

**DIE AARD VAN WETGEWENDE DISKRESIES BY
DIE SUID-AFRIKAANSE UITVOERENDE GESAG**

'n Skripsie aangebied ter gedeeltelike
nakoming van die vereistes vir die graad

MAGISTER LEGUM

aan die

Potchefstroomse Universiteit

vir Christelike Hoër Onderwys

in die vak Staatsreg

deur

Leon van Rensburg

10841989

Studieleier : Prof. F Venter

16 Augustus 1999

INHOUDSOPGAWE

	<i>Bladsy</i>
1. Inleiding	1
2. Ontleding van die begrip "wetgewende diskresie" en die posisie in Suid-Afrika voor 1994	4
2.1 Die begrip "wetgewende diskresie"	4
2.2 Die posisie in Suid-Afrika voor 1994	5
2.2.1 Algemeen	5
2.2.2 Die posisie van die howe	6
2.2.3 Reëls ten opsigte van ondergeskikte wetgewing	8
3. Buitelandse regsposisies	11
3.1 Algemeen	11
3.2 Die Federale Republiek van Duitsland	12
3.3 Die Verenigde Koninkryk	17
3.4 Die Gemenebes van Australië	19
3.5 Die Republiek van Indië	22
3.6 Die Dominium van Kanada	26
3.7 Die Verenigde State van Amerika	30
3.8 Samevatting ten opsigte van Buitelandse Regsposisies	35
4. Die Suid-Afrikaanse regsposisie na 1994	37
4.1 Algemeen	37
4.2 Die Houding van die Konstitusionele Hof	38
4.2.1 Die <i>Ynuico</i> -beslissing	38
4.2.2 Die geldigheid van die <i>Ynuico</i> -beslissing ingevolge die 1996-Grondwet	42
4.2.3 Die <i>Executive Council, Western Cape Legislature</i> -beslissing	43
4.2.4 Die posisie ingevolge die finale Grondwet	46
5. Gevolgtrekking	59
6. Bibliografie	62

DIE AARD VAN WETGEWENDE DISKRESIES BY DIE SUID-AFRIKAANSE UITVOERENDE GESAG

1. INLEIDING

In enige moderne demokrasie is daar een of ander vorm van skeiding van magte tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag. Hierdie skeiding van magte, die sogenaamde *trias politica*, kan sover teruggevoer word as 1215, met die ondertekening van die *Magna Carta* deur Koning John van Engeland. Ingevolge hierdie dokument is die baronne se verpligtinge teenoor die monarg vasgestel, is die vryhede van die Engelse kerk bevestig en die arbitrêre uitoefening van geregtigheid teengestaan. Verder kon belasting slegs opgelê word met die toestemming van die belastingbetalers soos hulle in die parlement verteenwoordig was.¹ Dit het daartoe gelei dat alle wetgewende gesag uiteindelik in 1611 van die koning ontnem en in die verkose parlement gesetel is.²

Deur die eeue het hierdie skeiding van magte verskillende vorme aangeneem en is dit met die kolonialisering van die Nuwe Wêreld ook na ander dele van die aardbol uitgedra, sodat dit in 1789 gelei het tot die aanvaarding van die Amerikaanse grondwet soos wat ons dit vandag nog ken.³ Meer as tweehonderd jaar later is dit steeds die standvastigste van hierdie soort dokumente aan ons bekend en versinnebeeld dit vir baie die idee van vryheid en gelykheid wat deur die idee van die skeiding van magte verskans word.

In Suid-Afrika is daar ook na Uniewording in 1910 die idee van die skeiding van magte volgens die Westminster-model nagestreef.⁴ Dit het egter ongetwyfeld tot 'n mindere mate geskied as vandag waar ons nog steeds streef om die idee van 'n regstaat te laat realiseer. Gevolglik is die vraagstuk wat in hierdie skripsie aangespreek sal word die

¹ Yardley DCM *Introduction to British Constitutional Law* 6e uitg (Londen 1984) 33

² *Case of Proclamations* (1611) 12 Co Rep 74, 77 ER 1352 in Hogg PW *Constitutional Law of Canada* 2e uitg (Toronto 1985) 284

³ Devenish GE *A Commentary on the South African Constitution* (Durban 1998) 4 12 13 108

⁴ Rautenbach IM en Malherbe EFJ *Staatsreg* 2e uitg (Durban 1996) 73

kwessie aangaande wetgewende diskresies wat by die uitvoerende gesag berus en sal daar gepoog word om antwoorde te verskaf op die vraag wat handel oor hoeveel wetgewende gesag wel by die uitvoerende gesag berus en kan berus. Aan die einde van die negentiende eeu het die Amerikaanse *Supreme Court* ten opsigte van die skeiding van magte die houding ingeneem dat:

Each branch must be limited to the exercise of the powers appropriate to its own department and no other.⁵

Hierdie standpunt word tans as om 'n onverdedigbare ekstreem beskou ten opsigte van die leerstuk van die skeiding van magte.⁶ Hierdie laasgenoemde siening is ook so deur die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof bevestig in die eerste sertifiseringsuitspraak waarin dit gestel is dat geen volkome skeiding van magte moontlik is nie. 'n Skeiding van magte is altyd gedeeltelik.⁷ Een van die hoofredes hiervoor is die feit dat die verlening van (wetgewende) diskresies deur die wetgewer noodsaaklik is vir die bestuur van die moderne staat.⁸ Daar word vereis dat wetgewende gesag, soos gesetel in die Parlement, na die uitvoerende gesag gedelegeer word. Dit word gedoen by wyse van magtigende wetgewing wat die raamwerk moet verskaf waarbinne die gedelegeerde gesag uitgeoefen kan word.⁹

Omdat dit dus vir die wetgewer onmoontlik is om alle denkbare toekomstige feitekomplekse te reël, word dit aan die administrasie oorgelaat – deur middel van die diskresie-inruiming – om hom so by die gegewe omstandighede aan te pas dat, by die behandeling van 'n bepaalde aangeleentheid, 'n oplossing gevind sal word wat sowel vir daardie enkele

⁵ *Kilbourn v Thompson* 103 US 168, 191 (1881) en *Kendall v United States ex rel. Stokes* 37 US (12 Pet.) 524 (1838)

⁶ Tribe LH *American Constitutional Law* 2e uitg (New York 1988) 19

⁷ *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 10 BCLR 1253 (KH) par 109

⁸ Hewitt DJ *The Control of Delegated Legislation* (Sydney 1953) 5-7

⁹ Rabie A en Erasmus G *When Delegated Powers Become Plenary Powers* 1989 *SALJ* 440-449 440

geval asook vir die algemene belang bevredigend en regverdig sal wees.¹⁰

Die volgende vraag moet ook beantwoord word: Indien die wetgewende gesag van die Republiek by die Parlement berus en die uitvoerende gesag by die President en die ander lede van die Kabinet,¹¹ terwyl die uitvoerende gesag ook wetgewende bevoegdhede het, hoe wyd strek hierdie wetgewende bevoegdhede van die uitvoerende gesag dan? Die Parlement sou tog nie al sy wetgewende bevoegdhede aan die uitvoerende gesag kon oordra nie, want dan sal die skeiding van magte tussen die uitvoerende en wetgewende gesag verlore raak. Reeds in 1912 is die gevaar van wye diskresionêre bevoegdhede reeds deur waarnemende hoofregter Innes raakgesien toe hy opgemerk het:

"There is a growing tendency in modern legislation to clothe with finality the decisions of public officials in matters which seriously affect the rights of the public, a tendency probably due to the increasing power of Departmental Officials (auguring) ...a serious menace to the liberty of the subject."¹²

Met inagneming van hierdie kwessies en die feit dat die skeiding van magte in die Suid-Afrikaanse reg reeds baie lank aandag geniet, sal hierdie argument hoofsaaklik op wetgewende diskresies toegespits wees. Dit handel dus oor hoeveel diskresionêre wetgewende gesag die uitvoerende gesag kan hê en die aard daarvan.¹³

¹⁰ Henning PJ van R *Oor die Begrip Diskresie in die Suid-Afrikaanse Administratiefreg* (LLD-Proefskrif PU vir CHO 1967) 106-107. Sien ook Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 205 en Baxter L *Administrative Law* (Kaapstad 1984) 84.

¹¹ Art 85(1) en (2) van die huidige Grondwet

¹² *Shidiack v Union Government (Minister of the Interior)* 1912 AD 642 653-654

¹³ Daar moet daarop gelet word dat daar nie in hierdie bespreking gekyk sal word na die kwessie van die sogenaamde wetgewende inter-delegasie, maw die delegasie van gesag tussen die nasionale en provinsiale wetgewers of administratiewe inter-delegasie waar administratiewe amptenare of instellings hul gesag aan ander administratiewe amptenare of instellings deleger nie. Daar sal slegs gefokus word op delegasie vanaf die wetgewende gesag na die uitvoerende gesag.

2. ONTLEDING VAN DIE BEGRIP "WETGEWENDE DISKRESIE" EN DIE POSISIE IN SUID-AFRIKA VOOR 1994

2.1 Die begrip "wetgewende diskresie"

Dit is belangrik om te besef wat die begrip "wetgewende diskresie" inhou, voordat daar enigsins met 'n bespreking van die probleem voorhande, voortgegaan kan word.

Keir en Lawson het reeds in 1954 die diskresie beskryf as: "a working compromise between the extremes of rigid legalism and unrestricted absolutism."¹⁴ *Collins*¹⁵ definieer die begrip soos volg: "freedom or authority to make judgments and to act as one sees fit," terwyl die definisie van die *Oxford Advanced Learner's Dictionary*¹⁶ bykans dieselfde is: "the freedom to decide for oneself what should be done." Die definisie wat *Oxford* daarenteen aan die term "legislative" heg, is: "involved with or concerning the making of laws,"¹⁷ en *Collins* omskryf dit as:

...of or relating to legislation; having the power or function of legislating;
of or relating to a legislature.¹⁸

'n Afrikaanse woordeboekdefinisie, wat ter sprake kom, is dié van die *Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal*¹⁹ wat die term "diskresie" omskryf as:

Persoonlike oordeel; vryheid om te kies, beslissings te neem en op te tree volgens eie oordeel; goeiddunke, vryheid van handeling.²⁰

¹⁴ Keir and Lawson *Cases on Constitutional Law* (1954) in Henning *Diskresie* 107

¹⁵ Makins M ea (red) *Collins English Dictionary* 3e uitg (Glasgow 1991) 449

¹⁶ Crowther J ea (red) *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English* 5e uitg (Oxford 1995) 330

¹⁷ Crowther *Current English* 674

¹⁸ Makins *English Dictionary* 889

¹⁹ Odendal FF ea (red) *Verklarende Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal* 3e uitg (Doornfontein 1994)

²⁰ Odendal *Handwoordeboek* 152-153

Dieselfde woordeboek definieer weer die term "wetgewend" as 'n byvoeglike naamwoord wat verband hou met die gesag om wette te kan maak.²¹ Hierteenoor word die begrip "diskresie" deur Hiemstra en Gonin omskryf as: "'n oordeel wat nie aan vaste reëls, instruksies vooraf of kontrole agterna onderworpe is nie."²²

In hierdie skripsie sal daar na die begrip "wetgewende diskresie" verwys word as 'n kompetensie om wetgewende maatreëls te kan tref.

2.2 Die posisie in Suid-Afrika voor 1994

2.2.1 Algemeen

Voor 27 April 1994 het Suid-Afrika 'n soewereine Parlement gehad wat soms baie wye wetgewende diskresies aan die uitvoerende gesag toevertrou het, aangesien die Parlement toe soewerein was. Hierdie wetgewende diskresies is hoofsaaklik uitgeoefen by wyse van ondergeskikte wetgewing, waaroor daar baie min kontrole deur die Parlement self was.²³ Die enigste voorsiening daarvoor, is ingevolge die *Interpretasiewet* 33 van 1957, wat in artikel 17 bepaal dat slegs 'n lys van reëls deur die Staatspresident of enige Minister gemaak in die Parlement ter tafel gelê moet word, tesame met 'n verwysing na die Staatskoerant waarin dit gepubliseer is. Dit moet geskied binne veertien dae nadat die reëls gepubliseer is, of indien die Parlement nie in sitting is nie, binne veertien dae nadat die Parlement se volgende sitting 'n aanvang neem.²⁴ Somtyds skryf die magtigende wetgewing addisionele vereistes voor: dat die reëls deur die Parlement bekragtig moet

²¹ Odendal *Handwoordeboek* 1279

²² Hiemstra VG en Gonin HL *Drietalige Regswoordeboek* 3e uitg (Kaapstad 1992) 40

²³ Onderskei hier tussen ondergeskikte en oorspronklike wetgewende gesag. Oorspronklike wetgewende gesag berus by 'n Parlement wat daardie gesag uit 'n Grondwet verleen. Ondergeskikte wetgewende gesag verwys na 'n wetgewende gesag wat in 'n magtigende wet van 'n Parlement verleen word.

²⁴ Baxter *Administrative Law* 214. Die vereiste dat kopieë voorgelê moes word is deur art 13 van die *Algemene Regswysigingswet* 62 van 1973 verander na die vereiste dat slegs 'n lys ter tafel gelê moet word.

word om regsrag te hê;²⁵ dat die reëls binne 'n voorgeskrewe tydperk verval indien dit nie deur die Parlement bekragtig word nie;²⁶ of dat die reëls verval indien dit deur die Parlement afgekeur sou word.²⁷ Waar hierdie reëls egter *ab initio ultra vires* is, kan die tertaaflegging daarvan in die Parlement en die bekragtiging daarvan, dit nie geldig maak nie.²⁸ Ongeldige reëls sal ook nie geldig word bloot omdat daarin verwys word in 'n wet van die Parlement nie, tensy die wet uitdruklik bedoel dat dit geldig sal wees.²⁹

2.2.2 Die posisie van die howe

Die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 110 van 1983³⁰ het in artikel 32(2) bevestig dat die Parlement soewerein was en dat geen hof 'n wet van die Parlement ongeldig kon verklaar nie. Ingevolge artikel 34(2)³¹ was enige afdeling van die Hooggeregshof egter bevoeg om enige wet van die Parlement ongeldig te verklaar indien dit nie aangeneem is ooreenkomstig die bepalings van daardie Grondwet nie. Hierdie subartikel het die inherente gesag van die hof bevestig om kontrole oor die Parlement uit te oefen volgens die sogenaamde "manner and form"-vereistes. Die gevolg van hierdie bepaling was dat die howe kontrole kon uitoefen indien die korrekte prosedurele formaliteite nie gevolg is by die aanneem van wetgewing nie, maar daar was geen toetsingskompetensie ten opsigte van die geldigheid van wetgewing soos wat tans die geval is met die huidige Grondwet wat die hoogste reg van die Republiek is nie.³² Die

²⁵ Artikel 3(5) en (6) van die *Wet op Openbare Veiligheid* 3 van 1953 of art 6(5) van die vorige *Wet op die Regulering van Monopolistiese Praktyke* 24 van 1955.

²⁶ Art 48(6) van die *Wet op Doeane en Aksyns* 91 van 1964.

²⁷ Art 26(1) van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927 of art 69(2) van die *Landbankwet* 13 van 1944.

²⁸ *R v Hildick-Smith* 1924 TPD 69 95-96; *Die Bestuursraad van Sebokeng v Tlelima* 1968 1 SA 680 (A) 693C-D; *S v Hotel and Liquor Traders' Association of Transvaal* 1978 1 SA 1006 (W) 1012H-1024F in *Baxter Administrative Law* 363. Baxter is van mening dat ook die teendeel waar is, naamlik dat tensy die magtigende wetgewing duidelik voorsiening maak tot die teendeel, sal die geldigheid van ondergeskikte wetgewing nie geraak word deur 'n late om dit in die Parlement ter tafel te lê nie: *R v Daniels* 1936 CPD 331.

²⁹ *Van Aswegen v Lombard* 1965 3 SA 613 (A) 624A-F

³⁰ Hierna genoem die 1983-Grondwet.

³¹ 1983-Grondwet

³² Arts 1(c) en 2 van die Grondwet.

1983-Grondwet het die Staatspresident en die Parlement dus as soewerein gestel en die Parlement kon wetgewing aanneem met enige delegerende inhoud soos dit sou goeddunk.³³

Hierdie beginsel het homself voorgedoen in die saak van *Kauluma v The Cabinet for the Interim Government of South West Africa*³⁴ In artikel 38(1) van die voormalige Grondwet van Suidwes-Afrika 38 van 1969 is die Staatspresident gemagtig om by wyse van proklamasie in die staatskoerant wette vir Suidwes-Afrika/Namibië te maak met die oog op uiteindelijke onafhanklikwording, die administrasie van Walvisbaai en die regulering van enige ander maatreëls wat wysiging of herroeping van enige regsbeplanning ingesluit het, ook van daardie Grondwet, behalwe as dit deur die Parlement afgekeur is. Verder is hierdie gesag uitgebrei om ten opsigte van enige wetgewing te geld soos wat dit verband hou of van toepassing was in Suidwes-Afrika/Namibië of die administrasie van daardie gebied of regulering van die gevolge van enige bogenoemde maatreëls. Artikel 38(2)(a) het hierdie gesag verder uitgebrei deur te bepaal dat indien wetgewende gesag toegeken is aan enige liggaam ingevolge artikel 38(1) sal wetgewing deur daardie liggaam gepromulgeer slegs effek hê nadat dit deur die Staatspresident goedgekeur is.

