampte steeds verskil.¹⁶⁷ Daar is nie vereis van advokate of prokureurs om formele regsopleiding te ondergaan nie, maar advokate was egter verplig om vir 'n spesifieke tyd die hofverrigtinge in die Hooggeregshof by te woon, terwyl prokureurs klerkskap onder 'n praktiserende prokureur van die Hooggeregshof moes uitdien ten einde toegelaat te word.¹⁶⁸ Die toelatingsvereistes is in 1893 uitgebrei en daar is van prokureurs verwag om 'n periode van klerkskap uit te dien asook om 'n basiese regsgebaseerde eksamen suksesvol te voltooi alvorens hy toegelaat kon word om as prokureur te praktiseer, maar 'n prokureur

Advocates, competent and willing to appear, plead and act ...". Sy voer ook aan dat reël 202 verder bevestig het dat die funksies van 'n prokureur slegs deur 'n advokaat kan oorgeneem word indien daar minder as drie prokureurs in die betrokke omgewing was; sien verder ook *Ex Parte Stuart and Geerds supra* (n 71).

¹⁶⁴ *Ex Parte Stuart and Geerds supra* (n 71) 75. Die voortbestaan van die tweeledig praktykvoering het aanvanklik staatgemaak op 'n spesifieke limiet van regspraktisyns wat bereik moes word (aanvanklik drie, wat later na sewe en daarna na veertien verhoog is), maar hierdie voorvereiste is later afgeskaf en 'n reël was uitgevaardig waarvolgens die praktykvoering sou voortbestaan "unless and until it shall be otherwise ordered by the Court, or this Rule shall be repealed".

¹⁶⁵ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 121. Hierdie praktyk is later in 1937 afgeskaf maar die gevestigde regte van die betrokke groep regspraktisyns wat die reg tot tweeledige praktykvoering gehad het, is beskerm; sien verder ook *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) 469; sien ook (n 209) hieronder vir 'n verdere bespreking van die beskerming van hierdie gevestigde regte.

¹⁶⁶ *Ex Parte Stuart and Geerds supra* (n 71) 75; Wildenboer L *supra* (n 5) 218 stel dit dat die Appèl afdeling in die saak beslis het dat die verdeelde praktykvoering in die publieke belang was en dat die voordele verbonde aan die verdeling groter was as die nadele wat dit vir die regspraktisyn ingehou het wat tot op daardie stadium nog 'n suksesvolle tweeledige praktyk bedryf het.

¹⁶⁷ *Ex Parte Stuart and Geerds supra* (n 71) 75; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 217 (n 138).

¹⁶⁸ Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 225; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 217 (n 138). Advokate wat in die howe van Engeland, Ierland, Skotland en die Kaap gepraktiseer het, is ook toegelaat as advokate in Natal.

kon ook aansoek doen om toelating tot die amp van advokaat indien hy vir langer as drie jaar gepraktiseer het en 'n verdere eksamen suksesvol voltooi het.¹⁶⁹

2.2.5.3 Die totstandkoming van die Boererepublieke

Verset teen die huidige regering en die soeke na grond het die Groot Trek in die vroeë 1830's teweeg gebring.¹⁷⁰ Dit het verder gelei tot die totstandkoming van die twee onafhanklike republieke naamlik die Oranje-Vrystaat en die *Zuid-Afrikaansche Republiek* (hierna genoem die ZAR).¹⁷¹ Die setlaars het 'n Afrikanerkultuur in hierdie republieke gevestig en Hollands as die amptelike taal aangeneem terwyl die Romeins-Hollandse regstelsel toegepas is.¹⁷²

¹⁶⁹ Wildenboer L *supra* (n 5) 217 (n 138). Die vereistes is egter vaag en misleidend aangesien 'n prokureur in terme van die tweeledige praktykvoering stelsel toegelaat is om as advokaat te praktiseer sonder om formeel toegelaat te word tot die amp en andersom.

¹⁷⁰ Thomas PJ *supra* (n 124) 139.

¹⁷¹ *Ibid.* Die onafhanklikheid van die *Zuid-Afrikaansche Republiek* is deur die Britse ryk erken met die ondertekening van die Sandrivier traktaat in 1852. Die Bloemfontein Konvensie van 1854 het die onafhanklikheid van die Oranje-Vrystaat erken; sien Oelofse AN "The Orange Free State 1843 – 1909" in HF Mellet, S Scott en P Van Warmelo (reds.) *Our Legal Heritage* (Durban: Butterworths Press 1982) 285; sien ook Van der Westhuizen JV en Van der Merwe D "Die Geskiedenis van die Regspleging in Transvaal (1852 – 1877) (1977) 10 *De Jure* 92 vir 'n bespreking van die Sandrivier-traktaat en die geskiedenis van die totstandkoming van die *Zuid-Afrikaansche Republiek*.

¹⁷² Thomas PJ *supra* (n 124) 139. Die reg is gevind in die kode van Van der Linden en die addisionele bindende bronne is gevind in die werke van Van Leeuwen en Grotius.

1854–1909 Die regsprofessie in die Oranje-Vrystaat

Tweeledige praktykvoering is in die Oranje-Vrystaat toegelaat.¹⁷³ Die rede vir die afwyking van die verdeelde stelsel blyk dieselfde te wees as in Natal deurdat daar 'n kritiese tekort aan prokureurs in hierdie deel was. Die afwyking van die bestaande praktyk was dus nie ideologies van aard nie, maar eerder weens praktiese oorwegings.¹⁷⁴ Die regsprofessie is egter steeds verdeel in prokureurs en advokate.¹⁷⁵ Die streek het ook, soos in die Kaap, 'n derde groep regspraktisyns erken, synde die wetsagente.¹⁷⁶

Die toelatingsvereistes van advokate en prokureurs het egter verskil.¹⁷⁷ Advokate was verplig om “een certificaat van bekwaamheid in den eersten graad” te bekom of, in die alternatief, 'n doktorsgraad in die regte te hê wat aan 'n Europese universiteit verwerf is.¹⁷⁸ Geen formele opleiding is vereis vir die toelating tot die amp van prokureur nie en die

¹⁷³ Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 245; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 121.

¹⁷⁴ Wildenboer L *supra* (n 5) 218; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 21; sien ook Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 246, 248.

¹⁷⁵ Wildenboer L *supra* (n 5) 218. Sy voer aan dat daar egter nie in onderskeid in die funksies van advokate en prokureurs was nie weens die toepassing van tweeledige praktykvoering; *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) 468 voer Thirion R aan dat die ampte van prokureurs en advokate wel in die Oranje-Vrystaat van mekaar onderskei is.

¹⁷⁶ Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 245; Wildenboer L *supra* (n 5) 218 (n 143). Hierdie groep regspraktisyns het egter nie meer bestaan teen die einde van die Anglo-Boereoorlog nie; Kahn E *supra* (n 130) 219 (n 154). Die wetsagent kon aansoek doen om toelating as prokureurs mits hulle die vereiste eksamen geslaag het.

¹⁷⁷ *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) 468. Hoofstuk 19 van die *Wetboek van den Oranjevrijstaat* 1891 het sekere vereistes vir die toelating van prokureurs en advokate voorgeskryf. Die vereistes vir toelating as advokate was strenger as die vereistes vir toelating van prokureurs en dit blyk dat persone slegs toegelaat is om in die Hooggeregshof te verskyn mits hy oor die kwalifikasies beskik het om as advokaat toegelaat te word.

¹⁷⁸ Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 245, 248; Wildenboer L *supra* (n 5) 218. Die kandidaat kon ook bewys dat hy 'n regsgraad aan die Universiteit van die Kaapkolonie verwerf het of dat hy toegelaat is om as advokaat te praktiseer in die Kaap.

prokureur was slegs verplig om “een certificaat van bekwaamheid in den tweede graad” te bekom ten einde toegelaat te word tot die professie.¹⁷⁹ Verder was beide advokate en prokureurs verplig om ’n eed van “getrouwheid” in die Hooggeregshof af te lê en sekuriteit teenoor die Meester te stel.¹⁸⁰

Die *Vereeniging van Rechtspraktizijns* is in 1884 tot stand gebring en het ten doel gehad om die regsprofessie te organiseer en dissipline teenoor sy lede af te dwing.¹⁸¹ Die liggaam is in 1903 vervang met die Prokureursorde van die Oranjerivier Kolonie.¹⁸²

Tweeledige praktykvoering is in 1903 in die Oranje-Vrystaat afgeskaf.¹⁸³

1858 – 1909 Die regsprofessie in die Zuid-Afrikaansche Republiek (ZAR)

De Drie en Dertig Artikelen was die eerste statuut wat die regsadministrasie in die ZAR geregleer het.¹⁸⁴ Die statuut het nie prosesverteenvoording duidelik uiteengesit nie,

¹⁷⁹ Wildenboer L *supra* (n 5) 218. Hierdie sertifikate van bekwaamheid is deur die Kommissie van Publieke Eksamens uitgereik indien die kandidaat aan die nodige vereistes voldoen het.

¹⁸⁰ Wildenboer L *supra* (n 5) 219.

¹⁸¹ Wildenboer L *supra* (n 5) 219. Die lidmaatskap was vrywillig en alle lede van die regsprofessie (prokureurs, advokate en notaris) is toegelaat.

¹⁸² Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 248; Oelofse AN *supra* (n 171) 75-76; Wildenboer L *supra* (n 5) 219 (n 151). Die liggaam is in die lewe geroep deur Ordonnansie 9 van 1903. Lidmaatskap was verpligtend vir prokureurs en notaris, maar advokate is verbied om tot die Orde te behoort.

¹⁸³ Van der Merwe FE *supra* (n 4) 121.

¹⁸⁴ Die statuut is op 23 Mei 1849 deur die Volksraad aangeneem. Waar die statuut onvoldoende was, is die “*Hollandsche Wet*” toegepas. Van der Westhuizen JV & Van der Merwe D *supra* (n 171) 106 beweer dat dit egter onduidelik was welke Hollandse wette toepassing moes vind, is daar oor die algemeen aanvaar dat die “wetboek” van Van der Linde (*Koopmans Handboek*) die regsbron in die ZAR sou wees. Dit sou egter net toepassing vind in sover dit nie strydig is met die Grondwet of die bepalings van die Volksraad nie. Die handleidings van Van Leeuwen (*Rooms Hollandsche Recht*) en De Groot (*Inleidinge*) het ook as hulpmiddels

maar wel bevestig dat 'n litigant in sy persoonlike hoedanigheid of met behulp van 'n ander persoon, voor die *Regtbank* kon verskyn.¹⁸⁵

'n Verdeelde regsprofessie is aanvanklik nie in die ZAR toegepas is nie. Daar is dus nie 'n onderskeid getref tussen die ampte van prokureurs en advokate nie en die stelsel van tweeledige praktykvoering is toegelaat.¹⁸⁶ Soos die gebruik was in ander gedeeltes van die land, het wetsagente die laer vlakke van die professie uitgemaak tot en met die einde van die Anglo-Boereoorlog toe hierdie amp stelselmatig uitgefaseer is.¹⁸⁷

Die toelatingsvereistes vir die ampte van prokureurs en advokate was aanvanklik nie duidelik beskryf in wetgewing nie en 'n persoon kon tot die amp van prokureur toegelaat word indien hy oor 'n "akte van toelating" beskik het.¹⁸⁸ Hierdie vereiste is later uitgebrei en

gedien; sien verder Wildenboer L "For a few dollars more: Overcharging and misconduct in the legal profession of the Zuid-Afrikaansche Republiek" (2011) *De Jure* 341.

¹⁸⁵ Wildenboer L *supra* (n 184) 341; sien ook Van der Westhuizen JV & Van der Merwe D *supra* (n 171) 98-99 vir 'n verdere verduideliking van die *Regtbank* en die verdeling tussen regters en landdroste.

¹⁸⁶ Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 230-231; Van der Westhuizen JV & Van der Merwe D *supra* (n 171) 102-103 wys daarop dat daar geen advokate in die ZAR was voordat John Kotze in 1877 aangestel is nie. Hulle verwys egter vêrder na die advertensie in die 'Transvaal Argus' van 26 Junie 1866 waarin die naam van Proes as advokaat en Kleyn as prokureur verskyn. Hulle stel dit egter ook dat die regspraktisyne in die ZAR uit prokureurs bestaan het wat in beide die Landdroshof en Hooggeregshof opgetree het. Vanweë hul verskyningsbevoegdheid in die hoër hof is hulle dikwels as advokate beskou; Wildenboer L *supra* (n 5) 219; Van der Merwe FE *supra* (n 4) 121. Prokureurs het dus verskyningsbevoegdheid gehad in al die howe en kon in die amp van advokaat of prokureur optree.

¹⁸⁷ Hierdie wetsagente het egter nie oor *locus standi* beskik om in die Hooggeregshof op te tree nie; Wildenboer L *supra* (n 5) 219 (n 154); Van der Westhuizen JV & Van der Merwe D *supra* (n 171) 103.

¹⁸⁸ Van der Westhuizen JV & Van der Merwe D *supra* (n 171) 103; Wildenboer L *supra* (n 184) 342. Hierdie "akte van toelating" is uitgereik deur die Uitvoerende Raad nadat 'n kandidaat skriftelik by die Raad aansoek gedoen het om toelating en bewys gelewer het dat hy geskik was vir die amp en 'n lid was van die *Nederduitse Gereformeerde Gemeente*. Die applikant moes ook sy kwalifikasies in die aansoek uiteensit en daar kon van hom verwag word om 'n verdere eksamen af te lê. Die akte is deur die Staatspresident, staatssekretaris en staatsprokureur afgeteken; Wildenboer L *supra* (n 5) 220 voer aan dat die toelating in die

toelating tot die amp van advokaat moes aan dieselfde toelatingsvereistes voldoen ten einde 'n "acte van toelating" te bekom.¹⁸⁹

Op 18 Mei 1877 is die ZAR deur die Britse Ryk oorgeneem.¹⁹⁰ Die stelsel van 'n verdeelde regsprofessie is van toe af gehandhaaf, wat bepaal het dat die toelating tot die prokureursprofessie toelating tot die advokateprofessie uitgesluit het en *vice versa*.¹⁹¹ Die stelsel van tweeledige praktykvoering is egter steeds in sommige gevalle toegepas.¹⁹² Dit was egter moontlik vir advokate en prokureurs om met gemak tussen die twee professies te

hande van die uitvoerende gesag gelaat is en die regsprekende gesag en orde geen insae in die toelating van praktisyns gehad het nie; sien ook Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 229.

¹⁸⁹ Wildenboer L *supra* (n 184) 343. Advokate was dus ook verplig om aansoek te doen om toelating en bewyse te lewer van bekwaamheid en hul lidmaatskap tot die *Nederduitse Gereformeerde Gemeente*. Hierdie voorvereiste is later uitgebrei om ook lidmaatskap tot die *Protestantsche kerk* in te sluit. Die skrywer voer verder aan dat die vae toelatingsvereistes dit moontlik gemaak het vir wit Afrikaners om sekere groepe mense uit te sluit tot die professie. Hierdie situasie is wel in 1877 aangespreek toe duidelike riglyne neergelê is vir die toelating tot die professie, maar praktisyns wat in terme van hierdie uitsluitende voorskrifte voor 1877 toegelaat is, kon in die professie aanbly. Dit het aanleiding gegee tot twee groepe regspraktisyns, synde die ouer praktisyns wat oor geen formele opleiding beskik het nie, en die nuwe generasie regspraktisyns wat behoorlik in die regte opgelei was.

¹⁹⁰ Wildenboer L *supra* (n 184) 345; sien ook Scott J "The administration of justice in the Transvaal 1836–1910" in HF Mellet, S Scott en P Van Warmelo (reds.) *Our Legal Heritage* (Durban: Butterworths Press 1982) 91–92 vir 'n verdere oorsig.

¹⁹¹ Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 234; Wildenboer L *supra* (n 5) 220; *In re Rome supra* (n 161) 316. Ingevolge Proklamasie 14 van 1902 (Tvl) is advokate nie toegelaat om gelyktydig die ampte van prokureur en advokaat te vervul nie.

¹⁹² Van der Westhuizen JV & Van der Merwe D *supra* (n 171) 102 stel dit egter dat verskeie persone deur die Hooggeregshof toegelaat is as advokate en dat sommige van hierdie gelyktydig ook in die amp van prokureur en notaris toegelaat is; Wildenboer L *supra* (n 5) 220 voer ook aan dat hierdie praktyk bly voortbestaan het in terme van 'n proklamasie uitgevaardig op die 18de Mei 1877. Die konsessie is egter later teruggetrek wat dit vir regspraktisyns onmoontlik gemaak het om in 'n tweeledige kapasiteit te praktiseer; sien ook Wildenboer L *supra* (n 184) 350.

beweeg.¹⁹³ In *Ex parte Auret* het Kotzé KR homself egter teen hierdie praktyk soos volg uitgespreek:

“... it is undesirable that a practitioner should constantly be changing from an advocate to an attorney and *vice versa* (sic)”¹⁹⁴

Die hof het egter die sogenaamde “kwarantyn reël”¹⁹⁵ ingestel ten einde te verhoed dat praktisyns hierdie praktyk misbruik.¹⁹⁶

Na 1877 is meer duidelike toelatingsvereistes tot die amp van prokureur en advokaat geïmplementeer en ’n klemverskuiwing na formele regsopleiding het plaasgevind.¹⁹⁷ Advokate en prokureurs kon toegelaat word om in die ZAR te praktiseer en is vrygestel van die suksesvolle voltooiing van ’n eksamen van die Raad van Publieke Eksamens mits hulle beskik het oor ’n regsgraad voltooi aan ’n universiteit in Nederland (in die geval van advokate), of indien hulle reeds in die Kaap of Natal as advokaat en prokureur toegelaat is.¹⁹⁸ Enige ander kandidate was verplig om die eksamen af te lê.¹⁹⁹ Kandidate wat aansoek

¹⁹³ Wildenboer L *supra* (n 5) 220.

¹⁹⁴ (1888) 2 SAR 228; Wildenboer L *supra* (n 184) 349. Kotzé KR was nie ten gunste van die stelsel van tweeledige praktykvoering nie en is die stelsel na ’n verdeelde praktyk verander op sy aandrang.

¹⁹⁵ *In re Rome supra* (n 161) 317; Wildenboer L *supra* (n 5) 220. Die reël het behels dat ’n prokureur of advokaat vir ten minste twee termyne (ses maande) in die amp moet wees alvorens hy kan aansoek doen om toelating tot ’n verandering in amp.

¹⁹⁶ *In re Rome supra* (n 161) 317. Corbett R haal *Ex parte Friedman* 1939 CPD 174 aan as volg: “The first reason is that it is undesirable that a person should be admitted as an advocate who has so short a period before been actively concerned in an attorney’s business. The second reason is to prevent a person from chopping and changing, without an interval of time, from one branch of the profession to the other.”

¹⁹⁷ Wildenboer L *supra* (n 184) 345; Wildenboer L *supra* (n 5) 220.

¹⁹⁸ Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 235,240; Wildenboer L *supra* (n 5) 220 (n 165).

¹⁹⁹ Wildenboer L *supra* (n 5) 221; Wildenboer L *supra* (n 184) 346. Die reëls ten opsigte van die toelating van prokureurs en advokate wat in die Kaap in 1876 gegeld het, is dus eweneens in die ZAR toegepas. Die toelatingsvereistes het verseker dat kandidate die nodige regsopleiding bekom het en toegelaat is op grond van hul opleiding in een van die ander kolonies alvorens hulle kon toegelaat word om te praktiseer in die ZAR.

gedoen het om toelating tot die amp van prokureur moes ook 'n bepaalde periode van klerkskap uitdien.²⁰⁰

Nadat die Britse anneksasie van die ZAR tot 'n einde gekom het, is die aflê van 'n eed as addisionele vereiste gestel vir die toelating van prokureurs, advokate en notaris.²⁰¹

Die *Orde van Procureurs en Notarissen in die Zuid-Afrikaansche Republiek* is in 1892 tot stand gebring ten einde die prokureursprofessie te reguleer en lidmaatskap tot die orde was verpligtend vir alle prokureurs en notaris.²⁰²

2.2.5.4 Die Regsprofessie na 1910

Ten tyde van Uniewording, is 'n stelsel van tweeledige praktykvoering slegs in Natal nagevolg.²⁰³ Die ander provinsies (Kaap, ZAR en Oranje-Vrystaat) het die verdeelde stelsel erken. Samesprekings in die Kaap is in 1888 gevoer ten einde die moontlike samesmelting

²⁰⁰ Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 235; Wildenboer L *supra* (n 5) 221. Prokureurs moes gewoonlik drie jaar klerkskap uitdien onder 'n praktiserende prokureur.

²⁰¹ Wildenboer L *supra* (n 184) 346 - 347; Wildenboer L *supra* (n 5) 221. Praktisyne moes onder eed beloof dat hulle onder andere lojale sou wees aan die regering en die wette van die land en hul pligte as regspraktisyne sou nakom. In terme van die Konvensie van Pretoria wat op 3 Augustus 1881 onderteken is, het die Britse ryk die onafhanklikheid van die ZAR (Transvaal) erken.

²⁰² Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 240; Wildenboer L *supra* (n 184) 359-362; Wildenboer L *supra* (n 5) 220. Die orde het ook 'n moniteringsfunksie gehandhaaf, en kandidaat-prokureurs is versoek om hul aansoek om toelating by die orde in te dien alvorens hulle toegelaat kon word. Die orde het dus die geleentheid gehad om hierdie kandidate te sif. Die orde is na die Anglo-Boereoorlog herstig en het in 1902 as die Prokureursorde van Transvaal bekend gestaan. Die skrywer voer verder aan dat sommige prokureurs egter nie aan hierdie orde wou behoort nie weens onder andere die feit dat lidmaatskapsfooie teen lede gehef is.

²⁰³ Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 282; Wildenboer L *supra* (n 5) 221; Hoppenstein AS "Fusion—the answer to the high cost of litigation" (1959) *SALJ* 297. Hierdie praktyk is nagevolg tot en met 1932.

van die regsprofessie te bespreek, maar hierdie samesprekings het egter nie geslaag nie en die verdeelde stelsel het steeds in die provinsies, met die uitsondering van Natal, gegeld.²⁰⁴

Na Uniewording in 1913, het Senator Lance weer die waters getoets met betrekking tot die moontlike samesmelting van die regsprofessie deur die *Advocates and Attorneys Bill* in die Senaat ter tafel te lê.²⁰⁵ Die doel van die wetsontwerp was weereens om die samesmelting van die regsprofessie te bewerkstellig.²⁰⁶ Hierdie wetsontwerp is egter op 12 Februarie 1913 in die Senaat van die hand gewys.²⁰⁷

Die stelsel van tweeledige praktykvoering in Natal het hierna onder bespreking gekom en in 1932 is daar gedurende die Regters konferensie in die Kaap beslis dat die stelsel van tweeledige praktykvoering wat tot op daardie stadium in Natal toegepas is, so gou moontlik tot 'n einde moes kom.²⁰⁸

Die hofreëls is dienooreenkomstig in dieselfde jaar gewysig en die verdeelde aard van die twee hooftakke van die professie (advokate en prokureurs) is as die norm aanvaar.²⁰⁹ Sedert

²⁰⁴ Hoppenstein AS *supra* (n 203) 297. Die samesmelting van die professies is teëgestaan op grond van die volgende: “no amalgamation of the Bar and Side-Bar would be wise or indeed possible until the standard of admission to the ranks of attorneys had been considerably raised”.

²⁰⁵ Wildenboer L *supra* (n 5) 221 (n 170); Hoppenstein AS *supra* (n 203) 297.

²⁰⁶ Wildenboer L *supra* (n 5) 221. Die wetsontwerp het voorsiening gemaak vir advokate om as prokureurs te praktiseer en vir prokureurs om geag te word oor dieselfde kwalifikasies as advokate te beskik.

²⁰⁷ Hoppenstein AS *supra* (n 203) 298; Wildenboer L *supra* (n 5) 221.

²⁰⁸ Shaw DJ “Origins of the KwaZulu-Natal Bar” April (2004) *Advocate* 4; Hoppenstein AS *supra* (n 203) 298. Die beskerming van die publieke belang is aangevoer as die rede vir die afstanddoening van die stelsel.

²⁰⁹ Hoppenstein AS *supra* (n 203) 298; *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27); *Ex Parte Stuart and Geerds supra* (n 71). Regspraktisyns wat in die tweeledige stelsel gepraktiseer het, is toegelaat om tot en met 30 Junie 1937 in dieselfde hoedanigheid aan te hou met hul praktykvoering. Na hierdie datum was hulle verplig om 'n keuse uit te voer rakende die tak van die professie waaraan hulle wou behoort. Die *Natal Advocates and Attorneys Preservation of Rights Act 27* van 1939 het egter voortgevloei vanweë grootskaalse opposisie teen die nuwe hofreëls en die wet het voorsiening gemaak vir die voortbestaan van die tweeledige praktykvoering vir praktisyns wat hierdie stelsel voor 30 Junie 1937 toegepas het. Hierdie

1934 word die toelatingsvereistes van die ampte van die regsprofessie deur wetgewing gereguleer.²¹⁰

2.3 Die toepassing van 'n verdeelde professie – die verskil tussen advokate en prokureurs

Suid-Afrika volg 'n verdeelde regsprofessie.²¹¹ Regspraktisyns word verdeel in twee hooftakke, synde prokureurs en advokate.²¹²

In die saak van *In Re Rome*²¹³ meld Corbett R as volg:

praktisyns is dus toegelaat om voort te gaan om as beide advokate en prokureurs in die Natal Provinsiale afdeling te praktiseer en die gevestigde regte van hierdie praktisyns is dus beskerm.

²¹⁰ Hahlo HR en Kahn E *supra* (n 129) 282; Wildenboer L *supra* (n 5) 221. Die toelating van advokate word beheer deur die Wet op die Toelating van Advokate 74 van 1964 (hierna genoem die Wet op die Toelating van Advokate) en die Wet op Prokureurs 53 van 1979 soos gewysig deur die Wysigingswet op Prokureurs 40 van 2014 (hierna genoem die Wet op Prokureurs). 'n Verandering in die regulering van die regsprofessie het in 2014 plaasgevind met die inwerkingtreding van die Wet op Regspraktyk.

²¹¹ Die verdeelde aard van die professie spruit hoofsaaklik uit die gebruik van die verwysingsreël. Die reël bepaal dat advokate slegs onder uitsonderlike gevalle instruksies direk van die publiek mag ontvang. Hierdie aspek word later in die hoofstuk in meer besonderhede bespreek; Wildenboer L *supra* (n 5) 199; sien ook Van der Merwe FE *supra* (n 4) 124 waar die skrywer van mening is dat slegs die prokureurs- en advokateprofessie geïdentifiseer kan word as ware regsprofessies.

²¹² Vir 'n volledige beskrywing van die verskeie regsberoepes in Suid-Afrika sien onder andere Van der Merwe FE *supra* (n 4) 123. Die proefskrif ondersoek die verskeie regsberoepes en bespreek die verskille tussen die beroepes; sien verder Watkin TG *supra* (n 15) 435 waar die skrywer aandui dat die verkryging van 'n regsgraad toegang tot die professie verseker maar dat 'n verwerwing van 'n regsgraad nie die enigste toelatingsvereiste is nie. Hy stel dit onder andere dat: "Although this is a necessary qualification in most civil law countries, it is not in itself sufficient. Increasingly, for admission in to the various branches of the legal profession, further training and legal qualifications is required. Nevertheless entry into these branches is confined to those who have acquired a degree in law."; die toelatingsvereistes tot die regsprofessie word verder in hoofstuk 3 breedvoerig bespreek.

“Here we have what has been described as “the divided Bar” (see Joubert (ed) *Law of South Africa* vol 14 par 246). It is a legacy from Holland, and also from England. Legal practitioners thus fall into one or other of the two groups, the advocates and the attorneys.”

Wetgewing bied geen duidelike omskrywing van die rolle van advokate en prokureurs nie.²¹⁴ In die algemeen word advokate gesien as spesialiste op spesifieke vakgebiede sowel as kundiges op die gebied van litigasietegnieke, terwyl prokureurs die administratiewe en voorbereidende rol in die litigasieproses waarneem.²¹⁵

²¹³ *Supra* (n 161) 3051 – 306A.

²¹⁴ A 1 van die Wet op Prokureurs omskryf bloot advokate as “’n advokaat van die Hooggeregshof van Suid-Afrika” en ’n prokureur as “iemand wat toegelaat is om in enige deel van die Republiek as prokureur te praktiseer, hetsy ingevolge hierdie wet of enige ander wetsbepaling gelys in die Bylae tot die Wysigingswet op Prokureurs 2014”. Die Wet op die Toelating van Advokate omskryf advokate slegs as ’n advokaat van die Hooggeregshof van Suid-Afrika; a 58 – 59 van die Wet op Prokureurs omskryf verder slegs die funksies van die ordes waartoe die professie behoort.

²¹⁵ Watkin TG *supra* (n 15) 435 omskryf die verskil tussen advokate en prokureurs as volg: “A graduate can choose between becoming an advocate, a procurator, a notary, or a judicial or prosecuting magistrate ... Advocates are those lawyers who give legal advice and are qualified to argue cases on behalf of their clients in court. Procurators are lawyers who are entitled to represent their clients in court in the sense of their presence being equated to that of their client and who also draw up documents on behalf of their clients relating to litigation.”; Wildenboer L *supra* (n 5) 200; sien verder *De Freitas v Society of Advocates of Natal supra* (n 12). Hefer R bevind dat advokate en prokureurs moontlik oor dieselfde kwalifikasies beskik, maar dat hulle praktiese opleiding verskil. Advokate berei pleitstukke voor en stel hul kliënt se saak in die hof terwyl prokureurs bemoei is met die ondersoek van feite, die betekening en opstelling van prosesstukke en die uitvoering van hofbevele; sien ook *Noordien v Cape Bar Council and others* (2015) JOL 32746 (WCC). Bekker (in sy verteenwoordigende hoedanigheid namens die derde en vierde respondente) in sy antwoordende eedsverklaring, omskryf advokate as spesialiste in hofverrigtinge, terwyl prokureurs deelneem aan onder andere eiendomsoordragte, onderhandelinge en sluiting van kommersiële kontrakte, belastingstrukture, notariële werk en die totstandkoming van intellektuele goedere regte; sien verder ook Gauntlett J *Business Day* (2012/06/04) “Radebe’s calamitous Bill is an affront to the rule of law” 5 waar die skrywer meld dat die verskil tussen prokureurs en advokate bloot neerkom op ’n verskil in opleiding; sien verder ook Radebe JT “*Transformation and the judiciary*” <http://www.gov.za/docs/other-docs/2012-transformation-judiciary/html> (datum van gebruik: 1 Augustus 2014). Die voormalige Minister van Justisie, Jeff Radebe, het aangedui dat die

Corbett R in *In re Rome* beskryf verder die onderskeie funksies van regspraktisyns as volg:

“The advocate is, broadly speaking, the specialist in forensic skills and in giving expert advice on legal matters, whereas the attorney has more general skills and is often, in addition, qualified in conveyancing and notarial practice. The attorney has direct links (often of a permanent or long-standing nature) with the lay client seeking legal assistance or advice and, where necessary or expedient, the attorney briefs an advocate on behalf of his client. The advocate has no direct links or long-standing relationship with the lay client: he only acts for the client on brief in a particular matter ...”²¹⁶

Die Wet op Prokureurs maak wel melding van sekere soorte werk wat spesifiek vir die prokureursprofessie gereserveer word.²¹⁷ Daar bestaan nie ’n soortgelyke bepaling in die Wet op die Toelating van Advokate met betrekking tot die werk van advokate nie.²¹⁸

professie van prokureur en advokaat verskil as gevolg van die feit dat hulle aan verskillende regulerende verenigings behoort, hulle verskillende opleidingsprogramme ondergaan, hul titels en status verskil en hulle verskillende fooie hef.

²¹⁶ *In re Rome supra* (n 161); sien verder Hawkey K “A step closer – Oral hearings on the Legal Practice Bill” April (2013) *De Rebus* 22-48. Die voorsitter van die Kaapse Balieraad, Ismail Jamie, het bevestig dat die verskil tussen prokureurs en advokate juis in die verskil in hul onafhanklikheid lê. Deur die praktyksgebruik van die verwysingsreël behou advokate ’n onafhanklikheid van hul kliënt wat nie vir die prokureur beskore is nie.

²¹⁷ Volgens a 83(8)(a) van die Wet op Prokureurs kan enige persoon wat sekere dokumente opstel of voorberei en nie ’n praktiserende regspraktisyn (prokureur, notaris of transportbesorger) is nie, homself skuldig maak aan ’n misdryf. Die dokumente sluit in enige ooreenkoms, akte of stuk met betrekking tot onroerende eiendom, testament of testamentêre geskrifte, aktes van oprigting of statute van ’n maatskappy, aktes of ooreenkomste wat betrekking het op vennootskappe en enige dokument wat ten doel het om ’n aksie of geding in die hof aanhangig te maak.

²¹⁸ GCB “*The role of Advocates*” <http://www.sabar.co.za/advocates.html> (datum van gebruik: 31 Julie 2015). Volgens die Algemene Balieraad van Suid-Afrika (hierna genoem die Algemene Balieraad) verskyn advokate in die Hooggeregshof in die nege provinsies sowel as in arbitrasie aangeleenthede in die kommersiële-, ingenieurs-, en arbeidsfeer.

In die verlede het die hof die onderskeid tussen die rolle van regspraktisyns gedefinieer deur spesifiek na die rol van advokate en prokureurs te verwys met betrekking tot die verwysingsreël.²¹⁹

2.3.1 Die Verwysingsreël

2.3.1.1 Algemeen

In die algemeen aanvaar advokate nie opdragte direk van die publiek nie. Opdragte word verwys deur prokureurs. Die verwysingsreël is nie deur wetgewing geskep nie,²²⁰ maar het wel 'n historiese grondslag.²²¹

²¹⁹ Wildenboer L *supra* (n 5) 199.

²²⁰ *De Freitas and Another v Society of Advocates of Natal supra* (n 12). Cameron R bevestig verder dat die verwysingsreël nie sy oorsprong het in wetgewing nie, maar dat die reël in die publieke belang is en dus afgedwing behoort te word; sien ook *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27).

²²¹ *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) par 16. Hefer R voer aan dat die verwysingsreël in Engeland sy ontstaan gehad het en deurgevoer is in die Suid-Afrikaanse reg weens die Engelse invloed op die Suid-Afrikaanse regstelsel. Hy voer verder aan dat die verwysingsreël ook toegepas word in onder andere Engeland, Wallis, Ierland, Skotland, Nieu-Seeland en Australië, en dat direkte toegang tot advokate deur lede van die publiek in hierdie lande streng gereguleer word. Dit is verder interessant om te meld dat die verwysingsreël sedert 1937 deurgaans in Suid-Afrika toegepas is, aangesien die Algemene Balieraad sy lede verbied het om instruksies te ontvang vanaf lede van die publiek sonder die bemiddeling van 'n prokureur. Hierdie posisie het eers in 1994 weer onder bespreking gekom met die ontstaan van die Onafhanklike Assosiasie van Advokate. Hierdie reguleerder het sy lede aanbeveel om direk instruksies van die publiek te aanvaar in teenstelling met die verwysingsreël wat deur die Algemene Balieraad afgedwing is; sien ook Smuts I "Izak Smuts SC, *Submission to the Parliamentary Portfolio Committee Regarding the Legal Practice Bill, Cape Town, February 11 2013*" <http://www.constitutionallyspeaking.co.za/smuts-sc-submission-to-parliament-on-legal-practice-bill> (datum van gebruik: 7 Mei 2014). Smuts dui aan dat die gemenerereg sowel as die Regterlike Dienskommissie die bestaan van die verdeelde aard van die profesie erken het toe die Grondwetlike vergadering voorsiening gemaak het vir twee verteenwoordigers uit die geledere van die

In die saak van *De Freitas and Another v Society of Advocates of Natal*²²² het Hefer R bevestig dat die verwysingsreël steeds toegepas word in die Suid-Afrikaanse regsprofessie:

“The constituent Bars have been in existence for the last century or more at the seats of the various Divisions of the High Court. Each of them has its own rules regulating the professional conduct of its members. One rule that they all have in common is that, with minor exceptions, members do not accept instructions from clients without the intervention of attorneys.”

Die regulerende liggame van die professie (onder andere die Algemene Balieraad van Suid-Afrika en die Provinsiale Prokureursordes) bepaal die gedragsreëls wat van toepassing is op hul lede.²²³ Die verwysingsreël word egter nie deurgaans dieselfde toegepas in die verskeie provinsies nie.²²⁴ Daar bestaan ook ’n reeks uitsonderings op die verwysingsreël, onder andere dat advokate instruksies direk vanaf die Regshulpraad mag aanvaar.²²⁵

advokateprofessie en twee verteenwoordigers uit die prokureursprofessie (a 178(1)(e) en (f) van die Grondwet).

²²² *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27). De Freitas het instruksies direk vanaf die publiek aanvaar sonder die bemiddeling van ’n prokureur wat as tussenganger optree, in teenstelling met die verwysingsreël wat in die praktyk toegepas word. Hy is aangespreek vir onprofessionele gedrag en geskors vir ’n tydperk van 6 maande. Hy was ’n lid van die Onafhanklike Assosiasie van Advokate, welke liggaam die verwysingsreël en ander regulasies van die Algemene Balieraad teengestaan het. Die Algemene Balieraad het ’n aansoek gebring om De Freitas van die rol van advokate te skrap. Die Onafhanklike Assosiasie van Advokate het aansoek gedoen om as tweede respondent gevoeg te word tot die aksie asook vir ’n verklarende bevel wat alle advokate, insluitende advokate wat tot die onafhanklike reguleerder behoort, te magtig om instruksies direk vanaf lede van die publiek te ontvang.

²²³ Die Provinsiale Prokureursordes bestaan uit die Prokureursorde van die Noordelike Provinsies, die Prokureursorde van die Oranje-Vrystaat, die Kwa-Zulu Natalse Prokureursorde en die Prokureursorde van die Kaap; sien ook *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) 455; reël 6(1)(i) van die Algemene Gedragskode van Advokate bepaal dat: “Counsel may render professional services only if briefed to do so. “Brief” means a specific instruction addressed to the counsel concerned by the attorneys.”

²²⁴ *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) par 8. In die Wes-Kaap word advokate toegelaat om instruksies vanaf sekere lede van die publiek direk te aanvaar in gevalle waar regsopinies vereis word.

Volgens Hefer R (in *De Freitas* hierbo) bestaan prokureurs en advokate in 'n simbiotiese verhouding. Hy is van mening dat daar inherente gevare bestaan vir die prokureur wat werk aandurf sonder die spesialis kennis wat 'n advokaat bied, asook waar 'n advokaat werk aanvaar sonder die bemiddeling van 'n prokureur wat die administratiewe las dra.²²⁶ Hy voer verder aan dat die rede vir die toepassing van die verwysingsreël op 'n praktiese vlak die uiteindelijke beskerming van die publiek is.²²⁷ Hier is die hou van 'n trustrekening van deurslaggewende belang. Die verpligting om 'n trustrekening te hou is tans slegs op die prokureursprofessie van toepassing.²²⁸ Die Getrouheidsfonds²²⁹ speel 'n kardinale rol in die beskerming van publieke fondse in die hande van prokureurs. Ingevolge artikel 26 van die Wet op Prokureurs is die doel van die fonds juis om lede van die publiek te beskerm teen geldelike verliese wat gely word as gevolg van die diefstal gepleeg deur regspraktisyns.²³⁰

²²⁵ *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) par 8; reël 6(1)(ii) van die Algemene Gedragskode van Advokate bepaal dat: "Briefs may be accepted only from practicing attorneys, except in the following cases: (a) State prosecutions and appeals; (b) *Pro Deo* defences; (c) Matters undertaken at the request of the Court; (d) Patent matters, in which case briefs may be accepted from patent agents; (e) Parliamentary draftsmen and advisers to Provincial Administrations and such other similar bodies which meet with the Council's approval."

²²⁶ *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) par 10.

²²⁷ *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) par 12.

²²⁸ A 78(1) van die Wet op Prokureurs verplig prokureurs om 'n afsonderlike trustrekening by 'n bankinstelling in die Republiek te hou waarin gelde van kliënte ontvang kan word. In terme van a 78(7) van dieselfde wet vorm hierdie krediete van die trustrekening nie deel van die bates van die praktisyn nie, en kan dus nie op beslag gelê word nie.

²²⁹ Die Getrouheidsfonds is tot stand gebring deur die Toelating van Prokureurs Wysigings- en Regspraktisynsgetrouheidsfonds Wet 19 van 1941. In terme van a 25 van die Wet op Prokureurs bly die naam van die fonds voortbestaan as die Getrouheidsfonds vir Prokureurs.

²³⁰ A 26(a) van die Wet op Prokureurs bepaal dat: "Behoudens die bepalings van hierdie Wet, word die fonds aangewend ten einde persone te vergoed wat geldelike verlies ly weens diefstal gepleeg deur 'n praktiserende praktisyn, sy kandidaat-prokureur of sy werknemer, van geld of ander goedere deur of namens sodanige persone toevertrou aan hom of haar of aan sy kandidaat-prokureur of werknemer in die loop van sy praktyk of terwyl hy of sy optree as eksekuteur of administrateur in die boedel van 'n oorlede persoon of as 'n kurator in 'n insolvente boedel of in 'n ander soortgelyke hoedanigheid."

Hierteenoor word advokate nie verplig om trustrekeninge namens hulle kliënte te hou en te bestuur nie.²³¹

2.3.1.2 Die Grondwetlikheid van die verwysingsreël

Die verwysende aard van die advokateprofessie het al in die verlede in verskeie aangeleenthede tot hofgedinge gelei. Die hof het egter in die meeste van hierdie gevalle bevind dat die verwysingsreël aanvaar moet word en dat enige advokaat wat afwyk van hierdie reël nie meer “geskik en gepas” is om as advokaat te praktiseer nie, en derhalwe van die rol van advokate geskrap behoort te word.²³²

Die grondwetlikheid van die verwysingsreël is al in verskeie aangeleenthede in die hof getoets, maar die hof het telkens bevind dat die praktyk nie ongrondwetlik is nie, en dat die doel van die verwysingsreël steeds die verskansing en beskerming van die publieke belang is.²³³

²³¹ *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) 11. Enige lid van die publiek wat nie van 'n prokureur gebruik maak nie, geniet nie die beskerming wat die Wet op Prokureurs poog om te verleen ten opsigte van trustgelde nie. Indien so 'n persoon slegs van die dienste van 'n advokaat gebruik maak, sal hy geen beskerming geniet indien die advokaat insolvent verklaar word en daar op sy bates beslag gelê word nie, en die fondse van die kliënt sal nie onderskei word van die bates van die advokaat nie. In die bogemelde aangeleentheid het De Freitas opgetree as advokaat in 'n egskeidingsaak waar hy nie van die dienste van 'n prokureur gebruik gemaak het nie. Hy het ook sy kliënt se werkgewer versoek om die helfte van die pensioenfonds waarop die kliënt geregtig was in terme van die skikkingsooreenkoms, direk in sy besigheidsrekening te deponeer. Indien De Freitas insolvent verklaar sou word, sou sy kliënt geen aksie kon instel ten einde sy gelde te verhaal nie.

²³² *Beyers v Pretoria Balieraad* 1966 (3) All SA 96 (A); *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27).

²³³ Matlala D “Referral rule: GCB wins yet again” Junie (2003) *De Rebus* 42; *Competition Commission v General Council of the Bar of South Africa and Others* 2002 (6) SA 606 (SCA). In hierdie aangeleentheid het die Algemene Balieraad aansoek gedoen om sekere van hulle gedragsreëls, onder andere die verwysingsreël, vry te stel van regulering deur die Kompetisie Kommissaris. Die hof het bevind dat die verwysingsreël steeds

In die aangeleentheid van *Röseman v General Council of the Bar of South Africa*²³⁴ het die applikant aangevoer dat die verdeling van die profesie tussen prokureurs en advokate sowel as die geïmpliseerde verwysingsreël, 'n onbehoorlike beperking plaas op sy reg op vryheid van bedryf, beroep en profesie.²³⁵ Die appèlhof het egter beslis dat die applikant se regte nie beperk word nie aangesien hy deurgaans vry is om 'n keuse uit te oefen rakende die profesie waaraan hy graag wil behoort. Die hof het verder beslis dat die beperking regverdig is aangesien die publieke belang deur die verwysingsreël beskerm word in ooreenstemming met artikel 36 van die Grondwet.²³⁶

toepassing vind in die Suid-Afrikaanse regstelsel en vrygestel behoort te word van inmenging deur die Kommissaris; sien verder *General Council of the Bar of South Africa v Van der Spuy supra* (n 70) wat ook hiermee verband hou; sien verder ook Matlala D "Learned friends, learned adversaries" April (2003) *De Rebus* 18. In sy kommentaar rakende die *Van der Spuy* uitspraak, noem die skrywer dat die Algemene Balieraad, in die meeste gevalle waar die onetiese optrede van advokate bepaal moet word, as 'n party tot die geding toetree, aangesien dit binne hul bevoegdheid val om die profesie teen onetiese gedrag te beskerm. In die meeste gevalle is die advokaat wat hom skuldig maak aan die gewraakte optrede, egter nie 'n lid van hierdie vrywillige regulerende liggaam nie, maar behoort tot een van die ander ordes. Die skrywer is van mening dat die Algemene Balieraad, in die saak van *Van der Spuy*, nie slegs die saak aanhangig gemaak het ten einde die advokateprofesie te beskerm teen onetiese optrede nie, maar dat daar ook 'n ander motief bestaan het vir hul optrede. Volgens Matlala is daar ook 'n element van kompetisie ter sprake waar dit kom by lede van die Algemene Balieraad en lede van die Onafhanklike Assosiasie van Advokate. Hierdie punt is ook aangevoer in die *De Freitas* aangeleentheid; sien verder ook Slabbert M *supra* (n 3) 219 (n 43). Sy stel dit dat selfs waar 'n advokaat nie behoort tot die Algemene Balieraad nie, hul gedrag steeds gemeet word aan die etiese reëls wat deur die reguleerder neergelê word.

²³⁴ 2004 (1) SA 568 (SCA); sien ook *General Council of the Bar of South Africa v Matthys* 2002 (5) SA 1 (E) vir n soortgelyke uitspraak.

²³⁵ A 22 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (hierna genoem die Grondwet) bepaal dat: "Elke burger het die reg om vrylik 'n bedryf, beroep of profesie te kies. Die beoefening van 'n bedryf, beroep of profesie kan deur die reg gereguleer word."

²³⁶ A 36(1) van die Grondwet lui as volg: "Die regte in die Handves van Regte kan slegs kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore, met inbegrip van: (a) die aard van die reg; (b) die belangrikheid van die doel van die

In die onlangse saak van *Noordien v Cape Bar Council and Others*²³⁷ is die verwysingsreël weereens aangeval en het die applikant beweer dat die toepassing daarvan ongrondwetlik is aangesien dieselfde doel bereik kan word deur 'n minder beperkende wyse, dit onregverdig diskriminasie voorstaan en daarmee saam 'n beperking plaas op sy reg tot ekonomiese vryheid aangesien artikel 83(1) van die Wet op Prokureurs sekere soorte werk slegs vir prokureurs reserveer en advokate doelbewus uitsluit.²³⁸ Die aansoek is van die hand gewys en die hof het bevind dat die verwysingsreël nie ongrondwetlik is nie.

beperking; (c) die aard en omvang van die beperking; (d) die verband tussen die beperking en die doel daarvan; en (e) 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik.”

²³⁷ *Noordien v Cape Bar Council and others supra* (n 215); sien verder ook Manyathi-Jele N “Referral rule of Attorneys Act not unconstitutional” Augustus (2015) *De Rebus* 53. Die applikant was 'n lid van die Onafhanklike Assosiasie van Advokate en het gelde direk vanaf 'n lid van die publiek ontvang sonder die bemiddeling van 'n prokureur. Hy is skuldig bevind aan wangedrag en van die rol van advokate geskrap aangesien die hof bevind het dat hy nie 'n “geskikte en gepaste” persoon was om as advokaat te praktiseer nie. Die applikant het 'n aansoek gebring om onder andere die verwysingsreël ongrondwetlik te verklaar. Die hof het egter die aansoek geweier en bevind dat daar geen basis bestaan vir die grondwetlike uitdaging nie.

²³⁸ *Noordien v Cape Bar Council and others supra* (n 215). Schippers R het bevind dat die verwysingsreël in die Suid-Afrikaanse reg toegepas word omdat die publieke belang daardeur beskerm word en om misbruik te voorkom. Die impak van die verwysingsreël is dus nie buite verhouding tot die uiteindelijke grondwetlike doelstellings nie (par 21). Verder is die verwysingsreël ook nie diskriminerend in terme van a 9 van die Grondwet nie. Die verwysingsreël onderskei wel tussen prokureurs en advokate, maar die onderskeid is gegrond op 'n rasionele regeringsdoelstelling om die professie te reguleer en die publieke belang te beskerm (par 26).

2.3.1.3 Die verwysingsreël en die Wet op Regspraktyk

Die LSSA het alreeds tydens die publieke verhore ten opsigte van die inhoud van die Wet op Regspraktyk gewaarsku dat die verwysingsreël nie uit die regstelsel verwyder behoort te word nie, en dat die advokateprofessie 'n verwysende professie behoort te bly. Advokate behoort net onder streng gereguleerde omstandighede instruksies direk vanaf die publiek te ontvang.²³⁹ Tydens hierdie samesprekings, het die Kompetisie Kommissaris aangedui dat die *status quo* ten opsigte van gereserveerde werk vir die verskillende bene van die regsprofessie 'n negatiewe invloed sal hê op die vermindering van regskoste en die toegang tot regsdienste deur die publiek.²⁴⁰

Soos reeds hierbo genoem is die regsprofessie histories breedweg verdeel in prokureurs en advokate. Die Wet op Regspraktyk maak nou egter verder voorsiening vir 'n derde groep regspraktisyne, synde 'n "hibriede" regspraktisyn. Hierdie groep advokate kan instruksies direk vanaf die publiek ontvang mits hulle in besit is van 'n getrouheidsfondssertifikaat.²⁴¹

Hierdie toevoeging tot die Wet op Regspraktyk, vervaag die besprekings en hofspraak rakende die grondwetlikheid al dan nie van die verwysingsreël en die historiese verdeling van die regsprofessie in die hooftakke van advokate en prokureurs, tot 'n blote akademiese

²³⁹ Volgens die LSSA behoort hierdie omstandighede uitsonderlik te wees en slegs met die toestemming van die Regspraktykraad waar dit in die belang van die publiek geag word; LSSA "*Law Society of South Africa submissions*" <http://www/lssa.org.za/upload/Law-Society-of-South-Africa-submissions> (datum van gebruik: 2 Desember 2013).

²⁴⁰ Hawkey K *supra* (n 216) 24. Die Kompetisie Kommissaris is verteenwoordig deur adjunk kommissaris, Tembinkosi Bonakele, tydens die publieke verhore van die destydse Wetsontwerp op Regspraktyk 20 van 2012 (hierna genoem die Wetsontwerp op Regspraktyk).

²⁴¹ Die Wet op Regspraktyk maak dus voorsiening vir prokureurs, advokate wat instruksies van prokureurs ontvang asook 'n nuwe "hibriede" praktisyn wat as 'n advokaat praktiseer maar instruksies direk van die publiek kan ontvang. In terme van a 34(2)(a)(i) en (ii): "'n Advokaat kan regsdienste lewer in verwagting van gelde, kommissie, voordeel of beloning soos beoog in hierdie Wet of enige ander toepaslike wetsbepaling - (i) by ontvangs van 'n opdrag van 'n prokureur; of (ii) by ontvangs van 'n versoek direk van 'n lid van die publiek of van 'n regsentrum vir daardie diens, behoudens paragraaf (b)."

oefening.²⁴² Daarmee saam het die Wet op Regspraktyk onder andere die Wet op die toelating van Advokate sowel as die Wet op Prokureurs herroep.²⁴³

In beginsel, vervang die bepaalde artikel die historiese verwysingspraktyk van advokate en stel advokate tot 'n keuse rakende die verwysende aard van hul beroep. Advokate sal voorts kan kies om die verwysingsreël na te volg, of in die alternatief, opdragte direk van die publiek te ontvang mits hulle binne die konteks van die Wet op Regspraktyk funksioneer.²⁴⁴

²⁴² *Noordien v Cape Bar Council and others supra* (n 215) par 47. Die hof het bevind dat die Wet op Regspraktyk die verwysingsreël sal herroep en haal die saak van *JT Publishing (Pty)Ltd and another v Minister of Safety and Security and another* 1997 (3) SA 514 (CC) aan deur te bevind: “(N)either the applicant nor anyone else stands to gain the slightest advantage from an order dealing with their moribund and futureless provisions ... the Legal Practice Act ... does away with the referral rule to the extent that it permits an advocate to render legal services for a fee upon a request directly from a member of the public, provided that he or she is in possession of a Fidelity Fund certificate”; Hawkey K “On par” September (2012) *De Rebus* 2. Die skrywer is van mening dat die hibriede regspraktisyn wat deur die bepalings van die Wet op Regspraktyk geskep word, die weg baan vir die uiteindelijke samesmelting van die rolle van prokureurs en advokate tot 'n enkele onskeidbare groep regspraktisyns.

²⁴³ A 119 van die Wet op Regspraktyk sowel as die skedule tot die Wet op Regspraktyk.

²⁴⁴ A 34(2)(b) stel die volgende voorwaarde: “'n Advokaat in paragraaf (a)(ii) beoog kan slegs daardie regsdienste lewer wat voor die inwerkingtreding van hierdie Wet deur advokate gelewer is, soos deur die Raad in die reëls bepaal, indien hy of sy – (i) in besit van 'n Getrouheidsfondssertifikaat is en sy of haar praktyk ooreenkomstig die tersaaklike bepalings van Hoofstuk 7 bedryf, met besondere verwysing na artikels 84, 85, 86 en 87; (ii) die Raad ingevolge artikel 30(1)(b)(ii) in kennis gestel het.”; sien verder ook Matlala D *supra* (n 233) 42. Hy huldig die mening dat hierdie hibriede groep regspraktisyns wat in die lewe geroep is deur die bepalings van die Wet op Regspraktyk, steeds nie in die behoefte van die onafhanklike advokate sal voldoen wat werk direk vanaf die publiek ontvang nie. In terme van die Wet op Regspraktyk sal hulle steeds verplig word om aan sekere vereistes te voldoen alvorens hulle sonder die bemiddeling van 'n prokureur direk met die publiek kan omgaan.

2.3.2 Verskyningsbevoegdheid

2.3.2.1 Algemeen

Ingevolge die Wet op die Reg op Verskyning in Howe²⁴⁵ beskik advokate oor die reg om ten behoeve van enige persoon in 'n hof in die Republiek te verskyn.²⁴⁶ In teenstelling hiermee kan prokureurs slegs in die Hooggeregshof en Konstitusionele Hof verskyn mits hulle aan die vereistes van artikel 3(2) en 4(1) van die Wet op die Reg op Verskyning in Howe voldoen. In terme van hierdie artikels moet 'n prokureur aansoek doen by die griffier van die provinsiale afdeling van die Hooggeregshof en die aansoek moet vergesel wees van bewyse dat die prokureur oor 'n *Baccalaureus Legum* graad beskik, vir langer as drie jaar ononderbroke as prokureur praktiseer, en nie van die rol geskrap is nie. Dit is egter opmerklik dat slegs die *Baccalaureus Legum* graad as voldoende kwalifikasie dien.²⁴⁷

In beginsel kan prokureurs dus die rol van beide prokureur en advokaat vervul sonder die bemiddeling van enige ander regspraktisyn. Advokate het egter nie dieselfde voordeel geniet nie en hulle was nie by magte om sonder die bemiddeling van 'n prokureur namens

²⁴⁵ Wet 62 van 1995 (hierna genoem die Wet op die Reg op Verskyning in Howe). Hierdie wet is egter in sy geheel herroep deur die Wet op Regspraktyk. Voor die inwerkingtreding van hierdie wet het advokate uitsluitlike regte geniet om in die hoërhowe te verskyn; sien verder ook Wildenboer L *supra* (n 5) 200 (n 9).

²⁴⁶ A 2 van die Wet op die Reg op Verskyning in Howe. Advokate is dus by magte om in enige hof namens 'n ander persoon op te tree.

²⁴⁷ In terme van die Kwalifikasies van Regspraktisyns Wysigingswet 78 van 1997, word die nuwe 4-jaar leergang *Baccalaureus Legum* graad (LLB-graad) ook erken; sien verder ook Matlala D *supra* (n 233) 18. Die skrywer wys ook op die feit dat buitelanders wat oor enige regsgraad (insluitend 'n BA (regte)) beskik, aansoek kan doen om verskyningsbevoegdheid mits die betrokke graad geag word gelykstaande te wees aan die LLB-graad. Dit is egter interessant om te meld dat dieselfde vergunning nie aan Suid-Afrikaanse regspraktisyns gemaak is wat oor 'n *BProc of Blur* graad beskik nie.

'n lid van die publiek in enige hof op te tree nie.²⁴⁸ Die presiese interpretasie van die betrokke artikels het al in die verlede tot 'n hele aantal hofgedinge aanleiding gegee.²⁴⁹

2.3.2.2 Verskyningsbevoegdheid en die Wet op Regspraktyk

Die Wet op die Reg op Verskyning in Howe is herroep deur die Wet op Regspraktyk.²⁵⁰ Tydens die onderhandelinge met betrekking tot die inhoud van die Wet op Regspraktyk, het die aangeleentheid van verskyningsbevoegdheid verskeie debatte ontlok.²⁵¹ Die bepaling

²⁴⁸ Die verwysingsreël het dus veral die advokateprofessie nadelig geraak.

²⁴⁹ Hawkey K *supra* (n 242) 2; sien verder *Liberty Group Ltd V Singh and Another* (KDZ) (ongerapporteerde saak nr. 9105/11, 7-6-2012) en *Stevens NO v Maloyi* (ECP) (ongerapporteerde saak nr. 1205/08, 26-04-2012). Hawkey dui aan dat die KwaZulu-Natal Hooggeregshof in die uitsprake bevestig het dat enige prokureur aan wie verskyningsbevoegdheid in terme van die wet toegestaan is, in alle afdelings van die Hoër Howe kan verskyn. In die aangeleentheid van *Stevens* het die hof bevestig dat daar geen onderskeid behoort te wees tussen die verskyningsfooie wat 'n prokureur geregtig is om te verhaal en die verskyningsfooie wat 'n advokaat kan verhaal waar hulle in dieselfde hof optree ten behoeve van 'n ander persoon nie.

²⁵⁰ A 119 van die Wet op Regspraktyk sowel as die skedule tot die Wet op Regspraktyk.

²⁵¹ LSSA "LSSA LPB submissions to Portfolio Committee" <http://www.lssa.org.za/upload/documents/LSSA%20LPB%20%20DRAFT%20submissions%20to%20Portfolio%20Committee%20October%202012.pdf> (datum van gebruik: 21 April 2017); sien verder Matlala D *supra* (n 233) 18. Volgens die skrywer het die oorspronklike voorstel van die taakspan sowel as die finale konsep van die Wet op Regspraktyk deur die LSSA voorsiening gemaak vir verskyning deur regspraktisyns in alle howe. Die skrywer voer die argument verder deur aan te neem dat die bedoeling van hierdie konsepvoorstel dan juis die prokureursprofessie tot voordeel wou strek deur aan alle regspraktisyns (prokureurs, advokate, sowel as advokate in besit van 'n getrouheidsfonds sertifikaat) die bevoegdheid te verleen om in alle howe te mag verskyn ten behoeve van 'n ander persoon. 'n Verdere interessante punt in die voorstelle van die taakspan het te make met die verskyning van kandidaat-prokureurs. Volgens klousule 31(e) van die konsep, sou kandidaat-prokureurs die bevoegdheid bekom om in die Hooggeregshof te verskyn mits die kandidaat kon bewys dat hy/sy 'n tydperk van ten minste ses maande se praktiese regsopleiding voltooi het. Hierdie bepaling is in teenstelling met die vereistes wat gestel word aan prokureurs wat reeds praktiseer en is nie in die finale weergawe van die Wet op Regspraktyk opgeneem nie.

ten opsigte van die verskyningsbevoegdheid van advokate en prokureurs het uiteindelik nie veel veranderinge ondergaan nie en reflekteer in 'n meerdere mate die bedeling onder die herroepde Wet op die Reg op Verskyning in Howe. Artikel 25(2) van die Wet op Regspraktyk bepaal dat:

“n Regspraktisyn, hetsy hy of sy as 'n advokaat of prokureur praktiseer, het die reg om namens enigiemand voor enige hof van die Republiek te verskyn en voor enige bestuur, tribunal of soortgelyke instelling, behoudens subartikel (3) en (4) en enige ander wetsbepaling, te verskyn.”

Die addisionele vereistes waaraan prokureurs moet voldoen ten einde namens 'n ander persoon in die hoër howe te verskyn, word in artikel 25(3) as volg saamgevat:

“n Prokureur wat voor die Hooggeregshof, die Hoogste Hof van Appèl of die Konstitusionele Hof wil verskyn, moet by die griffier van die afdeling van die Hooggeregshof waar hy of sy as 'n prokureur toegelaat en ingeskryf is, aansoek doen om 'n voorgeskrewe sertifikaat te dien effekte dat die aansoeker die reg het om voor die Hooggeregshof, die Hoogste Hof van Appèl of die Konstitusionele Hof te verskyn en wat die griffier moet uitreik indien hy of sy oortuig is dat die prokureur...”²⁵²

Kandidaat-prokureurs mag slegs in die streeksafdelings verskyn mits hy/sy voorheen vir ten minste 'n jaar as advokaat gepraktiseer het, of vir 'n jaar praktiese regsopleiding ondergaan het.²⁵³

²⁵² Enige prokureur wat aansoek doen om in die hoërhowe te verskyn, moet bewys lewer in terme van a 25(3)(a)(i)-(iii) en 25(3)(b) dat hy/sy vir 'n aaneenlopende tydperk van ten minste drie jaar praktiseer, in die besit van 'n LLB-graad is, en dat sy naam nie van die rol van prokureurs geskrap is nie. Die prokureur moet ook bewys lewer dat hy/sy oor genoegsame ondervinding beskik om in hierdie howe professioneel en eties op te tree; sien verder LSSA “*Eighth meeting of the National Forum on the Legal Profession 6 May 2017*” <http://www.lssa.org.za/legal-practitioners/advisories/misc/legal-practice-act-28-of-2014/misc/legal-practice-act> (datum van gebruik: 9 Mei 2017). Die reëlkomitee van die Nasionale Forum is egter tans besig om hierdie bepaling te ondersoek in die lig van die onregverdige diskriminerende addisionele las wat deur hierdie artikel op prokureurs geplaas word.

²⁵³ A 25(5)(b) van die Wet op Regspraktyk.

2.4 Die samesmelting van die professie

Een van die oorspronklike doelstellings van die Wet op Regspraktyk was die totstandkoming van 'n enkele kategorie van regspraktisyne, en die afskaffing van die duidelike onderskeid tussen die rolle van advokate en prokureurs.²⁵⁴ Hierdie aspek van die Wet op Regspraktyk is egter tydens die besprekingsfase wyd gedebatteer.²⁵⁵

²⁵⁴ LSSA "History of the legal practice act" <http://www.lssa.org.za/legal-practitioners/advisories/misc/legal-practice-act-28-of-2014/misc/legal-practice-act> (datum van gebruik: 16 April 2016) bied 'n volledige bespreking van die agtergrond tot die ontstaan van die Wet op Regspraktyk en die geskilpunte met betrekking tot die verdeelde aard van die professie; sien verder ook die kommentaar deur Matlala D *supra* (n 233) 18.

²⁵⁵ Smuts D "Lost in Transformation – why we oppose the Legal Practice Bill" <http://www.politicsweb.co.za/view/page72308> (datum van gebruik: 13 November 2013). Die Demokratiese Alliansie (hierna genoem die DA) het aan die Lede van die Parlement voorgelê dat die verdeling van die regsprofessie (tussen prokureurs en advokate) behoue moet bly ten einde die onafhanklikheid van advokate te verseker. Die onafhanklikheid van advokate is eweneens belangrik vir die behoud van die onafhanklikheid van die regsbank; sien ook Hawkey K *supra* (n 216) 40. Die Justisie Portefeuljekomitee het publieke vergaderings gehou ten einde die bepalings van die Wet op Regspraktyk te bespreek. Die Algemene Balieraad is verteenwoordig deur die destydse voorsitter, Ishmael Semanya, wie voorgelê het dat daar "intrinsieke verskille" bestaan tussen die prokureurs- en advokateprofessie. Hy het verder daarop gewys dat: "We find ourselves not sufficiently equipped to deal with matters that are peculiarly within the province of those who hold public trust money and are responsible for it." Die Prokureursorde van die Kaapprovinsie, verteenwoordig deur Ishmail Jamie, het verder kommentaar gelewer en daarop gewys dat die betrokke orde nie ten gunste van die samesmelting van die professies is nie, aangesien die onafhanklikheid van die advokateprofessie daardeur bedreig word. Hy argumenteer verder dat: "(A)dvocates practice at hand's length from our clients and that gives them an essential independence, which attorneys simply do not have ...". Die Onafhanklike Assosiasie van Advokate, verteenwoordig deur Mark Hawykes, het egter bevestig dat hulle die klousule in die Wet op Regspraktyk wat die aanvaarding van opdragte direk vanaf die publiek toelaat, ondersteun, aangesien dit tot die vermindering van regeerkoste sal bydra en ook toegang tot kwaliteit regeerdienste deur die algemene publiek kan bewerkstellig.

Die finale weergawe van die Wet op Regspraktyk behou die onderskeid tussen prokureurs en advokate, maar maak voorsiening vir 'n maklike oorgang tussen die twee professies.²⁵⁶ Myns insiens erken die Wet op Regspraktyk die verskil in professies net in teorie, maar die uiteindelige doelstelling van die wet bly steeds die samesmelting van die regsprofessie.²⁵⁷

Die Regspraktykraad sal beskik oor volle magte oor alle regspraktisyne²⁵⁸ sowel as kandidaatregspraktisyne, ongeag hul profesie, en dus die samesmelting van die professies deur blote jurisdiksie bewerkstellig. Die debatte rondom die voor en nadele van die totstandkoming van 'n enkele kategorie regspraktisyne sowel as die geïmpliseerde afskaffing van die verwysingsreël is egter nie 'n nuwe debat nie.

Die verdeelde aard van die regsprofessie het histories in ons regstelsel tot stand gekom weens die invloede van die Engelse regstelsel.²⁵⁹ Die onderskeid tussen die

²⁵⁶ A 32(1)(a) van die Wet op Regspraktyk bepaal dat: “'n Regspraktisyn kan, te eniger tyd, soos in die reëls bepaal en by betaling van die gelde in die reëls deur die Raad bepaal, by die Raad aansoek doen om sy of haar inskrywing as 'n prokureur na dié van 'n advokaat om te skakel en *vice versa*.”; sien verder LSSA *supra* (n 251) vir verdere kommentaar en argumente ten gunste van en teen die bepalings in die Wet op Regspraktyk wat die oorgang tussen die verkillende professies bewerkstellig; sien verder ook Matlala D *supra* (n 233) 18. Die skrywer onderskei tussen die rolle van advokate en prokureurs aan die hand van die Wet op Regspraktyk. Hy waarsku verder dat die maklike oorgang tussen die advokate en prokureursberoep kan lei tot professionele wangedrag.

²⁵⁷ LSSA “*First Working Draft of the Legal Practice Bill*” <http://www.lssa.org.za/Uploads/files/LSSA%20comments%20on%20LPB%20november%202009.pdf> (datum van gebruik: 23 Mei 2016). Die LSSA het egter aangedui dat die finale konsepwetgewing steeds die onderskeid tussen die prokureursprofessie en advokateprofessie erken en dus nie tot die samesmelting van die professies sal aanleiding gee nie. Die LSSA het as volg kommentaar gelewer: “The two distinct modes of trust account and referral practice are embedded in the Bill with a structure to enforce this far more effectively than did the *De Freitas* and other judgments. This closes off any fusion debate. Those who oppose unification should not be permitted to create confusion by propagating that the Bill brings about fusion – which it does not.”; sien ook Wildenboer L *supra* (n 5) 201 (n 20).

²⁵⁸ A 4 van die Wet op Regspraktyk.

²⁵⁹ Crook JA *supra* (n 3) 38 stel dit dat: “Our English heritage has accustomed us to the different but also odd distinction between barristers and solicitors, and we are aware that that is not a unified activity (although the

prokureursprofessie en advokateprofessie het in die Suid-Afrikaanse reg ontstaan met die Eerste en Tweede Handveste van Geregtigheid van die Kaap van 1827 en 1832.²⁶⁰

Die eerste voorstel ten gunste van die samesmelting van die professies is in 1888 in die Kaapprovinsie ter tafel gelê, maar die mosie was onsuksesvol en die daaropvolgende gesprekke het juis gefokus op die verdere verdeling van die professie en die afskaffing van die tweeledige praktyk wat in Natal van toepassing was.²⁶¹

In die *De Freitas*²⁶² saak het Heer R Lord Benson as volg aangehaal²⁶³ in 'n toespraak waartydens die moontlike samesmelting van die professie in Engeland bespreek is:

“We (the Commission) based our conclusion (that there should not be a fusion) on three separate principles. First, any rule made by or privilege granted to a profession must be designed not for the private benefit of the members of the profession but to protect the interest of, or to enhance the level of service to, the public. Second, in every walk of life, particularly in the professions, there is a growing need to specialize in each of the many different types of work and activity. This is a duty which every profession owes to the public it serves. Third, one of the privileges and

differences are in process of diminishing), yet we acknowledge the existence of a single ‘profession of the law’.”; sien verder ook *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27).

²⁶⁰ Hoppenstein AS *supra* (n 203) 297 (n 8). Volgens die skrywer het die verdeelde professie in 1877 in die Transvaal provinsie toepassing gevind; sien verder Wildenboer L *supra* (n 5) 201. Sy meld onder andere dat die debatte rondom die samesmelting van die regsprofessie nie nuut is nie en dat hierdie aspek weereens in 1959 bespreek is.

²⁶¹ *Ibid.* Ten tyde van Uniewording was die verdeelde aard van die regsprofessie reeds in praktyk toegepas en aanvaar. In 1913 het die debat weer sy verskyning gemaak en is die samesmelting van die professies weer ter tafel gelê in die *Advocates and Attorneys Bill* maar dit is deur die Senaat afgekeur en het 'n einde gebring aan die debatte; die gebeure in Suid-Afrika na 1910 is in meer besonderhede hierbo bespreek.

²⁶² *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27).

²⁶³ *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) par 10. Lord Benson was die destydse voorsitter van die *Royal Commission on Legal Services* in Engeland en die toespraak is gelewer tydens sy besoek aan Kaapstad in 1988.

duties conferred upon a professional man is the ability to express an independent and impartial opinion in respect of his client's affairs."

Hy het verder bevind dat die samesmelting van die professie sou lei tot die vermindering in spesialis regsdienste wat histories deur die advokateprofessie verskaf is en die feit dat advokate hul onafhanklikheid ten opsigte van hul kliënte sou inboet indien die onderskeid tussen prokureurs en advokate sou verval. Hierdie bedeling is volgens hom nie in die publieke belang nie.²⁶⁴

2.4.1 Kritiese beskouing rondom die samesmelting van die regsprofessie

2.4.1.1 Regskoste

Volgens Hoppenstein²⁶⁵ is regsdienste gespesialiseerde dienste en regspraktisyns is geregtig om fooie vir hul dienste te hef. Daarmee saam volg Suid-Afrika tans 'n verdeelde stelsel wat in effek beteken dat litigante, ten einde geregtigheid te bekom, genoodsaak word om van die dienste van prokureurs sowel as advokate gebruik te maak. Hierdie verdeelde stelsel beteken dat lede van die publiek "dubbele fooie" betaal ten einde hul saak suksesvol te verdedig. Hoppenstein voer die argument dat lede van die publiek wat nie die hoë fooie kan bekostig nie, verhoed word om aksie in die howe in te stel, en dus daardeur ook die geleentheid misloop om geregtigheid te sien geskied.²⁶⁶ Volgens hom behoort die

²⁶⁴ *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27) par 10.

²⁶⁵ Hoppenstein AS *supra* (n 203) 298-299.

²⁶⁶ *Ibid* by 296. Volgens die skrywer behoort toegang tot howe binne die bereik van die publiek te wees. Die koste van regsdienste vervaag die uitoefening van hierdie fundamentele reg. Hy haal verder Gower LCB aan waar hy as volg oor die Engelse regstelsel kommentaar gelewer het: "Few countries, if any, can boast of a system in which to the same extent justice is both done, and manifestly seen to be done to those who can afford to resort to the courts. But, and there's the rub, all too few can afford it ... (W)here economic positions

samesmelting van die professie aanleiding te gee tot 'n verlaging in regskoste.²⁶⁷

Met betrekking tot verskyning in die hoërhowe, is daar menige male 'n dubbele stel regskostes ter sprake, synde die koste van 'n prokureur sowel as die koste van 'n advokaat. Indien 'n enkele regspraktisyn toegelaat word om beide hierdie rolle te vervul, sal dit 'n besparing van ten minste die helfte van hierdie regskoste teweegbring.

Wildenboer²⁶⁸ waarsku egter dat die samesmelting van die professie nie noodwendig sal aanleiding gee tot 'n substansiële besparing in regskoste nie. Sy voer aan dat advokate en prokureurs verskillende take verrig en dat 'n enkele regspraktisyn, indien die samesmelting sou plaasvind, steeds geregtig sal wees op die fooie vir die dienste wat hy verrig. Sy haal dan ook Hefer AR aan in *Rösemann v General Council of the Bar of South Africa* waar hy as volg beslis het:

“(W)hat serves the public interest best cannot be determined merely by reference to any one aspect, such as cost, but must be assessed upon an overall conspectus of relevant factors.”²⁶⁹

are not evenly balanced ... the party with the larger purse is likely to drive a hard bargain which may amount to a grave injustice to his financially weaker adversary.”

²⁶⁷ Hoppenstein AS *supra* (n 203) 298.

²⁶⁸ Wildenboer L *supra* (n 5) 223.

²⁶⁹ Wildenboer L *supra* (n 5) 223; sien verder *Rösemann v General Council of the Bar of South Africa supra* (n 234) 579 D. Hierdie punt is ook aangehaal in die *Society of Advocates of Natal v De Freitas and another supra* (n 27); sien verder ook *Hawkey K supra* (n 216) 42. Die aangeleentheid is ook deur die Kompetisie Kommissaris aangeraak en hy het bevind dat die monopolie van gereserveerde werk vir sekere takke van die regsprofessie verbreek behoort te word ten einde 'n verlaging in regskoste teweeg te bring. Hy voer egter die argument verder en bevind dat sekere kategorieë van regswerk selfs buite die bestek van die tradisionele takke van die regsprofessie beoefen behoort te word. Hierdie regswerk sluit onder andere die opstel van testamente en eiendomsoordragte in. Die Onafhanklike Assosiasie van Advokate, by monde van Hawyes, het ook tydens die samesprekings aangedui dat hulle ten gunste is van die afskaffing van die verwysingsreël aangesien regskoste hierdeur verminder sal word en toegang tot geregtigheid hierdeur bevorder sal word.

2.4.1.2 Deurlopende verteenwoordiging

Hoppenstein²⁷⁰ argumenteer dat die verdeling van die professie veroorsaak dat die verhouding tussen die kliënt en sy verteenwoordiger op die kritieke tydstip, wanneer die aangeleentheid in die hof aangehoor word, verbreek word. Juis op hierdie tydstip, skuif die rol van primêre raadgewer vanaf die prokureur na die advokaat wat die toonaangewende rol oorneem. Volgens hom verseker die samesmelting van die professie dat die regspraktisyn van elke aspek van die kliënt se saak bewus is. Geen belangrike punte gaan dus verlore met die oordrag van inligting tussen die prokureur en advokaat nie. Hy waarsku egter dat regspraktisyns moontlik nie die mas sal opkom indien hulle die verpligting van beide 'n prokureurspraktyk sowel as die rol van 'n advokaat moet volstaan nie.²⁷¹ Hy voer egter ook in teenstelling hiermee aan dat prokureurs daaglik met dié dilemma gekonfronteer word aangesien 'n groot groep prokureurs wel hofgedinge namens hul kliënte behartig sonder die bystand van 'n advokaat, en steeds daarin slaag om 'n suksesvolle praktyk te bedryf.²⁷²

²⁷⁰ Hoppenstein AS *supra* (n 203) 300.

²⁷¹ *Ibid.* Volgens die skrywer het 'n Natalse regter (Hawthorn) die volgende opmerking gemaak: "(I)t is no joke to carry on the practice of an advocate and the practice of an attorney simultaneously. You are apt to be a little dismayed when after a trying day in court, you return to your office to find clients waiting, letters to be answered, documents to be drawn and the rest".

²⁷² Prokureurs verskyn tans daaglik in die laer howe sonder die bemiddeling van 'n advokaat. Sommige prokureurs beskik ook oor die bevoegdheid om in die hoër howe te verskyn.

2.4.1.3 Die verlies van kundigheid

In die algemeen word advokate gesien as spesialiste op spesifieke vakgebiede terwyl prokureurs die administratiewe en voorbereidende rol in die litigasieproses vervul.²⁷³ Wildenboer argumenteer dat die samesmelting van die profesie moontlik kan lei tot 'n verlies aan hierdie spesialis kennis wat deur die advokateprofessie gelewer word.²⁷⁴ Hoppenstein²⁷⁵ voer egter aan dat die samesmelting nie sal neerkom op die verlies aan kundigheid nie en meen dat die feit dat die regspraktisyn sy onafhanklikheid sal prysgee indien hy direkte interaksie met sy kliënt het, nie noodwendig sal veroorsaak dat hy sy perspektief verloor met betrekking tot die teoretiese aspekte van die reg en die toepassing daarvan nie.²⁷⁶

2.4.1.4 Die totstandkoming van spesialis praktyke

Vanweë die verdeelde aard van die profesie kan kleiner prokureurspraktyke tans op gelyke voet met groter prokureurspraktyke meeding, aangesien dieselfde poel van kundige advokate vir beide partye beskikbaar is. Kleiner prokureurspraktyke hoef dus nie terug te staan vir komplekse aangeleenthede nie, aangesien dieselfde spesialiskennis aan beide partye beskikbaar is. Dus kan selfs persone wat nie noodwendig oor die finansiële vermoë beskik om die dienste van groter prokureursfirmas te bekom nie, steeds op 'n gelyke voet aan die regsproses deelneem. Myns insiens bevorder hierdie huidige praktyk die persepsie

²⁷³ Wildenboer L *supra* (n 5) 200; *In re Rome supra* (n 161); in die algemeen neem advokate dus hofverskynings waar terwyl prokureurs as kantoorbestuurders optree wat verantwoordelik is vir elke administratiewe aspek van die litigasieproses.

²⁷⁴ Wildenboer L *supra* (n 5) 222.

²⁷⁵ Hoppenstein AS *supra* (n 203) 301.

²⁷⁶ *Ibid.* Hy voer aan dat die regspraktisyn moontlik beter insigte met betrekking tot sy kliënt se saak kan bekom juis vanweë die feit dat hy nie die rol van 'n onafhanklike buitestaander inneem nie.

van die publiek met betrekking tot die gelyke deelname aan die regsproses en die uiteindelijke geskied van geregtigheid deur die howe.