By wyse van Proklamasies 180 en 181 van 1977 het die Staatspresident gevolglik uit hoofde van artikel 38(1) die amp van Administrateur-Generaal geskep met dieselfde gesag as wat die Staatspresident sou hê ingevolge daardie artikel. Na aanleiding van die gesag aan hom opgedra deur Proklamasie 181 van 1977 het die Administrateur-Generaal Proklamasie AG 9 van 1977 gepromulgeer waarmee hy homself of sy gedelegeerde gemagtig het om aandklokkeëlings in te stel.³⁵ Juis dit is uiteindelik gedoen deur Bevele AG 26 van 1978 en 50 van 1979.

³³ Burns Y *Administrative Law Under the 1996 Constitution* (Durban 1998) 8

³⁴ 8 November 1988, ongerapporteerde beslissing van die Appélafdeling - Rabie en Erasmus 1989 *SALJ* 440-449.

³⁵ Arts 3(1)(a)(v) en (vi)

In die Appélafdeling het die hof eenparig beslis dat die gesag deur die Parlement toegeken ingevolge artikel 38(1) sogenaamde volkome wetgewende gesag was, wat nie aangeveg kon word op gronde van onredelikheid of weens beperkings op die vryhede van burgers of hul regte op eiendom nie. Die gesag van die Staatspresident het egter steeds daaraan onderhewig gebly dat dit *intra vires* uitgeoefen moes word. Verder is beslis dat die Staatspresident wel *intra vires* gehandel het uit hoofde van artikel 38(2) met die toekenning van die bevoegdhede aan die Administrateur-Generaal (al was dit so wyd as die Parlement se gesag self). Die gevolg hiervan was dat die aanklokreëlings regmatig daargestel was, dat die Administrateur-Generaal binne die omvang van sy gesag gehandel het met die instel daarvan die magtigende bevel was dus nie aanvegbaar weens onredelikheid of vaagheid nie.

2.2.3 Reëls ten opsigte van ondergeskikte wetgewing

Omdat die Parlement hierdie soewereiniteit gehad het is daar dikwels baie wye wetgewende diskresies aan die uitvoerende gesag verleen deur middel van diskresionêre gesag om ondergeskikte wetgewing te kan uitvaardig. Die voordeel van hierdie soort diskresies is dat dit aan die besluitnemer die keuse gee tussen verskillende handelingswyses. Dit laat toe dat 'n keuse gemaak kan word tussen 'n wye reeks van alternatiewe of opsies wat slegs beperk word deur die omvang van die statutêr magtigende bepaling wat die diskresie toeken. Hierdie element van buigsaamheid laat kreatiewe besluitneming toe.³⁶

Dié ondergeskikte wetgewing was egter steeds onderhewig aan reëls met betrekking tot totstandkoming, promulgasie en uitleg.³⁷ Wiechers³⁸ meen dat daar besondere reëls geld ten opsigte van wetgewende administratiewe handelinge, naamlik:

³⁶ Barrie GN Controlling Executive Power: The Role of the Courts and Administrative Tribunals 1996 TSAR 669-678 674

³⁷ *Sekretaris van Binnelandse Inkomste v Jawoodien* 1969 3 SA 413 (A) 423C-F

³⁸ Wiechers M *Administratiefreg* 2e uitg (Durban 1984) 102-103

1. algemene verhoudings word deur wetgewende handeling geskep, gewysig of beëindig, wat sou beteken dat dit nie deur administratiewe organe gereël kan word by wyse van besluit nie;³⁹
2. daar bestaan ook ander administratiefregtelike voorskrifte ten aansien van die herroeping, wysiging of promulgering van ondergeskikte wetgewing;⁴⁰
3. die gesag tot subdelegasie deur 'n administratiewe orgaan sal slegs aanvaar word indien dit uitdruklik of by sterk implikasie uit die magtigende wet sou blyk;⁴¹ en
4. wetgewende administratiewe handeling moet binne die bepalings van die betrokke magtigende wet val, dit mag nie met 'n wet bots of die wet se bepalings inkort nie⁴² en laastens mag ondergeskikte wetgewing nie vaag of onduidelik wees nie.⁴³

Alhoewel die howe nie geregtig was om wetgewing tersyde te stel op grond van onredelikheid nie, is Baxter van mening dat daar wel gesag daarvoor bestaan om administratiewe handeling, wat ook wetgewende administratiewe handeling insluit, op grond daarvan tersyde te stel.⁴⁴ Die Engelse beslissing van *Kruse v Johnson*⁴⁵ word in elk geval reeds baie lank aangehang as gesag ten opsigte van redelikheid.⁴⁶

³⁹ *Duze v Eastern Cape Administration Board* 1981 1 SA 827 (A) beslis dat die heffing van huurgelde nie wetgewing is nie en dus by wyse van besluit en kennisgewing gedoen kan word. Wiechers meen dit is verkeerd aangesien so 'n algemene heffing wel 'n wetgewende handeling is.

⁴⁰ Arts 10(3), 16 en 17 van die *Interpretasiewet* 33 van 1957. Vergelyk ook die bespreking hierbo.

⁴¹ *Minister of Defence v Bourke* 1950 1 SA 393 (A)

⁴² *Komani v Bantu Affairs Administration Board Peninsula Area* 1980 4 SA 448 (A); 'n ongeldige regulasie word nie geldig as die magtiging van die wet op 'n later stadium uitgebrei word nie: *S v Grindrod Transport (Pty) Ltd* 1980 3 SA 978 (N).

⁴³ *S v Venter* 1979 1 SA 135 (T)

⁴⁴ Baxter *Administrative Law* 480

⁴⁵ 1898 2 QB 91 99

⁴⁶ Maduna MP *Judicial Control of Executive and Legislative Powers of Government* (LLM-Verhandeling Universiteit van die Witwatersrand 1992) 140

"But unreasonableness in what sense? If, for instance they were found to be partial and unequal in their operations as between different classes; if they were manifestly unjust; if they were to disclose bad faith; if they involved such oppressive or gratuitous interference with the rights of those subject to them as could find no justification in the minds of reasonable men, the Court might well say, 'Parliament never intended to give authority to make such rules; they are unreasonable and *ultra vires*.' But it's in this sense only, as I conceive, that the question of unreasonableness can properly be regarded."

Reeds in 1934, het die Appélafdeling van die Hooggeregshof beslis dat die formulering van redelikheid in die Engelse saak van *Kruse v Johnson*⁴⁷ substansieel dieselfde was soos dit deur Voet (Voet 1.3.5)⁴⁸ gestel is, naamlik dat wette regverdig en redelik moet wees, dat dit gelykheid voor die reg in stand moet hou, burgers op 'n gelyke basis moet bind en dat dit algemeen eerder as individueel van toepassing moet wees.⁴⁹ Daar het egter aansienlike verwarring en meningsverskil oor hierdie punt bestaan.⁵⁰ Ons howe het later die praktyk begin volg om by die redelikheid van ondergeskikte wetgewing,⁵¹ die uitspraak van *Kruse v Johnson*⁵² te volg. Dit is egter belangrik om daarop te let dat beide die Hoë Hof sowel as die Landdroshof ondergeskikte wetgewing geregteelik kan hersien op gronde van *ultra vires*, onbehoorlike prosedures wat gevolg is by die promulgering daarvan of onredelikheid ten opsigte van die inhoud van die ondergeskikte wetgewing.⁵³

⁴⁷ 1898 2 QB 91

⁴⁸ Voet J *Commentarius ad Pandectas* (1689-1704), gedeeltelik vertaal deur Percival Gane *sub nom The Selective Voet, being the Commentary on the Pandects* [Paris ed 1829] 7 Vols plus Index Durban 1955 in Baxter *Administrative Law* 480

⁴⁹ *Minister of Posts and Telegraphs v Rasool* 1934 AD 167 177-178

⁵⁰ Baxter *Administrative Law* 480-482

⁵¹ Barrie GN Onredelikheid as Hersieningsgrond by Gedelegeerde Wetgewing – Weer eens *Kruse v Johnson* 1994 TSAR 711-714 713

⁵² 1898 2 QB 91

⁵³ Maduna *Judicial Review* 140

'n Goeie voorbeeld hiervan is die saak van *S v Lasker*⁵⁴ waarin die Kaapse Provinsiale Afdeling bevestig het dat onredelikheid 'n hersieningsgrond is by administratiewe optrede ten opsigte van ondergeskikte wetgewing alhoewel dit op daardie stadium nog nie 'n algemene hersieningsgrond ten opsigte van administratiewe optrede was nie. *In casu* is 'n regulasie⁵⁵ weens onredelikheid tersyde gestel omdat dit ten opsigte van hawens in die Republiek aan enige polisiebeampte, 'n hawebestuurder of 'n hawekaptein die gesag verleen het om enigeen die hawe te verbied of te beveel om dit te verlaat vir 'n tydperk van so lank as sewe dae.

Gelukkig is die debat oor die vraag of onredelikheid 'n hersieningsgrond behoort te wees by administratiewe optrede nou op 'n einde met die inwerkingtrede van artikel 33 van die huidige Grondwet wat billike administratiewe optrede verseker. Dit blyk selfs meer omvangryk te wees as die ooreenstemmende artikel 24 van die Oorgangsgrondwet wat dit net van toepassing gemaak het waar regte of belange geraak of bedreig was. Artikel 33 blyk nou altyd van toepassing te wees by administratiewe optredes.

3. BUITELANDSE REGSPOSISIES

3.1 Algemeen

Ten opsigte van buitelandse reg is die posisie dat dit by die uitleg van die handves van regte in die Grondwet wel in ag geneem **kan** word ingevolge artikel 39(1)(c), maar dat dit nie dwingend is soos in die geval van die volkereg nie. Reeds in die sogenaamde inogurele uitspraak van die Konstitusionele hof, *S v Makwanyane*,⁵⁶ is daar verwys na buitelandse reg ten opsigte van die doodstrafkwestie en in verskeie daaropvolgende sake is daar dikwels van buitelandse reg gebruik gemaak. Dit moet egter beklemtoon word dat hierdie reg nie deurslaggewend is in ons reg, soos die geval is ten opsigte van die volkereg nie, weens die woordverskil tussen **kan** en **moet** in subartikels (b) en (c) van

⁵⁴ 1991 1 SA 558 (K)

⁵⁵ Reg 145 van die Regulasies vir Hawens van die Republiek van Suid-Afrika uitgevaardig onder die *Wet op die Suid-Afrikaanse Vervoerdienste* 65 van 1981.

⁵⁶ 1995 6 BCLR 665 (KH)

subartikel 39(1).⁵⁷ Dit is 'n voldonge feit dat buitelandse reg egter wel aan die howe leiding verskaf oor die uitleg van soortgelyke kwessies in ander regstelsels. Gevolglik sal daar ook in hierdie bespreking na die posisie in ander regstelsels verwys word.

3.2 Die Federale Republiek van Duitsland

In die Duitse reg het die uitvoerende gesag geen oorspronklike wetgewende kompetensies nie.⁵⁸ Dit kan slegs daardie wetgewende kompetensies uitoefen wat spesifiek daaraan gedelegeer word deur die wetgewer of wat daaraan gegee word vir 'n baie beperkte doel en as 'n oorgangsmaatreël⁵⁹ ingevolge die Duitse grondwet.⁶⁰ Tesame hiermee bevat die *Grundgesetz*, anders as ons eie Grondwet, in artikel 80 daarvan, bepalinge wat spesifiek handel met ondergeskikte wetgewing:

Article 80 (Issue of ordinances having force of law)

(1) The Federal Government, a Federal Minister or the Land governments may be authorised by a law to issue ordinances having the force of law (*Rechtsverordnungen*). The content, purpose and scope of the authorization so conferred must be set forth in such law. This legal basis must be stated in the ordinance. If a law provides that such authorization may be delegated, such delegation shall require another ordinance having the force of law.⁶¹

⁵⁷ 39(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum –

(a) ...

(b) **must** consider international law; and

(c) **may** consider foreign law.

⁵⁸ Singh MP *German Administrative Law in Common Law Perspective* (Berlyn 1985) 19

⁵⁹ Art 119 van die *Grundgesetz* magtig die Federale Regering om met die toestemming van die *Bundesrat* ordonnansies uit te vaardig ten opsigte van vlugteling en bannelinge, totdat wetgewing daarvoor aange-
neem kan word.

⁶⁰ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Hierna genoem die *Grundgesetz*.

⁶¹ Singh *German Administrative Law* 160

Uit hoofde hiervan is dit duidelik dat die legaliteitsbeginsel in die Duitse reg vereis dat magtigende wetgewing 'n voorvereiste is vir die uitoefening van administratiewe bevoegdheide.⁶² De Ville meen dat dit immers 'n fundamentele vereiste is van die *trias politica* in 'n demokratiese regstaat dat die uitvoerende gesag slegs op gesag van die volksverteenwoordigers mag inbreuk maak op die regte en vryhede van die individu.⁶³ Gevolglik mag die wetgewer steeds diskresionêre bevoegdheide aan die uitvoerende gesag verleen, maar alle wesenlike aangeleenthede moet deur die wetgewer self gereël word volgens die sogenaamde *Wesentlichkeitstheorie*.⁶⁴ Hierdie beginsel is reeds in 1959⁶⁵ so neergelê deur die Duitse Federale Konstitusionele Hof en weer eens bevestig in 1978.⁶⁶

The rule of law requires that the administration can interfere with the rights of an individual only with the authority of law and that the authorization is clearly limited in its contents, subject-matter, purpose and extent so that the interference is measurable and to a certain extent is foreseeable and calculable by the citizen.⁶⁷

Met die toepassing van hierdie beginsel het die hof wetgewing ongrondwetlik bevind wat die verkryging van 'n permit vir die plant van wingerdlote vereis het, maar wat nie die voorwaardes neergelê het waaronder die permit toegestaan kon word nie.⁶⁸ Dit was ook die geval met 'n wet wat dateer het uit die dae van Nasionaal-Sosialistiese Duitsland wat die verlening van toestemming om openbare vergaderings te kon hou aan die subjektiewe diskresie van die polisie oorgelaat het.⁶⁹ Vir so 'n wet om grondwetlik te kon wees, sou die wetgewer, indien hy die uitoefening van fundamentele regte onderhewig wou stel aan

⁶² De Ville J Die Legaliteitsbeginsel in die Staats-en Administratiefreg onder 'n Nuwe Grondwetlike Bedeling – 'n Vergelykende Toekomspektief 1993 *SAPR* 68-85 73

⁶³ De Ville J 1993 *SAPR* 73

⁶⁴ De Ville J 1993 *SAPR* 74 en Singh *German Administrative Law* 84

⁶⁵ 9 BVerfGE 137, 147

⁶⁶ 49 BVerfGE 89, 157-159

⁶⁷ Singh *German Administrative Law* 84

⁶⁸ 8 BVerfGE 71 in De Ville J 1993 *SAPR* 75 en Singh *German Administrative Law* 84

⁶⁹ 20 BVerfGE 150 157-158 in De Ville J 1993 *SAPR* 75 en Singh *German Administrative Law* 84

die voorafverkreë toestemming van die polisie, self die voorwaardes vir die toestemming of weiering tot die openbare vergadering moes neerlê.⁷⁰

'n Soortgelyke posisie bestaan ten opsigte van verhoudinge waarin die individu nie enkel alleen teenoor die staat te staan kom met individuele regte nie, maar as lid van een of ander instelling of staatsdepartement waar hy in 'n posisie van ondergeskiktheid verkeer, byvoorbeeld as student, gevangene, staatsdiensamptenaar of lid van die weermag. In 1972 het 'n gevangene beswaar aangeteken teen die weerhouding van een van sy briewe aan 'n vriend waarin hy negatiewe opmerkings oor die gevangenisowerhede gemaak en kritiek teen die toestande in die gevangenis uitgespreek het. Hierdie brief is deur die gevangenisowerheid van die ontvanger daarvan weerhou op grond van 'n interne administratiewe voorskrif. Gevolglik het die *Bundesverfassungsge- richt* beslis dat hierdie gesagsverhoudinge ook deur wetgewing gereël moes word en dat blote administratiewe voorskrifte onvoldoende was wanneer fundamentele regte aangetas word.⁷¹

Kort hierna is dieselfde beginsel uitgebrei na besluite met betrekking tot skole. Dié besluite moet egter verband hou met die verwesenliking van fundamentele regte. Ten opsigte van skole verwys dit onder andere na besluite wat verband hou met die bepaling van inhoud of objekte van onderwys, sillabusse, die organisatoriese struktuur van skole en die regstatus van leerlinge.⁷² Waar dit kom by die administrasie van staatsdepartemente of dienste wat deur die staatsadministrasie gelever word, is die algemene reël dat interne aangeleenthede wel deur selfgeskepte interne regulasies gereël kan word, sonder die vereiste van wetgewing, maar die struktuur van die administrasie moet in sy geheel steeds deur wetgewing gereël word. Wanneer hierdie organisatoriese regulasies egter die belange van buitestaanders raak, moet dit op wetgewing gebaseer wees.⁷³

⁷⁰ De Ville J 1993 SAPR 75 en Singh *German Administrative Law* 84

⁷¹ 33 BVerfGE 1 in De Ville J 1993 SAPR 76 en Singh *German Administrative Law* 70

⁷² 34 BVerfGE 165 in De Ville J 1993 SAPR 76 en Singh *German Administrative Law* 70