Indien die samesmelting van die professies sou plaasvind, sal dit die deur oopmaak vir groter prokureurspraktyke om kundige advokate byeen te bring en veelsydige dienste aan hul kliënte beskikbaar te stel, tot nadeel van die kleiner prokureurspraktyke wat nie oor die finansiële vermoë beskik om hierdie kundige advokate permanent in diens te neem nie.²⁷⁷

Wildenboer²⁷⁸ voer verder aan dat die samesmelting van die profesie moontlik sal verhoed dat kliënte 'n tweede opinie kan inwin, deur die opinie van hul primêre verteenwoordiger na 'n tweede advokaat of prokureur te verwys, maar stel dit dan duidelik dat hierdie moontlikheid steeds tot die beskikking van die kliënt sal wees, self al vind die samesmelting van die profesie wel plaas.²⁷⁹

²⁷⁷ Smuts D *supra* (n 255). Die Demokratiese Alliansie het die lede van die Parlement daarop gewys dat die samesmelting van die profesie nie ideaal is nie en die volgende beweer: "The fusion of professions will create an opportunity for large legal firms to draw in experienced advocates as part of their "in house" legal professional teams, creating large scale legal firms offering multi-faceted legal services."

²⁷⁸ Wildenboer L *supra* (n 5) 223.

²⁷⁹ *Ibid.* Sy voer verder aan dat hierdie verwysing wel koste implikasies teweeg sal bring, maar dat hierdie implikasies sal bestaan in 'n verdeelde sowel as 'n saamgesmelte regsprofesie.

Hoofstuk 3 Die oogmerke van die Wet op Regspraktyk gemeet teen die transformasie imperatief

3.1 Die oogmerke van die Wet op Regspraktyk

3.1.1 Inleiding

Die regulering van die regsprofessie was nog altyd gefragmenteer.¹ Radebe het onder meer bevind dat streng reguleringsmaatreëls van toepassing is op die regsprofessie, maar dat hierdie regulering noodsaaklik is aangesien die regsprofessie in 'n streng gereguleerde omgewing funksioneer.²

¹ Die regsprofessie is nog altyd gereguleer deur 'n aantal wette, regulasies en die etiese kodes van onder andere die Prokureursordes van die verskillende provinsies en die Algemene Balieraad van Suid-Afrika (hierna genoem die Algemene Balieraad); sien onder andere die Wet op die Toelating van Advokate 74 van 1964, die Wet op Prokureurs 53 van 1979, die Wet op Hoër Howe 10 van 2013, die praktykshandleiding vir professionele gedrag van die verskeie Provinsiale Prokureursordes en die etiese gedragskode vir advokate van die Algemene Balieraad; sien ook verder die voorwoord tot die Wet op Regspraktyk (sien Hoofstuk 1 (n 12) vir 'n volledige omskrywing).

² Jeff Radebe was die destydse Minister van Justisie; Department of Justice and Constitutional Development "Key Principles underpinning the transformation of the Legal Profession" <http://www.lssa.org.za/uploads/Key-principles-of-the-LPB.pdf> (datum van gebruik: 2 Augustus 2014). Volgens Radebe word die regulering van die professie beheer deur 'n verskeidenheid wette en regulasies. Die regulasies en etiese kodes word in sommige provinsies strenger toegepas as in ander, wat bydra tot die huidige gefragmenteerde regulering; Radebe JT "Introductory speech by Mr. JT Radebe, MP, Minister of Justice and Constitutional Development on the second reading debate of the Legal Practice Bill, 2012, in the National Assembly on 12 November 2013" <http://www.justice.gov.za/m-speeches/2013/20131111-lpb-reading-debate.html> (datum van gebruik: 10 Augustus 2014); Makinana A *Mail and Guardian* (2013/11/13) "National Assembly passes controversial Legal Practice Bill" 5.

Die verskillende rolspelers, waaronder ook die regering, behoort dus insae te hê en maatreëls in plek te kan stel waar die regsprofessie in die openbare howe hul besigheid bedryf, ten einde te verseker dat geregtigheid geskied aan die publiek en dat die toegang tot gehalte regsdiens nie ingeboet word ten koste van die winsgewende bedryf van die professie nie.³

Met die ter tafel legging van die Wetsontwerp op Regspraktyk⁴ deur die Portefeulje Komitee van die Departement van Justisie en Konstitusionele ontwikkeling, het die Komitee aangevoer dat die Wet op Regspraktyk die gefragmenteerde regulering van die professie uit die weg sal ruim en terselfdertyd die demografiese verdeling van die huidige professie transformatief sal aanspreek.⁵

Die Komitee het ook verder aangedui dat toegang tot die regsprofessie geskiedkundig vir sekere voornemende regspraktisyns onhaalbaar was, onder andere weens 'n gebrek aan hulpbronne aan die begin van hul loopbaan asook die handhawing van beperkende en verouderde toelatingsvereistes wat op die regsberoep van toepassing is.⁶

³ *Ibid*; News 24 "Parliament Ok's legal practice bill" <http://www.news24.com/printarticle.aspx=6a5d9339-f209=1057> (datum van gebruik: 12 November 2013). Die destydse Minister van Justisie is ook aangehaal waar hy bevind het dat: "The legal profession does not only operate in its own space, but also operates in a space where all of our people, rich or poor, converge in pursuit of justice."

⁴ Sien Hoofstuk 1 (n 13) vir 'n volledige omskrywing van die Wetsontwerp.

⁵ Portfolio Committee on Justice and Constitutional Development on the Legal Practice Bill *Announcements, Tablings and Committee reports no 153 – 2013* 6 November 2013.

⁶ *Ibid*. Die Komitee het verder aangedui dat: "The Council's goals include facilitating the realization of a transformed and restructured legal profession; ensuring that fees charged are reasonable and promote accessibility to legal services; promoting and protecting the public interest; preserving and upholding the independence of the profession, as well as enhancing its integrity and status; and promoting access to a profession that broadly reflects the demographics of South Africa."

Die Wet op Regspraktyk beklemtoon die doelstellings as volg:

“Ten einde voorsiening te maak vir ‘n wetgewende raamwerk vir die transformasie en herstrukturering van die regsberoep wat die diversiteit en demografie van die Republiek in die breë weerspieël, te fasiliteer en te verbeter...”⁷

Dit blyk dus dat die Wet op Regspraktyk eerstens ten doel het om die regsprofessie te verenig onder ‘n enkele regulerende liggaam. Die Wet op Regspraktyk het insgelyks ten doel om die regsprofessie en die verskaffing van regsdienste in die algemeen te reguleer en die historiese struikelblokke met betrekking tot die toelating tot die regsprofessie uit die weg te ruim.⁸

Boqwana het aangedui dat die stryd ten einde die regsprofessie te verenig, moontlik deur die Wet op Regspraktyk beëindig sal word.⁹ Hy het verder aangevoer dat ‘n verenigde regsprofessie van kardinale belang is aangesien die uitvoerende gesag in die verlede verskeie aanvalle op die Grondwet geloods het, en vanweë die gefragmenteerde aard van die huidige bedeling in die regsprofessie, kon hierdie kwessies nie daadwerklik aangespreek word nie.¹⁰

⁷ Voorwoord tot die Wet op Regspraktyk.

⁸ Nel A “*The Legal Practice Bill and the Transformation of the Legal Profession*” <http://www.justice.gov.za/docs/articles/20130510-dm-transformation.html> (datum van gebruik: 13 Julie 2014). Hy voer aan dat: “The proposed South African Legal Practice Council will bring together advocates, attorneys and representatives of broader society to find solutions to the challenges of: entry to the legal profession, availability of quality legal training and education, quality workplace learnership opportunities, provision of pro bono services and community-based paralegal services, as well as the regulation of legal fees in order to promote access to affordable legal services for all, especially the poor.”

⁹ Manyathi-Jele N “LSSA, AGM news” Mei (2012) *De Rebus* 32. Die skrywer haal Boqwana aan tydens die LSSA se algemene jaarvergadering waar hy as gasspreker opgetree het.

¹⁰ *Ibid.* Hy argumenteer verder dat: “If we do not play this role now, a few years down the line we will find this profession exactly in the same place than the profession in Zimbabwe is in, and that is why we are talking about unity. It is not about selfish interest; it is about guarding what we have in this country- our constitutional democracy, which I think is the biggest inheritance that we have.”

Bizos¹¹ het tydens publieke verhore met betrekking tot die Wetsontwerp op Regspraktyk aangedui dat persone uit sy geledere die regsprofessie vir 'n geruime tyd gewaarsku het om te hervorm, maar dat die veranderinge steeds nie deurgevoer is nie, wat die afdwinging van transformasie deur die uitvoerende en wetgewende gesag met behulp van die implementering van die Wet op Regspraktyk, genoodsaak het.

Daar was egter verskeie rolspelers wat nie gedeel het in die optimisme van 'n verenigde regsprofessie nie.¹²

¹¹ Hartley W *Business Day Live* (2013/11/13) "*Legal Practice Bill forced through despite opposition*" <http://www.bdlive.co.za/national/law/2013/11/13/legal-practice-bill-forced-through-despite-opposition> (datum van gebruik: 15 Januarie 2014). Die skrywer haal Bizos SC aan tydens een van die publieke verhore in 2013 met betrekking tot die Wetsontwerp op Regspraktyk waar hy 'n spreker was.

¹² LSSA Legalbrief Weekly 107 "*The final rites of LPB resistance*" <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 14 Maart 2014). 'n Aantal politieke afgevaardigdes het hul kommer uitgespreek oor sommige van die bepalings in die Wet op Regspraktyk waaronder die Minister van Justisie verrykende magte bekom in die regulering van die professie. 'n Afvaardiging van die Nasionale Raad van Provinsies, wat onder meer uit 'n aantal *African National Congress* (hierna genoem die ANC) en *Inkatha Vryheidsparty* (hierna genoem die IVP) lede bestaan het, het hul kommer uitgespreek oor die feit dat die Minister die bevoegdheid bekom in terme van die Wet op Regspraktyk om onder andere die Regsdiensteombud aan te stel. Die Wes-Kaapse Wetgewer het aangevoer dat die totstandkoming van die Regspraktykraad die samesmelting van die professie sal bewerkstellig en dat die advokate- en prokureurs professies deur die totstandkoming van die enkele regulerende liggaam geforseer sal word om te verenig. Semenya het tydens onderhandelinge aangevoer dat die Wet op Regspraktyk advokate in besonder teiken. Hy het verder gemeen dat die debatte in die Nasionale Vergadering, onder meer gelei deur die destydse Justisie Minister, Radebe en die ANC LP Patekile Molomisa, die debat rondom die vernedering van swart regspraktisyns onder die vaandel van apartheid onnodig aanvuur. Volgens hom is die siening dat die advokateprofessie steeds deur blanke mans beheer word 'n verdraaiing van die ware toedrag van sake. Hy het ook aangedui dat die Demokratiese Alliansie (hierna genoem die DA) se Denè Smuts gemeen het dat die Wetsontwerp op Regspraktyk poog om die advokateprofessie te penaliseer, aangesien die professie verkeerdelik gesien word as verteenwoordigend van die koloniale orde; sien ook Smuts D "*Lost in Transformation – why we oppose the Legal Practice Bill*" <http://www.politicsweb.co.za/view/page72308> (datum van gebruik: 13 November 2013). In haar toespraak tydens die tweede debat van die Wetsontwerp op Regspraktyk in die Nasionale Vergadering op 12 November 2013, het Denè Smuts dit ook duidelik laat blyk dat die DA nie die wetsontwerp goedkeur nie en het sy aangedui dat die ANC waarskynlik "*Lost in Transformation*" is. Sy het verder gemeen dat die hervorming van die regsprofessie nie 'n nuwe verskynsel is nie, maar dat dit in die meeste gemenereglende nou die tendens blyk te wees. Volgens haar is die redes wat vir die hervorming

Smuts¹³ meen dat daar van die sogenaamde vereniging van die regsprofessie deur die totstandkoming van 'n enkele regulerende liggaam afstand gedoen behoort te word, aangesien die Wet op Regspraktyk die twee hooftakke van die professie¹⁴ in beginsel steeds erken.

Die finale weergawe van die Wetsontwerp op Regspraktyk het egter die goedkeuring van die *Black Lawyers Association* (hierna genoem die *BLA*) weggedra. Die organisasie, wat hom beywer vir die beskerming van die belange van histories benadeelde regspraktisyne, het aangedui dat die wetgewing fundamenteel die regte en belange van hul lede beskerm.¹⁵

3.1.2 Historiese agtergrond

Die Wet op Regspraktyk is voorafgegaan deur die *Legal Services Charter* wat gedurende 2007 gedebatteer is. Dié Handves het primêr ten doel gehad om die nalatenskap van die apartheids-era, waar ongelykheid geseëvier het, aan te spreek. Nadat 'n in diepte ondersoek van stapel gestuur is, is bevind dat die regsprofessie ontoeganklik was vir die meerderheid Suid-Afrikaners. Dit het duidelik geword dat daar 'n behoefte was aan die transformasie van

aangevoer word altyd die kwessie van bekostigbare regsdienste, beskerming van die publiek en die totstandkoming van 'n beter besigheidstruktuur.

¹³ Smuts I "Izak Smuts SC, *Submission to the Parliamentary Portfolio Committee Regarding the Legal Practice Bill, Cape Town, February 11 2013*" <http://www.constitutionallyspeaking.co.za/smuts-sc-submission-to-parliament-on-legal-practice-bill/> (datum van gebruik: 7 Mei 2014).

¹⁴ Die twee hooftakke van die professies is die advokateprofessie en die prokureursprofessie; sien verder Hoofstuk 2 met betrekking tot die verdeling van die regsprofessie.

¹⁵ Mabunda PB "Progress on Legal Practice Bill" <http://www.politicsweb.co.za/politicsweb/en/page71654> (datum van gebruik: 15 November 2013). Volgens hom word die regte van hul lede genoegsaam beskerm deur a 6(5)(h)(iv) en a 94(1)(b) van die Wet op Regspraktyk. Volgens hierdie bepaling is die Minister verplig om vordering te monitor en jaarliks verslag te doen rakende die implementering van programme om histories benadeelde regspraktisyne te bemagtig.

die regsprofessie.¹⁶ Die fokus van die Handves was egter op die opheffing en bemagtiging van histories benadeelde regspraktisyns deur die verskaffing van vaardigheidsontwikkeling asook bystand met die finansiële aspekte van hul praktykvoering. Die doel van die bystand was om hierdie regspraktisyns in staat te stel om op gelyke voet met hul wit eweknieë mee te ding.¹⁷

Alhoewel die Handves reeds in Mei 2007 aangeneem is, sal die Regspraktykraad, soos tot stand gebring deur die Wet op Regspraktyk, die meganisme wees waarvolgens die ideologie soos vervat in die Handves, uiteindelik geïmplementeer word.¹⁸

3.1.3 Onlangse kritiek

Die regsprofessie het onlangs deurgeloopt onder die kritiek van die regsbank sowel as die algemene publiek weens hul versuim om die publiek te beskerm teen die gewetenlose aanvalle van sommige van hul lede.¹⁹

¹⁶ Department of Justice and Constitutional Development *supra* (n 2).

¹⁷ Department of Justice and Constitutional Development “North-West University graduation ceremony” <http://www.gov.za/speeches/2007/07051513451001.htm> (datum van gebruik: 9 September 2014).

¹⁸ Nel A *supra* (n 8).

¹⁹ Sien onder andere *Motswai v RAF 2012* (GSJ) (Saaknommer: 2010/17220). In hierdie aangeleentheid het die regsverteenvoerders vir beide die eiser en verweerder, volgens die hof, tot litigasie toegetree bloot om hulself te verryk. Satchwell R het hul optrede as “predatory” beskryf en het gelas dat ’n afskrif van die hofuitspraak aan die betrokke ordes sowel as Balieraad beskikbaar gestel word ten einde verdere dissiplinêre stappe teen hulle lede van stapel te stuur. Die reputasie van die betrokke regsverteenvoerders was die onderwerp van die daaropvolgende appèlhof uitspraak in *Motswai v RAF* (SCA) (Saak nommer: 766/13). Die appèlhof het bevind dat die hof *a quo* foutiewelik beslis het dat die eiser se regsverteenvoerder, Wim Krynaauw, homself aan bedrog skuldig gemaak het, aangesien die bevindinge nie in ’n ope hof gemaak is nie en die prokureur nooit die geleentheid gegun is om homself te verdedig nie. In ’n verdere aangeleentheid is die prokureursfirma Ronald Bobroff & Partners, deur een van hul voormalige kliënte voor die hof gedaag weens bedrog met betrekking tot fooie wat verhaal is terwyl hulle namens hul kliënte teen die Padongelukkefonds

Hierdie onlangse oortredings van die lede van die regsprofessie het net die reeds oordrewe debat met betrekking tot die hervorming in die regulering van die regsprofessie en die dienoreenkomstige beskerming van die publieke belang, verder aangevuur.

3.2 Die toegang tot die regsprofessie

Toegang tot die regsprofessie is vir menige voornemende regspraktisyns 'n uitdaging vanweë beperkende en verouderde toelatingsvereistes wat op die regsberoep van toepassing is.²⁰

Die regsprofessie is 'n edele beroep en persone word slegs tot hierdie professie toegelaat mits hulle oor beide aan die vereiste statutêre voorskrifte voldoen en oor sekere geskikte

gelitigeer het; sien onder meer *Ronald Bobroff & Partners Inc v De La Guerre; South African Association of personal injury lawyers v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 112/13, CCT123/13 (2014) ZACC 2; 2014 (3) SA 134 (CC); 2014 (4) BCLR 430 (CC); in die aangeleentheid van *General Council of the Bar of South Africa v Geach and others* 2013 (2) SA 52 (SCA) het die hof gelas dat die name van agt advokate van die rol geskrap word weens die feit dat hulle meer as een mandaat gelyktydig vanaf die Padongelukfondse aanvaar het, en so dubbele fooie van 'n staatsinstelling verhaal het ten koste van publieke fondse; sien ook De Lange I *Citizen* (2015/10/22) "‘Dodgy’ lawyer struck off roll" 7 waar Sylvester Stevens Jiyane van die rol van prokureurs geskrap is vanweë bedrog met betrekking tot sy trustrekening. Die betrokke orde het menige klagtes ontvang van kliënte wat beweer het dat die prokureur fooie gehef het vir werk wat hy nooit voltooi het nie en nie die navraag van sy kliënte met betrekking tot hul sake beantwoord het nie. Die hof het bevind dat Jiyane nie 'n geskikte en gepaste persoon is nie en sy naam is van die rol van prokureurs geskrap. Hierdie aspek van die oorverhaling van fooie en die sake hierbo word in Hoofstuk 5 in meer besonderhede bespreek.

²⁰ Portfolio Committee on Justice and Constitutional Development on the Legal Practice Bill *supra* (n 5). Die lede van die Komitee het as volg geargumenteer: "Entry to the profession is a challenge for many aspirant practitioners especially those lacking resources at the outset of their career, and restrictive and outdated prescripts create further hurdles. Also, the Committee agrees that access by members of the public to legal services can be limited – especially for the poor. While the Bill seeks to address all of the above concerns, the Committee trusts that the legal profession will draw together ..."

karaktereienskappe beskik.²¹ Die toelating tot die profesie word deur wetgewing sowel as die inherente gemeenregtelike bevoegdheid van die hof oor die regspraktisyn gereguleer.²²

Van der Merwe²³ meen dat dit onmoontlik is om die regulering deur wetgewing en die inherente bevoegdheid van die hof van mekaar te onderskei. Alhoewel die inherente bevoegdheid van die hof deurslaggewend is in die uiteindelijke toelating van 'n voornemende regspraktisyn tot die profesie, word hierdie gemeenregtelike bevoegdheid deur die wisselwerking met die betrokke wetgewing getemper. Die betrokke wetgewing verskaf dus 'n raamwerk waarbinne hierdie bevoegdheid uitgeoefen word. Hy is egter verder van mening dat die gemeenregtelike funksionering van die regsprofesie deur die betrokke wetgewing oorgeneem is en dat die profesie tans 'n suiwer statutêre instelling is.

3.2.1 Statutêre voorskrifte

Ten einde tot die prokureursprofesie toegelaat te word, moet 'n voornemende regspraktisyn aan die statutêre vereistes in terme van artikel 15(1) van die Wet op Prokureurs²⁴ voldoen. Ingevolge hierdie bepaling moet die hof 'n persoon tot die profesie toelaat indien hy onder andere aan sekere formele voorskrifte voldoen. Hierdie vereistes sluit in dat die voornemende regspraktisyn bo die ouderdom van 21 jaar moet wees, oor die

²¹ Lewis EAL *Legal Ethics – a guide to professional conduct for South African Attorneys* (Kaapstad: Juta & Co. Ltd. 1982) 8 stel dit dat: "A practitioner must avoid all conduct, which, if known, could damage his reputation as an honourable lawyer and honourable citizen."; sien ook Slabbert M "The requirement of being a "fit and proper" person for the legal profession" (2011) 14 4 *PER/PELJ* 209-230 vir 'n verdere bespreking.

²² Die statutêre voorskrifte met betrekking tot die toegang tot die regsprofesie vir advokate sowel as prokureurs word meer breedvoerig hieronder bespreek; sien verder ook Slabbert M en Boome DJ "Reformation from criminal to lawyer: Is such redemption possible?" (2014) 17 4 *PER/PELJ* 1499; Van der Merwe FE *Die struktuur en funksionering van die prokureursprofesie in Suid-Afrika* (LLD proefskrif Universiteit van Pretoria 1986) 199.

²³ Van der Merwe FE *supra* (n 22) 199.

²⁴ Wet 53 van 1979 (hierna genoem die Wet op Prokureurs).

voldoende akademiese kwalifikasies moet beskik, 'n Suid-Afrikaanse burger moet wees of permanent in die Republiek woonagtig moet wees, onder 'n bepaalde leerkontrak moes gedien het of kragtens die Wet op Prokureurs van diens onder 'n leerkontrak vrygestel is.²⁵

Soortgelyke formele voorskrifte geld vir die toelating van advokate tot die regsprofessie in terme van artikel 3 van die Wet op die Toelating van Advokate.²⁶ Ingevolge hierdie artikel moet 'n voornemende regspraktisyn ten einde toegelaat te word, bo die ouderdom van 21 jaar wees, 'n Suid-Afrikaanse burger wees of by magte wees om permanent in die Republiek woonagtig te wees, aan die nodige akademiese vereistes voldoen en indien hy of sy voorheen as 'n prokureur toegelaat is, bewys dat sy naam van die rol van prokureurs verwyder is.²⁷

Benewens hierdie formele vereistes, moet 'n voornemende regspraktisyn aan die hof bewys dat hy of sy 'n "geskikte en gepaste" persoon is om aldus tot die professie toegelaat te word.²⁸

²⁵ A 15(1)(b)(i) – (iv) van die Wet op Prokureurs; sien verder ook Van der Merwe FE *supra* (n 22) 151-176. Hy bespreek die kritiek ten opsigte van die huidige leerklerek sisteem en die bevindinge in die verslag bekend as die *Legal Education Report* wat in 1977 aan die Vereniging van Prokureursordes beskikbaar gestel is. Die verslag het onder andere na die maatreëls van toepassing in Engeland, Kanada, Australië, Nieu-Seeland, die V.S.A en Duitsland verwys, maar is nie gunstig ontvang nie en weinige veranderinge is deur die Ordes aangebring.

²⁶ Wet 74 van 1964 (hierna genoem die Wet op die Toelating van Advokate).

²⁷ A 3(1)(a)-(d) en a 3(2)(a) van die Wet op die Toelating van Advokate; sien verder ook Slabbert M *supra* (n 21) 210. In Suid-Afrika is dit voldoende om oor 'n *Baccalaureus Legum (LLB)* graad te beskik of a soortgelyke internasionale kwalifikasie.

²⁸ A 3(1)(a) van die Wet op die Toelating van Advokate en a 15(1)(a) van die Wet op Prokureurs; die *onus* rus op die voornemende regspraktisyn om op 'n oorwig van waarskynlikhede aan die hof te bewys dat hy aan die nodige karaktereenskappe voldoen; sien verder *Swain v Society of Advocates, Natal* 1973 (4) All SA 604 (A) waar die hof die bewyslas as volg verwoord: "In terms of sec. 3 (a) of the Admission of Advocates Act, 74 of 1964, the *onus* is on the appellant to show that he is a fit and proper person to be admitted to practise as an advocate. This *onus* will be discharged on a preponderance of probability"; in *General Council of the Bar of South Africa v Geach and others supra* (n 19) het Wallis AR as volg opgemerk: "A person can only be admitted to practise as an advocate if they satisfy the court that they are a fit and proper person to be admitted as such.

3.2.2 Skrapping, skorsing en hertoelating van regspraktisyns

Artikel 7(1)(d) van die Wet op die Toelating van Advokate maak voorsiening vir die skorsing van advokate uit hul praktyk asook die verwydering van hul name van die rol van advokate. Die hof moet oortuig wees van die feit dat die regspraktisyn nie meer 'n "geskikte en gepaste" persoon is om in die amp van advokaat te praktiseer nie alvorens so 'n bevel gelas sal word.²⁹ Die skorsing en skrapping van die rol van advokate word onder andere deur die Algemene Balieraad by wyse van 'n aansoek behartig.³⁰

Central to the determination of that question, which is the same question that has to be answered in respect of attorneys, is whether the applicant for admission is a person of 'complete honesty, reliability and integrity'. The court's duty is to satisfy itself that the applicant is a proper person to be allowed to practise and that admitting the applicant to the profession involves 'no danger to the public and no danger to the good name of the profession'; die voornemende regspraktisyn moet verder alle materiële feite wat 'n invloed kan hê op sy geskiktheid om tot die praktyk toegelaat te word aan die hof openbaar; sien ook *Ex parte Cassim* 1970 (4) SA 476 (T), *Ex parte Swain* 1973 (2) SA 427 (N); in *General Council of the Bar of South Africa v Jiba and others* 2017 (1) SACR 47 (GP) verwys Legodi R na die karaktereienskappe waaroor 'n regspraktisyn volgens Du Plessis "The Ideal Legal Practitioner (from an academic angle)" 1981 *De Rebus* 424 moet beskik as volg: "The following are listed as the least of the qualities a lawyer should possess: Integrity – meaning impeccable honesty or an antipathy to doing anything dishonest or irregular for the sake of personal gain, objectivity – no irrelevant consideration whatsoever should bear upon one's judgment, dignity – practitioners should conduct themselves in a dignified manner and should also maintain the dignity of the court, the possession of knowledge and technical skills, a capacity for hard word, respect for legal order and a sense of equality or fairness."

²⁹ Die ander gronde vir skorsing of skrapping van die rol van advokate in terme van a 7(1) van die Wet op die Toelating van Advokate is onder andere indien die regspraktisyn ophou om 'n Suid-Afrikaanse burger te wees, in die geval waar die praktisyn nie 'n burger is nie, in gebreke gebly het om binne 'n tydperk van ses jaar 'n sertifikaat van naturalisasie ingevolge die Wet op Suid-Afrikaanse Burgerskap Wet 44 van 1949, te verkry, of op sy eie aansoek.

³⁰ A 7(2) van die Wet op die Toelating van Advokate bepaal dat: "Behoudens enige ander wetsbepalings, kan 'n aansoek kragtens par (a), (b), (c) of (d) van subartikel (1) om die skorsing van iemand in sy of haar praktyk as advokaat of om die skrapping van iemand se naam van die rol van advokate, gedoen word deur die Algemene Raad van die Balie van Suid-Afrika, of deur die betrokke Balieraad of die Vereniging van Advokate van die afdeling wat die bevel vir sy of haar toelating om as advokaat te praktiseer, gegee het of waar daardie persoon

Artikel 22(1)(d) van die Wet op Prokureurs maak voorsiening vir die skorsing van 'n prokureur uit sy praktyk asook die skrapping van sy naam van die rol van prokureurs deur die hof binne wie se regsgebied die prokureur praktiseer, indien die hof oortuig is dat die praktisyn nie meer 'n "geskikte en gepaste" persoon is om voort te gaan om as prokureur te praktiseer nie.³¹ Soortgelyk aan die aansoek om skrapping en skorsing van advokate, word die aansoek deur die betrokke orde van die bepaalde provinsie waarbinne die prokureur praktiseer, behartig.³²

gewoonlik as advokaat praktiseer of gewoonlik woonagtig is.”; in *Algemene Balieraad van SA v Burger* 1993 (4) SA 510 (T) verduidelik Eloff RP die bevoegdheid van die Algemene Balieraad as volg: “Daardie subartikel (a 7(2)) gee myns insiens statutêre beslag aan die behoefte en inherente reg wat die hof gehad het om, in die uitvoering van sy toesig oor regspraktisyns, iemand te hê wat die gegewens en bewysmateriaal voor hom sal plaas, ingeval daar 'n vraagteken ontstaan oor 'n regspraktisyn se geskiktheid om langer op die rol te bly. Dit sal gesien word dat in die geval van *Attorney-General v Tatham* 1916 TPD 160 die hof die Prokureur-generaal versoek het om die inisiatief te neem om die optrede van sekere regspraktisyns onder die loep te neem. In *Johannesburg Bar Council v Stein* 1946 TPD 115 het die hof (te 120) die Johannesburgse Balieraad versoek om ondersoek in te stel en verslag te doen oor verdagte optrede van 'n advokaat. En in *State-Attorney v L* (1895) 2 OR 214 is die Staatsprokureur aangewys om stappe te neem. Met die daarstelling in 1964 van die Wet op Advokate het die Wetgewer uitdruklik aan die behoefte onder bespreking voldoen deur om aan die Algemene Balieraad, asook enige vereniging van advokate van die afdeling van die Hooggeregshof waarin die betrokke advokaat praktiseer, die reg te gee om 'n skrappingsaansoek te loods.”; die aansoek word dus bloot deur die Algemene Balieraad gebring in die uitvoering van hul pligte as die dissiplinêre liggaam van die professie, hetsy die oortreder 'n lid is van die orde is of nie. Die rol van die Algemene Balieraad is primêr om die saak voor die hof te bring ten einde die hof in staat te stel om sy diskresionêre bevoegdhede uit te oefen.

³¹ Die ander gronde vir skorsing of skrapping in terme van a 22 van die Wet op Prokureurs is onder andere indien die prokureur nie meer 'n Suid-Afrikaanse burger is nie, in die geval waar die praktisyn nie 'n burger is nie, in gebreke gebly het om binne 'n tydperk van ses jaar 'n sertifikaat van naturalisasie ingevolge die Wet op Suid-Afrikaanse Burgerskap Wet 44 van 1949, te verkry, in die geval waar 'n persoon vrygesel is om 'n eksamen te slaag en nagelaat het om enige verdere eksamen te slaag in terme van a 13(1), en indien sy boedel finaal gesekwestreer is en hy nie in staat is om die hof te oortuig dat hy steeds 'n "geskikte en gepaste" persoon is om voort te gaan met sy praktyk nie.

³² A 22(1) van die Wet op Prokureurs; O'Reilly K “Interim measures brought about through Attorneys Amendment Act” Julie (2015) *De Rebus* 28. Volgens die Wysigingswet op Prokureurs 40 van 2014 (hierna genoem die Wysigingswet op Prokureurs) is die Provinsiale Ordes by magte om alle professionele wangedrag

Slabbert³³ verwys na die saak van *Jasat v Natal Law Society*³⁴ waar die hof bevind het dat die skrapping en skorsing van 'n prokureur in terme van artikel 22(1)(d) van die Wet op Prokureurs op 'n drieledige ondersoek berus. Die hof moet eerstens vasstel of die beweerde gedrag op 'n oorwig van waarskynlikhede bevestig kan word. Die vraag kan beantwoord word deur 'n feitelike ondersoek na die gewraakte gedrag of handeling. Die tweede vraag is subjektief van aard en die hof moet homself afvra of die prokureur 'n handeling verrig het wat onprofessioneel, oneerlik of onbetaamlik was.³⁵ Hierdie bevinding van die hof is in essensie 'n waarde-oordeel. Die hof moet daarna laastens bepaal of die skorsing van die prokureur vir 'n spesifieke tydperk genoegsame straf is vir die oortreding. Indien die oortreding van die prokureur as ernstig deur die hof geag word, sal die hof gelas dat die prokureur van die rol geskrap moet word.³⁶

klagtes te ondersoek en stappe te neem teen sodanige regspraktisyn ongeag of die praktisyn 'n lid van die orde is of nie.

³³ Slabbert M *supra* (n 21) 211.

³⁴ 2000 (2) All SA 310 (SCA) par 10.

³⁵ A 22(1)(d) van die Wet op Prokureurs verleen aan die hof 'n diskresionêre bevoegdheid om 'n prokureur van die rol te skrap indien die hof van mening is dat die regspraktisyn nie meer as "geskik en gepas" geag word om tot die regspraktyk deel te neem nie. Die hof moet dus in essensie beslis of die handeling wat deur die betrokke orde geïdentifiseer is as onbetaamlik, oneerlik of onprofessionele optrede deur 'n regspraktisyn geag behoort te word; sien ook Van der Merwe FE *supra* (n 22) 181.

³⁶ In *General Council of the Bar of South Africa v Jiba and others supra* (n 28) stel Legodi R die toets met betrekking tot die skorsing van advokate as volg: "Section 7(1)(d) of the Admission of Advocates Act authorises a court to remove an advocate from the roll of advocates, if satisfied that he or she is not a 'fit and proper' person to continue to practise as an advocate. The test is the contemplation of a three-stage inquiry, as is also the case in applying the provision of s 22 (1)(d) of the Attorneys Act 53 of 1979. First, the court must decide if the alleged conduct complained of has been established on a preponderance of probabilities. This is a factual inquiry. Secondly, it must consider if the person concerned is in the discretion of the court not a fit and proper person to continue to practise. This involves a weighing-up of the conduct complained of against the conduct expected of a person fit and proper to practise. This is a value-judgment consideration. Thirdly, the court must inquire whether in all of the circumstances the person in question is to be removed from the roll or whether an order of suspension from practice would suffice. This is also a matter for the discretion of the court."; Van der Merwe FE *supra* (n 22) 182. Hy voer ook aan dat die hof 'n skorsingsbevel vir 'n bepaalde tydperk kan

Die oorweging van die hof met betrekking tot 'n gepaste straf is deurgaans die beskerming van die publieke belang.³⁷

Artikel 15(3) van die Wet op Prokureurs maak uitdruklik voorsiening vir die hertoelating van prokureurs wat van die rol geskrap is. Die aansoek en bewyslas berus by die betrokke

opskort, wat in wese beteken dat die praktisyn kan voortgaan om te praktiseer. Die Wet op Prokureurs maak egter nie voorsiening vir die opskorting van 'n skorsingsbevel nie, maar die hof het 'n gemeenregtelike bevoegdheid waarbinne hierdie bevel gemagtig word. Hy verwys ook na die aangeleentheid van *Law Society of the Cape of Good Hope v C* 1986 (1) SA 616 (A) 641 C-D waar die gemeenregtelike bevoegdheid van die hof deur die appèlhof bevestig is; die drie-ledige toets is ook in die aangeleentheid van *Johannesburg Society of Advocates v Van Blankenberg* 2015 JOL 33057 (GJ) toegepas. In hierdie aangeleentheid het die Algemene Balieraad 'n aansoek gebring vir skorsing van die regspraktisyn in terme van a 7(1)(d) van die Wet op die Toelating van Advokate. Die respondent, 'n praktiserende advokaat, het 'n sertifikaat voorberei ten einde in België te litigeer. Die sertifikaat het egter valshede bevat en die hof moes beslis of die respondent steeds as 'n geskikte en gepaste persoon beskou kon word om te praktiseer. Die hof het die drieledige toets toegepas en eerstens bevind dat die gewraakte daad op 'n oorwig van waarskynlikhede bevestig kon word. Die hof was egter nie oortuig dat die respondent die hof doelbewus mislei het deur die vals inligting op die sertifikaat te verskaf nie. Die hof moes tweedens 'n waardeoordeel fel oor die vraag of die respondent geskik en gepas was om te praktiseer. Die hof het bevind dat die respondent steeds geskik en gepas was om te praktiseer en dat die respondent se gedrag slegs 'n ses maande skorsing van sy praktyk regverdig.

³⁷ *Malan and Another v Law Society, Northern Provinces* 2009 (1) SA 216 (SCA); in *Zeiler v Incorporated Law Society* 1902 TS 24 het Innes RP as volg beslis: "The terms of the Administration of Justice Proclamation are to the effect that this Court "may approve, admit to practise and enrol" as practitioners any persons who have been admitted in a corresponding capacity by the late High Court, and who are not under any order of suspension. Those words, in my opinion, confer upon the Court a discretion as to admission, and impose upon it a corresponding obligation to carefully consider, and decide as to any circumstances which would tend to show that a particular applicant is not, professionally, a person who should be admitted to the privileges of a practitioner of the Court. That is a duty which the Court must discharge upon its own judgment. It is not a question of law, nor is it a rule of practice; so that the Court cannot rely upon or regard as binding the decision of any other tribunal ... So far as I am aware it is an unprecedented case that an attorney should have his name struck off on two separate occasions for gross professional misconduct. And I think that a man who has thus been dealt with should not be placed upon the roll of practitioners of this Court whether we consider the interests of the public, or the feelings and status of those who would be his fellow-practitioners."; Slabbert M supra (n 21) 211.

regspraktisyn en hy moet die hof oortuig dat hy 'n "geskikte en gepaste" persoon is om hertoegelaat en heringeskryf te word.³⁸

Van der Merwe meen dat daar onduidelikheid bestaan oor die rol van die betrokke orde in die hertoelating van prokureurs.³⁹ In terme van artikel 16 van die Wet op Prokureurs, moet die voornemende prokureur ook aan die betrokke orde bewys dat hy of sy 'n "geskikte en gepaste" persoon is.⁴⁰ Die orde moet hul diskresie uitoefen en elke saak op sy eie meriete beoordeel.⁴¹ Ingevolge artikel 16(1) van die Wet op Prokureurs moet die betrokke applikant ook die betrokke orde oortuig dat hy 'n "geskikte en gepaste" persoon is om hertoegelaat te

³⁸ A 15(3)(a); Slabbert M *supra* (n 21) 211 meen dat die verskil in bewoording tussen a 15(1) en a 15(3) van die Wet op Prokureurs juis aan die hof 'n verdere diskresie verleen om 'n praktisyn toe te laat om heringeskryf te word. Ingevolge a 15(1) moet die hof 'n persoon inskryf en toelaat as prokureur indien die voornemende regspraktisyn aan die nodige vereistes voldoen. Die bewoording van a 15(3) verskil in die opsig dat die hof 'n persoon wat voorheen van die rol geskrap is, kan toelaat om heringeskryf te word. Sy meen dat die verskil in bewoording aan die hof 'n verdere diskresie verleen om selfs in gevalle waar die praktisyn aan die vereistes voldoen vir hertoelating, die hof steeds die herinskrywing kan weier; sien verder *Solomon v Law Society of the Cape of Good Hope* 1934 AD 401 waar die hof as volg beslis het: "(A)ll the Law Society need (to) do is bring to the notice of the Court that the attorney has been convicted. If nothing further is said, the Court will strike the attorney off the roll. It is, however, open to the attorney to bring to the notice of the Court such facts as will raise a strong presumption that he ought not to have been convicted. He may bring before the Court, as has been done in some cases, the evidence upon which he has been convicted, and ask the Court to say that such evidence did not justify his conviction, or he may bring new facts to its notice which would throw such doubt on the correctness of his conviction as to justify the Court in hearing the whole matter afresh. Each case will depend on its own circumstances, and no general rule can be laid down which the courts must follow. The whole enquiry is of a disciplinary nature, and how the Court will conduct that enquiry will depend on the circumstances of the case"; sien ook verder *Society of Advocates Natal and Natal Law Society v Merret* 1997 (2) All SA 273 en *Fine v Society of Advocates of Sale (WLD)* 1983 (4) SA 488 (A).

³⁹ Die bewoording van a 15(1) van die Wet op Prokureurs het voor die wysiging van die bepaling in 1984 slegs voorsiening gemaak vir die toelating van prokureurs; Van der Merwe FE *supra* (n 22) 184.

⁴⁰ Slabbert M en Boome DJ *supra* (n 22) 1500; Van der Merwe FE *supra* (n 22) 177. Die aansoek om toelating tot die amp van prokureur word by wyse van 'n *ex-parte* aansoek gebring. Die betrokke orde moet 'n afskrif van die aansoek ten minste 'n maand voor die hofdatum ontvang aangesien die kandidaat ook die betrokke orde moet oortuig dat hy of sy 'n "geskikte en gepaste" persoon is om toegelaat te word.

⁴¹ Slabbert M en Boome DJ *supra* (n 22) 1501.

word. Van der Merwe⁴² voer egter aan dat die doel van hierdie voorskrif reeds in die aangeleentheid van *Kudo v Cape Law Society*⁴³ bespreek is en die hof het bevind dat hierdie vereiste slegs administratief van aard is en dat die orde deur die betekening van die aansoek in staat gestel word om voor te berei jeens hul houding ten opsigte van die hertoelating van die betrokke applikant.⁴⁴ Slabbert verwys egter na die aangeleentheid van *Law Society, Transvaal v Behrman*⁴⁵ en voer aan dat die houding van die bepaalde orde ten opsigte van die hertoelating van 'n applikant 'n deurslaggewende rol speel in die uiteindelijke beslissing van die hof.⁴⁶

Dit dien ook vermeld te word dat die Wet op die Toelating van Advokate nie uitdruklik voorsiening maak vir die hertoelating van advokate nie.⁴⁷ Die hertoelating van 'n advokaat is egter in praktyk moontlik vanweë die feit dat die hof 'n inherente gemeenregtelike gesag uitoefen ten opsigte van die regulering van enige hofprosesse. Die advokaat, soos in die geval van 'n prokureur, sal egter aan die hof moet bewys dat hy 'n "geskikte en gepaste" persoon is om hertoegelaat te word tot die professie.⁴⁸ Die applikant moet, ten einde aan die hof te bewys dat hy wel 'n "geskikte en gepaste" persoon is, die hof onder andere oortuig dat hy werklik hervorm het, 'n redelike tyd verloop het sedert die gewraakte

⁴² Van der Merwe FE *supra* (n 22) 184.

⁴³ 1977 (4) SA 659 (A).

⁴⁴ Die hof stel dit verder as volg: "That the law society should be satisfied can clearly only be directory, requiring the applicant to attempt so to satisfy the society by supplying all the relevant information in his application bearing on his fitness to practice ... To hold otherwise would constitute the law society the supreme arbiter and not the court – and that would be in clear conflict with ... the obvious intention of the legislature."; Van der Merwe FE *supra* (n 22) 184.

⁴⁵ 1981 All SA 470 (A) 557 H.

⁴⁶ Slabbert M *supra* (n 21) 212.

⁴⁷ Slabbert M en Boome DJ *supra* (n 22) 1502.

⁴⁸ Dieselfde vereistes vir aanvanklike toelating behoort van toepassing te wees en die hof se diskresionêre waarde-oordeel is deurslaggewend; Slabbert M *supra* (n 21) 211.

handeling verrig is wat tot die skrapping van die applikant aanleiding gegee het,⁴⁹ en dat dit waarskynlik is dat die applikant in die toekoms sy pligte met waardigheid en eerlikheid sal verrig.⁵⁰

3.2.3 Die toepassing van die “geskikte en gepaste persoon” beginsel

Dit blyk dus dat voldoening aan die formele vereistes sowel as die feit dat ’n voornemende regspraktisyn oor die nodige akademiese kwalifikasies beskik, nie voldoende is ten einde toelating te waarborg nie.⁵¹ Persone sal slegs tot die professie toegelaat word indien hulle

⁴⁹ In *Ex parte Caminsky* 1958 (3) SA 249 (N) het Broome RP gehandel met die hertoelating van ’n advokaat en die toets as volg gestel: “The principles which should guide the Court in cases of this sort I take to be these. (1) There must be reformation in respect of the type of misconduct which led up to the striking off. (2) As reformation must be largely a matter of inference, there must be a lapse of sufficient time between the striking off and the application for reinstatement to render the inference a reasonably safe one. (3) There must be restitution in so far as it is reasonably possible for the applicant to restore.”; dit behoort egter vermeld te word dat die betrokke wetgewing nie ’n spesifieke tydperk vasstel alvorens ’n aansoek om hertoelating oorweeg sal word nie; Van der Merwe FE *supra* (n 22) 184; in *Ex parte Brits* 1966 (1) SA 105 (T) het die hof aangedui dat ’n prokureur wat homself skuldig gemaak het aan die onregmatige verhalings van trustgelde, die Getrouheidsfonds behoort te vergoed vir enige eise teen die fonds alvorens hy mag aansoek doen vir hertoelating tot die professie.

⁵⁰ In *Ex parte Aarons* 1985 (3) SA 286 (T) 294G-I het die hof die toets as volg gestel: “It seems to me to be fundamental to this enquiry to determine what the particular defect of character or attitude was before one can begin to establish whether an applicant has reformed in respect thereof. It is equally important, I believe, to enquire whether the applicant himself properly and correctly identifies and appreciates the defect of character or attitude involved. Unless there is such proper and correct appreciation by the applicant, it is difficult to see how the defect can be corrected or cured or eradicated, and how there can be true reformation which is reliable and lasting.”

⁵¹ In *General Council of the Bar of South Africa v Jiba and others supra* (n 28) stel Legodi R dit egter as volg: “A successful practitioner, an attorney or an advocate, should possess and display certain qualities, most of which cannot be acquired through learning. Having these qualities could indicate that a person is indeed a ‘fit and proper’ person for the profession. An appropriate academic training may, however, play a vital part in improving them, as they are ‘by nature at least latent’.”; sien verder ook Slabbert M *supra* (n 21) 212.

kan bewys dat hulle “geskikte en gepaste” persone is. Dit blyk verder dat die hertoelating en herinskrywing van praktisyne ook net sal plaasvind indien die applikant die hof kan oortuig dat hy “geskik en gepas” is om hertoegelaat te word tot die professie.

Die voornemende regspraktisyn, ten einde toegelaat te word of in die geval van skraping, hertoegelaat te word tot die regsprofessie, word dus onderwerp aan ’n uitgebreide karaktertoets.⁵² In beginsel beteken dit dat slegs persone met geskikte karaktereienskappe toegelaat sal word tot die regsprofessie.

Die *onus* rus op die voornemende regspraktisyn om te bewys dat hy oor die nodige karaktereienskappe beskik.⁵³ Die toepassing van die karaktertoets is in beginsel ’n diskresionêre waarde oordeel wat by die hof berus.⁵⁴

3.2.3.1 Kenmerke van ’n “geskikte en gepaste” persoon

Die regsprofessie berus op ’n sterk morele grondslag.⁵⁵ Hiervolgens behoort regspraktisyne oor ’n goeie morele karakter te beskik aangesien hulle vertrou word met onder andere die

⁵² Slabbert M *supra* (n 21) 212; Slabbert M en Boome DJ *supra* (n 22) 1499.

⁵³ Slabbert M *supra* (n 21) 212.

⁵⁴ *Naylor and Another v Jansen* 2007 (1) SA 16 (SCA) par 21; Van der Merwe FE *supra* (n 22) 186.

⁵⁵ Slabbert M en Boome DJ *supra* (n 22) 1512 haal Kriegler R in *S v Mamabolo* 2001 (3) SA 409 (CC) aan as volg: “Having no constituency, no purse and no sword, the judiciary must rely on moral authority.”; sien verder ook Van Zyl CH IV en Visser J “Legal ethics, Rules of conduct and the Moral Compass – Considerations from a Law Student’s Perspective” (2016) 19 *PER/PELJ* 1-18 vir ’n verdere verduideliking van die morele grondslag waarop die professie berus asook die struikelblokke wat ’n regspraktisyn kan verhoed om aan die “geskikte en gepaste” persoon toets te voldoen.

geldelike belange, waardigheid, konfidensiële inligting en bates van hul kliënte. 'n Regspraktisyn moet hierdie vertrouwe wat die publiek in hulle stel, waardig wees.⁵⁶

Oor die algemeen word aanvaar dat 'n geskikte en gepaste persoon ten minste oor integriteit, betroubaarheid en eerlikheid moet beskik.⁵⁷

Slabbert en Boome is ook van mening dat 'n persoon wat oor 'n kriminele rekord beskik, *prima facie* nie kan aanvoer dat hy 'n "geskikte en gepaste" persoon in ten einde tot die

⁵⁶ Randall GH, Bax KC en Sampson DH *South African Attorney's Handbook* 3de uitgawe (Durban: Butterworths 1983) 111 stel dit dat: "The attorney must endeavour to be the 'guide, philosopher and friend' of his client. The client may not understand his position or know what are his rights. More probably he may not know what steps are necessary to safeguard his interests. It is the duty of the attorney to see that his client is properly protected."

⁵⁷ Van Zyl GB *The theory of the judicial practice of South Africa: with Suitable and Copious Practical Forms Subjoined to and Illustrating the Practice of the Several Subjects Treated of* 4de uitgawe (Kaapstad: Juta & Co. Ltd. 1931) 1 43 verwys na hierdie karaktereienskappe as volg: "The law exacts from an attorney *uberrima fides*—that is, the highest possible degree of good faith. He must manifest in all business matters an inflexible regard for truth; there must be a rigorous accuracy in minutiae, a high sense of honour and incorruptible integrity; he must serve his client faithfully and diligently; he must not be guilty of any unnecessary delay; he must not act in a case which he knows from the beginning to be unjust and unfounded ..."; Slabbert M *supra* (n 21) 212; Slabbert M en Boome DJ *supra* (n 22) 1499 verwys ook na die Zimbabwiese saak van *In re Chikweche* 1995 4 SA 284 (ZC) 291 H-J waar die begrip "geskikte en gepaste" persoon as volg omskryf is: "(A) fit and proper person allude, in my view, to the personal qualities of an applicant- that he is a person of honesty and reliability"; sien ook Jowitt A "The impact of plagiarism on admission to the bar: *Re: Liveri* [2006] QCA 152" 2007 (11) *Journal of South Pacific Law* 213-217 en *Re: Liveri* [2006] QCA 152 par 21 waar die Australiese hof beslis het dat 'n voornemende regspraktisyn wat haar aan plagiaat skuldig gemaak het gedurende haar studie periode, nie geskik en gepas is om tot die profesie toegelaat te word nie. Die hof het in hierdie geval 'n omvattende opinie van die geskiktheid van die applikant gevorm en bevind dat die aksie van plagiaat 'n element van oneerlikheid insluit en dus die applikant ongeskik maak om te praktiseer. Die feit dat die plagiaat gedurende haar studentejare gepleeg is, het geen impak op die uiteindelijke beslissing van die hof gehad nie, aangesien die hof die karakter van die applikant beoordeel het. Die hof het verder as volg beslis: "The findings against the respondent involve serious plagiarism, committed more than once. At relevant times, she was a person of mature years - 25 and 27 years old. Her unwillingness, subsequently, to acknowledge that misconduct, establishes a lack of genuine insight into its gravity and significance: for present purposes, where the Court is concerned with fitness to practice, that aspect is at least as significant as the academic dishonesty itself. It could not presently be concluded the applicant is fit for admission as a legal practitioner."

regsprofessie toegelaat te word nie, maar dat elke saak op sy eie meriete en na deeglike ondersoek deur die hof beoordeel behoort te word.⁵⁸

MacDowell⁵⁹ meen dat 'n goeie morele karakter universeel van toepassing is en nie gebonde is aan 'n spesifieke tydvak of kultuurgroep nie. Volgens hom kan 'n persoon met 'n goeie morele karakter gekenmerk word aan die volgende eienskappe:

““Good moral character” signifies the professional possesses and practices certain virtue and traits, such as truthfulness, dedication to high levels of competence, loyalty to clients, and the profession, trustworthiness, courage in carrying out professional responsibilities, a desire to serve the public instead of mere striving for private gain, and the disposition to make decent, rational decisions in actual context of difficult judgment.”⁶⁰

⁵⁸ Slabbert M en Boome DJ *supra* (n 22) 1501. Hulle verwys na *Swartzberg v The Law Society of the Northern Provinces* 2008 (5) SA 322 (SCA) waar die hof bevind het dat 'n kriminele rekord normaalweg op 'n defek in 'n persoon se karakter dui wat nie strook met die karaktereienskappe wat van 'n “geskikte en gepaste” regspraktisyn verwag word nie; in *Ex parte Ngwenya In Re: Ngwenya v Society of Advocates (Pretoria)* is Ngwenya skuldig bevind aan onder andere diefstal en tot tronkstraf gevonniss. In sy eedsverklaring het hy egter aangedui dat hy onregmatig skuldig bevind is aan die misdad. Hy het egter terselfdertyd aanvullende eedsverklarings ingedien ter bevestiging van sy hervorming oor 'n tydperk van 30 maande. Sy aansoek om toelating tot die regsprofessie is deur die hof geweier. Swartzman R het as volg sy redes vir die weiering verskaf: “Having dealt with the approach to be followed when the correctness of a conviction is placed in issue and when it is admitted, a person seeking admission cannot plead these approaches in the alternative, i.e. he or she cannot say that I was wrongfully convicted but in the alternative, say that he or she is a fit and proper person to be admitted because I have reformed. This is because reformation can only begin when a person acknowledges that he or she has committed the wrongful act.”

⁵⁹ MacDowell B “The usefulness of “Good moral character”” (1993) 33 *Washburn Law Journal* 323 beskikbaar by <http://www.heinonline.org.za> (datum van gebruik: 3 Oktober 2015).

⁶⁰ MacDowell B *supra* (n 59) 325. Hy voer verder aan dat hierdie karaktereienskappe nie uniek aan die regsprofessie is nie, maar dat daar van die regspraktisyn verwag word om 'n verhoogde verpligting van vertroulikheid en lojaliteit teenoor kliënte en kollegas te handhaaf. Hy meen dus dat daar slegs 'n klemverskuiwing plaasvind tussen algemene goeie morele karaktereienskappe en professionele morele karaktereienskappe.

Insgelyks word die vereistes van 'n "geskikte en gepaste persoon" nie in wetgewing omskryf nie ten spyte van die feit dat dit 'n streng vereiste vir toelating tot die professie is, en die interpretasie daarvan is grotendeels subjektief van aard.⁶¹

Die onduidelikheid met betrekking tot die beoordeling van 'n "geskikte en gepaste" persoon het in die verlede die regslui in twee afsonderlike kampe verdeel. Die een groep het gemeen dat die beoordeling van die begrip 'n feitelike bevinding aan die kant van die hof behoort te wees. Die alternatiewe siening tot die toepassing van die begrip was dat die hof 'n diskresie uitoefen wanneer hy moet beslis of die aplikant 'n geskikte en gepaste persoon is om toegelaat of hertoegelaat te word en dus 'n omvattende opinie van die voornemende regspraktisyn moet vorm.⁶² Van der Merwe⁶³ verwys na die aangeleentheid van *Kudo v Cape Law Society*⁶⁴ waar die meerderheidsuitspraak bevestig het dat die vraag of 'n persoon "geskik en gepas" is om hertoegelaat te word, 'n feitevraag is en dat die hof nie oor 'n diskresie beskik om die persoon as "geskik en gepas" te aanvaar nie. In die minderheidsuitspraak is die hof se diskresie uitgelig as die uiteindelijke bedoeling van die wetgewer met die invoering van die woorde "oortuig is" en "geskikte en gepaste persoon" ingevolge artikel 15(1) van die Wet op Prokureurs. Hierdie siening is ook in die aangeleentheid van *Law Society, Transvaal v Behrman*⁶⁵ nagevolg.

Volgens Van der Merwe is hierdie opvatting egter reggestel in die saak van *Kaplan v Incorporated Law Society, Transvaal*⁶⁶ waar die hof bevind het dat die beslissing of 'n

⁶¹ Slabbert M *supra* (n 22) 209.

⁶² Van der Merwe FE *supra* (n 22) 186.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Kudo v Cape Law Society supra* (n 43).

⁶⁵ *Law Society, Transvaal v Behrman supra* (n 45).

⁶⁶ 1981 (2) SA 763 (T).

persoon 'n geskikte en gepaste persoon is om toegelaat of hertoegelaat te word tot die professie, binne die diskresie van die hof berus.⁶⁷

3.2.3.2 Die misbruik van die “geskikte en gepaste persoon” toets

Die geskikte en gepaste persontoets is egter ook al beskryf as 'n dubbelsinnige en oorbodige konsep wat aanleiding kan gee tot arbitrêre en diskriminerende toepassing tot voordeel van die spesifieke siening en vooroordele van die persoon wat die kriteria toepas.⁶⁸ MacDowell⁶⁹ is van mening dat die karaktertoets gebruik word as 'n meganisme om kontrole te bewerkstellig ten einde regspraktisyns te dwing om 'n bepaalde gedrag en denkwyse te handhaaf. Volgens hom word 'n goeie karakter gekenmerk aan die optrede van die meerderheid regspraktisyns terwyl die karaktereienskappe van die gemarginaliseerde groepe as onvoldoende beskou word.

Met die verandering van Suid-Afrika na 'n demokratiese samelewing, het die destydse Waarheids-en-Versoeningskommissie bevind dat die regsgemeenskap 'n beduidende rol gespeel het in die verlening van 'n mate van legitimiteit aan die apartheidsregering en die afdwinging van apartheidsbeleid.⁷⁰ In die verlede is die hof se waarde-oordeel beïnvloed

⁶⁷ Van der Merwe FE *supra* (n 22) 188. Die uiteenlopende regspraak het aanleiding gegee tot 'n wysiging in die Wet op Prokureurs deur die invoeging van die woorde “na goedvinde van die hof” in a 15(1)(a). Dieselfde bewoording is ingevoeg in a 15(3)(a).

⁶⁸ Van Wyk CW, Roodt CH en Le Roux B *Study guide for Professional Ethics* (Pretoria: Unisa Press 2009) 4.

⁶⁹ MacDowell B *supra* (n 59) 333.

⁷⁰ Van Wyk CW, Roodt CH en Le Roux B *supra* (n 68) 18. Die Waarheids-en-Versoeningskommissie verslag, vol 4 (1998) par 33 het die bevinding as volg uiteengesit: “(T)he courts and the organised legal profession generally and subconsciously or unwittingly connived in the legislative and executive pursuit of injustice, as was pointed out by a few at the time and acknowledged by so many at the hearing. Perhaps the most common form of subservience can be captured in the maxim *qui tacet consentive* (silence gives consent)”.

deur die politieke siening van die bepaalde regerende party.⁷¹ Die karaktertoets is dikwels gebruik om regspraktisyns uit die praktyk te verwyder wie se siening nie met die doelstellings van die destydse regerende Nasionale Party ooreengestem het nie en praktisyns wat openlik aan die “struggle” deelgeneem het, is veral deur die howe en die betrokke ordes geteiken.

In die aangeleentheid van *Incorporated Law Society v Wookey*⁷² het die hof geweier om die klerkskap van die applikant, ’n vrou, te registreer vanweë die feit dat vroue nie toegelaat is om as prokureurs te praktiseer nie.⁷³ Die appèlhof het op die Romeins-Hollandse regsbeginsels staatgemaak in hul uitspraak en bevind dat sekere groepe persone “ongeskik” is om as regspraktisyns te praktiseer. Hierdie groep persone het onder andere dowe persone, vroue, blinde persone, Jode en heidene ingesluit.⁷⁴

⁷¹ Slabbert M *supra* (n 21) 212.

⁷² 1912 AD 623.

⁷³ Innes R het as volg kommentaar gelewer: “(T)he invariable practice for centuries had been to admit men only to the profession. I feel not the least doubt that the legislature was contemplating men only, was legislating for men only, and had no thought of introducing any change into the well-established practice of the Courts. What they had in mind was not to alter the description of the persons who were thereafter to be entitled to admission as attorney, but merely to deal with the qualifications which in future would be required of those men who applied for admission. It is inconceivable to me that if the Legislature had intended to introduce so great a change and to throw open the doors of the profession to women that it would have done so in clear and unambiguous language, instead of leaving it as an inference to be drawn from the use of the word person, which might or might not include women as well as men”.

⁷⁴ *Incorporated Law Society v Wookey supra* (n 72) 641. Innes R het onder andere aangedui dat: “It will serve no useful purpose for me to trace the history of legislation and practice in this regard at any length from earliest times. Suffice it to say that all the writers on Roman-Dutch law base the practice of the Dutch Courts largely on the Edict of the Praetor (*Digest, 3, 1, de postulando*). Accordingly, we find that *inter alia* boys under 17 years of age were excluded from the profession of attorneys or advocates, as also women, the deaf and the blind. The later Christian Emperors introduced further restrictions, which were also adopted into Dutch practice: pagans, Jews, pronounced heretics, and persons, for example, who deny the Trinity.”; Van Wyk CW, Roodt CH en Le Roux B *supra* (n 68) 5.

Bram Fischer is gedurende die apartheidsbewind deur die Balieraad voor die hof gedaag vanweë sy deelname aan die “struggle” en lidmaatskap tot die destydse Kommunistiese party. In die aangeleentheid van *Society of Advocates of SA (Witwatersrand Division) v Fischer*⁷⁵ het die hof bevind dat Fischer nie ’n “geskikte en gepaste” persoon was om as advokaat te praktiseer nie en is sy naam van die rol van advokate geskrap.⁷⁶ In sy uitspraak het De Wet R as volg beslis:

“In the present case the letters of the respondent, together with his absconding from his trial, clearly lead to the inference that not only was he guilty of subversive conduct in the past but that he intends continuing such activity and probably at the present time is still engaged in such activity. The respondent says: “I can no longer serve justice in the way I have attempted to do during the past thirty years. I can do it only in the way I have now chosen.” In saying this, the respondent in effect admits that he is not fit to remain on the roll of advocates, where it would be his duty to further the administration of justice to the best of his ability. He in effect admits that his political beliefs are such that he is not prepared to conform to the laws of his country. It is the duty of the Court to uphold and enforce the laws of the country duly enacted and promulgated. It would be inconsistent with that duty for the Court to allow an advocate to remain on the roll when he is defying these laws and instigating others to defy these laws.”

⁷⁵ 1966 (1) SA 133 (T).

⁷⁶ Sien onder andere Le Roux “Conscience against the law: Mahatma Ghandi, Nelson Mandela and Bram Fisher as practicing lawyers during the struggle” (2001) *Codicillus* 20-35; Van Wyk CW, Roodt CH en Le Roux B *supra* (n 68) 5. Die situasie is egter in Oktober 2003 deur die Balieraad reggestel en is hy na sy dood hertoegelaat tot die rol van advokate by wyse van ’n aansoek om hertoelating deur sy dogter; sien verder *Rice v Society of Advocates of SA (Witwatersrand Division)* 2004 (5) SA 537 (WLD); sien ook Radebe JT *supra* (n 2). Radebe verwys na die stryd van die eerste swart advokaat, Duma Nokwe, wat tot die Johannesburgse Balieraad toegelaat is en sy stryd onder die apartheidsbewind ten einde erken te word as regspraktisyn. Hy voer verder aan: “It was through a combination of the oppressive policies of the Government of the day and the ill-fated policies of the profession that the lawyers of the generation of Oliver Tambo, Nelson Mandela, Duma Nokwe, Bram Fischer and Griffiths and Victoria Mxenge and others were deprived of the opportunity to practice their profession freely.”

In die aangeleentheid van *Incorporated Law Society, Transvaal v Mandela*⁷⁷ het die destydse Prokureursorde van Transvaal 'n aansoek gebring ten einde Mandela van die rol van prokureurs te skrap vanweë sy deelname aan die veldtog van doelbewuste burgerlike ongehoorsaamheid. Die hof het egter hierdie aansoek om skraping van die hand gewys en het bevind dat die respondent die reg het om te veg vir sy persoonlik politieke oortuigings. Die feit dat hy dus doelbewus die bepalinge van sekere apartheidswetgewing oortree het ten einde sy politieke oortuigings na te streef, het hom nie ongeskik gemaak om as 'n regspraktisyn te praktiseer nie.⁷⁸

⁷⁷ 1954 (3) SA 102 (TPD).

⁷⁸ Ramsbottom R het aangevoer dat die gewraakte gedrag van die respondent nie in sy professionele hoedanigheid gepleeg is nie en dat sy gedrag nie 'n ongeskikte en ongepaste karakter geopenbaar het nie; Van Wyk CW, Roodt CH en Le Roux B *supra* (n 68) 14. Volgens die skrywers het die hof in hierdie aangeleentheid die sogenaamde karaktertoets toegepas ten einde te bevind dat, alhoewel die respondent nie sy plig as regspraktisyn om die wette van die land te gehoorsaam, nagekom het nie, sy geskiktheid en gepastheid om te praktiseer nie deur sy dade beïnvloed is nie. Deur die toepassing van die karaktertoets is dit dus moontlik vir 'n regspraktisyn om die wette van die land te oortree, mits sy beweegrede daaragter regverdigbaar is. 'n Belangrike klemverskuiwing het egter in die soortgelyke aangeleentheid van *Matthews v Cape Law Society* 1956 (1) SA 807 (C) plaasgevind. Soortgelyk aan Mandela, is Matthews ook vanweë sy lidmaatskap tot die *African National Congress Youth League* onder die destydse Onderdrukking van Kommunisme Wet 44 van 1950 aangekla. Die hof het egter bevind dat die geskikte en gepaste persoonbeginsel soos verwoord in die saak van Mandela nie toegepas behoort te word nie. Die klem behoort eerder te val op die plig van die regspraktisyn om die wette van die land te gehoorsaam. Enige oortreding van die regspraktisyn sal dan tot 'n bevinding lei waar die karakter van die praktisyn nie meer as geskik en gepas geag word om tot die regsprofessie te behoort nie. De Villiers R het as volg opgemerk: "As an attorney, he is an officer of the Court; by his admission he both obtains privileges and incurs obligations. The Court of which he is an officer, obviously must and does uphold the existing laws, and I see no reason either in principle or logic why an officer of the Court should be in any different position. That he is entitled to criticize laws which he regards as unjust is obvious, and that he is entitled to attempt to secure their repeal by constitutional or otherwise legal means is equally clear. But I cannot agree that securing their repeal by illegal means is consistent with his duty as an office of the Court."; dieselfde benadering is gevolg in die daaropvolgende saak van *Incorporated Law Society, Natal v Hassim* (ook bekend as *Essack*) 1978 (2) All SA 552 (N).

3.2.3.3 Die toepassing van die “geskikte en gepaste” persoon na 1994

Die totstandkoming van die nuwe demokratiese bedeling en die aanvaarding van die Handves van Menseregte⁷⁹ het nie weggedoen met die streng toepassing van die karaktertoets nie.

Hierdie toets het dan ook die onderwerp geword van ’n aantal sake waarin die grondwetlikheid van die toepassing van die toets voor die hof gebring is. Die uitspraak van die hof het egter weinige veranderinge teweeggebring in die tradisionele toepassing van die toets ten einde regspraktisyns toe te laat tot die professie.⁸⁰

In die aangeleentheid van *Prokureursorde van Transvaal v Kleynhans*⁸¹ het die respondent aangevoer dat die hof se statutêre bevoegdheid ten einde ’n praktisyn “ongeskik en ongepas” te verklaar en van die rol te skrap, ongrondwetlik is en wel teenstrydig is met artikel 26(1) van die Interim Grondwet waarin die reg tot ekonomiese vryheid verskans is. Die hof het egter hierdie argument verwerp en bevind dat die regspraktisyn se regte beperk kan word in terme van artikel 33(1) van die Interim Grondwet.⁸²

⁷⁹ Hoofstuk 2 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (hierna genoem die Grondwet).

⁸⁰ Die toepassing van die “geskikte en gepaste” karaktertoets bestaan steeds in die wetgewing wat die toelating van regspraktisyns reguleer. Hierdie karaktertoets is ook opgeneem in die Wet op Regspraktyk en toekomstige regspraktisyns sal dus ook onder die nuwe bedeling aan hierdie vereiste vir toelating onderwerp word. ’n Verdere bespreking van die karaktertoets en die toepassing daarvan in die lig van die vereistes van die Wet op Regspraktyk volg in meer besonderhede hieronder by par 2.3.5; sien verder ook Slabbert M *supra* (n 21) vir ’n kort oorsig oor die verskeie sake waarin die karaktertoets in die verlede aan die grondwetlikheid daarvan deur die hof getoets is.

⁸¹ 1995 (1) SA 839 (T).

⁸² Van Dijkhorst R het as volg beslis: “Hoewel elke persoon kragtens a 26(1) van die Grondwet die reg het om vryelik aan die ekonomiese verkeer deel te neem beteken dit allermens dat dit ’n onbeperkte reg is. Jan Rap en sy maat het nie die reg om as neurochirurgen te praktiseer sonder enige kwalifikasies nie. Net so min ontnem a 26(1) die gemeenskap die reg om daarop aan te dring dat daar by die professies standarde gestel word, nie alleen wat bekwaamheid betref nie maar ook ten aansien van onkreukbare integriteit. Indien so ’n beperking op die algemene reg wat vervat is in a 26(1) nie vir iemand aksiomaties is nie, kan dit in elk geval gevind word

'n Soortgelyke argument is in die aangeleentheid van *Law Society of the Transvaal v Machaka*⁸³ aangebied. Die statutêre bevoegdheid van die hof is weereens aangeval, maar hierdie keer onder die finale Grondwet van 1996. Die respondent het geargumenteer dat die bevoegdheid van die hof inbreuk maak op sy reg tot waardigheid, vryheid en gelykheid⁸⁴ asook sy reg tot vryheid om 'n ambag, beroep of profesie te kies⁸⁵ en sy reg om nie onderwerp te word aan vernederende behandeling nie.⁸⁶ Die hof het egter hierdie argumente verwerp en aangedui dat die karaktertoets noodsaaklik is aangesien die profesie deur die toepassing van die toets van gewetenlose regspraktisyns beskerm word.⁸⁷

in a 33(1) as synde algemeen geldende reg wat redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid en nie die wesenlike inhoud van die reg verskans in a 26(1) ontken nie. Vereistes wat algemeen geldende kwalifikasies en norme vir die profesies daarstel kan myns insiens nie as onbestaanbaar met die bepalings van a 26(1) beskou word nie. A 33(3) van die Grondwet verleen aan sulke vereistes bestaansreg.”; sien verder ook Slabbert M *supra* (n 21) 213.

⁸³ 1998 (4) SA 413 (T).

⁸⁴ A 7(1) van die Grondwet.

⁸⁵ A 22 van die Grondwet.

⁸⁶ A 12(1)(e) van die Grondwet.

⁸⁷ Kirk-Cohen R stel die rede vir die verwerping van die punt *in limine* as volg: “The respondents have in fact exercised their rights under section 22. They have freely chosen their occupation and profession and exercised those rights. The point they overlook is that the constitutions, both old and new, do not provide that a person may abuse the right enshrined under section 22 of the new Constitution. Taken to its logical conclusion the submission of the first and third respondents would be that an attorney would be entitled to commit any offence, including theft of trust monies, but not be liable to be struck off the roll or suspended from practice because the new Constitution has impliedly repealed section 22 of the Attorneys Act and also the court's inherent power over practitioners who practise within its jurisdiction ... I may mention that the argument would have the following untenable result: Assuming that an attorney steals trust monies and is prosecuted; would that argument be valid against a term of imprisonment imposed by a criminal court? In my view, all existing laws, rules and regulations dealing with the legal profession, remain in force and effect until altered by statute; this has not occurred. In addition, the inherent powers of this Court have not been limited or curtailed.”; sien verder ook Slabbert M *supra* (n 21) 213.

Soos vroeër aangedui deur MacDowell,⁸⁸ is die karaktertoets in die onlangse verlede gebruik as 'n meganisme om kontrole te bewerkstellig ten einde regspraktisyne te dwing om 'n bepaalde gedrag en denkwysse te handhaaf. In die aangeleentheid van *Prince v President, Cape Law Society*⁸⁹ het die Kaapse Prokureursorde geweier om die leerkontrak van 'n voornemende regspraktisyn te registreer vanweë sy onwettige gebruik van dagga in godsdienstige seremonies.⁹⁰ In die meerderheidsbeslissing het die hof bevestig dat die plig van 'n regspraktisyn om die wette van die land te gehoorsaam van kardinale belang is en dat enige afwyking van hierdie gedrag sal aanleiding gee tot 'n bevinding dat die regspraktisyn nie "geskik en gepas" is om tot die professie toegelaat te word nie. Hierdie siening is egter nie uit alle oorde ondersteun nie. In al drie uitsprake⁹¹ aangaande die toelating van Prince het verskeie regters aangedui dat hy moontlik steeds 'n "geskikte en gepaste" persoon is al het hy openlik onwettig dagga gebruik. Hul argument het veral gesentreer rondom die feit dat Prince homself bewys het as 'n persoon van beginsel wat bereid was om sy loopbaan op te offer vir sy godsdienstige oortuigings. Hierdie gedrag het sy "geskikte en gepaste" karakter geopenbaar. In die minderheidsuitspraak het Sachs R egter aangedui dat die wil van die meerderheidsgroep deur die uitspraak op gemarginaliseerde groepe afgedwing word. Hy stel sy argument as volg:

"I believe that the majority judgment effectively, and in my view unnecessarily, subjects the Rastafari community to a choice between their faith and respect of the

⁸⁸ MacDowell B *supra* (n 59) 333.

⁸⁹ 2000 (3) SA 845 (SCA).

⁹⁰ Prince was 'n toegewyde Rastafariër wat aan die hof erken het dat hy die onwettige gebruik van dagga voorstaan en beplan het om in die toekoms ook dagga te gebruik vanweë sy godsdienstige oortuiging; in hul verklaring rondom die besluit om nie Prince se leerkontrak te registreer nie, het die orde as volg kommentaar gelewer: "It is common cause that the possession and use of *cannabis sativa* are presently prohibited by law and that you have breached the law as it stands ... It is the view of the Council that a person who states his intention to break the law, and actually continues to do so, cannot be regarded as a fit and proper person to have his contract of service registered because his conduct may bring the profession into disrepute."; Slabbert M *supra* (n 21) 215.

⁹¹ *Prince v President of the Law Society, Cape of Good Hope* 1998 (8) BCLR 976 (C); *Prince v President, Cape Law Society* 2000 (3) SA 845 (SCA) en *Prince v President, Cape Law Society* 2002 (2) SA 794 (CC).

law ... In my view the majority judgment puts a thumb on the scales in favour of ease of law enforcement, and gives insufficient weight to the impact the measure will have, not only on the fundamental rights of the appellant and his religious community, but on the basic notion of tolerance and respect for diversity that our Constitution demands for and from all in our society.”⁹²

3.2.3.4 Argumente met betrekking tot die toepassing van die “geskikte en gepaste persoon” beginsel

Volgens MacDowell⁹³ en Slabbert⁹⁴ is die feit dat die karaktertoets toegepas word voordat ’n regspraktisyn toegelaat word om te praktiseer, problematies.⁹⁵ Dit is volgens hulle onmoontlik om die gedrag van die persoon in die toekoms te voorspel sonder ’n deeglike kennis van die persoon se agtergrond en gedrag in bepaalde situasies. MacDowell lewer as volg kommentaar:

⁹² *Prince v President, Cape Law Society (CC) supra* (n 91); sien verder ook Slabbert M *supra* (n 21) 216; vir ’n onlangse uitspraak rondom die gebruik van dagga in privaat wonings deur individue en die siening van die hof aangaande die wysiging van die wetgewings wat met die gebruik van dagga gepaard gaan, sien *Prince v Minister of Justice and Constitutional Development and Others; Rubin v National Director of Public Prosecutions and Others; Acton and Others v National Director of Public Prosecutions and Others* (4153/2012) [2017] ZAWCHC 30 (31 March 2017). Dit blyk egter vermeld te word dat die wetgewer eers die wetgewing rondom die gebruik van dagga kan wysig indien die Konstitusionele Hof die ongrondwetlikheid van die betrokke wetgewings soos vervat in die Wes-Kaapse uitspraak bevestig het.

⁹³ MacDowell B *supra* (n 59) 217.

⁹⁴ Slabbert M *supra* (n 21) 217.

⁹⁵ *Ibid.* Voornemende regspraktisyns word gewoonlik onderwerp aan ’n kort onderhoud deur ’n senior afgevaardigde wat die betrokke professie verteenwoordig. Die onderhoud het ten doel om onder andere vas te stel of die voornemende regspraktisyn ’n kriminele rekord het en ook om sy kennis met betrekking tot die etiese reëls van die professie te toets. Die onderhoud het verder ten doel om vas te stel of die voornemende regspraktisyn enige dissiplinêre rekord het en in die algemeen sy karakter te bepaal.

“Predictions about how someone will act in the future in undefined situations may be fairly reliable for someone we know well, but would be questionable, at best, for anyone we do not know intimately.”⁹⁶

Slabbert meen dat die bevinding deur die ordes en die hof aangaande ’n regspraktisyn se “geskikte en gepaste” karakter en die daaropvolgende toelating van die regspraktisyn tot die professie, tot wanvoorstelling en onsekerheid aan die kant van die publiek kan lei.⁹⁷ Die toepassing van die toets kan moontlik ’n valse beeld skep dat alle regspraktisyne eerbaar en betroubaar is. Sy voer aan dat dit moontlik in die publieke belang is om afstand te doen van die karaktertoets aan die begin van ’n regspraktisyn se loopbaan en eerder voor te stel dat lede van die publiek deeglik ondersoek doen na die etiese agtergrond van die regspraktisyn alvorens hulle van sy dienste gebruik maak.⁹⁸ Myns insiens sal die verskuiwing van hierdie verpligting na die publiek ’n onnodige addisionele las op lede van die publiek plaas terwyl die plig om te bepaal of ’n regspraktisyn wel “geskik en gepas” is op die bepaalde reguleerder behoort te rus.

Sy voer verder aan dat ’n regspraktisyn na sy toelating toegerus word met verskeie vaardigheidsontwikkelingskursusse wat deur die LSSA en Algemene Balieraad aangebied word, maar dat geen fokus op die verdere ontwikkeling van sy morele karakter geplaas word nie.⁹⁹

⁹⁶ MacDowell B *supra* (n 59) 327.

⁹⁷ Slabbert M *supra* (n 21) 209.

⁹⁸ Slabbert M *supra* (n 21) 217.