⁷³ 40 BVerfGE 237 in Singh *German Administrative Law* 70

Dit wil dus blyk dat die reël uit hoofde van artikel 80(1) van die *Grundgesetz* soos volg daar uitsien: hoe belangriker die aangeleentheid in die geheel en vir die lid van die betrokke instelling, of by die aantasting van die regte van buitestaanders, hoe noukeuriger moet die aangeleentheid in wetgewing gereël word. Verder beïnvloed die belangrikheid van die betrokke aangeleentheid ook die uitleg van die magtigende wetgewende bepaling soos dit in artikel 80(1) neergelê is. Hoe belangriker die aangeleentheid, hoe duideliker moet die magtigende bepaling geformuleer word vir die *Rechtsverordnungen* en die betrokke magtigende bepaling om die toets van grondwetlikheid te kan slaag.⁷⁴ Die magtigende wet mag nie so vaag wees dat nie voorsien kan word in watter omstandighede en met watter doel die gesag uitgeoefen sal word of wat die inhoud van die verordening sal wees wat op gesag van daardie magtigende bepalings uitgevaardig sal word nie.⁷⁵

'n Wet wat algemene gesag aan die federale Minister van Binnelandse Sake verleen het om die herorganisasie van die *Laender* deur verordeninge te reël, is ook ongrondwetlik verklaar weens die vaagheid daarvan.⁷⁶ Dieselfde was die geval met 'n wet wat algemene gesag aan die federale regering verleen het om gedetailleerde bepalings uit te vaardig ten opsigte van die voorwaardes om as Duitse krygsgevangenes te kon kwalifiseer, sonder dat dit die doel en omvang van daardie gesag uitgespel het.⁷⁷ Soortgelyk was die algemene verkoopsbelastingwet se bepalings wat die federale Minister van Finansies gemagtig het om ordonnansies uit te vaardig vir die gelykstelling van enkel-en meervlakkige ondernemings vir doeleindes van die betaling van algemene verkoopsbelasting. Hierdie wet se probleem was dat dit nie sodanige ondernemings gedefinieer of die metodes uiteengesit het wat die Minister kon aanwend vir die doeleindes van gelykstelling nie.⁷⁸

⁷⁴ 58 BVerfGE 257 278 in De Ville J 1993 *SAPR* 76-77

⁷⁵ 1 BVerfGE 14 60; 20, 57 69; 34, 52 60 in De Ville J 1993 *SAPR* 77-78

⁷⁶ 1 BVerfGE 14 60 in De Ville J 1993 *SAPR* 78 en Singh *German Administrative Law* 21

⁷⁷ 5 BVerfGE 71 77 in Singh *German Administrative Law* 21

⁷⁸ 7 BVerfGE 282 in Singh *German Administrative Law* 21

Dit is egter nie nodig dat die inhoud, omvang en doel van die delegasie altyd uitdruklik in die magtigende wet vermeld hoef te word nie. Indien dit duidelik uit daardie wet afgelei kan word deur die toepassing van die beginsels en metodes van wetsuitleg, sowel as oorweging van ander verwante statutêre bepalings en die oorsprong en agtergrond van die betrokke wetgewing, dan blyk die vereiste bevredig te wees.⁷⁹ Weens die regstaatbeginsel is hierdie vereiste natuurlik strenger waar daar op fundamentele regte inbreuk gemaak word. Magtiging moet so duidelik omskrewe wees dat daar uit die magtigende wet (en nie die uiteindelijke verordening nie) blyk wat die posisie is.⁸⁰

Hieroor het die *Bundesverfassungsgericht* beslis dat ten opsigte van die strafregwetgewing en die wetgewing wat persoonlike vryheid aantast, die uitvoerende gesag gemagtig kan word om straffegordonnansies uit te vaardig. Die magtiging ten opsigte van die inhoud, doel en omvang moet egter duidelik genoeg wees dat die voorwaardes vir kriminele optrede en die straf daaraan verbonde duidelik voorsienbaar moet wees vanuit die magtiging self en nie vanuit die ordonnansie van die uitvoerende gesag nie. Verder moet die magtigende wet duidelik die omvang en soort straf vermeld alhoewel die vasstelling van die feite of elemente wat die oortreding uitmaak, aan die gedelegeerde oorgelaat kan word.⁸¹ Die *Bundesverfassungsgericht* het hierdie beginsel ook uitgebrei na wetgewing wat deur die *Laender* uitgevaardig word.⁸²

Duitsland se regsposisie ten opsigte van delegasie sien dus soos volg daar uit: enige wetgewende delegasie wat ondergeskikte wetgewing magtig, moet aan sekere vereistes voldoen. Hierdie vereistes is dat die doel, inhoud en omvang van die magtiging uit die magtigende wetgewing self moet blyk en nie uit die delegasie of die uitgevaardigde ordonnansie nie. Dié inhoud, omvang en doel mag natuurlik uit die ordonnansie blyk.

⁷⁹ 55 BVerfGE 207 226-227 in De Ville J 1993 *SAPR* 78 en Singh *German Administrative Law* 21

⁸⁰ 7 BVerfGE 282 302 in De Ville J 1993 *SAPR* 78 en Singh *German Administrative Law* 22

⁸¹ 14 BVerfGE 245 251; 14, 174 185 in Singh *German Administrative Law* 22

⁸² 54 BVerfGE 143 in Singh *German Administrative Law* 22

Dit mag net nie vir die éérste keer in daardie wetgewende bepaling voorkom, sodat dit eintlik deur die gedelegeerde gesag daargestel is nie.⁸³

3.3 Die Verenigde Koninkryk

In die sewentiende eeu is dit in Engeland vasgestel dat die koning geen gesag gehad het om enige wette te kon maak nie.⁸⁴ Slegs die verkose parlement het die gesag verkry om wetgewing te kan aanneem, maar die parlement as soewereine instelling kon enige wet aanneem wat dit wou.⁸⁵ Dit beteken dat die parlement wette kon aanneem wat wetgewende gesag aan die koning of sy ministers of aan enige ander amptenaar of liggaam sou delegeer.⁸⁶ Sodanige delegasie van gesag aan die uitvoerende gesag kan volgens die Engelse reg selfs die gesag insluit om wette te wysig of te herroep.⁸⁷ Dié beginsel word in die moderne staatsreg verklaar uit hoofde van die noue verbintenis wat daar bestaan tussen die wetgewer en die uitvoerende gesag. Hierdie stelsel werk volgens die beginsel van verantwoordelike regering waar die kabinetslede, onder leiding van die Eerste Minister, almal lede van die laerhuis van die parlement, die *House of Commons* is. Gevolglik is die kabinet, as uitvoerende gesag, verantwoordelik teenoor die parlement en afhanklik van 'n parlementêre meerderheid om te kan regeer. Hierdeur kontroleer die parlement die delegasie van wetgewende gesag. Dit geskied op drie wyses:⁸⁸

- 1) blote voorlegging van die ondergeskikte wetgewing aan die parlement;

⁸³ Singh *German Administrative Law* 22

⁸⁴ *Case of Proclamations* (1611) 12 Co Rep 74, 77 ER 1352

⁸⁵ Ross JJ Die Uitoefening van Kontrole oor die Uitvoerende Mag in die Staat 1957 *THRHR* 1-24 7

⁸⁶ Hogg *Law of Canada* 284

⁸⁷ Forsyth C *Administrative Law* 7de uitg (Oxford 1994) 863-864. Die regbank se gesag word streng bewaak deur die *Privy Council* wat al dikwels wetgewing ongeldig verklaar het wat op regsprekende gesag sou inbreuk maak: *A-G, Australia v The Queen* [1957] AC 288 (PC); *Liyanage v The Queen* [1967] 1 AC 259 (PC). Sien ook Yardley *British Law* 123 en Kachelhoffer GC *Die Betekenis van Ondergeskikte Wetgewing vir die Administratiefreg in Suid-Afrika* (LLD-Proefskrif UNISA 1972) 83

⁸⁸ Ross 1957 *THRHR* 11 en Yardley *British Law* 125-126

- 2) tertafellegging met die voorbehoud dat dit binne 'n vasgestelde tydperk by wyse van resoluëie of petisie nietig verklaar kan word;
- 3) waar dit ter tafel gelê word en nie van krag word tensy dit binne 'n bepaalde tydperk uitdruklik deur die parlement goedgekeur word nie.

Daarbenewens het die parlement die gesag om te eniger tyd enige wet of ondergeskikte wetgewing ingevolge daarvan uitgevaardig, of selfs die gedelegeerde gesag daarvoor, te herroep.⁸⁹ Sedert 1944 bestaan daar ook die "Statutory Instruments Committee" wat alle ondergeskikte wetgewing moet nagaan en die parlement se aandag op ongewone of onreëlmatige bepalings daarin moet vestig, maar beter kontrolemeganismes word hiervoor vereis weens die omvang van daardie wetgewing.⁹⁰ Lede van die parlement het egter steeds die bevoegdheid om te eniger tyd vrae te stel oor ondergeskikte wetgewing, om 'n debat daaroor aan te stel of in om ekstreme gevalle te stel dat 'n mosie van sensuur teen die regering ingestel word. Sulke handelingswyses is veral nuttig waar die ondergeskikte wetgewing bloot voorgelê word, sonder dat goedkeuring of afkeuring vereis word.⁹¹ Ondergeskikte wetgewing kan ook voor die hof gebring word indien dit *ultra vires* sou wees, met ander woorde buite die omvang van die magtigende wet. In sulke gevalle kan die hof daardie ondergeskikte wetgewing ongeldig verklaar.⁹²

'n Laaste wyse van beskerming teen ondergeskikte wetgewing is daarin geleë dat alle ondergeskikte wetgewing gepubliseer moet deur die Britse Stationary Office. Persone wat aangekla sou word ingevolge ondergeskikte wetgewing wat nie gepubliseer is nie sal daardie nie-publikasie as 'n verweer kan opper, tensy redelike stappe wel geneem is om daardie ondergeskikte wetgewing wel onder die aandag van die publiek, die beskuldigde of persone wat daardeur geraak word, te bring.⁹³

⁸⁹ Kachelhoffer *Ondergeskikte Wetgewing* 93

⁹⁰ Ross 1957 *THRHR* 11 en Yardley *British Law* 126

⁹¹ Yardley *British Law* 127

⁹² Yardley *British Law* 128

⁹³ Yardley *British Law* 129

3.4 Die Gemenebes van Australië

Australië het as tipiese statebondsland die kabinetsisteen van verantwoordelike regering in sy staatsregbedeling behou. Die federale grondwet (alhoewel nie die grondwette van die afsonderlike state nie) volg hierbenewens die Amerikaanse patroon van 'n verdeling van wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag.

Uiteindelik is die howe egter gedwing tot die gevolgtrekking dat die federale parlement wetgewende gesag aan die uitvoerende gesag kan delegeer sonder dat enige van die grondwetlike beperkings aangetas word.⁹⁴ So 'n siening is die eerste keer in 1921 deur die Australiese howe bevestig in die saak van *Roche v Kronheimer*⁹⁵ wat gevolg is deur *Victorian Stevedoring General Contracting Co (Pty) Ltd v Dignan*.⁹⁶ In hierdie saak het regter Dixon dit onomwonde gestel dat met die beslissing van *Kronheimer* die tyd vir 'n streng skeiding van magte in die Australiese grondwet verby was. Die gevolg van so 'n streng skeiding sou wees om die parlement daarvan te weerhou om 'n wet te maak wat kompetensies aan die uitvoerende gesag verleen het wat in effek wetgewend van aard sou wees. Terwyl wetgewende gesag logies en teoreties uitsluitlik by die parlement berus het, was die parlement se gesag om ondergeskikte wetgewing te magtig meer gebaseer op die gebruik van Britse wetgewing en Engelse regsteorie en was die ware siening gevolglik dat wetgewende gesag ook die kompetensie insluit om dit te kan delegeer.⁹⁷ Uiteindelik is die gevolgtrekking uit die *Dignan*-saak dat die uitvoerende gesag in Australië die kompetensie het om regulasies te kan uitvaardig wat selfs voorrang geniet bo wette van die parlement.

Hierdie saak is met gesag deur die *Privy Council* aangehaal in *Attorney-General for Australia v The Queen*⁹⁸ en dié hof het in *Cobb & Co Ltd and Others v Kropp and*

⁹⁴ Ten opsigte van die regsprekende gesag is die skeiding van magte egter in stand gehou: *Attorney-General, Commonwealth v The Queen* (Boilermakers) (1957) 95 CLR 529.

⁹⁵ (1921) 29 CLR 329

⁹⁶ (1931) 46 CLR 73

⁹⁷ Seervai *Law of India* 1192

⁹⁸ [1957] AC 288 (PC) op 315

*Others*⁹⁹ die *Supreme Court* van Queensland se beslissing op appél gehandhaaf. In daardie gewysde het die Queensland-wetgewer die gesag om belasting by wyse van lisensiefooie van vervoeroperateurs te hef aan sy Kommissaris van Vervoer gedelegeer. Dit het ook die kompetensie ingesluit om die bedrae van die heffings vas te stel wat kon wissel van operateur tot operateur. Die beslissing het gelui dat die soewereine wetgewende gesag wat in die wetgewer gesetel het, ook die kompetensie ingesluit het om daardie gesag te kon deleger aan sy Kommissaris van Vervoer en was 'n bevestiging van 'n vroeëre beslissing van die *Privy Council* waarin 'n soortgelyke wet van Nieu-Suid-Wallis ook gehandhaaf is.¹⁰⁰

Regter Evatt het egter in *Dignan* verder gegaan en uitdruklik beslis dat die parlement nie totaal van sy wetgewende gesag sou kon afstand doen nie. Artikel 51 van die Australiese grondwet gee aan die federale parlement die gesag om, onderhewig aan die grondwet, wette te maak vir die "peace, order and good government of the Commonwealth with respect to [some thirty nine subjects]". Dit beteken dat 'n magtigende wet wat aan die uitvoerende gesag die kompetensie verleen om regsgeldige regulasies uit te vaardig, slegs gelding sal geniet indien dit vasstelbaar is dat daardie magtigende wet 'n wet is ten opsigte van een van die spesifieke onderwerpe in artikel 51 en 52 van die Australiese grondwet.¹⁰¹ Die parlement het geen algemene wetgewende gesag buiten dié wat in die grondwet gestel word nie. 'n Wet waarin die parlement totaal van sy wetgewende gesag sou afstand doen, voldoen bloot nie aan hierdie toets nie.¹⁰² Die regter lê terselfdertyd 'n aantal toetse neer wat gevolg kan word om die geldigheid van 'n wet te bepaal wat wetgewende gesag deleger aan die uitvoerende gesag of aan 'n ander agentskap om ondergeskikte wetgewing te kan maak.¹⁰³

⁹⁹ [1967] 1 AC 141 PC

¹⁰⁰ *Powell v Apollo Candle Co Ltd* (1885) 10 AC 282

¹⁰¹ Wynes WA *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia* 5e uitg (Melbourne 1976) 125-6

¹⁰² (1931) 46 CLR 73 op 121

¹⁰³ (1931) 46 CLR 73 op 120. Sien ook die bespreking van hierdie saak in ons eie Konstitusionele Hof in *Executive Council, Western Cape Legislature v President of RSA* 1995 4 SA 877 (KH) op 929-930.

- 1) Die feit dat die gesag aan die kabinet gedelegeer word eerder as aan 'n liggaam wat nie aan die parlement verantwoordelik is nie, mag 'n relevante faktor wees. Hoe verder die gedelegeerde van die parlement verwyder is, hoe groter is die kans dat die wet nie aan die toets sal voldoen soos dit deur regter Evatt geformuleer is nie.
- 2) Die trefwydte en omvang van die delegasie is uit die aard van die saak van groot belang. Hoe wyer dit daar uitsien, hoe skraler die kans dat dit aan die gestelde toets sal voldoen.
- 3) Parlementêre gesag om die magtigende wetgewing te herroep of te wysig sal irrelevant wees, omdat dit by alle wetgewing tot 'n gelyke mate van toepassing is. Ander beperkings wat deur die parlement opgelê word ten opsigte van die gedelegeerde gesag sal weer uiters belangrik wees.
- 4) Omstandighede wat bestaan tydens die aanneem van die magtigende wet of waarin die magtiging veronderstel is om van toepassing te wees kan relevant wees om die geldigheid daarvan te bepaal, byvoorbeeld as dit ten tyde van oorlog of noodtoestand aangeneem is spesifiek met die oog op die reël van aangeleenthede daartydens.
- 5) Die feit dat 'n federale wet wat die gesag om ondergeskikte wetgewing te maak deleger vir doeleindes van die uitvoer van 'n skema wat in die magtigende wet self vervat is, sal nie daardie ondergeskikte wetgewing daarvan weerhou om self wetgewing te wees ten opsigte van die wetgewende gesag nie. Dit sal egter gewoonlik die karakter van wetgewing behou oor die onderwerpinhoud (soos in artikels 51 en 52 van die grondwet gestel) wat in die magtigende wet self vervat is.
- 6) Soos dit in 5) hierbo gestel is, sal enige federale magtiging geldig wees indien dit geskied met betrekking tot 'n grondwetlik toegelate onderwerpinhoud, soos dit in artikels 51 en 52 van die grondwet uitgespel is, al is dit 'n wet wat ook handel oor die uitoefening van wetgewende gesag.
- 7) Vir die ondergeskikte wetgewing om geldig te wees sal die magtigende wet egter aan die neergelegde toets moet voldoen, sal die

ondergeskikte wetgewing ook oor daardie onderwerpinhoud moet handel en mag die betrokke ondergeskikte wetgewing nie in stryd wees met die magtigende wet nie.