⁹⁹ Slabbert M *supra* (n 21) 217. Hierdie standpunt word ook deur MacDowell gesteun; MacDowell B *supra* (n 59) 328; dit dien egter ook vermeld te word dat die vrywillige vaardigheidsontwikkelingskursusse, welke ook meerdermale etiek insluit, dikwels deur die betrokke Provinsiale Ordes and ander reguleerders aangebied word, maar selde deur besige regspraktisyne bygewoon word. MacDowell meen verder dat die karaktertoets moontlik eerstens deur universiteite toegepas behoort te word ten einde kandidate te keur alvorens hulle met hul studies begin. Slabbert meen ook verder dat die meeste LLB grade by verskeie universiteite nie etiek as ’n verpligte vakkeuse insluit nie. Die meeste voornemende regspraktisyne kry dus eers met die konsep van etiek te doen wanneer hulle met hul opleiding onder die ordes begin. Volgens haar behoort die morele karakter van voornemende regspraktisyne reeds op universiteit ontwikkel te word deur die aanbieding van verpligte etiek

MacDowell voer ook aan dat die toepassing van die karaktertoets onder kritiek deurloop vanweë die persepsie dat die toets innovasie, verskille en kritiek teen die meerderheidsbedeling onderdruk, maar stel dit verder dat 'n afwyking van hierdie toepassing van die karaktertoets tot nadeel van die professie sal wees.¹⁰⁰

3.2.3.5 Die toepassing van die “geskikte en gepaste” persoon en die Wet op Regspraktyk

Die voorwoord tot die Wet op Regspraktyk verwys na die feit dat geleentheid vir toegang tot die regsberoep beperk is in terme van die huidige wetgewende raamwerke. Die Wet op Regspraktyk het ten doel om enige onnodige of kunsmatige hindernisse tot die toegang tot die professie te verwyder en terselfdertyd die herstrukturering en transformasie van die professie te bewerkstellig.¹⁰¹ Ingevolge artikel 3(g)(i)-(iii) het die Wet op Regspraktyk verder ten doel om 'n raamwerk daar te stel waarvolgens die toelating van regspraktisyns gereguleer behoort te word. 'n Verdere doelstelling van die Wet op Regspraktyk is die ontwikkeling en instandhouding van etiese norme en standaarde vir die regsprofessie en die ontwikkeling van vaardigheidsprogramme ten einde hierdie doelstellings te bewerkstellig.

kursusse; sien ook verder Greenbaum L “Experiencing the South African undergraduate law curriculum” (2012) 7 *De Jure* 114.

¹⁰⁰ MacDowell B *supra* (n 59) 334; sien verder ook Mnyongani F “Whose morality? Towards a legal profession with an ethical content that is African” (2009) 24 *SAPR/PL* 121-134 vir 'n bespreking rondom die unieke aard van die Suid-Afrikaanse regsprofessie in die konteks van 'n etiese waarde-oordeel wat uniek aan die Afrika-kultuur is. Hy stel dit onder andere dat: “The starting point for professional ethics, it is suggested, should be the acknowledgement of the context within which it operates. The legalistic and formalistic application of the rules which do not make reference to the context or to consequences is inadequate. The included must be given an opportunity to present the particularity of their experience, but they too can only do so if they embark on the journey of ‘decolonising’ their minds. A possible way forward may start with opening the debate about what it means to be African in a profession that is Western in approach, ethos and orientation.”

¹⁰¹ Voorwoord tot die Wet op Regspraktyk.

Die toelating van regspraktisyns word in artikel 24 van die Wet op Regspraktyk verwoord. Ingevolge artikel 24(2) van die Wet op Regspraktyk moet 'n Hooggeregshof 'n voornemende regspraktisyn tot die rol toelaat indien die praktisyn by wyse van 'n aansoek aan die hof kan bewys dat hy oor die nodige vereistes beskik¹⁰² en 'n Suid-Afrikaanse burger is¹⁰³ of permanent in die Republiek woonagtig is,¹⁰⁴ 'n geskikte en gepaste persoon is om tot die professie toegelaat te word,¹⁰⁵ en bewys kan lewer dat 'n afskrif van die aansoek om toelating op die Regspraktykraad binne die voorgeskrewe tydperk beteken is.¹⁰⁶

Dit blyk dus dat die toepassing van die “geskikte en gepaste” persoon in die Wet op Regspraktyk opgeneem is. Die voornemende regspraktisyn sal dus steeds aan die hof moet bewys dat hy oor die nodige karaktereienskappe beskik om tot die professie toegelaat te word. Die behoud van die “geskikte en gepaste” karaktertoets in die Wet op Regspraktyk is dus aanduidend van die feit dat die karaktertoets steeds 'n belangrike rol speel in die toelating van voornemende praktisyns tot die regsprofessie en dat die kritiek teen die streng toepassing daarvan deur ons howe, nie die noodsaaklikheid van so 'n toets verydel nie.

¹⁰² A 26(1)(a)-(d) van die Wet op Regspraktyk vereis dat: (i) 'n voornemende regspraktisyn aan al die vereistes vir die toekenning vir 'n LLB-graad aan 'n universiteit binne die grense van Suid-Afrika moet voldoen en dat hierdie kursus nie korter as vier jaar mag duur nie of (ii) die studie vir 'n LLB-graad nie korter as vyf jaar mag duur indien dit deur 'n ander Baccalaureus graad voorafgegaan is nie. Die Wet op Regspraktyk maak verder voorsiening vir die erkenning van 'n regsgraad wat in 'n vreemde land verwerf is mits die graad gelykstaande is aan die LLB-graad en deur die Suid-Afrikaanse Kwalifikasie-owerheid, soos ingestel deur die Nasionale Kwalifikasieraamwerk, Wet 67 van 2008 erken word. Ingevolge a 26(1)(c) behoort die voornemende regspraktisyn ook bewys te lewer dat hy onder 'n voldoende periode van praktiese beroepsopleiding gedien het wat onder meer gemeenskapsdiens insluit en bewys lewer dat hy 'n kursus in die bestuur van 'n regspraktyk suksesvol voltooi is. Ingevolge a 26(1)(d) behoort 'n voornemende regspraktisyn ook bewys te lewer dat hy die praktiese toelatingseksamen vir regspraktisyns (prokureurs of advokate) suksesvol afgelê het.

¹⁰³ A 24(2)(b)(i).

¹⁰⁴ A 24(2)(b)(ii).

¹⁰⁵ A 24(2)(c).

¹⁰⁶ A 24(2)(d).

Die wye diskresionêre toepassing van die “geskikte en gepaste” karaktertoets deur die howe en die potensiële misbruik van die karaktertoets ten koste van die gemarginaliseerde minderheid word egter deur die Wet op Regspraktyk getemper. Die Wet op Regspraktyk maak voorsiening vir die regulering in die toelating van regspraktisyns terwyl die transformasie en herstrukturering van die professie vooropgestel word. Ingevolge die Wet op Regspraktyk sal die toelating van alle regspraktisyns egter steeds op die diskresionêre waarde-oordeel van die howe berus. Myns insiens sal die mate van tempering van hierdie waarde-oordeel van die howe deur die transformatiewe doelstellings van die bepalings van die Wet op Regspraktyk egter eers getoets kan word sodra die toelating van regspraktisyns in terme van die Wet op Regspraktyk geskied.

’n Aansoek om toelating tot die regsprofessie moet op die Regspraktykraad beteken word alvorens die aansoek om toelating voor die hof kan dien. Dit blyk dat die betekening van die aansoek ’n soortgelyke doel vervul as die betekening van die aansoek om toelating op die Provinsiale Ordes en die Algemene Balieraad¹⁰⁷ maar die waarde wat die hof aan die opinie van die Regspraktykraad sal heg met betrekking tot die geskiktheid en gepastheid van die applikant, sal eers soortgelyk bepaal kan word wanneer regspraktisyns in terme van die Wet op Regspraktyk toegelaat word.

3.3 Transformasie van die regsprofessie

3.3.1 Inleiding

Die hoofdoel van die Wet op Regspraktyk is die transformasie van die regsprofessie. Die oorhoofse transformatiewe doelstelling is die versekering van gehalte en bekostigbare regsdienste aan veral voorheen benadeelde gemeenskappe en die verwydering van

¹⁰⁷ Slabbert M en Boome DJ *supra* (n 22); sien verder a 16(1) van die Wet op Prokureurs. Die betekening van die aansoek op die ordes is eerstens administratief van aard en die betekening van die aansoek maak dit vir die ordes moontlik om hulself te vergewis van die geskikte en gepaste karakter van die applikant. Dit gee ook aan hulle die geleentheid om voldoende voor te berei indien die geskiktheid en gepastheid van die applikant in twyfel getrek word en hierdie bevinding tot die hof se kennis gebring moet word.

onnodige hindernisse tot die toegang tot die professie vir alle voornemende regspraktisyns.¹⁰⁸

Radebe¹⁰⁹ het die redes vir die ontwikkeling van die Wet op Regspraktyk as volg saamgevat:

“The enactment of the Legal Practice Bill provides the opportunity to redeem our sad past and lay the foundation of a promising future for advocates and attorneys. The enactment of the Bill carries with it the hopes and aspirations for many of our people on either side of the courtyard. On the one side the Bill extends to legal practitioners and aspirant jurists whose unrelenting desire to be freed from the shackles of apartheid to become true agents of the rule of law has been a long-drawn journey with several stop streets, and on the other side it brings hope to millions of our people whose quest for true justice is beyond measure.”

3.3.2 Grondwetlike doelstellings

Die Grondwet¹¹⁰ is die oppergesag in Suid-Afrika en enige wetgewing, regulasies of optredes wat nie met die grondwetlike doelstellings strook nie, is ongeldig.¹¹¹

Die aanhef tot die Grondwet lui as volg:

¹⁰⁸ Department of Justice and Constitutional Development *supra* (n 2). Toegang tot die regsprofessie en die regstelsel deur alle persone is van kardinale belang ten einde te verseker dat alle persone gelyke beskerming onder die reg geniet. Sommige van die ander doelstellings sluit die handhawing van kwaliteit regsdiens en die verbetering in die aanspreeklikheid en dissipline van die regsprofessie in.

¹⁰⁹ Die destydse Minister van Justisie, Jeff Radebe; Department of Justice and Constitutional Development *supra* (n 2).

¹¹⁰ Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (hierna genoem die Grondwet).

¹¹¹ A 2 van die Grondwet.

“Ons, die mense van Suid-Afrika, Erken die ongeregtighede van ons verlede; Huldig diegene wat vir geregtigheid en vryheid in ons land gely het; Respekteer diegene wat hul beywer het om ons land op te bou en te ontwikkel; en Glo dat Suid-Afrika behoort aan almal wat daarin woon, verenig in ons verskeidenheid.”

Die grondwetlike doelstellings poog dus om die ongeregtighede wat deur die apartheidsbedeling tot stand gebring is, te herstel en ’n samelewing te skep waar die gelykheid en vryheid van elke burger erken word.¹¹² Die Grondwet het dus transformasie¹¹³ ten doel en die bevordering van ’n verenigde, gelyke en demokratiese samelewing.¹¹⁴

¹¹² *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)* 1998 (1) SA 765 (CC) par 8: “... transform our society into one in which there will be human dignity, freedom and equality”; Rosa S “Transformative constitutionalism in a democratic developmental state” (2011) 22 3 *Stellenbosch Law Review* 543; Radebe JT “Discussion document on the transformation of the judicial system and the role of the judiciary in the developmental South African State” <http://www.gov.za/documents/downloads> (datum van gebruik: 1 Augustus 2014) stel die visie van die Grondwet as volg: “The Constitution is the supreme law of the land and provides the basis for the transformation of the state and society. It sets out, as its vision, the establishment of a non-racial, non-sexist, equal and prosperous democratic society, founded on human rights. The Bill of Rights enshrined in the Constitution, entrenches justiciable socio-economic rights which underscore the developmental character of the South African state with an overwhelming commitment to social justice. It is these uniquely transformative features of our Constitution that seek to redress the legacy of inequality and deprivation implanted during the 300 years of colonialism and apartheid.”; sien ook Nel A *supra* (n 8).

¹¹³ Radebe JT *supra* (n 112). Radebe verwys na die transformatiewe doelstellings van die regering en die breë agenda van transformasie van die staat en die samelewing en lewer as volg kommentaar: “At the core of transformation is the restructuring and the re-organization of institutions of governance and the courts that were carved under with a view to serve the colonial and apartheid legacy of inequality, to now serve the interest of all in our new constitutional democracy.”

¹¹⁴ Die Konstitusionele Hof speel ’n belangrike rol in die afdwinging van die grondwetlike doelstellings; Radebe JT *supra* (n 112). Radebe stel die plig van die regsbank as volg: “The judiciary has an important role in safeguarding and protecting the Constitution and its values and in ensuring the consolidation of democracy and the realization of a better life for all. It does this through its constitutionally entrenched judicial authority.”

Die Handves van Menseregte¹¹⁵ beskerm die regte van alle Suid-Afrikaners en bevestig die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid.¹¹⁶ Die regering is belas met die verantwoordelikheid om te verseker dat hierdie grondwetlike doelstellings beskerm, bevorder en verwesenlik word.¹¹⁷ Die Handves van Menseregte en die verskansing van hierdie regte bind die wetgewende, regsprekende en uitvoerende gesag sowel as alle staatsorgane en waar van toepassing, natuurlike sowel as regspersone.¹¹⁸

Die uitvoerende, wetgewende en regsprekende gesag het elk 'n belangrike rol om te vervul ten einde transformasie te bewerkstellig. Die wetgewende gesag moet die grondwetlike doelstellings verwesenlik deur wetgewing tot stand te bring wat transformasie bevorder, terwyl die uitvoerende gesag verantwoordelik is vir die implementering van hierdie wetgewing en die ontwikkeling van verdere riglyne. Die regsprekende gesag moet die wetgewing interpreteer en 'n waarde-oordeel fel met inagnome van die waardes soos verwoord in die Grondwet.¹¹⁹

¹¹⁵ Hoofstuk 2 van die Grondwet; sien verder Radebe JT *supra* (n 112). Die Handves van Menseregte het ontstaan uit fundamentele beleidsdokumente wat gedurende die tydperk onder die apartheidsbewind deur die *African National Congress (ANC)* aangeneem is. Radebe lewer as volg kommentaar: "The Bill of Rights adopted by the ANC in 1923, the Africa's Claims of 1943 and the Freedom Charter of 1955 reflect the ANC's deep rooted human rights culture which defined its character and stature as a liberation movement that fought for the emancipation of the disenfranchised majority against the tyranny of the apartheid regime. These fundamental policy documents form the basis of which the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 is premised."

¹¹⁶ A 7(1) van die Grondwet.

¹¹⁷ A 7(2) van die Grondwet; Radebe JT *supra* (n 112). Hy het as volg kommentaar gelewer: "The transformation of the judicial system is a constitutional imperative which is entrusted upon Government as a branch of the state that is assigned the responsibility of developing and implementing national policy and of initiating legislation, among others."

¹¹⁸ A 8 van die Grondwet.

¹¹⁹ Chaskalson A "*Without fear, favour or prejudice: the courts, the constitution and transformation*" <http://www.lcr.org.za/publications> (datum van gebruik: 10 Julie 2014). Chaskalson, voormalige KHR verwys na a 85(1), a 85(2)(a) en a 85(2)(b) van die Grondwet en bevind dat: "Under the Constitution the executive authority of the republic is vested in the President, who exercises such authority together with other members

Dit blyk dat die transformasie van die regsprekende gesag, as 'n onderafdeling van die staat, nog nie beduidende vordering getoon het nie.¹²⁰ Nel meen verder dat die transformasie van die regsprofessie problematies is. Myns insiens is die waargeneemde gebrek aan

of the cabinet. The executive authority includes implementing national legislation and developing and implementing national policy. It is correct therefore to say that the executive decides policy. But that is only half the story. The other half is that policy must be consistent with the Constitution, and if it is not, it is the duty of a court to say so and to declare it to be invalid to the extent of its inconsistency.”; sien ook verder Radebe JT *supra* (n 112). Radebe verwys na die kritieke rol van die regsprekende gesag as volg: “The power of the Constitutional Court to decide on the constitutionality of any amendment to the Constitution, an Act of Parliament or provincial act, a bill, and whether Parliament or the President has failed to fulfil a constitutional obligation is not only revolutionary, but defined the critical role and the delicate position the Constitutional Court occupies in the South African constitutional framework.”; Mckinley DT “*Riding the transitional rollercoaster*” <http://www.saha.org.za/publications/riding-the-transitional-rollercoaster.html> (datum van gebruik: 10 Julie 2015). Mckinley verwys na die aangeleentheid van *Carmichele v Minister of Safety and Security* 2001 (4) SA 938 (CC) as volg: “(A)lthough the major engine for law reform should be the legislature, courts are under a general duty to develop the common law when it deviates from the spirit, purpose and objects of the Bill of Rights”; sien verder ook Chaskalson A “*The rule of Law: The importance of independent courts and the legal profession*” <http://www.constitutionallyspeaking.co.za/arthur-chaskalson-on-independence-of-legal-profession> (datum van gebruik: 12 Julie 2014). Hy verwys na die rol van die howe as volg: “Now, the primary role of the judiciary as guardian of the Constitution, is to ensure that everybody, including the other arms of government, act lawfully. Its task is to judge the legality of conduct, including the making of laws, and to provide appropriate relief in cases where breaches of the law have been established. This is the extent and the limit of its powers which are also derived from the Constitution.”

¹²⁰ Chaskalson A “*Without fear, favour or prejudice: the courts, the constitution and transformation*” *supra* (n 119). Chaskalson, voormalige KHR het kommentaar gelewer op die toespraak van George Bizos getiteld “*Blame neither the Constitution nor the courts*” gelewer tydens 'n gradeplegtigheid van die Universiteit van Pretoria op 8 Desember 2011. Bizos meen dat die transformasie van die breë samelewing nadelig beïnvloed word deur die stadige transformasie van die regsprekende gesag; sien ook Radebe JT *supra* (n 112). Radebe meen as volg: “The transformation of the judicial system is perceived to be slower compared to other branches of the state. For example, seventeen years into democracy, the rationalization of courts - as directed by Schedule 6 of the Constitution - is yet to be accomplished; and the transformation of the legal system founded on Roman - Dutch Law to reflect the values that underpin the post-apartheid democratic society is yet to be realized.”; sien verder ook Mckinley DT *supra* (n 119). Mckinley meen as volg: “(W)hile the constitution itself has been hailed and affirmed by many as “transformative” the very judiciary that is constitutionally mandated and entrusted to administer justice - through the constitution - has struggled to transform”.

transformasie van die regsprofessie slegs een van die uitvloeisels van die breër kritiek wat politici teen die koloniale georiënteerde regstelsel huldig.¹²¹ Mckinley stel dit egter verder dat die huiwering in die transformasie van die regsprofessie 'n struikelblok is vir die transformasie van die regsbank sowel as die versekering van toegang tot die reg vir lede van die publiek.¹²²

Item 16(6)(a) van bylaag 6 van die Grondwet bepaal die volgende:

“Sodra dit doenlik is nadat die nuwe Grondwet in werking getree het, moet alle howe, ook hulle struktuur, samestelling, funksionering en jurisdiksie, en alle tersaaklike wetgewing, gerasionaliseer word met die oog daarop om 'n regstelsel in te stel wat aan die voorskrifte van die nuwe Grondwet voldoen.”

Die transformasie van die regsprofessie is dus 'n grondwetlike doelstelling en die regering is belas met die uitvoering van hierdie doelstelling.¹²³ Ten einde die uitvoering van hierdie doelstelling te bewerkstellig, is die regering by magte om die regsprofessie te reguleer.¹²⁴

¹²¹ Nel A *supra* (n 8); sien ook Mnyongani F *supra* (n 100) waar hy onder andere verwys na “‘decolonising’ their minds”; sien ook Smuts D *supra* (n 12) waar sy meen dat die advokateprofessie deur die doelstellings van die Wetsontwerp of Regspraktyk misken word juis vanweë die feit dat die professie verkeerdelik geag word as verteenwoordigend van die koloniale orde.

¹²² Mckinley DT *supra* (n 119). Hy beweer dat die gebrek aan transformasie van die regsprofessie 'n struikelblok is vir toegang tot die regstelsel deur die publiek. Die transformasie van die regstelsel is van kardinale belang aangesien die publiek juis die regstelsel gebruik om hul fundamentele regte soos vervat in die Grondwet af te dwing.

¹²³ Radebe JT *supra* (n 112). Die regering, as 'n afdeling van die staat, is aangestel om die ontwikkeling en implementering van nasionale beleid en wetgewing te inisieer.

¹²⁴ Department of Justice and Constitutional Development *supra* (n 2). Radebe is van mening dat: “The premise for the regulation of the profession stems from the Constitution which enjoins the state to regulate any occupation, trade or profession. The Bill of Rights guarantees every citizen the right to choose any trade, occupation or profession freely and entrusts this democratic Parliament with the legislative authority to make laws for the regulation of such trade, occupation or profession.”

Radebe¹²⁵ meen dat die Wet op Regspraktyk die grondwetlike en transformatiewe doelstelling soos vervat in die Grondwet bevorder en die institusionele hervorming van die regsprofessie ten doel het.¹²⁶ Die behoefte aan die grondwetlike belyning en die transformasie van die regsprofessie het ook in die onlangse siening van die LSSA weerklink.¹²⁷

3.3.3 Transformatiewe Konstitusionalisme

Die term “transformatiewe konstitusionalisme” het nie ’n enkele betekenis nie.¹²⁸ Klare¹²⁹ omskryf die term as volg:

¹²⁵ Department of Justice and Constitutional Development *supra* (n 2); sien ook verder Nel A *supra* (n 8). Nel deel hierdie siening en lewer as volg kommentaar: “The Bill proposes an institutional and statutory framework within which these challenges can be addressed in a systematic and inclusive manner.”

¹²⁶ Hy meen verder dat die Grondwet, die sewentiende Wysigingswet op die Grondwet en die Wet op Regspraktyk, gesamentlik bydra tot toegang tot die reg, die beskerming van die onafhanklikheid van die regsbank en die afdwinging van die oppergesag van die reg; sien ook Radebe JT *supra* (n 112). Die Kantoor van die Hoofregter is in September 2010 tot ’n nasionale staatsdepartement verklaar in ’n poging om institusionele hervorming te bewerkstellig. Hierdie maatreël verseker verder die administratiewe onafhanklikheid van die regsbank; Nel A *supra* (n 8).

¹²⁷ Whittle B “LSSA task team interrogates Legal Practice bill and plans to meet with advocates on the way forward” Julie (2012) *De Rebus* 17. Govender en Stemmet het as volg kommentaar gelewer: “This bill has been in the making for more than a decade, ... and (the LSSA) has been of the view that the existing Attorney’s Act is outdated and needs to be replaced with new legislation that unites the legal profession, complies with the Constitution, the Competition Act and regulated in the best way to serve the public interest, while maintaining the independence of the profession.”; hierdie siening is egter nie deur sommige partye gehuldig nie; sien verder ook Gauntlett J *Business Day* (2012/06/04) “Radebe’s calamitous bill is an affront to the rule of law” 5 waar hy meen dat: “The bill, if adopted, will be an affront to the rule of law and infringe the constitution in multiple respects. It will not enhance access to justice, which is what matters. It will weaken the courts. It will give the minister the docile hen - house he seems to desire.”

¹²⁸ Langa P “Transformative Constitutionalism” (2006) 17 3 *Stellenbosch Law Review* 351. Hy verwys verder na Moseneke “The Fourth Bram Fischer Memorial Lecture: Transformative Adjudication” 2002 18 *SAJHR* 309 315

“(A) long term project or constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, of course, but in a historical context of conducive political developments) to transforming a country’s political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large-scale social change through nonviolent political processes grounded in law.”

Langa, voormalige HR¹³⁰ omskryf egter die term deur na die aanhef tot die Interim Grondwet¹³¹ te verwys en bevind dat die kern gedagte die behoefte aan verandering is. Hy verwys verder na transformasie as ’n sosiale en ekonomiese revolusie.

Rosa¹³² omskryf die Grondwet as ’n progressiewe en transformatiewe regsinstrument. Hy voer verder aan dat: “As the supreme law, its purpose is to regulate public power and to frame “an objective, normative value system” in a post-apartheid society.”¹³³ Klare staan die postliberale interpretasie¹³⁴ van die teks van die Grondwet voor terwyl Van Marle¹³⁵ ’n kritiese benadering volg. Sy meen dat:

as volg: “(T)he meaning of transformation in juridical terms is as highly contested as it is difficult to formulate.”.

¹²⁹ Klare KE “Legal Culture and Transformative Constitutionalism” (1998) 14 1 *SAJHR* 150. Hy stel verder die vraag of drastiese sosiale verandering by wyse van wetsgegronde prosesse kan plaasvind.

¹³⁰ Langa P *supra* (n 128) 352.

¹³¹ Grondwet van die Republiek van Suid Afrika, Wet 200 van 1993 (hierna genoem die Interim Grondwet). Die epiloog omskryf die doel van die Grondwet as volg: “(A) historic bridge between the past of a deeply divided society characterized by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence and development opportunities for all South Africans, irrespective of colour, race, class, belief or sex”.

¹³² Rosa S *supra* (n 112) 543.

¹³³ *Ibid.* Rosa verwys na die uitspraak in *Carmichele v Minister of Safety and Security* 2001 (4) SA 938 (CC).

¹³⁴ Klare KE *supra* (n 129) 152. Hy lewer as volg kommentaar: “(T)he South African Constitution, in sharp contrast to the classical liberal documents, is social, redistributive, caring, positive, at least partly horizontal,

“(T)ransformative constitutionalism as critique, is an approach to the Constitution and law in general that is committed to transforming political, social, socio-economic and legal practices in such a way that it will radically alter existing assumptions about law, politics, economics and society in general.”

Klare verwys verder na die Grondwet as ’n dokument wat nie bloot die liberale siening¹³⁶ navolg nie, maar wel ’n “empowered model of democracy” voorstaan.¹³⁷ Hy gaan voort deur te bevind dat politieke vryheid nou verweef is met sosio-ekonomiese regte en dat die kollektiewe pogings van die gemeenskap die regte van die individu kan verseker. Hy

participatory, multicultural, and self-conscious about its historical setting and transformative role and mission”.

¹³⁵ Van Marle K “Transformative constitutionalism as/and critique” (2009) 20 2 *Stellenbosch Law Review* 288.

¹³⁶ Die hoofdoel van liberale handveste van regte is slegs die beskerming van die individu se vryheid en eiendom teen inmenging van die staat; Klare KE *supra* (n 129) 153; Bosielo R “*Speech by Judge Ronnie Bosielo at the opening of the LLB summit*” <http://www.lssa.org.za/LLBsummit> (datum van gebruik: 14 Julie 2014). Hy verwys na die Grondwet as volg: “Our Constitution is hailed worldwide as being unashamedly liberal, progressive, transformative and aspirational. It sets out as its vision a new society founded on the foundational values of equality and the advancement of human rights and freedoms ... (t)he entire texture and vision of our Constitution is transformative ... what is clear beyond doubt is that our Constitution mandates us, in peremptory terms, to ensure that we move this country out of the dark abyss of the apartheid era to the new vision of an egalitarian society where all will be free, equal and treated with dignity.”

¹³⁷ Klare KE *supra* (n 129) 152. Hy verwys ook na die beslissing van Mahomed KR in die saak van *State v Makwanyane* 1995 (6) BCLR 665 (CC) as volg: “The South African Constitution is different: it ... represents a decisive break from, and a ringing rejection of, that part of the past which is disgracefully racist, authoritarian, insular, and repressive and a vigorous identification of and commitment to a democratic, universalistic, caring and aspirational egalitarian ethos, expressly articulated in the Constitution.” Hy meen verder dat die postliberale interpretasie van die Grondwet die visie van ’n kollektiewe selfbeskikking parallel stel tot die individuele selfbeskikking; sien ook verder Roux T “Transformative Constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: Distinction without a difference” (2009) 2 *Stellenbosch Law Review* 260 vir ’n kritiese ondersoek na die postliberale interpretasie van die Grondwet soos voorgestaan deur Klare; sien ook Malan K “Reassessing judicial independence and impartiality against the backdrop of judicial appointments in South Africa” (2014) 17 5 *PER/PELJ* 1966. Hy huldig die mening dat die Grondwet ’n voorbeeld is van liberale konstitusionalisme vanweë die insluiting van verskansing van sosio-ekonomiese regte asook die feit dat die Grondwet ’n transformatiewe karakter het.

argumenteer dus dat die Grondwet gesien behoort te word as 'n transformatiewe Grondwet.¹³⁸

Langa, voormalige HR meen dat die Grondwet nie gesien behoort te word as 'n blote oorgangsdokument waarin die uiteindelijke doel die skepping van 'n nuwe gelyke en vrye samelewing is nie. Die Grondwet behoort eerder gesien te word as 'n bron vir die visie van 'n samelewing wat 'n deurlopende proses van transformasie aanhang.¹³⁹

Hy meen verder dat sosiale transformasie nie alleen deur die wetgewende, regsprekende en uitvoerende gesag van die staat deurgevoer kan word nie, maar dat die verantwoordelikheid vir transformasie ook op die samelewing as geheel berus.¹⁴⁰

¹³⁸ Rosa S *supra* (n 112) 544.

¹³⁹ Langa P *supra* (n 128) 354. Hy verwys verder na Van der Walt AJ "Dancing with Codes – Protecting, Developing and Deconstructing Property Rights In a Constitutional State" (2001) 118 *SALJ* 258-296 waar die skrywer verwys na die Interim Grondwet as 'n brug tussen die ou bedeling onder die apartheidsbeleid en die nuwe sosiale bedeling. Hy voer aan dat dit blyk dat die weg na transformasie uiteindelik 'n punt sal bereik waar elke burger gelyke sosio-ekonomiese regte geniet, maar stel dit dan dat transformasie eerder gesien moet word as 'n veranderbare maar blywende konsep waar die enigste konstante die verwagting van transformatiewe verandering is. Hy voer verder aan dat: "On that view, transformation is not a temporary phenomenon that ends when we all have equal access to resources and basic services ... Transformation is a permanent ideal ... in which change is unpredictable but the idea of change is constant. This is perhaps the ultimate vision of a transformative, rather than a transitional Constitution. This is a perspective that sees the Constitution as not transformative because of its peculiar historical position or its particular socio-economic goals but because it envisions a society that will always be defined by transformation."

¹⁴⁰ Langa P *supra* (n 128) 358. Hy stel verder transformasie as 'n sinoniem tot versoening en argumenteer dat transformasie slegs die materiële sosio-ekonomiese omstandighede en regskultuur kan verander, maar dat die verdeeldheid en bitterheid van die samelewing slegs opgelos kan word deur deel te neem aan die breë versoeningsproses. Hy meen egter verder dat hierdie versoening nie deur wetgewing afgedwing kan word nie, maar dat die deurvoering daarvan 'n nasionale doelstelling behoort te wees; Rosa S *supra* (n 112) 543. Hy argumenteer dat: "(T)he achievement of political and socio-economic transformation requires a "collaborative enterprise". The legislature, the executive, the judiciary and all organs of state are all bound by the Bill of Rights and are obliged to "respect, protect, promote and fulfil" its mandate. This collaborative enterprise is not only an obligation upon the state, but also upon non-state actors".

Rosa verwys verder na Brand¹⁴¹ en argumenteer dat transformatiewe konstitusionalisme deur regskenners tweeledig geïnterpreteer word. Die eerste groep verwys na transformasie as die “achievement of certain tangible results or outcomes”.¹⁴² Die tweede siening verwys na transformasie as die radikale verandering in bepaalde beleide en denkrigtings van instellings wat op sigself ook veranderinge teweegbring.¹⁴³

3.3.4 Fundamentele regte en die Wet op Regspraktyk

Die sentrale tema van transformatiewe konstitusionalisme is die versekering van gelykheid en die afdwinging van sosio-ekonomiese regte vir alle lede van die samelewing.¹⁴⁴ Toegang tot die reg en die gelyke toegang tot kwaliteit regsdienste ten einde toegang tot die reg te bewerkstellig is een van die grootste struikelblokke tot die versekering van gelykheid.¹⁴⁵

Die Handves van Menseregte maak voorsiening vir sekere fundamentele regte, onder andere die reg op gelykheid, menswaardigheid, lewe, vryheid en sekerheid van die persoon en die reg op privaatheid.¹⁴⁶ Bosielo¹⁴⁷ meen dat die bestaan van hierdie regte geen verandering aan die dag-tot-dag omstandighede van gewone burgers maak nie, tensy

¹⁴¹ D Brand *Courts, Socio-Economic Rights and Transformative Politics* (LLD Proefskrif Stellenbosch 2009) 2-3.

¹⁴² Rosa *S supra* (n 112) 546. Hierdie groep is uitkomsgebaseerd en verwys spesifiek na die vermindering in onder andere armoede.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Langa P *supra* (n 128) 355.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ A 9, 10, 11, 12 en 14 van die Grondwet.

¹⁴⁷ Bosielo R *supra* (n 136).

hierdie regte en die afdwinging daarvan 'n tasbare verandering aan hul omstandighede teweegbring.¹⁴⁸

In die konstitusionele aangeleentheid met betrekking tot die reg tot behuising in *Republic of South Africa v Grootboom and Others*¹⁴⁹ beslis Yacoob, voormalige KHR as volg:

“The issues here remind us of the intolerable conditions under which many of our people are still living. The respondents are but a fraction of them. It is also a reminder that unless the plight of these communities is alleviated, people may be tempted to take the law into their own hands in order to escape these conditions. The case brings home the harsh reality that the Constitution’s promise of dignity and equality for all remains for many a distant dream ...”

In die aangeleentheid van *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu Natal)*¹⁵⁰ het die hof soortgelyk beslis dat:

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

¹⁴⁸ *Ibid.* Hy lewer as volg kommentaar: “All these fundamental rights like the right to equality (s 9); the right to human dignity (s 10); the right to life (s 11); the right to freedom and security of the person (s 12); the right against slavery (s 13); the right to privacy (s 14) and many others are encapsulated in the Bill of Rights. However, until such time that they are interpreted and translated from mere idle words and sterile promises into real and tangible results, they will continue to mean virtually nothing for the people.”

¹⁴⁹ 2001 (1) SA 46 (CC).

¹⁵⁰ 1998 (1) SA 765 (CC); Chaskalson A “*Without fear, favour or prejudice: the courts, the constitution and transformation*” *supra* (n 119).

Chaskalson, voormalige KHR¹⁵¹ verwys na die aangeleentheid van *Minister of Finance v Van Heerden*¹⁵² waarin die hof na die term “restitutional equality” verwys. Volgens hom beteken die term die volgende:

“The achievement of equality goes to the bedrock of our constitutional architecture. The Constitution commands us to strive for a society built on the democratic values of human dignity, the achievement of equality, the advancement of human rights and freedom. Thus the achievement of equality is not only a guaranteed and justiciable right in our Bill of Rights but also a core and foundational value; a standard which must inform all law and against which all law must be tested for constitutional consonance.”

McKinley¹⁵³ verwys na Butlender se waarnemings aangaande die vroeë post-apartheidsera waar hy bevind het dat die samelewing ’n oordrewe optimistiese verwagting gehad het met betrekking tot die veranderinge wat die Grondwet sou meebring. Die aktiewe mobilisasie van die samelewing wat as dryfveer moes dien om hierdie veranderinge tot stand te bring, het egter in die latere jare agterweë gebly.

Bosielo R stel dit verder dat regspraktisyns ’n kritieke rol vertolk in die bestaan en beskerming van sosio-ekonomiese regte.¹⁵⁴ Die Grondwet verleen aan elke burger gelykheid

¹⁵¹ Chaskalson A “*Without fear, favour or prejudice: the courts, the constitution and transformation*” *supra* (n 119).

¹⁵² 2004 (6) SA 121 (CC).

¹⁵³ Mckinley DT *supra* (n 119).

¹⁵⁴ Bosielo R *supra* (n 136). Hy verwys verder na die apartheid nalatenskap van ongeskooldheid en armoede. Hierdie ongeletterdheid en armoede veroorsaak dat die meerderheid van die samelewing nie hul sosio-ekonomiese regte kan afdwing nie. Hy lewer verder kommentaar dat: “It is universally accepted as a truism that the strength, virility, vitality and vibrance of any constitutional democracy depends largely on the quality, pedigree and integrity of its lawyers ... This is so because we ... draw our future judges from the pool comprising of these professionals. It follows ineluctably that if the legal profession is populated by lawyers of low standards such a parlous state of affairs will be reflected in the stature of their Judges and the quality of their judgements.”; sien verder Chaskalson A “*The rule of Law: The importance of independent courts and the legal profession*” *supra* (n 119). Hy beskryf die rol van die regspraktisyn as volg: “The public must have access

voor die reg en gelyke beskerming deur die reg.¹⁵⁵ Toegang tot die regstelsel kan beide in 'n noue en wye konteks omskryf word. McKinley haal Zuma¹⁵⁶ aan waar hy die noue toepassing van die fundamentele reg tot toegang tot die regstelsel as volg omskryf:

“(I)t is about ... citizen education, about the justice system ... (about) people need(ing) to know their basic rights, the different courts and other structures they can have recourse to when they have problems.”

Die noue interpretasie van die fundamentele reg tot toegang tot die regstelsel word egter deur verskeie rolspelers gekritiseer en McKinley voer aan dat die destydse Adjunk-Minister van Justisie, Jeffrey gedurende dieselfde debat aangevoer het dat die noue interpretasie aanleiding gee tot 'n beperking op die fundamentele reg. Hy stel dan verder 'n wye interpretasie voor waar burgers effektief gebruik kan maak van hul fundamentele regte met behulp van institusionele hulpbronne soos vervat in die Grondwet ten einde hul sosio-ekonomiese regte af te dwing.¹⁵⁷ Beide hierdie interpretasies skiet egter ver tekort in die praktyk. Vir menige Suid-Afrikaanse burgers is toegang tot die regstelsel direk gekoppel aan politieke, finansiële en ekonomiese welstand.¹⁵⁸ Vir die arm burger is toegang tot die

to the profession, which would have no right to assert that it served the public interest, if it were to serve only the elite in our society. What is important is that legal services should be available to all who need them, and in particular, to those who look to the profession as an institution that will uphold and protect the rights of everyone, and not only the rich.”

¹⁵⁵ A 9(1) van die Grondwet.

¹⁵⁶ McKinley DT *supra* (n 119); toespraak deur President Jacob Zuma tydens die “3rd Access to Justice Conference”, Pretoria, 8 Julie 2011.

¹⁵⁷ McKinley DT *supra* (n 119).

¹⁵⁸ Thebe M “Significant reforms in pursuit of the ideal justice system” Januarie/Februarie (2015) *De Rebus* 13. Mlambo R het tydens die algemene jaarvergadering van die LSSA aangedui dat die publiek van mening is dat die regstelsel slegs vir goeie burgers toeganklik is. Hy het ter illustrasie van sy punt verwys na die moorde op Taegrin Morris en Senzo Meyiwa. In die aangeleentheid van Meyiwa, die voormalige kaptein van die Bafana Bafana nasionale sokkerspan, is die verdagtes binne twee weke aangekeer. Die verdagtes in die Morris aangeleentheid is eers drie maande na die voorval in hegtenis geneem. Hy stel dit verder as volg: “What is our take as the judiciary and the profession to the accession that we treat people according to their social standing? ... However much we deny the allegations of discriminating persons according to their social

regstelsel onmoontlik vanweë die hoë koste verbonde aan die litigasieproses.¹⁵⁹ Liebenberg¹⁶⁰ verwys na die dilemma waarin arm lede van die gemeenskap hulself bevind ten einde regshulp te bekom as volg: “(T)he whole ethos is about money ... not about a profession that’s actually there to promote justice and be accessible for the people.”¹⁶¹

Dit blyk dat die Wet op Regspraktyk poog om die fundamentele regte soos verskans in die Handves van Menseregte, tasbaar en afdwingbaar te maak deur die toegang tot kwaliteit regsdienste aan arm gemeenskappe, toegang tot die profesie waar streng toelatingsvereistes voorheen gegeld het, en die beskerming van die publiek teen

standing, if we are not honest about certain practices that lead to this result we are in danger of losing credibility and the confidence that we require in our justice system.”

¹⁵⁹ Mckinley DT *supra* (n 119). Hy haal verder Mashoa Chauke aan as volg: “My experience, which has been shared by most of the poor people out there, is that we feel ... alienated, you know, side-lined. If you can’t have a powerful lawyer or have somebody who can assist you in making sure that at least you are in the system, you’ll find it difficult to do whatever you want to do as a poor community member. To realize a fair trial is expensive in this country. I think that ... the system itself (is built so) a few people will benefit from this system at the expense of the majority.”

¹⁶⁰ Mckinley DT *supra* (n 119). Hy haal Sandra Liebenberg, ’n regsakademië aan ter staving van sy siening. Hy verwys verder na die mening van die aktivis, John Clarke as volg: “The big problem is the lawyers themselves. They don’t want the extra *pro bono* work to do; they don’t want to bring down their fees. They’re an entrenched interest (with) ... very high positions in society to protect. They’re the ones who have to be challenged.”

¹⁶¹ Chaskalson A “*The rule of Law: The importance of independent courts and the legal profession*” *supra* (n 119). Hy meen dat toegang tot die regstelsel nie bloot op die skouers van die regsprofesie geplaas behoort te word nie. Die staat behoort daadwerklik by te dra tot die verskaffing van regshulp aan veral arm gemeenskappe wat nie die koste van litigasie kan bybring nie; Rhode D “*Expanding the role of ethics in legal education and the legal profession*” <http://www.scu.edu/ethics/publications/submitted/rhode/lega1ed.html> (datum van gebruik: 14 April 2017) stel dit verder dat die Amerikaanse publieke persepsie in stryd is met betrekking tot die konflik tussen kapitale welvaart aan die een kant en die toeganklikheid van geregtigheid aan die ander kant. Sy stel dit dat: “Americans dislike the fact that lawyers are for sale and that law is accessible only to those who can afford it. But Americans also dislike efforts to remedy that imbalance ... as one Denver legal aid attorney observes, ‘The only thing less popular than a poor person these days is a poor person with a lawyer.’” Die aspek met betrekking regskostes en die publiek se fundamentele reg tot toegang tot die regstelsel sal egter verder in Hoofstuk 5 in meer besonderhede bespreek word.

gewetenlose regspraktisyns deur die instelling van deursigtige dissiplinêre verrigtinge, te verseker.¹⁶²

Die doelstellings van die Wet op Regspraktyk blyk 'n edele ideaal te wees en te strook met die grondwetlike doelstellings soos vervat in die Grondwet en Handves van Menseregte, maar die regte van regspraktisyns blyk om deur hierdie bepalings misken te word. Die "United Nations Basic Principles on the role of lawyers"¹⁶³ bepaal dat:

"Lawyers shall be entitled to form and join self-governing professional associations to represent their interest, promote their continuing education and training, and protect their professional integrity. The executive body of the professional associations shall be elected by its members and shall exercise its functions without external influence."

Die totstandkoming van die Regspraktykraad, asook die uitvoerende magte wat in die Minister van Justisie gesetel word in terme van die Wet op Regspraktyk¹⁶⁴ maak dit betreklik moeilik vir regspraktisyns om lid te wees van 'n addisionele vrywillige vereniging van hul keuse weens die finansiële implikasies wat deur die Wet op Regspraktyk en die totstandkoming van die statutêre Regspraktyksraad teweeg gebring sal word.¹⁶⁵ Die Algemene Balieraad, as 'n vrywillige reguleerder, sowel as die huidige onafhanklike

¹⁶² Die aanhef tot die Wet op Regspraktyk verwys na die feit dat regsdienste nie gereadig beskikbaar is vir die breë samelewing nie. Die wet het ten doel om regsdienste meer toeganklik te maak. Die Wet op Regspraktyk poog ook om die kunsmatige hindernisse (onder andere die streng toepassing van die "geskikte en gepaste persoon" toets) tot die toelating van regspraktisyns tot die professie uit die weg te ruim. Hierdie bepaling dra by tot die beskerming van die reg tot gelykheid en menswaardigheid; sien verder Halbert J "The link between the Legal Practice Bill and access to justice" Oktober (2014) *De Rebus* 37.

¹⁶³ Chaskalson A "*Without fear, favour or prejudice: the courts, the constitution and transformation*" *supra* (n 119).

¹⁶⁴ Sien verder Hoofstuk 4 vir 'n volledige bespreking van die magte van die Minister van Justisie en die kritiek daarop.

¹⁶⁵ A 18 van die Grondwet verseker egter elke burger die reg op vryheid van assosiasie; sien verder Hoofstuk 5 vir 'n bespreking van die koste aspek van die Regspraktyksraad.

statutêre reguleerders, naamlik die Prokureursordes van die verskillende provinsies, word deur die bepalings van die Wet op Regspraktyk ontnem van hul absolute diskresie in die regulering van hul lede.¹⁶⁶ Die Wet op Regspraktyk maak verder inbreuk op die reg van regspraktisyns om vrylik 'n bedryf, beroep of professie te beoefen.¹⁶⁷

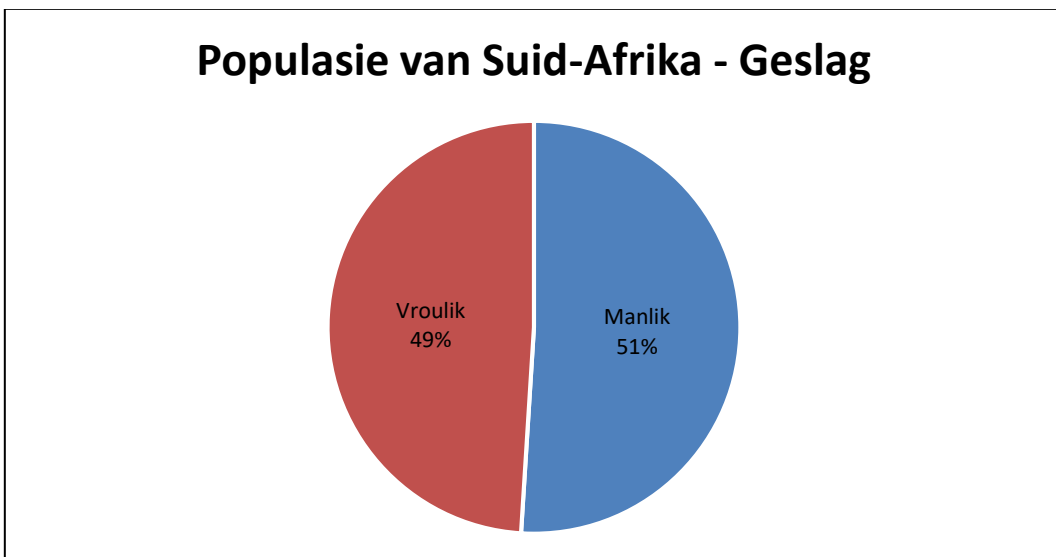
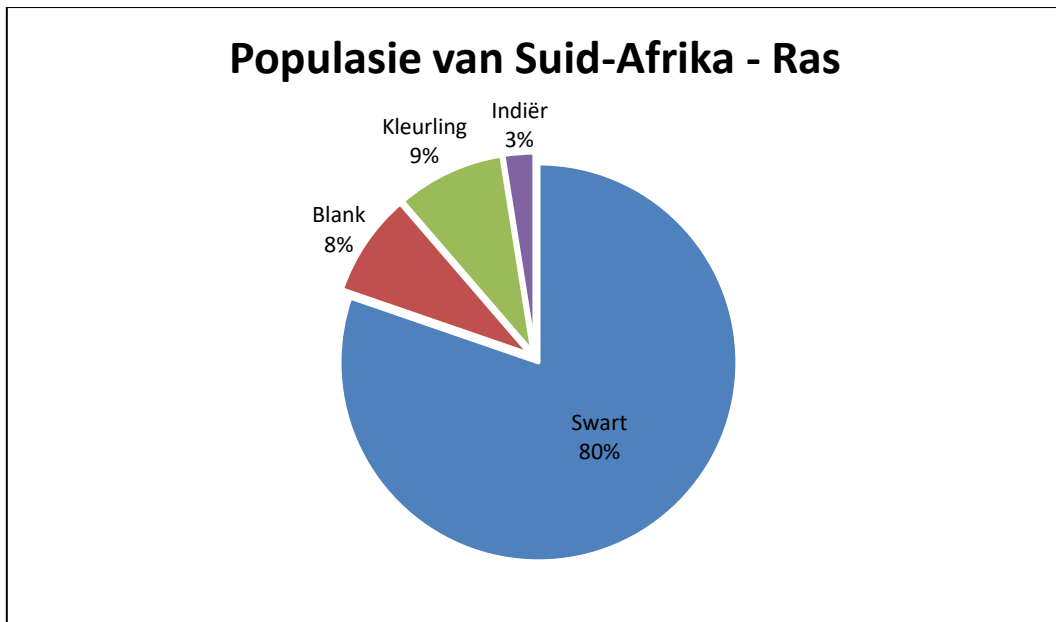
3.3.5 Demografiese verteenwoordiging

Die transformasie van die regsprofessie sluit die bevordering en verkryging van demografiese verteenwoordiging in. Volgens die vooruitskattings van die populasie soos gedoen in Julie 2014 bestaan die totale populasie van Suid-Afrika uit 54 miljoen mense wat as volg geïllustreer kan word:¹⁶⁸

¹⁶⁶ Smuts I *supra* (n 13). Smuts verwys ook na die voorwoord tot die “International Bar Association standards of the Independence of the Legal Profession” (soos aangeneem in 1990) as volg: “An equitable system of administration of justice which guarantees the independence of lawyers in the discharge of their professional duties without any improper restrictions, pressures or interference, direct or indirect is imperative for the establishment and maintenance of the rule of law.”. Klousule 17 van dieselfde dokument lui as volg: “There shall be established in each jurisdiction one or more independent self-governing associations of lawyers recognised in law, whose council or other executive body shall be freely elected by all the members without interference of any kind by any other body or person. This shall be without prejudice to their right to form or join in addition other professional associations of lawyers and jurists.”

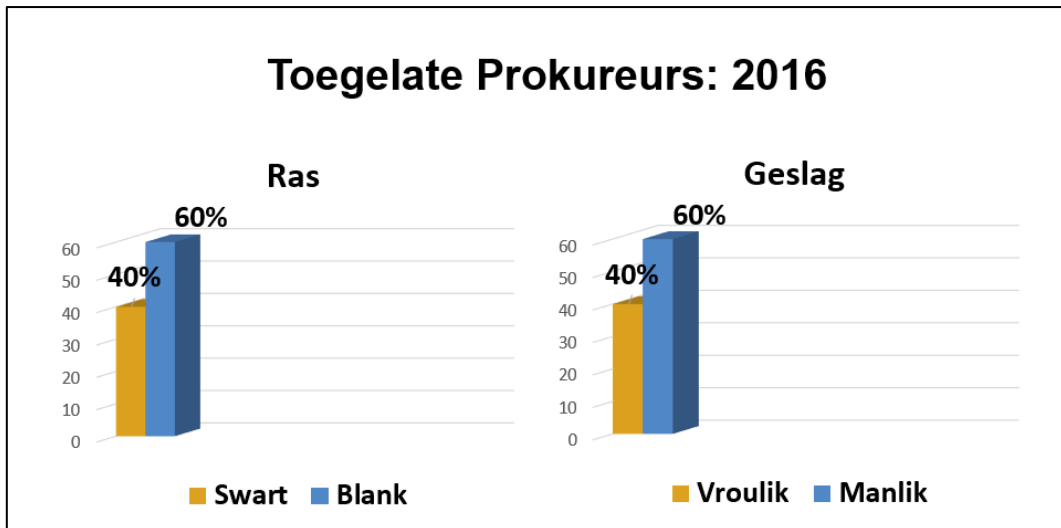
¹⁶⁷ A 22 van die Grondwet; Smuts I *supra* (n 13); sien verder Chaskalson A “*The rule of Law: The importance of independent courts and the legal profession*” *supra* (n 119).

¹⁶⁸ Nel A *supra* (n 8); Statistics South Africa <http://www.statssa.gov.za> (datum van gebruik: 10 November 2015); Department of Justice and Constitutional Development *supra* (n 2). Volgens die bespreking sluit die transformasie van die regsprofessie ook die geografiese verspreiding van gespesialiseerde regs kennis in. Landelike gemeenskappe en historiese swart gemeenskappe het gewoonlik nie toegang tot kwaliteit regs dienste nie. Hiermee saam het hierdie gemeenskappe ook nie toegang tot spesialis regs kennis in veral kommersiële reg en grondwetlike reg aangeleentehede nie, welke omstandighede bydra tot die feit dat die gelyke beskerming voor die reg soos verskans in die Grondwet, nie vir hierdie gemeenskappe haalbaar is nie.

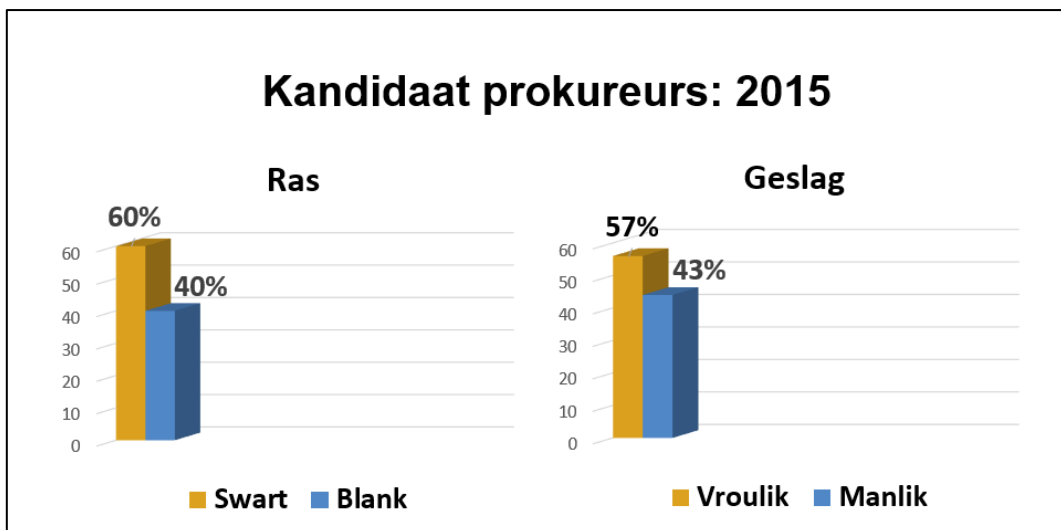


Die LSSA het gedurende Julie 2015 bevind dat die huidige prokureursprofessie steeds deur blanke regspraktisyns gedomineer word, met blanke mans wat steeds die meerderheid regsposisies beklee.¹⁶⁹

¹⁶⁹ LSSA “*About the attorney’s profession*” <http://www.lssa.org.za/?q=con,147,about-the-attorneys-profession> (datum van gebruik: 10 November 2015); LSSA “*Statistics for the attorney’s profession*” <http://www.lssa.org.za/statistics-for-the-attorneys-profession> (datum van gebruik: 24 Januarie 2017). Blanke prokureurs word dus op 14 638 geraam terwyl swart prokureurs op slegs 9692 geraam word. 15 133 van alle prokureurs is volgens hierdie statistieke manlike en slegs 9197 vroulik. Dit dien vermeld te word dat die persentasie swart prokureurs ook Indiërs, Kleurlinge en ander minderheidsgroepe insluit; sien verder ook LSSA “*Attorney’s Profession in South Africa: 2016 review LexisNexis*” <http://www.lexisnexis.co.za/attorneys->

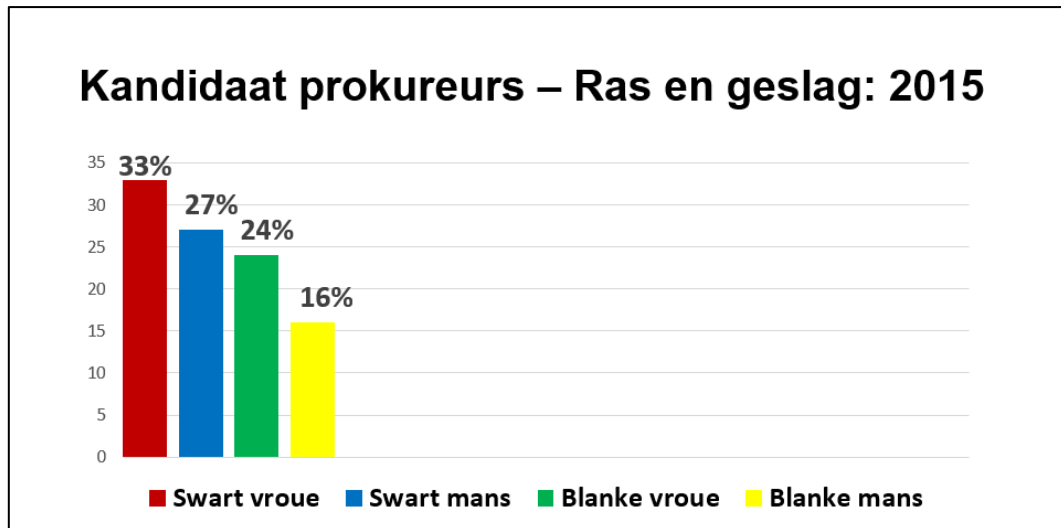


Die statistiek met betrekking tot kandidaat-prokureurs is meer verteenwoordigend van die demografie van die land en word tans oorheers deur veral swart kandidate.¹⁷⁰



[profession-in-south-africa-2016](#) (datum van gebruik: 2 Februarie 2017) vir 'n volledige uiteensetting van die huidige beskikbare statistieke rondom die prokureursprofessie.

¹⁷⁰ LSSA *supra* (n 169).



Dit blyk egter dat die demografiese verdeling tussen rassegroepe vanaf 2014 marginaal verbeter het, veral met betrekking tot swart prokureurs wat tot die professie toegelaat is.¹⁷¹ Dit blyk egter verder dat die demografiese verdeling van die prokureursprofessie steeds nie die demografiese verdeling van die land weerspieël nie.¹⁷²

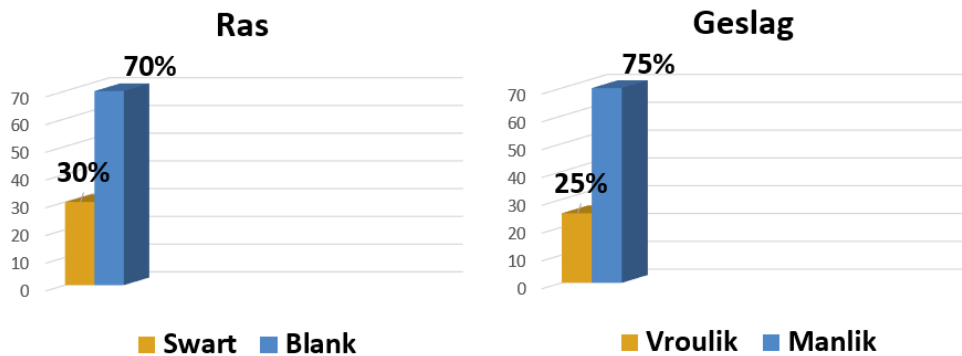
Die advokateprofessie volg 'n soortgelyke tendens en dit blyk dat die demografiese verdeling van die land ook nie hier weerspieël word nie.¹⁷³ Die professie sien as volg daaruit:

¹⁷¹ LSSA *supra* (n 169). Gedurende 2014 het blanke prokureurs 64% van die professie uitgemaak en swart prokureurs 36%. Blanke manlike prokureurs het 40% van die blanke portefeulje beslaan terwyl blanke vroulike prokureurs 24% verteenwoordig het. Swart manlike prokureurs het 23% van die regsprofessie beklee terwyl swart vroulike prokureurs 13% van die poste beklee het. Die 2015 statistiese syfers toon 'n marginale verbetering in die verteenwoordiging van swart prokureurs en 'n gelyktydige afname in die getal blanke prokureurs; sien verder Whittle B "The attorney's profession in numbers" September (2014) *De Rebus* 20-21. Die getal swart prokureurs het vanaf 2008 tot en met 2016 gegroei vanaf 3800 tot 9692 terwyl die aantal wit prokureurs oor die algemeen gedaal het. Die aantal vroue prokureurs wat tot die professie toegelaat is het vanaf 2008 tot 2016 met 3% gegroei. Dit is egter belangrik om te onthou dat rasgebaseerde statistiek nie voor 2008 behoorlik gehou is nie. Die skrywer meld egter dat die statistiese beeld sestien jaar gelede hoofsaaklik uit blanke mans bestaan het. 71% van prokureurs wat in 1998 toegelaat is, was blank en 63% was manlik. Oor die algemeen het vroue prokureurs dus oor die afgelope sestien jaar met 20% toegeneem en die toelating van swart prokureurs met 21%.

¹⁷² Thebe M "Transformation in our lifetime" November (2014) *De Rebus* 3.

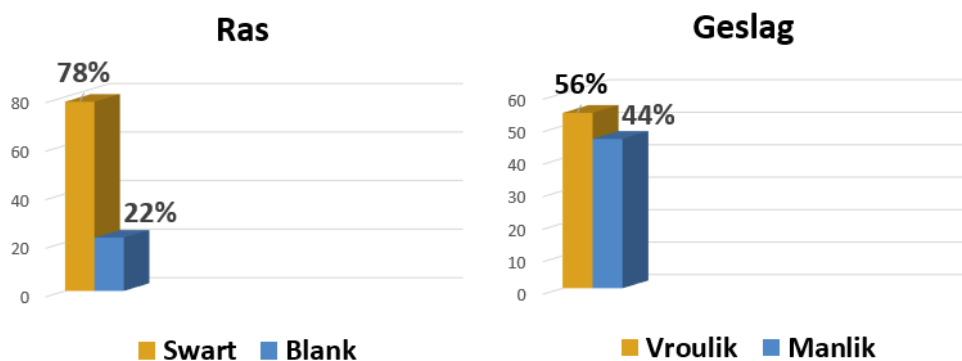
¹⁷³ Nel A *supra* (n 8); Manyathi-Jele N "Gender transformation, is enough being done?" Januarie (2015) *De Rebus* 16. Volgens 2014 statistieke bestaan die lede van die Algemene Balieraad uit 2571 advokate. 645 van

Advokate – Algemene Balieraad: 2014



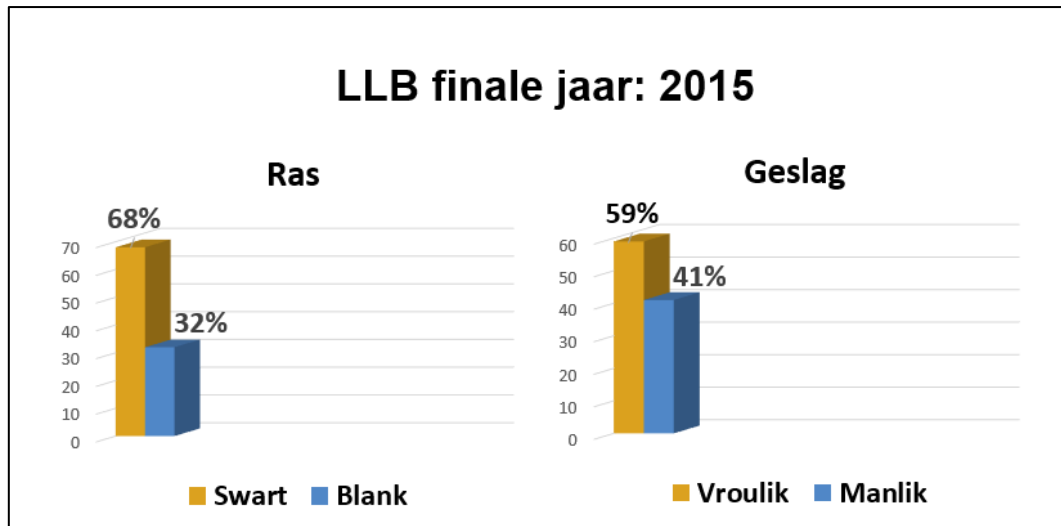
Dit is egter interessant om te meld dat die profiel van regstudente wat vir die *LLB*-leergang geregistreer is, baie nouer die demografiese verdeling van die land weerspieël.¹⁷⁴

LLB eerste jaar registrasie: 2015



hierdie advokate is vroue, oftewel 25% en slegs 35% van hierdie vroue is swart. Daar is 451 senior advokate volgens 2014 statistieke en slegs 27 van hierdie advokate is vroue. Slegs 9 van hierdie vroue is swart; sien verder Manyathi-Jele N "Women and the judiciary" Oktober (2014) *De Rebus* 6-10.

¹⁷⁴ LSSA *supra* (n 169); Whittle B *supra* (n 171) 20-21. In 2016 het die demografiese verteenwoordiging van *LLB*-leergang studente dus verbeter, gemeet teen die demografiese verdeling van die land met 2933 swart studente teenoor 1995 wit studente; sien verder Nel A *supra* (n 8).



Die Wet op Regspraktyk het ten doel om die regsprofessie te transformeer ten einde die professie verteenwoordigend te maak van die demografiese verdeling van die land.¹⁷⁵

Die Regspraktykraad sal getaak word om maatreëls in plek te stel ten einde te verseker dat alle regspraktisyns gelyke geleenthede bekom om sodoende 'n regsprofessie te skep wat aan die demografiese verdeling van die land voldoen.¹⁷⁶

Die vooroordeel en vooropgestelde idees met betrekking tot veral swart regspraktisyns en vroue is egter 'n groot uitdaging wat oorbrug moet word ten einde die transformasie van die regsprofessie te bewerkstellig.¹⁷⁷ Alhoewel die Wet op Regspraktyk maatreëls in plek stel

¹⁷⁵ Voorwoord tot die Wet op Regspraktyk *supra* (n 7). Die term “broadly” is in die voorwoord ingevoeg nadat verskeie partye hul kritiek teenoor die rigiede interpretasie van die Wet op Regspraktyk uitgespreek het. Met die invoeging van hierdie omskrywing sal die toelating van regspraktisyns nie gemanipuleer hoef te word ten einde streng aan die demografiese verdeling van die land te voldoen nie.

¹⁷⁶ A 3(b)(iii) van die Wet op Regspraktyk. Dit is verder interessant om te meld dat die verteenwoordigers van die LSSA in die Nasionale Forum wat die Regspraktykraad voorafgaan, uit 8 verteenwoordigers bestaan, waarvan slegs 2 vroulik is.

¹⁷⁷ Thebe M *supra* (n 172) 3. Sy meen verder dat die transformasie van die professie nie op die skouers van die menslike hulpbronne afdeling van die regsprofessie geplaas moet word nie, maar dat die oplossing wel op die gedrag, besigheid interaksie en vooroordele van elke regspraktisyn berus; Centre for Applied Legal Studies “Transformation of the Legal Profession” <http://www.wits.ac.za/files/25gim578095001427098673.pdf> (datum van gebruik: 9 November 2015). Die Centre for Applied legal studies (CALs) en die Foundation for Human Rights het vanaf 15 Februarie 2014 tot 31 Augustus 2014 navorsing gedoen rakende die transformasie van die

om die demografiese verdeling van die land met betrekking tot ras te weerspieël, is die Wet op Regspraktyk nie duidelik oor die demografiese verdeling met betrekking tot geslag nie.¹⁷⁸ Dit is egter my opinie dat die demografiese verdeling wel die verdeling met betrekking tot geslag insluit.

3.3.5.1 Demografiese verdeling en prokureursfirmas

Dit blyk dat demografiese transformasie in die prokureursprofessie in die laaste paar jaar vordering getoon het, maar dat 'n aantal struikelblokke oorkom moet word alvorens die prokureursprofessie werklik aan die transformatiewe doelstellings soos vervat in die Grondwet sal voldoen.¹⁷⁹ Volgens 2016 statistiek, bestaan die prokureursprofessie uit twaalf duisend driehonderd drie-en-sewentig regsfirmas landswyd.¹⁸⁰ Die oorgrote meerderheid

regsprofessie en onder andere bevind dat die meerderheid regspraktisyne vyandigheid en uitsluiting gebaseer op ras en geslag op 'n daaglikse basis in hul werksomstandighede ervaar. Die navorsingsgroep het onder andere praktiserende sowel as nie-praktiserende prokureurs, advokate en akademici ingesluit. CALS beweer verder dat hierdie vyandigheid uitnemendheid en talent in die professie onderdruk; sien verder vir 'n opsomming van die bevindinge van die verslag, Manyathi-Jele N "Report: Transformation of the legal profession" November (2014) *De Rebus* 18 en LSSA *supra* (n 169) vir 'n uiteensetting van die demografiese verdeling van regspraktyke in 2016.

¹⁷⁸ Manyathi-Jele N "Lack of advancement of black and female lawyers in the spotlight" Julie (2015) *De Rebus* 12.

¹⁷⁹ Manyathi-Jele N "The law—20 years into democracy- discussed at BLA AGM" Desember (2014) *De Rebus* 5. Tydens die algemene vergadering van die *Black Lawyers Association (BLA)* het Ngoepe R die vraag gestel of die bestaan van die *BLA* steeds nodig is twintig jaar na die vestiging van 'n demokratiese samelewing. Hy het egter bevestigend geantwoord en wel bevind dat die bestaan van die *BLA* noodsaaklik is aangesien die organisasie hom daarop toespits om die ongeregthede wat deur die apartheidsbedeling veroorsaak is, uit die weg te ruim. Hy meen verder dat die *BLA* 'n belangrike rol speel in die verskaffing van kwaliteit regsdienste aan arm gemeenskappe juis omdat hierdie lede die omstandighede van die betrokke gemeenskap verstaan en met hul lot kan vereenselwig vanweë hul gedeelde verlede.

¹⁸⁰ LSSA *supra* (n 169).

van hierdie firmas is enkel praktisyns en slegs sewentien van hierdie firmas bestaan uit vyftig of meer lede.¹⁸¹ Klaaren verwys na die navorsingstudie wat gedurende 2013 voltooi is waarin die hoofbevinding was dat die meerderheid van groter regsfirmas steeds deur blanke mans beheer word.¹⁸² Hy bevestig verder dat sowat 48.1% van alle swart vroue wat in hierdie groter regsfirmas werksaam is, kandidaat-prokureurs is en dus die junior vlakke van die regsprofessie beklee.¹⁸³ Matlala¹⁸⁴ bevestig hierdie tendens en verwys verder na die feit dat hierdie blanke regsfirmas meer swart prokureurs in diens het as enige swart regsfirma.¹⁸⁵ Hy voer die argument verder deur die volgende stelling:

“These white law firms monopolize all legal work in all South African courts and tribunals. No South African judicial officer, government minister and parliamentarian can gainsay this fact. This has contributed to the exponential growth of white law firms resulting in some such firms being targets of take overs by international firms.”¹⁸⁶

¹⁸¹ Daar is 10182 enkel praktisyns, 2084 firmas met lede tussen 2-9 praktisyns, 75 firmas met lede tussen 10-19 praktisyns, 15 firmas met lede tussen 20-49 praktisyns, en 17 firmas met meer as vyftig praktisyns.

¹⁸² Klaaren J “Current Demographics in Large Corporate Law Firms in South Africa” (2014) 7 *African Journal of Legal Studies* 587. Hy verwys deurgaans na die bevindinge van ’n navorsingstudie genaamd *Demographic Survey of Large Corporate Law Firms, South Africa, May 2013 (the SALFN report)* waarin gepoog is om akkurate statistiek vir die korporatiewe sy van die regsprofessie daar te stel. Hy argumenteer verder dat betroubare statistiek aangaande die demografiese verdeling van die prokureurspraktyk tans moeilik bekombaar is aangesien die hou van statistiek nie gesentraliseer is nie. Geen sentrale databasis bestaan vir die lede van die verskeie ordes nie. Hierdie situasie sal egter verander sodra die Regspraktykraad die huidige ordes vervang.

¹⁸³ *Ibid.* Hy bevestig verder dat hierdie persentasie drasties afneem sodra daar gekyk word na senior vlakke van die regsfirma. Volgens die bepaalde studie het slegs 13.8% swart vroue ’n senior direkteur pos beklee.

¹⁸⁴ Nano Matlala was die destydse mede-voorsitter van die *LSSA* en die destydse president van die *Black Lawyers Association* en die Prokureursorde van die Noordelike Provinsies.

¹⁸⁵ Manyathi-Jele N *supra* (n 179) 13. Die skrywer haal Matlala aan waar hy ’n spreker was tydens die algemene jaarvergadering van die *BLA*. Hy verwys na die toestaan van staatskontrakte weens BEE wetgewing en die huidige gelykheidswetgewing as redes vir hierdie tendens.

¹⁸⁶ Blom N *Business Day* (2014/01/30) “BEE a priority on merger agenda” 8; Manyathi-Jele N *supra* (n 178) 13. Die regsfirma Routledge Modise het met die internasionale firma Hogan Lovells saamgesmelt. Dit blyk dat die

Matlala verwys verder na die samesmelting van die firma Maluleke Seriti Makume Matlala Inc. in 2002 maar stel dit dat hierdie swart regsfirma nie volhoubaar was nie vanweë die vooroordeel met betrekking tot swart regspraktisyns.¹⁸⁷

Volgens 'n onlangse studie deur die *Centre for Applied Legal Studies*¹⁸⁸ blyk dit dat die transformasie met betrekking tot ras voorrang geniet bo die transformasie met betrekking tot geslag. Swart vroueprokureurs blyk die swaarste geraak te word waar vooroordele met betrekking tot ras en geslag bestaan.¹⁸⁹ Hul blanke eweknieë ervaar soortgelyke vooroordele op grond van hul geslag, maar die rasaspek verskuif na die agtergrond. Vroulike prokureurs is verder van mening dat hulle nie op 'n gelyke grondslag as hul manlike eweknieë beskou word nie.¹⁹⁰

transformatiewe doelstellings en demografiese verteenwoordiging nie vir internasionale firmas as belangrik geag word nie. Hogal Lovells het egter aangedui dat die firma steeds sal verseker dat hul direksie sowel as personeel verteenwoordigend bly van die demografiese verdeling van die land; sien ook Temkin S *Business Day* (2008/04/11) "Global trend tests time-worn rules" 11.

¹⁸⁷ Manyathi-Jele N *supra* (n 179) 14. Matlala meen dat beide die publieke en private sektor geweier het om opdragte te gee aan swart regsfirmas. Hy verwoord sy misnoë met die huidige bedeling as volg: "I am ashamed to state that such meaningful and lucrative legal work is offered to major white law firms. For so long as this state of affairs prevails we should forget about growth and profitability of black law firms. It is not an understatement to say this is the end of the supply chain of the judiciary from black law firms as espoused in the preamble to the Constitution and a contravention of section 9(2) of the Bill of Rights ... The preamble to the Constitution is rendered meaningless and a dream to black law firms as a result of the persistent and consistent continuation of doing business under Apartheid conditions." Dit is egter my opinie dat die meeste direkteure van hierdie regsfirma wel gebaat het by die ondervinding wat hulle opgedoen het gedurende die tyd wat hulle 'n suksesvolle praktyk bedryf het aangesien verskeie aanstellings op die regsbank direk uit hierdie ondervinding gevloei het.

¹⁸⁸ Centre for Applied Legal Studies *supra* (n 177); Manyathi-Jele N *supra* (n 177) 19.

¹⁸⁹ Manyathi-Jele N *supra* (n 178) 15. Sy meen dat swart vroulike advokate dubbele vooroordele te bowe moet kom ten einde suksesvol te wees. Eerstens word hulle as onbevoeg beskou vanweë hul ras, en dan verder ook vanweë die feit dat hulle vroulik is.

¹⁹⁰ Centre for Applied Legal Studies *supra* (n 177); Manyathi-Jele N *supra* (n 177) 20. Hulle is van mening dat daar van hulle verwag word om koffie te skink tydens vergaderings bloot vanweë die feit dat hulle vroulik is. Hierdie tendens is deur hul manlike eweknieë erken, maar in sommige gevalle het hulle aangedui dat daar in

Die meerderheid swart prokureurs wat aan die studie deelgeneem het, het aangedui dat hulle deur hul betrokke firmas gebruik word om onder andere staatskontrakte te bekom of om aan sekere vereistes van bepaalde kliënte te voldoen.¹⁹¹

3.3.5.2 Demografiese verdeling en die advokateprofessie

Die demografiese verdeling van die advokateprofessie blyk 'n struikelblok te wees in die transformasie van die professie. Die diepgesetelde skeiding in terme van rassegroepe en die verdere skeiding op grond van geslag blyk die transformasieproses nadelig te raak.¹⁹² Uit die

die meerderheid van gevalle van die junior persoon in die vergadering verwag word om die koffie te skink, ongeag of hierdie junior regspraktisyn manlik of vroulik is. Hulle is verder van mening dat vroulike prokureurs meestal met administratiewe aangeleenthede belas word terwyl manlike prokureurs die geleentheid kry om regsaspekte te ondersoek.

¹⁹¹ Klaaren J *supra* (n 182) 593 verwys na die mening van Pruitt L R “No Black Names on the Letterhead? Efficient Discrimination and the South African Legal Profession” (2002) 23 *Michigan Journal of International Law* 546-676 waarin sy as volg kommentaar lewer: “Black commercial attorneys currently perceive improved ease of access to commercial law firms as a result of transformation legislation such as BEE and Affirmative Action. The perception is, however, that larger, established firms only recruit candidate attorneys to improve their procurement profile and often neglect to transfer skills; an important defining characteristic of an empowered individual. This sentiment is shared by black firms partnering with larger firms.”; sien verder ook Manyathi-Jele N *supra* (n 177) 23. Hierdie praktyk staan bekend as “fronting”; sien ook Manyathi-Jele N *supra* (n 173) 18; dit dien egter vermeld te word dat die Wysigingswet op Broad-Based Black Economic Empowerment (Wet 46 van 2013) wat in 2015 in werking getree het, hierdie probleem doelgerig aanspreek aangesien a 130(1) die bedryf van “fronting” as ‘n statutêre misdaad verklaar het.

¹⁹² Laganparsad M *Sunday Times* (2015/05/17) “Advocate in desperate attempt to thwart silk sabotage” 5. Memani het aangedui dat rassisme ‘n rol speel in die teenstaan van sy aansoek om toelating as senior advokaat. Hy meen onder andere dat die versoek van die Society of Advocates om insae in sy finansiële state te bekom, as taktiek gebruik is om sy aansoek om toelating te frustreer; sien verder LSSA Legalbrief Weekly 188: News of the week of 16 to 23 October 2015 “*Briefing patterns in black and white*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 23 Oktober 2015). In ‘n onlangse ondeurdatte uitspraak het die menseregteprokureur, Spoor, aangedui dat die aanstel van swart advokate ‘n handeling van liefdadigheid is.

onlangse studie met betrekking tot die transformasie van die regsprofessie het swart vroue-advokate aangedui dat hulle gemarginaliseer voel aangesien hulle die kulturele minderheidsgroep in die Balie verteenwoordig.¹⁹³ Dit blyk verder dat hulle van mening is dat werk toegedeel word op grond van ras en sosiale interaksie tussen die betrokke rassegroepe.¹⁹⁴ Hierdie sosiale interaksie is meestal beperk tot dieselfde rassegroepe wat opsigself min ruimte laat vir interaksie tussen verskillende rassegroepe.¹⁹⁵

Die demografiese verdeling van die advokateprofessie met betrekking tot geslag bly steeds 'n struikelblok in die transformasie van die professie.¹⁹⁶ Dit is ook van belang om te noem dat die Johannesburgse Balieraad geen beleid aangeneem het ten einde riglyne te bied vir kraamverlof of gevalle waar seksuele teistering plaasvind nie.¹⁹⁷ Hierdie versuim om van die tradisionele benaderings afstand te doen ontbloot die diepgewortelde hiërargiese stelsel waar die posisie van vroue sekondêr is tot die posisie van hulle manlike eweknieë.¹⁹⁸

Hierdie stelling het wye kritiek ontlok en Spoor het later om verskoning gevra. Hierdie stelling bevestig egter die diepgewortelde vooroordeel teenoor veral swart regspraktisyns.

¹⁹³ Manyathi-Jele N *supra* (n 177) 22; Centre for Applied Legal Studies *supra* (n 177). Hierby inbegrepe is ook ander minderheidsgroepe onder andere Kleurling en Indiër regspraktisyns.