Die staatsregtelike posisie in Australië lê dus iewers tussen die Amerikaanse skeiding van magte en die Indiese posisie wat juis hierdie *trias politica* verwerp,¹⁰⁴ terwyl dit iets van die Kanadese benadering inhou oor hoeveel wetgewende gesag wel gedelegeer kan word, soos dit in die eerste oorlogsaak gestel is.¹⁰⁵ Dit blyk dus dat daar in die Australiese reg wel beperkinge op die delegasie van wetgewende gesag is.

3.5 Die Republiek van Indië

Indië ondersteun nie dieselfde streng skeiding van magte soos wat die geval is in die Verenigde State van Amerika nie. Terwyl parlementêre soewereiniteit in Indië nie dieselfde is as in die Verenigde Koninkryk nie, is dit tog die Engelse staatsreg wat basies toepassing vind by die delegering van wetgewende gesag.¹⁰⁶

Hierdie kwessie het in 1951 vir die eerste keer na onafhanklikwording voor die Indiese *Supreme Court* gedien weens 'n adviserende opinie wat deur die Indiese President aangevra is oor die aangeleentheid na aanleiding van groot verwarring wat oor die kwessie bestaan het.¹⁰⁷ Daar is beslis dat, anders as in die Verenigde State, omvat die Indiese grondwet¹⁰⁸ nie die teorie van die skeiding van magte nie. Die uitvoerende gesag is verantwoordelik teenoor die wetgewer en is nie onafhanklik daarvan soos in die Verenigde State nie. Die huidige Indiese grondwet sit as't ware die kabinetsstelsel van die Westminsterstelsel voort in die moderne Indië.¹⁰⁹ Verder het die uitvoerende gesag beperkte wetgewende gesag vanuit die grondwet deurdat die President en die federale

¹⁰⁴ Seervai *Law of India* 1191

¹⁰⁵ Sien 3.5 hieronder oor *Re Gray* (1918) (1918) 57 SCR 150 op 157, 165, 171 en 176.

¹⁰⁶ Alexandrowicz CH *Constitutional Developments in India* (Bombai 1957) 233

¹⁰⁷ *In re the Delhi Laws Act* 1951 SCJ 527

¹⁰⁸ *Constitution of India Act*, 1949. Hierna genoem die Indiese grondwet.

¹⁰⁹ Arts 74-76 en 163-165 van die Indiese grondwet

goewerneurs die reg het om ordonnansies uit te vaardig tydens die reseyte van die wetgewers, indien omstandighede dit vereis, en hierdie ordonnansies sal dieselfde regskrag hê as wette van daardie wetgewers. Dit moet egter aan die betrokke wetgewer voorgelê word binne ses weke nadat die volgende sessie 'n aanvang neem anders sal dit verval indien dit nie deur die betrokke wetgewer bekragtig word nie en dit kan ook enige tyd deur die President herroep word.¹¹⁰ Die Indiese grondwet bepaal verder uitdruklik dat wetgewende gesag aan die President gedelegeer kan word in gevalle van noodtoestand.¹¹¹

Hiermee saamgelees het die Indiese *Supreme Court* ingevolge artikel 145 van die Indiese grondwet die reg om met die goedkeuring van die President en onderhewig aan enige parlementêre wetsbepalings, reëls te kan maak wat as ondergeskikte wetgewing dien, aangaande die praktyk en prosedure van die hof.¹¹² Dit sluit maatreëls in soos wie voor die hof mag verskyn as regsverteenvoerders,¹¹³ appélprosedures en die tydperke waarbinne appêlle aangeteken moet word,¹¹⁴ prosedurereëls by die afdwing van fundamentele regte voor die *Supreme Court*,¹¹⁵ reëls aangaande sake wat na dié hof verwys is deur enige Hoë Hof in Indië,¹¹⁶ voorwaardes en prosedures by hersiening sowel as die tydperke waarbinne hersiening moet geskied,¹¹⁷ reëls ten opsigte van kostes en fooie vir verrigtinge voor die *Supreme Court*,¹¹⁸ ten aansien van borgtog,¹¹⁹ opskorting van verrigtinge¹²⁰ en die summiere bepaling van enige appél wat voor die hof dien om redes van niksbeduidendheid, kwelsugtigheid of vir doeleindes van vertraging.¹²¹

¹¹⁰ Arts 123 en 213 van die Indiese grondwet

¹¹¹ Arts 353, 356 en 357

¹¹² Seervai HM *Constitutional Law of India* 2e uitg (Bombay 1976) 1415

¹¹³ Art 145(1)(a)

¹¹⁴ Art 145(1)(b)

¹¹⁵ Art 145(1)(c)

¹¹⁶ Art 145(1)(d)

¹¹⁷ Art 145(1)(e)

¹¹⁸ Art 145(1)(f)

¹¹⁹ Art 145(1)(g)

¹²⁰ Art 145(1)(h)

¹²¹ Art 145(1)(i)

Laastens kan die hof reëls maak ten opsigte van ondersoek gemik op die verwydering of skorsing van lede van die Indiese Staatsdienskommissie.¹²² Daar sou inderdaad sterk argumente uit hoofde van hierdie bepaling kon opgaan dat die feit dat die regsprekende gesag sulke wye diskresionêre wetgewende bevoegdhede het, selfs ten opsigte van 'n aangeleentheid soos borgtog, op 'n gebrek aan 'n skeiding van magte kan dui in die Indiese grondwet.

In casu het die meerderheid van die hof beslis dat die grondwet vir uitdruklike delegasie in die streng sin voorsiening maak, maar nie die instelling van delegasie aantas as 'n permanente kenmerk van die Indiese staatsreg nie.¹²³

"As the Indian Constitution adopted the English model with fusion of legislative and executive powers, and does not know the American doctrine of separation of powers, the Courts ... cannot strike down an Act of Parliament as unconstitutional merely because Parliament decides in a particular instance to entrust its legislative power to another in whom it has confidence, or in other words to exercise such power through its appointed instrumentality."¹²⁴

Omdat al die regters afsonderlike beslissings met eie besprekings van die buitelandse regsposisies gegee het, was die totale beslissing van die hof driehonderd-en-sewentig bladsye lank. As gevolg van hierdie lang beslissing en die verskillende uitsprake van die regters, was sommige skrywers van mening dat daar geen spesifieke beginsels neergelê is wat vir latere sake as presedent kon dien nie.¹²⁵ Vier jaar na die *Delhi Laws Act*-saak beslis is, het Regter Bose (wat een van die regters in daardie saak was) dit egter in die beslissing van *Rajnarainsingh v Chairman Administration Committee*¹²⁶ gestel dat die

¹²² Art 145(1)(j)

¹²³ 1951 SCJ 725

¹²⁴ 1951 SCJ 600

¹²⁵ *Kathi Raning Rawat v Saurashtra* 1952 SCR 444

¹²⁶ 1955 1 SCR 290

meerderheidsiening in die *Delhi Laws Act*-beslissing sodanig was dat die uitvoerende gesag wel gemagtig kan word om bestaande of toekomstige wetgewing te kan wysig, maar nie in enige wesenlike opsig nie. Wat wesenlik is, kon nie neergelê word nie en daar was verskil van mening daaroor in die oorspronklike gewysde. Waaroor daar wel eenstemmigheid was, was dat daar nie 'n beleids- of standaardverandering deur die uitvoerende gesag in die wetgewing aangebring kon word nie. Dit sou ook beteken dat die kompetensie om wetgewing te herroep nie aan die uitvoerende gesag gedelegeer kon word nie.¹²⁷

In 'n lang bespreking van verskillende hofsake wat mekaar weerspreek en verskillende beslissings gee oor die delegasie van wetgewende gesag, wys Seervai¹²⁸ daarop dat die Indiese *Supreme Court* in 1975¹²⁹ na die oorspronklike posisie teruggekeer het soos dit deur die *Privy Council* neergelê is in *R v Burah*¹³⁰ en vir meer as sewentig jaar toegepas is in Indië. Ingevolge hierdie beslissing kan die wetgewer na goeiddunke enige wetgewende kompetensies aan die uitvoerende gesag deleger, insluitende die kompetensie om wetgewing te kan wysig, herroep, of implementeer. Dit doen nie afbreuk aan die gesag van die wetgewer nie, want net so maklik as wat die wetgewende kompetensies gedelegeer is, kan dit weer deur die wetgewer herroep word.¹³¹ Seervai ondersteun self die siening dat die Indiese grondwet aan die wetgewer die reg verleen om wetgewing te verorden wat aan die uitvoerende gesag die kompetensie verleen om wetgewing te implementeer en die bepalings daarvan te wysig ten einde dit goed te laat werk. Hy skryf:¹³²

...legislative power is not "property" to be jealously guarded by the legislature, but is a means to an end, and if the end is desired by the

¹²⁷ 1955 1 SCR 290 298-299, 301

¹²⁸ Seervai *Law of India* 1216

¹²⁹ *NK Papiiah & Sons v Excise Commissioner* 1975 ASC 1007

¹³⁰ (1878) 5 IA 178, (1878) 3 App Cas 889 (1878) 4 Cal 172

¹³¹ Seervai *Law of India* 1217

¹³² Seervai *Law of India* 1222. Sien ook soos aangehaal in die Suid-Afrikaanse beslissing van *Executive Council, Western Cape Legislature v President of RSA* 1995 4 SA 877 (KH) 902A-B.

legislature and the difficulties desired by that end cannot be foreseen, it is not only desirable but imperative that the power to remove difficulties should be entrusted to the executive government which would be in charge of the day-to-day working of the law.

Die reëls wat dus blyk te geld in die Indiese reg by die delegasie van wetgewende gesag, hou onder andere in dat dit uitgeoefen moet word volgens die spreuk *delegatus delegare non potest*.¹³³ Hiervolgens sal 'n instelling of 'n persoon aan wie gesag deur die wetgewer gedelegeer is, dit nie verder kan deleger nie, maar dit self moet uitoefen.¹³⁴ Voorts moet gedelegeerde gesag streng uitgeoefen word binne die perke van die delegasie. Indien dit uitgeoefen sou word buite daardie delegasie sal die reëls wat so geskep word *ab initio* nietig wees, selfs al bepaal die magtigende wet dat reëls wat op hierdie wyse uitgevaardig word effek sal hê asof dit ingevolge die magtigende wet gedoen is.¹³⁵ Gedelegeerde gesag sal ook nie terugwerkend uitgeoefen kan word nie, tensy die wetgewer dit uitdruklik so sou magtig.¹³⁶ Laastens is dit die geval dat waar 'n wetgewer bevoeg is om 'n wet te maak ten opsigte van enige bepaling, dit enige soortgelyke bepaling geldig kan verklaar wat ingevolge sy gedelegeerde wetgewende gesag gemaak is.¹³⁷

Na oorweging van die Indiese posisie wil dit dus voorkom dat die Indiese reg ten aansien van die delegasie van wetgewende gesag lynreg met die posisie in die Duitse reg verskil, deurdat die Parlement feitlik enige wetgewende gesag kan deleger.

3.6 Die Dominium van Kanada

Aangesien Kanada oorspronklik 'n dominium van Groot-Brittanje en onderhewig aan die parlementêre gesag van Westminster was, is die argument aangevoer dat die Kanadese

¹³³ Vertaling: "n Gedelegeerde kan nie deleger nie," in Hiemstra en Gonin *Regswoordeboek* 176

¹³⁴ *Harishankar Bagla v MP* 1955 1 SCR 380 389-390

¹³⁵ *Kerala v KMG Abdulla & Co* 1965 ASC 1565

¹³⁶ *India Sugars & Refineries Ltd v State* 1960 AMys 326; *ITO v MC Ponnose* 1965 2 Ker 288, 1966 AKer 56

¹³⁷ *HLM Biri Works v STO* 1959 AA 208, 1958 ALJ 719

wetgewer se gesag gedelegeer is uit Londen en dus nie verder gedelegeer kon word nie op grond van die leerstuk van *delegatus delegare non potest*.¹³⁸ Hierdie argument is egter in *Hodge v The Queen* (1883)¹³⁹ deur die *Privy Council* verwerp. In hierdie saak is dit gestel dat die Kanadese provinsiale wetgewers se gesag so wyd en volkome was as Westminster self ten opsigte van die gesag wat dit gehad het en kon toeken.¹⁴⁰ Dié siening is deur die *Privy Council* bevestig in *Shannon v Lower Mainland Dairy Products Board* (1938)¹⁴¹ toe beslis is dat die provinsiale wetgewers soewerein is en baie wye wetgewende diskresies kon delegeer. As 'n *dictum* is dit in *Hodge* gestel dat die posisie dieselfde was ten opsigte van die federale parlement in Ottawa.¹⁴²

Aan die begin van die eeu is hierdie siening verder gevoer in die Kanadese *Supreme Court* in die saak van *Re Gray* (1918)¹⁴³ waarin daar aangevoer is dat die federale *War Measures Act*, 1914 ongrondwetlik was. Die rede hiervoor was dat die wet vir alle praktiese doeleindes alle parlementêre wetgewende gesag aan die federale kabinet oorgedra het vir die duur van die Eerste Wêreldoorlog (1914-1918). Die hof het beslis dat selfs 'n delegasie so wyd soos hierdie een, geldig was. Al vier opinies wat gelewer is het dit egter gestel dat die wetgewer se delegasiebevoegdheid nie absoluut was nie en dat 'n "abdication, abandonment or surrender" van die parlementêre gesag ongeldig sou wees.¹⁴⁴ Aangesien die *War Measures Act* wel grondwetlik bevind is, is dit onduidelik wanneer delegasie dan wel ongrondwetlik sou wees, maar die aangeleentheid word geensins deur die *Supreme Court* aangeroei nie.¹⁴⁵ Die *Supreme Court* het sy siening in 'n soortgelyke saak tydens die Tweede Wêreldoorlog, *Reference re Regulations (Chemical) under War Measures Act (1943)*¹⁴⁶ bevestig. Beide hierdie sake is tydens die

¹³⁸ Sien hierbo vn 106

¹³⁹ (1883) 9 App Cas 117

¹⁴⁰ (1883) 9 App Cas 117 132

¹⁴¹ [1938] AC 708

¹⁴² (1883) 9 App Cas 117 132

¹⁴³ (1918) 57 SCR 150

¹⁴⁴ (1918) 57 SCR 150 157, 165, 171, 176

¹⁴⁵ Hogg *Law of Canada* 286

¹⁴⁶ 1 DLR 248

wêreldoorloë beslis en wetgewers word meer beweegruimte gegun in sulke tye wat kan aandui dat sulke wye delegasie dalk nie toegelaat sal word behalwe in sodanig uitsonderlike omstandighede nie.¹⁴⁷

Die enigste saak waarin beslis is dat 'n delegasie van wetgewende bevoegdhede aan die uitvoerende gesag wel as ongrondwetlik aangeval kan word, is in 1937 beslis,¹⁴⁸ maar is intussen deur die *Privy Council* in die saak van *Shannon* omvergewerp, sowel as in die Kanadese *Supreme Court*.¹⁴⁹ Dit is ook in geen ander Kanadese beslissings as presedent nagevolg nie.¹⁵⁰ Die vereiste by delegasie is steeds dat die magtigende wet of die uitoefening van die gedelegeerde gesag nie *ultra vires* mag wees deur byvoorbeeld in stryd met die federale verdeling van gesag te wees nie.¹⁵¹

'n Uitsondering op hierdie lyn van argumentering is dat die federale parlement se gesag om belasting te kan hef, nie gedelegeer kan word nie. Die rede hiervoor is dat artikel 53 van die *Constitution Act*, 1867, dit stel dat 'n wetsontwerp wat belasting hef in die *House of Commons* moet ontstaan. Hiermee saam bepaal artikel 54 dat daardie huis van die parlement die wetsontwerp nie sal aanneem tensy dit deur 'n boodskap van die Goewerneur-Generaal aanbeveel is nie. Gevolglik lui die argument dat dit hieruit afgelei kan word dat die delegasie van die gesag om belasting te kan hef implisiet deur hierdie bepaling verbied word, omdat belasting wat ingevolge gedelegeerde gesag gehef sal word, nog in die *House of Commons* sal ontstaan, nog deur die Goewerneur-Generaal aanbeveel sal word.¹⁵² Na die promulgering van artikel 52 van die Kanadese *Constitution Act*, 1982¹⁵³ is 'n beslissing van die *Supreme Court* waarin hierdie argument

¹⁴⁷ *Re Manitoba Government Employers Association and Government of Manitoba* 79 DLR (3d) 1 15 wat ooreenstem met ons eie Konstitusionele Hof se opmerkings hieroor blyk hiermee in lyn te wees in *Executive Council, Western Cape Legislature v President of RSA* 1995 4 SA 877 (KH) 902F-I

¹⁴⁸ *Credit Foncier Franco-Canadien v Ross* [1937] 3 DLR 365 (Alta AD)

¹⁴⁹ *Re Criminal Law Amendment Act 1968-1969 (Breathalyser)* [1970] SCR 777

¹⁵⁰ *Hogg Law of Canada* 286 vn 16

¹⁵¹ *Hogg Law of Canada* 288

¹⁵² *Hogg Law of Canada* 287

¹⁵³ Hierna genoem die Kanadese grondwet.

omvergewerp is by geldigverklaring van 'n federale wet wat juis sodanige gesag gedelegeer het, ook nie meer van toepassing nie.¹⁵⁴ Die rede hiervoor is dat artikel 52 dit stel dat die Kanadese grondwet die hoogste reg in Kanada is en dat enige wet wat daarmee onversoenbaar is, ongeldig sal wees. Voor die promulgering van hierdie artikel was die reël dat waar 'n wet gepromulgeer is wat onversoenbaar was met die grondwet, daar implisiet vermoed is dat die wetgewer deur hierdie wet die grondwet wou wysig.¹⁵⁵

Ten opsigte van die beperking van fundamentele regte is die posisie soortgelyk as in die Duitse reg.¹⁵⁶ Artikel 1 van die *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹⁵⁷ waarborg die fundamentele regte wat daarin uiteengesit word en dit mag slegs beperk word (en dus op inbreuk gemaak word) "as prescribed by law" en soos dit in 'n oop en demokratiese samelewing regverdigbaar sou wees. Verder sal dit deur wetgewing, 'n regulasie wat ingevolge wetgewing uitgereik is of die gemenerereg gemagtig moet word om gelding te geniet.¹⁵⁸ Diskresionêr gemagtigde optrede sal aan spesifiek neergelegde riglyne moet voldoen om die "prescribed by law"-vereiste te kan slaag ten opsigte van die fundamentele regte en vryhede wat beperk of waarop inbreuk gemaak kan word en kan nie ongestruktureerd geskied nie.¹⁵⁹

Hierdie kwessie was in die provinsiale saak van *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors*¹⁶⁰ ter sprake gewees, waar die Ontario-sensuurraad die gesag gehad het om ingevolge die *Theatres Act*¹⁶¹ enige film te sensor¹⁶²

¹⁵⁴ *In re Agricultural Products Marketing Act* 84 DLR (3d) 257

¹⁵⁵ *Kariapper v Wijesinha and Another* [1968] AC 717 742F

¹⁵⁶ De Ville 1993 *SAPR* 79

¹⁵⁷ Hierna genoem die Kanadese handves.