¹⁹⁴ Manyathi-Jele N *supra* (n 177) 23; Centre for Applied Legal Studies *supra* (n 177).

¹⁹⁵ LSSA Legalbrief Weekly 188: News of the week of 16 to 23 October 2015 *supra* (n 192). Moseneke het bevind dat werksverspreiding altyd gedikteer sal word deur sosio-ekonomiese strukture en die magsverhouding binne die ekonomie. Hy stel dit verder dat: "The dominant class dishes out patronage as it wishes and chooses. Briefing patterns of corporate work will always be reflective of class, gender and race of the dominant decision makers ... They are informed by both the financial interest and prejudices of the moneyed class. Often all this boils down to the use of legal services of those with whom they share race, class and gender."

¹⁹⁶ Manyathi-Jele N *supra* (n 173) 16.

¹⁹⁷ Manyathi-Jele N *supra* (n 177) 22; Centre for Applied Legal Studies *supra* (n 177). Hulle het verder bevind dat hierdie beleide en riglyne deur die individuele groepe aangeneem en toegepas moet word.

¹⁹⁸ Manyathi-Jele N *supra* (n 177) 18; Centre for Applied Legal Studies *supra* (n 177).

In 'n poging om transformasie in die advokateprofessie te bespoedig, het sekere lede van die professie onlangs 'n resoluëie aangeneem waarvolgens hul lede hulself aan onprofessionele gedrag sal skuldig maak indien 'n span van drie of meer advokate wat vir 'n bepaalde saak aangestel word, nie ten minste een swart advokaat insluit nie.¹⁹⁹ Die aanname van hierdie radikale resoluëie het egter kritiek uit verskeie oorde ontlok.²⁰⁰

3.3.5.3 Demografiese verdeling en die regsbank

Volgens 2016 statistiek, bestaan die regsbank uit tweehonderd nege-en-dertig permanente regters. Tagtig van hierdie regters is vroue.²⁰¹ Verder is die meerderheid regters in die Konstitusionele Hof swart en slegs twee van hierdie regters is blank. Geslagsgelykheid blyk egter steeds 'n struikelblok te wees in die aanstelling van Konstitusionele Hof regters

¹⁹⁹ LSSA Legalbrief Weekly 190: News for the week of 30 October to 6 November 2015 "*Practice: Double broadside against skewed briefing patterns*" <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 6 November 2015). Die Johannesburgse Balieraad het die resoluëie met 'n 90% meerderheid aanvaar. Die resoluëie sal spesifiek swart vroue advokate tot voordeel wees. Hierdie resoluëie is gesteun deur die LSSA, BLA en die *National Association of Democratic Lawyers*, welke instansies ook voorgestel het dat nasionale samesprekings gehou behoort te word ten einde die transformasie van die professie te bespreek en effektief deur te voer.

²⁰⁰ LSSA Legalbrief Weekly 190: News for the week of 30 October to 6 November 2015 *supra* (n 199). Blanke vroue advokate word deur die werking van die resoluëie uitgesluit. Mphofu SC het egter as volg kommentaar gelewer: "I'm sure they (white women) will stage their own fights and convene before the Bar Council at an appropriate time. This one was initiated by the black counsel. Our primary concern was the legacy of apartheid and the impact it had on black people and particularly on black women." Trengove SC het egter as volg kommentaar gelewer: "What is different now is we will be saying to attorneys and clients that we will only be prepared to take their appointments on our terms." Norman SC het egter gemeen dat swart vroue advokate nie opdragte gegee behoort te word bloot op grond van hul ras nie. Ander kritici het ook gemeen dat daar eerder geleenthede vir vaardigheidsontwikkeling geskep behoort te word vir swart vroue, eerder as om bloot aan hierdie groep opdragte te gee op grond van hul geslag en ras.

²⁰¹ LSSA *supra* (n 169); Manyathi-Jele N *supra* (n 173) 16. Hierdie vroue regters verteenwoordig slegs 32.5% van die regsbank. Swart mans verteenwoordig 28.87% van die permanente regters op die regsbank.

aangesien die meerderheid steeds manlik is.²⁰² Die demografiese verdeling met betrekking tot geslag in die laer howe blyk egter 'n beter beeld te weerspieël.²⁰³

Regters word gewoonlik uit die geledere van senior advokate aangestel.²⁰⁴ In die verlede was senior advokate oorwegend blanke mans. As 'n natuurlike uitvloeisel van hierdie tendens, was die meerderheid regters dus ook blanke mans.²⁰⁵ Die Regterlike Dienskommissie is getaak om die regsbank te transformeer.²⁰⁶ Dit blyk dat die aanstelling van veral vroue

²⁰² *Ibid*; sien verder Rabkin F *Business Day* (2015/06/11) "Top court's gender score still off mark" 2.

²⁰³ LSSA *supra* (n 169); Manyathi-Jele N *supra* (n 173) 16. Sy verwys na die toespraak van die Adjunk Minister van Justisie, John Jeffery, tydens 'n seminaar van die Wes-Kaapse afdeling van die *National Association of Democratic Lawyers (NADEL)* en die *Foundation for Human Rights* waartydens geslagstransformasie in die regsprofessie bespreek is. Jeffery het bevestig dat die hoër howe, arbeidshowe, verkiesingshowe en grondeise howe gedurende die laaste onderhoude 17 mans en 14 vroue as regters aangestel het. Hierdie aanstellings verteenwoordig die demografiese transformasie waarna die regsbank behoort te streef. Hy bevestig verder dat die demografiese verteenwoordiging met betrekking tot geslag in veral die landdroshowe beduidende vordering gemaak het en dat daar tans 667 vroulike landdroste is. Hierdie aanstellings kom neer op 'n verhoging van 134% van die 284 vroulike landdroste wat in 1998 in die landdroshowe diens gedoen het. Die aantal swart landdroste het vanaf 1998 toegeneem van 62 tot 285 in 2015, wat 'n toename van 359% verteenwoordig; sien verder ook Nel A *supra* (n 8); sien ook Manyathi-Jele N "Women and the judiciary" Oktober (2014) *De Rebus* 6.

²⁰⁴ Department of Justice and Constitutional Development *supra* (n 2). Dit blyk egter vermeld te word dat regters ook uit die geledere van die prokureursprofessie aangestel word. Die transformasie van die advokateprofessie is dus 'n voorvereiste vir die transformasie van die regsbank.

²⁰⁵ Manyathi-Jele N *supra* (n 178) 14; sien verder Chaskalson A "*Without fear, favour or prejudice: the courts, the constitution and transformation*" *supra* (n 119). Hy meen dat die meerderheid regters in die post apartheidsera aangestel is en dat die regsbank tans oor 'n meerderheid swart regters beskik. Hy verwys egter verder na die feit dat vroulike regters steeds die minderheidsgroep uitmaak; sien verder Nel A *supra* (n 8). Hy lewer kommentaar oor die feit dat 160 van die 165 regters gedurende die tydperk voor 1994 blanke mans was.

²⁰⁶ Malan K *supra* (n 137) 1968. Die aanstelling van regters is die hoofdoelstelling van die Regterlike Dienskommissie (in terme van a 174 van die Grondwet en a 177 van die Regterlike Dienskommissie Wet 9 van 1994). Die Regterlike Dienskommissie funksioneer onafhanklik van die uitvoerende gesag. Malan maak egter melding van die politieke aard van die Regterlike Dienskommissie en bevind dat die heersende party gewoonlik die dominante rol in die Kommissie vervul.

regters hoog op die agenda is.²⁰⁷ Die transformasieproses met betrekking tot die wyse waarop regters aangestel word deur die Regterlike Dienskommissie het egter al op verskeie aangeleenthede in die verlede onder sterk kritiek deurgeloopt.²⁰⁸ Malan²⁰⁹ meen dat daar tans 'n vooroordeel bestaan dat blanke mans deur die transformasieproses van die Regterlike Dienskommissie ongeskik geraak het om diens te doen op die regsbank.²¹⁰ Smuts meen dat die Regterlike Dienskommissie slegs blanke mans aanstel in uitsonderlike omstandighede.²¹¹ Indien hierdie kandidate wel vir onderhoude genooi word, word hulle dikwels aan irrelevante en politiesgelaaide vrae blootgestel, terwyl hul swart eweknieë nie onder dieselfde behandeling deurloop nie.²¹² Kriegler, voormalige KHR het homself ook tot

²⁰⁷ Manyathi-Jele N *supra* (n 203) 6. Mlambo R meen dat veral swart vroue advokate nie hulself beskikbaar stel vir poste as waarnemende regters nie vanweë die feit dat hierdie praktisyns die rol van waarnemende regters sien as “an act of insolvency”. Hierdie vroulike praktisyns bedryf suksesvolle praktyke en hulle is gewoonlik nie vir meer as twee weke per jaar beskikbaar vir waarnemende poste nie. Volgens hom is hierdie tydperk onvoldoende vir voorbereiding tot 'n permanente posisie op die regsbank; ingevolge a 174 (1) en (2) van die Grondwet kan regters aangestel word uit toepaslik gekwalifiseerde mans of vroue wie as geskik en gepas geag word om toegelaat te word tot die regsbank. Die regsbank behoort egter die demografiese verdeling van die land breedweg te verteenwoordig. Dit is interessant dat die Wet op Regspraktyk ook hierdie vereiste van 'n “breedweg” verteenwoordigende demografiese verdeling ten opsigte van ras en geslag voorstaan.

²⁰⁸ Nel A *supra* (n 8). Hy meen dat sommige kritici die doelwit van 'n verteenwoordigende regsbank as grondwetlik verdag afmaak. Hulle meen dat die doelwit regmatig is, maar dat die manier waarop die doelwit afgedwing word, ongrondwetlik is.

²⁰⁹ Malan K *supra* (n 137) 1968.

²¹⁰ Nel A *supra* (n 8). Hy beweer dat die “white men can't judge” mite die Grondwet en die integriteit van die Regterlike Dienskommissie ondermyn en dat transformasie van die regsbank deur hierdie denkwyse negatief beïnvloed word; sien verder Malan K *supra* (n 137) 1970. Malan meen dat die Regterlike Dienskommissie onder kritiek deurgeloopt het vanweë hul versuim om persone wat deelgeneem het aan die destydse “struggle” en aan al die kwalifiserende kriteria voldoen het, as regters aan te stel bloot omdat hulle blanke mans was.

²¹¹ Malan K *supra* (n 137) 1976.

²¹² Malan K *supra* (n 137) 1974. Hierdie benadering tot kandidate het in 2013 op 'n openbare debat uitgeloopt. Smuts, as een van die kommissarisse van die Regterlike Dienskommissie, het sy misnoeë uitgespreek met die wyse waarop die transformatiewe doelstellings van die Grondwet met betrekking tot die aanstelling van regters deurgevoer word. Hy het gewaarsku teen die aanstelling van regters bloot op grond van ras- en geslagsverteenvoording. Hy was van mening dat die hoof kriteria vir die aanstelling van regters steeds die

die debat gewend en die Regterlike Dienskommissie openlik gekritiseer deur die volgende stelling:

“But, from where I look at the judiciary today, and the way I have been watching the Judicial Service Commission this ethnic/gender balance in section 174 of the Constitution has become the be-all and the end-all when the JSC makes its selections. And if it is not the be-all and end-all, at the very least it has been elevated to the overriding fundamental requirement.”²¹³

Dit blyk dat die behoorlike uitvoering van die pligte van die Regterlike Dienskommissie en die uiteindelijke aanstelling van geskikte en gepaste regters van kardinale belang is vir die behoud van die grondwetlike gesag en die vertroue in die regsbank deur die publiek.²¹⁴ Smuts meen dat die Regterlike Dienskommissie te veel aandag vestig op die aanstelling van kandidate wat die demografiese verdeling met betrekking tot ras en geslag bevorder en dat die bekwaamheid en ondervinding van die kandidate in die meeste gevalle na die agtergrond verskuif.²¹⁵

Ook met die uitsprake van regters bestaan daar vooroordeel met betrekking tot die bekwaamheid van swart regters.²¹⁶ Masutha meen dat wit regters ook soms uitsprake lewer

geskiktheid en gepastheid van die individuele kandidaat behoort te wees. As gevolg van sy openbare kritiek teen die werkswyse van die Regterlike Dienskommissie, het hy uit sy amp bedank; sien verder p 1978 – 1979 vir 'n bespreking van die onderhoude waaraan Plasket R, 'n blanke man, en Sandulkar R, 'n Indiër vrou, onderskeidelik blootgestel is.

²¹³ Malan K *supra* (n 137) 1980. Hierdie stelling is reeds op 18 Augustus 2009 gemaak.

²¹⁴ Malan K *supra* (n 137) 1970.

²¹⁵ Malan K *supra* (n 137) 1976.

²¹⁶ In die onlangse uitspraak in die wyd gepubliseerde Oscar Pistorius saak is Masipa R se uitspraak deur verskeie regskenner gekritiseer. Hierdie kritiek het aanleiding gegee tot die aanname dat swart vroulike regters onbekwaam is; sien verder ook Manyathi-Jele N “Where on the profession’s agenda - if at all- are the strategies to deal with challenges faced by female lawyers?” Oktober (2014) *De Rebus* 3.

wat nie strook met die korrekte interpretasie van die reg nie maar stel dit verder dat die aanname bestaan dat wit regters steeds meer bekwaam is as hul swart eweknieë.²¹⁷

3.3.5.4 Die rol van die prokureur-generaal en die staat

Die staat is al op verskeie geleenthede gekritiseer vanweë sy versuim om aan die transformatiewe doelstellings te voldoen met betrekking tot die aanstelling van regspraktisyns om sake namens die staat te behartig.²¹⁸ In die meerderheid gevalle stel staatsdepartemente blanke manlike advokate aan om sake te behartig en sodoende word voorheen benadeelde regspraktisyns van die geleentheid ontnem om waardevolle kennis en ondervinding op te doen.²¹⁹

Wysigings tot die Staatsprokureurswet²²⁰ sal die aanstelling van die prokureur-generaal moontlik maak. Masutha²²¹ is van mening dat die huidige Departement van Justisie nie die transformasie van die regsprofessie effektief monitor en die demografiese verteenwoordiging van regspraktisyns wat deur die staat aangestel word, behoorlik afdwing

²¹⁷ Manyathi-Jele N *supra* (n 178) 16. Die skrywer haal Masutha, die huidige Minister van Justisie en Korrektiewe Dientste, aan waar hy as spreker opgetree het tydens 'n debat oor vroulike swart regspraktisyns. Hy stel sy mening as volg: "There is this fallacy that to be white, especially white male, you are possessed with these "holy powers of knowing it all because you were born to be a better person and born to possess all talents". Hy kritiseer spesifiek die uitspraak van Fabricius R in die geassisteerde selfdood aangeleentheid waar die regter gekies het om die gemenerereg uit te brei maar bevind het dat die uitspraak slegs van toepassing was op die applikant wat toe reeds oorlede is.

²¹⁸ Thebe M "Solicitor-general to head office of the State Attorney" Julie (2015) *De Rebus* 3.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ Wet 56 van 1957; Staatsprokureur Wysigingswet 13 van 2014. Hierdie nuwe amp wat in terme van die Wet daargestel word, moet egter onderskei word van die uitgediende amp van die destydse Prokureur-Generaal en die Direkteur van Openbare Vervolging.

²²¹ Michael Masutha, die huidige Minister van Justisie en Korrektiewe Dienste.

nie.²²² Die doel van die aanstelling van die prokureur-generaal word deur Masutha as volg omskryf:

“(T)he position of solicitor-general will drive transformation in the legal profession and the judiciary, and ensure that the Office of the State Attorney has the necessary power, authority and influence.”²²³

Die werking van die prokureur-generaal sal dus hoofsaaklik ten doel hê om die effektiewe dienslewering in die kantoor van die staatsprokureur te bevorder en die regverdige verdeling van werk aan veral voorheen benadeelde regspraktisyne te verseker.²²⁴

3.3.6 Gevolgtrekking

Die transformasie van die regsprofessie kan nie bloot gebaseer word op die verteenwoordiging van die demografiese verdeling van die land nie.²²⁵ Transformasie kan slegs suksesvol geskied indien daar ’n positiewe verandering plaasvind met betrekking tot vaardigheidsontwikkeling en opleiding van voornemende regspraktisyne. Dit blyk dat demografiese verteenwoordiging duidelik na die voorgrond tree op ’n junior vlak, maar hierdie situasie verander sodra senioriteit ’n rol speel. Senior posisies in veral groot

²²² Manyathi-Jele N *supra* (n 178) 16; sien ook Manyathi-Jele N *supra* (n 173) 16. Volgens onlangse statistiek is 75.15% (R482 386 444) van alle opdragte met betrekking tot staatsaangeleenthede gedurende die 2013/14 finansiële jaar aan voorheen benadeelde regspraktisyne toegeken. Menige regspraktisyne meen egter steeds dat die howe oorheers word deur die sogenaamde “white boys club”; sien ook Thebe M “Significant reforms in pursuit of the ideal justice system” Januarie (2015) *De Rebus* 13.

²²³ Thebe M *supra* (n 218) 3.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ Manyathi-Jele N *supra* (n 177) 22; Centre for Applied Legal Studies *supra* (n 177). Die konsep van transformasie behoort beter verstaan te word. Tydens die navorsingstudie het ’n swart advokaat laat blyk dat sy nie bloot aangestel wil word vanweë haar ras en geslag nie, maar wel vanweë die feit dat sy oor die nodige bekwaamheid beskik om die opdrag suksesvol deur te voer.

regsfirmas word steeds deur blanke mans geokkupeer en hierdie situasie sal slegs verander mits swart regspraktisyns die geleentheid gegun word om vaardighede te ontwikkel onder die leiding van hierdie blanke senior regspraktisyns.²²⁶ Ekonomiese transformasie behoort ook aangespreek te word.²²⁷

Uit die voorafgaande statistiek blyk dit dat die regsprofessie tans “natuurlik” transformeer. Myns insiens is die weerspieëling van die huidige geregistreerde LLB leerders aanduidend van die verandering in die demografiese verdeling van die professie. Die Wet op Regspraktyk poog om die demografiese transformasie van die regsprofessie af te dwing by wyse van wetgewing, maar die uiteindelijke skade wat deur hierdie geforseerde veranderinge aangebring word, sal waarskynlik eers na die totstandkoming van die Regspraktykraad duidelik word. Die teendeel blyk egter ook inherente gevare in te hou. Indien die regsprofessie die geforseerde transformasie by wyse van wetgewing teenstaan, mag die publiek moontlik hul vertrouwe in die regsprofessie en die regstelsel in die algemeen verloor weens hul weerstand teen die grondwetlike doelstellings van ’n nie-rasgebaseerde samelewing. In hierdie omstandighede mag die uitvoering van die reg sekondêr word tot ’n stelsel waar sake beslis word by wyse van arbitrasie en nuwe forums van dispuutbeslegting vanweë die publiek se verlies aan vertrouwe in die regsprofessie.

²²⁶ Manyathi-Jele N *supra* (n 177) 22; Centre for Applied Legal Studies *supra* (n 177).

²²⁷ Manyathi-Jele N *supra* (n 177) 22; Centre for Applied Legal Studies *supra* (n 177). Volgens die navorsingstudie word swart kandidaat-prokureurs benadeel aangesien hulle dikwels nie oor ’n rybewys en eie voertuig beskik nie. Hierdie situasie gee aanleiding tot ’n vermindering in die blootstelling en vaardigheidsontwikkeling tydens hulle periode onder klerkskap.

Hoofstuk 4 Die Trias Politica beginsel en die rol van die Minister van Justisie

4.1 Die skeiding van magte leerstuk

4.1.1 Inleiding

Die Grondwet¹ verskans die skeiding van magte beginsel in ons demokratiese samelewing. Die gesagsfeer word verdeel in die uitvoerende sfeer, die regsprekende sfeer en die wetgewende sfeer. Die onafhanklikheid van die regsprekende gesag en by implikasie, die regsbank is belangrik, aangesien die geregtelike hersiening van die uitvoerende gesag daarin setel. Chaskalson, voormalige KHR het die onafhanklikheid van die regsbank en die regsprofessie beskou as 'n grondslag van ons konstitusionele demokrasie en het gewaarsku teen die "erosie" van hierdie fundamentele beginsel.² Die regsbank maak staat op 'n

¹ Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (hierna genoem die Grondwet); Parliament of the Republic of South Africa "*Our Constitution*" <http://www.parliament.gov.za/live/content.php?Category-ID=11> (datum van gebruik: 29 Februarie 2016). Die Grondwet is die hoogste gesag in die land en elke ander wet behoort teen die grondwetlike beginsels soos vervat in die Grondwet getoets te word. Aangesien Suid-Afrika 'n grondwetlike staat is, behoort alle wetgewing deur die Parlement uitgevaardig, aan die gees en beginsels van 'n demokratiese waardestelsel getoets te word ten einde uitvoering te gee aan die grondwetlike beginsels soos uiteengesit in die Grondwet waar 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op sosiale gelykheid en fundamentele regte vooropgestel word.

² Chaskalson A "*The Rule of Law: The importance of independent courts and the legal profession*" <http://www.constitutionallyspeaking.co.za/arthur-chaskalson-on-independence-of-legal-profession> (datum van gebruik: 12 Julie 2014).

onafhanklike regsprofessie ten einde sy funksies in terme van die Grondwet te vervul en 'n behoorlike funksionerende regstaat te handhaaf.³

Terwyl die staat aandrang op hul standpunt dat die Wet op Regspraktyk⁴ die onafhanklikheid van die regsprofessie vooropstel, verskil verskeie partye ten opsigte van hierdie standpunt en voer aan dat die Wet op Regspraktyk die persepsie van onafhanklikheid skep, maar dat die kontrole oor die regsprofessie by wyse van die magte toegeken aan die Minister van Justisie soos in die Wet op Regspraktyk uiteengesit, nou in die uitvoerende gesag gesetel word.⁵

Die Wet op Regspraktyk maak voorsiening vir 'n enkele reguleerder van die regsprofessie, die Regspraktykraad, welke reguleerder beide die onafhanklike statutêre Provinsiale Prokureursordes en die vrywillige reguleerder, die Algemene Balieraad van Suid-Afrika (hierna genoem die Algemene Balieraad) as primêre reguleerders sal vervang. (Die vrywillige reguleerders sal egter in beginsel bly voortbestaan, maar die lewensvatbaarheid van hierdie vrywillige assosiasies gesien in die lig van die finansiële verpligtinge wat deur die bedryf van die Regspraktykraad daargestel word, is myns insiens twyfelagtig). Die Regspraktykraad sal die dag tot dag funksies van die regsprofessie reguleer, maar die Minister van Justisie het die uitvoerende mag om die Regspraktykraad te ontbind en 'n interim uitvoerende raad saam te stel waarvan die samestelling uitsluitlik binne die diskresie van die Minister van Justisie berus. Die feit dat die Minister van Justisie oor die bevoegdheid van ontbinding

³ *Ibid.* Die howe maak staat op regspraktisyns om hul plig na te kom om die reg te handhaaf. Die regsprofessie behoort onafhanklik te funksioneer en nie beïnvloed te word wanneer hulle sake aanvat wat nie in die belang van die uitvoerende gesag is nie. Die onafhanklikheid van die regsprofessie is dus belangrik vir die uitvoering van geregtigheid.

⁴ Wet op Regspraktyk (sien Hoofstuk 1 (n 12) vir 'n volledige omskrywing).

⁵ Gauntlett J *Business Day* (2012/06/04) "Radebe's calamitous bill is an affront to the rule of law" 6. Hy voer onder andere aan dat: "It was well understood that to remove the control of the profession from the provincial bar councils and the General Bar Council of the Bar would have meant the end of independence of the profession. What was also well understood was that the independence of the Bench was inextricably linked with the independence of the Bar."

beskik, strook nie met die onafhanklikheid van die profesie nie. Chaskalson, voormalige KHR meen dat die toekenning van hierdie uitvoerende bevoegdheid aan die Minister van Justisie, ten koste van die onafhanklikheid van die regsprofesie “... is calculated to secure compliance rather than resistance from it should differences on important issues ever surface between them.”⁶ Dit blyk dat die Wet op Regspraktyk ’n beduidende kombinasie van gesag en beheer oor die voorheen onafhanklike regsberoep in die hande van die uitvoerende gesag setel.

4.1.2 Die betekenis van die skeiding van magte beginsel

Met die onderhandelinge rondom die staatsmodel wat in die vroeë negentigs die publieke en politieke debat in Suid-Afrika oorheers het, is aanvanklik twee modelle voorgehou as moontlike staatsvorme vir die nuutgevonde Suid-Afrikaanse demokratiese bedeling na apartheid.⁷ Die *African National Congress* (hierna genoem die *ANC*) het aangedring op ’n

⁶ Chaskalson A *supra* (n 2).

⁷ Kruger J “Regstaat, Kultuurstaat, Welvaartstaat: Bestanddele van ’n nuwe staatsmodel” (1994) 1 *Stellenbosch Law Review* 15; Erasmus G “Die Finale Grondwet: Legitimiteit en ontstaan” (1997) 1 *Stellenbosch Law Review* 31. Die destydse Staatspresident het op 2 Februarie 1990 aangekondig dat die voorheen verbode partye ontban sou word en dat samesprekings sou begin ten einde grondwetlike beginsels te bespreek. Die eerste vergadering van verskeie politici het onder die vaandel van CODESA plaasgevind op 21 Desember 1991 waarna die formele onderhandelinge ten opsigte van die tegniese bepalings van die Grondwet in 1992 ’n aanvang geneem het; sien ook Currie I, De Waal J en Law Society of South Africa *The Bill of Rights Handbook* 6de uitgawe (Kaapstad: Juta & Co. Ltd. 2013) 4-6; vir ’n verdere bespreking van die onderhandelinge tydens die konstitusionele proses, sien ook Ebrahim H *The Soul of a Nation: Constitution-Making in South Africa* (Kaapstad: Oxford University Press 1998) en Motlala Z en Ramaphosa C *Constitutional law: Analysis and Cases* (Kaapstad: Oxford University Press 2002) vir ’n verdere bespreking tot die ontstaan van die konstitusionele bedeling in Suid-Afrika.

unitêre staatsvorm wat gekenmerk word deur die bevestiging en afdwinging van sosio-ekonomiese regte.⁸

Die destydse Nasionale Party, as 'n teenpool, het op 'n staatsvorm aangedring waarin magsverspreiding vooropgestel word, waarskynlik in 'n poging om die oorheersing van een politieke party in 'n regering van samewerking te voorkom. Kruger meen verder dat die Nasionale Party waarskynlik aanvanklik op 'n "konsosiatiewe staatsvorm" aangedring het, maar dat die partye mettertyd op 'n regstaat ooreengekom het. Die blanke minderheid het verder gevrees dat die nuwe regering hul magte, indien nie beperk deur 'n skeidingsbeginsel, sou gebruik om regressiewe maatreëls teen die wit minderheid in plek te stel. Hulle het verder gevrees dat die nuwe regering deur 'n mate van wraak gedryf sou word en dat wetgewing in plek gestel sou word ten einde uiting te gee aan hierdie wraaksugtigheid. Seedorf en Sibanda haal Allistair Sparks aan in *Tomorrow is Another Country* (1994) waar hy as volg meen dat:

"(M)uch of the new (interim) constitution was devoted to reassuring the white minority that the tables would not be turned on them in a regime of vengeance."⁹

Dit blyk dat die verskeie politieke partye wat by die onderhandelingsproses betrokke was, dus uiteindelik op 'n soort "regstaat"¹⁰ as staatsvorm ooreengekom het. Die nuutgevonde

⁸ Kruger *J supra* (n 7) 26. Hy meen dat die begrip eintlik neerkom op 'n vorm van sosialisme, soos gesien kan word in verskeie Afrika-state, onder andere Gaboen, Mali, Marokko en Zaïre waar wetgewing op die beginsel van sosialisme gegrond is. Die beginsel van sosialisme is egter breedweg die toekenning van sosiale gelykheid, die erkenning van menswaardigheid en die verlenging van sosio-ekonomiese hulp om algemene welvaart te verseker.

⁹ Kruger *J supra* (n 7) 15; Seedorf S en Sibanda S "Separation of powers" in S Woolman, T Roux, J Klaaren, A Stein, M Chaskalson en M Bishop (reds.) *Constitutional Law of South Africa* (2de uitgawe, OS, Junie 2008) Hoofstuk 12 19.

¹⁰ Die begrip "*Rechtsstaat*" is van Duitse afkoms en is reeds so vroeg as die 19de eeu deur Robert von Mohl gebruik. Von Mohl het egter die ontstaan van die begrip aan Immanuel Kant toegeskryf. Van Wyk DH "Suid-Afrika en die regstaatidee" (1980) *Journal of South African Law* 153; sien verder Kruger *J supra* (n 7) 16. Die begrip het veral posgevat in die nasionaal-sosialisme en wel ten einde die gebreke in die Weimar-tydperk reg te stel. Die regstaat konsep word verder verdeel in 'n formele regstaat en 'n materiële regstaat, laasgenoemde

demokratiese bedeling het egter aanspraak gemaak op 'n unieke karakterisering van die staatsbestel. Dit is steeds 'n akademiese vraag of die huidige bedeling wat in Suid-Afrika geld as 'n suiwer regstaat geklassifiseer kan word.¹¹ Kruger¹² meen dat die begrip “regstaat” beteken:

“... dat die reg heers, en meer in die besonder, dat die wyse waarop die staat saamgestel is (dit wil sê die staatsvorm) asook die wyse waarop die staatsgesag ontstaan, toegeken en uitgeoefen word, deur die Grondwet neergelê en bepaal word.”

Ten einde as 'n formele regstaat te kwalifiseer, behoort die skeiding van magte beginsel met betrekking tot staatsgesag dus toegepas te word.¹³ Die ander eienskappe van 'n regstaat is onder andere die handhawing van die beginsel van legitimiteit, die formulering van

welke gebaseer is op die gedagte dat alle staatsgesag onderwerp behoort te word aan juridiese norme en waardes. Kruger meen dat hierdie begrip op 'n hoër stel juridiese norme gebaseer is en as't ware verseker dat: “... die regeerder nie eensydig en deur blote magsuitoefening regeer nie maar deur en op grond van die reg. Dit volg dat die hele verhouding tussen owerheid en onderdaan deur die reg (en gevolglik ook die geïmpliseerde en onderliggende regswaardes van die Grondwet) beheers word”.

¹¹ Van Wyk DH *supra* (n 10) 152. Hy verwys onder andere na Wiechers *Administratiefreg* (1973) 3 16 297 en bevind dat die publiekregtelike literatuur na Suid-Afrika se staatsvorm as 'n regstaat verwys, maar waarsku teen die algemene gebruik van die term “regstaat” buite die konteks van die Duitse regsteorie waaruit die teorie aanvanklik ontwikkel het. Hy meen egter dat die Suid-Afrikaanse regsorde wel die meeste karaktereieskappe van 'n formele regstaat openbaar; Kruger J *supra* (n 7) 21 meen dat die regstaat in direkte kontras gestel kan word met 'n “magstaat” waar die mag binne 'n enkele politieke leier sentreer en die uitoefening van sy mag nie deur enige ander staatsfeer gekontroleer word nie. Hierdie staatsvorm geld tans in die meeste Afrika-state.

¹² Kruger J *supra* (n 7) 19. Hy verwys verder na Van Wyk DH “Kultuur, Staat, Reg – Kultuurstaatsreg?” (1991) *Stellenbosch Law Review* 180 waar hy bevind dat die begrip nie noodwendig 'n staatsvorm uitdruk nie, maar wel 'n groep norme en beginsels voorstel; Van Wyk DH *supra* (n 10) 154. Hy omskryf die begrip as: “Die formele regstaat is die staat van regsverhoudings tussen staat en individu. Die staat maak die reg tot sy bestaansvoorwaarde en tot sy wesentlike en noodwendige funksie sodat die verhouding tussen “regeerder” en “geregeerdes” nie deur eensydige magsuitoefening nie, maar juis deur die reg beheers word.”

¹³ Kruger J *supra* (n 7) 17; Van Wyk DH *supra* (n 10) 155.

wetgewing en die goedkeuring daarvan deur 'n demokraties verkose Parlement, regsgebondenheid deur die owerheid en die handhawing en beskerming van onafhanklike en vrye howe.¹⁴

Die skeiding van magte beginsel berus op die verdeling van staatsfunksies tussen verskillende staatsinstellings binne 'n oorkoepelende gesagsfeer. Die hoofdoel van hierdie verdeling is die verspreiding van magte en die voorkoming van magsmisbruik deur 'n enkele persoon of 'n enkele staatsfeer.¹⁵ Die leerstuk ken spesifieke funksies en verantwoordelikhede aan die verskillende staatsinstellings toe en die verdeling geskied hoofsaaklik driedelig, naamlik ten opsigte van die wetgewende sfeer, die uitvoerende sfeer en die regsprekende sfeer binne die bepaalde staatsbestel.¹⁶

¹⁴ Van Wyk DH *supra* (n 10) 155.

¹⁵ Devenish GE *A Commentary on the South African Constitution* (Durban: Lexisnexis Butterworths 2004) 11; Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 19; Malherbe R "Skeiding van Magte: Die Bestek van Geregtelelike Kontrole oor die Wetgewende Gesag" (2009) 4 *TSAR* 785. Aangesien die leerstuk die voorkoming van magsmisbruik voorstaan, is die beginsel kenmerkend van 'n demokratiese stelsel; Moseneke D "*Separation of powers: Have the courts crossed the line?*" <http://www.groundup.org.za/article/separation-powers-have-courts-crossed-line-3152/> (datum van gebruik: 29 Februarie 2016). Hy verwys ook na Langa,voormalige HR wat die doelwit van die skeiding van magte as volg opgesom het: "(The separation of powers) is to secure the freedom of every citizen by seeking to avoid an excessive concentration of power, which can lead to abuse, in one person or body."

¹⁶ Rautenbach IM en Malherbe EFJ *Constitutional Law* 6de uitgawe (Durban: Lexisnexis 2012) 68; Mojapelo P "*The doctrine of separation of powers (a South African perspective)*" <http://www.sabar.co.za/law-journals/2013/April/2013-april-vol026-no1-pp37-46.pdf> (datum van gebruik: 29 Februarie 2016); Parliament of the Republic of South Africa *supra* (n 1). Staatsgesag word dus verdeel tussen die wetgewende, regsprekende en uitvoerende staatsinstellings, maar hierdie instellings bly interafhanklik van mekaar en die een kan nie sonder die ander funksioneer nie. Die uitvoerende gesag setel hoofsaaklik in die Kabinet, terwyl die wetgewende gesag in die Parlement setel en die regsprekende gesag in die howe setel. As die hoof van die uitvoerende gesag, is die President die hoof van die regering en die nasionale uitvoerende gesag. Die uitvoerende gesag, onder leiding van die lede van die Kabinet, is verantwoordelik vir die ontwikkeling van beleidsrigtings en die inisiëring van wetgewing wat met die bepaalde beleidsrigting strook. Die wetgewende gesag (Nasionale Vergadering) is verantwoordelik vir die aanneem van wetgewing en vervul 'n toesighoudende funksie ten opsigte van die funksies van die uitvoerende gesag terwyl 'n platform geskep word vir publieke

Mojapelo verwys na die betekenis van die skeidingsbeginsel deur Lord Mustill in *R V Home Secretary, Ex parte Fire Brigades Union* ingevolge die toepassing van die beginsel in Brittanje as volg aan te haal:

“It is a feature of the peculiarly British conception of the Separation of powers that Parliament, the executive and the courts have each their distinct and largely exclusive domain. Parliament has a legally unchallengeable right to make whatever laws it thinks right. The executive carries on the administration of the country in accordance with the powers conferred on it by law. The courts interpret the laws, and see that they are obeyed.”¹⁷

Seedorf en Sibanda¹⁸ meen verder dat die verdeling van magte beginsel verder gevoer kan word as die horisontale verdeling tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag met betrekking tot die regerende staatsfeer, en wel deur voorsiening te maak vir ’n

debat. Die Nasionale Raad van Provinsies vervul dieselfde funksie op provinsiale vlak en verseker dat die belange van die provinsies in die Nasionale Vergadering in ag geneem word. Die regsprekende gesag bestaan uit die ondervertakings van die verskeie howe in terme van jurisdiksie met die Konstitusionele Hof as die hoogste gesag in die land. Die hoof van die Konstitusionele Hof dien ook as die Hoofregter van Suid-Afrika.

¹⁷ Mojapelo P *supra* (n 16); (1995) 2 by 513 en 567. Hy merk voorts op dat die beginsel in die Verenigde State van Amerika (VSA) en Frankryk ten minste die volgende eienskappe vertoon: (a) dat dieselfde persone nie lid mag wees van meer as een staatsinstelling nie, (b) dat die een staatsinstelling nooit mag inmeng met die funksies van ’n ander staatsinstelling nie, en (c) dat die een staatsinstelling nooit beheer mag uitoefen oor ’n ander staatsinstelling nie.

¹⁸ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 22; a 40(1) van die Grondwet verwys na die verdeling van magte op nasionale, provinsiale en plaaslike vlakke. Ingevolge die artikel bestaan die regering van samewerking uit die “nasionale, provinsiale en plaaslike sfere van regering wat onderskeidend, onderling afhanklik en onderling verbonde is.”. Skedule 5 van die Grondwet beperk egter die mag van die regering in sekere opsigte deur die toekenning van eksklusiewe wetgewende bevoegdhede aan die provinsies; sien verder ook Woolman S, Roux T en Bekink B ‘Co-operative Government and Intergovernmental Relations’ in S Woolman, T Roux, J Klaaren, A Stein, M Chaskalson en M Bishop (reds.) *Constitutional Law of South Africa* (RS 1, Julie 2009) Hoofstuk 14 by 14.1.

vertikale verdeling van magte tussen die verskillende sferes op nasionale, provinsiale en plaaslike vlakke.¹⁹

4.1.3 Die ontstaan van die skeiding van magte beginsel

Die beginsel en die praktiese uitvoering van 'n breë verdeling van staatsfunksies en afgebakende staatsinstellings kan waarskynlik na die Romeinse Republiek teruggevoer word.²⁰ Die ontstaan van die senaat het die uitvoerende gesagsfeer van die republiek in die hande van Romeinse edelmannes gevestig terwyl die administratiewe en judisiële funksies aan amptenare wat deur die *comitias* verkies is, oorgelaat is.²¹

Seedorf en Sibanda meen dat die verdeling van staatsgesag met die doel om die magte van die staat te beperk, aanvanklik deur die Griekse filosoof, Aristotle, geformuleer is.²² Ingevolge sy teorie, behoort enige staatsgesag verdeel te word tussen 'n besluitnemende element, regsprekende element en 'n funksionele element wat verantwoordelik is vir die dag-tot-dag bestuur van die staat.²³

¹⁹ Hierdie verdeling val egter buite die bespreking van hierdie studie. Dit blyk egter vermeld te word dat die regsprekende gesag nie provinsiaal verdeel word in dieselfde wyse as die ander sferes van die staatsbestel nie; vir 'n verdere verduideliking sien onder andere Butlender S "National Legislative Authority" in S Woolman, T Roux, J Klaaren, A Stein, M Chaskalson en M Bishop (reds.) *Constitutional Law of South Africa* (2de uitgawe, OS, Junie 2004) Hoofstuk 17 by 17.3.

²⁰ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 4.

²¹ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 4. Die *comitias* het bestaan uit lede van die publiek. Hierdie amptenare het onder andere die *praetors* en *consuls* ingesluit en is jaarliks verkies tot die amp.

²² Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 4.

²³ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 4.

Domanski²⁴ is egter van mening dat die verdeling van staatsgesag afkomstig is van Plato se opvatting van geregtigheid en selfbeheersing. Hy stel dit verder dat die Platoniese deugdes uit wysheid, selfbeheersing, geregtigheid en moed bestaan en dat veral die model ten opsigte van geregtigheid in die meeste Westerse regstelsels, maar ook in die Romeinse regstelsel opgeneem is.²⁵ Hy verwys verder na die Griekse digter, Simonides en voer aan dat geregtigheid in essensie beteken "... giving to each his due, or what is proper to him".²⁶ Hy voer die argument egter verder en bevind dat Plato se opvatting oor geregtigheid verder strek en wel voorsiening maak vir 'n skeiding van staatsgesag en stel dit dat:

"Justice, according to Plato, is to do the thing that is appropriate in any given moment, to the exclusion of everything else; it is to do one's own duty at the right time; it is to refrain from interfering in the function or work of another."²⁷

²⁴ Domanski A "The operation of Platonic justice in the South African Constitution" (2004) 5 1 *Phronimon* 33.

²⁵ Domanski A *supra* (n 24) 33. Hy voer verder aan dat die Suid-Afrikaanse Grondwet ook op die Platoniese beginsels van deugde geskoei is en haal Bizos as volg aan: "We had to make a break from the values and principles of the policy of apartheid. Now I want to assure you that we (the drafters of the Constitution) did not go through Plato page by page in order to see what to put in our Constitution, but of course we did have regard to other democratic constitutions throughout the world. Each one of them was permeated by the ideas of Plato, and possibly more in a derivative way than by actual reference to him. We were particularly influenced by the Platonic ideals that are expounded in his work, the *Laws*."

²⁶ Domanski A *supra* (n 24) 32. Hy verduidelik die konsep verder deur aan te voer dat geregtigheid slegs gedien kan word indien 'n sekere aksie 'n gelykmatige straf of beloning uitlok en dat 'n gevoel van geregtigheid hierdeur geskep word.

²⁷ Domanski A *supra* (n 24) 33. Hy verduidelik dit verder deur te verwys na die feit dat Plato van mening was dat 'n steenlegger homself sou weerhou het van inmenging met die funksies van 'n rekenmeester. Indien hy homself wel op die gebied van 'n rekenmeester gewend het, sou dit nie net beoordeel word as onvanpaste optrede nie, maar selfs gesien word as ongeregtigde optrede. Hy meen verder dat enige deugde eerstens in die individu ontstaan en daarna uitgebrei word na die staat. Hy stel dit verder dat die opvatting soos vervaar deur Plato veel verder en wyer strek as die aanvanklike verduideliking soos deur Simonides gestel.

Die aanvanklike debatte en verligte opvattinge van die antieke filosofe en Romeinse Republiek het egter agterweë gebly met die totstandkoming van alleenheersers wat veral in die Middeleeue tot die voorgrond getree het.²⁸

Die oppergesag van alleenheersers het egter weer in die sewentiende eeu plek gemaak vir die ontwikkeling van liberale denkrigtinge. Gedurende hierdie tydperk het individuele vryheid en die persoonlike regte van gewone burgers veral tot die voorgrond getree en die skeiding van magte beginsel het herleef. Die tydperk is gekenmerk deur die beperking van staatsgesag in 'n poging om die oorkoepelende oppergesag van die alleenheersers teenoor die individuele regte van gewone burgers op te weeg.²⁹ Die beginsel van skeiding van magte het veral gesentreer rondom die opvatting dat staatsmag slegs ten gunste van die publiek aangewend mag word, en dat demokrasie slegs bewerkstellig kan word in 'n stelsel waar gesagsverdeling en kruiskontroles bestaan.³⁰ Die uitsluitlike doel van die drieledige skeiding was die verdeling van mag ten einde te verhoed dat te veel mag in een van die sferes gesetel word asook die bevoegdheid van die sferes om mekaar te kruis kontroleer.³¹

Dit was veral John Locke (1632-1704), Charles Baron de Montesquieu (1689-1755) en James Madison (1751-1836) wat tot die ontstaan van die moderne opvatting van die skeiding van magte beginsel bygedra het.

Mojapelo verwys na Locke se konstitusionele teorie en die gevare verbonde aan 'n oorkonsentrasie van mag in een staatsinstelling of in een persoon in beheer van die staatsbestel as volg:

²⁸ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 4; sien ook Vile MJC *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Oxford: Clarendon Press 1967) 40.

²⁹ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 4.

³⁰ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 5.

³¹ Malherbe R *supra* (n 15) 785. Volgens hom het die leerstuk ontwikkel ten einde te verhoed dat 'n oorkonsentrasie van mag in een van die staatsferes voorkom en die toepassing van die leerstuk is kenmerkend van 'n demokratiese staatsbedeling.

“It may be too great a temptation for the human frailty, apt to grasp at powers, for the same persons who have power of making laws, to have also in their hands the power to execute them, whereby they may exempt themselves from the law, both in its making and execution to their own private advantage.”³²

Dit blyk dat Locke die skeiding van magte vooropgestel het, en wel die skeiding tussen die uitvoerende en wetgewende gesag. Sy teorie verskil egter van die hedendaagse beginsel van die drieledige skeiding aangesien hy die regsprekende funksie as onderafdeling van die uitvoerende gesag gesien het.³³

Die Franse juris, Montesquieu, het egter die hedendaagse drieledige skeiding geformuleer.³⁴ Hy het die regsprekende funksie as 'n aparte staatsinstelling geklassifiseer, gelykmatig aan die wetgewende en uitvoerende gesag, en dus die uiteindelijke onafhanklikheid van die regsbank vooropgestel.³⁵ Die rede vir sy siening was soortgelyk aan Locke se siening, naamlik dat die skeiding van magte noodsaak is ten einde magsverspreiding te bewerkstellig en om die misbruik van staatsgesag te voorkom.³⁶

³² Mojapelo P *supra* (n 16); sien ook Vile MJC *supra* (n 28) 40; sien verder ook Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 5.

³³ Vile MJC *supra* (n 28) 66-70; Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 5; sien verder ook Labuschagne P “The doctrine of separation of powers and its application in South Africa” (2004) 23 3 *Politeia* 86.

³⁴ Vile MJC *supra* (n 28) 96; sien ook Mojapelo P *supra* (n 16); sien verder ook De Vries ID “Courts: The weakest link in the democratic system in South Africa: A power perspective” (2006) 25 1 *Politeia* 45-46.

³⁵ Vile MJC *supra* (n 28) 96; sien ook Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 5.

³⁶ O'Regan K “Checks and balances, reflections on the development of the doctrine of separation of powers under the South African constitution” (2005) 8 1 *PER/PELJ* 123; sien ook Devenish GE “The doctrine of separation of powers with special reference to events in South Africa and Zimbabwe (2003) 66 1 *THRHR* 85; sien ook Labuschagne P “Trias politica as guiding constitutional principle in the modern state: Obsolete relic or constitutional necessity?” (2006) 25 1 *Politeia* 20.

In sy bekende stuk, *L'Esprit de Lois* (1748),³⁷ verwys hy na die Britse grondwetlike bedeling as 'n voorbeeld vir die totstandkoming van 'n soortgelyke Franse staatsbedeling as volg:

“When the legislative and executive powers are united in the same person, or in the same body of magistrates, there can be no liberty; because apprehensions may arise, lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner. Again, there is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control; for the judge would then be the legislator. Were it joined to the executive power, the judge might behave with violence and oppression.”³⁸

Sy teorie van 'n drieledige staatsbedeling het mettertyd tot 'n norm ontwikkel waar veral vier hoofbeginsels uitgelig is. Die suiwer *trias politica* beginsel vereis dat daar 'n formele skeiding tussen die wetgewende, regsprekende en uitvoerende gesag moet wees. Die skeiding sluit insgelyks die skeiding van personeel sowel as die skeiding van funksies in die staatsinstellings in en die beginsel van kruiskontroles, waarin vereis word dat elke funksie van 'n betrokke staatsinstelling gekontroleer kan word deur 'n ander staatsinstelling ten einde die verdeling van magte te bewerkstellig.³⁹

³⁷ Montesquieu C de S *The Spirit of the Laws* (1748), soos vertaal deur Cohler AM, Miller BC en Stone HS in *Cambridge texts in the History of Political Thought* (Cambridge: Cambridge University Press 1989) hfst 4 163 soos verder aangehaal in O'Regan K *supra* (n 36) 122; sien ook Ngcobo S “South Africa's Transformative Constitution: Towards an Appropriate doctrine of Separation of Powers” (2011) 1 *Stellenbosch Law Review* 37.

³⁸ O'Regan K *supra* (n 36) 122. Sy voer verder aan dat Montesquieu se teorie die Franse verklaring van regte in 1789 sowel as die Grondwet van die VSA in 1780 sterk beïnvloed het; Badenhorst M “Separation of powers is not constitutional Kryptonite” Januarie/Februarie (2015) *De Rebus* 66 voer ook aan dat die teorie die Suid-Afrikaanse grondwetlike ontwikkeling grootliks beïnvloed het; Mojapelo P *supra* (n 16). Mojapelo en O'Regan verwys egter na die kritiek op Montesquieu se beskrywing van die Britse staatsbedeling as 'n suiwer drieledige skeiding van magte en voer aan dat die Britse uitvoerende gesag selfs vandag uit 'n soewereine Parlement bestaan en dat die Parlement sekere judisiële funksies en wetgewende funksies verrig.

³⁹ Montesquieu C de S *supra* (n 37) Hoofstuk 6 157; sien ook Mojapelo P *supra* (n 16).

Seedorf en Sibanda meen dat alhoewel Montesquieu se teorie die konsepsionele fondasie vir die hedendaagse beginsel van drieledige verdeling gelê het, hy nooit die institusionele meganismes voorgestel het ten einde sy teorie in die praktyk deur te voer nie.⁴⁰ Met die verwoording van die Grondwet van die Verenigde State van Amerika (hierna genoem die VSA) het hierdie teoretiese konsep praktiese implementering gevind in die hande van veral Madison. Soos sy voorganger, Montesquieu, bevind Madison dat:

“... the accumulation of all powers, legislative, executive and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self –appointed or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny.”⁴¹

Hy het egter die idee verder gevoer deur aan te voer dat die uitvoerende en regsprekende gesag, en as't ware die legitimiteit van enige staatsgesag, slegs gekontroleer kan word deur 'n meganisme wat 'n hoër status geniet as blote wetgewing. Die teorie van grondwetlike oppergesag het posgevat en die interaksie tussen die beginsel van skeiding van magte en grondwetlike oppergesag het aanleiding gegee tot die ontwikkeling van kruiskontroles en veral geregtelike hersiening deur die regsprekende gesag van alle wette wat deur die uitvoerende gesag geskep word.⁴²

⁴⁰ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 7; sien ook Rautenbach IM en Malherbe EFJ *supra* (n 16) 69.

⁴¹ Hamilton A, Madison J en Jay J *The Federalist Papers No 51* (1788, JM Dent uitgawe 1992) 303 soos aangehaal deur O'Regan K *supra* (n 36) 123.

⁴² Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 11. Die stelsel van wedersydse kruiskontroles tussen die verskillende staatsinstellings maar veral die geregtelike hersiening deur die howe is 'n belangrike kenmerk van grondwetlike state waaronder ook die Suid-Afrikaanse staatsbedeling geld; sien ook Vile MJC *supra* (n 28) 9-11; sien verder ook Van der Vyfer JD “Separation of Powers” (1993) 8 *SA Publiekreg/Private Law* 178; sien verder ook Labuschagne P *supra* (n 33) 87.

4.1.4 Die geskiedenis van die skeiding van magte beginsel in Suid-Afrika

Labuschagne⁴³ verwys na die tradisionele gemeenskappe in Suid-Afrika en bevind dat geen drieledige skeiding in hierdie gemeenskappe bestaan het nie, maar dat die gesentreerde gesag in die stamhoof of koning gevestig het. Daar was dus aanvanklik geen gesagskeiding tussen 'n wetgewende, uitvoerende en regsprekende funksie binne die konteks van gemeenskapsfunksies nie.⁴⁴

Voor 1994 is die leerstuk van parlementêre soewereiniteit in Suid-Afrika gehandhaaf.⁴⁵ Ingevolge die *Westminster* stelsel, soos ingeplant in die Suid-Afrikaanse reg vanuit die Engelse reg, het alle politieke mag in die soewereine verkose Parlement gesetel.⁴⁶ Die

⁴³ Labuschagne JMT “Kommunikatiewe geregtigheid en konsensuele strafregspiegling: Het ’n beskuldigde ’n reg op ’n onpartydige aanklaer?” (2002) 3 *TSAR* 512; sien ook Bennett T en Murray C “Traditional leaders” in S Woolman, T Roux, J Klaaren, A Stein, M Chaskalson en M Bishop (reds.) *Constitutional Law of South Africa* (2de uitgawe, OS, Desember 2005) Hoofstuk 26 vir ’n verdere verduideliking van die rol van tradisionele leiers in tradisionele gemeenskappe.

⁴⁴ Die funksionele onderskeid tussen die verskillende funksies verrig deur die stamhoof val egter buite die bestek van hierdie bespreking. Vir ’n geskiedkundige agtergrond tot die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse regstelsel, sien onder andere Hahlo HR en Kahn E *The Union of South Africa. The Development of its Laws and Constitution* (Kaapstad: Juta & Co. Ltd. 1960).

⁴⁵ Woolman S en Swanepoel J “Constitutional History” in S Woolman, T Roux, J Klaaren, A Stein, M Chaskalson en M Bishop (reds.) *Constitutional Law of South Africa* (2de uitgawe, OS, Junie 2008) Hoofstuk 2 bied ’n oorsig oor die beginsel van parlementêre soewereiniteit wat voor 1994 gegeld het; sien ook Currie I, De Waal J en Law Society of South Africa *supra* (n 7) 3; sien verder Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 17; sien verder ook Barrie GN “Die soewereiniteit van die Britse Parlement in 2010: is dit steeds soos Dicey dit uitgespel het?” (2010) 3 *TSAR* 486.

⁴⁶ Kruger J *supra* (n 7) 19; Barrie GN *supra* (n 45) 498 haal Dicey aan ten opsigte van die wetgewende soewereiniteit in die Britse staatsreg as volg: “The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely that Parliament ... has under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever: and, further, that no person or body is recognized by the law as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.”; Currie I, De Waal J en Law Society of South Africa *supra* (n 7) 4 stel die

uitvoerende gesag het uitsluitlik in die hande van die Parlement berus, en geen kruiskontroles deur ander sfere van die staatsbedeling was op hul besluite van toepassing nie.⁴⁷ Alhoewel 'n skeiding van magte in teorie bestaan het, is hierdie skeiding nie tussen die staatsfere gehandhaaf nie. Onderlinge kontrole tussen die verskeie staatsfere het ook nie praktiese toepassing gevind nie en die soewereiniteit van die Parlement en die besluite van die uitvoerende gesag het voorrang geniet bo enige ander instelling.⁴⁸ Die lede van die uitvoerende gesag was dus ook lede van die wetgewende gesag, en alhoewel die regsprekende gesag 'n mate van onafhanklikheid gehandhaaf het, is die howe weerhou van die bevoegdheid om daadwerklike kontrole uit te oefen oor die ander gesagsfere.⁴⁹ Barrie

probleem met die Engelse aanname as volg: "If there ever was a constitutional mismatch, it was the application of the British doctrine of parliamentary sovereignty to the racially-divided South African state."

⁴⁷ Currie I en De Waal J *The New Constitutional and Administrative Law* Vol 1 hersiene uitgawe (Kaapstad: Juta & Co.Ltd. 2002) 50-1; Currie I, De Waal J en Law Society of South Africa *supra* (n 7) 3 stel dit onder andere dat die destydse Parlement verteenwoordigend was van die blanke minderheid terwyl die meerderheid swart burgers onder die mag van die uitvoerende gesag geval het. Dit was dus moontlik vir die blanke minderheid Parlement om wetgewing te skep, die staatstruktuur te verander en menseregte te skend sonder enige teenkanting; sien ook Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 17; sien verder ook Labuschagne P *supra* (n 33) 88.

⁴⁸ Barrie GN *supra* (n 45) 493. Hy verwys na die saak van *Harris v Minister of the Interior* 1952 (2) SA 428 (A) waar die appèlhof beslis het dat wetgewing geskep deur die Parlement, nie beperk word nie; Currie I, De Waal J en Law Society of South Africa *supra* (n 7) 3.

⁴⁹ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 17. Hulle verwys verder na *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 (4) SA 744 (CC) (hierna genoem die sertifiseringsaak) by par 6 waar die hof as volg beslis het: "At the same time the Montesquieuan principle of a threefold separation of state power-often but an aspirational ideal- did not flourish in a South Africa which, under the banner of adherence to the Westminster system of government, actively promoted parliamentary supremacy and domination by the executive. Multi-party democracy had always been the preserve of the white minority but even there it had languished since 1948. The rallying call of apartheid proved irresistible for a white electorate embattled by the spectre of decolonization in Africa to the north."; sien verder bogenoemde skrywers vir 'n verdere bespreking van veral die magte van die President en die manipulasie van spesifieke wetgewing ten gunste van die wit minderheid by 17-18; sien verder ook De Villiers DS "Nolle Prosequi van 'n *prima facie*-saak beoordeel teen die lig van die onafhanklikheid en vervolgingsdiskressie van die staatsaanklaer" (2006) 1 TSAR 173-182 vir 'n interessante geskiedkundige agtergrond tot die ontstaan van die amp van prokureur-generaal in die Kaap (na

verwys na die leerstuk van parlementêre soewereiniteit aan die hand van die verduideliking van wetgewende soewereiniteit as 'n regsbegrip as volg:

“Wetgewende soewereiniteit is 'n regsbegrip. Die reg voorsien reëls wat (a) bepaal wie die wetgewende soewerein is, en (b) wat sy bevoegdhede is. Die toetsingsbevoegdheid van die hof strek tot (a), want die hof moet homself uit die aard van die saak kan afvra of die ‘wet’ wat hy toepas, wel die wilsuiking van die wetgewer is. Die hof se toetsingsbevoegdheid strek egter nie tot (b) nie, want die reg bepaal juis dat die wetgewer se bevoegdhede op wetgewende gebied onbeperk is.”⁵⁰

Kruger⁵¹ stel dit verder dat die *Westminster*-stelsel gekenmerk word aan die beginsel dat hof nie oor die bevoegdheid beskik om die inhoud van parlementêre wetgewing te toets nie. Hy stel dit verder dat:

“Sou 'n bepaalde stuk wetgewing gevolglik nie aan die vereistes van die *rule of law* voldoen nie, beteken dit nie dat die hof die wet nietig kan verklaar nie maar sou die Parlement bloot deur byvoorbeeld openbare druk en debatvoering oortuig moes word om die betrokke wet te wysig.”⁵²

die Engelse anneksasie van die Kaap in 1795) en die latere twee Boererepublieke asook die onafhanklikheid van die staatsprokureur in die *Zuid-Afrikaanse Republiek*.

⁵⁰ Barrie GN *supra* (n 45) 486.

⁵¹ Kruger J *supra* (n 7) 19.

⁵² Kruger J *supra* (n 7) 20. Hy stel dit verder dat 'n menseregte handves nie haalbaar sou wees in 'n stelsel waar parlementêre soewereiniteit ongekwalifiseerd heers nie aangesien die hof nie in hierdie staatsbestel die bevoegdheid het om ondersoek te doen na die morele inhoud van wette wat deur die Parlement neergelê word nie.

4.1.5 Die skeiding van magte beginsel en die oppergesag van die Grondwet

Parlementêre soewereiniteit het egter met die transformasie van Suid-Afrika na 1994 vanaf 'n rasverdeelde staatsbestel tot 'n demokratiese ras ingeslote bedeling, plek gemaak vir 'n staatsbestel wat gedryf word deur grondwetlike oppergesag.⁵³

Die onderhandelinge rondom die nuwe staatsbedeling het reeds in die vroeë 1990's begin en die finale Grondwet het op 'n unieke wyse tot stand gekom.⁵⁴ Die nuutgevonde Konstitusionele Hof moes die finale teks van die Grondwet sertifiseer alvorens dit geldend verklaar is. Die Konstitusionele Hof moes die rol van 'n arbiter aanneem ten einde te verseker dat die ooreengekome grondwetlike beginsels in die finale teks van die Grondwet opgeneem word. Die Konstitusionele Hof moes egter ook die politieke wil van die Grondwetgewende Vergadering terselfdertyd kontroleer.⁵⁵ Die Konstitusionele Hof het ten opsigte van hul unieke rol as volg opgemerk:

“The formal purpose of this judgment is to pronounce whether or not the Court certifies that all the provisions of South Africa’s proposed new constitution comply with certain principles contained in the country’s current constitution. But its underlying purpose and scope are much wider. Judicial “certification” of a

⁵³ Moseneke D *supra* (n 15). Hy stel dit as volg: “We jettisoned parliamentary sovereignty, under which Parliament was never wrong, in favour of supreme constitutionalism. Simply put, Parliament, the executive, the judiciary and all other organs of state, as well as all who live on our land are bound y and must submit to the authority of the Constitution.”; Currie I, De Waal J en Law Society of South Africa *supra* (n 7) 7; sien ook Kleyn D en Viljoen F *Beginner’s guide for law students* 4de uitgawe (Kaapstad: Juta & Co. Ltd. 2010) 228.

⁵⁴ Currie I, De Waal J en Law Society of South Africa *supra* (n 7) 5-6; Erasmus G *supra* (n 7) 40. Die onderhandelinge het in die 1990's met die deelnemers van CODESA begin en die interim Grondwet is deur hulle opgestel. Die eerste demokratiese verkiesing het in April 1994 in terme van die teks gevolg waarna die verkose Parlement die finale Grondwet opgestel het.

⁵⁵ Erasmus G *supra* (n 7) 39; *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996 supra* (n 49); Currie I, De Waal J en Law Society of South Africa *supra* (n 7) 6.

constitution is unprecedented and the very nature of the undertaking has to be explained.”⁵⁶

Die hof meld ook verder ten opsigte van die grondwetlike beginsels wat nagekom moes die volgende:

“Ultimately, however, it was our duty to measure each and every provision of the new constitution, viewed both singly and in conjunction with one another, against the stated Constitutional Principles, irrespective of the attitude of any interested party.”⁵⁷

Die teks van die interim Grondwet⁵⁸ het nie woordeliks verwys na ’n skeiding van magte beginsel nie.⁵⁹ Die beginsel is egter opgeneem in die vier-en-dertig grondwetlike beginsels.⁶⁰ Ingevolge grondwetlike beginsel VI is die skeiding van magte beginsel as volg verwoord:

“There shall be a separation of powers between the legislature, executive and judiciary, with appropriate checks and balances to ensure accountability, responsiveness and openness.”

⁵⁶ *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 supra* (n 49) by par 1; Erasmus G *supra* (n 7) 39. Hy stel dit verder as volg: “Die regverdiging vir judisiële sertifisering lê in die voorafgaande politieke ooreenkoms oor die aard van die proses en strukture waarvolgens daar vrywilliglik van mag afstand gedoen is en ’n demokratiese bestel gevestig is. Volgens hierdie ooreenkoms moes die hof die rol van arbiter speel ten einde te verseker dat die 34 grondwetlike beginsels nagekom word. Hierdie beginsels vorm die “plegtige ooreenkoms” (*solemn pact*) waarvolgens die finale Grondwet deur die verkose verteenwoordigers van alle Suid-Afrikaners aanvaar moes word ... Dat die hof hierdie rol moes speel was deel van Kempton Park se stigtingsooreenkoms. Hierin is die legitimiteit van die hof se eie betrokkenheid te vind: dit was deel van die oorgangsmeganisme.”

⁵⁷ *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 supra* (n 49) by par 2.

⁵⁸ Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993 (hierna genoem die Interim Grondwet). Hierdie Grondwet het vanaf 27 April 1994 gegeld en het verval met die inwerkingtreding van die finale Grondwet.

⁵⁹ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 18.

⁶⁰ Die grondwetlike beginsels is opgeneem in bylae 4 van die Interim Grondwet.

Insgelyks, het die finale Grondwet ook nie spesifiek verwys na die beginsel van 'n skeiding van magte nie.⁶¹ Die Konstitusionele Hof het egter bevind dat die teks van die finale Grondwet wel voldoen aan die grondwetlike beginsels.⁶²

Dit vloei uit die teks van die Grondwet dat hierdie drieledige skeiding nie uitdruklik gestel word nie, maar wel geïmpliseer is.⁶³ Die Konstitusionele Hof het in die sertifiseringsaak dus bevind dat die skeiding van magte genoegsaam verwoord word in die finale Grondwet teks deur die bepaling van die onderskeie funksies van die wetgewende, regsprekende en uitvoerende gesag.⁶⁴ Mojabelo⁶⁵ meen dat daar geen twyfel bestaan oor die feit dat die beginsel van 'n skeiding van magte wel in die finale Grondwet opgeneem is nie. Hy verwys ook na die saak van *Glenister v President of the Republic of South Africa*⁶⁶ waar Langa, voormalige HR die insluiting soos volg beskryf het:

⁶¹ Currie I, De Waal J en Law Society of South Africa *supra* (n 7) 7; Badenhorst M *supra* (n 38).

⁶² *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 supra* (n 49) by par 46 verklaar die hof as volg: "An examination of the NT establishes that it satisfies the basic structures and premises of the new constitution contemplated by the applicable CPs.4."

⁶³ Mojabelo P *supra* (n 16); De Villiers WP "Is the prosecuting authority under South African law politically independent? An investigation into the South African and analogous models" (2011) 74 *THRHR* 247.

⁶⁴ *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 supra* (n 49) by par 46 n 44. Die hof verwys onder andere na die bepalings van Hoofstuk 4 wat handel oor die funksies van die Parlement, Hoofstuk 5 wat handel oor die funksies van die President en die uitvoerende gesag en Hoofstuk 8 wat handel oor die howe en die regspleging; Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 18; De Villiers WP *supra* (n 63) 248. Hy verwys ook na die saak van *South African Association of Personal Injury Lawyers v Heath and Others* 2001 (1) SA 883 (CC) waar die hof bevind het dat a 43 die wetgewende gesag in die nasionale en provinsiale wetgewer setel. Verder bepaal a 85 dat die President die bevoegdheid het om die uitvoerende gesag te beheer. Hy noem ook dat die regsprekende gesag in terme van a 165 in die howe setel. Die skeiding van magte beginsel word dus in die Grondwet teks geïmpliseer.

⁶⁵ Mojabelo P *supra* (n 16).

⁶⁶ 2009 (1) SA 287 (CC).

“Indeed Chapters 4 to 8 provide for a clear separation of powers between three spheres of government. Section 43 vests the legislative authority of the Republic at the national sphere in parliament and at the provincial sphere in the provincial legislatures. Section 85 and 125 respectively vest the executive authority of the Republic in the president and of the provinces in the premiers. Section 165 vests the judicial authority in the court.”

Hy verwys ook na die saak van *South African Association of Personal Injury Lawyers v Heath and Others*⁶⁷ waar Chaskalson, voormalige KHR as volg beslis het:

“In the first certification judgement this Court held that the provisions of our Constitution are structured in a way that makes provision for a separation of powers ... There can be no doubt that our Constitution provides for such a separation (of powers), and that laws inconsistent with what the Constitution requires in that regard are invalid.”

4.1.6 Die “suiwer” vorm van drieledige skeiding en die skeiding van magte in die Suid-Afrikaanse konteks

Seedorf en Sibanda⁶⁸ stel die vereistes vir ’n suiwer skeiding van magte beginsel eerstens as ’n verdeling tussen die drie takke van staatsgesag in die uitvoerende sfeer, regsprekende sfeer en die wetgewende sfeer. Tweedens behoort die skeiding ook ten opsigte van die verskillende staatsfunksies in die staatsfere te geld en derdens behoort die skeiding ook op grond van personeel te wees, wat in beginsel beteken dat geen persoon in meer as een

⁶⁷ Mojapelo P *supra* (n 16); *South African Association of Personal Injury Lawyers v Heath and Others supra* (n 64); De Villiers WP *supra* (n 63) 247.

⁶⁸ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 11.

staatsfeer mag dien nie.⁶⁹ Hierdie formele vereistes van die skeiding van magte beginsel laat egter geen remedie indien die een staatsfeer wel op die funksionele gebied van 'n ander inbreuk maak nie.⁷⁰ Hierdie leemte is egter aangespreek met die verdere ontwikkeling van die beginsel van kruiskontroles deur die verskillende staatsfere.⁷¹ Mojapelo ⁷² verwys na die doel van die skeiding van magte en kruiskontroles as volg:

“Simply put, the aim of separation of functions and personnel is to limit the power; the purpose of checks and balances is to make the branches of government accountable to each other.”

Die toepassing van die suiwer skeiding van magte beginsel mag egter aanleiding gee tot 'n afgewaterde regeringsvorm waar die staat nie in staat is om gekoördineerd te funksioneer nie.⁷³ Mojapelo meen verder dat 'n absolute toepassing van die skeiding van magte beginsel nie in die belang van die publiek sou wees nie, aangesien die staat dan nie in staat sal wees om beleidsbesluite effektief en tydig deur te voer nie.⁷⁴

⁶⁹ Currie I, De Waal J en Law Society of South Africa *supra* (n 7) 8; Malan K “Reassessing judicial independence and impartiality against the backdrop of judicial appointments in South Africa” (2014) 17 5 *PER/PELJ* 1984; sien verder ook Rautenbach IM en Malherbe EFJ *supra* (n 16) 68.

⁷⁰ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 11.

⁷¹ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 11. Hulle meen verder dat die kruiskontroles 'n positiewe addisionele element tot die suiwer vereistes van die beginsel gevoeg het en stel dit dat die regsprekende gesag onder andere die bevoegdheid het om wette deur die uitvoerende gesag ongeldig te verklaar, die uitvoerende gesag die bevoegdheid het om wetgewing te veto en die wetgewende gesag die bevoegdheid het om wetgewing daar te stel wat die uitvoerende gesag bind.

⁷² Mojapelo P *supra* (n 16); Malherbe R *supra* (n 15) 785 meen ook dat die ontwikkeling van die beginsel van kruiskontroles juis poog om die oorkonsentrasie van mag in een van die staatsfere te beperk en die toepassing van die beginsel kenmerkend is van 'n demokratiese staatsbedeling.

⁷³ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 11.

⁷⁴ Mojapelo P *supra* (n 16). Hy verwys ook na *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 (7) BCLR 779 (CC); sien ook verder *South African Association of Personal Injury Lawyers v Heath and Others supra* (n 64) vir 'n verdere bevestiging van die beginsel.

Die suiwer toepassing van die skeiding van magte beginsel het dus verder as kern die skeiding van personeel en funksies in die verskillende sfere van die staatsbestel. Dit is dan ook hierdie skeiding van personeel en funksies wat in die sertifiseringsaak tot die voorgrond getree het. Die finale Grondwet maak voorsiening vir 'n oorvleueling tussen die personeel in die wetgewende en uitvoerende staatsfere.⁷⁵ In die sertifiseringsaak is dit aangevoer dat die oorvleueling nie voldoen aan die grondwetlike beginsel VI wat handel oor die skeiding van magte nie.⁷⁶ Die Konstitusionele Hof moes dus beslis of die skeiding van magte genoegsaam in die finale Grondwet erken word.⁷⁷ Die Konstitusionele Hof het as volg daaroor beslis:

“There is, however, no universal model of separation of powers, and in democratic systems of government in which checks and balances result in the imposition of restraints by one branch of government upon another, there is no separation that is absolute.”⁷⁸

Die hof gaan dan ook verder en bevestig dat 'n mate van oorvleueling tussen die verskillende sfere van die staatsbestel noodsaaklik is vir die handhawing van grondwetlike orde:

“The principle of separation of powers, on the one hand, recognizes the functional independence of branches of government. On the other hand, the principle of checks and balances focuses on the desirability of ensuring that the constitutional

⁷⁵ *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 supra* (n 49) by par 106 bevind die hof: “The principal objection is directed at the provisions of the NT which provide for members of executive government also to be members of legislatures at all three levels of government. It was further submitted that this failure to effect full separation of powers enhances the power of executive government (particularly in the case of the President and provincial Premier), thereby undercutting the representative basis of the democratic order.”; Badenhorst M *supra* (n 38).

⁷⁶ De Villiers WP *supra* (n 63) 248; Mojapelo P *supra* (n 16). Hy voer aan dat die rede vir die oorvleueling juis daarin geleë is dat die wetgewende gesag die ministers, as lede van die vergadering, kan uitvra oor die geldige afdwinging van wetgewing deur die uitvoerende gesag.

⁷⁷ Erasmus G *supra* (n 7) 34.

⁷⁸ *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 supra* (n 49) par 108.

order, as a totality, prevents the branches of government from usurping power from one another. In this sense it anticipates the necessary or unavoidable intrusion of one branch on the terrain of another. No constitutional scheme can reflect a complete separation of powers: the scheme is always one of partial separation. In Justice Frankfurter's words, "[t]he areas are partly interacting, not wholly disjointed."⁷⁹

In die sertifiseringszaak het die Konstitusionele Hof dus beslis dat geen skeiding van magte absoluut en suiwer toegepas kan word nie maar dat die oorvleueling geregverdig kan word deur die besondere erkenning van 'n stelsel van kruiskontroles.⁸⁰ Dit blyk dat geen skeiding van magte absoluut is nie.⁸¹ Die verskillende staatsorgane funksioneer dus optimaal indien

⁷⁹ *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 supra* (n 49) par 109.

⁸⁰ *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 supra* (n 49) par 111 stel die hof dit as volg: "(T)he overlap provides a singularly important check and balance on the exercise of executive power. It makes the executive more directly answerable to the elected legislature"; Erasmus G *supra* (n 7) 34. Hy meen verder dat die Hoofstuk 9 staatsinstellings (onder andere die Openbare beskermer, die Menseregtekommissie ens.) genoegsame kruiskontroles daarstel aangesien hierdie instellings gereeld verslag doen aan die Nasionale Vergadering; Domanski A *supra* (n 24) 34 meen ook dat hierdie instellings die grondwetlike demokrasie versterk; hierdie onafhanklike kruiskontroles word ook uitgelig deur Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 16. Hulle is van mening dat die gebrek aan deursigtigheid wat met die oorvleueling van die staatsfere gepaard gaan, herstel word deur die media wat inligting aan die publiek verskaf. Hulle verwys dan verder na die media as die vierde staatsfeer aangesien enige aksies van die lede van die uitvoerende gesag deur die media blootgelê word en hulle dus geforseer word om aanspreeklikheid te aanvaar vir hul optrede.

⁸¹ Van Wyk DH *supra* (n 10) 158.

hulle interafhanklik van mekaar funksioneer⁸² en die oorvleueling in die funksies van die betrokke staatsfere reflekteer die Suid-Afrikaanse grondwetlike geskiedenis.⁸³

Dit blyk dus dat Suid-Afrika 'n soort "hibriede" stelsel van staatsgesag volg, waar daar nie sprake is van 'n suiwer drieledige skeiding nie.⁸⁴ Seedorf en Sibanda verwys na die feit dat geen internasionale skeidingsmodel goedsmoeds in die Suid-Afrikaanse konteks toegepas behoort te word nie, maar dat 'n geskikte model wat op die Suid-Afrikaanse unieke geskiedenis en politieke agtergrond gegrond is, oor 'n verloop van tyd ontwikkel behoort te word.⁸⁵

Die ontstaan en ontwikkeling van 'n unieke Suid-Afrikaanse beginsel van die skeiding van magte is aanvanklik deur Ackermann R in *De Lange v Smuts NO & Others*⁸⁶ as volg verwoord:

“(O)ver time our Courts will develop a distinctively South African model of separation of powers, one that fits the particular system of government provided for in the Constitution and that reflects a delicate balancing, 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,

⁸² De Villiers WP *supra* (n 63) 247; *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 supra* (n 49) par 111 stel die Konstitusionele Hof dat: “Indeed, the overlap provides a singularly important check and balance on the exercise of executive power. It makes the executive more directly answerable to the elected legislature.”; Moseneke D *supra* (n 15). Hy verwys na die interafhanklikheid van die verskillende staatsfere as 'n “simbiotiese” verhouding.

⁸³ *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 supra* (n 49) par 112; Erasmus G *supra* (n 7) 34 meen dat die oorvleueling tussen die wetgewende en uitvoerende gesag die bedeling in die *Westminster* stelsel reflekteer.

⁸⁴ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 23; Badenhorst M *supra* (n 38).

⁸⁵ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 36; O'Regan K *supra* (n 36) 121 meen dat ten einde 'n doeltreffende skeidingsbeginsel te ontwikkel, sekere faktore in aanmerking geneem behoort te word. Hierdie faktore sluit onder andere in die sosiale, politieke en ekonomiese bewegings in die land, maar ook die geskiedkundige agtergrond van die verskeie staatsinstellings en die historiese ontwikkeling van die demokratiese bedeling.

⁸⁶ *Supra* (n 74).

on the other , to avoid diffusing power so completely that the government is unable to take timely measures in the public interest ... This is a complex matter which will be developed more fully as cases involving separation of powers issues are decided.”

Die uitbreiding van die unieke Suid-Afrikaanse leerstuk en die betekenis van die leerstuk soos in die Grondwet omskryf, is sedertdien in verskeie hofuitsprake uiteengesit. Die howe maak dit duidelik dat die ontwikkeling van die leerstuk in ’n unieke Suid-Afrikaanse konteks van kardinale belang is, veral in aangeleenthede waar die oorvleueling van die funksies van die staatsfere getoets word.⁸⁷

4.1.7 Die rol van die howe

Alhoewel die uitvoerende en wetgewende gesag op nasionale vlak en provinsiale vlak verdeel word, geld dieselfde verdeling nie vir die regsprekende gesag nie. Suid-Afrikaanse howe word nie op nasionale en provinsiale vlakke verdeel nie en die Konstitusionele Hof dien as hoogste gesag in die land.⁸⁸

⁸⁷ Malherbe R *supra* (n 15) 786; Mojapelo P *supra* (n 16). In *Executive Council Western Cape Legislature v President of the Republic of South Africa* 1995 (10) BCLR 1289 (CC) het die hof bevind dat die delegasie aan die President nie gemagtig behoort te word om parlementswette te wysig nie, aangesien dit bots met die skeiding van magte beginsel. In *Bernstein v Bester* 1996 (4) BCLR 449 (CC) het die hof bevind dat ’n burger se grondwetlike reg op toegang tot die howe die onafhanklikheid van die howe bevestig en dus ook die skeiding van magte beginsel bevestig. In *S v Dodo* 2001 (5) BCLR 423 (CC) het die hof bevestig dat die wetgewer spesifieke verpligte minimum straf mag voorskryf, maar dat die vonnisoplegging binne die funksie van die regsprekende gesag val.

⁸⁸ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 26; a 167(3)(a) van die Grondwet; a 166(a)–(e) van die Grondwet verwys na die hiërargie van die howe as volg: Die Konstitusionele Hof dien as die hoogste gesag in die land, daaronder volg die Hoogste Hof van Appèl, die Hoër Howe, en daarna die Landdroshowe en enige ander howe ingevolge ’n parlementswet; Moseneke D *supra* (n 15).

Artikel 165(1)⁸⁹ van die Grondwet verwys na die rol van die howe as die uitvoerende liggaam vir die gesag van die regsprekende sfeer. Hierdie funksie van die howe moet onafhanklik uitgevoer word en alle staatsorgane behoort meganismes in plek te stel ten einde die onafhanklikheid van die howe te verseker.⁹⁰ Die Konstitusionele Hof verkry sy mandaat om as finale behoeder van die Grondwet op te tree en die funksies van ander staatsinstellings te kontroleer uit die Grondwet self.⁹¹

Die rol van die howe is tweeledig. Eerstens behoort die howe die doelstelling van die Grondwet te handhaaf en enige handeling wat nie met die grondwetlike beginsels strook nie, ongrondwetlik verklaar.⁹² Hierdie funksie sluit dan ook die beskerming van die

⁸⁹ A 165(1) verwoord die plasing van die gesag van die regsprekende sfeer as volg: “Die regsprekende gesag van die Republiek berus by die howe.”; Mojapelo P *supra* (n 16). Hy meen egter dat regsprekende funksies ook aan ander instellings toevertrou is ten einde tydig toegang tot die reg te verseker. Die *Commission for Conciliation Mediation and Arbitration* (hierna genoem die CCMA) en sekere spesialis tribunale wat veral in gespesialiseerde velde soos kompetisie reg en kommersiële reg tot stand gekom het, is voorbeelde hiervan.