¹⁵⁸ *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* 1983 147 DLR (3d) 58 (Ont HC) 67; *R v Therens* 1985 18 DLR (4th) 655 (SCC) 680

¹⁵⁹ Sharpe (red) *Charter Litigation* (1987) 294 in De Ville 1993 *SAPR* 79

¹⁶⁰ 1983 147 DLR (3d) 58 (Ont HC) 67

¹⁶¹ RSO 1980 c 498

¹⁶² Art 3(2)(a)

of die vertoning van enige film te verbied¹⁶³ in die provinsie van Ontario. Verder moes alle films wat vertoon wou word eers aan dié sensuurraad voorgelê word¹⁶⁴ en was enige filmvertoning verbode indien dit nie deur die sensuurraad goedgekeur is nie.¹⁶⁵ Die regspraak *in casu* was dus in effek of so 'n wye en ongebonde diskresie wel aan die "prescribed by law"-vereiste van artikel 1 van die Kanadese handves voldoen het en daar is beslis dat dit nie die geval was nie.¹⁶⁶

It is accepted that law cannot be vague, undefined and totally discretionary; it must be ascertainable and understandable. Any limits placed on the freedom of expression cannot be left to the whim of an official; such limits must be articulated with some precision or they cannot be considered to be law.¹⁶⁷

'n Dokument en pamflet van die sensuurraad ten opsigte van riglyne vir die neem van besluite is ook nie goed genoeg bevind nie, omdat dit nie op die raad self van toepassing was nie en gevolglik nie as reg kon geld nie.¹⁶⁸ Dit word uit hoofde hiervan aangevoer dat die posisie dieselfde sou wees by enige gedelegeerde wetgewende diskresies wat fundamentele regte sou kon beperk of aantas.

3.7 Die Verenigde State van Amerika

Anders as die statebondslande met parlementêre regeringstelsels volg die Amerikaners 'n presidensiële stelsel ingevolge waarvan daar 'n baie streng skeiding van magte is tussen

¹⁶³ Art 3(2)(b)

¹⁶⁴ Art 35

¹⁶⁵ Art 38

¹⁶⁶ Hierdie beslissing is ook gevolg in *Reference Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* 1984 10 DLR (4th) 491 (Ont CA) en in die *Supreme Court* se beslissing in *Attorney-General of Quebec v Irwin Toy Ltd* 1989 58 DLR (4th) 577 (SCC) 617.

¹⁶⁷ 1983 147 DLR (3d) 58 (Ont HC) op 67

¹⁶⁸ 1983 147 DLR (3d) 58 (Ont HC) op 67. Sien ook De Ville 1993 *SAPR* 79-80.

die President as uitvoerende gesag,¹⁶⁹ die Kongres as wetgewende gesag¹⁷⁰ en die regbank as regsprekende gesag.¹⁷¹ Hierdie streng skeiding van die uitvoerende gesag en die wetgewer was 'n *a priori* struikelblok vir delegasie om 'n grondwetlike praktyk te kon word¹⁷² en daar bestaan dus 'n verbod op die verlening van wetgewende gesag deur die Kongres aan die uitvoerende gesag.¹⁷³ Gevolglik het Cushman die volgende bekende sillogisme ontwerp oor die delegering van wetgewende gesag.¹⁷⁴

- Belangrike veronderstelling: Wetgewende gesag kan nie grondwetlik deur die Kongres gedelegeer word nie.
- Minder belangrike veronderstelling: Dit is essensieel dat sekere gesag wel aan administratiewe amptenare en regulerende kommissies gedelegeer moet word.
- Gevolgtrekking: Gesag wat so gedelegeer word, is nie wetgewende gesag nie.

Amerikaanse regters het tot die gevolgtrekking gekom dat die gesag wat deur die wetgewer aan die administrasie oorgedra is, gesien moet word as wetgewende gesag in 'n wyer sin en dat dit kwasi-wetgewende of administratiewe gesag genoem moet word.¹⁷⁵ Argumente waarop die Amerikaanse howe hul konserwatiewe houding jeens delegasie

¹⁶⁹ Artikel I Deel 1 van die Amerikaanse grondwet: "All legislative Powers herein granted shall vest in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives." Deel 8 par 18 bemaatig die Kongres: "To make all Laws which shall be necessary and proper..."

¹⁷⁰ Artikel II Deel 1 van die Amerikaanse grondwet: "The executive Power shall be vested in a President of the United States of America."

¹⁷¹ Artikel III Deel 1 van die Amerikaanse grondwet: "The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish."

¹⁷² Alexandrowicz *Developments* 108

¹⁷³ Kachelhoffer *Ondergeskikte Wetgewing* 65

¹⁷⁴ Alexander CHA Delegation of Legislative Power in India 1954 *American Journal of Comparative Law* in Alexandrowicz *Developments* 110

¹⁷⁵ *US v Grimaud*, 220 US 506; *Humphrey's Executor v US*, 295 US 602

skoel is eerstens die bewoording van die Amerikaanse grondwet.¹⁷⁶ Tweedens: aangesien die grondwet vertrouwe stel in die politieke besluite van die verteenwoordigers wat demokraties tot die Kongres verkies is en in hul vermoë om beleid te formuleer uit hoofde van daardie besluite, sal dit die voorskrifte van die grondwet ondermyn om sulke besluite en sodanige beleid te laat maak deur persone of instellings wat nie vir daardie doel in die grondwet geïdentifiseer is nie.¹⁷⁷ Indien die wetgewende funksie van die Kongres aan lede van die uitvoerende gesag of die administrasie gedelegeer word op 'n wyse wat hulle sou toelaat om politieke besluite en beleid te skep, sal die uitoefening van die gedelegeerde gesag nie onderhewig wees aan genoegsame wigte en teenwigte van die regbank nie. Die rede hiervoor is dat politieke diskresies en funksies baie moeilik onderhewig is aan geregtelike hersiening.¹⁷⁸ Verder sal dit ook die prosesse van plurale belange-akkommodering wat gewoonlik wetgewende besluitneming in die Verenigde State struktureer, omseil.¹⁷⁹

Uiteindelik is die skeiding van magte nie 'n ernstige struikelblok in die delegering van wetgewende gesag aan administratiewe amptenare of agentskappe nie, omdat die howe 'n baie afgewaterde betekenis aan die begrip, wetgewende gesag, geheg het. Solank as wat die betrokke wetgewer die gedelegeerde se wetgewende gesag sou beperk met verwysing na die een of ander "standard," dan sal dit die toets van grondwetlikheid slaag.¹⁸⁰ Verder het die howe vae frases soos "just and reasonable rates" of "unfair methods of competition" as genoegsame "standards" aanvaar, maar daar bly altyd die gevaar dat 'n uitsonderlik wye en vae delegasie as die delegasie van wetgewende gesag geklassifiseer kan word en veral drie sake het voorgekom waar dit wel die geval was.¹⁸¹

¹⁷⁶ Vn 155 hierbo.

¹⁷⁷ *Tribe American Law* 365 en *United States v Robel* 389 US 258 (1967) op 276

¹⁷⁸ *Industrial Union Department AFL-CIO v American Petroleum Institute* 448 US 607 (1980). Sien ook die bespreking oor hierdie besware in ons eie Konstitusionele Hof in *Executive Council, Western Cape Legislature v President of RSA* 1995 4 SA 877 (KH) op 927G-928A

¹⁷⁹ *Tribe American Law* 365

¹⁸⁰ Davis KC *Administrative Law Treatise* Vol I (St Paul 1958) 76

¹⁸¹ Hogg *Law of Canada* 287

Die eerste keer wat die *Supreme Court* 'n wet van die Kongres ongeldig verklaar het was in *Panama Refining Co v Bryan*¹⁸² toe beslis is dat essensiële wetgewende gesag in die *National Industrial Recovery Act*, 1933 aan die uitvoerende gesag oorgedra is en dat sodanige oordrag ongrondwetlik was.¹⁸³ Hierdie wet het aan die President die kompetensie verleen om die interstaatlike vervoer van olie, wat gesmokkel is, te verbied ten einde ekonomiese ontwrigtings in die olie-industrie te verminder. Daar is beslis dat die Kongres in hierdie wet geen beleid neergelê het oor die vervoer van olie waar meer olie geproduseer is as wat 'n staat toegelaat het nie en dat daar dus geen standaard daargestel en geen reël neergelê is nie. Daar was dus effektief geen perk op die President se gesag ingevolge die betrokke wet nie.

Die *ALA Schechter Poultry Corp v US*¹⁸⁴-beslissing neem die aangeleentheid verder en beslis dat 'n delegasie ongrondwetlik is indien dit nie beperk is tot enige enkele handeling of enige klas of groep van handeling wat geïdentifiseer of beskryf is deur verwysing of enige standaard nie.¹⁸⁵ *In casu* is 'n agentskap ingevolge die *National Industrial Recovery Act*, 1933 gemagtig om kodes vir billike mededinging in te stel vir besondere bedrywe. Daar was egter geen beleidsdirektiewe of prosedures wat gevolg moes word in die neerlê van die kodes, kenbaar uit die magtigende wet nie. Dit was "delegation running riot" en geen so 'n volkome oordrag van gesag kon grondwetlik geskied nie. Die hof het egter erken dat delegasie wel soms nodig was om die implementering van wetgewing moontlik te maak.¹⁸⁶ Hierdie beslissing het 'n onderskeid geskep tussen essensiële wetgewende gesag en nie-essensiële wetgewende gesag wat 'n deurslaggewende invloed op die instelling van delegasie in die Verenigde State gehad het.¹⁸⁷ 'n Soortgelyke beslissing was *Carter v Carter Coal Co.*¹⁸⁸ wat gehandel het oor soortgelyke kodes as in *Schechter Poultry*, maar ten opsigte van 'n ander industrie en is

¹⁸² 293 US 388 (1935)

¹⁸³ Gellhorn E en Boyer BB *Administrative Law and Process* (St Paul 1981) 16-17

¹⁸⁴ 295 US 495 (1935)

¹⁸⁵ Kachelhoffer *Ondergeskikte Wetgewing* 72-75

¹⁸⁶ 293 US 388 (1935) op 421

¹⁸⁷ Vergelyk die *Wesentlichkeitstheorie* in die Duitse reg by 3.2 hierbo.

¹⁸⁸ 298 US 238 (1936)

ongrondwetlik bevind omdat delegasie aan 'n privaatgroep geskied het, terwyl dit in die ander sake nie oor private aangeleenthede gehandel het nie.¹⁸⁹

Terwyl primêre of essensiële wetgewende gesag nie aan die uitvoerende gesag oorgedra kan word nie, is dit nie die geval by sogenaamde sekondêre wetgewing wat na ondergeskikte, ondersteunende of voorwaardelike wetgewende gesag verwys nie.¹⁹⁰ 'n Onderskeid moet getref word tussen die delegasie van die reg om wetgewing te skep wat 'n diskresie vereis oor wat die inhoud daarvan spesifiek sal wees en die delegasie van gesag of 'n diskresie oor die implementering daarvan.¹⁹¹ 'n Toelaatbare delegasie "must contain an intelligible principle to which [the agency]...must conform."¹⁹² Delegasie moet nie sodanig wees dat die gedelegeerde besig is om wetgewing te maak eerder as om binne die raamwerk van wetgewing van die Kongres te handel nie.¹⁹³ 'n Skeiding van magte vereis verder dat die Kongres as die liggaam waarin alle federale wetgewende gesag gesetel is, die wetgewende besluite moet neem,

...in accordance with the single, finely wrought and exhaustively considered, procedure laid down by the US Constitution, which requires laws to be passed bicamerally and be presented to the President for consideration for a possible veto.¹⁹⁴

By delegasie is die *Supreme Court* meer geneig om wye delegasies te verwerp op statutêre gronde waar die optrede van die gedelegeerde sensitiewe areas van substantiewe

¹⁸⁹ Sien die bespreking van *Larkin v Grendel's Den Inc* 459 US 116 (1982) hieronder

¹⁹⁰ *Alexandrowicz Developments* 113-114

¹⁹¹ *Wilmington and Zalesville Railroad Co v Commissioners* 1 Ohio St 77 (1852) met gesag deur die *Supreme Court* aangehaal in *Hampton & Co v United States* 276 US 394 (1928) op 407

¹⁹² *Hampton & Co v United States* 276 US 394 (1928) op 409

¹⁹³ *Hampton & Co v United States* 276 US 394 (1928) op 407

¹⁹⁴ *INS v Chada* 462 US 919 (1983) op 951. Sien ook die bespreking in ons eie Konstitusionele Hof in *Executive Council, Western Cape Legislature v President of RSA* 1995 4 SA 877 (KH) op 899I-900D en 927D-F

vryheid aantas, byvoorbeeld in die saak van *Greene v McElroy*¹⁹⁵ waar die hof geweier het om 'n bevraagtekenbare program vir die uitklaring van sekerheid te handhaaf. Nog 'n benadering van die *Supreme Court* is om federale wetgewing eng uit te lê ten einde wye delegasies te verhoed as 'n statutêre aangeleentheid, eerder as om die optrede van die Kongres grondwetlik ongeldig te bevind.¹⁹⁶

'n Goeie voorbeeld hiervan was *National Cable Television Association Inc. v United States*¹⁹⁷ waar die hof 'n federale wet eng uitgelê het om 'n administratiewe agentskap se heffing van fooie van gereguleerde kabeltelevisie-operateurs te beperk tot bedrae wat uitsluitlik meetbaar was deur die voordeel wat die operateurs verkry het uit die federale regulering van kabeltelevisie deur die betrokke agentskap, eerder as om dit uit te lê as 'n algemene magtiging tot die heffing van belasting. Dit moet laastens hier gestel word dat die hof baie moeilik wetgewende delegasies aan private groepe sal handhaaf¹⁹⁸ en is nog meer huiwerig om enige regerings-of kwasië-wetgewende gesag wat aan religieuse organisasies gedelegeer is, te sanksioneer. So 'n geval het onlangs voorgekom in *Larkin v Grendel's Den Inc.*¹⁹⁹ toe 'n Massachusetts-wet ongeldig verklaar is, omdat dit aan elke kerk die reg verleen het om die uitreik van dranklisensies binne 'n vyfhonderd voet radius van die betrokke kerk te verbied.