⁹⁰ Ingevolge a 165 (2)-(4): “(2) Die howe is onafhanklik en onderworpe slegs aan die Grondwet en die reg, wat hulle onpartydig en sonder vrees, begunstiging of vooroordeel moet toepas. (3) Geen persoon of staatsorgaan mag op die funksionering van die howe inbreuk maak nie. (4) Staatsorgane moet die howe deur middel van wetgewende en ander maatreëls bystaan en beskerm ten einde die onafhanklikheid, onpartydigheid, waardigheid, toeganklikheid en doeltreffendheid van die howe te verseker.”

⁹¹ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 57. In *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 (10) BCLR 1075 (CC) het die hof die volgende gestel: “The primary duty of courts is to the Constitution and the law, which they must apply impartially and without fear, favour or prejudice ... In so far as that constitutes an intrusion into the domain of the executive, that is an intrusion mandated by the Constitution itself.”; De Vos P “*Taking pride in the separation of powers without prejudice*” <http://www.constitutionallyspeaking.co.za/taking-pride-in-the-separation-of-powers-without-prejudice> (datum van gebruik: 29 Februarie 2016). In *National Treasury and Others v Opposition to Urban Tolling Alliance (OUTA) and Others* (2012) <http://www.saflii.org.za/za/cases/ZACC/2012/18.html> het die hof die volgende gestel: “(C)ourts must refrain from entering the exclusive terrain of the Executive and the Legislative branches of Government unless the intrusion is mandated by the Constitution itself”.

⁹² O'Regan K *supra* (n 36) 129; a 172 (1) van die Grondwet bepaal dat: “Wanneer ’n hof ’n grondwetlike aangeleentheid binne sy bevoegdheid beslis – (a) moet die hof verklaar dat enige regsvoorskrif of optrede wat met die Grondwet onbestaanbaar is, ongeldig is in die mate waarin dit onbestaanbaar is.”

grondwetlike regte van die lede van die publiek in deurdat enige burger ter enige tyd die howe kan nader ten einde hul grondwetlike regte te beskerm.⁹³ Die howe tree dus eerstens op as beskermer van die publieke belang waar die grondwetlike regte soos vervat in die menseregtehandves bedreig word. Tweedens vervul die howe 'n moniteringsfunksie deurdat die funksies en beleidsbesluite van die wetgewende gesag en die uitvoerende gesag deurentyd aan die teks van die Grondwet gemeet word.⁹⁴ Erasmus meen dat die howe 'n judisiële funksie vervul binne die konteks van die skeiding van magte beginsel.⁹⁵

Hoofstuk 3 van die Grondwet maak dit egter duidelik dat die doelstelling van die Grondwet en veral met betrekking tot judisiële kruiskontroles, nie 'n situasie voorgestel het waar staatsinstellings mekaar wedersyds voor die hof daag ten einde die oortreding van toegewysde staatsfunksies te bereg nie, maar eerder gemik is op die beginsel van 'n samewerkende regeringstelsel.⁹⁶ Die Konstitusionele Hof vervul dus ook 'n belangrike

⁹³ O'Regan K *supra* (n 36) 129.

⁹⁴ O'Regan K *supra* (n 36) 129; Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 26. Judisiële hersiening is een van die karaktereenskappe van 'n stelsel wat gekenmerk word deur grondwetlike oppergesag, in teenstelling met die *Westminster* stelsel wat voor 1994 in Suid-Afrika gegeld het; Moseneke D *supra* (n 15); die interaksie en kruiskontroles tussen die wetgewende en uitvoerende gesag val buite die bestek van hierdie studie. Verwys verder na O'Regan K *supra* (n 36) 130-131 en Mojapelo P *supra* (n 16) vir 'n interessante verduideliking van die interafhanklike verhouding van hierdie staatsfere.

⁹⁵ Erasmus G *supra* (n 7) 35. Hy stel dit verder soos volg: "As finale hoeder van die Grondwet sal die regsprekende gesag wel alle konstitusionele vereistes, ook met betrekking tot die geldige uitoefening van politieke diskresie, kontroleer."; a 167(7) van die Grondwet omskryf 'n grondwetlike aangeleentheid as: "'n Grondwetlike aangeleentheid sluit enige kwessie in waarby die uitleg, beskerming of afdwinging van die Grondwet betrokke is."; Erasmus stel dit verder dat daar aanvanklik aanvaar is dat sekere wetgewing teen konstitusionele hersiening immuun is, maar dat die Konstitusionele Hof tydens die sertifiseringsaak seker gemaak het dat die bestel van grondwetlike hersiening volledig in die nuwe demokratiese bedeling gevestig word. Die Konstitusionele Hof het dus daarop gewys dat die grondwetlike beginsel 2 en 4 die beregbaarheid van menseregte erken asook die beginsel van grondwetlike soewereiniteit.

⁹⁶ O'Regan K *supra* (n 36) 131; a 41(1)(h) stel dit dat: "Alle regeringsfere en alle staatsorgane binne elke sfeer moet – in wedersydse vertroue en goeie trou met mekaar saamwerk deur – (i) vriendskaplike betrekkinge te bevorder; (ii) mekaar te help en te ondersteun; (iii) mekaar van inligting te voorsien, en met mekaar oorleg te

funksie in die regering van samewerking om te verseker dat staatsorgane hul geskille buite die deure van die hof besleg deur onder andere te verseker dat behoorlike politieke debatvoering plaasvind alvorens geskille voor die hof gebring word.⁹⁷

Die wisselwerking tussen die wetgewende gesag en die howe berus daarop dat die Konstitusionele Hof wetgewing van die wetgewende gesag mag hersien⁹⁸ en selfs so ver mag gaan om die gemenerereg uit te brei ten einde dit in lyn te bring met die grondwetlike doelstellings soos vervat in die Grondwet.⁹⁹ Die howe se bevoegdheid om wetgewing te “skep” is egter beperk tot hul bevoegdheid om presidente te skep deur die aanhoor van regsgekkille. Nuwe reëls word dus deur die uitbreiding van die gemenerereg geformuleer.¹⁰⁰

pleeg, oor sake van gemeenskaplike belang; (iv) hul optrede en wetgewing met mekaar te koördineer; (v) by ooreengekome prosedures te hou; en (vi) regsverrigtinge teen mekaar te vermy.”

⁹⁷ O'Regan K *supra* (n 36) 131. Sy verwys onder andere na *Uthukela District Municipality v President of the Republic of South Africa* 2002 (11) BCLR 1220 (CC) waar die Konstitusionele Hof sy diskresie uitgeoefen het en geen bevel gemaak het nie, aangesien die staatsorgane nooit gepoog het om hul verskille deur politieke debat op te los nie, maar eerder die litigasie roete gevolg het.

⁹⁸ Mojapelo P *supra* (n 16). Hy verwys na die feit dat geen persoon deel mag wees van die regsprekende sowel as die wetgewende gesag nie. Die hoofdoel van die regsprekende gesag is dus om wetgewing toe te pas en enige wetgewing wat nie met die grondwetlike beginsels soos vervat in die Grondwet strook nie, ongrondwetlik te verklaar. Die regsprekende gesag behoort dus nie wetgewing te skep nie. Hierdie funksie val in die uitsluitlike sfeer van die wetgewende gesag. Mojapelo meen egter dat lede van die wetgewende gesag ook dien in die Regterlike Dienskommissie en dat hierdie lede regters aanstel, maar dat hierdie vervaagde skeiding van personeel tussen die wetgewende en regsprekende gesag nie 'n probleem daarstel nie, solank die meerderheid van die kommissie nie uit wetgewende personeel bestaan nie en hulle nie by magte is om die besluite van die kommissie te beheer nie; Van Wyk DH *supra* (n 10) 158 verwys ook na die feit dat howe in die pre-grondwetlike era slegs 'n “onregstreekse” kontrole oor die Parlement en die uitleg van wette kon uitoefen.

⁹⁹ Mojapelo P *supra* (n 16).

¹⁰⁰ Mojapelo P *supra* (n 16); sien verder ook Currie I en De Waal J *supra* (n 47) 97.

Die Konstitusionele Hof is by magte om enige wetgewing wat nie aan die grondwetlike beginsels voldoen nie, as ongrondwetlik te verklaar.¹⁰¹ Dit beteken egter nie dat die Konstitusionele Hof homself op die gebied van die wetgewer sal begewe ten einde self te poog om die ongrondwetlike beginsels soos vervat in 'n betrokke stuk konsep wetgewing reg te stel nie.¹⁰² Dit dien ook vermeld te word dat die bevoegdheid van die hof beperk is aangesien hy nie op eie inisiatief kan optree nie, maar bloot 'n aangeleentheid kan bereg wat deur die betrokke partye vir beregting na die hof verwys word.¹⁰³ In *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Home Affairs*¹⁰⁴ stel Ackerman AR die hof se bevoegdheid as volg:

¹⁰¹ Badenhorst M *supra* (n 38); in *Glenister v President of the Republic of South Africa and Others supra* (n 66) het die hof beslis dat hy by magte is om in te gryp in aangeleenthede waar die grondwetlikheid van wetgewing of selfs uitvoerende aksies bevraagteken word; Malherbe R *supra* (n 15) 788.

¹⁰² Mojapelo P *supra* (n 16); Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 27. Hulle verwys ook na *Ferreira v Levin NO* 1996 (1) SA 984 (CC) waar Chaskalson, voormalige KHR die volgende gestel het: "In a democratic society, the role of the Legislature as a body reflecting the dominant opinion should be acknowledged. It is important that we bear in mind that there are functions that are properly the concern of the Courts and others that are properly the concern of the Legislature. At times these functions may overlap. But the terrains are in the main separate, and should be kept separate." Hy stel dit verder dat: "What the court must ensure is that the implementation of any political decision to undertake such policies conforms with the Constitution ... The protection of fundamental freedoms is pre-eminently a function of the court."; verwys verder na *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly* 2006 (6) SA 416 (CC) waar die hof soos volg beslis het: "Courts must be conscious of the vital limits on judicial authority and the Constitution's design to leave certain matters to other branches of government. They too must observe the constitutional limits of their authority. This means that the judiciary should not interfere in the processes of other branches of government unless to do so is mandated by the Constitution." Dieselfde denkrigting is deur die howe gevolg in *Speaker of the National Assembly v De Lille and Another* 1999 (4) SA 863 (CC) waar die hof moes beslis of hy kan inmeng in die interne prosedures van die Nasionale Vergadering. Die hof het egter hier bevind dat alle wetgewing en besluite van die Parlement aan die grondwetlike beginsels getoets behoort te word en dat die hof dus die bevoegdheid het om enige besluite van die Parlement te hersien; O'Regan K *supra* (n 36) 132-133.

¹⁰³ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 27; Moseneke D *supra* (n 15).

¹⁰⁴ 2000 (2) SA 769 (A) by 784 D soos aangehaal in Mojapelo P *supra* (n 16).

“The other consideration a court must keep in mind, is the principle of the separation of powers and, flowing therefrom, the deference it owes to the legislature in devising a remedy for a breach of the Constitution in any particular case. It is not possible to formulate in general terms what such deference must embrace, for this depends on the facts and circumstances of each case. In essence, however, it involves restraint by the Courts in not trespassing onto that part of the legislative field which has been reserved by the Constitution, and for good reason, to the legislature.”

Die hof het ook by verskeie geleenthede opgemerk dat die regulering van die ekonomie en die daarstelling van wetgewing ten einde die verspreiding van sosiale hulpbronne te administreer, nie binne die bestek van hul bevoegdheid val nie, maar dat hulle slegs ’n oordeel kan fel oor die grondwetlikheid van die betrokke wetgewing.¹⁰⁵ In *Sobramoney v Minister of Health (KwaZulu-Natal)*¹⁰⁶ stel Chaskalson, voormalige KHR dat:

“Difficult and agonizing judgments have to be made as to how a limited budget is best allocated to the maximum advantage to the maximum number of patients. This is not a judgment a court can make.”

Soortgelyk aan die interaksie tussen die wetgewende sfeer en die regsprekende sfeer, behoort die regsprekende sfeer homself nie op die gebied van die uitvoerende gesag te begewe nie.¹⁰⁷ Die hof behoort die funksies van die uitvoerende gesag te beskerm om die

¹⁰⁵ Mojapelo P *supra* (n 16); sien verder ook *Government of the RSA v Grootboom* 2000 (11) BCLR 1160 (CC).

¹⁰⁶ 1998 (1) SA 765 (CC) soos verwys in Mojapelo P *supra* (n 16); Badenhorst M *supra* (n 38). Die hof het in hierdie saak geweier om uitspraak te lewer oor die vraag of die staat verplig was om aan die eiser dialise behandeling te verskaf; Malherbe R *supra* (n 15) 787. Die hof het bevind dat beleidsbesluite deur die uitvoerende gesag geformuleer behoort te word.

¹⁰⁷ Soortgelyk aan die wetgewende gesag, dien beamptes van die uitvoerende gesag ook op die Regterlike Dienskommissie en dus oorvleuel hierdie gesagsfeer; Mojapelo P *supra* (n 16); Badenhorst M *supra* (n 38). In *Mazibuko and Others v City of Johannesburg* 2010 (3) BCLR 239 (CC) het die hof geweier om uitspraak te lewer oor die kwantiteit gratis water wat aan inwoners verskaf behoort te word en daarop gewys dat hy nie bereid is om op die gebied van die uitvoerende gesag in te meng nie; O’Regan K *supra* (n 36) 138-139. In *Kaunda v*

regering in staat stel om beleidsbesluite in die belang van die publiek te formuleer en op 'n toepaslike wyse te implementeer sonder om aan die grondwetlike beginsels afbreuk te doen.¹⁰⁸ In *Premier, Mpumalanga v Executive Committee of State-aided Schools, Eastern Transvaal*¹⁰⁹ het die hof as volg beslis:

“In determining what constitutes procedural fairness in a given case, a court should be slow to impose obligations upon government which will inhibit its ability to make and implement policy effectively (a principle well recognized in the common law and that of other countries). As a young democracy facing immense challenges of transformation, we cannot deny the importance of the need to ensure the ability of the executive to act efficiently and promptly.”

In *President of the Republic of South Africa v Hugo*¹¹⁰ het die Konstitusionele Hof egter bevestig dat die bevoegdheid van die President om oortreders vry te skel, deur die howe hersien kan word.

President of the Republic of South Africa 2004 (10) BCLR 1009 (CC) verwys die hof na die tweestryd wat gevoer word ten opsigte van die beskerming van die publiek se regte aan die een kant, en die beskerming van die gesagsfeer van die uitvoerende gesag teen inmenging deur die regsprekende gesag aan die ander kant.

¹⁰⁸ De Vos P “*President Zuma and the Separation of Powers*” <http://www.constituitionallyspeaking.co.za/president-zuma-and-the-separation-of-powers> (datum van gebruik: 29 Februarie 2016) waar President Zuma bevestig het dat: “The executive, as elected officials, has the sole discretion to decide policies for Government. This means that once government has decided on the appropriate policies, the judiciary cannot, when striking down legislation or parts thereof on the basis of illegality, raise that as an opportunity to change the policies as determined by the Executive area of government.”; *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign supra* (n 91). Die regsvertegenwoordiger vir die staat het dit gestel dat: “(E)ven where a court finds that government policies fall short of what the Constitution requires, the only competent order that a court can make is to issue a declaration of rights to that effect. That leaves government free to pay heed to the declaration made and to adapt its policies in so far as this may be necessary to bring them into conformity with the court’s judgement”.

¹⁰⁹ 1999 (2) BCLR 151 (CC); O’Regan K *supra* (n 36) 139.

¹¹⁰ 1997 (4) SA 1 (CC); O’Regan K *supra* (n 36) 139; a 84(2)(j) van die Grondwet magtig die President om sekere oortreders vry te skel van straf; Mojapelo P *supra* (n 16); in *President of the Republic of South Africa v South*

Dit blyk dus dat die regsprekende gesag nie graag inmeng in die funksies van die uitvoerende en wetgewende gesag nie, maar dat hierdie staatsfeer veral van belang is waar wetgewing en beleidsbesluite van die ander staatsfere teen die grondwetlike beginsels getoets moet word. Die regsprekende gesag poog dus om homself van die funksies van die ander staatsfere te weerhou en nie op hierdie bevoegdhede inbreuk te maak nie aangesien so 'n aksie as ongrondwetlik afgemaak sal word.¹¹¹ In *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others*¹¹² stel die hof die delikate balans tussen die staatsfere soos volg:

“(A)lthough there are no bright lines that separate the roles of the legislature, the executive and the courts from one another, there are certain matters that are pre-eminently within the domain of one or other of the arms of government and not the others. All arms of government should be sensitive to and respect this separation.”

African Rugby Football Union (SARFU) 2000 (2) SA 1 (CC) is die President voor die hof gedaag ten einde sy bevoegdheid te toets om 'n kommissie van ondersoek aan te stel ten einde die rasse verdeling in rugbyspanne te ondersoek. Die hof het ook hier bevind dat die bevoegdhede van die President deur die howe hersien kan word. Die Konstitusionele Hof het ook bevind dat die Hooggeregshof 'n fout begaan het om toe te laat dat die President as 'n getuie geroep kan word en homself uitgespreek oor die rol van die hof in die beskerming van die belange van die President.

¹¹¹ O'Regan K *supra* (n 36) 141. Sy verwys verder na *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs and Tourism 2004 (4) SA 490 (CC)* waar die hof as volg beslis het: “In treating the decisions of administrative agencies with the appropriate respect, a court is recognising the proper role of the executive within the Constitution. In doing so a court should be careful not to attribute to itself superior wisdom in relation to matters entrusted to other branches of government.”; Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 39; Mckinley DT “*Riding the transitional rollercoaster*” <http://www.saha.org.za/publications/riding-the-transitionsal-rollercoaster.htm> (datum van gebruik: 10 Julie 2015). Hy verwys na die wetgewende gesag as die struktuur wat regshervorming behoort te dryf en stel dit dat die howe slegs by magte is om in te meng indien die doelstellings van die menseregtehandves deur die bepaalde regshervorming bedreig word.

¹¹² *Supra* (n 91) soos aangehaal in Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 40.

Dit blyk dus dat die inmenging deur die regsprekende gesag op die funksies van die ander staatsfere 'n sensitiewe onderwerp is en dat die howe se inmenging altyd met omsigtigheid en hoflikheid moet geskied.¹¹³

4.1.8 Onlangse kritiek teen die regsprekende gesag

Chaskalson, voormalige KHR¹¹⁴ was van mening dat spanning tussen die regsprekende gesag en die uitvoerende gesag onvermydelik is in 'n staatsbedeling wat voorsiening maak vir die onafhanklikheid van die regsbank en judisiële hersiening van die funksies van die uitvoerende en wetgewende staatsfere.¹¹⁵ Hy verwys verder na die feit dat hierdie spanning onafwendbaar is in 'n demokratiese staatsbestel waar daar sprake is van 'n beginsel van skeiding van magte, maar noem ook dat hierdie spanning nie eiesoortig aan Suid-Afrika is

¹¹³ Malherbe R *supra* (n 15) 787. Hy verwys na *Van Rooyen v S* 2002 (8) BCLR 810 (CC) waar die hof as volg kommentaar gelewer het: "In exercising its powers, obedience to the doctrine of separation of powers requires that the judiciary, in its comments about the other arms of State, show respect and courtesy."; Roux T "Transformative Constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: Distinction without a difference?" (2009) 2 *Stellenbosch Law Review* 284. Hy meen dat die politieke ondertoon van die Konstitusionele Hof nie bloot ontken behoort te word nie, maar insgelyks ook nie sonder verdere kwalifikasie erken behoort te word nie. Hy stel dit verder dat: "The Court is not an ordinary political actor exercising a purely political function in Klare's sense. The better, certainly more defensible, view is that it is a court of law that has been given the task, through distinctly legal methods, of expounding the Constitution's vision for a just society in relation to the concrete disputes that came before it."

¹¹⁴ Chaskalson A "*Without fear, favour or prejudice: the courts, the constitution and transformation*" <http://www.lcr.org.za/publications> (datum van gebruik: 10 Julie 2014). Chaskalson, voormalige KHR het kommentaar gelewer op die toespraak van George Bizos getiteld "*Blame neither the Constitution nor the courts*" gelewer tydens 'n gradeplegtigheid van die Universiteit van Pretoria op 8 Desember 2011.

¹¹⁵ *Ibid.*

nie, maar dat dit in ander demokratiese bedelings ook voorkom. Hy haal Gleeson,¹¹⁶ 'n afgetrede hoofregter van Australië, aan wat die spanning tussen die staatsfere soos volg verduidelik:

“It is self-evident that the exercise of (judicial review) will, from time to time, frustrate ambition, curtail power, invalidate legislation, and fetter administrative action. As the guardian of the Constitution, the High Court from time to time disappoints the ambitions of legislators and governments. This is part of our system of checks and balances. People who exercise political powers, and claim to represent the will of the people, do not like being checked or balanced.”

Hy meen verder dat die spanning tussen veral die regsprekende gesag en die uitvoerende gesag bestaan omdat Suid-Afrika oor 'n onafhanklike regsbank beskik wat uit die aard van die saak nie in alle opsigte met die uitvoerende gesag sal saamstem nie.¹¹⁷ Moseneke, voormalige R¹¹⁸ verwys na die feit dat die regsprekende gesag van die land in die regsbank gesetel is. Die regsbank is verder slegs verantwoordbaar teenoor die Grondwet self en is dus onafhanklik van inmenging van enige ander staatsorgaan. Hy stel die verhouding tussen die regsbank en die ander staatsfere soos volg:

“The judiciary is tasked with overseeing the compliance of the law by all branches of the state, its organs and all inhabitants of the Republic. The judiciary does not descend into the arena on a whim, but on a clear and dutiful mandate by the Constitution. When it does, the judiciary must not unduly trespass the terrain of other arms of the state. However, when the Constitution requires that the judiciary

¹¹⁶ Chaskalson A *supra* (n 114) verwys na Gleeson CJ “Legal Oil and Political Vinegar” (1999) 10 *Public Law Review* 108.

¹¹⁷ Chaskalson A *supra* (n 114); De Vos P *supra* (n 91). Hy stel dit dat: “It is a truth universally acknowledged that politicians who are corrupt or inclined to flout the Constitution and abuse the rights of fellow citizens will, in due course, revert to judge-bashing. South African politicians are no exception.”

¹¹⁸ Moseneke D *supra* (n 15).

decide a particular controversy that can never amount to overreaching. If it is trespass at all, it is one that the Constitution itself allows.”¹¹⁹

Chaskalson, voormalige KHR stel dit verder dat die uitvoerende gesag in die meeste gevalle gefrustreerd voel oor die beslissings van die regsbank en die beperking op hul uitvoerende funksie wat aanleiding gee tot die aanval op die regsbank deur veral politieke leiers.¹²⁰ Hy stel verder die aanval op die regsbank in 'n baie ernstige lig en bevind dat hierdie aanvalle van politieke amptenare “undermine the constitutional order and pose a threat to our democracy.”¹²¹ Bizos¹²² het egter in hierdie opsig en ten einde die aanval op die regsbank te bespreek en verder uit te lig, President Zuma aangehaal waar hy soos volg oor die funksies van die uitvoerende gesag bevind het:

“(I)t is our well-considered view that there is a need to distinguish the areas of responsibility between the judiciary and the elected branches of government, especially with regards to policy formulation. Our view is that the Executive, as elected officials, has the sole discretion to decide policies for government ...”

Chaskalson, voormalige KHR het bevind dat die bevoegdheid om beleidsbesluite te neem wel in die gesagsfeer van die uitvoerende gesag val, maar dat hierdie funksie nie

¹¹⁹ Moseneke D *supra* (n 15).

¹²⁰ Chaskalson A *supra* (n 114). Hy het dit verder gestel dat litigante dikwels die howe blameer vir hul mislukte hofgedinge, en dat die uitvoerende gesag geen uitsondering op hierdie tendens is nie; sien ook Moseneke D *supra* (n 15). Hy bevind dat: “Every decision we make is bound to be unpopular or uncomfortable to a losing litigant or a section of the community. As we judges often quip, every decision we make, sadly, leaves someone’s nose twisted and bleeding.”; Liebenberg S “*The Future of “Transformative Constitutionalism” in South Africa*” <http://www.legalbrief.co.za/article.php?story=20080812130754767> (datum van gebruik: 11 September 2014). Sy voer onder ander aan dat: “... the non-respect of court orders erodes the capacity of constitutional institutions to facilitate social transformation”.

¹²¹ Chaskalson A *supra* (n 114).

¹²² Chaskalson A *supra* (n 114), soos deur Bizos aangehaal in “*Blame Neither the Constitution nor the courts*” ingevolge die toespraak gelewer deur Zuma J (2011) “Keynote address by President Jacob Zuma on the occasion of the 3rd Access to Justice Conference” Pretoria, 8 Julie 2011.

ongekwalifiseerd kan plaasvind nie.¹²³ Kragtens die skeidingsbeginsel, moet hierdie beleidsbesluite aan die Grondwet getoets word en hierdie bevoegdheid val binne die bestek van die funksies van die regsprekende gesagsfeer welke die beleidsbesluite ongeldig kan verklaar.¹²⁴ Moseneke, voormalige R meen verder dat dit onredelik sou wees om te verwag dat die regsbank nooit beleidsbesluite van die uitvoerende gesag ongeldig verklaar nie uit vrees vir “rocking the boat” en stel die bevoegdheid van die regsbank soos volg:

“It must be well-understood that organs of state are “not immunised from judicial review” simply by virtue of the doctrine. The checks and balances embedded in the doctrine of separation of powers demand quite the opposite: courts must ensure that all branches of government, including other courts, act in accordance with the Constitution and other laws.”¹²⁵

¹²³ Chaskalson A *supra* (n 114); De Vos P *supra* (n 108). Hy meen verder dat: “What was perhaps more worrying is that the speech may be read as indicating that President Zuma resents the fact that all executive action is subject to the discipline of the Constitution and that in a constitutional democracy with a supreme Constitution the executive is not free to act as it sees fit and to adopt the policies of its choice as it sees fit and implement those policies as it sees fit. He also seems to suggest that when political opponents raise constitutional issues to score political points and/or approach a court to vindicate the constitutional rights of ordinary citizens or to uphold the Rule of Law and the Constitution, a court should not entertain such questions. This is clearly wrong.”

¹²⁴ Chaskalson A *supra* (n 114). Hy stel die beginsel verder aan die hand van ’n voorbeeld waar die uitvoerende gesag as ’n beleidsbesluit aanvoer dat daar voortaan slegs mans as onderwysers aangestel sal word. Die besluit dien dan as ’n geldige beleidsbesluit van die uitvoerende gesag binne die grense van hul uitvoerende funksies in terme van die skeidingsbeginsel. Hierdie beleidsbesluit moet dan egter teen die Grondwet getoets word en die Konstitusionele Hof sal bevind dat die beleidsbesluit die grondwetlike beginsel van gelykheid skend en sal dus deur die hof as ongrondwetlik en ongeldig verklaar word; De Vos P *supra* (n 108). Hy verwys na die Kaapse Hooggeregshof wat bevind het dat die verskaffing van oop publieke toilet geriewe aan die inwoners van Makhaza hul grondwetlike reg tot menswaardigheid skend. Hierdie uitspraak het aanleiding gegee tot ’n verandering in die beleidsbesluite van die uitvoerende gesag in die betrokke provinsie.

¹²⁵ Moseneke D *supra* (n 15); De Vos P *supra* (n 108) haal President Zuma as volg aan waar hy beweer dat: “Political disputes resulting from the exercise of powers that have been constitutionally conferred on the ruling party through a popular vote must not be subverted, simply because those who disagree with the ruling party politically, and who cannot win the popular vote during elections, feel other arms of the State are

In teenstelling met hierdie beginsel, het die voorsitter van die Nasionale Raad van Provinsies, Modise, die besluit van die Wes-Kaapse Hooggeregshof na die appèlhof verwys vir wat sy verwoord het as die onregmatige inmenging van die regsprekende gesag op die gesagsfeer van die uitvoerende gesag.¹²⁶ Sy het die inmenging van die regsprekende gesag soos volg beskryf:

“(The High Court decision against me) is the best example of inappropriate judicial interference in the way Parliament conducts its business. There is concern that the courts have overstepped the limits of their oversight responsibility in respect of the internal workings of the houses of Parliament and have acted contrary to the tenets of the separation of powers doctrine.”¹²⁷

avenues to help them co-govern the country. This interferes with the independence of the judiciary. Political battles must be fought on political platforms.” Hy verskil egter van hierdie siening en bevind dat ’n lid van ’n opposisie politieke party ’n beleidsbesluit voor die hof kan bring vir hul eie politieke gewin maar dat die partye tot die geding irrelevant is, aangesien ons howe ’n plig het om enige beleidsbesluit aan die Grondwet te toets.

¹²⁶ October A News 24 (2015/07/07) “Interfering judiciary: Thandi Modise takes separation of powers issues to the Constitutional Court” <http://www.news24.com/SouthAfrica/News/Interfering-judiciary-Thandi-Modise> (datum van gebruik: 16 Februarie 2016). Hierdie artikel verwys na ’n insident in die Parlement waar die *Economic Freedom Fighters* (hierna genoem die *EFF*) leier, Malema na die President en Kabinet verwys het as moordenaars met verwysing na die gebeure rondom die Marikana myn slagting. Die *EFF* is beveel om die die bewering terug te trek maar die beslissing van die voorsitter is deur die Wes-Kaapse Hooggeregshof tersyde gestel; LSSA Legalbrief Weekly 173 “*Questioning the power of a judge*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 10 Julie 2015). Die Wes-Kaapse Hooggeregshof het bevind dat die uitspraak van die *EFF* leier nie onvanpas was nie en dat die term “regering” nie uitgelê behoort te word as ’n direkte verwysing na die President en alle lede van die Kabinet nie, aangesien sulke aannames die ope debat in die Parlement sou strem. Die beslissing van die voorsitter is dus deur die Hooggeregshof tersyde gestel.

¹²⁷ October A *supra* (n 126); die appèlhof het egter die beslissing van die Wes-Kaapse Hooggeregshof bekrachtig en aangevoer dat Modise moontlik haar amp misbruik het ten einde die betrokke politieke party te beskerm. Die hof het verder aangevoer dat die lede van die Parlement vry is om politieke debatte te voer en selfs kritiek teen die lede van die Parlement uit te spreek. Hierdie debatte word deur grondwetlike politieke vryheid van spraak beskerm; *Chairperson of the National Council of Provinces v Malema* (535/2015) (2016) ZASCA 69; LSSA Legalbrief Weekly 216 “*Malema’s ‘massacre’ remarks protected – SCA*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 27 Mei 2016).

Die *South African Communist Party* (hierna genoem die *SACP*) se algemene sekretaris, Nzimande het ook tot die debat toetree en daarop aangedring dat die onlangse inmenging van die regsprekende gesag verder ondersoek moet word. Hy het onder andere aangevoer dat:

“We are concerned that sections of the judiciary tend to somehow overreach into areas that one would expect even in a constitutional state to tread very, very carefully ... It’s not narrowly complaining about the judiciary because of decisions we do not like. It’s about a broader principle – we must scrupulously inspect the boundaries of the separation of powers.”¹²⁸

In ’n soortgelyke aangeleentheid het Modise haarself weereens uitgespreek teen wat sy beskryf het as die inmenging van die regsprekende gesag in die administratiewe bepalings van die Parlement.¹²⁹ Sy het in ’n verklaring aangevoer dat:

“As presiding officers, we want to be free to use our rules, which we have agreed to, without being threatened by court actions ... When Parliament ignores its own rules and acts unfairly, then take us to court, but make sure that at all times, the space of Parliament is respected.”

Met die voortslepende debatte, het die woordvoerder van die *ANC*, Mantashe ook uitgevaar teen wat hy beskryf het as onregmatige inmenging van die regsbank in die politieke arena:

“There is a drive in sections of the judiciary to create chaos for governance; that’s our view ... this trend is worrisome, once the judiciary is political, and even begins to

¹²⁸ LSSA Legalbrief Weekly 170 “*Judiciary warned to stay out of political arena*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 19 Junie 2015). Hierdie uitlatings is egter deur ’n voormalige Konstitusionele Hof regter, Yacoob, van die hand gewys en hy het as volg kommentaar gelewer: “I have examined the Constitution again and I have found no provision that says the Minister of Higher Education has the power to determine when the separation of powers line has been crossed. The Minister must remember this is a power that belongs to a court and only the court.”

¹²⁹ LSSA Legalbrief Weekly 169 “*Judiciary undermining Parliament, claims NCOP head*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 12 Junie 2015).

debate rules of Parliament, when to call order, when a member must leave the chamber, it means one arm of government is beginning to have authority and virtual powers over another arm of government.”¹³⁰

In teenstelling met die kritiek op die regsbank vanaf die uitvoerende gesag, het Moseneke, voormalige R, onlangs opgemerk dat die magte van die uitvoerende gesag en veral die uitvoerende magte van die President, in die volgende paar jaar hersien behoort te word.¹³¹

Hy het bevind dat:

“(A) careful examination of the powers of the national executive chapter in the Constitution displays a remarkable concentration of the President’s power of appointment.”¹³²

¹³⁰ LSSA Legalbrief Weekly 171 “*The courts, the ANC and the state*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 26 Junie 2015).

¹³¹ LSSA Legalbrief Weekly 142 “*Moseneke urges review of presidential powers*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 14 November 2014). Hy het lede van die *Mapungubwe Institute and Thabo Mbeki Leadership Institute* se konferensie toegesprek tydens ’n geleentheid by Unisa.

¹³² *Ibid.* Hy het veral opgemerk dat die President die bevoegdheid het om die Adjunk-President aan te stel en af te dank, maar dat hy ook oor die bevoegdheid beskik om die Hoofregter, en Adjunk-Hoofregter, alle ander regters sowel as lede van die verskillende kommissies en die lede van die Nasionale Vervolgingsgesag aan te stel en dat Suid-Afrikaners teen hierdie oorkonsentrasie van mag in een enkele persoon moet waak; LSSA Legalbrief Weekly 172 “*Court-bashing in full swing*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 3 Julie 2016). Mantashe het die stelling verwerp en aangevoer dat die regerende party bekommerd is oor die mate waarin die regsprekende gesag tans op die uitvoerende gesag se funksies inmeng en dat hierdie tendens veral in sekere howe waargeneem word. Die *ANC Youth League* onder leiding van Sabelo het ook tot die debat toegetree: “We say the courts must refrain from entering the political sphere and must refuse to be used by directionless political parties.” Die *SACP* se adjunk sekretaris, Mapaila het verder aangevoer dat: “(The) least transformed organ of the state (should) stop encroaching on the terrains of the executive and Parliament. The campaign was prompted by the party’s concern that the judiciary had become a super-institution that accounts to no one”. In teenstelling hiermee het Kruger in ’n artikel vir die *Centre for Constitutional Rights* bevind dat die probleem nie by die regsprekende gesag lê nie, maar wel in die onvermoë van die uitvoerende gesag om hul beleidsbesluite in lyn met die Grondwet te bring.

Mogoeng HR het ook onlangs sy teenkanting uitgespreek teen die inmenging van die uitvoerende gesag in die funksies van die regsprekende gesag:¹³³

“We ought to be worried when there is instability or a measure of instability in the executive ... and in the legislative arm of government. But we ought to be terrified and deeply concerned when the judiciary does not appear to be what it was established to be ... When there is a possibility, no matter how remote, that the judiciary might be manipulated ... then we have to be vigilant. Without an independent judiciary democracy is doomed.”¹³⁴

Devenish¹³⁵ het egter die debat in perspektief geplaas en bevind dat die aanvalle van politieke oorde op die onafhanklikheid en integriteit van die regsbank nie langer geduld behoort te word nie. Hy voer aan dat:

“The orchestrated attacks made by senior members of the executive ... are a violation of sections 165(3) and (4) of the Constitution, as they constitute “interference” with the functioning of the courts and a failure to protect “the independence, impartiality, dignity, accessibility and effectiveness of the courts.”

¹³³ LSSA Legalbrief Weekly 166 “*CJ warns government against interference*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 22 Mei 2015).

¹³⁴ *Ibid.* Adjunk-Minister van Justisie en Konstitusionele Ontwikkeling, Jeffery, het egter op hierdie stelling geantwoord en dit duidelik gestel dat die skeiding van magte beginsel vir die regering van kardinale belang is en het aangevoer dat die regering alles in hul vermoë doen om die onafhanklikheid van die regsprekende gesag te verseker.

¹³⁵ LSSA Legalbrief Weekly 174 “*Who’s treading on who’s toes?*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 17 Julie 2015). Devenish is ’n Emeritus Professor aan die Universiteit van Kwa-Zulu Natal.

4.1.9 Die onafhanklikheid van die regsprekende gesag

Artikel 165 van die Grondwet verseker die onafhanklikheid van die regsprekende gesag en verplig alle staatsorgane om maatreëls in plek te stel ten einde die onafhanklikheid, waardigheid en toeganklikheid van die regsprekende gesag te beskerm.¹³⁶

Die bevoegdheid van die regsprekende gesag om die Grondwet onpartydig toe te pas, berus op operasionele sowel as funksionele onafhanklikheid.¹³⁷ Alhoewel regters aanvanklik deur die uitvoerende gesag aangestel word, funksioneer hulle onafhanklik van enige ander staatsorgaan.¹³⁸ Artikel 176¹³⁹ van die Grondwet bepaal die ampstermyn van regters en die bepaling dat salarisse van die regsbank nie verminder mag word nie.¹⁴⁰ Artikel 177 van die Grondwet bepaal verder dat regters net onder spesifieke omstandighede uit hul amp

¹³⁶ A 165 (2)-(4) van die Grondwet lui as volg: "(2) Die howe is onafhanklik en onderworpe slegs aan die Grondwet en die reg, wat hulle onpartydig en sonder vrees, begunstiging of vooroordeel moet toepas. (3) Geen persoon of staatsorgaan mag op die funksionering van die howe inbreuk maak nie. (4) Staatsorgane moet die howe deur middel van wetgewende en ander maatreëls bystaan en beskerm ten einde die onafhanklikheid, onpartydigheid, waardigheid, toeganklikheid en doeltreffendheid van die howe te verseker"; Manyathi-Jele N "Constitutional rights education on the spotlight at national colloquium" September (2015) *De Rebus* 6-7. Mlambo het die onafhanklikheid van die howe en die afdwinging van die Grondwet deur die howe bevestig tydens 'n kollokwium te Kempton Park in Julie 2015; Moseneke D *supra* (n 15). Hy stel die rol van regters as volg: "In other words judges must display utmost fidelity to the Constitution and other law."

¹³⁷ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 26; a 166 (3) van die Grondwet.

¹³⁸ Moseneke D *supra* (n 15); Malan K *supra* (n 69) 1984.

¹³⁹ A 176 (1) van die Grondwet bepaal dat: "'n Regter van die Konstitusionele Hof beklee die amp vir 'n nie herhaalbare termyn van 12 jaar of totdat hy of sy die ouderdom van 70 jaar bereik, watter ook al eerste plaasvind, behalwe waar 'n parlementswet die ampstermyn van 'n regter van die Konstitusionele Hof verleng. (2) Ander regters beklee die amp totdat hulle ingevolge 'n parlementswet van aktiewe diens onthef word. (3) Die salarisse, toelaes en voordele van regters mag nie verminder word nie."

¹⁴⁰ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 26.

verwyder kan word.¹⁴¹ Seedorf en Sibanda meen dat hierdie bepalings in die Grondwet daarop gemik is om te verhoed dat die wetgewende gesag en uitvoerende gesag onregmatig inmeng in die samestelling en funksionering van die regsbank.¹⁴² Die funksionele en operasionele onafhanklikheid van die regsbank is ook in *De Lange v Smuts NO and Others* uitgelig in 'n verwysing na *Valente v The Queen*:¹⁴³

“It is generally agreed that judicial independence involves both individual and institutional relationships: the individual independence of a judge, as reflected in such matters as security of tenure, and the institutional independence of the court or tribunal over which he or she presides, as reflected in its institutional or administrative relationships to the executive and legislative branches of government ... The relationship between these two aspects of judicial independence is that an individual judge may enjoy the essential conditions of judicial independence but if the court or tribunal over which he or she presides is not independent of the other branches of government, in what is essential to its functions, he or she cannot be said to be an independent tribunal.”

Mojapelo verwys na die feit dat die administratiewe bestuur van die regsprekende gesag in die hande van die uitvoerende gesag val wat die toekenning van hulpbronne bepaal.¹⁴⁴

¹⁴¹ A 177 van die Grondwet bepaal dat: “(1) 'n Regter kan van die amp onthef word slegs indien— (a) die Regterlike Dienskommissie bevind dat die regter aan 'n onvermoë ly, uitermate onbevoeg is of aan growwe wangedrag skuldig is; en (b) die Nasionale Vergadering die onthefing van daardie regter aanvra by 'n besluit aangeneem met 'n ondersteunende stem van minstens twee derdes van die lede van die Vergadering. (2) Die President moet 'n regter van die amp onthef indien 'n besluit aangeneem word waarin die ontslag van daardie regter aangevra word. (3) Die President kan op advies van die Regterlike Dienskommissie 'n regter skors wat die onderwerp is van verrigtinge ingevolge subartikel (1).”

¹⁴² Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 27. Hulle meen verder dat die onafhanklike Regterlike Dienskommissie as 'n tussenganger optree tussen die uitvoerende gesag en die regsprekende gesag.

¹⁴³ (1985) 24 DLR (4th) 161 by 171 soos aangehaal deur Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 27.

¹⁴⁴ Moseneke D *supra* (n 15).

Die begrotingsaspek van die regsprekende gesag het onlangs spanning veroorsaak tussen die regsbank en die uitvoerende gesag.¹⁴⁵

Die onafhanklikheid van die regsbank en die interaksie tussen die grondwetlike demokrasie en die skeidingsbeginsel het in die sertifiseringsaak tot die voorgrond getree en die Konstitusionele Hof het soos volg beslis:

“An essential part of the separation of powers is that there be an independent judiciary ... What is crucial to the separation of powers and the independence of the judiciary is that the judiciary should enforce the law impartially and that it should function independently of the legislature and the executive.”¹⁴⁶

¹⁴⁵ LSSA Legalbrief Weekly 144 “*CJ raises independence concerns and ticks off Minister*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 28 November 2014). Mogoeng HR het bevind dat institusionele onafhanklikheid ook in a 165 van die Grondwet beskerm word en dat alle staatsorgane maatreëls in plek moet stel ten einde hierdie onafhanklikheid van die regsbank te verseker. Hy stel dit verder dat: “No possibility must be left for any organ of state, person or institution to unduly interfere directly or indirectly with court operations ... It was in recognition of this need and the inability of the Department of Justice to serve the courts well over the years that a national department known as the Office of the Chief Justice was established.” Hy het egter verder verduidelik dat voldoende fondse nie aan die regsbank toegeken word nie, en dat hierdie situasie die waardigheid en die effektiwiteit van die regsbank negatief beïnvloed. Die Kantoor van die Hoofregter word deur die uitvoerende gesag gefinansier; LSSA Legalbrief Weekly 211 “*Judicial independence under scrutiny*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 22 April 2016). Breytenbach, woordvoerder vir die Demokratiese Alliansie (hierna genome die DA), het die finansiering van die Kantoor van die Hoofregter as volg veroordeel: “It is little wonder then that the majority party and this committee in particular want to keep the Office of the Chief Justice under their thumb. The ANC holds the view that he who pays the piper calls the tune. There is nothing that the majority party fears more than independent thought and actions, hence the sustained attacks on the judiciary. It also fully explains their reluctance to cut the fiscal umbilical cord with the Office of the Chief Justice.” Sy het verder aangevoer dat die Kantoor van die Hoofregter finansiële onafhanklik van die uitvoerende gesag behoort te funksioneer ten einde die onafhanklikheid van die regsbank te verseker.

¹⁴⁶ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 27; *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 supra* (n 49) by par 123.

Die aanstelling van regters in onafhanklike kommissies van ondersoek wat deur die uitvoerende gesag in die lewe geroep word,¹⁴⁷ het in verskeie aangeleenthede kritiek uitgelok.¹⁴⁸ Seedorf en Sibanda meen dat die regters nie in hierdie posisies aangestel behoort te word nie, aangesien die aanstelling die onafhanklikheid van die regsbank kan aantas weens die publiek se mening dat die regsprekende gesag nie meer onafhanklik van die uitvoerende gesag funksioneer nie.¹⁴⁹ Mojapelo meen dat hierdie aanstellings kan aanleiding gee tot 'n oorkonsentrasie van mag in 'n enkele persoon en dat daar teen so 'n situasie gewaak behoort te word.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Mojapelo P *supra* (n 16). Die bevoegdheid om judisiële kommissies van ondersoek in die lewe te roep berus by die President kragtens a 84 van die Grondwet. Die Marikana Judisiële Kommissie onder leiding van die afgetrede Appèlregter Ian Farlam is 'n voorbeeld van so 'n kommissie waar 'n lid van die regsprekende gesag deur die President aangestel is.

¹⁴⁸ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 43; *South African Association of Personal Injury Lawyers v Heath and Others supra* (n 64). In hierdie saak is 'n Hooggeregshof regter in die amp as die hoof van die *Special Investigating Unit (SIU)* aangestel ten einde ondersoek in te stel na wanpraktyke en wanadministrasie in die staatsdiens. Die Konstitusionele Hof het beslis dat die voorskrif ten opsigte van die voorsittende beampte soos verwoord in die Wet op die Spesiale Ondersoekeenheid 74 van 1996 met die skeiding van magte beginsel bots en dus ongrondwetlik is; Malherbe R *supra* (n 15) 786; O'Regan K *supra* (n 36) 143.

¹⁴⁹ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 43; in *South African Association of Personal Injury Lawyers v Heath and Others supra* (n 64) by par 46 het Chaskalson, voormalige KHR hom as volg uitgespreek: "Under our Constitution, the judiciary has a sensitive and crucial role to play in controlling the exercise of power and upholding the Bill of Rights. It is important that the judiciary be independent and that it be perceived to be independent. If it were to be held that this intrusion of a judge into the executive domain is permissible, the way would be open for judges to be appointed for indefinite terms to other executive posts, or to perform other executive functions, which are not appropriate to the "central mission of the judiciary". Were this to happen the public may well come to see the judiciary as being functionally associated with the executive and consequently unable to control the executive's power with the detachment and independence required by the Constitution. This, in turn, would undermine the separation of powers and the independence of the judiciary..."

¹⁵⁰ Mojapelo P *supra* (n 16). Hy verwys na die feit dat regters wat in hierdie kapasiteit aangestel is, dikwels oor meer mag beskik as ander ondersoekers in dieselfde kapasiteit aangesien hulle ook by magte is om onder andere lasbriewe uit te reik en getuies aan te hou.

Die belangrikheid van die persepsie van die publiek ten opsigte van die onafhanklikheid van die regsbank, is ook in *Van Rooyen v S*¹⁵¹ deur Chaskalson, voormalige KHR verwoord:

“Judicial officers must act independently and impartially in the discharge of their duties. In addition ... the courts in which they hold office must exhibit institutional independence. This involves an independence in the relationship between the courts and the other arms of government.”

Malan¹⁵² wys egter daarop dat judisiële onafhanklikheid nie aan die regsprekende sfeer meer magte toeken as aan die ander staatsfere.¹⁵³ Hy stel dit verder dat die uitsprake van die houe slegs tot uitvoering gebring kan word deur die samewerking van die uitvoerende en wetgewende staatsfere.¹⁵⁴ Die regsprekende gesag is dus as't ware afhanklik van die uitvoerende sowel as die wetgewende gesag ten opsigte van hulpbronne en ten einde hul onafhanklikheid te beskerm.¹⁵⁵ Dit blyk dus dat daar 'n mate van politieke oorweging in enige uitsprake van die houe ter sprake is, aangesien die houe die steun van

¹⁵¹ *Supra* (n 113) by par 31 soos aangehaal in *O'Regan K supra* (n 36) 145.

¹⁵² Malan *K supra* (n 69) 1985.

¹⁵³ Verwys verder ook na Radebe JT “*Discussion document on the transformation of the judicial system and the role of the judiciary in the developmental South African State*” <http://www.gov.za/documents/downloads> (datum van gebruik: 1 Augustus 2014). Hy verwys na kommentaar deur Ngcobo tydens die *Albert Luthuli Memorial* geleentheid as volg: “Each arm of government must observe the constitutional limits on its own power and authority - there is no branch that is superior to the others in its service of the constitutional mission of the Republic.”

¹⁵⁴ Malan *K supra* (n 69) 1986; Radebe JT *supra* (n 153). Hy stel dit dat: “Judges are not less immune to public scrutiny than members of the Executive and Legislature.”

¹⁵⁵ Malan *K supra* (n 69) 1986. Hy verwys na die maatreëls wat in terme van a 165 (4) van die Grondwet ingestel behoort te word ten einde die onafhanklikheid van die regsprekende gesag te verseker, en stel dit as volg: “That assistance is the crutch without which the judicial function collapses and court orders fade into unfulfilled judicial wishes. The judiciary is in fact nothing less than helpless when politicians refuse to comply with the Constitution or disregard the courts.”

die regerende party sowel as die publiek benodig ten einde hul judisiële funksie behoorlik uit te voer.¹⁵⁶

4.2 Die skeiding van magte beginsel en die Wet op Regspraktyk

4.2.1 Inleiding

In die sertifiseringszaak het die Konstitusionele Hof beslis dat die onafhanklikheid van die regsbank van kardinale belang is en dat die regsbank funksioneel onafhanklik van beide die wetgewende en uitvoerende gesagsfeer behoort te funksioneer.¹⁵⁷ Smuts¹⁵⁸ verwys verder na die onafhanklikheid van die regsbank as 'n fundamentele vereiste vir die bestaan van die oppergesag van die reg.

Sibanda en Seedorf¹⁵⁹ verwys na wat hulle beskryf as 'n "aanval" op die onafhanklikheid van die regsbank met die publikasie van die *Constitutional Fourteenth Amendment Bill*¹⁶⁰ in Desember 2005, waarvolgens die uitvoerende gesag gepoog het om die administrasie van

¹⁵⁶ Malan K *supra* (n 69) 1987. Hy stel dit verder dat: "The inference can hardly be resisted that in order to account for the judiciary's dependence, the courts must always, specifically when dealing with politically charged matters, heed the potential negative reaction of the ruling party in the legislator and the executive, and also of a disagreeing public. It must go about such situations very carefully and very tactfully to ensure the goodwill, protection and assistance of the political branches. It must also guard against jeopardizing its own institutional security and avoid antagonizing the political branches."; Mckinley DT *supra* (n 111).

¹⁵⁷ *In Re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 supra* (n 49) by par 123.

¹⁵⁸ Smuts I "Izak Smuts SC, Submission to the Parliamentary Portfolio Committee Regarding the Legal Practice Bill, Cape Town, February 11 2013" <http://www.constitutionallyspeaking.co.za/smuts-sc-submission-to-parliament-on-legal-practice-bill/> (datum van gebruik: 7 Mei 2014).

¹⁵⁹ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 29.

¹⁶⁰ Kennisgewing 2023 *Staatskoerant* 28334 van 14 Desember 2005.

die regsbank binne hul bevoegdheid te plaas. Verskeie partye het hulle teenkanting teen hierdie wetsontwerp uitgespreek en veral die uitvoerende gesag gekritiseer vir wat hulle beskryf het as 'n poging om in te meng in die institusionele onafhanklikheid van die regsbank.¹⁶¹ Hierdie wetsontwerp is steeds nie ter tafel gelê nie, maar die aanval op die onafhanklikheid van die regsbank en die inmenging van die uitvoerende gesag in die institusionele onafhanklikheid van die regsbank het weereens tot die voorgrond getree met die ter tafel legging en latere deurvoering van die Wet op Regspraktyk.¹⁶²

4.2.2 Die onafhanklikheid van die regsprofessie en die Wet op Regspraktyk

Smuts¹⁶³ het tydens sy voorleggings ten opsigte van die Wet op Regspraktyksontwerp¹⁶⁴ aan die Parlement, 'n dokument van die Verenigde Nasies aangehaal waarin die rol van regspraktisyne as volg uiteengesit is:

“Professional associations of lawyers shall cooperate with Governments to ensure that everyone has effective and equal access to legal services and that lawyers are able, without improper interference, to counsel and assist their clients in accordance with the law and recognized international standards and norms.”¹⁶⁵

¹⁶¹ Seedorf S en Sibanda S *supra* (n 9) 29.

¹⁶² Paladini U “South Africa: restructuring legal practice” September (2001) 21 *New Law Journal* 1376. Hy stel die kritiek in die algemeen teen die destydse Wetsontwerp op Regspraktyk as volg: “What the Government’s intentions are with this Bill remains murky ... It is symptomatic of the Government’s centrist leanings and it blurs the division of powers enshrined in the constitution.”

¹⁶³ Smuts I *supra* (n 158).

¹⁶⁴ Wetsontwerp op Regspraktyk (sien Hoofstuk 1 (n 13) vir 'n volledige omskrywing).

¹⁶⁵ Smuts I *supra* (n 158). Hy het par 25 van die *Basic Principles on the Role of Lawyers* aangehaal soos verwoord tydens die agtste Verenigde Nasies konvensie vir die voorkoming van misdaad en die behandeling van misdadigers in 1990.

Die Wet op Regspraktyk het ten doel om die huidige vrywillige reguleerders se primêre regulerende bevoegdheids, sowel as die huidige statutêre reguleerders te vervang met 'n oorkoepelende reguleerder, naamlik die Regspraktykraad. Die wetgewing maak egter nie voorsiening vir 'n onderskeid in die regulering van die profesie en die blote bestuur van die profesie nie, en die Wet op Regspraktyk sal dus beduidende bevoegdheid ten opsigte van die voorheen onafhanklike regulering van die profesie in die hande van die uitvoerende gesag plaas.¹⁶⁶ Die regulering van die regsprofesie sal dus vanaf onafhanklike reguleerders, oorgedra word aan 'n oorhoofse statutêre reguleerder waarvan lidmaatskap vir alle regspraktisyns verpligtend is.¹⁶⁷

In terme van artikel 4 van die Wet op Regspraktyk moet die Regspraktykraad tot stand gebring word. Hierdie reguleerder sal oor alle regspraktisyns en kandidaatregspraktisyns jurisdiksie uitoefen.¹⁶⁸ Die Regspraktykraad sal bestaan uit sestien regspraktisyns waarvan tien praktiserende prokureurs moet wees en ses praktiserende advokate¹⁶⁹, een dekaan van

¹⁶⁶ Smuts I *supra* (n 158). Ingevolge a 97(2)(a) van die Wet op Regspraktyk, moet die Nasionale Forum 'n ooreenkoms met die bestaande provinsiale ordes bereik oor die oordrag van hulle bates, regte, verpligtinge en personeel aan die Regspraktykraad. Die regulering van die regsprofesie wat voorheen in die hande van die onafhanklike reguleerders geplaas is, sal dus by ooreenkoms aan die Regspraktykraad oorgedra word. Verder bepaal a 97(2)(b) ten opsigte van die vrywillige verenigings as volg: "Die bepalings van paragraaf (a) belet geen niestatutêre liggame of vrywillige verenigings wat in die reëling van regspraktisyns of aangeleenthede wat in hierdie Wet hanteer word, betrokke is, daarvan om 'n ooreenkoms met die Nasionale Forum te beding en te bereik nie ten opsigte van die oordrag van hulle bates, regte, laste, verpligtinge en personeel, aan die Raad of provinsiale rade."

¹⁶⁷ LSSA "Key Principles underpinning the Transformation of the Legal Profession" <http://www.lssa.org.za/uploads/key-principles-of-the-LPB.pdf> (datum van gebruik: 3 April 2013). Die reguleringsfunksies sluit onder andere in die regulering van toelating tot die profesie, standarde van opleiding en volgehoue onderrig, die bepaling van etiese reëls vir regspraktisyns en die toepassing van die reëls deur die instelling van dissiplinêre prosedures.

¹⁶⁸ Gauntlett J *supra* (n 5) 6. Hy verwys na die totstandkoming van die Regspraktykraad as 'n: "... statutory extinction of a profession as it has evolved in South African civil society".

¹⁶⁹ Gauntlett J *supra* (n 5) 6. Hy het sy kommer uitgespreek oor die feit dat advokate en prokureurs nie gelykmatig in die Regspraktykraad verteenwoordig word nie; Manyathi N "The Legal Practice Bill: The

'n regs fakulteit van 'n erkende universiteit en een lektor in die regte, drie afgevaardigdes van die Minister van Justisie, een verteenwoordiger van die Regshulpraad en een addisionele afgevaardigde.¹⁷⁰ Die regspraktisyns sal egter in terme van 'n prosedure soos voorgeskryf deur die Minister van Justisie verkies word.¹⁷¹ Ingevolge artikel 14 is die Minister van Justisie ook by magte om die Raad te ontbind indien hy vertrouwe in die werksaamhede van die Raad en hul lede verloor.¹⁷² Dit blyk dus dat die Minister van Justisie nie net drie afgevaardigdes in die Regspraktykraad kan nomineer nie,¹⁷³ maar ook die prosedure vir die verkiesing van die onafhanklike regspraktisyns wat in die reguleerder opgeneem moet word, kan voorskryf. Daarmee saam word ook die mag van ontbinding uitsluitlik aan die Minister van Justisie oorgelaat. Daar word dus aan die Minister van Justisie, en by implikasie, die uitvoerende gesag, 'n beduidende mate van regulering in die voorheen onafhanklike regsprofessie gegee, welke regulering nie vroeër in die uitvoerende gesag gesetel het nie.¹⁷⁴ Hierdie inmenging van die uitvoerende gesag in die regulering van die

unfinished business” Mei (2012) *De Rebus* 8. Pretorius, as verteenwoordiger van die Algemene Balieraad, het aangevoer dat: “There is no desire on the part of advocates to have any say in what attorneys did and, while advocates had no problem in providing input on attorney’s issues on the Legal Practice Council level, they did not want a vote on such matters and vice versa. Advocates have a “deep-seated” fear that they would be outvoted on the council.”

¹⁷⁰ A 7(1)(a)–(e) van die Wet op Regspraktyk; a 7(1)(c) stel dit verder dat: “behoudens subartikel (3), drie gepaste en geskikte persone deur die Minister aangewys wat, na mening van die Minister en uit hoofde van hul kennis en ervaring, die Raad kan bystaan in die bereiking van die Raad se oogmerke”.

¹⁷¹ A 7(1)(a)(i)–(ii) van die Wet op Regspraktyk; a 7(1)(a) bepaal dat: “Die Raad bestaan uit die volgende lede: (a) 16 regspraktisyns, bestaande uit 10 praktiserende prokureurs en ses praktiserende advokate, soos verkies ooreenkomstig die prosedure deur die Minister voorgeskryf.”

¹⁷² A 14(1)–(8) van die Wet op Regspraktyk.

¹⁷³ *LSSA supra* (n 167). Die *LSSA* het aangedui dat dit nie in die beste belang van die regsprofessie is om die Minister van Justisie toe te laat om drie persone te nomineer om op die Regspraktykraad te dien nie, aangesien die onafhanklikheid van die professie daardeur nadelig beïnvloed word en te veel magte ten opsigte van die regulering van die professie in die hande van die uitvoerende gesag geplaas word.

¹⁷⁴ Gauntlett *J supra* (n 5) 6. Hy stel sy kritiek teen die destydse Wet op Regspraktyksontwerp as volg: “The bill, if adopted, will be an affront to the rule of law and infringe the constitution in multiple respects ... It will

regsprofessie het kritiek uit verskeie oorde gelok, maar die Wet op Regspraktyk is deurgevoer te midde van hierdie kritiek.¹⁷⁵ Chaskalson, voormalige KHR¹⁷⁶ het as volg opgemerk ten opsigte van hierdie inmenging:

weaken the courts. It will give the minister the docile hen-house he seems to desire.”; Price A en Corder H *Business Day* (2013/02/25) “Modernise the legal profession, but not at any cost” 11. Hulle stel dit dat: “The bill therefore places extraordinary power over the legal profession in the hands of party politicians representing a particular constituency, not the whole electorate. That, again, undermines the profession’s independence.”

¹⁷⁵ Smuts I *supra* (n 158). Hy stel dit as volg: “To do so as the LPB proposes, would remove us from the ranks of independent legal professions in the world, and would undermine the rule of law and the independence of the judiciary. It is unconstitutional and cannot be permitted.” Hy verwys ook kortliks na die situasie in Brittanje en die bevindinge van die *Clementi* verslag waarin bevind is dat die oorkoepelende reguleerder, die *Legal Services Board*, ’n mislukking is. Die Britse reguleerder is soortgelyk aan die Suid-Afrikaanse stelsel in terme van die Wet op Regspraktyk. Hy haal dan ook Deech aan ten opsigte van die bestaan van hierdie oorkoepelende reguleerder, waar sy as volg beslis: “... those of you contemplating establishing a super-regulator – don’t”; Maduna P “Response to the comment by the Pretoria and Johannesburg judges of the Transvaal Provincial division of the High Court on the Legal Practice Bill, dated 5 March 2001” April (2001) *De Rebus* 10. Maduna het egter aangedui dat: “We acknowledge that the legislation of most other countries continues to give professional associations a statutory status, and use them as statutory regulating bodies, but we believe that this is outdated and inappropriate ... We believe that the most appropriate arrangement is to permit real freedom of association to legal practitioners and allow professional associations to nominate the members of the statutory regulating body.”; Hawkey K “Impact of the Legal Practice Bill” September (2012) *De Rebus* 5. Hoffman, direkteur van die *Institute of Accountability in Southern Africa* het tydens ’n PPS forum in Johannesburg in Julie 2012 beweer dat die Wet op Regspraktyk nie met die grondwetlike beginsels versoen kan word nie en bevind dat: “(The Legal Practice Bill is) bad for the public, bad for the legal profession and even worse for an impartial, independent judiciary ... The independence of legal practitioners is vital to the upholding of the rule of law.”; Hawkey K “A step closer - Oral hearings of the Legal Practice Bill” April (2013) *De Rebus* 25. Bizos het ook sy kommer uitgespreek oor die regulering van die regsprofessie deur ’n statutêre liggaam as volg: “We in the *LRC (Legal Resource Centre)*, while not opposed to the state legislating governance structures for the legal profession – it does in the medical, engineering, accounting and other professions – are opposed to a situation where the end product will be a legal practice which vests members of the executive with far-reaching powers to control important aspects of the functioning of the legal profession.”

¹⁷⁶ Chaskalson A *supra* (n 2).

“The legal profession has a duty to itself and to the people of our country to do all that it can to protect its independence. That involves ensuring that its rules and practices are in the public interest and facilitate access to courts by the public and in particular by those whose need is the greatest, by promoting the culture of independence and professionalism in practitioners, by explaining to the general public the role of an independent legal profession in protecting democracy, and by raising its voice against measures calculated to erode that independence. The Legal Practice Bill in its present form is such a measure.”

Die destydse Minister van Justisie, Maduna, het egter teruggekap teen hierdie kritiese beskouing en aangevoer dat die regulering van die professie in die belang van die publiek is.¹⁷⁷ Hy het bevind dat die bestaan van die huidige reguleerders en hul pligte teenoor hul lede 'n konflik van belange skep sodra die staat vereis dat hierdie reguleerders ook die belange van die publiek moet beskerm, welke situasie die totstandkoming van die statutêre oorkoepelende reguleerder genoodsaak het.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Maduna P *supra* (n 175) 9; Hawkey K *supra* (n 175) 6. Die destydse voorsitter van die Algemene Balieraad, Semenya, het aangevoer dat: “(I)t would be foolhardy of any government to try to seek to govern the profession ... The governance of the profession will remain the business of the profession. Regulation to protect the public interest is a different matter”; Thebe M “Kwazulu-Natal law Society AGM: Legal Practice Act at the core of deliberations” Desember (2015) *De Rebus* 5. Scott, ondervoorsitter van die LSSA het aangevoer dat: “The LPA will not protect the interest of the profession; it will rather protect the interest of the public.” Hy het verder aangevoer dat regspraktisyns vrywillige assosiasies behoort te stig ten einde hul belange te beskerm, aangesien die doel van die Wet op Regspraktyk nie die beskerming en bevordering van die professie vooropstel nie; Butlender G “*Task Team on the Draft Legal Practice Bill Report by the Chairperson to the Minister of Justice and Constitutional Development (April 2012)*” <http://www.lssa.org.za/uploads/files/Task%20Team%20Chairman's%20Report.pdf> (datum van gebruik: 14 Januarie 2014). 'n Taakspan is op 20 April 2002 in die lewe geroep ten einde die destydse Wetsontwerp op Regspraktyk te bestudeer. Butlender het bevind dat die doel van die regulering van die regsprofessie die publieke belang moet dien, maar dat die regulering tot hierdie doel beperk moet word.

¹⁷⁸ Maduna P *supra* (n 175) 10. Hy het onder andere aangevoer dat hierdie konflik van belange deur die LSSA erken word en hul Grondwet as volg aangehaal: “(T)o promote on a national basis the common interests of members of the profession and the welfare of the profession, having regard at all times to the broader interests of the public whom the profession serves, and to endeavour to reconcile, where they may conflict,

Maduna¹⁷⁹ het onder andere aangedui dat:

“The fact that the Council is appointed by the Minister does not mean that the Executive will be controlling the legal profession. The Council will regulate the profession ... We have chosen to propose that the legal profession as a whole be regulated by a statutory council rather than by an association such as a law society or bar council ...”

Ten opsigte van die inmenging van die uitvoerende gesag en die magte wat aan die Minister van Justisie in terme van die Wet op Regspraktyk toegeken word, het Maduna verder as volg kommentaar gelewer:

“We do not believe that there is any basis for the proposition that the fact that the Minister plays a formal role in the appointment of members of the Council will result in either direct or indirect executive control over the legal profession. After all, in terms of our Constitution ... members of the judiciary are appointed by the executive, yet are still considered to be independent. There is no justification at all for suggesting that the provisions of the draft Bill will ... result in the executive having control over the legal profession.”¹⁸⁰

the interest of the profession and the public”; Rhode D “*Expanding the role of ethics in legal education and the legal profession*” <http://www.scu.edu/ethics/publications/submitted/rhode/lega1ed.html> (datum van gebruik: 14 April 2017) stel dit egter dat die regulering van die profesie in die belang van die publiek nie noodwendig net op die skouers van die reguleerders geplaas behoort te word nie en verduidelik die konflik tussen die publieke belang en die belang van die regsprofessie as volg: “... the problem is not so much that the public is uninformed or undecided, but rather that it is unorganized and uninvolved ... Although egregious abuses occasionally galvanize the public into action, non-lawyers seldom have sufficient incentives to organize around questions involving regulation of lawyers. By contrast, the legal profession has every incentive to pursue regulatory concerns and to block initiatives that advance public interest at the expense of its own”.

¹⁷⁹ Maduna P *supra* (n 175) 9.

¹⁸⁰ Maduna P *supra* (n 175) 10.

Hierdie standpunt is ook gehuldig deur Masutha¹⁸¹ waar hy sy opinie as volg verwoord het:

“The legal profession has always been a tightly regulated profession because it operates in a much regulated space ... Different role players including government will have a right to say how people who conduct business in our courts and who conduct their profession in a public space ... operate.”

Gauntlett¹⁸² verwys na die feit dat die inmenging van die uitvoerende gesag in die onafhanklikheid van die regsprofessie nie 'n nuwe verskynsel is nie. Hy verwys na Kentridge as volg ten opsigte van die pogings tot inmenging deur die destydse apartheidsregering:

“During the years of apartheid in South Africa, there were frequent threats from the government to place the Bar under the control of a central council with government-nominated members. This proposal was consistently and successfully resisted by the whole of the Bar, including those many members who normally supported the government ... It was well understood that to remove the control of the profession from the provincial bar councils and the General Council of the Bar would have meant the end of independence of the profession. What was also well understood was that the independence of the Bench was inextricably linked with the independence of the Bar.”

Hy stel dit verder dat 'n onafhanklike regsbank afhanklik is van die aanstelling van onafhanklike regters en dat regters uit die geledere van onafhanklike advokate aangestel

¹⁸¹ Thebe M “Minister assures professional independence” Januarie/Februarie (2015) *De Rebus* 12. Masutha het Maduna opgevolg as die Minister van Justisie en Korrektiewe Dienste; 'n soortgelyke mening is deur die opvolgende Minister van Justisie en Konstitusionele Ontwikkeling, Radebe, uitgespreek. Vir 'n vergelyking in die opinie van Radebe, verwys na Radebe JT “*Introductory speech by Mr. JT Radebe, MP, Minister of Justice and Constitutional Development on the second reading debate of the Legal Practice Bill, 2012, in the National Assembly on 12 November 2013*” <http://www.justice.gov.za/m-speeches/2013/20131111-lpb-reading-debate.html> (datum van gebruik: 10 Augustus 2014).

¹⁸² Gauntlett J *supra* (n 5) 7.

word.¹⁸³ Indien die onafhanklikheid van die regsprofessie, en veral die onafhanklikheid van die advokateprofessie dus bedreig word, hou dit gevare in vir die onafhanklikheid van die regsbank.¹⁸⁴ Daar bestaan dus 'n kousale verband tussen 'n onafhanklike regsprofessie en die onafhanklikheid van die regsbank.¹⁸⁵ Die regsbank maak staat op onafhanklike regspraktisyns om hulle by te staan ten einde hul van hul taak te kwyt om die reg onpartydig toe te pas.¹⁸⁶ Chaskalson, voormalige KHR stel dit dat:

¹⁸³ *Ibid*; Mesengu T en Tilley A "Is the appointment of acting judges transparent?" Junie (2015) *De Rebus* 24-26 verskaf 'n insiggewende verwysing na die aanstelling van veral waarnemende regters en die rol van praktiserende prokureurs in hierdie aanstellings in die laaste aantal jare.

¹⁸⁴ Gauntlett J *supra* (n 5) 6. Hy stel dit dat: "Nor can the courts be independent if the judges are not to be appointed from the ranks of those in whom the rigour of independent representation has been inculcated by years of proficient practice."; Paladini U *supra* (n 162) 1375. Hy verwys egter na die feit dat die regerende party in die laaste dekade daarop aangedring het om regters ook vanuit die sy-balie en die prokureursprofessie aan te stel, ten einde die regsbank polities beter te balanseer, en dat hierdie aanstellings reeds die onafhanklikheid van die regsbank in gevaar stel; News 24 "Parliament Oks legal practice bill" (2013/11/12) <http://www.news24.com/printArticle.aspz?iframe&aid=6a5d9339-f209-4810-a9da-c3c84d38f3=e6cid> (datum van gebruik: 12 November 2013). Smuts, verteenwoordiger van die Demokratiese Alliansie het die wetsontwerp beskryf as: "... inimical to the independence of legal practitioners" en het dit gestel dat: "Independent-minded advocates were needed to take on cases that were politically and socially unpopular ... The advocate's profession has been sold down the river because the ANC is lost in transformation."

¹⁸⁵ Smuts *supra* (n 158). Hy stel dit dat: "An independent, effective and competent legal profession is fundamental to the upholding of the rule of law and the independence of the judiciary."; Price A en Corder H *supra* (n 174) 11. Hulle verwys na die onafhanklikheid van die regsbank en stel dit dat: "The crucial point is that judicial independence depends, in turn, on the existence of an independent legal profession."; Bosielo R "Speech by Judge Ronnie Bosielo at the opening of the LLB summit" <http://www.lssa.org.za/LLBsummit> (datum van gebruik: 14 Julie 2014). Hy stel dit dat: "By parity of reasoning it is often said that the quality of any country's judiciary depends on the quality of its legal profession. A weak legal profession will produce weak Judges. This is so because we, in South Africa, draw our future Judges from the pool comprising of these professionals. It follows ineluctably that if the legal profession is populated by lawyers of low standards (whether academic or ethical) such a parlous state of affairs will be reflected in the stature of their Judges and the quality of their judgements."

¹⁸⁶ Price A en Corder H *supra* (n 174) 11; Nel A "The Legal Practice Bill and the Transformation of the Legal Profession" <http://www.justice.gov.za/docs/articles/20130510-dm-transformation.html> (datum van gebruik:

“It is lawyers who advise members of the public of their rights and who bring cases to the court on their behalf. Courts depend on the lawyers discharging this duty honestly and competently, and advancing the interest of their clients to the best of their ability. Without the assistance of lawyers, judges would not be able to discharge their constitutional duty to uphold the law without fear or favour. It is in the public interest ... that the culture of the legal profession should be rooted in the independence of the profession, and that lawyers should not be subject to outside influences or be concerned that if they take on a case for a particular client they will incur the hostility of the government or other powerful instances.”¹⁸⁷

Paladini het ook na die opmerkings deur Kempe aan die destydse Minister van Justisie ten opsigte van die onafhanklikheid van die regsbank en die bepalinge in die Regspraktyk wetsontwerp as volg verwys:

“... an independent judiciary and legal profession in full conformity with applicable standards contained in international human rights instruments are essential to the full and non-discriminatory realization of human rights and indispensable to the processes of democracy and sustainable development.”¹⁸⁸

Dit blyk dus dat die onafhanklikheid van die regsprofessie ’n belangrike komponent van die onafhanklikheid van die regsprekende gesag is en dat die skeiding van magte beginsel deur die afdwinging van hierdie onafhanklikheid gedien word. Die onlangse inmenging in die aanstelling van die lede van die Interim Nasionale Forum deur die Minister van Justisie, laat

13 Julie 2014). Hy stel dit dat: “The legal profession is a key provider of services that promote access to justice and it also constitutes a pool from which the judiciary is appointed.”; Chaskalson A *supra* (n 2).

¹⁸⁷ Chaskalson A *supra* (n 2).

¹⁸⁸ Paladini U *supra* (n 162) 1375. Kempe was die President van die *International Bar Council*. Sy het par 27 van die *Vienna Declaration* van Junie 1993 in ’n brief aan die Minister van Justisie, Maduna, aangehaal ten einde haar besware teen die implementering van die wetsontwerp aan te teken.

egter 'n mate van kommer ten opsigte van die uitvoerende gesag se herhaalde uitlatings oor hul beleid van “nie-inmenging” in die onafhanklikheid van die regsprofessie.¹⁸⁹

4.2.3 Die bevoegdheid van die Minister van Justisie

Die grootste kritiek teen die Wet op Regspraktyk is die magte wat aan die Minister van Justisie toegeken word ten einde die regsprofessie te reguleer.¹⁹⁰

Die Regspraktykraad moet verder ingevolge artikel 6(1)(b)(ii) en ten einde hul doelstellings soos verwoord in artikel 5 met betrekking tot die transformasie van die profesie, aan die Minister verslag doen oor enige aangeleenthede wat die regsprofessie en regspraktisyns raak.¹⁹¹

¹⁸⁹ LSSA Legalbrief Weekly 161 “*Spelling out transformation – in black & white!*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 17 April 2015). Masutha het aangevoer dat hy genoodsaak was om in te meng in die samestelling van die Nasionale Forum aangesien daar nie 'n behoorlike verteenwoordiging ten opsigte van ras en geslag in die lede aanstellings was nie. Hy het twee vroue in die Nasionale Forum aangestel, en die setel van voorsitter aan Kgomotso Moroka, 'n swart vroulike prokureur oorhandig.

¹⁹⁰ Hawkey K (2013) *supra* (n 175) 25. Die *Legal Resources Centre* is tydens die bespreking deur Adv. Bizos verteenwoordig. Hy het aangedui dat dit van belang is dat die Parlement nie hul regte aan die Minister van Justisie by wyse van wetgewing behoort af te teken nie. Hy het verder aangedui dat: “Maybe we trust this Minister, but we cannot give powers to a Minister because we do not know who the next Minister will be.” Die LSSA het verder aangedui dat: “Self regulation is important for the independence of the judiciary and for that reason, we should have minimal government interference ... Government should provide the framework, but not run the profession.”

¹⁹¹ Ingevolge a 6(5)(h) van die Wet op Regspraktyk, moet die Regspraktykraad jaarliks aan die Minister verslag doen oor: (i) die getal kandidaatregspraktisyns en praktiserende praktisyns wat op die rol van die Regspraktykraad verskyn, (ii) die doeltreffendheid van opleidingsvereistes, (iii) die maatreëls wat in plek is ten einde te verseker dat toegang tot die regsprofessie vergemaklik word, welke maatreëls die vergoeding van kandidaatregspraktisyns en volgehoue regsonderrig insluit, en (iv) die vordering in die implementering van programme om historiese benadeelde regspraktisyns te bemagtig.

Artikel 14 magtig die Minister van Justisie om die Regspraktykraad te ontbind sou hy vertrouwe in hul werksaamhede verloor.¹⁹² Die bepaling magtig die Minister verder om die Regsdiensteombud opdrag te gee om die werksaamhede van die Regspraktykraad te ondersoek en aan die Minister aanbevelings te maak aangaande die vermoë van die lede om hulle pligte uit te voer.¹⁹³ Indien die Minister bevind dat die Regspraktykraad nie meer oor die vermoë beskik om hul pligte doeltreffend uit te voer nie, kan hy 'n aansoek tot die Hooggeregshof rig ten einde die Regspraktykraad te ontbind¹⁹⁴ en 'n tussentydse Raad tot stand bring waarin hy die alleenbevoegdheid het om die sewe tussentydse lede aan te stel.¹⁹⁵ Verskeie partye het hul kritiek uitgespreek teen die bevoegdheid van die Minister van Justisie om die Regspraktykraad eensydig te ontbind, maar hierdie bepaling is steeds in die finale weergawe van die Wet op Regspraktyk opgeneem.¹⁹⁶

¹⁹² A 14(1) van die Wet op Regspraktyk verplig die Minister om: "(a) sy of haar redes aan die Raad te verstrek; (b) die Raad 'n redelike geleentheid te gun om op daardie redes te reageer; en (c) die Raad aanhoor oor enige vertoë wat ontvang is".

¹⁹³ A 14(1)(2) van die Wet op Regspraktyk.

¹⁹⁴ A 14(3) van die Wet op Regspraktyk.

¹⁹⁵ A 14(4)(a) beskryf die bevoegdheid van die Minister as volg: "Indien die Minister die Raad ingevolge 'n hofbevel beoog in subartikel (3), ontbind, moet die Minister, met inagneming van die bepalinge van artikel 7, 'n tussentydse Raad bestaande uit ten minste sewe persone aanstel en aan enige voorwaardes of terme in die hofbevel gevolg gee."; a 5(a) bepaal verder dat die Minister ook bevoeg is om die voorsitter van hierdie tussentydse Raad aan te stel.