3.8 Samevatting ten opsigte van Buitelandse Regsposisies

Dit wil voorkom dat die Amerikaanse benadering op grond van die leerstuk van die skeiding van magte strenger is as wat die geval is in die statebondslande met regerings wat aan die parlemente verantwoordelik is. Die Amerikaanse reg onderskei tussen die delegasie van die reg om wetgewing te skep wat 'n diskresie vereis oor wat die inhoud van die wetgewing self sal wees en die delegasie van gesag of 'n diskresie oor die

¹⁹⁵ 360 US 474 (1959)

¹⁹⁶ *Greene v McElroy* 360 US 474 (1959) op 507

¹⁹⁷ 415 US 336 (1974)

¹⁹⁸ *Carter v Carter Coal Co* 298 US 238 (1936)

¹⁹⁹ 459 US 116 (1982)

implementering daarvan. Daarteenoor ken die lande met statebondsagtergronde grootliks geen sodanige onderskeid nie. Veral in die Verenigde Koninkryk en Indië is die parlement soewerein en het dit die reg om enige wetgewing aan te neem en sodanige wetgewende gesag te deleger aan enige uitvoerende liggaam soos dit sou verkies. Weens die Amerikaanse benadering met 'n baie strenger skeiding van magte is dit nie moontlik nie. Sogenaamde essensiële wetgewende gesag kan nie in die Amerikaanse reg gedelegeer word nie, maar moet deur die Kongres self uitgeoefen word.²⁰⁰ Daar moet binne die raamwerk van wetgewing gehandel word eerder as om self wetgewing te kan skep.²⁰¹ Dit beteken dat die magtigende wet een of ander standaard moet neerlê waaraan voldoen moet word in die gedelegeerde gesag, anders kan daardie delegasie as ongrondwetlik aangemerkt word.²⁰²

Uit hoofde van hierdie besprekings van die buitelandse regsposisies kan die gevolgtrekking egter gemaak word dat die Amerikaanse benadering steeds nie so konserwatief daar uitsien soos die geval in Duitsland is ten opsigte van die delegasie van wetgewende gesag nie. In die Duitse reg moet die inhoud, omvang en doel van die delegasie vanuit die magtigende wetgewing duidelik wees en nie vir die eerste keer in die gedelegeerde wetgewing voorkom nie. Indien sodanige inhoud, omvang en doel van die delegasie nie duidelik in die magtigende wetgewing uitgespel word nie, kan daardie delegasie ongrondwetlik wees en sal enige ondergeskikte wetgewing wat daaruit voortvloei, deur dieselfde lot getref word.²⁰³

Die belangrikheid van die bespreking van hierdie buitelandse regsposisies is daarin geleë dat dit aan ons leiding verskaf oor hoe om probleme te hanteer wat in ons eie reg nog nuut is. In baie van die ouer regstate het soortgelyke probleme reeds lank gelede opgeduik en is dit daar uitgestryk. Deur hierdie buitelandse regsposisies in oënskou te neem kan ons dus leiding ontvang oor hoe om soortgelyke probleme in ons eie reg te

²⁰⁰ Gellhorn E en Boyer BB *Administrative Law and Process* (St Paul 1981) 16-17

²⁰¹ *Hampton & Co v United States* 276 US 394 (1928) op 407

²⁰² Davis KC *Administrative Law Treatise* Vol I (St Paul 1958) 76

²⁰³ Singh *German Administrative Law* 22

hanteer binne ons eiesoortige kontekste waarin hierdie probleme dan voorkom. Na aanleiding van die beslissing van die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof in *Executive Council, Western Cape Legislature v President of RSA*,²⁰⁴ wil dit voorkom dat hierdie hof die paadjie van die Duitse reg opgaan, soos dit hieronder aangetoon sal word.²⁰⁵

4. DIE SUID-AFRIKAANSE REGSPOSISIE NA 1994

4.1 Algemeen

Dit is algemene kennis dat Suid-Afrika op 27 April 1994 staatsregtelik 'n volledige breuk met die verlede gemaak het, beide op politieke en staatsregtelike gebied. Met die inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet het ons die bedeling van 'n demokratiese regstaat betree waar die soewereiniteit van die Parlement met 'n onverskanste Grondwet, soos wat ons daaraan gewoond was uit die ou Westminster-bedeling, vervang is met die oppergesag van die reg waar die Grondwet voortaan die hoogste reg in die Republiek sal uitmaak.²⁰⁶

Hierdie beginsel is voortgesit in die finale Grondwet van 1996.²⁰⁷ Uit die aard van die saak sal hierdie onomkeerbare breuk met die verlede ernstige gevolge inhou, ook vir die gesag wat die Parlement as sentrale wetgewende gesag van die Republiek sal kan delegeer.²⁰⁸ In hierdie geval is dit dan spesifiek met verwysing na die delegasie van wetgewende kompetensies aan die uitvoerende gesag. Dit het ook nie baie lank geneem voordat hierdie aangeleentheid homself in ons howe voorgedoen het ten einde duidelikheid daaroor te kon verkry nie.

²⁰⁴ 1995 4 SA 877 (KH)

²⁰⁵ Sien veral 4.2.3 en 4.2.4 hieroor.

²⁰⁶ Art 4 van die Oorgangsgrondwet en arts 1(c) en 2 van die 1996-Grondwet. Sien ook die opmerkings hieroor in *Executive Council, Western Cape Legislature v President of RSA* 1995 4 SA 877 (KH) 899F-H.

²⁰⁷ Dit is verseker deur Grondwetlike Beginsel IV van die Oorgangsgrondwet wat bepaal het: "Die Grondwet moet die hoogste reg van die land wees.

²⁰⁸ Art 43 en 44 van die 1996-Grondwet setel die nasionale wetgewende gesag in die Parlement. Vgl art 37 van die Oorgangsgrondwet.

4.2 Die Houding van die Konstitusionele Hof

Die kwessie aangaande die grondwetlikheid van wetgewende diskresies van die uitvoerende gesag ten opsigte van die maak van ondergeskikte wetgewing het in sy kort bestaan al twee keer voor die Konstitusionele Hof gedien, maar beide sake is beslis terwyl die Oorgangsgrondwet nog gegeld het. Hierdie Grondwet het 'n nuwe staatsregtelike bedeling ingelui wat parlementêre gesag om wetgewing te maak beperk het ten opsigte van inhoud en prosedure, in teenstelling met die pre-1994 soewereine parlement.²⁰⁹ In die eerste van hierdie sake, *Ynuico Ltd v Minister of Trade and Industry*²¹⁰ het dit gehandel oor die grondwetlikheid van wetgewende diskresies wat aan die uitvoerende gesag gedelegeer is ingevolge wetgewing wat deur die Parlement gepromulgeer is voor die inwerkingtrede van die regstaatlike bedeling in 1994. Daarteenoor het *Executive Council, Western Cape Legislature v President of the Republic of South Africa*²¹¹ weer gehandel oor die posisie van wetgewing wat deur die eerste demokraties verkose parlement aangeneem is sedert die inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet. Hierdie saak het spesifiek gehandel oor die wetgewende diskresies wat aan die President gedelegeer is.²¹²

4.2.1 Die Ynuico-beslissing

In casu was die regspraak of die delegasie van wetgewende gesag aan die uitvoerende gesag ingevolge wetgewing wat gepromulgeer is voor die inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet, wat die regstaatlike bedeling ingelui het, ingevolge daardie Grondwet aangeval kon word. Die vraag was of so 'n delegasie ongrondwetlik was. Delegasie het in die betrokke geval geskied by wyse van artikel 2(1)(b) van die *Wet op die Beheer van In-en Uitvoere* 45 van 1963. Artikel 2(1)(b) lui soos volg:

²⁰⁹ *Executive Council, Western Cape Legislature v President of RSA* 1995 4 SA 877 (KH) 903F-G, 904B-F en 932C-D

²¹⁰ 1996 6 BCLR 798 (KH)

²¹¹ 1995 4 SA 877 (KH)

²¹² Dit is interessant dat regter Didcott in die *Ynuico*-beslissing die vraag oor wetgewing aangeneem na 1994 *obiter* genoem het, maar verkies het om dit onbeantwoord te laat in par 4 van daardie uitspraak.

Die Minister mag, wanneer hy dit ookal noodsaaklik en dienstig ag vir die openbare belang, by kennisgewing in die Staatskoerant voorskryf dat geen goedere van 'n gespesifiseerde klas of soort of geen ander goedere as goedere van 'n gespesifiseerde klas of soort ... ingevoer sal word in die Republiek nie, behalwe onder gesag van en in ooreenstemming met die voorwaardes gestel in 'n permit deur hom uitgereik of deur 'n persoon deur hom daartoe gemagtig...

Uit hoofde van hierdie artikel het die Minister van Handel en Nywerheid gevolglik op 23 Desember 1988, Goewermentskennisgewing R2582 uitgevaardig ingevolge waarvan die invoer van onder andere tee, verbied is, indien dit sonder 'n permit sou geskied. As 'n voorsiener van tee is die applikant in die huidige aangeleentheid verbied om tee in te voer tensy hy nie vooraf 'n persentasie van die plaaslike produksie van tee sou aankoop nie – 'n maatreël ingestel om plaaslike produsente te beskerm.²¹³

A quo is in die Transvaalse provinsiale afdeling²¹⁴ aangevoer dat artikel 2(1)(b) onversoenbaar sou wees met artikels 24 en 26(1) van die Oorgangsgrondwet wat op daardie stadium nog in werking was. Daar is aangevoer dat dit nie aan die vereistes van administratiewe geregtigheid in artikel 24 voldoen het nie, weens die ongenoegsaam gedefinieerde en omskrewe gesag van die Minister. Verder was die argument dat dit aan die Minister die reg verleen het om inbreuk te maak op die applikant se reg om vrylik aan die ekonomiese verkeer deel te neem volgens artikel 26. Nie een van hierdie argumente is egter in die Konstitusionele hof voortgesit nie (die uitspraak meld nie waarom nie) en gevolglik is daar geen beslissings op grond daarvan gemaak nie.²¹⁵ Daar is eerder gefokus op artikel 37 van die Oorgangsgrondwet wat die wetgewende gesag van die Republiek in die Parlement gesetel het om grondwetlik versoenbare wette te kon maak. Die applikant het aangevoer dat slegs die Parlement ingevolge hierdie artikel met volkome wetgewende gesag bekleed is. Daardie Grondwet het nêrens toegelaat dat enige

²¹³ Par 2 van die uitspraak.

²¹⁴ *Ynuico Ltd v Minister of Trade and Industry and Others* 1995 (11) BCLR 1453 (T)

²¹⁵ Par 3 van die uitspraak

deel van die Parlement se soewereine wetgewende gesag aan 'n Minister oorgedra kon word nie en gevolglik was 'n delegasie soos dit in artikel 2(1)(b) voorgekom het ongrondwetlik, omdat dit in stryd met artikel 37 en dus onversoenbaar was met die Grondwet as hoogste reg volgens artikel 4 daarvan.²¹⁶ Dit sou die geval wees omdat dit aan die Minister 'n *carte blanche* verleen het ten opsigte van ondergeskikte wetgewing binne die afgebakende jurisdiksiegebied van artikel 2(1)(b), sonder enige neergelegde riglyne of kriteria oor die uitoefening van sy gesag, behalwe soos hy dit "ookal noodsaaklik en dienstig [sou ag] vir die openbare belang." Dit was 'n beperking wat volgens die applikant so algemeen, onbepaald en subjektief was dat dit in effek op niks in substansie of waarde neergekom het nie.²¹⁷

Hierdie argumente word egter deur die hof van die tafel gegee omdat dit irrelevant is in die betrokke saak.²¹⁸ Die *ratio* hieragter is die volgende: die bewoording en konteks van die onderhawige artikel dui daarop dat dit slegs handel oor die setel en bron van wetgewende gesag na inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet²¹⁹ en dat die posisie voor 1994 onaangeraak gelaat word. Daar word byvoorbeeld verwys na die toekomstige tydvorm waarin die teks geskryf is, die feit dat daar in hoofstuk vier van daardie Grondwet na die Parlement verwys word as die Nasionale Vergadering en die Senaat, en die verwysing na, "behoudens hierdie Grondwet." Volgens die hof sou dit tog duidelik nie kon verwys na 'n vorige parlementêre bedeling toe die Oorgangsgrondwet nog nie ingetree het nie.²²⁰

²¹⁶ Par 9 en 10 van die uitspraak.

²¹⁷ Par 4 en 9 van die uitspraak

²¹⁸ Dit was in lyn met 'n vroeëre beslissing van regter Marais in die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling op 28 September 1995 - 'n ongerapporteerde beslissing, *S v Coetzee* 70/92

²¹⁹ Art 229 van die Oorgangsgrondwet het bepaal dat alle wette wat onmiddellik voor die inwerkingtrede van daardie Grondwet van krag was binne enige gebied wat deel van die nasionale grondgebied uitmaak, van krag sou bly behoudens daardie Grondwet en behoudens enige herroeping of wysiging van sodanige wette deur enige bevoegde gesag.

²²⁰ Par 6 en 10 van die uitspraak

Artikel 2(1)(b) is juis verorden voor 1994 toe die Parlement soewerein was en wetgewing na goeddunke kon verorden en aan enige Minister (of enigiemand anders) onbeperkte wetgewende gesag kon delegeer. Daardie soewereine Parlement het ook nie gehuiwer om dit te doen nie.²²¹ Hierdie artikel word uiteindelik beslis om ingevolge artikel 229 te geld²²² en sodoende van toepassing te wees in ons reg ingevolge die argumente wat voor die hof aangevoer is. Daar is niks in gemelde artikel wat blyk dat dit 'n hoër waarde het as artikel 229 nie. Laasgenoemde artikel is dus nie daaraan onderhewig gestel nie. Dus word die gelding van artikel 229 *in casu* nie aangetas ten opsigte van die artikel 2(1)(b) se gelding in ons reg nie en bly laasgenoemde voortbestaan ingevolge daarvan.²²³

Die laaste argument wat deur die hof verwerp is ten opsigte van die onderhawige artikel 37 was dat die Parlement sedert die inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet stilswyend tot artikel 2(1)(b) toegestem, en die bepalings daarvan aangeneem het deur dit nie te herroep of te wysig nie. Hierdie argument sou impliseer dat die Parlement ook wette sou kon maak, deur nie wette te maak nie. Dit stel die parlementêre proses van debattering oor wetsvoorstelle wat uitloop op behoorlike prosesse van oorweging daarvan, gelyk met 'n totale gebrek aan beide. Volgens hierdie lyn van argumentering word daar dan aan die Parlement 'n positiewe besluit toegereken, sonder om in ag te neem wat in werklikheid die besluit van die Parlement sou gewees het as dit wel behoorlik aandag sou geskenk het aan die wetgewing.²²⁴ So 'n gevolgtrekking is, aldus die hof, ondenkbaar.

Dit bly egter onduidelik wat die beslissing sou gewees het indien die applikant sy oorspronklike argumente, soos dit *a quo* geformuleer is aangaande artikel 2(1)(b), voor die Konstitusionele Hof voortgesit het. Die Konstitusionele Hof het egter nooit die geleentheid gehad om daaroor te beslis nie – slegs bogenoemde argumente oor die

²²¹ Par 7 van die uitspraak en sien ook 2.2 en 4.1 hierbo

²²² Hierdie artikel sit die toepassing van wetgewing wat van krag was voor die inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet voort.

²²³ Par 10 van die uitspraak

²²⁴ Par 11 van die uitspraak

toepassing van artikel 37 was in daardie hof ter sprake. Die rede hiervoor is dat geen wetgewende bepaling, ook nie een wat ingevolge artikel 229 voortgesit is, die grondwetlike toets sou kon slaag, indien dit in stryd met die fundamentele regte sou wees soos dit gewaarborg is in die Grondwet nie.²²⁵

4.2.2 Die geldigheid van die *Ynuico*-beslissing ingevolge die 1996-Grondwet

'n Vraag wat beantwoord moet word is of die gevolgtrekkings van die hof ook geldig is ingevolge die huidige Grondwet. Swart²²⁶ en Chaskalson²²⁷ meen dat die bepalings van die finale Grondwet in belangrike opsigte van die Oorgangsgrondwet verskil. Daarom is hulle van mening dat hierdie beslissing tans nie veel waarde het nie.

In die eerste plek bepaal die Grondwet in artikel 2 dat enige reg of optrede in stryd daarmee ongeldig is. Verder word in item 2(1) van Bylae 6, saamgelees met artikels 242 en 243, bepaal dat alle reg wat van krag is wanneer die Grondwet in werking tree, van krag sal bly, onderhewig aan die versoenbaarheid daarvan met die Grondwet.²²⁸ Dit verskil aansienlik van artikel 229 van die Oorgangsgrondwet wat geen soortgelyke bepaling bevat het nie, maar bloot die gelding van wetgewing voortgesit het in die betrokke gebied waar dit van toepassing was, totdat dit herroep of gewysig is. Hierdie veranderinge se gevolg is dat die instandhouding van wette wat voor 1996 in werking getree het, nie verleng sal word ingevolge die finale Grondwet indien daardie wette ongrondwetlik is nie. Indien hierdie gevolgtrekking korrek sou wees dan sal dit beteken dat wette wat in stand gehou is ingevolge die Oorgangsgrondwet slegs in stand gehou sal word tot die mate dat dit in lyn is met die finale Grondwet. Dit kan beteken dat ook gedelegeerde gesag, soos in wetgewing wat voor 1994 gepromulgeer is, vervat, nou ongrondwetlik kan wees, in stryd met die beslissing in *Ynuico*.²²⁹ Sodoende kan die

²²⁵ Par 8 van die uitspraak

²²⁶ Swart GJ Constitutional Limitations on the Delegation of Powers of Taxation 1996 *SAPR* 446-471 op 455-456

²²⁷ Chaskalson M ea (reds) *Constitutional Law of South Africa* (Kenwyn 1996) 3-5

²²⁸ 'n Bepaling van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995 bly egter geldig ten spyte van die bepalings van die Grondwet, totdat daardie bepaling gewysig of herroep word.

²²⁹ Swart 1996 *SAPR* 456

beslissing in *Ynuico* nie meer net so toegepas word nie, weens hierdie belangrike verandering wat in die finale Grondwet aangebring is.

4.2.3 Die *Executive Council, Western Cape Legislature*-beslissing

Een van die kwessies wat in hierdie saak voor die hof gedien het, was die vraag oor die grondwetlikheid van artikel 16A van die *Oorgangswet op Plaaslike Regering* 209 van 1993. Hierdie artikel het aan die President die gesag verleen om die betrokke wet en sy bylaes by wyse van proklamasie in die staatskoerant te wysig. Die wysiging moes steeds geskied met die goedkeuring van die portefeuljekomitees op staatkundige ontwikkeling van die Nasionale Vergadering en die voormalige Senaat. Verder moes sulke wysigings in die Parlement ter tafel gelê word en dit sou wegval indien dit deur die Parlement afgekeur is.²³⁰ Die President het sodanige wysigings aangebring by wyse van Proklamasies R58 van 7 Junie 1995 en R59 van 8 Junie 1995. Dit het ingehou dat artikel 3(5) van die wet sodanig gewysig is dat die gesag om komiteelede van die Uitvoerende Rade van die provinsies aan te wys, vanaf die provinsiale regering na die nasionale regering oorgedra is. Ook is artikel 10 gewysig sodat die administrateur se afbakeningsgesag onderhewig gestel is aan 'n nuwe artikel 10(4) van die wet wat afbakenings voor Proklamasie R58 in effek nietig verklaar het.²³¹ Uiteindelik sou die uitkoms van hierdie kwessies bepalend wees vir 'n politieke afbakeningsdispuut oor gebiede in die Kaapse skiereiland met die oog op die verkiesing van plaaslike owerhede in November 1995, want die samestelling van die komitees sou 'n invloed op die afbakening gehad het.