¹⁹⁶ Hawkey K (2013) *supra* (n 175) 26-27. Hawyes, as die verteenwoordiger van die *Independent Association of Advocates of South Africa*, het aangedui dat hulle nie saamstem met die bepalinge in die Wet op Regspraktyk wat die Minister van Justisie magtig om die Regspraktykraad eensydig te ontbind nie en het aangevoer dat die onafhanklikheid van die professie hierdeur bedreig word. Die *Black Lawyers Association* het egter aangedui dat hulle die magte wat aan die Minister van Justisie toegeken word voorstaan en het verder bevestig dat die Wet op Regspraktyk oor genoegsame kruiskontroles beskik ten einde die misbruik van mag te voorkom; LSSA Submissions "*Summary of written submissions: Legal Practice Bill (20 of 2012)*" <http://www.lssa.org.za//q=con,112,LegalPracticeBill> (datum van gebruik: 1 September 2014). Die LSSA het onder andere hul kommer uitgespreek oor die eensydige aanstelling van lede van die interim raad deur die Minister van Justisie en het aangevoer dat die finale weergawe van die wetsontwerp die Minister behoort te

Die Regsdiensteombud word deur die President aangestel¹⁹⁷ uit die gelede van afgetrede regters.¹⁹⁸ Alhoewel die Wet op Regspraktyk uitdruklik vermeld dat die kantoor van die Regsdiensteombud sy werksaamhede onafhanklik moet verrig,¹⁹⁹ word die vergoeding en ander diensvoorwaardes van die Regsdiensteombud deur die Minister van Justisie, in oorleg

verplig om die bepalings van a 7 in ag te neem wanneer die interim lede aangestel word. Hierdie bepaling is in die finale weergawe van die Wet op Regspraktyk ingesluit, en die Minister behoort die aanstelling van die sewe interim lede te meet aan die bepalings vir die aanstelling van die oorspronklike Regspraktykraad. Die LSSA het verder aangevoer dat enige party by magte behoort te wees om die hof te nader ten einde die Regspraktykraad te ontbind en dat hierdie bevoegdheid nie uitsluitlik aan die Minister van Justisie toegeken moet word nie; Chaskalson A *supra* (n 2). Hy het verder daarna verwys dat die magte wat aan die Minister toegeken word, die “erosie” van kruiskontroles teweegbring; Thebe M *supra* (n 181) 12. Masutha het egter die kritiek weerlê en aangevoer dat: “While the Minister does have the power to dissolve the Council if it does become dysfunctional in terms of section 14, he or she at the end of the day can only do so after the Legal Services Ombud, who is a retired judge, has investigated the matter and has made recommendations to this effect, and then only after the High Court grants an order for the dissolution of the Council. In other words, the Minister’s tasks in this regard are circumscribed and can only be exercised, at the end of the day, on the authority of the High Court.”

¹⁹⁷ LSSA Submissions *supra* (n 196). Die LSSA het aangedui dat dit in die belang van die publiek is dat die Regsdiensteombud as onafhanklik geag behoort te word en het aanbeveel dat die Regsdiensteombud deur die Hoofregter aangestel moet word, en nie deur enige lid van die uitvoerende gesag nie.

¹⁹⁸ A 47(1) van die Wet op Regspraktyk; LSSA *supra* (n 167). Ingevolge a 46 het die Regsdiensteombud ten doel: “(a) om die openbare belang in verband met die lewer van regsdiens soos in die Wet beoog, te beskerm en te bevorder; (b) om die regverdige, doeltreffende en effektiewe ondersoek van klagtes van beweerde wangedrag teen regspraktisyns te verseker; (c) om hoë standaarde van integriteit in die regsberoep te bevorder; en (d) om die onafhanklikheid van die regsberoep te bevorder.”

¹⁹⁹ A 47(2) van die Wet op Regspraktyk bepaal dat: “Die Ombud is onafhanklik en slegs aan die Grondwet en die reg onderworpe en hy of sy moet onpartydig wees en sy of haar bevoegdhede uitoefen en sy of haar werksaamhede verrig sonder vrees, begunstiging of vooroordeel.”; a 47(3) meld verder dat die Regspraktykraad die onafhanklikheid van die Regsdiensteombud moet beskerm en a 47(4) vermeld dat geen persoon mag inmeng in die werksaamhede van die Regsdiensteombud nie; Smuts I *supra* (n 158). Smuts spreek verder sy kommer uit oor die bestaan van die Regsdiensteombud en die magte wat aan die kantoor van die Regsdiensteombud toegeken word as volg: “The Ombud is afforded extensive powers, including disciplinary appeal powers, from which it appears there would be no further appeal.”

met die Minister van Finansies, bepaal.²⁰⁰ Alhoewel die Regsdiensteombud dus in beginsel onafhanklik van enige eksterne inmenging behoort te funksioneer, word die kantoor van die Regsdiensteombud uit die staatskoffers gefinansier en die vergoeding van die amptenare wat diens verrig in die kantoor van die Regsdiensteombud word uitsluitlik deur die uitvoerende gesag beheer. Die kantoor van die Regsdiensteombud moet verder jaarliks aan die Minister van Justisie verslag doen oor hul werksaamhede welke verslag deur die Minister aan die Parlement voorgelê moet word.²⁰¹

'n Besondere mate van bevoegdheid is verder deur die Wet op Regspraktyk aan die Minister van Justisie toegeken ten opsigte van die erkenning en toelating van buitelandse regspraktisyns om in Suid-Afrika te praktiseer. Ingevolge artikel 24(1) van die Wet op Regspraktyk, mag 'n persoon slegs as 'n regspraktisyn praktiseer indien hy of sy behoorlik toegelaat is om as sulks in Suid-Afrika te praktiseer.²⁰² Die toelating van buitelandse

²⁰⁰ A 51(4)(a)–(b) bepaal dat: “(a) Die Minister moet, na oorleg met die Minister van Finansies, die Direkteur se vergoeding, toelaes, voordele en ander bedinge en voorwaardes van diens, bepaal. (b) Die Minister moet, na oorleg met die Minister van Finansies, die personeelsterkte van die Kantoor, die vergoeding, toelaes, voordele en ander bedinge en voorwaardes van aanstelling van die personeellede, bepaal.”; Chaskalson A *supra* (n 2). Hy het aangedui dat die finansiële onafhanklikheid van die kantoor van die Regsdiensteombud bevestigte behoort te word, aangesien die fondse wat aan die Regsdiensteombud beskikbaar gestel word, deel vorm van die begroting van die Departement van Justisie en Konstitusionele Ontwikkeling. Alhoewel die totstandkoming van die kantoor van die Regsdiensteombud dus 'n positiewe inisiatief is ten einde die publieke belang te beskerm, huldig die meeste partye die mening dat die onafhanklikheid van die Regsdiensteombud bevestigte word in die lig van die finansiering van hul dag tot dag werksaamhede uit die koffers van die staat; Smuts I *supra* (n 158). Smuts dui verder aan dat: “The Ombud is appointed by the President for a period determined by the President, may be suspended from office by the President, is required to report to the Minister, and is reliant upon the executive for her/his salary and funding. While conceptually a potentially positive innovation, the current proposal for the office of the Ombud would not establish an independent arm of regulation of the profession.”

²⁰¹ A 52(2)–(3) van die Wet op Regspraktyk. Hierdie bepaling in die Wet op Regspraktyk skep 'n verdere mate van wantroue in die persepsie dat die Kantoor van die Regsdiensteombud onafhanklik van eksterne invloede, en veral die invloed van die uitvoerende gesag, funksioneer.

²⁰² A 24(1)–(2) bepaal dat die Hooggeregshof slegs 'n persoon sal toelaat om as regspraktisyn te praktiseer indien hy of sy kan bewys dat: (a) hy/sy oor die nodige kwalifikasies beskik soos uiteengesit in a 26 van die Wet

regspraktisyns word egter grootliks aan die bevoegdheid van die Minister van Justisie oorgelaat.²⁰³ Die *LSSA* het egter aangedui dat hierdie funksie nie aan die Minister van Justisie alleenlik oorgelaat behoort te word nie, maar dat buitelandse regspraktisyns slegs toegelaat behoort te word nadat die Minister van Justisie 'n paneel van regskenners en die Regspraktykraad rakende die toelating geraadpleeg het.²⁰⁴ In 'n soortgelyke bepaling, het die Minister van Justisie ook die bevoegdheid om sekere persone toe te laat om te praktiseer as regspraktisyns sonder om aan al die nodige voorvereistes te voldoen.²⁰⁵ Die *LSSA* het ten opsigte van hierdie bepaling aangedui dat die publieke belang nie deur hierdie bepaling van die Wet op Regspraktyk gedien word nie.²⁰⁶

Die bevoegdheid van die Minister van Justisie het verder tot die voorgrond getree met die bepaling in die Wet op Regspraktyk ten opsigte van praktiese beroepsopleiding en verpligte

op Regspraktyk; (b) hy/sy 'n Suid-Afrikaanse burger is of permanent woonagtig is in die Republiek; (c) geskik en gepas is om tot die profesie toegelaat te word en (d) kan bewys dat hy/sy 'n afskrif van die aansoek om toelating binne die bepaalde tydperk op die Regspraktykraad beteken het.

²⁰³ A 24(3) van die Wet op Regspraktyk verleen aan die Minister van Justisie die volgende bevoegdhede: "(3) Behoudens subartikel (1), kan die Minister, in oorleg met die Minister van Handel en Nywerheid en na oorleg met die Raad, en met inagneming van enige tersaaklike internasionale verbintenisse van die Regering van die Republiek, regulasies ten opsigte van toelating en inskrywing, uitvaardig – (a) om die reg van vreemde regspraktisyns om voor howe in die Republiek te verskyn en om in die Republiek as regspraktisyns te praktiseer, te bepaal; of (b) om gevolg te gee aan enige ooreenkoms van wedersydse erkenning waarby die Republiek 'n party is, wat – (i) die voorsiening van regsdienste deur vreemde regspraktisyns reël; of (ii) die toelating en inskrywing van vreemde regspraktisyns reël."

²⁰⁴ *LSSA Submissions supra* (n 196). Die *LSSA* het verder aangedui dat die bevoegdheid van die Minister van Justisie die instroming van buitelandse regspraktisyns kan veroorsaak wat moontlik toegelaat sal word om te praktiseer in Suid-Afrika sonder om aan die nodige toelatingsvereistes te voldoen.

²⁰⁵ A 25 (3)(b) van die Wet op Regspraktyk.

²⁰⁶ *LSSA Submissions supra* (n 196).

gemeenskapsdiens.²⁰⁷ Ingevolge artikel 26(1)(c) van die Wet op Regspraktyk, is die Minister van Justisie by magte om praktiese beroepsopleiding en gemeenskapsdiens aan kandidaatregspraktisyne voor te skryf.²⁰⁸ Die bepaling van verpligte gemeenskapsdiens vir praktiserende regspraktisyne het veral kritiek uitgelok aangesien artikel 29(1)(b) bepaal dat 'n regspraktisyn bewys moet lewer dat die verpligte gemeenskapsdiens wel uitgevoer is alvorens hy voortgesette toelating tot die rol van praktiserende regspraktisyne kan bekom.²⁰⁹ Hierdie bepaling speel veral 'n belangrike rol in die doelstelling van die Wet op Regspraktyk ten einde transformasie teweeg te bring en regsdienste aan die breë publiek beskikbaar te stel welke persone moontlik nie voorheen in staat sou wees om van gekwalifiseerde regspraktisyne gebruik te maak nie,²¹⁰ maar die Wet op Regspraktyk is

²⁰⁷ A 29(1) bepaal dat die Minister, met behulp van die Regspraktykraad, (a) gemeenskapsdiens as onderafdeling van praktiese beroepsopleiding vir kandidaatregspraktisyne kan bepaal, maar ook (b) 'n minimum periode van verpligte gemeenskapsdiens deur toegelate regspraktisyne kan bepaal.

²⁰⁸ A 26(1)(c) bepaal dat die Minister van Justisie praktiese beroepsopleiding, verpligte gemeenskapsdiens ingevolge a 29 en 'n regspraktyksbestuurskursus vir alle kandidaatregspraktisyne kan voorskryf alvorens hulle sal kwalifiseer om tot die rol toegelaat te word; LSSA Submissions *supra* (n 196). Die LSSA het aangedui dat die bepaling van gemeenskapsdiens en beroepsopleiding nie aan die Minister van Justisie oorgelaat behoort te word nie, maar dat die bepaling in die reëls opgevat behoort te word, aangesien daar geen standaard opleiding vir alle regspraktisyne behoort te geld nie. Die LSSA het verder aangedui dat 'n sekere standaard opleiding behoort te geld, maar dat die provinsiale rade toegelaat behoort te word om addisionele opleiding vir hul betrokke lede voor te skryf. Hulle het verder aangedui dat gemeenskapsdiens van *pro bono* werk in die Wet op Regspraktyk onderskei behoort te word; Manyathi-Jele N "The Legal Practice Bill: What will change for attorneys?" Julie (2014) *De Rebus* 3. Die Nasionale Forum sal reëls neerlê ten opsigte van verpligte gemeenskapsdiens.

²⁰⁹ A 29(2) beskryf verpligte gemeenskapsdiens as: "(a) Staatsdiens, deur die Minister, in oorleg met die Raad goedgekeur; (b) diens by die Suid-Afrikaanse Menseregtekommissie; (c) diens, sonder besoldiging, as 'n regterlike beampte in die geval van regspraktisyne, ook as 'n kommissaris in die howe vir klein eise; (d) die voorsiening van regsonderwys en -opleiding namens die Raad, of namens 'n akademiese instelling of nieregteringsorganisasie; of (e) enige ander diens wat die kandidaatregspraktisyn of die regspraktisyn, met die goedkeuring van die Minister, wil verrig."

²¹⁰ LSSA *supra* (n 167). Die Wet op Regspraktyk dien as 'n meganisme vir die implementering van die doelstellings van die *Legal Services Charter* wat in 2007 deur die regsprofessie aangeneem is. Een van die doelstellings van die *Legal Services Charter* was die implementering van 'n meganisme om gemeenskapsdiens

besonder vaag oor die sanksies indien die bepaling ten opsigte van verpligte gemeenskapsdiens deur die regspraktisyns verontagsaam word.²¹¹ Artikel 29(3) maak egter voorsiening vir sekere omstandighede waar die regspraktisyn vrygeskeld sal wees van verpligte gemeenskapsdiens.²¹² Myns insiens is ook die omstandighede waarin die vryskelding toegepas sal word, besonder vaag in die bepalings van die Wet op Regspraktyk en dit mag aanleiding gee tot situasies waar die uiteindelijke doelstellings van die Wet op Regspraktyk, deur regspraktisyns omseil word.²¹³

en *pro bono* dienste aan gemarginaliseerde, arm en landelike gemeenskappe beskikbaar te stel; Halbert J “The link between the Legal Practice Bill and access to justice” Oktober (2014) *De Rebus* 38. Hy meen egter dat die doelstellings beter bereik kan word deur ’n stelsel waar die deelname aan gemeenskapsdiens vergoed word. Hy stel dit dat: “A mixed system – where a minimum is prescribed and incentives are put in place to motivate members of the legal fraternity to go beyond what is required of them – may potentially yield fruitful results, more so than a compulsory system.” Hy stel dit verder dat dit moontlik nie eties korrek sou wees om van onervare kandidaatregspraktisyns te verwag om regsadvies op ’n gemeenskapsdiens basis te lewer nie. Hy stel dit dat: “It is necessary to consider the ethics and implications of compulsory community service and how to balance the right to access justice and the need to ensure quality legal services for those who desperately need it ... Candidate legal practitioners could rather be involved in educational programs focusing on citizen’s rights and the exercise of those rights.”; Manyathi-Jele N *supra* (n 136) 7. Heyns, ’n professor in menseregte aan die Universiteit van Pretoria, het egter aangedui dat hy van mening is dat gemeenskapsdiens reeds op universiteitsvlak afgedwing behoort te word en het dit gestel dat: “In my view we should as a country-and as universities-follow a policy of ‘no degree without community service.’”

²¹¹ A 29(1)(b) stel dit slegs dat die Minister die minimum vereistes van gemeenskapsdiens kan bepaal en dat die vereistes ook die minimum periode vir herhaalde gemeenskapsdiens vir praktiserende regspraktisyns mag voorskryf “waarvan voortgesette inskrywing as ’n regspraktisyn afhang.”; Hawkey K (2013) *supra* (n 175) 30. Die *Black Lawyers Association* het aangedui dat hulle nie die bepaling ten opsigte van gemeenskapsdiens teenstaan nie, maar het hul kommer uitgespreek oor die feit dat die praktiserende regspraktisyns nie by magte sal wees om te praktiseer tensy hulle aan die bepalings ten opsigte van die verpligte gemeenskapsdiens voldoen nie.

²¹² A 29(3) bepaal dat: “Die Raad kan, by aansoek en by die aanvoer van goeie gronde, enige kandidaatregspraktisyn of regspraktisyn vrystel van die verrigting van gemeenskapsdiens, soos in die reëls uiteengesit.”

²¹³ LSSA Legalbrief Weekly 106 “*Pro-bono*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 7 Maart 2014). Volgens ’n studie wat deur die LSSA in 2013 gedoen is, het die meeste praktiserende prokureurs ten minste 24 uur per

Ingevolge artikel 34(9) van die Wet op Regspraktyk, moet die Regspraktykraad binne twee jaar na die inwerkingtreding van Hoofstuk 2 aan die Minister van Justisie verslag doen oor alternatiewe vorme van regspraktyke.²¹⁴ Volgens die Kompetisie Kommissaris, sal die toewysing van sekere kategorieë van werk aan persone wat nie regsgekwaliifiseerd is nie, bydra tot 'n verlaging in regskoste, welke verlaging die doelstellings van die Wet op Regspraktyk sal dien, aangesien regsdienste vir die breë publiek bekostigbaar sal wees.²¹⁵

Die bepaling in die Wet op Regspraktyk ten opsigte van die regulering van regsfooie het die regsprofessie onkant betrap. Die magte van die Minister van Justisie ten opsigte van die regulering van regsfooie, is uit verskeie oorde gekritiseer.²¹⁶ Die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie is in terme van artikel 35(4) getaak om aan die Minister van

jaar aan *pro bono* werk vir behoeftige lede van die publiek, bestee. Die professie is dus by magte om sowat 515 000 uur per jaar aan gemeenskapsdiens af te staan.

²¹⁴ Die Regspraktykraad moet aan die Minister verslag doen en aanbevelings maak ten opsigte van multi-dissipline praktyke en beperkte aanspreeklikheid praktyke asook die erkenning van regsassistente. Die doel van hierdie bepaling is om sekere kategorieë van werk uit te sonder sodat die Minister van Justisie hierdie werk aan nie-regspraktisyne kan toewys.

²¹⁵ Hawkey K (2013) *supra* (n 175) 23. Bonakele het as volg kommentaar gelewer: "The Bill maintain the status quo in respect of reserved work for attorneys and advocates in an "overly restrictive" manner that prevents non-legal practitioners from providing certain categories of legal services ... breaking the "monopoly" could result in reduced legal costs ... There is value in having restriction ... (however) there is a lot of work that, in fact, can be done by people who do not need a four-year legal qualification to perform." Hy het ook aangedui dat hierdie werk moontlik die opstel van testamente en eiendomsdragte kan insluit.

²¹⁶ LSSA Submissions *supra* (n 196). Die LSSA het onder andere aangedui dat die regulering van fooie nie in die bevoegdheid van die Minister van Justisie behoort te val nie, maar dat die fooie strukture deur die Regspraktykraad aan die Hoofregter voorgelê moet word en gepubliseer moet word in die *Staatskoerant*. Hulle meen verder dat enige inmenging in die regulering van regsfooie deur die uitvoerende gesag, sal inbreuk maak op die onafhanklikheid van die regsprofessie.

Justisie verslag te doen aangaande die meganismes wat in plek gestel kan word ten einde regskostes te reguleer en dus toegang tot regsdiens deur die publiek te vergemaklik.²¹⁷

4.2.4 Kritiese bespreking

Hierdie magte wat aan die Minister van Justisie toegeken word, bewerkstellig dus die vervaging van die skeiding van magte beginsel en verleen aan die uitvoerende gesag die bevoegdheid om met behulp van geldende wetgewing in die sfeer van die regsprekende gesag in te meng.²¹⁸ Smuts stel die statutêre regulering van die professie in terme van die Wet op Regspraktyk as volg:

“The introduction of a regulatory statute provides an opportunity to improve the administration of justice by creating a model for constructive regulation of the legal profession. In its current format, however, it is likely to do incalculable harm to those professions ...”²¹⁹

²¹⁷ A 35(4) van die Wet op Regspraktyk bepaal dat die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie binne twee jaar na die inwerkingtreding van Hoofstuk 2 aan die Minister van Justisie ’n verslag moet voorlê; a 35(6) gee ook aan die Minister van Justisie die bevoegdheid om maksimum tariewe voor te skryf vir regspraktisyns wat werk vir enige staatsdepartement of provinsiale of plaaslike raad verrig. Die regulering van regsfooie sal in meer besonderhede in die volgende hoofstuk bespreek word.

²¹⁸ Chaskalson A *supra* (n 2). Hy het verder gewaarsku dat die Wet op Regspraktyk die weg kan baan vir politieke inmenging op ander gebiede indien dit nie bevraagteken word nie; Smuts I *supra* (n 158). Smuts het verder as volg kommentaar gelewer: “The LPB in its current form poses a threat to a number of its own expressed objectives. It will destroy the bar as we know it, which would be a great disservice to our new democracy, and a violation of the Constitution.”

²¹⁹ Smuts I *supra* (n 158); Manyathi N *supra* (n 169) 9. Boqwana, as verteenwoordiger van die LSSA het ook sy kommer uitgespreek ten opsigte van die bepalings van die Wetsontwerp op Regspraktyk as volg: “If we do not play this role now, a few years down the line we will find this profession exactly in the same place that the profession in Zimbabwe is in, and that is why we are talking about unity. It is not about selfish interest; it is

Die staat het by verskeie geleenthede aangedui dat die regulering van die profesie noodsaaklik is ten einde die belange van die publiek te beskerm teen die gewetenlose optrede van sommige regspraktisyns. Die publiek het nie die nodige kennis om hulle eie sake te behartig nie en maak dus staat op 'n reguleerder om die handeling van regspraktisyns te ondersoek, riglyne te stel en dissipline af te dwing. Die staat het ook aangedui dat verskeie professies deur die staat geregleer word en het onder andere die ingenieursbedryf en die geneeskunde voorgehou as voorbeelde van professionele dienste wat geregleer word, en het aangedui dat die regulering van die regsprofesie geen uitsondering behoort te wees nie.²²⁰ Myns insiens is die regulering van die regsprofesie wel 'n spesiale geval wat met groot omsigtigheid hanteer behoort te word. Alhoewel ander professionele dienste in die belang van die publiek geregleer behoort te word, bestaan daar nie 'n gevaar dat die regulering van hierdie professies en die inmenging van die uitvoerende gesag op die betrokke reguleerder op die grondwetlike beginsel van 'n skeiding van magte kan inbreuk maak nie. In die geval van die regsprofesie bestaan die gevaar wel dat die inmenging van die uitvoerende gesag in die dag tot dag aktiwiteite van die statutêre reguleerder wel die skeiding van magte beginsel kan skend, aangesien die regsprekende gesagsfeer direk afhanklik is van die onafhanklikheid van die regsprofesie. Dit is ook my indruk dat die belange van die publiek nie deur hierdie inmenging van die uitvoerende gesag in die regulering van die regsprofesie gedien sal word nie, aangesien die publiek moontlik hul vertrouwe in die regsprofesie en die regsprekende gesag in geheel kan verloor indien die indruk geskep word dat die regsprekende gesag deur die uitvoerende gesag geregleer word.

Die magte wat aan die Minister van Justisie in terme van die Wet op Regspraktyk toegeken word, sal eers ter sprake kom sodra die Regspraktykraad tot stand gekom het. Die proses vir die verkiesing van die lede van die reguleerder uit die geleedere van die profesie sal dan

about guarding what we have in this country – our constitutional democracy, which I think is the biggest inheritance that we have.”

²²⁰ Paladini *U supra* (n 162) 1375; Gauntlett *J supra* (n 5) 5; Radebe *JT supra* (n 153).

eers deur die Minister van Justisie bepaal word²²¹ en die drie lede as verteenwoordigers van die Minister sal dan eers uitgewys word.²²² Die mate van inmenging van die uitvoerende gesag in die werksaamhede van die onafhanklike profesie sal dan bepaal kan word. Die mate van inmenging in die dissiplinêre aangeleenthede van die regsprofessie sal soortgelyk eers tot die voorgrond tree sodra die kantoor van die Regsdiensteombud tot stand gebring word en die Regsdiensteombud deur die President aangestel word.²²³ Die mate van inmenging van die uitvoerende gesag sal bepaal hoe die publiek in die toekoms na die onafhanklikheid van die regsprofessie verwys en die vertroue wat die publiek sal huldig in die onafhanklikheid van die regsbank en die uitsprake van die houe. Die inmenging van die Minister van Justisie in die verkiesing van die voorsitter van die Interim Nasionale Forum laat egter myns insiens kommer oor die mate van onafhanklikheid wat die regsprofessie in die toekomstige reguleerder kan verwag.

²²¹ A 7(1)(a) van die Wet op Regspraktyk.

²²² A 7(1)(c) van die Wet op Regspraktyk.

²²³ A 47(1) van die Wet op Regspraktyk.

Hoofstuk 5 Regskoste en die toeganklikheid van regsdiens

5.1 Regskoste

5.1.1 Inleiding

Artikel 35 van die Wet op Regspraktyk¹ het die meerderheid regspraktisyns en deelnemers tot die konsultasieproses onkant betrap. Sekere van die bepalings van die Wet op Regspraktyk, onder andere die bepaling ten opsigte van die regulering van regskoste, is deur lede van die regsprofessie teëgestaan, maar die destydse Minister van Justisie, Radebe het onder andere aangedui dat die voortslepende debatte rondom hierdie kontroversiële aspek van die Wetsontwerp op Regspraktyk² nie onbepaald kon voortduur nie. Hy stel dit onder andere dat:

¹ Wet op Regspraktyk (sien Hoofstuk 1 (n 12) vir 'n volledig omskrywing).

² Wetsontwerp op Regspraktyk (sien Hoofstuk 1 (n 13) vir 'n volledige omskrywing).

“Complete consensus became an impossible task and this is borne out by the almost 20 years of negotiations, but now we have reached a stage where we simply have to forge ahead.”³

Die Demokratiese Alliansie (hierna genoem die DA), by monde van Smuts het hierop gereageer en aangedui dat die insluiting van sekere van die bepalings ten opsigte van koste, ’n positiewe stap is ten einde die beskerming van die publiek met betrekking tot regs-koste te verseker, maar het die *African National Congress* (hierna genoem die ANC) beskuldig van “legislating for failure” weens die feit dat die bepaalde wetgewing nie in die belang van die regspraktisyn is nie.⁴ Die bepalings wat handel oor die regulering van regsfooie is op die laaste oomblik in die Wetsontwerp op Regspraktyk ingevoeg. Die insluiting van die artikel was klaarblyklik in reaksie op die publiek se afkeur in die buitensporige fooie wat deur regspraktisyns gehef word, maar die insluiting van die bepaling juis in die eindfase van debattering het kommentaar en insette vanaf die regsprofessie op hierdie spesifieke

³ News 24 “Parliament Oks legal practice bill” <http://www.news24.com/printarticle.aspx=6a5d9339-f209=1057> (datum van gebruik: 12 November 2013); Ferreira E *IOL News* “Assembly passes Legal Practices Bill” <http://www.iol.co.za/news/crime-courts/assembly-passes-legal-practices-bill-1.1606187> (datum van gebruik: 13 November 2013); Hawkey K “Justice Minister says legal profession must take responsibility” Mei (2011) *De Rebus* 10. Radebe het verder aangevoer dat die verdrag in die deurvoering van die Wetsontwerp op Regspraktyk nie net voor die deur van die staat geplaas kan word nie, maar dat die proses ook in die hande van die regsprofessie gesloer het. Hy verwys daarna as volg: “What is evident from this long race with relation to the Legal Practice Bill is that the legal profession is equally responsible for the delay towards the finalization of this very important legal instrument ... with no apparent end in sight”. Hy het dit verder gestel dat: “I must state that despite all efforts, compromises from either side have not yielded consensus on some of the principles contained in the Bill, and I am confident that no amount of additional time would yield different results.”; Manyathi N, Sedutla M en Hawkey K “The Legal Practice Bill: Major implications for the legal profession” May (2011) *De Rebus* 11. Die destydse lid van die *Law Society of South Africa* (hierna genoem die *LSSA*), Hussain, het aangedui dat die Wetsontwerp op Regspraktyk ’n “long and chequered past” het en dat die verloop van tyd geen einde gebring het aan die voortslepende debatte nie en dat die Wetsontwerp op Regspraktyk nooit daarin sal slaag om alle partye tevrede te stel nie.

⁴ Hartley W *Business Day Live* (2013/11/13) “Legal Practice Bill forced through despite opposition” <http://www.bdlive.co.za/national/law/2013/11/13/legal-practice-bill-forced-through-despite-opposition> (datum van gebruik: 15 Januarie 2014).

bepaling bemoelijk en in werklikheid onmoontlik gemaak.⁵ Die kritiek teen die insluiting van die bepalings is deur Masutha afgemaak as blote oordrywing van die uiteindelijke implikasies wat die betrokke artikel op die funksionering van 'n regspraktyk sal hê.⁶ Hy het aangevoer dat:

“The practical implication of this provision was widely exaggerated in the press and by persons who did not read the contents of the Legal Practice Act. It is trusted that attorneys will embrace the advantages to client and practitioner alike ... and find a way to implement this initiative.”⁷

Die Departement van Justisie en Konstitusionele Ontwikkeling se Portefeulje Komitee het aangevoer dat een van die hoofdryvere vir die ontwikkeling van die Wet op Regspraktyk juis die regulering van regsfooie is.⁸ Die regulering van regsfooie het ten doel om die billike heffing van regsfooie deur regspraktisyns te verseker en om die regsprofessie meer

⁵ Manyathi-Jele N “The Legal Practice Bill: What will change for attorneys?” Julie (2014) *De Rebus* 3; Hartley W *Business Day* (2013/10/04) “Legal practitioners may soon have to sign fee deals with clients” 4; LSSA Legalbrief Weekly 107 “*The final rites of LPB resistance*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 14 Maart 2014).

⁶ Thebe M “Minister assures professional independence” Januarie/Februarie (2015) *De Rebus* 11. Masutha is die huidige Minister van Justisie en Korrektiewe Dienste.

⁷ *Ibid* 11; Hartley W *Business Day* (2013/03/25) “MP decries high cost of legal representation in SA” <http://www.bdlive.co.za/national/law/2013/03/25/mp-decries-high-cost-of-legal-representation> (datum van gebruik: 25 Maart 2015). Oriani-Ambrosini, lid van die Parlement vir die *Inkatha Freedom Party* en destydse voorstander vir die goedkeuring van die Wetsontwerp op Regspraktyk en die bepaling ten opsigte van regsfooie, het egter aangedui dat hy nie oortuig is dat regspraktisyns vrywilliglik veranderinge aan hul huidige kostestrukture sal aanbring nie. Hy het aangedui dat: “People who pay the legal bills are fed up and we should not betray them; we need to have the guts to do what is right.”

⁸ Portfolio Committee on Justice and Constitutional Development on the Legal Practice Bill *Announcements, Tablings and Committee report no 153 – 2013* 6 November 2013. Die Komitee het onder andere bevind dat: “The Council’s goals include facilitating the realization of a transformed and restructured legal profession; ensuring that fees charged are reasonable and promote accessibility to legal services; promoting and protecting the public interest; preserving and upholding the independence of the profession, as well as enhancing its integrity and status; and promoting access to a profession that broadly reflects the demographics of South Africa.”

toeganklik te maak vir lede van die publiek.⁹ Nkabinde het aangedui dat toegang tot die regsprofessie slegs moontlik is indien die fooie wat deur regspraktisyns gehef word, proporsioneel is tot die diens wat hulle aan die publiek bied.¹⁰ Sy het egter verder aangevoer dat 'n delikate balans gehandhaaf behoort te word met betrekking tot die toeganklikheid van die regsprofessie deur die regulering van regsfooie aan die een kant en die lewensbestaan van regspraktisyns wat afhanklik is van die heffing van regsfooie vir dienste gelewer aan die publiek aan die ander kant. Paleker voer egter die argument verder en dui daarop dat die aspek van regskoste en die koste van litigasie slegs aangespreek behoort te word nadat die siviele regstelsel hersien is.¹¹

⁹ Portfolio Committee on Justice and Constitutional Development *supra* (n 8). Die Komitee het verder aangedui dat die regulering van regsfooie ondersoek behoort te word in die konteks van 'n paar regsfirmas wat buitensporige fooie hef terwyl ander regspraktisyns 'n sukkelbestaan voer.

¹⁰ Manyathi-Jele N “Cost Indaba” <http://www.derebus.org.za/ntx/gateway.dll/4rnla/zcubd/2cubd/3eubd> (datum van gebruik: 27 Maart 2014). Die voorsitter van die Reëlsraad, Nkabinde KR het tydens 'n *indaba* oor die bepaling van billike riglyne ten opsigte van regskoste in Februarie 2014 hierdie standpunt gehandhaaf. Sy het dit verder gestel dat: “Our civil justice system does not meet this basic principle. In addition to it being complex and too slow, justice is also very costly. The cost problem is one feature that characterizes the problem in our adversarial justice system.”

¹¹ Manyathi-Jele N *supra* (n 10). Nkabinde voer die argument verder: “How do we also strike a balance by ensuring that successful litigants are properly indemnified for all costs they have incurred in litigation and at the same time making sure that the unsuccessful litigants are not unduly penalized for failing claims against them?”. Paleker, 'n professor aan die Universiteit van Kaapstad en lid van die Reëlsraad stel dit dat: “If you look at developments in England and Germany and other jurisdictions, the reform of a legal cost regime always occurred in conjunction with an overhaul of the civil justice system. So before trying to overhaul our legal cost regime, we must first think about our justice system.”; sien ook Cloete R en Gravett WH “Balancing on the sword’s edge: May an attorney acquire a mortgage over a client’s home to secure a legal fee?” (2013) 76 *THRHR* 542. Die skrywers verwys onder andere na die *IBA General Principles of the Legal Profession 2006* waar die spanning tussen die dienste wat die regspraktisyn in die belang van die publiek lewer en sy regmatige verwagting om 'n bepaalde lewenstandaard te handhaaf, erken word; Thebe M “Outward retrospective” Desember (2015) *De Rebus* 3. Masutha het egter in teenstelling hiermee aangedui dat: “The idea is not to starve lawyers, but to make sure that the cost of litigation, which makes the profession inaccessible to the majority of people, is corrected.”

5.1.2 Die huidige praktyk met betrekking tot fooie

Geffen¹² meen dat die koste vir regsdiens buitensporig is. Die tariewe vir prokureurs met betrekking tot litigasie aangeleenthede word deur die Landdroshofreëls en Hooggeregshofreëls voorgeskryf. Hierdie tariewe word deur die Reëlsraad vir Howe Wet 107 van 1985 bepaal en van tyd tot tyd deur die Minister by wyse van promulgasie gewysig.¹³ Geffen meen verder dat die voorgeskrewe tariewe maar die punt van die ysberg is, en verwys onder andere na die feit dat toegang tot die reg in siviele gedinge bemoeilik word deur die feit dat lede van die publiek nie direk 'n advokaat kan nader om regshulp nie.¹⁴ Die koste raak buitensporig sodra advokate aangestel word om gedinge in die hof te behartig.¹⁵

¹² Geffen N “*Chequebook justice*” <http://www.groundup.org.za/article/chequebook-justice> (datum van gebruik: 27 Junie 2016).

¹³ Die bespreking van litigasie tariewe in terme van die reëls val buite die bestek van hierdie bespreking. Dit blyk egter vermeld te word dat fooie ten opsigte van professionele dienste gelewer vir litigasie deur die tariewe van die Reëlsraad voorgeskryf word, terwyl enige ander dienste deur die bepalings van reël 28 van die *Rules for the Attorney’s Profession GG 39740* van 26 Februarie 2016 gereguleer word; Manyathi-Jele N *supra* (n 10). Die prokureur en voornemende kliënt kan ooreenkom om fooie bo die voorgeskrewe tariewe te hef. Hierdie ooreenkoms is kontraktueel van aard en die voornemende kliënt stem toe tot die verhoogde fooiestruktuur.

¹⁴ Geffen N *supra* (n 12). Hy stel dit verder dat die meeste groot prokureursfirmas R4000 per uur kan verhaal vir ’n konsultasie met een van hul senior vennote. Kandidaat-prokureurs kan fooie van R1000 per uur verhaal vir die tyd wat hulle aan ’n bepaalde kliënt spandeer.

¹⁵ Geffen N *supra* (n 12). Hy verwys na die onlangse poging van Mpofu tydens die Marikana Kommissie om sy dagfooie van R17000 van die staat te verhaal. Hy verwys ook na die dagfooie van Gauntlett, een van die hoogs-betaalde advokate in die land, wat ’n dagfooie van R40000–R60000 vereis maar wys daarop dat Bizos SC, as ’n vegter vir veral menseregte en die verskaffing van behoorlike regsdiens aan alle lede van die publiek, slegs R3000 per dag as sy dagfooie verhaal en dus as voorbeeld behoort te dien vir die billike heffing van regsfooie; sien verder ook Rogers O “High fees and questionable practices” April (2012) *Advocate* 40. Hy meen dat senior advokate R40000 per dag hef maar dat junior advokate meermale sukkel om te oorleef. Hy stel dit verder dat: “There comes a point where the gulf between the highest and lowest earners in society is too obscene to justify. Should a top advocate earn 50 times more than a teacher or nurse or over a 100 times more than a menial worker? In an honourable profession such as ours the level of fees can surely not be set by whatever

Die regsprofessie verdedig die verhaling van fooie deur aan te dui dat die publiek (die mark) bereid is om die fooie te betaal, en dit op daardie grond dus geregverdig is maar Geffen kritiseer hierdie siening en beweer dat die publiek slegs bereid is om die fooie te betaal, aangesien hulle oortuig is dat die bekwaamheid van 'n betrokke advokaat direk verband hou met die fooie wat hy vir sy dienste vereis.¹⁶

Die aspek van die regulering van kostes vir veral advokate weens die buitensporige aard daarvan, het reeds in die vroeë 1990's tot die voorgrond getree. Advokate verwys na die koste verbonde aan die bestuur van 'n praktyk ten einde die verhaling van kostes te regverdig. Seligson stel dit dat die bestuur van 'n advokatepraktyk 'n "one-man show" is en dat die erosie van die waarde van die Suid-Afrikaanse ekonomie, die oorhoofse koste van administratiewe personeel en die hoë koste vir die huur van geskikte kantoorspasie alles bydrae tot die gelykmatige verhoging in die fooie van advokate. In teenstelling hiermee, kritiseer Rogers egter hierdie markverwante foiebeginsel en verwys na die advokateprofessie as 'n edele beroep en stel dit dat:

"As members of an honourable profession we should be distinguished by our absence, not our presence, at the feeding trough."¹⁷

the market will bear ... Do members of the Bar not have an unhealthy expectation of a preoccupation with earning large incomes?"; die tweeledige stelsel van verwysing wat tans in ons regstelsel geld met betrekking tot die aanstelling van 'n advokaat deur 'n prokureur en die oorspronklike doelstelling van die Wet op Regspraktyk om weg te doen met hierdie tweeledige bedeling, is reeds breedvoerig in Hoofstuk 3 bespreek.

¹⁶ Geffen N *supra* (n 12). Hy kritiseer egter hierdie regverdiging van die regsprofessie en stel dit dat: "The bar (the advocates' union) is closer to a guild than an open members' association. Only those it chooses to admit, after stringent pupillage and exam requirements are able to compete with existing members."

¹⁷ Seligson M "Counsel's Fees" April (1990) *Consultus* 11. Hy stel dit verder dat: "(W)hile accepting that the bar fulfils an important public service role, its members, no less than those of other professions, operate in a free market economy in which deregulation and privatization are considered desirable in order to optimize efficiency, quality of service and range of choice. It should therefore be open to practicing advocates to charge a market-related fee, provided that it is not so excessive as to amount to exploitation of the client."; Rogers O *supra* (n 15) 40; sien verder ook Buchner G "Changing the way we charge" Oktober (2014) *De Rebus* 40. Hy verwys na die feit dat die meeste prokureurs die tariewe soos voorgeskryf deur die Minister in litigasie

In die aangeleentheid van *Camps Bay Ratepayers and Residents Association and Another v Harrison and Another*¹⁸ het die hof ook sy kommer uitgespreek oor die hoë regskoste wat deur veral advokate gehef word as volg:

“We feel obliged to express our disquiet at how counsel’s fees have burgeoned in recent years. To say that they have skyrocketed is no loose metaphor. No matter the complexity of the issues, we can find no justification, in a country where disparities are gross and poverty is rife, to countenance appellate advocates charging hundreds of thousands of rands to argue an appeal.”¹⁹

Die hof stel dit dan verder ten opsigte van die regverdiging vir die heffing van buitensporige regsfooie die volgende:

“No doubt skilled professional work deserves reasonable remuneration, and no doubt many clients are willing to pay market rates to secure the best services. But in our country the legal profession owes a duty of diffidence in charging fees that goes beyond what the market can bear. Many counsel who appear before us are accomplished and hard-working. Many take cases pro bono, and some in addition make allowance for indigent clients in setting their fees. We recognize this and value it. But those beneficent practices should find a place even where clients can pay ...”²⁰

Die fooie van advokate word deur die prokureur namens die kliënt onderhandel. Rogers meen dat die verwysingsreël direkte kontak tussen die advokaat en kliënt bemoeilik en dat sommige prokureurs huiwerig is om die fooie van advokate te beding tot voordeel van die kliënt aangesien hulle nie die verhouding tussen die advokaat en sy opdraggewende prokureur wil versuur nie. Hierdie verhoudings het gewoonlik ’n element van vriendskap aangesien prokureurs geneig is om dieselfde groep advokate te gebruik. Verder is

aangeleenthede aanvul deur die verhalings van prokureur en eie kliënt fooie en stel dit dat die heffing van voorgeskrewe tariewe nie die suksesvolle bestuur van ’n regspraktyk verseker nie.

¹⁸ (2012) ZACC 17; 2012 (11) BCLR 1143 (CC).

¹⁹ *Ibid* by par 10.

²⁰ *Ibid* by par 11.

prokureurs se fooie ook hoog, en die bedinging van laer advokatefooie kan moontlik lei tot die bevraagtekening van die fooie van die prokureur. Hy beweer ook dat die feit dat die persoon wat die fooie moet beding, nie uiteindelik die rekening moet vereffen nie, ook 'n faktor is in die huiwering van die prokureur om die beste fooie vir sy kliënt te beding.²¹ Hy meen verder dat prokureurs dikwels nie genoegsame aandag skenk aan hierdie onderhandelingsproses nie en dat hierdie praktyk die advokaat van die normale kompetisie beginsels beskerm.²²

Die Algemene Balieraad van Suid-Afrika (hierna genoem die Algemene Balieraad) se missiestelling bepaal onder andere dat:

“The Bar identifies itself fully with the ideals, aspirations and challenges presented by a new democratic South Africa. As a body of independent practitioners, the Bar is committed to providing specialized legal representation, at fair fees, to all persons who require such services.”²³

Die prosedure vir die bepaling van wat 'n billike fooi daarstel, word aan die oordeel van die regulerende rade van die bepaalde professionele liggame van die regsprofessie oorgelaat.²⁴

²¹ Rogers O *supra* (n 15) 40.

²² *Ibid*; Rautenbach F “Compromising counsel’s fees” April (2012) *Advocate* 49. Hy verwys na reël 7.2.3 van die *Uniform Rules of Professional Ethics* en stel dit dat die heffing van 'n bepaalde fooi deur 'n advokaat en die versuim van die prokureur om beswaar te maak teen die heffing van die fooi, 'n stilswyende ooreenkoms tussen die partye daarstel. Die advokaat is dan geregtig om sy fooie te verhaal en die prokureur word gebind deur die indruk van toestemming wat hy gewek het deur sy versuim om beswaar te maak teen die bepaalde fooi.

²³ GCB “Access to excellence” <http://www.sabar.co.za> (datum van gebruik: 27 Junie 2016). Die LSSA het soortgelyke riglyne met betrekking tot die redelikheid van fooie.

²⁴ Ingevolge reël 28 van die *Rules for the Attorney’s Profession* (GG 39740 van 26 Februarie 2016) word enige fooie wat nie deur wetgewing vasgestel word nie, deur die Raad gereguleer. Reël 28(1) bepaal onder andere dat: “It shall be competent for the Council or any committee appointed by the Council for that purpose, at the request of any person or member, to assess the fees and reasonable disbursement payable by such person to a member in respect of the performance of work in his or her capacity as a practitioner, provided that the Council or the committee shall not assess fees or disbursements: (1) in instances where a state official is empowered to do so; or (2) where the work concerned is already covered by a statutory tariff; or (3) in litigious

Die publiek is by magte om enige geskille oor die billikheid van fooie na hierdie rade te verwys.²⁵ Die reëls maak verder voorsiening vir kriteria wat deur die regspraktisyn en die raad of komitee wat oor die billikheid van die fooie moet oordeel, gebruik behoort te word ten einde te bepaal of die fooie wat die regspraktisyn verhaal redelik is.²⁶

matters, unless the parties agree that the fees and disbursements are subject to assessment by the Council or a committee appointed by the Council for that purpose.”; reël 7 van die *Uniform Rule of Professional Conduct* bepaal soortgelyk dat die fooie van advokate ook deur die betrokke Raad of kommissie gereguleer word. Reël 7.1.1 bepaal onder andere dat: “Counsel is entitled to a reasonable fee for all services. In fixing fees, counsel should avoid charges which over-estimate the value of their advice and services, as well as those which undervalue them. A client’s ability to pay cannot justify a charge in excess of the value of the service, though his lack of means may require a lower charge, or even none at all.” Reël 7.1.5.1 bepaal verder dat: “If a dispute arises concerning the reasonableness of counsel’s fee subject to the provision of paragraph 7.1.5.5 and the provisions of any applicable constitution, the Bar Council or a committee of the Bar Council or a committee constituted according to such constitution may be requested to determine what a reasonable fee should be under the circumstances. At least one practicing attorney, nominated by the local attorney’s association or the Law Society will take part in the enquiry.”

²⁵ Die publiek kan enige fooie dispuut na die Provinsiale Ordes of die Algemene Balieraad verwys waarna ’n kommissie saamgestel word ten einde die billikheid en redelikheid van die fooie te ondersoek; Seligson M *supra* (n 17) 11. Hy stel dit dat: “The GCB believes that such a tribunal can be trusted to act with the utmost responsibility and impartiality and in the best interest of the public, with due regard to the reputation and integrity of the legal profession.”

²⁶ Reël 28.3 van die *Rules for the Attorney’s Profession* bepaal onder andere dat: “With a view to affording the member concerned reasonable and adequate remuneration for the services rendered by him or her, the Council or the committee ... shall, on every assessment, allow all such fees and disbursements as appear to it to have been reasonable for the performance of the work concerned and in so doing shall take cognizance of the following: (28.3.1) the amount and importance of the work done; (28.3.2) the complexity of the matter or the difficulty or novelty of the work or the questions raised; (28.3.3) the skill, labour, specialized knowledge and responsibility on the part of the member; (28.3.4) the number and importance of the documents prepared or perused, without necessarily having regard to length; (28.3.5) the place where and circumstances in which the services or any part thereof were rendered; (28.3.6) the time expended by the member; (28.3.7) Where money or property is involved, its amount or value; (28.3.8) the importance of the matter to the client; (28.3.9) the quality of the work done; (28.3.10) the experience or seniority of the member; (28.3.11) whether the fees and disbursements have been incurred or increased through over-caution, negligence or mistake on the part of the member.”; reël 7.1.1 van die *Uniform Rules of Professional Conduct* stel soortgelyke riglyne aan advokate as volg: “In determining the amount of the fee, it is proper to consider: (a) the time and labour

Hierdie kriteria is ook in *President of the Republic of South Africa and Others v Gauteng Lions Rugby Union and Another*²⁷ deur die hof bevestig.²⁸ Die regulering van fooie is vroeër deur die Algemene Balieraad afgedwing, maar hierdie praktyk is gestop aangesien daar kommer bestaan het oor die impak van hierdie regulering op die behoorlike daarstelling van 'n kompeterende praktyk waaraan die advokateprofessie, soos enige ander professie, gebonde is.²⁹ Rogers³⁰ verwys ook na die feit dat advokate dikwels hul tariewe met mekaar bespreek ten einde vas te stel of hul fooie behoorlik vergelyk met die mark. Hy waarsku egter teen so 'n praktyk van prysvasstelling aangesien dit 'n oortreding van die Kompetisiewet³¹ is. Hy stel dit egter ook dat prysvasstelling ten gunste van die advokaat en die deursigtigheid van fooie

required, the novelty and difficulty of the questions involved and the skill requisite properly to conduct the cause; (b) the customary charges by counsel of comparable standing for similar services; and (c) the amount involved in the controversy and its importance to client.”

²⁷ (2001) ZACC 5; 2002 (2) SA 64 (CC).

²⁸ *Ibid.* Die hof het in hierdie aangeleentheid die kriteria vir die bepaling van billike fooie wat deur die takseermeester toegepas is, bevestig as korrek. Die takseermeester het onder andere na die volgende gekyk ten einde 'n bepaling te maak: (par 26) die kompleksiteit van die aangeleentheid, die volume van die saak, die fooie van soortgelyke praktisyns, inflasie en die billike vergoeding vir die regspraktisyn vir sy dienste gelewer aan die kliënt. Die hof het verder bevestig dat billike fooie deur die takseermeester bepaal moet word ten einde die suksesvolle party in 'n regsgeding kwyt te skel van die uitgawes wat hy aangegaan het tydens die regsproses. Die hof het ook bevestig dat hy slegs sal inmeng met die bepalings van die takseermeester indien die ware toedrag van sake wesenlik verskil van die bevinding van die takseermeester; sien verder ook *Hennie de Beer Game Lodge CC v Waterbok Bosveld Plaas CC and Another* (2010) ZACC 1; 2010 (5) SA 124 (CC) en *Camps Bay Ratepayers and Residents Association and Another v Harrison and Another supra* (n 18) vir 'n verdere bespreking van die beginsels wat toegepas behoort te word by die taksering van kosterekening; sien verder ook Hawkey K “Levelling the playing field: attorneys’ fees for court appearances” September (2012) *De Rebus* 20-22; 'n volledige bespreking van hierdie beginsels val egter buite die bestek van hierdie bespreking.

²⁹ Geffen N *supra* (n 12). Hy verwys na die feit dat daar wel tariewe bestaan vir die verhalings van fooie vanaf die onsuksesvolle party in 'n regsgeding.

³⁰ Rogers O *supra* (n 15) 42.

³¹ Wet 89 van 1998 (hierna genoem die Kompetisiewet); *Commissioner, Competition Commission v General Council of the Bar of South Africa and Others* 2002 (6) SA 606 (SCA); sien verder die bespreking by (n 72) hieronder.

in die algemeen van mekaar onderskei behoort te word. Hy meen dat die fooie van advokate deur die onderskeie rade gepubliseer behoort te word en dat hierdie praktyk nie net billike kompetisie tussen die betrokke regspraktisyns sal aanmoedig en tot prysverlagings sal aanleiding gee nie, maar ook die deursigtigheid van regsfooie wat deur die betrokke advokate gehef kan word, verseker.³²

5.1.3 Artikel 35 van die Wet op Regspraktyk

Die bepaling van artikel 35 van die Wet op Regspraktyk bring daadwerklike veranderings aan die huidige bedeling met betrekking tot regskoste vir dienste gelewer deur regspraktisyns.³³

Ingevolge artikel 35(1) behoort alle fooie vir regsdienste met betrekking tot litigasie sowel as vir nie-litigasie aangeleenthede deur die tariewe soos voorgeskryf deur die Reëlsraad vir Howe in die interim³⁴ bepaal te word.³⁵ Hierdie bepaling beteken egter dat daar voorts geen onderskeid getref sal word tussen litigasie en nie-litigasie aangeleenthede nie. Die tariewe wat voorheen dus van toepassing was op litigasie aangeleenthede, sal nou ook op nie-litigasie aangeleenthede, in die interim, van toepassing wees.

³² Rogers O *supra* (n 15) 42. Hy stel dit dat elke advokaat in kompetisie is met elke ander advokaat en dat die bespreking van tariewe ten einde prysvasstelling te bewerkstellig, 'n oortreding van a 4(1)(b) van die Kompetisiewet is.

³³ Manyathi-Jele N "The Legal Practice Bill: What's happening now?" September (2015) *De Rebus* 3. Die bepaling van a 35 val egter buite die bestek van die funksies van die interim Nasionale Forum.

³⁴ Hierdie bepaling sal geld vir solank die ondersoek voortduur en aanbevelings aan die Minister voorgelê word vir implementering, soos uiteengesit in a 35(4) van die Wet op Regspraktyk.

³⁵ A 35(1) van die Wet op Regspraktyk maak ook voorsiening vir die fooie wat deur ander juridiese entiteite, regshulpklinieke en *Legal Aid South Africa* gehef word. Hierdie fooie is ook onderworpe aan die bepaling van die tariewe van die Reëlsraad; Manyathi-Jele N *supra* (n 33) 3.

Volgens artikel 35(2) moet die tariewe wat voorgeskryf word deur die Reëlsraad vir Howe gemeet word aan bepaalde kriteria.³⁶ Hierdie kriteria stem ooreen met die kriteria wat huidig deur die ordes toegepas word en deur die hof bevestig is ten einde te bepaal of die regskostes van 'n regspraktisyn redelik en billik is, maar lede van die regsprofessie het hulle kommer uitgespreek oor die bepaling en vasstelling van tariewe vir alle regspraktisyns en het daarop gedui dat die kostestruktuur van plattelandse praktyke verskil van die strukture wat in groot stedelike firmas gevolg word.³⁷

Ingevolge artikel 35(4) moet die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie, binne twee jaar na die inwerkingtreding van Hoofstuk 2 van die Wet op Regspraktyk aan die Minister verslag doen en aanbevelings maak oor die oorsaak van hoë regskoste en die moontlike implementering van meganismes om die heffing van regskoste te reguleer en regsdienste meer toeganklik te maak vir die publiek.³⁸ Artikel 35(5) skryf verder voor dat die Suid-

³⁶ A 35(2) van die Wet op Regspraktyk bepaal onder andere dat die Reëlsraad, by die vasstelling van die tariewe soos voorgeskryf in a 35(1) die volgende kriteria moet gebruik: "(a) die belang, beduidenis, kompleksiteit en kundigheid van die regsdienste wat benodig word; (b) die senioriteit en ervaring van die betrokke regspraktisyn, soos in hierdie Wet bepaal; (c) die volume van werk wat vereis word en tyd bestee aan die gelewerde regsdienste; en (d) die finansiële implikasies van die aangeleentheid op hande."; Manyathi-Jele N *supra* (n 33) 3. Lede van die regsprofessie het egter ook daarop gedui dat individuele kliënte onderskei behoort te word van groter kommersiële kliënte ten einde billike tariewe te bepaal.

³⁷ Vergelyk reël 28 van die *Rules for the Attorney's Profession* en reël 7 van die *Uniform Rules for Professional Conduct* asook die uitspraak in *Camps Bay Ratepayers and Residents Association and Another v Harrison and Another supra* (n 18) soos hierbo bespreek; Manyathi-Jele N *supra* (n 5) 3; Thebe M "Human rights, ICT and fees discussed on second day of AGM" Mei (2015) *De Rebus* 8-11. Bellairs, een van die deelnemers tot die debat, het aangevoer dat die kriteria nie universeel toepassing behoort te vind nie. Hy het onder andere aangevoer dat: "If the tariffs' are strictly applied ... this will result in the large firms having to run at a loss, and clients in rural and poorer areas still not being able to afford their attorney's fees. The point is, that market forces should determine fees charged and payable by attorneys and clients. Tariffs will work against this and not achieve their ultimate objective, which is access to justice."

³⁸ A 35(4) van die Wet op Regspraktyk bepaal dat: "Die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie moet, binne twee jaar na die inwerkingtreding van Hoofstuk 2 van hierdie Wet, ondersoek instel en aan die Minister terugrapporteer met aanbevelings oor die volgende: (a) Die wyse waarop die omstandighede wat lei tot gelde wat vir meeste mense onbekostig is, hanteer kan word; (b) wetgewende en ander ingrypings vir die verbetering van toegang tot die gereg deur die lede van die publiek te verbeter; (c) die wenslikheid van die

Afrikaanse Regshervormingskommissie internasionale praktyke moet ondersoek en vergelyk met die voorgestelde Suid-Afrikaanse meganisme.³⁹ Die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie moet ook die belange van die publiek teenoor die belange van die regspraktisyn opweeg.⁴⁰ Die gebruik van gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste in terme van die Wet op Gebeurlikheidsfooie⁴¹ word nie deur die Wet op Regspraktyk verbied nie en die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie moet die bestaan van hierdie tipe foie-ooreenkomste in ag neem wanneer die meganismes vir die regulering van regskoste aan die Minister voorgelê word.⁴² Die Minister word verder in terme van artikel 94(1)(k) van die Wet op Regspraktyk gemagtig om regulasies uit te vaardig ten einde die implementering van die aanbevelings wat voortspruit uit die ondersoek van die Suid-Afrikaanse

instelling van 'n meganisme wat verantwoordelik sal wees vir die vasstelling van foie en tariewe aan regspraktisyns betaalbaar; (d) die samestelling van die meganisme in paragraaf (c) beoog en die prosesse wat by die vasstelling van foie en tariewe gevolg moet word; (e) die wenslikheid daarvan om gebruikers van regsdienste die opsie te gee om vrywillig in te stem om foie vir regsdienste te betaal wat minder of meer is as enige bedrag wat deur die meganisme in paragraaf (c) beoog, ingestel kan word; en (f) 'n regspraktisyn se verpligting om 'n verpligte foie-reëling met 'n kliënt te sluit wanneer daardie kliënt daardie regspraktisyn se dienste bekom.”

³⁹ A 35(5)(a) van die Wet op Regspraktyk.

⁴⁰ A 35(5)(b)–(c) van die Wet op Regspraktyk; Seligson M en Hofmeyr G “Counsel’s Fees: The bar’s reaction” Oktober (1989) *Consultus* 79-81. Die vasstelling van tariewe vir advokate het al in die verlede ook tot die voorgrond getree. Die Algemene Balieraad het hewig teen hierdie vasstelling gereageer en aangedui dat die regulering van tariewe nie in die belang van die publiek of die regspraktisyn is nie. Hulle het onder andere aangedui dat: “The GCB is convinced that the adoption of a fixed tariff would be a retrograde step and one whole out of keeping with the free market economy principle and the interest of the public, as well as the profession ... It must be borne in mind that advocates are single practitioners whose workloads and responsibilities are particularly heavy, and whose only source of income is from rendering services in person. Adequate financial incentives are therefore essential to maintain a strong and independent bar.”

⁴¹ Wet 66 van 1997 (hierna genoem die Wet op Gebeurlikheidsfooie).

⁴² A 35(5)(d) en a 35(12) van die Wet op Regspraktyk. Die aspek van gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste word later in hierdie hoofstuk verder bespreek.

Regshervormingskommissie met betrekking tot regsfooie en die meganismes vir die regulering daarvan, te bewerkstellig.⁴³

Die fooie van regspraktisyns wat namens 'n staatsdepartement of provinsiale of plaaslike regering optree, kan in terme van artikel 35(6) van die Wet op Regspraktyk deur die Minister by wyse van kennisgewing in die *Staatskoerant* gereguleer word. Die Minister kan dus die maksimum tariewe wat deur hierdie regspraktisyns gehef kan word, voorskryf.

Artikel 35(7) bepaal verder dat 'n regspraktisyn aan 'n voornemende kliënt 'n kosteberaming moet voorsien alvorens enige regsdienste namens die kliënt verrig mag word.⁴⁴ Hierdie

⁴³ A 94(1)(k) en a 94(2)(a) van die Wet op Regspraktyk bepaal dat die Minister die bevoegdheid het om regulasies te maak met betrekking tot regskoste in konsultasie met die Regspraktykraad; Chaskalson A "*The Rule of Law: The importance of independent courts and the legal profession*" <http://www.constitutionallyspeaking.co.za/arthur-chaskalson-on-independence-of-legal-profession> (datum van gebruik: 12 Julie 2014). Die Minister behou egter die bevoegdheid om oor die betrokke regulasies te besluit en die toestemming van die Regspraktykraad is nie nodig ten einde dit deur te voer nie. Die magte wat deur die bepaling van die Wet op Regspraktyk aan die Minister van Justisie toegeken word en die kritiek teen die verdeling van die skeiding van magte beginsel is reeds in Hoofstuk 4 bespreek.

⁴⁴ A 35(7) van die Wet op Regspraktyk bepaal dat: "Wanneer enige prokureur of advokaat in artikel 34(2)(b) bedoel, aanvanklik instruksies van 'n kliënt ontvang vir die lewering van gedingsugtige of niegedingsugtige regsdienste, of so gou as prakties moontlik daarna, moet daardie prokureur of advokaat die kliënt voorsien van 'n skriftelike kosteberamingskennisgewing, waarin alle besonderhede rakende die voorsiene kostes van die regsdienste, met inbegrip van die volgende, gespesifiseer word: (a) Die waarskynlike finansiële implikasies met inbegrip van gelde, tariewe, uitbetalings en ander kostes; (b) die prokureur of advokaat se uurlikse tarief en 'n verduideliking van sy of haar reg om te onderhandel oor die gelde aan die prokureur of advokaat betaalbaar; (c) 'n uitleg van die werk wat gedoen moet word ten opsigte van elke stadium van die gedingvoeringsproses, waar van toepassing; (d) die waarskynlikheid dat 'n advokaat betrek sal word, asook 'n verduideliking van die verskillende fooie wat deur verskillende advokate betaal kan laat word, afhangende van aspekte soos senioriteit en kundigheid; en (e) indien die aangeleentheid gedingvoering behels, die regs- en finansiële gevolge van die kliënt se onttrekking van die gedingvoering asook die kosteverhalingsbestel."; Portfolio Committee on Justice and Constitutional Development *supra* (n 8). Die Komitee het aangedui dat: "The intention is that the relevant provisions will assist to demystify fees charged and promote greater transparency and accountability in this regard in pursuit of greater affordability of legal services within our democratic dispensation in order to more fully realize the freedoms enshrined in the Constitution, 1996."; sien ook Hartley *W supra* (n 5) 4.

kosteberaming moet skriftelik aan die voornemende kliënt beskikbaar gestel word en die kliënt moet hierdie kosteberaming skriftelik aanvaar.⁴⁵ Die regspraktisyn word ook verder verplig om die kosteberaming mondelings aan die voornemende kliënt te verduidelik ten einde enige onduidelikhede uit die weg te ruim. Die insluiting van hierdie bepaling verseker dus dat voornemende kliënte nie deur onvoorsiene hoë regskoste onkant betrap word nie. Lede van die regsprofessie het egter aangedui dat die insluiting van hierdie bepaling drakonies is en moontlik inbreuk maak op die vryemark ekonomiebeginsel. Hulle het verder hul kommer uitgespreek oor die praktiese implementering van hierdie bepaling veral gesien in die lig dat praktykvoering reeds 'n groot mate van administrasie vereis.⁴⁶

Die versuim van 'n regspraktisyn om 'n kosteberaming aan die voornemende kliënt beskikbaar te stel, word beskou as wangedrag en die kliënt word vrygeskeld van die vereffening van enige regsfooie gehef tot tyd en wyl die Regspraktykraad die aangeleentheid hersien het en die nodige aanbevelings gemaak het.⁴⁷

⁴⁵ A 35(9) van die Wet op Regspraktyk; sien verder Buchner G *supra* (n 17) 40 vir 'n interessante benadering tot die sogenaamde "value billing" konsep of "alternative fee arrangements (AFA's)" as 'n alternatief tot die heffing van uurlikse tariewe vir regsdienste gelewer.

⁴⁶ A 35(8) van die Wet op Regspraktyk; Manyathi-Jele N *supra* (n 5) 3; Hartley W *supra* (n 5) 4. Schafer, lid van die Parlement namens die Demokratiese Alliansie het ook aangedui dat regspraktisyns gereeld hierdie kosteberaming moet updateer en aan die kliënt beskikbaar stel ten einde onduidelikhede met betrekking tot die heffing van fooie te voorkom; sien ook Hartley W *Business Day* (2013/11/20) "Malpractice claims against lawyers set to be made public" 4.

⁴⁷ A 35(10)-35(11) van die Wet op Regspraktyk; Manyathi-Jele N *supra* (n 33) 3. Lede van die regsprofessie het egter aangedui dat kliënte moontlik hierdie bepaling in die Wet op Regspraktyk kan misbruik as 'n verdragingsstegniek om hul regskoste te betaal; Hartley W *supra* (n 5) 4 meld egter dat Smuts, lid van die Parlement vir die DA reeds in Oktober 2013 daarop aangedring het dat die bepaling ten opsigte van kosteberaming in die Wet op Regspraktyk opgeneem moet word aangesien die totstandkoming van die Regspraktykraad nog 'n geruime tyd kan duur en die lede van die publiek hierdeur van die beskerming van die Wet op Regspraktyk ontsê word. Sy het ook aangedui dat die versuim van die wetgewer om hierdie bepaling direk in die Wet op Regspraktyk in te sluit die publiek sonder 'n onmiddellike remedie ten opsigte van regskoste laat en dat die doelstellings van die Wet op Regspraktyk hierdeur verydel word; sien ook Ferreira E *IOL News supra* (n 3).

Tydens die publieke verhore ten opsigte van die Wetsontwerp op Regspraktyk, het die verskeie rolspelers uiteenlopende opinies rondom die insluiting van hierdie bepaling gehuldig.⁴⁸ Die besprekings oor die inhoud van die bepaling en die kommer oor die bestaansreg van die regsprofessie het egter agterweë gebly en die Wetsontwerp op Regspraktyk is deurgevoer ondanks hierdie kritiek.

⁴⁸ Hawkey K "A step closer - Oral hearings of the Legal Practice Bill" April (2013) *De Rebus* 22-48. Die publieke verhore is deur die Departement van Justisie en Konstitusionele Ontwikkeling Portefeulje Komitee gehou op die 19de en 20ste Februarie 2013. Die delegasie wat die Komitee toegesprek het was onder andere afgevaardigdes van die Kompetisie Kommissaris, die *Independent Association of Advocates for South Africa* (hierna genoem die IAASA), die *Legal Resources Centre* (hierna genoem die LRC), die *Black Lawyers Association* (hierna genoem die BLA), die LSSA, die *Attorneys Fidelity Fund* (hierna genoem die AFF), die Algemene Balieraad, die *Cape Bar Council* (hierna genoem die CBC), die *Association of University Legal Aid Institutions* (hierna genoem AULAI), verskeie Provinsiale Ordes en Smuts as advokaat in sy persoonlike hoedanigheid. Die LSSA het aangevoer dat die heffing van hoë regskoste in die afgelope dekade kommerwekkend is en dat hulle in beginsel die regulering van regsfooie ondersteun, maar het daarop gedui dat die regulering nie in die hande van die Minister gelaat behoort te word nie. Die bepaling van fooie strukture moet eerder deur die Regspraktykraad aan die Hoofregter vir publikasie en goedkeuring in die *Staatskoerant* voorgelê word. Die IAASA het aangedui dat die regulering van regsfooie beperk behoort te word tot fooie gehef deur regspraktisyns wat regsdienste aan staatsinstellings lewer en het onder andere aangedui dat: "South Africa is a free market economy wherein member of the profession are striving for excellence and by regulating the fees of advocates, such practice thwarts healthy competition and detracts from the uniqueness and independence of the profession." Die BLA het op hul beurt aangedui dat die regulering van fooie in terme van a 35 van die Wet op Regspraktyk oorbodig is aangesien fooie reeds deur die voorgeskrewe tariewe en die taksering van kosterekening deur die takseermeester gereguleer word. Die billikheid van fooie vir nie-litigasie aangeleenthede word deur die betrokke komitees van die ordes gereguleer. Die Kompetisie Kommissie het sy kommer uitgespreek oor die bepaling wat die Regspraktykraad magtig om in oorleg met die Minister die billikheid van fooie te bepaal en tariewe vas te stel deur te bevind dat die Regspraktykraad merendeels uit regspraktisyns sal bestaan en hierdie praktyk dus tot 'n konflik van belange sal lei. Die Kommissie het verder aangedui dat die bepaling wat regspraktisyns magtig om fooie laer as die voorgeskrewe tariewe te hef, kompetisie tussen regspraktisyns sal aanwakker en sal bydra tot 'n verlaging in regskoste in die algemeen; sien ook Department of Justice and Constitutional Development "Summary of written submissions on the Legal Practice Bill" <http://www.gov.za/documents/downloads.php> (datum van gebruik: 18 September 2014).

5.1.4 Die doel van die beperking van regs-kostes

Artikel 3 van die Wet op Regspraktyk stel die doel van die wet as volg:⁴⁹

“Die doel van hierdie Wet is om - (b) toegang tot geregtigheid te verbreed deur - (i) ’n meganisme in plek te stel om fooie wat vir die burgerskap bekostigbaar is vas te stel wat regspraktisyns kan laat betaal vir dienste gelewer...”

Hierdie doelstelling is ’n herhaling van die *Legal Services Charter*⁵⁰ wat in Mei 2007 aangeneem is. Artikel 3 van die *Legal Services Charter* bepaal dat:

“To adopt a Charter which gives effect to the Constitution, the Equality Act and the BEE Act by facilitating empowerment of HDI’s through the transformation of the legal services sector, effecting access to justice to all the people of the Republic of South Africa and promoting economic, social and political justice. This includes the following: ... (3.4) implementing measures to enhance access to justice which include promoting equitable access to legal services to all the people of South Africa, including the marginalized, poor and rural communities.”

Artikel 12.2 van die *Legal Services Charter* bepaal verder dat:

“The Government, legal profession and other stakeholders, undertake to: (12.2.9) investigate the affordability of services, including a review of the disparities and affordability of legal fees and implement measures aimed at regulating the fee structure to enhance affordability of legal services.”

⁴⁹ A 3(b)(i) van die Wet op Regspraktyk. Die voorwoord tot die Wet op Regspraktyk bepaal onder andere dat: “... toegang tot regsdienste vir meeste Suid-Afrikaners nie ’n realiteit is nie”. Die Afrikaanse aanhaling is verwarrend. Die Engelse weergawe van a 3(b)(i) bepaal dat: “The purpose of the Act is to - (b) broaden access to justice by putting in place - (i) a mechanism to determine fees chargeable by legal practitioners for legal services rendered that are within the reach of the citizenry.”

⁵⁰ Sien verder Hoofstuk 3 vir ’n verduideliking van die ontstaan van die *Legal Services Charter* en die interaksie met betrekking tot die Wet op Regspraktyk; *Legal Services Charter* <http://www.gov.za/documents/downloads.php> (datum van gebruik: 9 September 2014).

Die regulering van regsfooie is egter nie 'n nuwe verskynsel nie. Reeds voor die doelstellings soos vervat in die *Legal Services Charter* het die staat gepoog om die fooie van regspraktisyns te reguleer. Wildenboer⁵¹ verwys na die eerste amptelike regulering van tariewe in 1871 in 'n reaksie op die publiek se versoek om regulering weens die onbillike heffing van fooie vir regsdiensde deur destydse regspraktisyns.⁵²

Dit blyk egter dat die huidige bepalings met betrekking tot die regulering van regsfooie soos vervat in die Wet op Regspraktyk voorafgegaan is deur die doelstellings en bepalings van die destydse *Legal Services Charter*. Die betrokke bepaling in die Wet op Regspraktyk, en die vroeë *Legal Services Charter* het ten doel om regsdiensde toeganklik te maak vir lede van die publiek, deur te verhoed dat regspraktisyns buitensporige en onredelike fooie hef.

Artikel 34 van die Grondwet⁵³ verseker dat elke burger die reg het tot gelyke toegang tot die howe.⁵⁴ Hierdie fundamentele reg gaan verder ook gepaard met die reg van elke burger tot

⁵¹ Wildenboer L "For a few dollars more: Overcharging and misconduct in the legal profession of the *Zuid-Afrikaansche Republiek*" (2011) *De Jure* 354.

⁵² *Ibid.* Sy verwys na Wet 2 van 1871 waar tariewe vir prokureurs voorgeskryf is. Die betrokke regulasies het nie net onderskei tussen regsdiensde vir litigasie en nie-litigasie aangeleenthede nie, maar ook die koste van regsagente, notarisde en transaksies met betrekking tot onroerende eiendomme gereguleer. Die regulasies is later opgevolg deur Wet 8 van 1883 en die tariewe is aangepas om met die groeiende ekonomie tred te hou. 'n Belangrike insluiting in hierdie Wet was egter die insluiting in die regulering van die fooie van advokate wat tot op daardie stadium ongereguleerd was. Sy verwys verder na die ontstaan van die taksasie van kosterekeningde in 'n reaksie op die waarnemings van H Rider Haggard tydens sy ampstermyn as Meester en Registrateur waar hy bevind het dat die onderlinge ooreenkoms tussen prokureurs en advokate met betrekking tot die heffing van regsfooie 'n potensiële skadelike praktyk ten koste van die publiek is; sien verder ook Botha CG "Early Legal Practitioners of the Cape Colony" (1924) *SALJ* 255-262 vir 'n interessante blik op die heffing van fooie in die vroeë Kaapse Kolonie en die eerste tariewe van toepassing op die lewering van regsdiensde.

⁵³ Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (hierna genoem die Grondwet).

⁵⁴ A 34 van die Grondwet bepaal: "Elkeen het die reg dat 'n geskil wat deur die toepassing van die reg besleg kan word, in 'n billike openbare verhoor voor 'n hof beslis word of, waar dit gepas is, voor 'n ander onafhanklike en onpartydige tribunaal of forum."

gelyke beskerming en voordeel van die reg.⁵⁵ Daar mag dus nie teen enige individu onregverdig gediskrimineer word nie. Die insluiting van die bepalings met betrekking tot regskostes in die Wet op Regspraktyk is dus 'n daadwerklike poging van die staat om die fundamentele regte van die publiek tot toegang tot die howe en die gelyke beskerming en voordeel van die reg te bevorder en tot uitvoering te bring.⁵⁶

Chaskalson, voormalige KHR⁵⁷ bevind dat hierdie fundamentele regte slegs met behulp van die samewerking tussen die staat en die regsprofessie praktiese implementering kan vind.⁵⁸

Hy stel dit verder dat:

“The public must have access to the profession, which would have no right to assert that it serves the public interest, if it were to serve only the elite in our society. What is important is that legal services should be available to all who need them, and in particular, to those who look to the profession as an institution that will uphold and protect the rights of everyone, and not only the rich. This is not a burden that can be

⁵⁵ A 9(1) van die Grondwet bepaal: “Elkeen is gelyk voor die reg en het die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg.”

⁵⁶ Portfolio Committee on Justice and Constitutional Development *supra* (n 8). Die Komitee het die regulering van fooie ten einde die reg meer toeganklik te maak vir die publiek, vooropgestel en het aangedui dat “The Bill seeks to ensure that legal services are accessible. It is well known that legal fees are beyond the reach of many, if not most, South Africans.”; Manyathi-Jele N “The Law-20 Years into democracy-discussed at BLA AGM” Desember (2014) *De Rebus* 3-4. Tydens die algemene vergadering van die *BLA* het die adjunk minister van Justisie en Konstitusionele ontwikkeling, Jeffery, verwys na die huidige tariewe vir hoër howe met betrekking tot siviele aangeleenthede en aangedui dat huishulpe waarskynlik nooit van regsdienste gebruik sal maak nie, aangesien vyftien minute se konsultasie ingevolge die voorgeskrewe tariewe, twee dae se daglone vir hierdie groep voorstel. Hy stel dit verder dat: “It is clear that access to lawyers is for affluent South Africans only ... At the very heart of the Legal Practice Act lies the desire to ensure that all our people have access to affordable legal services of high standard.”

⁵⁷ Chaskalson *A supra* (n 43).

⁵⁸ Chaskalson *A supra* (n 43); Manyathi-Jele N *supra* (n 10). Paleker stel dit verder dat: “In an ideal world the state should offer assistance to anyone who find themselves needing to go to court.” Hy wys egter ook op die feit dat die ideale situasie nie bestaan nie en dat die staat se koffers en hulpbronne in realiteit beperk is.

carried by the profession on its own. It has to be done in cooperation with government and civil society.”

Die feit dat lede van die publiek slegs hul fundamentele regte ten opsigte van gelyke toegang tot die hof en gelyke beskerming en voordeel van die reg kan afdwing met behulp van die regsprofessie is verder uitgelig in *Thusi v Minister of Home Affairs and Another and 71 other cases*⁵⁹ waar Wallis R homself as volg uitgespreek het:

“... the right of access to courts is now enshrined in s 34 of the Constitution. In order to render that right a reality and not a mere chimera it is essential that creative means be adopted to make legal services available to those who could not otherwise afford them, for it is a truism that without legal assistance from qualified lawyers few in any society are able to represent themselves adequately in the complex arena of forensic combat ... It is therefore important that the legal community should develop and accept methods of financing legal proceedings that will enable the constitutional right to be fully realised and courts must not be astute to create obstacles to them doing so.”⁶⁰

Moultrie en Bleazard⁶¹ meen dat die publiek verhinder word om hul fundamentele reg met betrekking tot die toegang tot hof af te dwing vanweë die hoë koste verbonde aan die litigasieproses.⁶² Hierdie koste sluit nie net die hoë koste van regsdienste⁶³ in nie, maar ook

⁵⁹ 2011 (2) SA 561 (KZP).

⁶⁰ *Ibid* by par 104; sien verder ook *Biowatch Trust v Registrar, Genetic Resources and Others* 2009 (6) SA 232 C waar die hof ’n soortgelyke mening gehuldig het; sien ook Moultrie R en Bleazard J “*Cost seminar, 17 February 2015*” <http://www.probono.org.za/2015/02/25> (datum van gebruik: 27 Junie 2016).

⁶¹ Moultrie R en Bleazard J *supra* (n 60). Moultrie en Bleazard het die koste seminaar met betrekking tot *pro-bono* aangeleenthede aangebied.

⁶² Manyathi-Jele N *supra* (n 10). Nkabinde het verder onder andere aangedui dat: “One of the basic principles that should be met by the civil justice system for the promotion of access to justice was proportional cost in relation to the nature of the issues involved and services rendered by lawyers. Our civil justice system does not meet this basic principle. In addition to it being complex and too slow, justice is also very costly.”; sien ook

die risiko vir die onsuksesvolle party om die opponent se regskostes te vereffen.⁶⁴ Die gevaar bestaan dat die publiek hul vertroue in die Grondwet en hul fundamentele regte soos verskans in die Grondwet kan verloor indien die heffing van regskostes nie gereguleer word nie, aangesien hierdie regte nie vir hulle prakties afdwingbaar is nie juis vanweë die koste verbonde aan die inwinning van regsadvies.⁶⁵

Hoppenstein AS “Fusion-the answer to the high cost of litigation” (1959) *SALR* 296. Hy stel dit verder dat: ‘Litigation has become a luxury available only to the privileged few, and consequently there may be a denial of justice.’