Daar was niks in die Oorgangsgrondwet wat die Parlement verbied het om ondergeskikte regulerende gesag aan ander liggame te delegeer nie en dit is noodsaaklik vir die daarstel van effektiewe wetgewing. Verder blyk dit ook implisiet uit die bewoording van artikel 37 van die Oorgangsgrondwet wat die wetgewende gesag van die Republiek in die Parlement gesetel het om wette ooreenkomstig die bepalings van die Oorgangsgrondwet

²³⁰ Par 10 van die uitspraak

²³¹ Par 13 van die uitspraak

te kon maak.²³² Maar, daar is 'n verskil tussen die delegasie van die gesag om ondergeskikte wetgewing te maak en die delegasie aan die uitvoerende gesag van die gesag om wette van die Parlement te wysig of te herroep.²³³ So 'n delegasie sou ondermynend wees van die "manner and form"-vereistes soos dit in artikels 59, 60 en 61 van die Oorgangsgrondwet voorgekom het. Hierdie grondwetlike artikels was volgens die hof nie bloot aanwysende bepalings nie, maar het beskryf hoe wetgewing gemaak en gewysig moes word. Hierdie grondwetlike artikels was deel van 'n skema wat die deelname van albei huise van die Parlement verseker het in die uitoefening van die wetgewende gesag wat in die Parlement gesetel was en het ook meganismes daargestel wat van toepassing sou wees wanneer dooiepunte sou voorkom.²³⁴

Regter Sachs²³⁵ is van mening dat dit oor meer handel as bloot die vraag of dit 'n parlamentswet is wat absolute gesag om wetgewing te maak aan die uitvoerende gesag oordra. So 'n delegasie sal ontoelaatbaar wees. 'n Wet wat die gesag uitbrei om ondergeskikte wetgewing te kan maak, sal daarenteen wel grondwetlik die toets kan slaag. 'n Onderskeid van hierdie aard sou eerder 'n kwessie van graad as van substansie wees. Daar moet eerder gelet word op die vraag of die delegerende wet verantwoordelikhede probeer afskud, wat in die omstandighede van die besondere saak en met inagneming van die spesifieke rol, verantwoordelikheid en funksie wat die Parlement het, nie aan enige ander liggaam toevertrou behoort te word nie. Dit sal onder andere 'n oorweging van die volgende faktore inhou:

- (a) die omvang waartoe die diskresie van die gedelegeerde gestruktureer word deur die magtigende wet;
- (b) die openbare en grondwetlike belangrikheid van die maatreël – hoe meer dit handel oor kwessies van openbare belangrikheid, hoe groter sal die behoefte wees vir goedkeuring deur die Parlement;

²³² Par 51 899D-E

²³³ Devenish *Commentary* 112

²³⁴ Par 62 904G-I

²³⁵ Par 205 956I-J en par 206 957H-958C

- (c) hoe kort die tydperk is wat betrokke is;
- (d) die omvang waartoe die Parlement aanhou om beheer uit te oefen as openbare forum waar kwessies behoorlik gedebatteer en besluite demokraties geneem kan word;
- (e) die omvang waartoe die onderwerpinhoud die gebruik van vorme van vinnige inmenging benodig en wat deur die stadige parlementêre prosesse geïnhibeer sou word; en
- (f) enige aanduidings dat so 'n delegasie uitdruklik of by noodwendige implikasie in die Grondwet self voorsien is.²³⁶

Artikel 16A het onbeperkte gesag aan die President verleen om die *Oorgangswet op Plaaslike Regering*²³⁷ te wysig²³⁸ en om selfs die basiese beleidsbesluite deur die Parlement neergelê terwyl dit in sitting was, te wysig.²³⁹ In die wet is daar geen riglyne, aanwysings of besluitnemingskriteria oor die uitoefening van die President se wetgewende gesag uitgestippel nie²⁴⁰ en het dus daarop neergekom dat die beheer oor wetgewing vanaf die Parlement na die uitvoerende gesag oorgegaan het.²⁴¹ Sodanige gesag kan nie geregverdig word op grond van noodsaaklikheid of by noodsaaklike implikasie vanuit die Oorgangsgrondwet nie. Die "manner and form"-vereistes van artikels 59, 60 en 61 was deel van 'n verskanste Grondwet wat oppergesag geniet het in die reg. Om daarvan te kon afstap sou slegs moontlik wees as die Oorgangsgrondwet dit

²³⁶ Adjunk-President Mahomed het na soortgelyke faktore verwys in par 136 930E-G.

²³⁷ 209 van 1993

²³⁸ Par 65 906H-I

²³⁹ Par 137 931G-I

²⁴⁰ Par 137 931J, par 141 933F-G en par 209 958H. Regter Sachs gaan in par 209 958I-J selfs so ver as om te beslis dat indien behoorlike riglyne wel uitgespel is, art 16A sonder twyfel die toets van grondwetlikheid sou kon slaag. In *Malherbe EFJ Grondwetlike Oppergesag in Werking Executive Council, Western Cape Legislature v President of RSA* 1995 10 BCLR 1289 (KH) 1996 TSAR 175-182 178-179 word daar egter skerp van hierdie opinie verskil. Die rede is daarin geleë dat indien wetswysigings die bevoegdhede en werksaamhede van die provinsies sou raak, dit steeds ongeldig sou gewees het, omdat dit by proklamasie en nie ooreenkomstig die art 61-prosedure aangeneem is nie.

²⁴¹ Par 63 905E-F

uitdruklik of by noodwendige implikasie gemagtig het. *In casu* was nie een van hierdie vereistes teenwoordig nie en dus was artikel 16A ongrondwetlik.²⁴² Die Parlement sou tog nie die uitvoerende gesag kon magtig om wysigings te maak van 'n aard wat die Parlement self nie sou kon doen sonder om te voldoen aan hierdie vereistes nie.²⁴³

Twee van die regters, President Chaskalson²⁴⁴ en Adjunk-President Mahomed²⁴⁵ (Hoofregter sedert 1996), was van mening dat daar dalk uitsonderlike omstandighede sou kon bestaan, byvoorbeeld oorlog of noodtoestand, of selfs omstandighede wat nie so erg sou wees nie, soos 'n nasionale ramp weens 'n vloed, waar dit by noodwendige implikasie sou kon blyk dat wette gemaak sou kon word sonder om aan hierdie "manner and form"-vereistes te voldoen. Regters O' Regan, Ackermann en Kriegler het egter verkies om hierdie kwessie oop te laat, omdat dit onsekerheid kon skep oor die aard van die Grondwet. Die moontlikheid sou ook kon ontstaan dat ander staatsregtelike oplossings hulself sou kon voordoene om in sulke omstandighede mee te handel, anders as om van die "manner and form"-bepalings af te sien.²⁴⁶

Wat wel vasstaan, is dat die artikel 16A-bepalings 'n ontoelaatbare delegasie ingehou het.²⁴⁷ Voorts is die gevolg van hierdie beslissing dat daar wel regsbeperkinge in die Suid-Afrikaanse reg bestaan ten opsigte van die wetgewende gesag wat deur die Parlement gedelegeer kan word. Dit kan nie onbeperk geskied nie. Hierdie gevolgtrekking van die hof is die logiese uiteinde van die leerstuk van die skeiding van magte in die Suid-Afrikaanse reg.²⁴⁸

²⁴² Par 62 905C-E, par 101 919A-B, par 143 934E-F, par 151 936F-G, par 160 940I-J, par 192 953C-D en H-I en par 211 en 212 959F-G

²⁴³ Par 137 932B-C, par 151 936F-G, par 192 953D-E en par 209 958I-J

²⁴⁴ Par 62 904I-905B. Hierdie siening is gebaseer op bepalings van art 4(1) van die Oorgangsgrondwet.

²⁴⁵ Par 140 933C-E

²⁴⁶ Par 150 936B-E en par 160 904I-J

²⁴⁷ Chaskalson *Constitutional Law* 3-4

²⁴⁸ Devenish *Commentary* 111

4.2.4 Die posisie ingevolge die finale Grondwet

Soos die Oorgangsgrondwet, is die finale Grondwet tans die hoogste reg in die Republiek en ingevolge artikel 2 daarvan, is enige optrede of wet wat met die Grondwet in stryd is ongeldig en moet enige verpligtinge wat deur die Grondwet opgelê word, uitgevoer word. Dit word verder as grondwetlike waarde bevestig dat die Grondwet die hoogste reg in die land is.²⁴⁹ Die enigste gevolgtrekking wat hieruit gemaak kan word is dat die Parlement ook aan die Grondwet gebonde is en nie die bepalings daarvan kan omseil soos voor 27 April 1994 nie.

Die ooreenstemmende artikel wat die nasionale wetgewende gesag van die Republiek in die Parlement vestig, is artikel 43(a).²⁵⁰ 'n Totaal nuwe artikel wat geen voorganger in die Oorgangsgrondwet het nie, is artikel 44(1)(a)(iii) wat aan die Parlement die gesag verleen om enige van sy wetgewende kompetensies, behalwe die gesag om die Grondwet te kan wysig, aan enige wetgewende liggaam in 'n ander regeringsfeer te kan opdra. *Prima facie* wil dit voorkom asof hierdie artikel die beslissing in die *Western Cape Legislature*-saak omverwerp, maar so 'n argument word onmiddellik in twyfel getrek wanneer die bepalings van artikel 40 deeglik oorweeg word.

Hierdie artikel bepaal dat die regering van die Republiek in drie regeringsfeer verdeel word. Die wetgewende gesag van die nasionale sfeer word gesetel in die Parlement²⁵¹ wat bestaan uit die Nasionale Vergadering en die Nasionale Raad van Provinsies.²⁵² Wetgewende gesag van die provinsiale regeringsfeer setel weer in die onderskeie provinsiale wetgewers van die nege provinsies en die plaaslike regeringsfeer se wetgewende gesag word deur die munisipale rade beheer.²⁵³ Die begrip "sfeer" verwys dus nie na 'n deel of liggaam van een of ander afdeling van die uitvoerende gesag nie, maar bloot na die nasionale, provinsiale of plaaslike owerheid wat met wetgewende

²⁴⁹ Art 1(c)

²⁵⁰ Art 37 in die Oorgangsgrondwet

²⁵¹ Art 43(1)

²⁵² Art 42(1)

²⁵³ Art 43(b)-(c)

gesag beklee word in die Grondwet, as onderskeibare regeringsfere. Dus het artikel 44(1)(a)(iii) geen invloed op die gesag wat die Parlement sou kon delegeer aan die uitvoerende gesag, anders as wat die posisie ingevolge die Oorgangsgrondwet daar uitgesien het nie. Dit word bevestig deur artikel 44(4) wat die Parlement in die uitoefening van die wetgewende gesag slegs deur die Grondwet laat bind, sodat dit in lyn daarmee en binne die beperkinge van die Grondwet moet optree. Swart²⁵⁴ meen dit is opvallend dat die begrip uitvoerende gesag in artikel 44(1)(a)(iii) weggelaat is ten opsigte van die vraag aan wie die Parlement sy wetgewende gesag sal kan delegeer. Hy skryf dat die formulering van hierdie subartikel duidelik gemik is op die instandhouding van die skeiding van magte en dus sal die delegasie van die wetgewende gesag aan die uitvoerende gesag, buite die Parlement se vermoë val. Devenish skryf verder dat daar onderskei moet word tussen "legislative powers" soos dit in artikel 44(1)(a)(iii) voorkom en "plenary legislative powers." Hy meen dat die Grondwet net toelaat dat delegasie van ondergeskikte wetgewende gesag kan plaasvind. Die feit dat die Grondwet slegs daarna verwys dat die Nasionale Vergadering "legislative powers" kan delegeer en nie "plenary legislative powers" nie, blyk om die Parlement se vermoë om te delegeer, te beperk.²⁵⁵

Die Grondwet voorsien slegs die delegasie van ondergeskikte wetgewende gesag. Dit blyk implisiet uit die argument hierbo, sowel as die bewoording van artikel 44 en die implisiete afleiding uit subartikel 101(3), wat die enigste verwysing in die Grondwet na ondergeskikte wetgewing is. Hierdie subartikel is die enigste direkte verwysing in die Grondwet na ondergeskikte wetgewing en bepaal bloot ten opsigte van uitvoerende besluite dat proklamasies, regulasies en ander instrumente van ondergeskikte wetgewing vir die publiek toeganklik moet wees. Uit hoofde hiervan kan afgelei word dat daar dus geen twyfel bestaan dat die uitvoerende gesag wel die gesag het om ondergeskikte wetgewing te kan maak nie. Normaalweg sal dit egter in magtigende wetgewing wat deur die Parlement aangeneem word aan die uitvoerende gesag gedelegeer moet word. Die Parlement kan egter steeds nie essensiële of primêre wetgewende gesag aan die uitvoerende gesag oordra nie. Die Grondwet verleen aan die Nasionale Vergadering die

²⁵⁴ Swart 1996 *SAPR* 461

²⁵⁵ Devenish *Commentary* 332

gesag om die Grondwet self te kan wysig²⁵⁶ en wetgewing aan te neem ten opsigte van enige aangeleentheid. Dit sluit ook aangeleenthede in wat binne 'n funksionele terrein of gebied val soos dit gelys is in Bylae 4 van die Grondwet. Bylae 4 handel oor sake waarvoor die nasionale en provinsiale regeringsfere konkurrente bevoegdhede het. Die Nasionale Vergadering kan egter nie wetgewing aanneem oor aangeleenthede wat in Bylae 5 van die Grondwet gelys word nie, omdat Bylae 5 spesifiek handel oor aangeleenthede waarvoor die provinsies eksklusiewe wetgewende bevoegdhede het.²⁵⁷ Hierdie beperking word egter deur subartikel 44(2) getemper deurdat die Parlement wetgewing mag aanneem in lyn met artikel 76(1),²⁵⁸ ook ten aansien van aangeleenthede wat binne die funksionele areas van Bylae 5 val. Dit sou slegs kon geskied wanneer dit noodsaaklik is vir doeleindes van nasionale veiligheid, om ekonomiese eenheid of essensiële nasionale standaarde in stand te hou, om minimum standaarde daar te stel wat nodig sou wees vir die lewer van dienste en laastens om onredelike optrede van 'n provinsie te voorkom wat nadelig sou wees vir die belange van 'n ander provinsie of die land as geheel.²⁵⁹

'n Verdere vraag kan ook ontstaan uit hoofde van hierdie gesag van die Parlement en die provinsiale wetgewers oor hul konkurrente en eksklusiewe bevoegdhede. Subartikel 44(3) se bewoording is die oorsprong van hierdie vraag juis omdat dit lui dat wetgewing ten opsigte van 'n aangeleentheid wat redelik noodsaaklik of insidenteel is vir die effektiewe uitoefening van gesag ten opsigte van 'n aangeleentheid in Bylae 4, vir alle praktiese doeleindes wetgewing is ten opsigte van 'n aangeleentheid wat in Bylae 4 gelys word. In eenvoudige taal beteken dit dat waar die nasionale en provinsiale regerings konkurrente wetgewende bevoegdhede het oor 'n saak, byvoorbeeld landbou of gesondheidsdienste, daardie bevoegdheid ook *enige ander saak omvat wat noodsaaklik of bykomstig is vir die effektiewe uitoefening van 'n bevoegdheid in Bylae 4 gelys*.

²⁵⁶ Art 44(1)(a)(i) saamgelees met art 74 wat oor die prosedures handel by die wysiging van die Grondwet.

²⁵⁷ Art 44(1)(a)(ii)

²⁵⁸ Art 76(1) handel oor die prosedure by die verwysing van gewone wetsontwerpe wat die provinsies raak, na die Nasionale Raad van Provinsies (nie geldwetsontwerpe nie). Dit beskryf ook die oplos van dooiepunte indien so 'n wetsontwerp deur die Nasionale Raad van Provinsies afgekeur sou word.

²⁵⁹ Art 44(2)(a)-(e)

Kan daar nou geargumenteer word dat die delegasie van wetgewende gesag aan die uitvoerende gesag slegs plaasvind om die effektiewe uitoefening van gesag oor enige saak wat noodsaaklik of bykomstig is tot aangeleenthede wat in Bylae 4 gelys word, te verseker? Ook hieroor meen Swart dat dit nie die geval is nie, omdat die formulering van die betrokke bepaling en van die gelyste aangeleenthede in Bylae 4 van die Grondwet hierdie moontlikheid uitsluit.²⁶⁰ Hy meen dat die bewoording bloot daarop dui dat die bevoegdhede van die nasionale en provinsiale owerhede uitgebrei word om ook sake in te sluit wat wyer as bloot die lys in Bylae 4 is, maar die doel van hierdie subartikel was definitief nie om te voorsien dat wetgewende gesag aan die uitvoerende gesag gedelegeer kon word nie. Die implisiete afleiding uit artikel 101(3) bly natuurlik steeds staan dat ondergeskikte wetgewende gesag wel gedelegeer sal kan word. Wat belangrik is om by te sê is die feit dat selfs al sou iemand probeer om artikel 44(2) vir dié doel te misbruik om wetgewende gesag aan die uitvoerende gesag te deleger, dit steeds nie kan plaasvind ten opsigte van sake wat binne die eksklusiewe bevoegdheid van die nasionale regeringsfeer val, byvoorbeeld oor 'n aangeleentheid soos verdediging nie.