⁶³ Butlender G “Task team on the Draft Legal Practice Bill Report by the Chairperson to the Minister of Justice and Constitutional Development (April 2012) <http://www.lssa.org.za/uploads/files/ask%20Team%20Chariman’s%20Report.pdf> (datum van gebruik: 14 Januarie 2016). Hy stel dit dat regsdiens vir ’n fooi slegs deur geregistreerde regspraktisyns aan die publiek gelewer mag word en omskryf regsdiens verder as volg: “... to mean the provision of advice or assistance relating to the enforcement, protection or interpretation of legal rights and obligations, which is not provided incidentally to the provision of other advice or assistance”. Hy stel dit egter verder dat die verskaffing van enige regsdiens die publieke belang as doelstelling behoort te hê.

⁶⁴ Moultrie R en Bleazard J *supra* (n 60). Hulle verwys na die algemene reël in litigasie-aangeleenthede waar die koste van die geding deur die onsuksesvolle party gedra word en dat hierdie potensiële risiko die publiek verhoed om die howe te nader; sien verder ook *Camps Bay Ratepayers and Residents Association and Another v Harrison and Another supra* (n 18). Die hof het onder andere ook verwys na *President of the Republic of South Africa and Others v Gauteng Lions Rugby Union and Another supra* (n 27) en aangedui dat: “Their nub is that a successful party gets costs as an indemnification for its expense in having been forced to litigate, and that a moderating balance must be struck to afford the innocent party adequate indemnification within reasonable bounds.”; Manyathi-Jele N *supra* (n 10). Essa meen ook dat die verskil in tariewe tussen die party-en-partyskaal en die prokureur-en-eie-kliëntskaal toegang tot die reg verder bemoeilik.

⁶⁵ Manyathi-Jele N *supra* (n 10). Van der Merwe, RP het onder andere aangedui dat: “... legal practitioners need to understand their responsibility. People become discontented with the Constitution and it affects the rule of law if what they read in the Constitution is not a reality to them. This discontent impacts the economy and the ability to practice your profession”; Mckinley DT “*Riding the transitional rollercoaster*” <http://www.saha.org.za/publications/riding-the-transitional-rollercoaster.html> (datum van gebruik: 10 Julie 2015). Hy stel dit dat: “Unfortunately, the lived reality/actual practice that has held dominant sway in South Africa for the last twenty years is one in which the ability to access justice is tied directly to political and economic position, power and wealth.” Hy verwys verder na die aktivis John Clarke waar hy na die verpligtinge met betrekking tot die afdwinging van fundamentele regte as volg verwys het: “(The legal profession) need to

5.1.5 Kritiese bespreking

Die bepaling met betrekking tot regskoste sal moontlik die toegang tot die reg vir lede van die publiek verseker, ongeag hul finansiële status,⁶⁶ maar die reg van die regspraktisyn om sy praktyk te bedryf in 'n vrye ekonomiese stelsel⁶⁷ word waarskynlik deur hierdie bepaling benadeel. Verder is die beperking van regskoste ten einde regsdiens aan die breë publiek beskikbaar te stel 'n daadwerklike poging van die staat om die fundamentele regte soos vervat in die Grondwet tasbaar te maak, maar hierdie poging behoort nie buite die konteks van ander fundamentele regte gesien te word nie.⁶⁸

be challenged as to what their founding values are. There's no commitment to the Bill of Rights from the legal profession. The big problem is the lawyers themselves. They don't want the extra pro-bono work to do; they don't want to bring down their fees. They're an entrenched interest with ... very high positions in society to protect.”; Langa P “Transformative Constitutionalism” (2006) 17 3 *Stellenbosch Law Review* 355. Hy verwys na die feit dat toegang tot die reg vir die meerderheid Suid-Afrikaners ontoeganklik is vanweë die hoë koste en stel dit dat die Grondwet en die afdwinging van fundamentele regte nie bloot 'n instrument vir die rykes behoort te wees nie, maar beskikbaar behoort te wees vir alle burgers. Hy stel dit verder dat: “Equal justice means that the fruits of justice are there for all to enjoy. The provision of equal access to justice is therefore a priority in reaching our transformative goal.”

⁶⁶ Smart S “ACDP concerned about impact of Legal Practice Bill on independence of legal profession” <http://www.politicsweb.co.za/politicsweb/view/politicsweb/en/page71654?oid=45229> (datum van gebruik: 13 November 2013). Die *African Christian Democratic Party* (hierna genoem die *ACDP*) se woordvoerder het aangedui dat: “The ACDP agrees that legal services should be available to all who need them, and in particular, to those who look to the profession as an institution that will uphold the rights of everyone, and not only the rich.”

⁶⁷ A 22 van die Grondwet bepaal dat: “Elke burger het die reg om vrylik 'n bedryf, beroep of professie te kies. Die beoefening van 'n bedryf, beroep of professie kan deur die reg geregleer word.”

⁶⁸ Manyathi-Jele N *supra* (n 10). Semenya het namens die Algemene Balieraad dit gestel dat: “The Constitution also speaks of the right of access to healthcare. If you begin to read the right to healthcare to mean that Joe Soap will get access to the best cardiologist in the country or the right to housing to mean that Joe Soap will be living in Clifton, you are beginning to distort the conversation.” Hy het verder aangevoer dat die Grondwet voorsiening maak vir die reg van enige persoon om sy geldige dispuut deur die howe te laat aanhoor met

Gauntlett⁶⁹ meen dat die aspek met betrekking tot regsfooie reeds voldoende gereguleer word deur die Kompetisiewet sowel as die betrokke fooie-regulerende komitees van die bepaalde ordes en dat bykomende maatreëls en statutêre regulering dus oorbodig is. Hy stel dit verder dat:

“Some of us charge high fees in heavy commercial litigation. If our clients do not like that, they have more than 2000 other counsel and 15000 attorneys to get at a better rate. Some of us make a point of charging nothing at all when we think that right, and do that often ... he (the Justice Minister) promises greater access to justice. An act that makes most law firms unviable (they will be levied to pay for the new edifice) and encourages even more law graduates to go into commerce will not do that.”⁷⁰

Smuts⁷¹ brei verder uit en verduidelik dat die Algemene Balieraad gepoog het om die fooie van advokate te reguleer, maar dat hierdie regulering gestaak is aangesien die Kompetisie Kommissie bevind het dat die regulering en vasstelling van fooie neerkom op anti-mededingende praktyk.⁷² Hy stel dit verder dat die bepalings van artikel 35 van die Wet op

behulp van regsdienste verskaf deur 'n regspraktisyn, maar stel dit dat: “We all agree that the provision of legal services must be reasonable, the controversy is how to unbundle that concept of reasonableness.”

⁶⁹ Gauntlett J *Business Day* (2012/06/04) “Radebe’s calamitous bill is an affront to the rule of law” 5.

⁷⁰ *Ibid.* Die regulering van regsfooie kan moontlik voornemende regstudente daarvan weerhou om te praktiseer vanweë die finansiële implikasie van die vasstelling van fooie.

⁷¹ Smuts I “*Izak Smuts SC, Submission to the Parliamentary Portfolio Committee Regarding the Legal Practice Bill, Cape Town, February 11 2013*” <http://www.constitutionallyspeaking.co.za/smuts-sc-submission-to-parliament-on-legal-practice-bill/> (datum van gebruik: 7 Mei 2014).

⁷² *Ibid.* Hy stel dit verder dat die destydse Minister van Justisie onderneem het om die aangeleentheid met die Kompetisie Kommissie op te neem. Die Kompetisie Kommissie het egter volgehou dat die regulering van fooie deur die Algemene Balieraad anti-mededingende praktyke daarstel en dat hierdie vasstelling van fooie gestaak behoort te word. Smuts meen dat die aspek van fooie regulering nooit weer tussen die betrokke partye bespreek is nie en dat die insluiting van die bepalings met betrekking tot regskoste die Algemene Balieraad onkant betrap het; a 4(1)(b) van die Kompetisiewet lui as volg: “4(1) An *agreement* between, or *concerted practice* by, *firms*, or a decision by an association of *firms*, is prohibited if it is between parties in a *horizontal relationship* and if - (b) it involves any of the following *restrictive horizontal practices*: (i) directly or indirectly

Regspraktyk juis hierdie regulering, wat voorheen deur die Kompetisie Kommissie as anti-mededingende praktyk afgemaak is, vooropstel en wys daarop dat dieselfde reëls klaarblyklik nie op die nuwe bedeling in die Wet op Regspraktyk van toepassing is nie.⁷³ Bonakele⁷⁴ het ook kommer uitgespreek oor die betrokkenheid van die Regspraktykraad in die vasstelling van regsfooie⁷⁵ en aangedui dat regspraktisyns vir doeleindes van die

fixing a purchase or selling price or any other trading condition; (ii) dividing markets by allocating customers, suppliers, territories, or specific types of *goods or services*; or (iii) collusive tendering.”; die LSSA het in 2004 die Kompetisie Kommissie genader vir vrystelling van sekere reëls van die ordes ingevolge a 3(1)(c) en die bepalings van Skedule 1 van die Kompetisiewet. Hierdie vrystelling is egter deur die Kompetisie Kommissie in 2011 geweier. Die Kompetisie Kommissie het onder andere as volg kommentaar gelewer op die vrystelling van professionele fooie en tariewe as volg: “The prescription of fees by an association of firms, being in a horizontal relationship, is prohibited under section 4(1) of the Act ... The restriction, contained in the rules, on the manner of pricing is not reasonably required to maintain professional standards or the ordinary function of the profession as: - there are ways to prevent excessive pricing or overreaching other than through a guideline of fees.” Hierdie kommentaar is gepubliseer in die *Staatskoerant nr 34051* van 4 Maart 2011; sien verder ook LSSA “*Law Society Continue engagement with Compensation Commission*” http://www.lssa.org.za/uploads/documents/LSSA%20Press%20Release%20Competition%20Commission%20Ruling%20%2014_03_11.pdf (datum van gebruik: 28 Januarie 2016); sien verder ook Hawkey K “Professional rules stand despite Competition Commission ruling” Mei (2011) *De Rebus* 12. Die Algemene Balieraad het om soortgelyke vrystelling aansoek gedoen; sien verder *Commissioner, Competition Commission v General Council of the Bar of South Africa and Others* 2002 (6) SA 606 (SCA); sien verder ook Turner G “The Bar and the Competition Commission” Augustus (2001) *Advocate* 25-26 vir ’n verduideliking van die vrystelling van sekere professionele reëls en die hof se kommentaar rakende die bevoegdheid van die Kompetisie Kommissie.

⁷³ Smuts I *supra* (n 71). Hy stel dit dat: “If government policy does not allow the advocates’ profession to regulate the fees of our members, because such regulation is anti-competitive, it is disingenuous to say that government policy requires this bill to regulate those fees, particularly when the bill then empowers the consumers of our services - the attorneys - to determine those fees. What happened to anti-competitive practice?”

⁷⁴ Bonakele was die Adjunk-Kommissaris van die Kompetisie Kommissie tydens publieke verhore oor die Wetsontwerp op Regspraktyk.

⁷⁵ A 94(1)(k) van die Wet op Regspraktyk.

Kompetisiewet, met mekaar meeding en dus nie toegelaat behoort te word om gesamentlik fooie te debatteer en vas te stel nie.⁷⁶

Smuts verwys ook na wat hy bestempel as die “verbruikerskultuur benadering” tot regsdiens wat deur die Wet op Regspraktyk op die regsprofessie afgedwing word en stel dit dat:

“Unstated in the promotion of the current bill is the underlying Thatcherite/Blairite philosophy that consumerism is everything ... there is no difference between the rendering of professional services and the selling of a hamburger. The Consumerist approach to professional regulation ignores the fact that there may be ... a distinction between consumer interest and the public interest – the cheapest legal services are worth nothing in a state-controlled advocates’ profession where members of a Bar that is not independent may be called upon to protect the public against invasion of their rights by organs of state.”⁷⁷

Die bewoording van die bepaling van die Wet op Regspraktyk met betrekking tot regsfooie volgens Smuts die indruk en gepaardgaande vooroordeel dat regsfooie te hoog is en laat geen ruimte vir onafhanklike interpretasie en ondersoek deur die

⁷⁶ Hawkey K *supra* (n 48) 23. Sy haal Bonakele aan tydens die publieke verhore waar hy onder andere verwys na die moontlikheid dat die bepalings in die Wet op Regspraktyk kan aanleiding gee tot “cartel-like behaviour” en voorgestel het dat die vasstelling van fooie geheel en al uit die hande van regspraktisyns geneem behoort te word en aan ’n onafhanklike liggaam toevertrou moet word. Hy verwys verder na die magte van die Minister met betrekking tot die vasstelling van regsfooie en wys daarop dat hierdie diskresie te wyd is.

⁷⁷ Smuts I *supra* (n 71). Hy verwys verder na die onlangse stelling van Dame Helena Kennedy, mede-voorsitter van die *Human Rights Institute of the IBA* waar sy kommentaar gelewer het op die huidige bedeling in Engeland as volg: “There are some areas of our lives – including the justice system – where a reliance on economic drivers or populist desires create distortions, injustice and outcomes that take no account of the common good. Justice is not a commodity.”

Regshervormingskommissie nie.⁷⁸ Oriani-Ambrosini⁷⁹ meen egter dat hierdie veroordeling wat deur die bewoording van die Wet op Regspraktyk geskets word, geldig is. Hy stel dit verder dat die koste van regsdiens in Suid-Afrika hoër is as die koste van regsdiens in die Amerikaanse hoofstad, Washington, en bevind dat die pas van die diens wat deur regspraktisyns gelewer word, traag is aangesien fooie vir regsdiens gewoonlik per uur gehef word.

Die aspek met betrekking tot die regulering van fooie vir regspraktisyns wat regsdiens namens die staat behartig het ook kritiek uitgelok. Alhoewel die vasstelling van maksimum tariewe moontlik kan veroorsaak dat sommige regspraktisyns huiwerig 'n instruksie vanaf 'n staatsinstelling sal aanvaar, is die regulering noodsaaklik ten einde die fiskale las van die staat te verlig.⁸⁰

Die bepaling met betrekking tot fooie-ooreenkomste tussen die regspraktisyn en die voornemende kliënt asook die verdere verpligting van die regspraktisyn om hierdie ooreenkoms mondelings aan die kliënt te verduidelik, kan moontlik die administratiewe las van regspraktisyns verhoog.⁸¹

⁷⁸ Hartley W *Business Day* (2013/09/05) "Division over move to limit maximum fees for lawyers" 3; a 35(4) van die Wet op Regspraktyk; Smuts I *supra* (n 71). Smuts het verder aangedui dat die regsprofessie en die publiek "must meet each other" in die belang van die verbruiker van regsdiens. Daar behoort dus 'n balans gehandhaaf te word tussen die belange van die regsprofessie en die belange van die verbruiker.

⁷⁹ LSSA Legalbrief 25 Maart 2013 "*Legislation: End distinction between attorneys, advocates – MP*" <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 25 Maart 2013).

⁸⁰ Hawkey K *supra* (n 48) 24. Hawkey het die IAASA verteenwoordig tydens die publieke verhoor van die Wetsontwerp op Regspraktyk en daarop gewys dat die vasstelling van tariewe noodsaaklik is. Die BLA het onder andere aangevoer dat die staat by magte behoort te wees om tariewe te reguleer en Mabunda het aangevoer dat: "... the BLA does not have a problem with the government capping legal fees as a major consumer of these, provided the fees were reasonable and acceptable to those rendering the services". Die LSSA, verteenwoordig deur Govender, het ook aangedui dat regsfooie vir diens gelewer ten gunste van die staat geregleer behoort te word aangesien die uitgawe uit die staatskoffers vereffen word.

⁸¹ Thebe M *supra* (n 6) 11.

Van Rooyen⁸² het verder aangedui dat die vasstelling van fooie met behulp van statutêre regulering nie toegang tot die regstelsel sal verseker nie.⁸³

Geffen⁸⁴ meen soortgelyk dat die meeste regsdiensle nie binne die bereik van gemarginaliseerde lede van die publiek sal wees nie, selfs al verseker die statutêre regulering van regsfooie 'n vermindering in tariewe. Hy stel dit as volg:

“There is an interesting question as to if and how fees should be regulated. But limiting the fees at the top end of the scale will do little to promote access to justice. Poor people in any event can't afford anything like this sort of money.”

Volgens hierdie skrywers behoort die fokus van regspraktisyns sowel as die staat eerder op die verskaffing van effektiewe *pro-bono* dienste aan behoeftige lede van die publiek te wees.⁸⁵ Geffen meen egter verder dat die beskikbaarheid van *pro-bono* regsdiensle glad nie

⁸² Hawkey K *supra* (n 48) 30. Van Rooyen het namens die Algemene Balieraad die publieke verhore bygewoon.

⁸³ Hawkey K *supra* (n 48) 30. Sy verwys na Van Rooyen tydens die publieke verhore. Hy stel dit onder andere dat: “Perhaps we are focusing too much on fees being the bar to access to justice. Suppose we halve advocates' fees, suppose we cut them down to a third. How many of the poor and needy will be able to afford them? I would like to put my head on a block and say that I do not think it would make that much of a difference. What we need to focus on is ... improving on our *pro-bono* services.”; sien ook Thebe M “Significant reforms in pursuit of the ideal justice system” Januarie/Februarie (2015) *De Rebus* 13. Die voormalige President, Mbeki, het as volg kommentaar gelewer: “... my sense is that the overwhelming majority of the public hold the firm view that the law treats the rich and able with kid gloves, bending over backwards to fast track their cases ... The accession is also made very forcefully that cases involving the poor sector of society do not enjoy the same prioritization”.

⁸⁴ Geffen N *supra* (n 12).

⁸⁵ *Ibid.* Hy meen egter dat alhoewel advokate verplig word om ten minste 20 ure se *pro-bono* dienste per jaar te lewer, hierdie dienste vervaag in gemeenskapsdiens wat die advokaat in elk geval sou doen. Die gemarginaliseerde lede van die publiek wat baat behoort te vind by hierdie verpligte verskaffing van dienste, word dus nooit deur hierdie bepaling bevoordeel nie; sien ook Manyathi-Jele N “Pro bono index launched” Julie (2014) *De Rebus* 9. Dit blyk dat Suid-Afrikaanse prokureursfirmas van die hoogste aantal ure per jaar *pro-bono* dienste in die wêreld lewer ingevolge die *Thomson Reuters Foundation's Trust – Law index of Pro Bono*. Ingevolge die reëls van die LSSA word prokureurs verplig om 'n minimum van 24 ure per jaar *pro-bono* dienste

voldoen aan die behoefte aan hierdie dienste deur gemarginaliseerde lede van die publiek nie en verwoord sy kommer as volg:⁸⁶

“Section 34 of the Constitution says everyone has the right to their day in court. Perhaps the state should offer legal services on the same scale that it offers health services. But unless legal fees come down dramatically, there is no chance of this being affordable, or real.”⁸⁷

5.1.6 Oorverhaling van fooie

5.1.6.1 Algemeen

Die regsprofessie het onlangs onder kritiek van die regsbank sowel as die publiek deurgeloopt vir hul onvermoë om die belange van die publiek te beskerm teen gewetenlose regspraktisyns. Hierdie kritiek het die debat rondom die transformasie van die regsprofessie en die deurvoering van die Wet op Regspraktyk ten einde die regsprofessie te reguleer en die publieke belang te beskerm, verder aangevuur.⁸⁸ Die bepalings met betrekking tot

aanbehoefte lede van die publiek te verskaf. Volgens die 2014 verslag, het prokureurs gemiddeld sowat 32.7 ure *pro-bono* dienste verrig.

⁸⁶ Geffen N *supra* (n 12). Hy meen egter dat die verskaffing van goedkoper regsdienste moontlik gemaak kan word deur die uitbreiding van regsopleiding aan regsassistente. Hierdie groep praktisyns kan regsdienste aan behoefte lede van die publiek verskaf teen 'n fraksie van die koste van regspraktisyns. Hy meen verder dat verpligte gemeenskapsdiens vir finale jaar studente moontlik die las van regspraktisyns kan verlig en bekostigbare regsdienste aan die publiek deur hierdie inisiatief beskikbaar gestel kan word.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Manyathi-Jele N “The impact of the Legal Practice Act on the Attorneys Fidelity Fund” Desember (2014) *De Rebus* 6. Molefe, hoof uitvoerende beampte van die *Attorneys Fidelity Fund* (hierna genoem die *AFF*) het onlangs verwys na die negatiewe kommentaar vanaf lede van die publiek as volg: “When we meet, people make jokes about sharks, we laugh at these jokes but what we do not understand in all of that is that it is an insult in reference to how people perceive the profession and it is purely because of those few individuals that

regskoste en die verpligting met betrekking tot fooieooreenkomste en die verduideliking daarvan aan die publiek het juis ten doel om die publiek te beskerm teen die oorverhaling van regsfooie deur regspraktisyns.⁸⁹ Die oorverhaling van fooie het veral in die laaste aantal jare tot die voorgrond getree en die term is in *Law Society of the Cape of Good Hope v Tobias and Another*⁹⁰ as volg omskryf:

“Where an attorney and his fees are concerned, the word “overreach” may be taken as conveying the extraction by the attorney from his client, by taking by the former of undue advantage in any form of the latter, of a fee which is unconscionable, excessive or extortionate, and in so overreaching his client that attorney would be guilty of unprofessional conduct.”⁹¹

we are seen in a negative sense. That is something we have to arrest and deal with robustly in order to restore the profession to the kind of respect and status it had previously in the public eye.”

⁸⁹ A 35(7)–(11) van die Wet op Regspraktyk. Hierdie bepaling verseker dat die regspraktisyn ’n kosteberaming aan die voornemende kliënt moet voorlê alvorens enige regsdienste gelewer word en verseker dus dat die regspraktisyn nie by afhandeling van die saak buitensporige fooie kan hef nie; sien ook Hawkey K “Justice Department responds to Legal Practice Bill submissions” Mei (2013) *De Rebus* 38. Daya het tydens die voorlegging van die Wetsontwerp op Regspraktyk aan die Departement van Justisie en Konstitusionele Ontwikkeling Portefeulje Komitee ten opsigte van die heffing van regskoste aangedui dat ’n meganisme in plek gestel behoort te word ten einde te verseker dat die publiek beskerm word teen die oorverhaling van fooie deur gewetenlose regspraktisyns.

⁹⁰ 1991 (3) All SA 531 (C); hierdie omskrywing is ook aangehaal en verder verduidelik in Cloete R en Gravett WH *supra* (n 11) 537- 549. In hierdie aangeleentheid het die *Law Society of the Cape of Good Hope* ’n mosie aansoek aanhangig gemaak ten einde die eerste respondent (Tobias) sowel as sy vennoot en tweede respondent (Van Biljon) van die rol te skrap weens die oorverhaling van regsfooie vanaf hulle kliënte.

⁹¹ *Ibid.* Die regsverteenwoordigers van Van Biljon beweer egter dat daar nie sprake behoort te wees van oorverhaling indien die regspraktisyn en sy kliënt op die hoër fooie ooreengekom het nie. Hulle verwys onder andere na *The Law of Attorney’s Costs and Taxation Thereof* deur Jacobs en Ehlers by 9 as volg: “The mere fact that the amount agreed upon exceeds the amount at which the attorney could tax as between attorney and client, if called upon to do so, or exceeds the amount which the Law Society will determine as reasonable fee, ... will not in itself constitute unprofessional conduct. The difference must *prima facie* be of an unconscionable nature before a Court will interfere.” Die hof het egter hierdie ooreenkoms ten opsigte van die heffing van hoër fooie verwerp en aangedui dat beide Tobias en Van Biljon wel skuldig was aan oorverhaling.

Die oorverhaling van fooie is egter nie 'n nuwe verskynsel nie. Wildenboer⁹² verduidelik dat regspraktisyns reeds in die *Zuid-Afrikaansche Republiek* van gewetenloosheid deur die publiek beskuldig is vanweë die oorverhaling van regsfooie.⁹³ Hierdie oorverhaling van fooie is ook in die onlangse aangeleentheid van *Motswai v Road Accident Fund*⁹⁴ deur die regsbank veroordeel. Satchwell R het haar afgryse as volg verwoord:

“... any system of road accident compensation is intended to form an integral part of a system of social security ... the current system of road accident compensation is both perceived by and utilised as a means of providing a livelihood for administrators, attorneys, advocates and professional experts employed by both the Road Accident Fund (RAF) and road accident victims ... This judgement is concerned with one such example of litigation for the sole benefit of and enrichment of those “facilitators” of access to road accident compensation whom I have heard one judge describe as “carnivorous” and whom I would describe as “predatory”.”⁹⁵

⁹² Wildenboer L *supra* (n 51) 339.

⁹³ Wildenboer L *supra* (n 51) 340. Sy verwys egter ook na Kotzè CJ se *Biographical Memoirs and Reminiscence Vol 1* (Kaapstad: Maskew Miller) wat na regspraktisyns in hierdie tydperk verwys het as lojale en professionele persone wat die belange van hul kliënte vooropgestel het.

⁹⁴ 2013 (3) SA 8 (GSJ). In hierdie aangeleentheid het die eiser, Motswai, 'n geringe enkelbesering opgedoen as gevolg van 'n motorongeluk waarin hy betrokke was. Ingevolge a 17 van die Padongelukfondse Wet 56 van 1996 soos gewysig deur die Padongelukfondse Wysigingswet 19 van 2005, kwalifiseer slegs ernstige beserings vir vergoeding van algemene skade. Alhoewel die eiser se beserings nie aan die vereistes vir 'n ernstige besering voldoen het nie, het die regspraktisyn namens die eiser steeds mediese deskundiges geraadpleeg en aangestel om regsmediese verslae vir doeleindes van gedingvoering voor te berei. Satchwell R het onder andere aangevoer dat hierdie aangeleentheid nooit voor die hof moes geding het nie en het gelas dat 'n afskrif van die uitspraak aan die betrokke Provinsiale Orde, die Algemene Balieraad en ander instansies beskikbaar gestel behoort te word ten einde dissiplinêre stappe teen hul betrokke lede aanhangig te maak; sien ook Slabbert M “Superfluous Litigation, in a wrong forum about nothing: When lawyers and experts collude” (2013) 34 1 *Obiter* 166-173.

⁹⁵ *Ibid.* Satchwell R stel dit ook verder dat: “Litigation was instituted on behalf of a so-called victim of a road accident. There never was and remains no merit in the supposed quantum of his claim. The matter was settled without any payment of any compensation for any supposed damages ... but plenty of costs have been incurred for the benefit of everyone except road accident victims ... legal representatives are certainly

'n Soortgelyke situasie het homself voorgedoen in die aangeleentheid van *Sandi Welcome Ketssekele v Road Accident Fund*⁹⁶ waar Bertelsmann R as volg beslis het:

enriched. The attorney can claim for consultations, correspondence and telephone calls, perusal of documents, drafting of documents and pleadings, commissioning of expert reports, drafting of notices, collation of documents and preparation of bundles for trial. The attorney can claim for briefing counsel, consulting with counsel, attending at court, negotiations and concluding an agreement. The advocate can claim for preparation for trial and a trial fee.”; die reputasie van die regsverteenvoordiger namens die eiser, Wim Krynauw, en die bevindings deur die hof *a quo* met betrekking tot bedrog, was die onderwerp van die uitspraak in *Motswai v RAF* 2014 (6) SA 360 (SCA) en die hof het bevind dat die regsverteenvoordiger nooit 'n geleentheid gehad het om homself te verdedig nie en die uitspraak is tersyde gestel. Die hof het met betrekking tot die bevindinge van die hof *a quo* homself as volg uitgespreek: “... through the authority vested in the courts by s 165(1) of the Constitution, judges wield tremendous power. Their findings often have serious repercussions for the persons affected by them. They may vindicate those who have been wronged but they may condemn others. Their judgements may destroy the livelihoods and reputations of those against whom they are directed. It is therefore a power that must be exercised judicially and within the parameters prescribe by law. In this case it required the judge to hold a public hearing so that the interested parties were given an opportunity to deal with the issues fully, including allowing them to make all the relevant facts available to the court before the impugned findings were made against them. The judge failed to do so and the process did serious harm to several parties”; sien verder ook Thebe M “SCA clears practitioners in the *Motswai* decision” Desember (2014) *De Rebus* 3.

⁹⁶ 2015 (4) SA 178 (GP). Soortgelyk aan die aangeleentheid van *Motswai supra* (n 95) hierbo, het die eiser 'n eis teen die Padongelukkefonds ingestel vir beserings opgedoen as gevolg van 'n motorongeluk waarin hy betrokke was. Die eiser het slegs 'n besering aan sy pinkie opgedoen. Daar was dus geen vooruitsig dat die eiser se besering as ernstig gediagnoseer sou word nie en die eis sou dus nie vir algemene skade kwalifiseer in terme van die bepalinge van die betrokke wet nie. Die eiser se regsverteenvoordigers het nogtans voortgegaan en deskundige getuieis ingewin en hierdie deskundiges gelas om regsmediese verslae saam te stel vir doeleindes van gedingvoering. Die eiser het weinig vergoeding vanaf die Padongelukkefonds ontvang en die hof het gelas dat die aangeleentheid onder die aandag van die betrokke Provinsiale Orde en Algemene Balieraad gebring behoort te word ten einde hulle in staat te stel om ondersoek in te stel na die onprofessionele gedrag van hul lede asook die aantygings van oorverhaling van fooie waar daar geen gronde vir gedingvoering bestaan het nie; sien ook Anetos P *Sunday Times* (2015/05/24) “Struck-off attorney shrugs off sanction” 9. Moodie, wat aanvanklik die eiser verteenwoordig het, is van die rol van prokureurs geskrap nadat bevind is dat hy die uitbetalings van eisers vanaf die Padongelukkefonds in sy persoonlike bankrekening inbetaal het en homself skuldig gemaak het aan oorverhaling van fooie; sien verder ook Anetos P *Sunday Times* (2015/05/24) “Judge throws book at lawyers over pinky finger “scam”” 9.

“It is therefore clear that the only purpose these reports (the reports by various medical experts) could ever serve was to churn the money machine for the attorneys and the experts ... The Court advised the parties that it regarded the manner in which this matter had been handled *prima facie* as an abuse of the Court and its process ... The lawyers’ actions are *prima facie* lacking in probity. It would appear that their duty to act honestly toward the court and strictly in the best interests of their clients was sacrificed on the altar of personal enrichment.”⁹⁷

In *Pretoria Society of Advocates and Others v Geach and Others*⁹⁸ het ’n groep advokate hulself skuldig gemaak aan die aanvaarding van gelyktydige opdragte vir aangeleenthede

⁹⁷ *Sandi Welcome Ketsekele v Road Accident Fund supra* (n 96). Die onverskillige optrede met betrekking tot litigasie van die regsvertegenwoordigers van die Padongelukkefonds is ook in die uitspraak bevestig. Bertelsmann R het onder andere beslis dat: “It is clear that all the above comments, criticism and appeals to the Fund to observe its statutory duties and constitutional functions have fallen on deaf ears. The Fund is either incapable of, or disinterested in serving individuals who are often among the most vulnerable members of society. Its failure to do so leads to the waste of huge sums in legal fees and expenses and opens the door to abuse of the system.” Die toename in die oorverhaling van fooie het aanleiding gegee tot ’n poging deur die Padongelukkefonds om die publieke belang te beskerm deur die instelling van ’n betalingstelsel wat uitbetalings direk aan die slagoffers van motorongelukke sou behartig. Hierdie stelsel is egter teengestaan deur onder andere die LSSA en die implementering van hierdie stelsel is gestaak; sien *Law Society of South Africa and Others v Road Accident Fund and Another* 2009 (1) SA 206 (C). Die saak het gevolg op ’n advertensie deur die Padongelukkefonds in die plaaslike koerant op 21 Julie 2008 waarin die volgende geblyk het: “After careful consideration of the submissions and as part of its commitment to improve service delivery and reduce fraud and corruption, the RAF is introducing a system to pay the claimants directly ... Upon acceptance of the settlement the RAF will pay your compensation directly to you. The RAF will pay reasonable and necessary fees directly to your attorney as per tariffs guideline set in the Rules of Court.”; sien verder ook *Lushaba v The MEC for Health, Gauteng* (saak nommer: 17077/2012) (2014) ZAGPJHC 407 (16 Oktober 2014) vir ’n verdere bespreking van die verpligtinge van ’n staatsinstelling met betrekking tot onverskillige litigasie. Robinson AR het onder andere aangedui dat: “I fail to appreciate why the taxpayer should bear the sole brunt of the failure by the public service to perform its duties adequately.”

⁹⁸ 2011 (6) SA 441 (GNP).

waar hulle namens die Padongelukkefonds opgetree het.⁹⁹ Die hof het met misnoeë hulself as volg uitgespreek:

“When counsel mount the steed of greed and attempt to clear the hurdle of their professional rules their fall inevitably dents the reputation of the profession. In this case the proud reputation of the Pretoria Bar. We write this judgment in sorrow and lament the loss of integrity, in the past the hallmark of the profession of advocates. We sit in judgment on 13 senior members of the Bar, among them two silks, who by their action have brought the good name of their profession into disrepute. They are not novices. They are experts in their particular field of litigation, which is claims against the Road Accident Fund (RAF) for damages arising from personal injuries. They have been at the Bar for decades, some as long as 32 years. They were regarded as men of good standing.”¹⁰⁰

Rogers¹⁰¹ meen dat hierdie advokate toegelaat het dat die vooruitsig van fooie hulle laat afwyk het van die bestaande reëls van die Algemene Balieraad met betrekking tot die aanvaarding van opdragte.¹⁰² Daar bestaan ’n *legio* verdere aangeleenthede waar die regsprofessie hulself in die laaste aantal jare skuldig gemaak het aan oorverhaling van fooie en wangedrag.¹⁰³

⁹⁹ Hierdie advokate is van die rol gekrap; sien verder ook Hawkey K “Top court rebukes ‘skyrocketing’ legal fees” November (2012) *De Rebus* 51-52.

¹⁰⁰ Die uitspraak is gelewer deur die volbank Van Dijkhorst R, Combrinck R en de Villiers AR.

¹⁰¹ Rogers O *supra* (n 15) 40. Hy meen egter verder dat: “The element of dishonesty and impropriety which were held to have characterized their conduct should not, however, be allowed to mask the possibility that their behaviour is simply a gross manifestation of a wider malaise. Do members of the Bar not have an unhealthy expectation of and preoccupation with earning large incomes?”

¹⁰² Ingevolge reël 2.6 en reël 7.1.1 van die *Uniform Rules of Professional Ethics*. Advokate mag nie meer as een opdrag per dag aanvaar nie. Dieselfde reël is ook van toepassing op die prokureursprofessie.

¹⁰³ Sien onder andere LSSA Legalbrief Weekly 216 “Overcharging lawyer battles to avoid striking off” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 27 Mei 2016); LSSA Legalbrief Weekly 145 “Why these lawyers must pay costs” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 5 Desember 2014); LSSA Legalbrief Weekly 173 “Profession needs to battle ‘ethical crisis’” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 10 Julie 2015). Swart,

Maloka¹⁰⁴ verwys na die publieke vertroue in die regsprofessie en die belang van hierdie vertroue vir regsverteenwoordigers as volg:

“Public confidence in the legal profession is more important than the fortunes of any one practitioner or prospective practitioner. Public confidence is predicated on such matters as the lawyer’s credibility, integrity, character, repute and fitness. While compassion for the practitioner has its place, compassion should not compromise an impartial adjudication of such matters. The ability to practise law is not a right but a privilege.”

5.1.6.2 Gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste

Hierdie bogenoemde wanpraktyke het in die publieke sfeer plaasgevind en wye publikasie in die media geniet welke situasie die wantrou in die regsprofessie deur lede van die publiek

uitvoerende beampte van die LSSA het kommentaar gelewer op onlangse statistieke wat daarop dui dat eise deur die publiek teen die onetiese optrede van regspraktisyns in 2014 op nagenoeg R200 miljoen geskat is. Hy het verder gemeen dat: “The public are watching us ... as the late (Chief Justice) Pius Langa said, our profession is the guardian of the dignity and integrity of the nation. We need to make sure that we give effect to what the Constitution expects of us, and our customers want to be served with integrity.” Dieselfde oortuiging is deur die Kwa-Zulu Natal Regter President, Achmat Jappie gehuldig en hy het homself as volg verwoord: “... lawyers, like funeral directors and doctors, lived on the misery of others but were the most despised ... There is an immediate conflict of interest with every client. The client wants the case resolved quickly and cheaply and the lawyer wants to drag it out to make it more expensive”; sien ook LSSA Legalbrief Weekly 173 “*Attorney allegedly pocketed too much of RAF Payout*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 10 Julie 2015). In hierdie aangeleentheid het Chetty, ’n prokureur van die *Kwa-Zulu Natal Law Society* haarself skuldig gemaak aan die oorverhaling van fooie. Chetty het ’n eis namens haar kliënt, Xaba, teen die Padongelukkefonds behartig, maar nadat die kapitale bedrag van R1.4 miljoen aan die eiser se regsverteenwoordiger uitbetaal is, het die eiser slegs R500000 van hierdie uitbetaling ontvang terwyl Chetty die res van die fondse as regskoste van die kliënt verhaal het.

¹⁰⁴ Maloka TC “Protecting the Foundation and Magnificent Edifice of the Legal Profession: Reflections on *Thukwane v Law Society of the Northern Provinces* 2014 5 SA 513 (GP) and *Mtshabe v Law Society of the Cape of Good Hope* 2014 5 SA 376 (ECM)” (2015) 18 *7PER/PELJ* 54.

net verder versterk het.¹⁰⁵ Die media het egter veral berig oor die oorverhaling van regsfooie deur die firma Ronald Bobroff & Partners met betrekking tot die sake van verskeie van hul kliënte en die trae hantering van hierdie aantygings teen die regsfirma deur die betrokke Provinsiale Orde.¹⁰⁶ Hierdie berigte het soortgelyk aan die menigte ander aangeleenthede die debat vir strengere regulering van die regsprofessie en die ingryping van die staat in die dissiplinerende van regspraktisyns vir wanpraktyke teenoor lede van die publiek aangevuur. Ingevolge artikel 38(4)(a) van die Wet op Regspraktyk sal alle dissiplinêre verhore vir regspraktisyns wat van wangedrag aangekla word voorts nie meer deur die betrokke regulerende liggame se dissiplinêre komitees agter geslote deure gehou word nie, maar sal die publiek toegang hê tot hierdie verrigtinge.¹⁰⁷

¹⁰⁵ De Lange I *Citizen* (2015/10/22) "Dodgy lawyer struck off roll" 7. Jiyane is van die rol geskrap weens die feit dat hy 'n deposito van voornemende kliënte ontvang het vir eise teen die Padongelukkefonds en geen regsdienste in ruil daarvoor gedoen het nie; sien ook Masilela S *The New Age* (2014/02/28) "Lawyers 'scalping' accident victims" 5. Die Hoof Uitvoerende Beampte van die Padongelukkefonds, Watson, het in 'n publieke verklaring aangedui dat regsverteenvoerders onbehoorlike voordeel trek uit die verteenwoordiging van eisers in Padongelukkefonds aangeleenthede deur buitensporige fooie te hef; sien verder Rickard C *Pretoria News* (2014/10/30) "Attorney exposed for his excessive fees" 13 en Carlisle A *Daily Dispatch* (2014/10/24) "Greedy attorney cut out of nurse's R2.6m RAF payout" 3. Die hof het na die fooie-ooreenkoms tussen Mthetheleli Mali en sy kliënt, Thobeka Nomala verwys as 'n "predatory fee arrangement" en het die gebeurlikheidsfooie-ooreenkoms nietig verklaar; sien verder ook Venter Z *Pretoria News* (2014/11/10) "Attorney struck off roll after running practice for 52 years" 3.

¹⁰⁶ Die Prokureursorde van die Noordelike Provinsies, waar Ronald Bobroff as president gedien het, is veral oor die kole gehaal vir hul trae hantering van 'n klagte waarin 'n slagoffer van 'n motorvoertuigongeluk, F Pombo, 'n uitbetaling van R115600 vanaf die Padongelukkefonds ontvang het weens beserings wat hy tydens 'n motorongeluk opgedoen het. Hierdie uitbetaling is egter direk oorgeplaas in Bobroff se seun, Darren, se persoonlike bankrekening; sien ook Beamish T *Citizen* (2014/04/14) "Bobroffs mired in scandal of client's cash" 6. Die firma het egter bevestig dat: "We strenuously deny any theft from Mr. Pombo, who was fully and properly accounted to in respect of all funds received in his matter, and who remains totally satisfied with our services. Die *PONP* het hul trae hantering van hierdie aantygings verdedig deur te bevestig dat 'n verduideliking wel vanaf die firma aangevra is, maar dat die saak eers afgehandel kan word sodra verdere aantygings teen die betrokke firma behoorlik aangehoor is.

¹⁰⁷ A 38(4)(a) van die Wet op Regspraktyk bepaal as volg: "Die verrigtinge by alle dissiplinêre verhore is oop vir die publiek, tensy die voorsitter van die dissiplinêre komitee anders gelas, by die aanvoer van goeie gronde, by

In die aangeleentheid van *Law Society of the Northern Provinces and Others (Road Accident Fund (intervening)) v Ronald Bobroff and Partners Inc. and others*¹⁰⁸ en die daaropvolgende sake,¹⁰⁹ het voormalige kliënte van die betrokke firma, Matthew en Jennifer Graham, daarop aangedring dat die direkteure van die betrokke firma deur die hof van die rol van praktiserende regspraktisyne geskrap behoort te word en dat die *PONP* insae behoort te bekom in die rekenkundige aspek van hul praktykvoering vanweë hul oorverhaling van fooie.¹¹⁰ Die regsfirma het egter daarop aangedring dat hul voormalige kliënte

aansoek deur 'n persoon met 'n belang in die aangeleentheid, waarna die bepalings van artikel 154(1) van die Strafproseswet, 1977 (Wet No. 51 van 1977), met die nodige veranderinge deur die samehang vereis, van toepassing is.”; die prosedure vir die totstandkoming van dissiplinêre komitees en die proses wat gevolg behoort te word wanneer 'n regspraktisyn van professionele wangedrag beskuldig word asook die moniteringsfunksie van die Regsdiensteombud tydens hierdie verrigtinge, word in Hoofstuk 4 van die Wet op Regspraktyk volledig uiteengesit.

¹⁰⁸ (61790/12) (2015) ZAGPPHC 1118 (26 Augustus 2015).

¹⁰⁹ *Graham and Others v Law Society of the Northern Provinces and Others* (61790/2012) (2014) ZAGPPHC 496 (15 April 2014); *Graham and Another v Ronald Bobroff and Partners and Another* (5203/2015) ZAGPPHC 126 (17 Maart 2015); *Law Society of the Northern Provinces v Graham and others* (61790/2012) ZAGPPHC 270 (4 Maart 2016).

¹¹⁰ Die Grahams was in September 2006 in 'n motorongeluk betrokke en het 'n eis met behulp van die betrokke regsfirma by die Padongelukkefonds ingedien. Die Padongelukkefonds het die eisers se eise geskik en R1979952 en koste aan die eiser se regsverteenvoerders uitbetaal. Ingevolge die gemeenregtelike gebeurlikheidsfooie-ooreenkoms wat die Grahams met die regsfirma gesluit het, was die firma geregtig op fooie van R858 689 welke fooie van die kapitale bedrag van die eisers se uitbetaling vanaf die Padongelukkefonds verhaal is voordat die restant van die bedrag aan die eisers oorbetaal is. Murphy R het onder andere aangedui dat: “Sight must not be lost of the prior litigation involving the Bobroffs and that they are officers of this court. As attorneys, they should be playing open cards with the court and the LSNP. It seems to me that the most prudent course of them at this point in time would be one of cooperation and transparency. The Bobroffs billing system and practices must be subjected to objective and impartial analysis without delay ... Now more than ever the Bobroffs are obliged to observe the highest standards of professional ethics. As a former president of the Law Society, Ronald Bobroff need hardly be reminded that an obstructive approach by a senior officer of the court in a disciplinary matter will invite severe sanction.”; sien verder ook Beamish T *Moneyweb “Bobroffs’ delaying tactics draw judicial censure”* <http://www.moneyweb.co.za> (datum van gebruik: 31 Augustus 2015); in die daaropvolgende uitspraak het Matojane R as volg opgemerk: “The respondents are no ordinary litigants, they are senior officers who are duty bound to ensure that court orders

gemeenregtelike gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste met hul aangegaan het alvorens eise namens die kliënte by die Padongelukkefonds ingedien is. Die Wet op Gebeurlikheidsfooie omskryf gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste as volg:

“Notwithstanding anything to the contrary in any law or the common law, a legal practitioner may, if in his or her opinion there are reasonable prospects that his or her client may be successful in any proceedings, enter into an agreement with such client in which it is agreed- (a) that the legal practitioner shall not be entitled to any fees for services rendered in respect of such proceedings unless such client is successful in such proceedings to the extent set out in such agreement; (b) that the legal practitioner shall be entitled to fees equal to or, subject to subsection (2), higher than his or her normal fees, set out in such agreement, for any such services rendered, if such client is successful in such proceeding to the extent set out in such agreement.”¹¹¹

Die Wet op Gebeurlikheidsfooie bepaal verder die maksimum persentasie wat as 'n gebeurlikheidsfooi van die kapitale bedrag van die eiser in 'n suksesvolle litigasie aangeleentheid verhaal mag word as volg:

“Any fees referred to in subsection (1)(b) which are higher than the normal fees of the legal practitioner concerned (hereinafter referred to as the ‘success fee’), shall not exceed such normal fees by more than 100 percent: Provided that, in the case of claims sounding in money, the total of any such success fee payable by the client to the legal practitioner, shall not exceed 25 percent of the total amount awarded or any amount obtained by the client in consequence of the proceedings concerned, which amount shall not, for purposes of calculating such excess, include any costs.”¹¹²

are complied with instead of abusing the leave to appeal processes in a transparent attempt to delay an inspection and investigation of their practice’s financial affairs. Such conduct in my view calls for sanction in order to vindicate the legal profession and further this court’s inherent disciplinary oversight over its officers.”

¹¹¹ A 2(1) van die Wet op Gebeurlikheidsfooie.

¹¹² A 2(2) van die Wet op Gebeurlikheidsfooie.

Die wetlikheid van gemeenregtelike gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste is egter in die aangeleentheid van *De La Guerre v Ronald Bobroff and Partners Inc. and others*¹¹³ en die daaropvolgende sake¹¹⁴ van die hand gewys. Hierdie aangeleentede het die grondwetlikheid van artikel 2 en 4 van die Wet op Gebeurlikheidsfooie bevraagteken en die *South African Association of Personal Injury Lawyers* het onder andere aangevoer dat die betrokke bepalinge teen regspraktisyne en hul kliënte diskrimineer. Die sake het ook gehandel oor die praktyksgebruik van gemeenregtelike gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste wat tussen die regspraktisyn en sy kliënt gesluit word maar strydig is met die bepalinge van die betrokke wetgewing. Beide die Prokureursorde van die Noordelike Provinsies sowel as die Prokureursorde van die Oranje Vrystaat het voorheen voorsiening gemaak vir die sluiting van gemeenregtelike gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste mits die fooie wat hulle verhaal redelik en billik is. Hierdie fooie-ooreenkomste stel die betrokke regspraktisyn in staat om hoër persentasies in suksesvolle aangeleentede as fooie van hul kliënte te verhaal as die voorgeskrewe tariewe soos uiteengesit in die Wet op Gebeurlikheidsfooie.¹¹⁵ Met

¹¹³ (22645/2011) (2013) ZAGPPHC 33 (13 Februarie 2013).

¹¹⁴ *Ronald Bobroff and Partners Inc. v De La Guerre; South African Association of Personal Injury Lawyers v Minister of Justice and Constitutional Development* (CCT 122/13, CCT 123/13) (2014) ZACC 2; 2014 (3) SA 134 (CC); sien verder ook *Ronald Bobroff and Partners Inc. and others v Derek* (27388/2013) (2014) ZAGPJHC 220 (30 Junie 2014); *Bitter NO v Ronald Bobroff & Partners Inc. and Another* (11069/13) [2014] ZAGPJHC 95; 2014 (6) SA 384 (GJ) (29 April 2014); *Fourie v Ronald Bobroff and Partners Inc.* 2015 (2) All SA 210 (GJ).

¹¹⁵ Die betrokke regsfirma het 30% van Me. De La Guerre se kapitale uitbetaling vanaf die Padongelukkefonds as regsfooie verhaal as deel van hul gemeenregtelike gebeurlikheidsfooie-ooreenkoms; sien verder *De La Guerre v Ronald Bobroff & Partners Inc. and Others supra* (n 113) by par 4; sien verder ook *South African Association of Personal Injury Lawyers v Minister of Justice and Constitutional Development* 2013 (2) SA 583 (GNP) by par 7. Kathree-Setiloane R merk as volg op: “Our courts have under the common law, consistently recognised that contingency fee agreements between legal representatives and clients were contrary to public policy, unenforceable and unlawful ... Contingency fee agreements between a litigant and his attorney were unlawful at common law. At common law, a legal practitioner was only entitled to a reasonable fee for work actually done.” Sy stel dit verder in par 27 dat: “So-called common law contingency agreements are thus unlawful ... The Act covers the field and applies to all contingency fee agreements. It requires all contingency fee agreements to comply with the limitations and requirements laid down by section 2(2) to 5 of the Act.”; sien verder ook de Broglio M “Contingency fees – quo vadis” Mei (2014) *De Rebus* 86 – 89.

betrekking tot die etiese verpligtinge van die regspraktisyn in die sluiting van gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste, het die hof egter as volg kommentaar gelewer:

“... legal practitioners have specialised knowledge and training which equip them to conduct litigation. They are perceived by their clients as being experts on the decisions to be taken. This puts lawyers in a powerful position to influence the actual conduct of litigation ... Legal practitioners are bound by a range of ethical duties to their clients. These duties may well come into conflict with their own pecuniary interest in the litigation when contingency fee agreements are concluded ... Lastly, legal practitioners are bound by a range of ethical duties to the court. Again, these duties may well come into conflict with their own pecuniary interest in the litigation when contingency fee agreements are concluded.”¹¹⁶

Die Bobroff-sage¹¹⁷ het die beeld van die regsprofessie waarskynlik onherstelbare skade berokken en die direkteure van die firma het vervolging tot op hede vrygespring.¹¹⁸ Die

¹¹⁶ *Ronald Bobroff and Partners Inc. v De La Guerre; South African Association of Personal Injury Lawyers v Minister of Justice and Constitutional Development supra* (n 114) by par 10; sien verder ook *Price Waterhouse Coopers Inc. and Others v National Potato Co-operative Ltd.* 2004 (6) SA 66 (SCA); sien ook Mitchell D “Contingency fees. And Justice for all?” Mei (1998) *Consultus* 51. Hy stel die etiese probleem as volg: “A contingency fee arrangement, particularly one which entitles the practitioner to greater than ordinary remuneration if successful, makes the legal practitioner all the more a party to the cause and gives him or her a substantial interest in the outcome of litigation. A contingency fee arrangement must inevitably place great temptations in the way of practitioners to secure success by other than ethical means. Tampering with and influencing the nature of evidence to be adduced at a trial is something which might easily be done, particularly when a matter appears to be heading for disaster after the investment of a considerable amount of time and effort.”

¹¹⁷ Die oorverhaling van regsfooie deur die betrokke regsfirma het wye mediadekking geniet. Sien onder andere Beamish T *Moneyweb* “Another Bobroff contingency fee agreement found invalid” <http://www.moneyweb.co.za> (datum van gebruik: 9 Februarie 2016); Beamish T *Moneyweb* “Bobroffs face their toughest challenge ever” <http://www.moneyweb.co.za> (datum van gebruik: 29 April 2015); Du Preez L *Saturday Star* (2014/02/22) “RAF ruling could trigger claims avalanche” 5; Du Preez L *Personal Finance* (2014/02/23) “Ruling clears way for contingency fee claims” 7-8; Du Preez L *Personal Finance* (2013/10/27) “Injury lawyers take fees case to Con Court” 7; Beamish T *Moneyweb* “When collegiality equals complicity” <http://www.moneyweb.co.za> (datum van gebruik: 29 Julie 2014); Mabuza E *Daily Dispatch* (2015/04/07) “Concourt rules against RAF law firm” 5. Soortgelyk aan die Bobroff-sage, is die regsfirma Fluxmans

publiek sal voorts die sluiting van gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste met regspraktisyns met versigtigheid benader.¹¹⁹ Hierdie versigtigheid rondom die onderhandeling van gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste is myns insiens nie in die beste belang van die publiek nie, aangesien die publiek kan baat by die sluiting van hierdie tipe fooieooreenkomste, veral vir gemarginaliseerde lede van die publiek wat nie noodwendig oor die nodige fondse beskik om onder gewone voorgeskrewe fooie strukture te litigeer nie.¹²⁰ Kathree-Sitiloane R¹²¹ het

Incorporated ook deur een van hul voormalige kliënte, Steven Levenson van oorverhaling van regsfooie met betrekking tot die sluiting van gemeenregtelike gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste beskuldig; sien ook LSSA Legalbrief Today "*Lawyer to fight legal fees cap in High Court*" <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 12 November 2012).

¹¹⁸ LSSA Legalbrief Weekly 211 "*No clarity on Bobroff extradition issue*" <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 22 April 2016). Beide Ronald Bobroff sowel as sy seun Darren Bobroff het na Australië gevlug nadat hulle 'n ooreenkoms met die Nasionale Direkteur van Openbare Vervolgings aangegaan het ten einde hulself vrywillig oor te handig vir vervolging.

¹¹⁹ Faurie J *FA News* (2014/03/17) "*RAF declares war on personal injury lawyers*" 2. Die Hoof uitvoerende beampte van die Padongelukkefonds, Watson, het onder andere as volg kommentaar gelewer op die uitspraak in die Bobroff-aangeleentheid: "The judgment has provided much needed clarity on the so called common law contingency fee agreements and paves the way for road accident victims to pursue claims amounting potentially to millions of rands against lawyers who assisted them to successfully claim from the RAF, but then charged fees in excess of what the law permitted ... Future road accident victims should be more cautious in approaching personal injury lawyers and should rather claim directly from the RAF." Mede-voorsitter van die LSSA, Bekker, het egter aangedui dat die publiek geen rede het om die sluiting van gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste te wantrou nie, aangesien die publiek beskerm word deur die verskeie meganismes wat deur die regsprofessie in plek gestel is juis om wanpraktyke deur hul lede te verhoed en lede van die publiek teen finansiële verliese te beskerm. Hy stel dit dat: "Attorneys are professionals who are regulated by a strong set of rules of professional conduct. Members of the public have the assurance that if their attorney acts unprofessionally or unethically in any way, their complaints to the relevant provincial law society will be investigated and the attorney will be called to account."

¹²⁰ Beamish T *supra* (n 117). Hy stel dit dat die Wet op Gebeurlikheidsfooie toegang tot die regstelsel veral vir hulpbehoewende persone moontlik gemaak het deur die regsfooie vir regspraktisyns (insluitend advokate fooie) tot 25% van die totale kapitale uitbetalingsbedrag te beperk; sien ook Mitchell D *supra* (n 116) 51. Hy stel dit dat: "The justification advanced for the introduction of the contingency fees is the high cost of litigation which places such litigation out of the reach of all but the very wealthy or the impoverished who are able to procure legal aid."

die voordeel in die beperking op gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste vir lede van die publiek as volg verwoord:

“In adopting the limits in s 2(2) of the Act, Parliament sought to give effect to the need to access to justice. It recognised correctly ... that access to justice would not be promoted by unlimited contingency fees. On the contrary, in order to protect members of the public and ensure that they benefited from litigation conducted on their behalf, it was necessary to impose certain limits on contingency fees. Without such limitations, the right of access to court for many litigants might be rendered meaningless because even if they were able to get to court and succeed, they would derive little or no benefit from such court proceedings.”¹²²

Soos reeds genoem, maak die Wet op Regspraktyk wel voorsiening vir die voortbestaan van gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste.¹²³ Die praktyksgebruik van gemeenregtelike gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste word egter nie hierby ingesluit nie.¹²⁴ Artikel 35(12) van die Wet op Regspraktyk stel dit dat hierdie besondere tipe fooie-ooreenkoms aan die vereistes van die Wet op Gebeurlikheidsfooie moet voldoen. Artikel 35(5) bepaal ook dat die

¹²¹ *South African Association of Personal Injury Lawyers v Minister of Justice and Constitutional Development supra* (n 115).

¹²² *Ibid* by par 60; sien ook LSSA Newsletter Junie 2012 “Judges enforce cap on contingency fees” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 14 Februarie 2013).

¹²³ Dit is egter interessant dat die gebruik van gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste in die vroeë dae van die professie verbied is; Botha CG *supra* (n 52) 259; sien ook Friedman C “The history of the division of the South African legal profession” Februarie (1990) *De Rebus* 139. Die reëls vir prokureurs in die Kaapprovinsie stel dit as volg: “(1) They shall enter into no agreement with their clients to share in the proceeds of a suit.”

¹²⁴ de Broglio M *supra* (n 115) 86–89. Die Wet op Gebeurlikheidsfooie vereis dat gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste moet voldoen aan die formaat soos uiteengesit in die Regulasies. Indien die ooreenkoms nie aan die bepaalde formaat voldoen nie, is die gebeurlikheidsfooie-ooreenkoms ongeldig; sien verder ook Govindasamy P “More light on contingency fee agreements” Desember (2012) *De Rebus* 95-98 waar die ongerapporteerde uitsprake (*Tjatji v The Road Accident Fund* (saak nommer 22475/10); *Khoza v The Road Accident Fund* (saak nommer 4412/06) en *Mxolisi v The Road Accident Fund* (saak nommer 11632/09) (GSJ) (2012/10/19) (Boruchowitz)) met betrekking tot die Padongelukfondse en die bestaan van gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste in meer besonderhede bespreek word.

Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie die gebruik van gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste in ag behoort te neem wanneer hulle aan die Minister verslag doen in terme van artikel 35(4) van die Wet op Regspraktyk. Myns insiens is die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie in die ideale posisie om die afdwinging van billike en regverdige praktykvoering met betrekking tot gebeurlikheidsfooie-ooreenkomste en die beskerming van die publiek teen gewetenlose regspraktisyns te verseker vanweë die bepalings en vereistes wat aan hierdie Kommissie gestel word in die Wet op Regspraktyk.¹²⁵

5.2 Die koste van die Regspraktykraad

5.2.1 Algemeen

Artikel 97(2) van die Wet op Regspraktyk belas die interim Nasionale Forum met die taak om binne vier-en-twintig maande na die totstandkoming van Hoofstuk 10 van die Wet op Regspraktyk, met die bestaande statutêre regulerende ordes van die regsprofessie te

¹²⁵ Verwys verder na *South African Association of Personal Injury Lawyers v Minister of Justice and Constitutional Development supra* (n 115). Kathree-Setiloane R verwys in hierdie aangeleentheid na die feit dat die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie reeds met die debatte rondom die Wet op Gebeurlikheidsfooie die statutêre regulering van regsfooie en die moontlike inmenging van die staat in die onafhanklikheid van die regsprofessie ondersoek het. Sy haal onder andere die *South African Law Commission* (Project 93), Report on “*Speculative and Contingency Fees*” (November 1996) by par 21 aan waar die Kommissie as volg beslis het: “Notwithstanding the danger of over-regulation, the Commission is not convinced that safeguards and requirements for valid contingency fee agreements should be excluded from its proposed draft Bill. As is evident from the comments received and discussed in this report, there is grave concern that contingency fee agreements may lead to abuse and may disturb the high ethical standards maintained by the legal profession up to the present ... The Commission therefore concludes that any system of contingency fees should be regulated statutorily and that, although practical experience with contingency fees may eventually require amendments to the proposed Act, which may be cumbersome, the safeguards, limitations and controls of contingency fee agreements are of such importance that it is deemed to be in the public interest that they cannot be altered easily.”

onderhandel ten einde hulle onder die vaandel van die Regspraktykraad saam te voeg. Hierdie samevoeging behels dat die bates, regte, personeel en enige verpligtinge van die regulerende liggame aan die nuutgevonde statutêre instelling oorgedra moet word.¹²⁶ Artikel 97(3) maak verder spesifiek voorsiening vir die oordrag van personeel met verwysing na Artikel 197 van die Wet op Arbeidsverhoudinge¹²⁷ en sluit nie die moontlikheid van arbitrasie in terme van die Wet op Arbitrasie¹²⁸ uit indien die partye nie 'n ooreenkoms kan bereik nie. Gauntlett¹²⁹ is egter skepties oor die suksesvolle afhandeling van hierdie proses en stel dit dat:

“The council is to be created by dissolving law societies and bar councils and taking their assets. Clause 97(2) provides, in language absurd to any lawyer, that a transitional council ‘must negotiate with and reach agreement’ with ‘the attorneys’ and advocates’ profession’ for the ‘transfer’ of all their assets and staff. If there is no

¹²⁶ A 97(2)(a)–(b) bepaal as volg: “(a) Die Nasionale Forum moet, binne 24 maande vanaf die inwerkingtreding van hierdie Hoofstuk, ‘n ooreenkoms beding en bereik met die prokureursordes bedoel in artikel 56 van die Wet op Prokureurs en enige ander soortgelyke statutêre liggame wat in die voormalige tuislande gestig is wat steeds die regspraktyk reël, ten opsigte van die oordrag van hul bates, regte, laste, verpligtinge en personeel na die Raad of provinsiale rade. (b) Die bepalings van paragraaf (a) belet geen niestatutêre liggame of vrywillige verenigings wat in die reëling van regspraktisyns of aangeleenthede wat in hierdie Wet hanteer word, betrokke is, daarvan om ‘n ooreenkoms met die Nasionale Forum te beding en te bereik nie ten opsigte van die oordrag van hulle bates, regte, laste, verpligtinge en personeel, aan die Raad of provinsiale rade.”

¹²⁷ Wet 66 van 1995. Hierdie artikel spesifiseer dat die bestaande dienskontrakte van die personeel van die regulerende liggame deur die nuwe statutêre liggaam oorgeneem behoort te word.

¹²⁸ Wet 42 van 1965.

¹²⁹ Gauntlett J *supra* (n 69) 5; Smuts I *supra* (n 71). Smuts meen verder dat die Wet op Regspraktyk nie die totstandkoming van vrywillige professionele assosiasies verbied nie, maar dat die behoud van vrywillige professionele assosiasies deur hierdie bepalings in gedrang gebring word. Hy stel dit dat: “Even if it were to be contended that these proposals in theory permit of the establishment of new professional associations to bring us in line with previously cited international norms, the reality is that, once the existing voluntary societies of advocates have been disbanded and their assets and staff removed, the prospect that new voluntary associations will be brought into being are remote, particularly in the light of the fact that the governance functions which are currently performed by the existing bodies will have been transferred to involuntary, statutory bodies.”

agreement 'any party may refer the matter to arbitration in terms of the Arbitration Act, 1965' ... Arbitration under the Arbitration Act cannot determine status, constitutional or otherwise. Nor can the Arbitration Act be a vehicle for compulsory arbitration ... The problem is not merely a brazen seizure of assets and staff. It is the statutory extinction of a profession as it has evolved in South African civil society, including two decades of democracy."

5.2.2 Die bedryfskoste van die Regspraktykraad

Een van die groot kwelpunte rondom die totstandkoming van die Regspraktykraad is die gebrek aan 'n behoorlike kosteberaming met betrekking tot die bedryfskoste van die statutêre reguleerder alvorens die Wet op Regspraktyk geproklameer is.¹³⁰

Smuts¹³¹ meen dat:

"There has not been any published attempt to cost the LPB (Legal Practice Bill). What we do know is that the legal profession are to be regulated in terms of this proposal, and that there will be a national legal practice council and regional legal practice councils beneath it. They will require staff, office accommodation and equipment, and running expenses. The responsibilities envisaged for these councils are extensive. Many of those responsibilities that affect the advocates profession are

¹³⁰ Butlender G *supra* (n 63). Hy het onder andere sy kommer as volg verwoord: "It is essential that a costing exercise be undertaken before new legislation is adopted ... It would be futile and in fact counter-productive to create structures with insufficient funds to carry out their functions effectively."; sien ook Hawkey K "Impact of the Legal Practice Bill" September (2012) *De Rebus* 8; sien verder ook Hawkey K *supra* (n 48) 29. Stemmet het tydens die publieke debatte sy kommer uitgespreek oor die bedryfskoste van die voorgestelde Regspraktykraad en het onder andere aangedui dat die jaarlikse begroting van die *PONP* vir die 2013 fiskale jaar R60 miljoen beloop het. Dit dien verder vermeld te word dat die finansiële jaarstaat van die *PONP* vir 2015/2016 daarop dui dat die bedryfskoste van hierdie statutêre reguleerder met inflasie toegeneem het en op 30 Junie 2016 ongeveer R74 miljoen beloop het.

¹³¹ Smuts I *supra* (n 71).

currently discharged on a voluntary basis by our members, at their own expense and in their own time, in an effort to promote the profession we value and seek to develop ... It is absolutely essential that a proper costing of the structures envisaged in the bill be done before its adoption is even contemplated.”

Gauntlett¹³² verwys onder andere na die feit dat die vrywillige regulerende liggame tans vry van enige finansiële ondersteuning van die staat funksioneer. Beide die LSSA en die Algemene Balieraad verskaf onder andere beurse aan minderbevoorregte voornemende regstudiante en bied voortgesette opleiding vir gekwalifiseerde regspraktisyns. Die finansiële las met betrekking tot administratiewe personeel en die dag-tot-dagfunksionering van die beide die statutêre regulerende liggame (die Provinsiale Ordes) en vrywillige regulerende liggame word ook nie deur die staat gedra nie, maar deur die lede van die betrokke liggame.¹³³

Artikel 6(4) van die Wet op Regspraktyk maak voorsiening vir die verhaling van jaarlikse verpligte fooie ten einde die bedryfsuitgawes van die Regspraktykraad te finansier.¹³⁴ Alle regspraktisyns word onder hierdie bepaling van die Wet op Regspraktyk ingesluit en die

¹³² Gauntlett J *supra* (n 69) 5.

¹³³ Die *Constitution of the Law Society of South Africa* beskikbaar by <http://www.lssa.org.za/uploads/LSSA-Constitution.pdf> (datum van gebruik: 20 Julie 2015) bepaal onder andere dat: “20.1 Each of the statutory law societies shall contribute to the Law Society such amount per capita of its individual members as may be determined by the Council from time to time.”; die beskikbaarheid van beurse en die voortgesette praktiese opleiding van advokate asook die vrywillige aansluiting tot die Algemene Balieraad word breedvoerig bespreek op <http://www.sabar.co.za> (datum van gebruik: 20 Julie 2015).

¹³⁴ A 6(4) van die Wet op Regspraktyk bepaal dat: “Die Raad moet, in die reëls, aangaande die gelde en fooie wat aan die Raad betaalbaar is – (a) aansoekgelde soos in hierdie Wet voor voorsiening gemaak, bepaal; (b) jaarlikse gelde, of gedeelte daarvan, ten opsigte van ‘n deel van ‘n jaar, deur Regspraktisyns aan die Raad betaalbaar vir Getrouheidsfondssertifikate, bepaal: Met dien verstande dat enige bepaling wat ingevolge hierdie paragraaf gemaak word, in oorleg met die Raad gemaak moet word; (c) jaargelde deur alle regspraktisyns betaalbaar wat ingevolge artikel 24(1) as regspraktisyns toegelaat en ingeskryf is; (d) die datum waarop enige gelde betaalbaar is; (e) die gelde, of gedeelte daarvan, betaalbaar ten opsigte van enige ondersoek deur die Raad of namens die Raad gedoen; en (f) enige ander gelde of heffings wat die Raad nodig ag, soos in hierdie Wet beoog.”

bepaling van die spesifieke bydrae tot die statutêre reguleerder kan ingevolge artikel 95(1)(i) van die Wet op Regspraktyk deur die Regspraktykraad bepaal word.¹³⁵

Gauntlett¹³⁶ meen dat die verhaling van verpligte ledefooie ten einde die bedryfskoste van die Regspraktykraad te finansier, die lewensvatbaarheid van veral kleiner regsfirmas negatief sal beïnvloed.¹³⁷

Smuts¹³⁸ stem hiermee saam en meen dat die verhaling van verpligte ledefooie die verhoging in die tariewe vir regswork deur regspraktisyns sal noodsaak ten einde 'n finansiële suksesvolle praktyk te bestuur. Die verhoging in tariewe sal op sy beurt 'n negatiewe uitwerking hê op die doelstelling van die Wet op Regspraktyk aangesien toegang tot die reg vir lede van die publiek deur die verhoging in tariewe beïnvloed sal word.

¹³⁵ A 95(1) van die Wet op Regspraktyk bepaal dat: "(1) Die Raad kan, en waar onder die omstandighede nodig, moet, by publikasie in die *Staatskoerant*, reëls maak aangaande – (a) die gelde en heffings betaalbaar aan die Raad soos in artikel 6(4) beoog."; a 22(1)(a) van die Wet op Regspraktyk bepaal ook dat die fondse van die Regspraktykraad onder andere bestaan uit die ledegelde soos verhaal vanaf regspraktisyns; Hawkey K *supra* (n 48) 29. Molefe, as voorsitter van die Getrouheidsfonds vir Prokureurs het tydens die publieke debatte sy kommer uitgespreek oor die gedeeltelike finansiering van die Regspraktykraad uit die koffers van die Getrouheidsfonds en het onder andere aangedui dat: "... the fund had an interest in regulation of the profession, but this had to be resource dependent. If not, then the biggest threat to the collapse of the fund will not be thieves out there; it will be the Legal Practice Council itself"; sien ook LSSA "*Key Principles underpinning the Transformation of the Legal Profession*" <http://www.lssa.org.za/uploads/key-principles-of-the-LPB.pdf> (datum van gebruik: 3 April 2013). Die Departement van Justisie en Konstitusionele Ontwikkeling het onder andere aangedui dat die statutêre reguleerder koste-effektief bestuur behoort te word. Ten opsigte van die befondsingsmodel het hulle egter as volg aangedui: "In principle, the profession should fund the governance structure established under the Act. However, with regard to the funding of structures, the following is provided for- (a) The National Council and its sub structures are funded by fees payable by practitioners and an annual appropriation by the Fund, (b) The Fidelity Fund Board is primarily funder by interest accruing to the Fund from trust accounts of legal practitioners, and other money that the Fund is lawfully entitled to, such as insurance payments, investments, etc."

¹³⁶ Gauntlett J *supra* (n 69) 5.

¹³⁷ *Ibid.* Hy stel dit verder dat die afdwinging van hierdie verpligte ledefooie sommige voornemende regstudente sal ontmoedig om 'n regsberoep te beoefen.

¹³⁸ Smuts I *supra* (n 71).

Hy stel dit onder andere dat:

“Advocates and attorneys will have to bear that cost. Inevitably, given the disparity in numbers, advocates, who are significantly in the minority amongst the legal practitioners in the professions, will be subsidising attorneys, and the bureaucratic administration of aspects of attorneys’ practice which have no bearing on the practice of advocates. The cost will have to be passed on to litigants. The professed intention in the LPB to address the cost of litigation, and thereby access to justice, will be defeated, as counsel will have to increase their fees to be able to afford to subsidise the bureaucracy.”¹³⁹

Butlender¹⁴⁰ het ook sy kommer as volg verwoord:

“While member of the legal profession should contribute substantially towards the regulation of their profession, the required contributions should not become a bar to access the profession. The state and the public also have an interest in the establishment and functioning of these structures, and should contribute appropriately.”

Smuts¹⁴¹ meen egter dat die verpligte verhaling van fooie nie net toegang tot die reg vir lede van die publiek sal beperk nie, maar ook die toegang tot die professie vir voornemende regspraktisyn sal bemoeilik.

Hy stel dit dat: “

“Many new practitioners with talent and commitment find the early years of practice a financial burden too hard to bear, and leave the profession in consequence. Those

¹³⁹ Smuts I *supra* (n 71). Hy stel dit ook verder dat: “It is not apparent where the Legal Practice Council will find advocacy trainers, pupil mentors and lecturers in such a dispensation, unless they offer competitive remuneration. All of this will cost the LPC a great deal of money, which it will have to source ... from advocates. The cost of practice, and inevitably, the cost of litigation, will increase. The LPB will accordingly not promote access to justice, but impede it.”

¹⁴⁰ Butlender G *supra* (n 63).

¹⁴¹ Smuts I *supra* (n 71).

who come from financially challenged backgrounds face an uphill struggle. The proposed structures will impose a greater burden on all practitioners. Inevitable, a greater proportion will fail. Transformation will not only be further retarded, but will probably regress ...

There is no reason to believe that, compelled to focus on increasing income to facilitate the functioning of the bureaucracy, the current practice of investing in the development of the advocates' profession because it is something which we believe, will not be undermined, and replaced in no insignificant measure by the drive to maximise income. This is likely to lead to the formation of a few super groups of already established and successful counsel seeking to attract as much as possible of the lucrative work remaining at the Bar ... The potential threat to meaningful transformation of the Bar is clearly apparent. The LPB will accordingly not promote access to the advocates' profession, but impede it."¹⁴²

Smuts en Gauntlett se opinies mag waarskynlik deur sommige skrywers as doemprofeties geag word vanweë hul uitlatings met betrekking tot die verhaling van ledefooie en die uitwerking van hierdie verpligte lidmaatskap aan 'n statutêre reguleerder op toegang tot die reg vir lede van die publiek en toegang tot die professie vir voornemende en veral minderbevoorregte regstudente.

Myns insiens sal die mate van korrektheid in hul opvatting egter eers vasgestel kan word sodra die bedrag van die verpligte ledefooie deur die Regspraktykraad in terme van die reëls in die *Staatskoerant* geproklameer word.

Die lewensvatbaarheid van veral kleiner regsfirmas en enkel praktisyns is myns insiens direk afhanklik van die addisionele finansiële las wat die bedryfskoste van die Regspraktykraad op hierdie groep regspraktisyns sal plaas.

¹⁴² Smuts I *supra* (n 71). Hy meen verder dat die huidige praktyk van die Algemene Balieraad waar junior regspraktisyns finansiël deur meer senior lede van die professie gehelp word ten einde die advokateprofessie te bevorder, waarskynlik sal verdwyn aangesien regspraktisyns genoodsaak sal word om meer finansiël gedrewe te word ten einde die verpligte ledefooie te bekostig.

Hoofstuk 6 Samevatting

Die demokratiese bedeling in Suid-Afrika het nie in die afwesigheid van 'n donker geskiedenis en groeipyne ontstaan nie. O'Regan, voormalige KHR het hierdie geskiedenis in *S v Makwanyane and Another* as volg verwoord:

“The values urged upon the Court are not those that have informed our past. Our history is one of repression not freedom, oligarchy not democracy, apartheid and prejudice not equality, clandestine not open government.”¹

6.1 Transformasie van die regsprofessie

Die transformasie van die regsprofessie is 'n grondwetlike doelstelling en die regering is belas met die uitvoering van hierdie doelstelling.² Die uitvoering van hierdie transformatiewe imperatief het egter tot op hede nie tot daadwerklike uitvoering gekom nie. Die transformasie van die regsprofessie en die regsbank as 'n arm van die juridiese sfeer het nie in dieselfde mate ontwikkel as die transformasie op ander gebiede in die laaste paar dekades sedert die afskaffing van die vroeë apartheidsbeleid nie. Alhoewel verskeie daadwerklike pogings aangewend is om die transformasie van die professie aan te spreek, het weinig van hierdie doelstellings op 'n praktiese vlak enige dramatiese veranderinge in die huidige bedeling en werkswyse van die professie teweeggebring.

So 'n maatreël was dan ook die *Legal Services Charter* wat reeds in 2007 gepoog het om hierdie nalatenskap van die apartheidsera doelgerig aan te spreek, en wel op die front van die toeganklikheid van die regsprofessie en regsdienste aan die breë publiek. Die *Charter* het die breë transformasie van die professie ten doel gehad maar spesifiek gefokus op die

¹ 1995 (3) SA 391 (CC) by 322.

² Soos breedvoerig bespreek in Hoofstuk 3 par 3.2.

opheffing en die bemagtiging van histories benadeelde regspraktisyns. Artikel 5.2.4 van die *Charter* stel die transformatiewe doelstelling van die handves as volg:

“Inequality in professional and economic opportunities is particularly acute with regard to access to and participation in the traditional legal profession (attorneys and advocates), where the participation of black people, women and persons with disabilities is very limited compared to their representation in the national demography and university outputs ...”

Die bepalings in die Wet op Regspraktyk resoneer merendeels hierdie ideologie. Die Wet op Regspraktyk is egter die eerste doelgerigte wetgewing wat deur die Parlement deurgevoer is wat op 'n praktiese vlak die transformasie van die regsprofessie sal bewerkstellig en alhoewel die ontwikkeling van die verskeie bepalings van die wet wye debatte en aanvanklike negatieweiteit van die regsprofessie tot gevolg gehad het, het die uiteindelijke weergawe die steun van die meerderheid verteenwoordigers van die regsprofessie weggedra. Die Wet op Regspraktyk bied voorgeskrewe praktiese riglyne en tydperke waarbinne die professie behoort te transformeer ten einde aan die transformatiewe doelstellings van die staat te voldoen. Die Regspraktykraad sal die meganisme wees wat hierdie transformatiewe doelstellings monitor en deurvoer.³

Dit wil egter vir my voorkom dat die Wet op Regspraktyk oordrewe fokus plaas op die demografiese verdeling van die professie.⁴ Myns insiens behoort die transformasie van die regsprofessie nie bloot gebaseer te word op die verteenwoordiging van die demografiese verdeling van die land nie. Die argument ten gunste van die voorkeur van 'n spesifieke ras en geslag ten einde tot die professie toegelaat te word, is uitgedien. Voorheen benadeelde regspraktisyns wil nie bloot toegang tot die professie aangebied word vanweë hul demografie nie, maar weens die feit dat hulle bekwaam geag word om toegang tot die professie op meriete te bekom.⁵ Myns insiens kan transformasie slegs suksesvol geskied

³ Sien verder Hoofstuk 3 par 1.2.

⁴ Sien verder Hoofstuk 3 par 3.5 met betrekking tot die demografiese verdeling van die regsprofessie.

⁵ Centre for Applied Legal Studies “Transformation of the Legal Profession” <http://www.wits.ac.za/files/25gim578095001427098673.pdf> (datum van gebruik: 9 November 2015).

indien daar 'n positiewe verandering plaasvind met betrekking tot vaardigheidsontwikkeling en opleiding van alle voornemende regspraktisyns. Meer fokus behoort geplaas te word op die ontwikkeling van selfstandige en ekonomies onafhanklike regspraktyke waar voornemende regspraktisyns van alle demografiese verdelings doelgerigte praktiese opleiding kan ontvang ten einde hulself voor te berei op selfstandige praktykvoering met die oog op toekomstige werkskepping. Hierby speel veral dan ook ekonomiese transformasie 'n belangrike rol.

Die huidige statistiese verdeling van regstudente aan universiteite landswyd is verder aanduidend van 'n professie wat "natuurlik" transformeer. Myns insiens is die weerspieëling van die huidige studenteprofiel dus aanduidend van die verandering in die demografiese verdeling van die professie. Die Wet op Regspraktyk poog om die transformasie van die professie deur wetgewing op 'n praktiese vlak af te dwing. Hierdie gedwonge transformasie en voldoening aan die voorgeskrewe vereistes van 'n betrokke wetgewing, is volgens my oorbodig in 'n bedeling wat reeds besig is om natuurlik te verander. Die skade wat deur hierdie geforseerde verandering teweeggebring word, sal waarskynlik eers na die totstandkoming van die Regspraktykraad duidelik word.

Die Wet op Regspraktyk stel 'n reeks konkrete bepalings waaraan die regsprofessie behoort te voldoen. Hierdie bepalings kan moontlik in die toekoms tot hofgedinge aanleiding gee en aan regspraktisyns die geleentheid bied om die wetgewing, wat juis hul praktykvoering bepaal, in die howe te toets. Toekomstige hofgedinge kan egter ook die weg baan vir die praktiese implimentering van verskeie bepalings wat in die huidige wetgewing vaag is en waarvan die praktiese uitvoering daarvan onduidelik is. So 'n aanval deur lede van die regsprofessie teen sekere bepalings van die Wet op Regspraktyk, sal egter in die publieke sfeer plaasvind, en bydra tot 'n verdere wantroue deur die publiek in die werksaamhede van die regsprofessie, aangesien die wetgewing wat aangeval word, juis die werksaamhede van regspraktisyns bepaal, asook hul professionele verhouding met die publiek reguleer. Die teendeel blyk dus ook inherente gevare in te hou. Indien die regsprofessie die geforseerde transformasie by wyse van wetgewing teenstaan, mag die publiek moontlik hul vertroue in die regsprofessie en die regstelsel in die algemeen verloor weens hul weerstand teen die grondwetlike doelstellings van 'n nie-rasgebaseerde samelewing.

6.2 Die skeiding van magte beginsel en die bevoegdheid van die Minister van Justisie

Dit blyk verder dat daar tans spanning heers tussen veral die uitvoerende gesagsfeer en die regsprekende gesagsfeer met betrekking tot 'n wye verskeidenheid aspekte, welke hoofsaaklik 'n politiese oorsprong het.⁶ Die beginsel van regsprekende onafhanklikheid kom veral tot die voorgrond wanneer howe genoodsaak word om politieke kwessies te besleg.⁷ In *Mazibuko, Leader of the Opposition in the National Assembly v Sisulu MP Speaker of the National Assembly*⁸ word hierdie situasie as volg bewoord:

“An overreach of the powers of judges, their intrusion into issues which are beyond their competence or intended jurisdiction or which have been deliberately and carefully constructed legally so as to ensure that the other arms of the state deal with these matters, can only result in jeopardy for our constitutional democracy.”⁹

Hierdie inmenging het lande soos Nigerië, Uganda, Ghana en Israel genoop om spesifieke leerstellings te ontwikkel vir gevalle waar die regsprekende gesag oor politieke kwessies uitspraak moet lewer juis om te verseker dat die verhouding tussen die verskillende gesagsfeere in stand bly.¹⁰ 'n Soortgelyke leerstuk behoort in meer besonderhede in die Suid-

⁶ Die magstryd tussen die uitvoerende sfeer en regsprekende sfeer is reeds in die voorafgaande hoofstukke uitgelig veral in die lig van die aangeleentheid waar regters uitsprake gelewer het rondom politieke kwessies; sien verder ook Hoofstuk 4 par 1.8.

⁷ Mhango MO “Separation of powers in Ghana: The evolution of the political question doctrine” (2014) 17 6 *PER/PELJ* 2704.

⁸ 2012 ZAWCHC 189 (22 November 2012); Mhango MO *supra* (n 7) 2704.

⁹ By 256H-J.

¹⁰ Mhango MO *supra* (n 7) 2704. Die leerstelling het onder andere ten doel om sekere politieke vraagstukke terug te verwys na die uitvoerende gesagsfeer. Die regsprekende gesag weerhou hulle dus doelbewus van uitsprake op politieke kwessies.

Afrikaanse regsbedeling aangespreek te word ten einde juridiese onafhanklikheid en die bekamping van die huidige aanvalle op die juridiese gesagsfeer, te verseker.

Die stryd om mag in 'n demokratiese samelewing waar die skeiding van magte deur 'n Grondwet beskerm word, is egter geen nuwe verskynsel nie en kom wêreldwyd voor.¹¹ Die huidige aanvalle en blatante verset teen die uitsprake van die regsprekende gesag deur die uitvoerende gesag is egter kommerwekkend. 'n Aanspraak op die onafhanklikheid van die regsprekende gesag deur veral senior politici hou besondere gevare vir die Suid-Afrikaanse demokratiese samelewing in. 'n Regsbank wat as't ware deur die uitvoerende gesag van die land beheer word, verloor aansien en die beginsels van geregtigheid en die oppergesag van die reg word saam met die badwater by die agterdeur uitgegooi. Hier dien veral ons buurstaat, Zimbabwe as 'n skrikwekkende voorbeeld. Met die aanvaarding van hul nuwe Grondwet, is gehoop dat die regsprekende gesag die jurk van uitvoerende politieke inmenging sal afgooi, maar weinig het in die laaste dekade verander en die publiek het inderdaad hul vertroue in die onafhanklike regspleging deur die regsbank in Zimbabwe verloor.¹²

Die onafhanklikheid van die regsbank is egter afhanklik van die aanstelling van onafhanklike regters uit die geledere van bekwame onafhanklike regspraktisyns. Gauntlett stel dit onder andere dat:

“Nor can the courts be independent if the judges are not to be appointed from the ranks of those in whom the rigour of independent representation has been inculcated by years of proficient practice.”¹³

Dit blyk dus dat die onafhanklikheid van die regsprofessie 'n belangrike komponent van die onafhanklikheid van die juridiese gesagsfeer is en dat die skeiding van magte beginsel deur die afdwinging van hierdie onafhanklikheid gedien word.¹⁴

¹¹ Chaskalson A “*Without fear, favour or prejudice: the courts, the constitution and transformation*” <http://www.lcr.org.za/publications> (datum van gebruik: 10 Julie 2014).

¹² Manyathi-Jele N “IBA celebrates the Magna Carta” Julie (2015) *De Rebus* 8.

¹³ Gauntlett J *Business Day* (2012/06/04) “Radebe’s calamitous bill is an affront to the rule of law” 5.

Die grootste kritiek teen die Wet op Regspraktyk is dan juis die magte wat aan die Minister van Justisie toegeken word ten einde die regsprofessie te reguleer. Hierdie magte wat aan die Minister van Justisie toegeken word, bewerkstellig die vervaging van die skeiding van magte beginsel en verleen aan die uitvoerende gesag die bevoegdheid om met behulp van geldende wetgewing in die sfeer van die regsprekende gesag in te meng. Daar word dus aan die Minister van Justisie, en by implikasie, die uitvoerende gesag, 'n beduidende mate van regulering en kontrole in die voorheen onafhanklike regsprofessie gegee. Hierdie regulerende funksie het nooit vantevore in die uitvoerende gesag gesetel nie. Die Wet op Regspraktyk skend dus myns insiens die geykte beginsel van *trias politica* soos deur ons Grondwet beskerm, en meer spesifiek die onafhanklikheid van die regsprofessie. Die implikasie van hierdie “verslapping” in die skeiding van magte tussen die uitvoerende gesagsfeer en die regsprekende gesagsfeer in die Wet op Regspraktyk sal eers met verloop van tyd aan die lig kom. Dit is egter my mening dat die regsprofessie nie hierdie inmenging van die uitvoerende gesag goedsmoeds sal aanvaar nie en ek antisipeer dat die grondwetlikheid van enige uitvoerende besluit wat deur die Minister geneem word met betrekking tot sy bevoegdhede soos verleen deur die Wet op Regspraktyk, in die hof deur die regsprofessie bevraagteken sal word en uiteindelik teen die beginsels van *trias politica* gemeet sal word.

Die staat het egter by verskeie geleenthede die standpunt verdedig dat die regulering van die regsprofessie in 'n demokratiese bedeling noodsaaklik is. Die mening wat deur die staat gehuldig word met betrekking tot die regulering van die professie en die noodsaaklikheid vir publieke beskerming teen gewetenlose regspraktisyns hou egter nie water nie. Alhoewel die publiek waarskynlik nie oor die nodige kennis beskik om hulself voldoende te staal teen die aanslag van oordrewe fooie of onprofessionele optrede deur regspraktisyns nie, word hierdie taak nog altyd deur die onafhanklike reguleerders met sukses waargeneem. Die staat het egter aangedui dat verskeie professies deur die staat gereguleer word juis vanweë die moontlikheid van 'n botsing van belange en het onder andere die ingenieursbedryf en die geneeskunde voorgedien as voorbeelde van professionele dienste wat gereguleer word. Die staat is dus van mening dat die regulering van die regsprofessie geen uitsondering op

¹⁴ Sien verder Hoofstuk 4 par 1.9.

hierdie geykte beginsel behoort te wees nie. Myns insiens is die regulering van die regsprofessie wel 'n uitsondering wat met groot omsigtigheid hanteer behoort te word. Ander professionele dienste behoort wel in die belang van die publiek deur die staat geregleer te word. Hierdie regulering hou egter nie die inherente gevaar in dat die regulering van hierdie professies en die inmenging van die uitvoerende gesag op die betrokke reguleerder op die grondwetlike beginsel van 'n skeiding van magte kan inbreuk maak nie. In die geval van die regsprofessie bestaan die gevaar wel dat die inmenging van die uitvoerende gesag in die dag tot dag aktiwiteite van die reguleerder wel die skeiding van magte beginsel kan skend, aangesien die regsprekende gesagsfeer direk afhanklik is van die onafhanklikheid van die regsprofessie.¹⁵ Dit is ook my indruk dat die belange van die publiek nie deur hierdie inmenging van die uitvoerende gesag in die regulering van die regsprofessie gedien sal word nie, aangesien die publiek moontlik hul vertrouwe in die regsprofessie en die regsprekende gesag in geheel kan verloor indien die indruk geskep word dat die regsprekende gesag deur die uitvoerende gesag beheer en geregleer word.

Die Wet op Regspraktyk maak juis nie voorsiening vir 'n onderskeid in die regulering van die professie en die blote bestuur van die professie nie, en sal dus beduidende bevoegdheid ten opsigte van die voorheen onafhanklike regulering van die professie in die hande van die uitvoerende gesag plaas. Die regulering van die regsprofessie sal dus vanaf onafhanklike reguleerders, hetsy statutêr of vrywillig, oorgedra word aan 'n oorhoofse statutêre reguleerder waarvan lidmaatskap vir alle regspraktisyne verpligtend is.

Dit is egter interessant om te meld dat die inmenging van die uitvoerende gesag in die onafhanklikheid van die regsprofessie nie 'n nuwe verskynsel is nie. Die destydse apartheidsregering het homself op verskeie geleenthede aan hierdie magsvergrype skuldig gemaak.¹⁶ Die werklike magte wat aan die Minister van Justisie in terme van die Wet op Regspraktyk toegeken word, sal eers ter sprake kom sodra die Regspraktykraad tot stand gekom het. Die mate van inmenging in die dissiplinêre aangeleenthede van die regsprofessie sal soortgelyk eers tot die voorgrond tree sodra die kantoor van die Regsdiensteombud tot

¹⁵ Sien verder Hoofstuk 4 par 2.4.

¹⁶ Gauntlett J *supra* (n 13) 5.

stand gebring word en die Regsdiensteombud deur die President aangestel word. Die mate van inmenging deur die uitvoerende gesag sal in 'n groot mate die publieke persepsie ten opsigte van die regsprofessie en die regsbank bepaal. 'n Regsbank wat volgens die publiek deur die uitvoerende gesag beheer word, sal dit moeilik vind om die toekomstige vertroue van die publiek te behou en die uitsprake wat deur die hofe gegee word sal moeilik die toets van onafhanklike regspleging slaag. Die inmenging van die Minister van Justisie in die verkiesing van die huidige voorsitter van die Interim Nasionale Forum laat egter myns insiens kommer oor die mate van onafhanklikheid wat die regsprofessie en by implikasie, die regsbank, van die toekomstige reguleerder kan verwag.

6.3 Die Regspraktykraad en die samesmelting van die professie

Die samesmelting van die regsprofessie is aanvanklik as die toekomstige regsmodel vir Suid-Afrikaanse praktykvoering en die uiteindelijke doel van die Wet op Regspraktyk voorgehou, maar verskeie debatte rondom die voortbestaan van die verdeelde struktuur tussen prokureurs en advokate het uiteindelik 'n deurslaggewende rol gespeel in die aanvaarding van die Wetsontwerp op Regspraktyk deur die betrokke partye. Die finale weergawe van die Wet op Regspraktyk erken dus steeds die verskil in professies tussen prokureurs en advokate. In beginsel stel die bepalings van die Wet op Regspraktyk dus nie die samesmelting van die regsprofessie direk voor nie. Die studie argumenteer egter dat die samesmelting van die professie deur die bepalings van die Wet op Regspraktyk egter nou by wyse van jurisdiksie geskied. Dit is myns insiens dat daar slegs 'n klemverskuiwing plaasgevind het vanaf die aanvanklike voorgestelde samesmelting van die prokureursprofessie en advokateprofessie onder die oorkoepelende rolbeskrywing van "regspraktisyns", na 'n minder voor-die-handliggende samesmelting by wyse van die regulerende liggaam waarin beide advokate en prokureurs onder die regulering van die Regspraktykraad val en dus 'n praktiese en jurisdiksionele samesmelting bewerkstellig.

Die totstandkoming van 'n oorkoepelende statutêre reguleerder is nie uniek tot die Suid-Afrikaanse regsbedeling nie. Die Regspraktykraad toon merkwaardige ooreenkomste met

die *Legal Services Board*¹⁷ wat deur die *Legal Services Act 2007* in Engeland in die lewe geroep is. Die *Clementi* verslag¹⁸ het in Desember 2004 reeds voorgestel dat die huidige reguleerders in Engeland en Wallis vervang behoort te word met 'n oorkoepelende reguleerder. 'n Paar jaar later het die *Triennial* verslag¹⁹ egter die totstandkoming van eerstevlak reguleerders vir beide professies, saamgesmelt in die enkele reguleerder vooropgestel. Die reguleerder sou toesien tot die hervorming en modernisering van die regsprofessie.²⁰ Ook hierdie doelstellings is soortgelyk aan die voorgehoue doelstellings van die Suid-Afrikaanse model. Alhoewel die oorkoepelende reguleerder steeds die verdeling van die regsprofessie erken deur die eerstevlak reguleerders, die *Bar Standards Board* en die *Solicitors Regulation Authority*, het Barones Deech, uitvoerende beampte van die *Bar Standards Board* steeds teen die totstandkoming van 'n oorkoepelende reguleerder in Suid-Afrika gewaarsku.²¹ Todd, voorsitter van die *Bar Council of England and Wales*, het ook teen hierdie regulering van die regsprofessie gewaarsku en na die oorkoepelende reguleerder in die huidige Engelse regstelsel verwys as 'n "burdensome cost" vir advokate, kliënte en die publieke belang.²² Die praktiese implikasie van die bestaan van die eerstevlak reguleerders én die oorkoepelende *Legal Services Board* is dan juis in die duplisering van funksies en die

¹⁷ A 2-7 van Skedule I van die *Legal Services Act 2007* bewerkstellig die totstandkoming van die *Legal Services Board*.

¹⁸ Vir 'n volledige weergawe van die *Clementi* verslag sien [http://www.avocatsparis.org/Presence Internationale/droit homme/PDF/Rapport Clementi.pdf](http://www.avocatsparis.org/Presence_Internationale/droit_homme/PDF/Rapport_Clementi.pdf) (datum van gebruik: 31 Mei 2017).

¹⁹ Legal services board "*Triennial review*" http://www.legalservicesboard.org.uk/what_we_do/responses_to_consultations/pdf/20120330_triennial_review_final.pdf (datum van gebruik: 16 Februarie 2017).

²⁰ Parliamentary Monitoring Group "*Legal Practice Bill*" <http://www.northernlaw.co.za/Documents/legal-practice-bill/20130605> (datum van gebruik: 12 August 2014).

²¹ Smuts I "*Izak Smuts SC, Submission to the Parliamentary Portfolio Committee Regarding the Legal Practice Bill, Cape Town, February 11 2013*" <http://www.constitutionallyspeaking.co.za/smuts-sc-submission-to-parliament-on-legal-practice-bill/> (datum van gebruik: 7 Mei 2014). Smuts het verwys na 'n konferensie van die *Middle Temple* in Franshoek gedurende September 2012 waar die spreker haar as volg uitgespreek het: "... those of you contemplating establishing a super-regulator ... don't".

²² Smuts I *supra* (n 21).

gepaardgaande koste implikasie van hierdie duplisering. Hierdie koste implikasies hou nie net verrykende ekonomiese gevolge in vir die regspraktisyns wat verplig is om tot die statutêre reguleerder en die eerste-vlak reguleerders se administratiewe onkoste by te dra nie, maar ook vir die publiek wat van die dienste van regspraktisyns gebruik maak teen vergoeding. Die koste verbonde aan die reguleerders word uiteindelik verreken teen die fooie wat regspraktisyns hef vir dienste gelewer aan die publiek.

Soortgelyk aan die Engelse stelsel, volg Namibië se *Legal Practitioners Act* 15 van 1995 'n soortgelyke oorkoepelende reguleerder, maar vat die beskrywing van regspraktisyns 'n stap verder en bepaal in artikel 92 dat alle Namibiese wetgewing wat na advokate en prokureurs verwys, na 'n verwysing as regspraktisyns beskou moet word. Dit is egter interessant dat alhoewel die samesmelting van die regsprofessie deur die wet erken word, die verwysingsreël hier behoue gebly het en steeds in praktyk toepassing vind. 'n Samesmelting tussen die rolle van prokureurs en advokate geld ook in Indië met die inwerkingtreding van die *Advocates Act* van 1961. 'n Oorkoepelende reguleerder, die *Law Society* geld ook in Zimbabwe en hierdie reguleerder is onafhanklik en self-regulerend.²³

Dis is interessant om te noem dat tweeledige praktykvoering nie 'n nuwe verskynsel in Suid-Afrika is nie. Hierdie vorm van praktykvoering is met groot welslae in veral Natal toegepas. Ander dele van die land het in 'n mindere mate die bestaan van 'n enkele amp van regspraktisyn erken, merendeels vanweë die feit dat daar nie genoeg praktisyns in die bepaalde deel van die land was wat die ampte kon vervul nie.²⁴ Soos die regspraktisyns egter in 'n bepaalde provinsie vermeerder het, is tweeledige praktykvoering afgeskaf ten gunste van die verdeelde professie. Saamgestelde praktykvoering het dus later in onbruik verval ten gunste van 'n professie waar die ampte van prokureurs en advokate duidelik van mekaar onderskei kon word en die onderskeid geld steeds in Suid-Afrika.

²³ Law Society of Zimbabwe "About us" <http://www.lawsociety.org.zw/Aboutus> (datum van gebruik: 31 Mei 2017). Die *Law Society* het in 1981 tot stand gekom.

²⁴ Sien Hoofstuk 2 en die geskiedenis van die regsprofessie daar bespreek.

6.4 Koste

Die invoeging van artikel 35 het regspraktisyns onkant betrap. Die bepalings van artikel 35 van die Wet op Regspraktyk bring daadwerklike veranderings aan die huidige bedeling met betrekking tot regskoste vir dienste gelewer deur regspraktisyns.²⁵ Dit is dan ook veral die beperking in fooie wat die regsprofessie die swaarste gaan tref. Die doel van die invoeging van die bepaling met betrekking tot die beperking van regsfooie het uitsluitlik ten doen om toegang tot bekostigbare regsdienste aan lede van die publiek te verseker. Die reg van 'n regspraktisyn om sy praktyk in 'n kompeterende ekonomiese stelsel suksesvol te bedryf is egter misken deur hierdie bepaling en die bestaan van veral kleiner regspraktyke in hierdie stelsel is twyfelagtig.

Myns insiens behoort die fokus van die Wet op Regspraktyk eerder op die verskaffing van effektiewe *pro-bono* dienste aan behoeftige lede van die publiek te wees en so te verseker dat alle lede van die publiek toegang tot kwaliteit regsdienste het. Die beperking van regsfooie sal myns insiens nie die publiek van hulp wees wat in elk geval nie die minimum dagfooie van 'n regspraktisyn kan bekostig nie. Hierdie gemarginaliseerde groep sal slegs baat by toegang tot kwaliteit regsdienste sodra dit *pro-bono* verskaf word en nie deur 'n blote beperking in regsfooie nie. Die beperking van regsfooie hou insgelyks die gevare in dat regspraktisyns genoop sal word om te fokus op fooigenererende aktiwiteite ten einde hul praktyke ekonomies lewensvatbaar te hou ten koste van die verskaffing van *pro-bono* dienste, soos tans deur regspraktisyns in die loop van hul besigheid gedoen word. Die beperking van regsfooie kan ook moontlik veroorsaak dat regspraktisyns poog om die bepalings van die Wet op Regspraktyk met betrekking tot gemeenskapsdiens te omseil in 'n poging om meer fooie te verhaal welke optrede nie die uiteindelijke doelstellings van die Wet op Regspraktyk dien nie.

Die Wet op Regspraktyk is verder geproklameer sonder om ooit 'n behoorlike kosteberaming met betrekking tot die bedryfskoste van die Regspraktykraad te doen. Die

²⁵ Sien Hoofstuk 5 met betrekking tot die invoeging van die bepalings wat handel oor regskoste.

bestaande reguleerders, hetsy statutêr of vrywillig, funksioneer onafhanklik van die finansiële ondersteuning van die staat en die finansiële las van die dag-tot-dag funksionering van die reguleerders word deur die lede gedra. Beide die huidige LSSA asook alle Provinsiale Ordes en die Algemene Balieraad se administratiewe funksionering geskied dus uitsluitlik by wyse van die finansiële ondersteuning van hul lede. Artikel 6(4) van die Wet op Regspraktyk maak egter spesifiek voorsiening vir die verhaling van jaarlikse verpligte fooie ten einde die bedryfsuitgawes van die Regspraktykraad te finansier. Alle regspraktisyns word onder hierdie bepaling van die Wet op Regspraktyk ingesluit en die bepaling van die spesifieke bydrae tot die statutêre reguleerder kan ingevolge artikel 95(1)(i) van die Wet op Regspraktyk deur die Regspraktykraad bepaal word.

Beide Gauntlett en Smuts meen dat die bedryfskoste van die Regspraktykraad die lewensvatbaarheid van veral kleiner regsfirmas sal knou. Die verpligte finansiële bydrae tot die nuwe oorkoepelende reguleerder sal veral kleiner regspraktyke noodsaak om hul tariewe te verhoog ten einde 'n finansiële lewensvatbare praktyk te bedryf.²⁶ 'n Verhoging in tariewe sal egter die doelstellings van die Wet op Regspraktyk negatief beïnvloed, veral met verwysing na die toegang tot regsdienste vir lede van die publiek. 'n Groot kwelpunt met betrekking tot die verpligte heffing van ledegeld is egter die negatiewe uitwerking op toegang tot die professie vir veral voornemende minderbevoorregte regspraktisyns wat dit sal meebring. Die Wet op Regspraktyk het juis ten doel om toegang tot die professie te vergemaklik, maar die verpligting om aan die statutêre reguleerder jaarliks ledegelde te betaal, ongeag die finansiële welvaart van die betrokke regspraktisyn, mag voornemende regspraktisyns afskrik om tot die regsprofessie toe te tree.

Die bedryfskoste van die Regspraktykraad is ook onlangs in die Nasionale Forum bespreek en die Nasionale Forum is van voorneme om die tekort in die aanvangsbegroting van die Regspraktykraad aan die Minister van Justisie voor te hou en te versoek dat die tekort vanuit die koffers van die Departement van Justisie gefinansier word. Verskeie partye het ook hul kommer oor hierdie aspek uitgespreek en aangedui dat so 'n versoek net die

²⁶ Smuts *l supra* (n 21); Gauntlett *J supra* (n 13) 5.

onafhanklikheid van die regsprofessie verder sal skaad.²⁷ Die onafhanklikheid van die regsprofessie sal deur die finansiering van die Regspraktykraad uit die staatkoffers verder nadelig beïnvloed word, maar die finansiële welvaard van veral kleiner regspraktyke behoort hier ook in gedagte gehou te word. Indien die bedryfskoste van die Regspraktykraad uitsluitlik uit die verpligte ledegelde van regspraktisyns gefinansier word, sal dit die suksesvolle bedryf van kleiner regspraktyke onmoontlik maak.

Smuts en Gauntlett se opinies word deur sommige skrywers as doemprofeties geag, maar die mate van korrektheid in hul opvattinge en die negatiewe uitwerking van die verpligte finansiële bydra deur alle regspraktisyns sal egter eers tot die voorgrond tree sodra die bedrag van die verpligte ledefooie deur die Regspraktykraad in terme van die reëls in die *Staatskoerant* geproklameer word. Die lewensvatbaarheid van veral kleiner regspraktyke, plattelandse praktyke en enkel praktisyns sal myns insiens daadwerklik in gedrang wees indien die verpligte ledefooie 'n onrealistiese addisionele finansiële las op hierdie groep regspraktisyns plaas. Die praktiese impak met betrekking tot die toegang tot die regsprofessie en die moontlike afname in die toetrede van veral minderbevoorregte voornemende regspraktisyns sal egter eers statisties ontleed kan word sodra die bedrag van die verpligte finansiële bedrae tot die Regspraktykraad geproklameer is en 'n bepaalde tydperk verloop het. Myns insiens sal die waarskynlike addisionele finansiële verpligting voornemende regspraktisyns afskrik om tot die regsprofessie toe te tree, veral indien die regspraktisyn nie oor genoegsame eksterne finansiële steun beskik nie, welke situasie weer tot 'n verlies aan kundigheid sal aanleiding gee.

²⁷ LSSA “*Legal Practice Act Advisory: Ninth plenary meeting of the National Forum on the legal profession*” <http://www.lssa.org.za/legal-practitioners/advisories/misc/legal-practice-act-28-of-2014/misc/legal-practice-act> (datum van gebruik: 7 Julie 2017).

6.5 Slot opmerkings

Die uitsluitlike doel van die studie was om as 'n beginpunt te dien vir verdere besprekings met betrekking tot sommige van die omstrede bepalings soos vervat in die Wet op Regspraktyk. Die studie kan onmoontlik 'n volledige weergawe bied van al die kwelpunte wat in die toekoms tot die voorgrond sal tree aangesien die regsprofessie as 'n geheel deur die bepalings van die Wet op Regspraktyk geraak word.

Die bepalings van die Wet op Regspraktyk gaan egter daadwerklike veranderinge teweegbring aan die praktiese beoefening van 'n regsloopbaan. Regstudente gaan aan die begin van hul loopbane nie meer gekonfronteer word met die geykte klassifisering van 'n prokureurspraktyk of 'n praktyk as 'n advokaat nie, maar eerder kan fokus op 'n loopbaan as 'n regspraktisyn wat in die regte praktiseer tot die beste van sy vermoë sonder die administratiewe rompslomp tussen die verskillende ampte. Die "hibriede" regspraktisyn wat deur die Wet op Regspraktyk in die lewe geroep word, behoort ook myns insiens 'n interessante dinamika tot die huidige regsprofessie te bring. Die praktiese implementering van hierdie vorm van die regsprofessie sal egter eers met verloop van tyd uitgestryk word. Hierdie veranderinge is vreemd vir enige regspraktisyn wat in die laaste paar dekades aktief in die regte gepraktiseer het en sal van alle ouer regspraktisyns 'n daadwerklike gedagteverskuiwing vereis.

Met verloop van my bestudering van die ontstaan van die regsprofessie, die huidige aard van die professie in Suid-Afrika en al die eksterne faktore wat op die uitvoering van die professie ter sprake is, het dit egter vir my besonder duidelik geword dat tyd die grootste leermeester is. Die gevolgtrekkings wat ek in die studie gemaak het, kan waarskynlik verander sodra die bepalings van die Wet op Regspraktyk deur ons howe in die lig van die Grondwet getoets word. Ek is dus huiwerig om tot die konklusie te kom dat die Wet op Regspraktyk óf die belangrikste transformatiewe instrument vir die regsprofessie tot nou toe in Suid-Afrika daarstel, óf 'n oordrewe politieke instrument in die hande van die huidige regerende party is. Wat wel vasstaan, is die feit dat die regsprofessie nie kon aangaan op die trae pad na transformasie wat hulle sedert 1994 gevolg het nie. Daadwerklike ingryping was

onafwendbaar. Die geforseerde ingryping deur die daarstelling van wetgewing en sanksies indien daar nie aan die wetsbepalings voldoen word nie, kan myns insiens egter grootskaalse skade berokken aan die delikate aard van die transformasieproses in Suid-Afrika en die aansien van die regsprofessie in teenstelling met die edele doelstellings van die Wet op Regspraktyk.

Ek wil egter 'n skoot in die donker waag en dit stel dat die verlede homself inderdaad dikwels herhaal. Myns insiens moet die mislukkings van die verlede gebruik word as 'n leerskool om huidige slaggate te vermy in 'n poging om 'n regsprofessie wat reeds in kontroversie gehul is, te transformeer. Smuts het dan ook by geleentheid gewaarsku dat:

“One may ask why, when a model has been tested and has failed elsewhere, we should seek to repeat that experience and condemn a generation of South Africans to a local experiment in pre-destined failure before we try to claw back what we have lost.”²⁸

Ek is oortuig van die feit dat ons gehoor behoort te gee aan die waarskuwings van ander bedelings, beide in Suid-Afrika en in ander dele van die wêreld ten einde te verseker dat die regsprofessie nie in 'n administratiewe bedeling gedompel word sonder die moontlikheid op herstel nie. Die transformasie van die regsprofessie kan egter nie agterweë bly ten gunste van die handhawing van die huidige *status quo* nie. Regspraktisyns behoort dus nie te skuil agter die omstrede bepalinge in die Wet op Regspraktyk en in die lig van hierdie bepalinge te litigeer, bloot in 'n poging om die uiteindelijke transformasie van die regsprofessie te frustreer nie. Myns insiens behoort sommige van die bepalinge in die Wet op Regspraktyk wel deur ons howe aan die hand van die doelstellings soos vervat in ons Grondwet getoets te word, maar hierdie litigasieproses mag nooit ten koste van die uiteindelijke transformatiewe doelstellings van die regering geskied nie.

Die regsprofessie gaan in die volgende paar jaar 'n interessante nuwe bedeling tegemoet waarin nuwe uitdagings in praktykvoering en regulering die lig sal sien. Myns insiens behoort hierdie edele praktyk egter nie sy integriteit of unieke aard te verloor ten koste van die veranderinge wat deur die Wet op Regspraktyk teweeggebring word nie.

²⁸ Smuts *l supra* (n 21).

“HURRAH for revolution and more cannon-shot! A beggar upon horseback lashes a beggar on foot. Hurrah for revolution and cannon come again! The beggars have changed places, but the lash goes on.”

William Butler Yeats²⁹

²⁹ Aanhaling uit Zille H *“The Development of South Africa’s Constitutional Democracy since 1990”* <http://www.fwdeklerk.org/index.php.../publications?...loeing-back-looking-forward> (datum van gebruik: 15 November 2016).

Bibliografie

Boeke

- Baker JH *An Introduction to English Legal History* (London: Butterworths Press 1990)
- Bennet T en Murray C “Traditional leaders” in S Woolman, T Roux, J Klaaren, A Stein, M Chaskalson en M Bishop (reds.) *Constitutional Law of South Africa* (2de uitgawe, OS, Desember 2005) Hoofstuk 26
- Brand P *The Origins of the English Legal Profession* (Oxford: Blackwell 1992)
- Brundage JA *The Medieval Origins of the Legal Profession, Canonists, Civilians, and Courts* (Chicago en London: University of Chicago Press 2010)
- Buckland WW *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* 3de uitgawe (Cambridge: University Press 1963)
- Butlender S “National Legislative Authority” in S Woolman, T Roux, J Klaaren, A Stein, M Chaskalson en M Bishop (reds.) *Constitutional Law of South Africa* (2de uitgawe, OS, Junie 2004) Hoofstuk 17
- Crook JA *Legal Advocacy in the Roman World* (Ithaca, New York: Cornell University Press 1995)
- Currie I en De Waal J *The New Constitutional and Administrative Law* Vol 1 hersiende uitgawe (Kaapstad: Juta & Co. Ltd. 2002)
- Currie I, De Waal J en Law Society of South Africa *The Bill of Rights Handbook* 6de uitgawe (Kaapstad: Juta & Co.Ltd. 2013)
- Devenish GE “The Cape of Good Hope 1652 – 1909” in HF Mellet, S Scott en P van Warmelo (reds.) *Our Legal Heritage* (Durban: Butterworths Press 1982)
- Devenish GE *A Commentary on the South African Constitution* (Durban: Lexisnexis Butterworths 2004)
- Ebrahim H *The Soul of a Nation: Constitution-Making in South Africa* (Kaapstad: Oxford University Press 1998)
- Gerber RJ *Lawyers, Courts and Professionalism* (New York: Greenwood Press 1989)
- Gillespie A *The English Legal System* (Oxford: University Press 2007)

Greenidge MA *The Legal Procedure of Cicero's Time* (New York, New York: Augustus M Kelly Publishers 1971)

Hahlo HR en Kahn E *The South African Legal System and its Background* (Kaapstad: Juta & Co. Ltd. 1973)

Hahlo HR en Kahn E *The Union of South Africa. The Development of its Laws and Constitution* (Kaapstad: Juta & Co. Ltd. 1960)

Hamilton A, Madison J en Jay J *The Federalist Papers No 51* (1788, JM Dent uitgawe 1992)

Holdsworth WS, Goodhart AL, Hanbury GH en Burk JMD *A History of English Law* (vol XII) (London: Methuen & Co. Ltd. 1938 herdruk 1966)

Hosten WJ *Introduction to South African Law and Legal Theory* 2de uitgawe (Durban: Butterworths Press 1995)

Huber U *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* Vertaling van 5de uitgawe in Engels deur Gane P *The Jurisprudence of my time* Vol II (Durban: Butterworths Press 1939)

Kleyn D en Viljoen F *Beginner's guide for law students* 4de uitgawe (Kaapstad: Juta & Co. Ltd. 2010)

Lewis EAL *Legal Ethics - A guide to professional conduct for South African attorneys* (Kaapstad: Juta & Co. Ltd. 1982)

Mandela NR *Long walk to freedom: The autobiography of Nelson Mandela* (London: Abacus 2009)

Montesquieu C de S *The Spirit of the Laws* (1748) soos vertaal deur Cohler AM, Miller BC en Stone HS in *Cambridge texts in the History of Political Thought* (Cambridge: Cambridge University Press 1989)

Motlala Z en Ramaphosa C *Constitutional law: Analysis and Cases* (Kaapstad: Oxford University Press 2002)

Oelofse AN "The Orange Free State 1843 – 1909" in HF Mellet, S Scott en P van Warmelo (reds.) *Our Legal Heritage* (Durban: Butterworths Press 1982)

Randall GH, Bax KC en Sampson DH *South African Attorney's Handbook* 3de uitgawe (Durban: Butterworths 1983)

Rautenbach IM en Malherbe EFJ *Constitutional Law* 6de uitgawe (Durban: LexisNexis 2012)

Roberts SN "Natal 1830-1909" in HF Mellet, S Scott en P Van Warmelo (reds.) *Our Legal Heritage* (Durban: Butterworths Press 1982)

Scott J “The administration of justice in the Transvaal 1836 – 1910” in HF Mellet, S Scott en P van Warmelo (reds.) *Our Legal Heritage* (Durban: Butterworths Press 1982)

Seedorf S en Sibanda S “Separation of powers” in S Woolman, T Roux, J Klaaren, A Stein, M Chaskalson en M Bishop (reds.) *Constitutional Law of South Africa* (2de uitgawe, OS, Junie 2008) Hoofstuk 12

Terreblance SJ *Lost in Transformation: South Africa’s search for a new future since 1986* (Johannesburg: KMM Review Publishing 2012)

Van der Linden J *Verhandeling over de Judicieele Practijc, of Form van Procedeeren, Voor de Hoven van Justitie in Holland gebruikelijk* Part 1 (Leyden 1794)

Van Leeuwen S *Het Roomsche Hollandsche Recht* (Amsterdam 1783)

Van Warmelo P *Die Oorsprong en Betekenis van die Romeinse Reg: ‘n studie van die historiese en prosesuele agtergrond van die materiële Romeinse Reg* 2de uitgawe (Pretoria: JL Van Schaik 1978)

Van Wyk CW, Roodt CH en Le Roux B *Study guide for Professional Ethics* (Pretoria: Unisa Press 2009)

Van Zyl GB *The Theory of the Judicial Practice of South Africa: With Suitable and Copious Practical Forms Subjoined to and Illustrating the Practice of the Several Subjects Treated Of* 4de uitgawe (Kaapstad: Juta & Co. Ltd. 1931)

Vile MJC *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Oxford: Clarendon Press 1967)

Visagie GG *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652 tot 1806: Met ‘n bespreking van die historiese agtergrond* (Kaapstad: Juta & Kie. Bpk. 1969)

Voet J *Commentarius ad pandectas* Vertaling in Engels deur Gane P “The Selective Voet being the Commentary on the Pandects” vol 1 (Durban: Butterworths 1955)

Watkin TG *An Historical Introduction to Modern Civil Law* (Aldershot: Ashgate Dartmouth 1999)

Wessels JW *History of the Roman Dutch Law* (Grahamstown: Cape Colony 1908) beskikbaar op <http://www.heinonline.org> (datum van gebruik: 14 Augustus 2015)

Woolman S en Swanepoel J “Constitutional History” in S Woolman, T Roux, J Klaaren, A Stein, M Chaskalson en M Bishop (reds.) *Constitutional Law of South Africa* (2de uitgawe, OS, Junie 2008) Hoofstuk 2

Woolman S, Roux T en Bekink B “Co-operative Government and Intergovernmental Relations” in S Woolman, T Roux, J Klaaren, A Stein, M Chaskalson en M Bishop (reds.) *Constitutional Law of South Africa* (RS 1, Julie 2009) Hoofstuk 14

Proefskrifte

Brand D *Courts, Socio-Economic Rights and Transformative Politics* (LLD Proefskrif Stellenbosch 2009)

Lenel B *The History of South African law and its Roman-Dutch Roots* (2002 – Switzerland) <http://www.lenel.ch> (datum van gebruik: 12 April 2017)

Van der Merwe FE *Die struktuur en funksionering van die prokureursprofessie in Suid-Afrika* (LLD proefskrif Universiteit van Pretoria 1986)

Wetgewing en Reëls

Constitution of the Law Society of South Africa <http://www.lssa.org.za/uploads/LSSA-Constitution.pdf> (datum van gebruik: 20 Julie 2015)

Etiese gedragkode vir advokate

Geregtelike Dienskommissie Wet 9 van 1994

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 108 van 1996

Hooggeregshof Wet 59 van 1959

Kompetisiewet 89 van 1998

Nasionale Kwalifikasieraamwerk Wet 67 van 2008

Padongelukkefonds Wet 56 van 1996

Padongelukkefonds Wysigingswet 19 van 2005

Praktykhandleiding vir professionele gedrag van die Prokureursorde van Suid-Afrika

Reëlsraad vir Howe Wet 107 van 1985

Wet op Regspraktyk 28 van 2014

Wetsontwerp op Regspraktyk 20 van 2012

Rules for the Attorney’s Profession (GG 39740 van 26 Februarie 2016) <http://www.lssa.org.za/legal-practitioners/policy-documents/misc/uniform-rules-for-the-attorneys-profession> (datum van gebruik: 27 Junie 2016)

Staatsprokureurswet 56 van 1957

Uniform Rules of Professional Ethics <http://www.sabar.co.za/rules-of-ethics.html> (datum van gebruik: 1 Julie 2016)

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Wet op Arbitrasie 42 van 1965

Wet op Hoër Howe 10 van 2013

Wet op die Reg op Verskyning in Howe Wet 62 van 1995

Wet op die Spesiale Ondersoekeenheid 74 van 1996

Wet op die Toelating van Advokate 74 van 1964

Wet op Gebeurlikheidsfooie 66 van 1997

Wet op Prokureurs 53 of 1979

Wysigingswet op Prokureurs 40 van 2014

Sake

Algemene Balieraad van SA v Burger 1993 (4) SA 510 (T)

Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs and Tourism 2004 (4) SA 490 (CC)

Bernstein v Bester 1996 (4) BCLR 449 (CC)

Beyers v Pretoria Balieraad 1966 (3) All SA 96 (A)

Biowatch Trust v Registrar, Genetic Resources and Others 2009 (6) SA 232 (C)

Bitter NO v Ronald Bobroff & Partners Inc. and Another (11069/13) [2014] ZAGPJHC 95; 2014 (6) SA 384 (GJ) (29 April 2014)

Camps Bay Ratepayers and Residents Association and Another v Harrison and Another (2012) ZACC 17; 2012 (11) BCLR 1143 (CC)

Carmichele v Minister of Safety and Security 2001 (4) SA 938 (CC)

Chairperson of the National Council of Provinces v Malema (535/2015) (2016) ZASCA 69

Commissioner, Competition Commission v General Council of the Bar of South Africa and Others 2002 (6) SA 606 (SCA)

De Freitas v Society of Advocates of Natal 2001 (3) SA 750 (SCA)

De La Guerre v Ronald Bobroff and Partners Inc. and others (22645/2011) (2013) ZAGPPHC 33 (13 Februarie 2013)

De Lange v Smuts NO and Others 1998 (7) BCLR 779 (CC)

Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly 2006 (6) SA 416 (CC)

Ex part Aarons 1985 (3) SA 286 (T)

Ex parte Auret (1888) 2 SAR 228

Ex parte Brits 1966 (1) SA 105 (T)

Ex parte Caminsky 1958 (3) SA 249 (N)

Ex parte Cassim 1970 (4) SA 476 (T)

Ex Parte Stuart and Geerds 1936 NPD 57

Ex parte Swain 1973 (2) SA 427 (N)

Executive Council Western Cape Legislature v President of the Republic of South Africa 1995 (10) BCLR 1289 (CC)

Fine v Society of Advocates of South Africa (WLD) 1983 (4) SA 488 (A)

Fourie v Ronald Bobroff and Partners Inc. 2015 (2) All SA 210 (GJ)

General Council of the Bar of South Africa v Geach and others 2013 (2) SA 52 (SCA)

General Council of the Bar of South Africa v Jiba and others 2017 (1) SACR 47 (GP)

General Council of the Bar of South Africa v Matthys 2002 (5) SA 1 (E)

General Council of the Bar of South Africa v Van der Spuy 1999 (1) SA 577 (T)

Glenister v President of the Republic of South Africa 2009 (1) SA 287 (CC)

Government of the RSA v Grootboom 2000 (11) BCLR 1160 (CC)

Graham and Another v Ronald Bobroff and Partners and Another (5203/2015) ZAGPPHC 126 (17 Maart 2015)

Graham and Others v Law Society of the Northern Provinces and Others (61790/2012) (2014) ZAGPPHC 496 (15 April 2014)

Harris v Minister of the Interior 1952 (2) SA 428 (A)

Hayes v The Bar Council 1981 (3) SA 1070 (ZA)

Hennie de Beer Game Lodge CC v Waterbok Bosveld Plaas CC and Another (2010) ZACC 1; 2010 (5) SA 124 (CC)

In re Rome 1991 (3) SA 291 (A)

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

Incorporated Law Society v Wookey 1912 AD 623

Incorporated Law Society, Natal v Hassim (ook bekend as Essack) 1978 (2) All SA 552 (N)

Jasat v Natal Law Society 2000 (2) All SA 310 (SCA)

Johannesburg Society of Advocates v Van Blankenberg 2015 JOL 33057 (GJ)

Kaplan v Incorporated Law Society, Transvaal 1981 (2) SA 763 (T)

Kaunda v President of the Republic of South Africa 2004 (10) BCLR 1009 (CC)

Kudo v Cape Law Society 1977 (4) SA 659 (A)

Law Society of South Africa and Others v Road Accident Fund and Another 2009 (1) SA 206 (C)

Law Society of the Cape of Good Hope v C 1986 (1) SA 616 (A)

Law Society of the Cape of Good Hope v Tobias and Another 1991(3) All SA 531 (C)

Law Society of the Northern Provinces and Others (Road Accident Fund (intervening) v Ronald Bobroff and Partners Inc. and others (61790/12)(2015) ZAGPPHC 1118 (26 Augustus 2015)

Law Society of the Northern Provinces v Graham and others (61790/2012) ZAGPPHC 270 (4 Maart 2016)

Law Society of the Transvaal v Machaka 1998 (4) SA 413 (T)

Law Society, Transvaal v Behrman 1981 All SA 470 (A)

Liberty Group Ltd V Singh and Another (KDZ) (unreported case no 9105/11, 7-6-2012)

Lushaba v The MEC for Health, Gauteng (saak nommer: 17077/2012) (2014) ZAGPJHC 407 (16 Oktober 2014)

Malan and Another v Law Society, Northern Provinces 2009 (1) SA 216 (SCA);

Matthews v Cape Law Society 1956 (1) SA 807 (C)

Mazibuko and Others v City of Johannesburg 2010 (3) BCLR 239 (CC)

Mazibuko, Leader of the Opposition in the National Assembly v Sisulu MP Speaker of the National Assembly 2012 ZAWCHC 189 (22 November 2012)

Minister of Finance v Van Heerden 2004 (6) SA 121 (CC)

Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others 2002 (10) BCLR 1075 (CC)

Motswai v RAF 2014 (6) SA 360 (SCA)

Motswai v Road Accident Fund 2013 (3) SA 8 (GSJ)

National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Home Affairs 2000 (2) SA 769 (A)

National Treasury and Others v Opposition to Urban Tolling Alliance (OUTA) and Others (2012) <http://www.saflii.org.za/za/cases/ZACC/2012/18.html>

Naylor and Another v Jansen 2007 (1) SA 16 (SCA)

Noordien V Cape Bar Council and others (2015) JOL 32746 (WCC)

Premier, Mpumalanga v Executive Committee of State-aided Schools, Eastern Transvaal 1999 (2) BCLR 151 (CC)

President of the Republic of South Africa and Others v Gauteng Lions Rugby Union and Another (2001) ZACC 5; 2002 (2) SA 64 (CC)

President of the Republic of South Africa v Hugo 1997 (4) SA 1 (CC)

President of the Republic of South Africa v South African Rugby Football Union (SARFU) 2000 (2) SA 1 (CC)

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

Price Waterhouse Coopers Inc. and Others v National Potato Co-operative Ltd 2004 (6) SA 66 (SCA)

Prince v President of the Law Society, Cape of Good Hope 1998 (8) BCLR 976 (C)

Prince v President, Cape Law Society 2000 (3) SA 845 (SCA)

Prince v President, Cape Law Society 2002 (2) SA 794 (CC)

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

Re: Liveri [2006] QCA 152

Republic of South Africa v Grootboom and Others 2001 (1) SA 46 (CC)

Rice v Society of Advocates of SA (Witwatersrand Division) 2004 (5) SA 537 (WLD)

Ronald Bobroff & Partners Inc v De La Guerre; South African Association of personal injury lawyers v Minister of Justice and Constitutional Development CCT 112/13, CCT 123/13 (2014) ZACC 2; 2014 (3) SA 134 (CC); 2014 (4) BCLR 430 (CC)

Ronald Bobroff and Partners Inc. and others v Derek (27388/2013) (2014) ZAGPJHC 220 (30 Junie 2014)

Rösemann v General Council of the Bar of South Africa 2004 (1) SA 568 (SCA)

S v Makwanyane and Another 1995 (3) SA 391 (CC)

S v Mamabolo 2001 (3) SA 409 (CC)
Sandi Welcome Ketssekele v Road Accident Fund 2015 (4) SA 178 (GP)
Society of Advocates Natal and Natal Law Society v Merret 1997 (2) All SA 273
Society of Advocates of Natal v De Freitas and another 1997 (4) All SA 452 (N)
Society of Advocates of SA (Witwatersrand Division) v Fischer 1966 (1) SA 133 (T)
Solomon v Law Society of the Cape of Good Hope 1934 AD 401
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)
South African Association of Personal Injury Lawyers v Minister of Justice and Constitutional Development 2013 (2) SA 583 (GNP)
Speaker of the National Assembly v De Lille and Another 1999 (4) SA 863 (CC)
Stevens NO v Maloyi (ECP) (unreported case no 1205/08,26-04-2012)
Swain v Society of Advocates, Natal 1973 (4) All SA 604 (A)
Swartzberg v The Law Society of the Northern Provinces 2008 (5) SA 322 (SCA)
Thusi v Minister of Home Affairs and Another and 71 other cases 2011 (2) SA 561 (KZP)
Uthukela District Municipality v President of the Republic of South Africa 2002 (11) BCLR 1220 (CC)
Valente v The Queen (1985) 24 DLR (4th) 161
Zeiler v Incorporated Law Society 1902 TS 24

Joernalartikels

Badenhorst M “Separation of powers is not constitutional Kryptonite” Januarie/Februarie (2015) *De Rebus* 66-67
Barrie GN “Die soewereiniteit van die Britse parlement in 2010: is dit steeds soos Dicey dit uitgespel het?” (2010) 3 *TSAR* 486-500
Botha CG “Early Legal Practitioners of the Cape” (1924) *SALJ* 255-262
Buchner G “Changing the way we charge” Oktober (2014) *De Rebus* 40-42

Cloete R en Gravett WH "Balancing on the sword's edge: May an attorney acquire a mortgage over a client's home to secure a legal fee?" (2013) 76 *THRHR* 537-549

De Broglio M "Contingency fees – quo vadis" Mei (2014) *De Rebus* 86-89

De Villiers DS "*Nolle Prosequi* van 'n *prima facie*-saak beoordeel teen die lig van die onafhanklikheid en vervolgingsdiskressie van die staatsaanklaer" (2006) 1 *TSAR* 173-182

De Villiers WP "Is the prosecuting authority under South African law politically independent? An investigation into the South African and analogous models" (2011) 74 *THRHR* 247-263

De Vries ID "Courts: The weakest link in the democratic system in South Africa: A power perspective" (2006) 25 1 *Politeia* 41-56

Devenish GE "The doctrine of separation of powers with special reference to events in South Africa and Zimbabwe (2003) 66 1 *THRHR* 84-99

Domanski A "The operation of Platonic justice in the South African Constitution" (2004) 5 1 *Phronimon* 31-36

Erasmus G "Die Finale Grondwet: Legitimiteit en ontstaan" (1997) 1 *Stellenbosch Law Review* 31-44

Friedman C "The history of the division of the South African legal profession" Februarie (1990) *De Rebus* 136-140

Gleeson CJ "Legal Oil and Political Vinegar" (1999) 10 *Public Law Review* 108

Govindasamy P "More light on contingency fee agreements" Desember (2012) *De Rebus* 95-98

Greenbaum L "Experiencing the South African undergraduate law curriculum" (2012) 7 *De Jure* 104-124

Halbert J "The link between the Legal Practice Bill and access to justice" Oktober (2014) *De Rebus* 37-39

Hawkey K "Justice Minister says legal profession must take responsibility" Mei (2011) *De Rebus* 10

Hawkey K "Professional rules stand despite Competition Commission ruling" Mei (2011) *De Rebus* 12

Hawkey K "Impact of the Legal Practice Bill" September (2012) *De Rebus* 5-10

Hawkey K "Levelling the playing field: attorneys' fees for court appearances" September (2012) *De Rebus* 20-22

Hawkey K "On par" September (2012) *De Rebus* 2

Hawkey K "Top court rebukes 'skyrocketing' legal fees" November (2012) *De Rebus* 51-52

Hawkey K "A step closer – Oral hearings of the Legal Practice Bill" April (2013) *De Rebus* 22-48

Hawkey K "Justice Department responds to Legal Practice Bill submissions" Mei (2013) *De Rebus* 38

Hoppenstein AS "Fusion-the answer to the high cost of litigation" (1959) *SALR* 296-303

Jowitt A "The impact of plagiarism on admission to the bar: *Re: Liveri* [2006] QCA 152" (2007) 11 *Journal of South Pacific Law* 213-217

Kahn E "The history of the administration of justice in the South African Republic" (1958) *SALJ* 397-417

Klaaren J "Current Demographics in Large Corporate Law Firms in South Africa" (2014) 7 *African Journal of Legal Studies* 587-594

Klare KE "Legal Culture and Transformative Constitutionalism" (1998) 14 1 *SAJHR* 146-188

Kruger J "Regstaat, Kultuurstaat, Welvaartstaat: Bestanddele van 'n nuwe staatsmodel" (1994) 1 *Stellenbosch Law Review* 15-32

Labuschagne JMT "Kommunikatiewe geregtigheid en konsensuele strafregspiegling: Het 'n beskuldigde 'n reg op 'n onpartydige aanklaer?" (2002) 3 *TSAR* 512-525

Labuschagne P "The doctrine of separation of powers and its application in South Africa" (2004) 23 3 *Politeia* 84-102

Labuschagne P "Trias politica as guiding constitutional principle in the modern state: Obsolete relic or constitutional necessity?" (2006) 25 1 *Politeia* 18-29

Langa P "Transformative Constitutionalism" (2006) 17 3 *Stellenbosch Law Review* 351-360

Le Roux "Conscience against the law: Mahatma Gandhi, Nelson Mandela and Bram Fisher as practicing lawyers during the struggle" (2001) *Codicillus* 20-35

MacDowell B "The usefulness of "Good moral character"" (1993) 33 *Washburn Law Journal* 323-336 beskikbaar by <http://www.heinonline.org.za> (datum van gebruik: 3 Oktober 2015)

Maduna P "Response to the comment by the Pretoria and Johannesburg judges of the Transvaal Provincial division of the High Court on the Legal Practice Bill, dated 5 March 2001" April (2001) *De Rebus* 9-12

Malan K "Reassessing judicial independence and impartiality against the backdrop of judicial appointments in South Africa" (2014) 17 5 *PER/PELJ* 1965-2040

Malherbe R “Skeiding van Magte: Die Bestek van Geregtelike Kontrole oor die Wetgewende Gesag” (2009) 4 *TSAR* 785-792

Maloka TC “Protecting the Foundation and Magnificent Edifice of the Legal Profession: Reflections on *Thukwane v Law Society of the Northern Provinces* 2014 5 SA 513 (GP) and *Mtshabe v Law Society of the Cape of Good Hope* 2014 5 SA 376 (ECM)” (2015) 18 7 *PER/PELJ* 54-74

Manyathi N “The Legal Practice Bill: The unfinished business” Mei (2012) *De Rebus* 8-11

Manyathi N, Sedutla M en Hawkey K “The Legal Practice Bill: Major implications for the legal profession” Mei (2011) *De Rebus* 11-12

Manyathi-Jele N “LSSA, AGM news” Mei (2012) *De Rebus* 32

Manyathi-Jele N “The Legal Practice Bill: What will change for attorneys?” Julie (2014) *De Rebus* 3

Manyathi-Jele N “Pro bono index launched” Julie (2014) *De Rebus* 9-10

Manyathi-Jele N “Where on the profession’s agenda - if at all - are the strategies to deal with challenges faced by female lawyers?” Oktober (2014) *De Rebus* 3

Manyathi-Jele N “Women and the judiciary” Oktober (2014) *De Rebus* 6-10

Manyathi-Jele N “Report: Transformation of the legal profession” November (2014) *De Rebus* 18-23

Manyathi-Jele N “The impact of the Legal Practice Act on the Attorneys Fidelity Fund” Desember (2014) *De Rebus* 6-7

Manyathi-Jele N “The law—20 years into democracy - discussed at BLA AGM” Desember (2014) *De Rebus* 3-5

Manyathi-Jele N “Gender transformation, is enough being done?” Januarie (2015) *De Rebus* 16-18

Manyathi-Jele N “IBA celebrates the Magna Carta” Julie (2015) *De Rebus* 7-11

Manyathi-Jele N “Lack of advancement of black and female lawyers in the spotlight” Julie (2015) *De Rebus* 12-16

Manyathi-Jele N “Referral rule of Attorneys Act not unconstitutional” Augustus (2015) *De Rebus* 53

Manyathi-Jele N “Constitutional rights education on the spotlight at national colloquium” September (2015) *De Rebus* 6-7

Manyathi-Jele N "The Legal Practice Bill: What's happening now?" September (2015) *De Rebus* 3

Matlala D "Learned friends, learned adversaries" April (2003) *De Rebus* 18

Matlala D "Referral rule: GCB wins yet again" June (2003) *De Rebus* 42

Mesengu T en Tilley A "Is the appointment of acting judges transparent?" Junie (2015) *De Rebus* 24-26

Mhango MO "Separation of powers in Ghana: The evolution of the political question doctrine" (2014) 17 6 *PER/PELJ* 2704-2744

Mitchell D "Contingency fees. And Justice for all?" Mei (1998) *Consultus* 51-52

Mnyongani F "Whose morality? Towards a legal profession with an ethical content that is African" (2009) 24 *SAPR/PL* 121-134

Ngcobo S "South Africa's Transformative Constitution: Towards an Appropriate doctrine of Separation of Powers" (2011) 1 *Stellenbosch Law Review* 37-49

O'Regan K "Checks and balances reflections on the development of the doctrine of separation of powers under the South African constitution" (2005) 8 1 *PER/PELJ* 120-150

O'Reilly K "Interim measures brought about through Attorneys Amendment Act" Julie (2015) *De Rebus* 28

Paladini U "South Africa: restructuring legal practice" September (2001) 21 *New Law Journal* 1375-1376

Rautenbach F "Compromising counsel's fees" April (2012) *Advocate* 48-49

Regan MC "Taking law firms seriously" *Georgetown Journal of Legal Ethics* vol 16 155-173

Rogers O "High fees and questionable practices" April (2012) *Advocate* 40-42

Rosa S "Transformative constitutionalism in a democratic developmental state" (2011) 22 3 *Stellenbosch Law Review* 542-565

Rossouw GJ "Why professional ethics in the legal profession" (1998) 1 *TSAR* 53-62

Roux T "Transformative Constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: Distinction without a difference?" (2009) 2 *Stellenbosch Law Review* 258-285

Seligson M "Counsel's Fees" April (1990) *Consultus* 10-11

Seligson M en Hofmeyr G "Counsel's Fees: The bar's reaction" Oktober (1989) *Consultus* 79-81

Shaw DJ "Origins of the KwaZulu-Natal Bar" April (2004) *Advocate* 4-5

Slabbert M “Superfluous Litigation, in a wrong forum about nothing: When lawyers and experts collude” (2013) 34 1 *Obiter* 166-173

Slabbert M “The requirement of being a “fit and proper” person for the legal profession” (2011) 14 4 *PER/PELJ* 209-230

Slabbert M en Boome DJ “Reformation from criminal to lawyer: Is such redemption possible?” (2014) 17 4 *PER/PELJ* 1498-1515

Thebe M “Transformation in our lifetime” November (2014) *De Rebus* 3

Thebe M “SCA clears practitioners in the Motswai decision” Desember (2014) *De Rebus* 3

Thebe M “Minister assures professional independence” Januarie/Februarie (2015) *De Rebus* 11-12

Thebe M “Significant reforms in pursuit of the ideal justice system” Januarie/Februarie (2015) *De Rebus* 13-14

Thebe M “Human rights, ICT and fees discussed on second day of AGM” Mei (2015) *De Rebus* 8-11

Thebe M “Solicitor –general to head office of the State Attorney” Julie (2015) *De Rebus* 3

Thebe M “Kwazulu-Natal law Society AGM: Legal Practice Act at the core of deliberations” Desember (2015) *De Rebus* 5-6

Thebe M “Outward retrospective” Desember (2015) *De Rebus* 3

Thomas PJ “Harmonising the law in a multilingual environment with different legal systems: Lessons to be drawn from the legal history of South Africa” (2008) 14 2 *Fundamina* 133-154

Turner G “The Bar and the Competition Commission” Augustus (2001) *Advocate* 25-26

Van der Bergh R “The *patronus* as representative in civil proceedings and his contribution towards the attainment of justice in Rome” (2009) 15 2 *Fundamina* 159-173

Van der Vyfer JD “Separation of Powers” (1993) 8 *SA Publiekreg/Private Law* 177-191

Van der Walt AJ “Dancing with Codes – Protecting, Developing and Deconstructing Property Rights in a Constitutional State” (2001) 118 *SALJ* 258-296

Van der Westhuizen JV en Van der Merwe D “Die Geskiedenis van die Regspleging in Transvaal (1852 – 1877) (1977) 10 *De Jure* 92-107

Van Marle K “Transformative constitutionalism as/and critique” (2009) 20 2 *Stellenbosch Law Review* 286-301

Van Wyk DH “Suid-Afrika en die regstaatidee” (1980) *Journal of South African Law* 152-169

Van Wyk DH “Kultuur, Staat, Reg – Kultuurstaatsreg?” (1991) *Stellenbosch Law Review* 180-201

Van Zyl CH IV en Visser J “Legal ethics, Rules of conduct and the Moral Compass— Considerations from a Law Student’s Perspective” (2016) 19 *PER/PELJ* 1-18

Whittle B “LSSA task team interrogates Legal Practice bill and plans to meet with advocates on the way forward” *Julie* (2012) *De Rebus* 17

Whittle B “The attorney’s profession in numbers” September (2014) *De Rebus* 20-21

Wildenboer L “The origins of the division of the legal profession in South Africa: A brief overview” (2010) 16 2 *Fundamina* 199-225

Wildenboer L “For a few dollars more: Overcharging and misconduct in the legal profession of the Zuid-Afrikaansche Republiek” (2011) *De Jure* 339-363

Ander artikels

Anetos P *Sunday Times* (2015/05/24) “Judge throws book at lawyers over pinky finger “scam”” 9

Anetos P *Sunday Times* (2015/05/24) “Struck-off attorney shrugs off sanction” 9

Beamish T *Citizen* (2014/04/14) “Bobroffs’ mired in scandal of client’s cash” 6

Beamish T *Moneyweb* (2014/07/29) “When collegiality equals complicity” <http://www.moneyweb.co.za> (datum van gebruik: 29 Julie 2014)

Beamish T *Moneyweb* (2015/04/29) “Bobroffs’ face their toughest challenge ever” <http://www.moneyweb.co.za> (datum van gebruik: 29 April 2015)

Beamish T *Moneyweb* (2015/08/31) “Bobroffs’ delaying tactics draw judicial censure” <http://www.moneyweb.co.za> (datum van gebruik: 31 Augustus 2015)

Beamish T *Moneyweb* (2016/02/09) “Another Bobroff contingency fee agreement found invalid” <http://www.moneyweb.co.za> (datum van gebruik: 9 Februarie 2016)

Blom N *Business Day* (2014/01/30) “BEE a priority on merger agenda” 8

Carlisle A *Daily Dispatch* (2014/10/24) “Greedy attorney cut out of nurse’s R2.6m RAF payout” 3

De Lange I *Citizen* (2015/10/22) “‘Dodgy’ lawyer struck off roll” 7

Du Preez L *Personal Finance* (2013/10/27) “Injury lawyers take fees case to Con Court” 7

Du Preez L *Saturday Star* (2014/02/22) “RAF ruling could trigger claims avalanche” 5

Du Preez L *Personal Finance* (2014/02/23) “Ruling clears way for contingency fee claims” 7-8

Faurie J *FA News* (2014/03/17) “RAF declares war on personal injury lawyers” 2

Ferreira E *IOL News* (2013/11/12) “Assembly passes Legal Practices Bill”
<http://www.iol.co.za/news/crime-courts/assembly-passes-legal-practices-bill-1.1606187>
 (datum van gebruik: 13 November 2013)

Gauntlett J *Business Day* (2012/06/04) “Radebe’s calamitous bill is an affront to the rule of law” 5-6

Hartley W *Business Day* (2013/03/25) “MP decries high cost of legal representation in SA”
<http://www.bdlive.co.za/national/law/2013/03/25/mp-decries-high-cost-of-legal-representation> (datum van gebruik: 25 Maart 2015)

Hartley W *Business Day Live* (2013/11/13) “Legal Practice Bill forced through despite opposition”
<http://www.bdlive.co.za/national/law/2013/11/13/legal-practice-bill-forced-through-despite-opposition> (datum van gebruik: 15 Januarie 2014)

Hartley W *Business Day* (2013/09/05) “Division over move to limit maximum fees for lawyers” 3

Hartley W *Business Day* (2013/10/04) “Legal practitioners may soon have to sign fee deals with clients” 4

Hartley W *Business Day* (2013/11/20) “Malpractice claims against lawyers set to be made public” 4

Laganparsad M *Sunday Times* (2015/05/17) “Advocate in desperate attempt to thwart silk sabotage” 5

Mabuza E *Daily Dispatch* (2015/04/07) “Concourt rules against RAF law firm” 5

Makinana A *Mail and Guardian* (2013/11/13) “National Assembly passes controversial Legal Practice Bill” 5

Masilela S *The New Age* (2014/02/28) "Lawyers 'scalping' accident victims" 5
 News 24 "Parliament Ok's legal practice bill"
<http://www.news24.com/printarticle.aspx=6a5d9339-f209=1057> (datum van gebruik: 12 November 2013)

October A *News 24* (2015/07/07) "Interfering judiciary: Thandi Modise takes separation of powers issues to the Constitutional Court"
<http://www.news24.com/SouthAfrica/News/Interfering-judiciary-Thandi-Modise> (datum van gebruik: 16 Februarie 2016)

Price A en Corder H *Business Day* (2013/02/25) "Modernise the legal profession, but not at any cost" 11

Rabkin F *Business Day* (2015/06/11) "Top court's gender score still off mark" 2

Rickard C *Pretoria News* (2014/10/30) "Attorney exposed for his excessive fees" 13

Temkin S *Business Day* (2008/04/11) "Global trend tests time-worn rules" 11

Venter Z *Pretoria News* (2014/11/10) "Attorney struck off roll after running practice for 52 years" 3

Internetbronne

Bosielo R "*Speech by Judge Ronnie Bosielo at the opening of the LLB summit*"
<http://www.lssa.org.za/LLBsummit> (datum van gebruik: 14 Julie 2014)

Butlender G "*Task Team on the Draft Legal Practice Bill Report by the Chairperson to the Minister of Justice and Constitutional Development (April 2012)*"
<http://www.lssa.org.za/uploads/files/Task%20Team%20Chairman's%20Report.pdf> (datum van gebruik: 14 Januarie 2014)

Centre for Applied Legal Studies "*Transformation of the Legal Profession*"
<http://www.wits.ac.za/files/25gim578095001427098673.pdf> (datum van gebruik: 9 November 2015)

Chaskalson A "*The Rule of Law: The importance of independent courts and the legal profession*"
<http://www.constitutionallyspeaking.co.za/arthur-chaskalson-on-independence-of-legal-profession> (datum van gebruik: 12 Julie 2014)

Chaskalson A *“Without fear, favour or prejudice: the courts, the constitution and transformation”* <http://www.lcr.org.za/publications> (datum van gebruik: 10 Julie 2014)

Clementi Report
<http://www.avocatsparis.org/Presence Internationale/droit homme/PDF/Rapport Clementi.pdf> (datum van gebruik: 31 Mei 2017)

De Klerk FW *“Looking Back, Looking Forward – 20 years after 2 February 1990”*
<http://www.fwdeklerk.org/index.php.../publications?...looking-back-looking-forward>
(datum van gebruik: 15 November 2016)

De Vos P *“President Zuma and the Separation of Powers”*
<http://www.constituionallyspeaking.co.za/president-zuma-and-the-separation-of-powers>
(datum van gebruik: 29 Februarie 2016)

De Vos P *“Taking pride in the separation of powers without prejudice”*
<http://www.constituionallyspeaking.co.za/taking-pride-in-the-separation-of-powers-without-prejudice> (datum van gebruik: 29 Februarie 2016)

Department of Justice and Constitutional Development *“Key Principles underpinning the transformation of the Legal Profession”* <http://www.lssa.org.za/uploads/Key-principles-of-the-LPB.pdf> (datum van gebruik: 2 Augustus 2014)

Department of Justice and Constitutional Development *“North-West University graduation ceremony”* <http://www.gov.za/speeches/2007/07051513451001.htm> (datum van gebruik: 9 September 2014)

Department of Justice and Constitutional Development *“Summary of written submissions on the Legal Practice Bill”* <http://www.gov.za/documents/downloads.php> (datum van gebruik: 18 September 2014)

GCB *“Access to excellence”* <http://www.sabar.co.za> (datum van gebruik: 27 Junie 2016)

GCB *“The role of Advocates”* <http://www.sabar.co.za/advocates.html> (datum van gebruik: 31 Julie 2015)

Geffen N *“Chequebook justice”* <http://www.groundup.org.za/article/chequebook-justice>
(datum van gebruik: 27 Junie 2016)

Langa P *“The progress made, and problems encountered in promoting the independence of the judiciary – as well as prospects for the future.”*
<http://www.fwdeklerk.org/index.php.../publications?...looking-back-looking-forward> (datum van gebruik: 15 November 2016)

Law Society of Zimbabwe “About us” <http://www.lawsociety.org.zw/Aboutus> (datum van gebruik: 31 Mei 2017)

Liebenberg S “The Future of “Transformative Constitutionalism” in South Africa” <http://www.legalbrief.co.za/article.php?story=20080812130754767> (datum van gebruik: 11 September 2014)

LSSA “About the attorney’s profession” <http://www.lssa.org.za/?q=con,147,about-the-attorneys-profession> (datum van gebruik: 10 November 2015)

LSSA “Attorney’s Profession in South Africa: 2016 review LexisNexis” <http://www.lexisnexis.co.za/attorneys-profession-in-south-africa-2016> (datum van gebruik: 2 Februarie 2017)

LSSA “Eighth meeting of the National Forum on the Legal Profession 6 May 2017” <http://www.lssa.org.za/legal-practitioners/advisories/misc/legal-practice-act-28-of-2014/misc/legal-practice-act> (datum van gebruik: 9 Mei 2017)

LSSA “First Working Draft of the Legal Practice Bill” <http://www.lssa.org.za/Uploads/files/LSSA%20comments%20on%20LPB%20november%20009.pdf> (datum van gebruik: 23 Mei 2016)

LSSA “History of the legal practice act” <http://www.lssa.org.za/legal-practitioners/advisories/misc/legal-practice-act-28-of-2014/misc/legal-practice-act> (datum van gebruik: 16 April 2016)

LSSA “Key Principles underpinning the Transformation of the Legal Profession” <http://www.lssa.org.za/uploads/key-principles-of-the-LPB.pdf> (datum van gebruik: 3 April 2013)

LSSA “Law Society Continue engagement with Compensation Commission” http://www.lssa.org.za/uploads/documents/LSSA%20Press%20Release%20Competition%20Commission%20Ruling%20%2014_03_11.pdf (datum van gebruik: 28 Januarie 2016)

LSSA “Law Society of South Africa submissions” <http://www/lssa.org.za/upload/Law-Society-of-South-Africa-submissions> (datum van gebruik: 2 Desember 2013)

LSSA “LSSA LPB submissions to Portfolio Committee” <http://www.lssa.org.za/upload/documents/LSSA%20LPB%20%20DRAFT%20submissions%20to%20Portfolio%20committee%20October%202012.pdf> (datum van gebruik: 21 April 2017)

LSSA “*Legal Practice Act Advisory: Ninth plenary meeting of the National Forum on the legal profession*” <http://www.lssa.org.za/legal-practitioners/advisories/misc/legal-practice-act-28-of-2014/misc/legal-practice-act> (datum van gebruik: 7 Julie 2017)

LSSA “*Statistics for the attorney’s profession*” <http://www.lssa.org.za/statistics-for-the-attorneys-profession> (datum van gebruik: 24 Januarie 2017)

LSSA Legalbrief 25 Maart 2013 “*Legislation: End distinction between attorneys, advocates – MP*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 25 Maart 2013)

LSSA Legalbrief Today “*Lawyer to fight legal fees cap in High Court*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 12 November 2012)

LSSA Legalbrief Weekly 106 “*Pro-bono*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 7 Maart 2014)

LSSA Legalbrief Weekly 107 “*The final rites of LPB resistance*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 14 Maart 2014)

LSSA Legalbrief Weekly 142 “*Moseneke urges review of presidential powers*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 14 November 2014)

LSSA Legalbrief Weekly 144 “*CJ raises independence concerns and ticks off Minister*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 28 November 2014)

LSSA Legalbrief Weekly 145 “*Why these lawyers must pay costs*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 5 Desember 2014)

LSSA Legalbrief Weekly 161 “*Spelling out transformation – in black & white!*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 17 April 2015)

LSSA Legalbrief Weekly 166 “*CJ warns government against interference*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 22 Mei 2015)

LSSA Legalbrief Weekly 169 “*Judiciary undermining Parliament, claims NCOP head*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 12 Junie 2015)

LSSA Legalbrief Weekly 170 “*Judiciary warned to stay out of political arena*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 19 Junie 2015)

LSSA Legalbrief Weekly 171 “*The courts, the ANC and the state*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 26 Junie 2015)

LSSA Legalbrief Weekly 172 “*Court-bashing in full swing*” <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 3 Julie 2016)

LSSA Legalbrief Weekly 173 *“Attorney allegedly pocketed too much of RAF Payout”*
<http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 10 Julie 2015)

LSSA Legalbrief Weekly 173 *“Profession needs to battle ‘ethical crisis’”*
<http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 10 Julie 2015)

LSSA Legalbrief Weekly 173 *“Questioning the power of a judge”* <http://www.lssa.org.za>
 (datum van gebruik: 10 Julie 2015)

LSSA Legalbrief Weekly 174 *“Who’s treading on who’s toes?”* <http://www.lssa.org.za> (datum
 van gebruik: 17 Julie 2015)

LSSA Legalbrief Weekly 188: News of the week of 16 to 23 October 2015 *“Briefing patterns
 in black and white”* <http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 23 Oktober 2015)

LSSA Legalbrief Weekly 190: News for the week of 30 October to 6 November 2015
“Practice: Double broadside against skewed briefing patterns” <http://www.lssa.org.za>
 (datum van gebruik: 6 November 2015)

LSSA Legalbrief Weekly 211 *“Judicial independence under scrutiny”* <http://www.lssa.org.za>
 (datum van gebruik: 22 April 2016)

LSSA Legalbrief Weekly 211 *“No clarity on Bobroff extradition issue”* <http://www.lssa.org.za>
 (datum van gebruik: 22 April 2016)

LSSA Legalbrief Weekly 216 *“Malema’s ‘massacre’ remarks protected – SCA”*
<http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 27 Mei 2016)

LSSA Legalbrief Weekly 216 *“Overcharging lawyer battles to avoid striking off”*
<http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 27 Mei 2016)

LSSA Newsletter Junie 2012 *“Judges enforce cap on contingency fees”*
<http://www.lssa.org.za> (datum van gebruik: 14 Februarie 2013)

LSSA Submissions *“Summary of written submissions: Legal Practice Bill (20 of 2012)”*
<http://www.lssa.org.za//q=con,112,LegalPracticeBill> (datum van gebruik: 1 September
 2014)

Mabunda PB *“Progress on Legal Practice Bill”*
<http://www.politicsweb.co.za/politicsweb/en/page71654> (datum van gebruik: 15
 November 2013)

Mandela NR *“I am prepared to die”*
http://www.mandela.gov.za/mandela_quotes/index.html (datum van gebruik: 15
 November 2016)

Mandela NR *“Toespraak tydens sy inhuldiging as president van Suid-Afrika, Pretoria”*
http://www.mandela.gov.za/mandela_speeches/1994/940510_inauguration.htm (datum van gebruik: 15 November 2016)

Manyathi-Jele N *“Cost Indaba”*
<http://www.derebus.org.za/ntx/gateway.dll/4rnla/zcubd/2cubd/3eubd> (datum van gebruik: 27 Maart 2014)

Mckinley DT *“Riding the transitional rollercoaster”*
<http://www.saha.org.za/publications/riding-the-transitionsal-rollercoaster.htm> (datum van gebruik: 10 Julie 2015)

Mojapelo P *“The doctrine of separation of powers (a South African perspective)”*
<http://www.sabar.co.za/law-journals/2013/April/2013-april-vol026-no1-pp37-46.pdf>
(datum van gebruik: 29 Februarie 2016)

Moseneke D *“Separation of powers: Have the courts crossed the line?”*
http://www.groundup.org.za/article/separation-powers-have-courts-crossed-line_3152/
(datum van gebruik: 29 Februarie 2016)

Moultrie R en Bleazard J *“Cost seminar, 17 February 2015”*
<http://www.probono.org.za/2015/02/25> (datum van gebruik: 27 Junie 2016)

Nel A *“The Legal Practice Bill and the Transformation of the Legal Profession”*
<http://www.justice.gov.za/docs/articles/20130510-dm-transformation.html> (datum van gebruik: 13 Julie 2014)

O’Regan K *“Helen Suzman memorial lecture, 2011”* <http://www.hsf.org.za/resource-centre/lectures/hsf-memorial-lecture-2011> (datum van gebruik: 14 November 2016)

Parliament of the Republic of South Africa *“Our Constitution”*
<http://www.parliament.gov.za/live/content.php?Category-ID=11> (datum van gebruik: 29 Februarie 2016)

Parliamentary Monitoring Group *“Legal Practice Bill”*
<http://www.northernlaw.co.za/Documents/legal-practice-bill/20130605> (date of use: 12 August 2014)

Radebe JT *“Discussion document on the transformation of the judicial system and the role of the judiciary in the developmental South African State”*
<http://www.gov.za/documents/downloads> (datum van gebruik: 1 Augustus 2014)

Radebe JT *“Introductory speech by Mr. JT Radebe, MP, Minister of Justice and Constitutional Development on the second reading debate of the Legal Practice Bill, 2012, in the National Assembly on 12 November 2013”* <http://www.justice.gov.za/m-speeches/2013/20131111-lpb-reading-debate.html> (datum van gebruik: 10 Augustus 2014)

Radebe JT *“Transformation and the judiciary”* <http://www.gov.za/docs/other-docs/2012-transformation-judiciary/html> (datum van gebruik: 1 Augustus 2014)

Rhode D *“Expanding the role of ethics in legal education and the legal profession”* <http://www.scu.edu/ethics/publications/submitted/rhode/lega1ed.html> (datum van gebruik: 14 April 2017)

Smart S *“ACDP concerned about impact of Legal Practice Bill on independence of legal profession”* <http://www.politicsweb.co.za/politicsweb/view/politicsweb/en/page71654?oid=45229> (datum van gebruik: 13 November 2013)

Smuts D *“Lost in Transformation – why we oppose the Legal Practice Bill”* <http://www.politicsweb.co.za/view/page72308> (datum van gebruik: 13 November 2013)

Statistics South Africa <http://www.statssa.gov.za> (datum van gebruik: 10 November 2015)

Smuts I *“Izak Smuts SC, Submission to the Parliamentary Portfolio Committee Regarding the Legal Practice Bill, Cape Town, February 11 2013”* <http://www.constitutionallyspeaking.co.za/smuts-sc-submission-to-parliament-on-legal-practice-bill/> (datum van gebruik: 7 Mei 2014)

Zille H *“The Development of South Africa’s Constitutional Democracy since 1990”* <http://www.fwdeklerk.org/index.php.../publications?...looming-back-looking-forward> (datum van gebruik: 15 November 2016)

Ander

Legal Services Charter <http://www.gov.za/documents/downloads.php> (datum van gebruik: 9 September 2014)

Portfolio Committee on Justice and Constitutional Development on the Legal Practice Bill *Announcements, Tablings and Committee reports no 153 – 2013* 6 November 2013.