Alhoewel artikel 44(1)(a)(iii) bepaal dat die Nasionale Vergadering enige van sy bevoegdhede, buiten die bevoegdheid om die Grondwet te wysig aan enige ander wetgewende liggaam in 'n ander regeringsfeer kan opdra, kan dit slegs geskied ten opsigte van aangeleenthede wat binne die omvang van Bylaes 4 en 5 val. Dit sal nie kan geskied ten opsigte van byvoorbeeld 'n aangeleentheid soos verdediging of buitelandse sake nie. Hierdie is aangeleenthede waaroor die nasionale regeringsfeer eksklusiewe bevoegdheid het, aangesien dit uitgesluit is van Bylaes 4 en 5. Die feit dat artikel 44(1)(a)(iii) dit stel dat enige wetgewende bevoegdheid gedelegeer kan word aan 'n ander wetgewende liggaam in 'n ander regeringsfeer, bevestig hierdie standpunt. Bevestiging is daarin geleë dat die bevoegdheid om die Grondwet te wysig uitgesluit word van bevoegdhede wat gedelegeer kan word aan ander wetgewende liggame in ander regeringsfere. Hiermee saam verwys die begrip *wetgewende liggame in ander regeringsfere* na die wetgewers in die provinsiale of die plaaslike regeringsfere en nie na enige lede van die uitvoerende gesag in enige regeringsfeer nie. Hierdie subartikel kan

²⁶⁰ Swart 1996 *SAPR* 462

dus nie misbruik word om ongeoorloofde delegasies aan die uitvoerende gesag teweeg te bring in enige regeringsfeer nie.

Nog 'n argument doen homself voor teen die delegasie van wetgewende gesag aan die uitvoerende gesag uit hoofde van wetgewing wat noodsaaklik is vir die effektiewe uitoefening van wetgewende gesag oor 'n besondere saak. Indien die wetgewende gesag om 'n heffing of 'n belasting op te lê aan die uitvoerende gesag gedelegeer sou word, sal dit kan beteken dat die uitvoerende gesag die gesag verleen word om die prosedures wat in die Grondwet neergelê is by die aanneem van geldwetsontwerpe,²⁶¹ te omseil. So 'n delegasie sal direk in stryd wees met die beslissing in *Western Cape Legislature* dat die Parlement tog nie gesag wat hyself nie kan omseil, aan 'n ander liggaam kan deleger om dit sodoende te omseil nie. Die "manner and form"-vereistes wat in die Grondwet neergelê is, is daar om nagekom te word en kan nie bloot geïgnoreer word nie.²⁶² Dieselfde sal natuurlik die geval wees by gewone wetsontwerpe wat ook aan "manner and form"-vereistes moet voldoen en tot dieselfde omvang deur die nasionale wetgewende gesag nagekom moet word.²⁶³

Swart²⁶⁴ beantwoord hierdie vraag verder met spesifieke klem op die bepalings van die Grondwet wat dit as die hoogste reg in die Republiek bevestig. Dit gaan hier oor die moontlikheid wat President Chaskalson²⁶⁵ en Adjunk-President Mahomed²⁶⁶ in die

²⁶¹ Art 77 bespreek die "manner and form"-vereistes vir geldwetsontwerpe, saamgelees met art 73(2) en (3).

²⁶² Hierdie nie-nakoming van die "manner and form"-vereistes was een van die hoofredes waarom art 16A van die *Oorgangswet op Plaaslike Regering* 209 van 1993 ongrondwetlik verklaar is in *Executive Council, Western Cape Legislature v President of RSA* 1995 4 SA 877 (KH) by par 62 905C-E, par 101 919A-B, par 143 934E-F, par 151 936F-G, par 160 940I-J, par 192 953C-D en H-I en parr 211 en 212 959F-G.

²⁶³ Die "manner and form"-vereistes van gewone wetsontwerpe word in artikel 75 van die Grondwet neergelê ten opsigte van wetsontwerpe wat nie provinsiale aangeleenthede raak nie en in artikel 76 vir wetsontwerpe wat wel doen, saamgelees met artikel 73.

²⁶⁴ Swart 1996 *SAPR* 463

²⁶⁵ Par 62 904I-905B. Hierdie siening is gebaseer op bepalings van art 4(1) van die Oorgangsgrondwet.

²⁶⁶ Par 140 933C-E

Western Cape Legislature-saak oopgelaat het dat daar uitsonderlike omstandighede sou kon bestaan wanneer die "manner and form"-vereistes agterweë gelaat sou kon word. Hulle noem spesifiek gevalle soos oorlog of noodtoestand en selfs mindere omstandighede soos 'n vloed wat as 'n nasionale ramp beskou sou word, wat ook sou kon vereis dat die "manner and form"-vereistes nie nagekom hoef te word nie. Swart meen dat opmerkings soos dié wat deur die agbare regters gemaak is nie meer geldig is ingevolge die finale Grondwet nie. Die verskil is daarin geleë dat die formulering van die betrokke bepalings in die finale Grondwet, naamlik artikel 2 wat die Grondwet as hoogste reg waarborg,²⁶⁷ drasties met die Oorgangsgrondwet se reëling in artikel 4(1) verskil wanneer dit vergelyk word. Die vorige artikel 4(1) het bepaal dat enige wet of handeling wat met die bepalings van die Grondwet onbestaanbaar is, nietig is in die mate waarin dit aldus onbestaanbaar is. Anders as artikel 4(1) van die Oorgangsgrondwet, bepaal artikel 2 van die finale Grondwet bloot dat enige wet of handeling wat met die Grondwet onbestaanbaar is, ongeldig is. Geen uitsonderings kom voor nie en daardie wet of handeling word ook nie in stand gehou tot die mate wat dit wel bestaanbaar sou wees nie.

Daar word deur die finale Grondwet geen ruimte daarvoor gelaat dat die "manner and form"-vereistes agterweë gelaat kan word, selfs in uitsonderlike omstandighede soos deur die twee regters voorsien ingevolge die Oorgangsgrondwet nie. Die Parlement moet dus te alle tye ingevolge die Grondwet se bepalings optree en die "manner and form"-bepalings nakom soos dit neergelê is vir geld-en gewone wetsontwerpe, ongeag of dit oor provinsiale aangeleenthede handel of nie. Die "manner and form"-bepalings is dwingend en moet nagekom word. Wanneer uitsonderlike omstandighede hulself sou voordoen, sal die Parlement maar net grondwetlike maniere moet vind om met die probleem voorhande te handel, maar om wetgewende gesag aan die uitvoerende gesag te delegeer sal uit die aard van die saak totaal buite die kwessie wees.

Bogenoemde gevolgtrekking word ook ondersteun deur die beleidsoorwegings waarop die bepalings in die Grondwet gefundeer is. Die rol van die "manner en form"-bepalings en die beleidskwessies daarvoor kan slegs geëvalueer word binne die grondwetlike

²⁶⁷ Saamgelees met art 1(c)

konteks en teen die agtergrond van die tema van grondwetlike waardes waarop die land gefundeer is, naamlik verantwoordingspligtigheid, 'n responsiewe ingesteldheid en openheid, soos dit in artikel 1(d) gestel is. Die feit dat die "manner and form"-vereistes in die finale Grondwet voorkom en daar is om nagekom te word deur die Parlement, is wyses om te verseker dat hierdie waardes soos in artikel 1(d) vervat, wel neerslag vind in ons regstaatlike bedeling.

Ons Nasionale Vergadering word verkies sodat die lede daarvan as verteenwoordigers kan dien ten einde verteenwoordigende regering te verseker ingevolge die Grondwet. Dit geskied onder andere deurdat die Nasionale Vergadering 'n openbare forum is vir die oorweging en debattering van belangrike kwessies van openbare belang en die aanneem van wetgewing.²⁶⁸ 'n Verpligting rus op die Parlement om openbare betrokkenheid te fasiliteer in die wetgewende en ander prosesse van die Nasionale Vergadering en die Nasionale Raad van Provinsies en hul komitees.²⁶⁹ Verder moet dit op 'n oop wyse geskied, moet die sittings sowel as dié van die betrokke komitees in die openbaar geskied²⁷⁰ en die publiek mag slegs uitgesluit word indien dit onder die omstandighede redelik en regverdigbaar sou wees in 'n oop en demokratiese samelewing.²⁷¹ Verder mag die Parlement interne reëls maak, maar slegs met behoorlike inagneming van verteenwoordigende en deelnemende demokrasie, verantwoordbaarheid, deursigtigheid en openbare betrokkenheid.²⁷² Voorsiening moet ook daarin gemaak word vir die deelname in die verrigtinge van die Parlement se twee huise en hul komitees, van minderheidspartye, wat verteenwoordig is in die betrokke huis, op 'n wyse wat versoenbaar is met demokrasie.²⁷³

²⁶⁸ Art 42(3) en art 42(4) tov die Nasionale Raad van Provinsies

²⁶⁹ Arts 59(1)(a) en 72(1)(a)

²⁷⁰ Art 59(1)(a) en 72(1)(b)

²⁷¹ Art 59(2)

²⁷² Art 57(1)(b) en 70(1)(b)

²⁷³ Art 57(2)(b) en 70(2)(c)

Volgens Swart²⁷⁴ is hierdie bepalings spesifiek daarop gemik om die waardes wat in artikel 1(d) verskans word te laat realiseer en om te verseker dat die Parlement as openbare forum funksioneer vir die doel waarvoor dit daargestel is. Verder kan hierdie waardes van verantwoordbaarheid, deelnemendheid en openheid tog nie bevredig word indien die wetgewende gesag van die Parlement aan die uitvoerende gesag gedelegeer sou word om dit by wyse van regulasies, proklamasies en goewermentskennisgewings uit te oefen nie. Die prosedure by die uitreik van hierdie instrumente van ondergeskikte wetgewing voldoen bloot nie aan dieselfde mate van openheid en deelnemende demokrasie as wat die geval is met sake wat deur die Parlement op sy agenda geneem word volgens die "manner and form"-bepalings van artikels 75, 76 en 77 nie, selfs al word dit toeganklik gemaak vir die publiek ingevolge artikel 101(3), of in die Parlement ter tafel gelê ingevolge artikel 17 van die *Interpretasiewet*.²⁷⁵

Hierdie wet bly 'n gewone wet van die Parlement wat ter enige tyd herroep kan word en ondergeskikte wetgewing bly instrumente wat net toeganklik moet wees vir die publiek en op 'n wyse gemaak moet word soos dit in wetgewing bepaal word. Dit sal nie noodwendig in lyn met die bepalings van artikel 75, 76 en 77 wees nie. Wette van die Parlement daarenteen moet deur die President onderteken en spoedig gepubliseer word, sodat dit gepromulgeer kan word deur publikasie of op 'n datum in die betrokke wet bepaal. Ook hierdie publikasievereiste help om die waarde van openheid te laat realiseer. Dit is egter nie noodwendig 'n grondwetlike vereiste by ondergeskikte wetgewing nie. Indien wetgewende gesag van die Parlement op so 'n wyse deur die uitvoerende gesag hanteer sal word, sal die waardes in artikel 1(d) ongetwyfeld agterweë bly, sowel as die verpligte "manner and form"-vereistes, iets wat nie mag of kan geskied nie. Woolman stel dit dalk die beste.²⁷⁶

²⁷⁴ Swart 1996 *SAPR* 463

²⁷⁵ 33 van 1957. Sien ook vn 38 en die bespreking by 2.2.3 hierbo.

²⁷⁶ Coetsee *The limitations of Justice Sachs concurrence* 1996 (12) *SAJHR* 99 op 124 in Swart 1996 *SAPR* 470

Only when people know what [Parliament] is doing and why can they offer their consent. Only when the citizens offer willingly and knowingly their consent to the state's actions can the state be deemed legitimate.

Die gevolgtrekking ten aansien van die "manner and form"-bepalings, soos dit in die *Western Cape Legislature*-saak beslis is, is verder in lyn met die Grondwetlike Beginsels waaraan die Grondwet moes voldoen om deur die Konstitusionele Hof gesertifiseer te kon word.²⁷⁷ Grondwetlike Beginsel VI bepaal dat daar 'n verdeling tussen die magte van die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag moes wees, met gepaste wigte en teenwigte ten einde verantwoording, verantwoordbaarheid en openheid te verseker. Dit gaan saam met Grondwetlike Beginsel X wat bepaal het dat formele wetgewende prosesse deur wetgewende organe op alle vlakke nagekom moet word. Hieruit blyk dit dus waarom die waardes van artikel 1 in die Grondwet voorkom sowel as die skeiding van magte²⁷⁸ en die "manner and form"-bepalings van artikels 75, 76 en 77, wat die vereiste van Grondwetlike Beginsel X moes bevredig.²⁷⁹

Hierdie argument word verder bevestig indien ons die onlangse beslissing van *Roman v Williams*²⁸⁰ in die Kaapse Provinsiale Afdeling in oënskou sou neem. In dié gewysde het die hof tot die noodwendige gevolgtrekking gekom dat die rol van die hof by die hersiening van administratiewe besluite nie meer net beperk is tot die wyse waarop dit bereik is nie, maar ook nou die inhoud en meriete van die besluit kan toets. Dit moet immers so wees indien ons artikel 33 van die Grondwet daadwerklike aanwending wil laat vind. Omdat ondergeskikte wetgewing egter nie uitgevaardig word met dieselfde prosedurele en "manner and form"-vereistes as wat by wetgewing die geval is nie, kan dit

²⁷⁷ Swart 1996 *SAPR* 464

²⁷⁸ Hoofstukke 4, 5 en 8 van die Grondwet.

²⁷⁹ Die Grondwetlike Beginsels mag gebruik word as 'n hulpmiddel om die Grondwet uit te lê. Daar is reeds in die inougrele uitspraak van die Konstitusionele Hof, *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH) op 676H-I, 678G-H en 679D-680E 'n beslissing gemaak aangaande die rol wat die geskiedenis en die agtergrond tot die Grondwet in die uitleg daarvan mag speel.

²⁸⁰ 1998 1 SA 270 (K)

gestel word dat die uitvoerende gesag se uitvaardiging van hierdie ondergeskikte wetgewing getoets sal kan word, ook ten opsigte van die inhoud daarvan.

Dit is egter reeds baie lank 'n reël dat die howe nie politieke beleidsbesluite kan toets nie,²⁸¹ soos wat die geval is vanuit die Britse tradisie.²⁸² Nou sal die howe dit wel uit hoofde van artikel 33 en *Roman v Williams*²⁸³ kan doen indien wetgewende gesag gedelegeer kan word, omdat die inhoud en meriete van administratiewe besluite ook onderhewig is aan die howe se toetsingskompetensie. Dit kan tog nie, want dan gaan die skeiding van magte tussen wetgewende en regsprekende gesag weer verlore, wat sal beteken dat hierdie gesag bloot nie aan die uitvoerende gesag gedelegeer sal kan word nie. Om aan te voer dat *Roman v Williams*²⁸⁴ verkeerd is, sou weer die werking van artikel 33 ondermyn. Alhoewel die uitvaardig van ondergeskikte wetgewing as administratiefregtelik aangemerkt kan word, deur dit byvoorbeeld te klassifiseer as ministeriële handeling,²⁸⁵ is dit nie die doel van hierdie skripsie om hierop in te gaan nie. Die verwysing na *Roman v Williams*²⁸⁶ en die bespreking daarvan is bloot om die argumente ten gunste van die "manner and form"-vereistes te bevestig, soos dit in ons reg vereis word om die waardes in artikel 1(d) van die Grondwet te laat neerslag vind.

Swart²⁸⁷ se laaste argument om die grootliks onbeperkte delegasie van wetgewende gesag aan die uitvoerende gesag te voorkom, het spesifiek te make met die hef van belastings ingevolge die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962, soos die wet tans daar uitsien. Hierdie argument handel oor die geheimhoudingsbepalings ingevolge dié betrokke wet, sowel as ander belastingwette wat byvoorbeeld 'n verbod op alle persone plaas om enige inligting te publiseer wat betrekking het op die belastingsake van 'n belastingbetaler of 'n klas

²⁸¹ Wiechers *Administratiefreg* 334-335

²⁸² Yardley *British Law* 124

²⁸³ 1998 1 SA 270 (K) op 281

²⁸⁴ 1998 1 SA 270 (K)

²⁸⁵ Yardley *British Law* 122

²⁸⁶ 1998 1 SA 270 (K)

²⁸⁷ Swart 1996 *SAPR* 467

belastingbetalers.²⁸⁸ Dit sal ook inligting insluit oor die wyse waarop gedelegeerde wetgewende gesag uitgeoefen is deur 'n belastingkommissaris met betrekking tot die geval van 'n individuele belastingbetaler of klas belastingbetalers. Dié geheimhoudingsbepalings sal dit vir individuele belastingbetalers moeilik maak om uit te vind of daardie kommissaris sy gesag arbitrêr uitgeoefen het ten opsigte van die betrokke belastingbetaler. Daardie belastingbetaler se reg op gelyke behandeling voor die reg²⁸⁹ kon aangetas gewees het.

Argumente sal daarvoor uitgemaak kan word dat die belastingbetaler se regte in die Grondwet van toepassing is ten opsigte van toeganklikheid tot die kommissaris se belastingramings wat hy ten opsigte van die individuele belastingbetaler of 'n klas belastingbetalers gemaak het, as ondergeskikte wetgewing.²⁹⁰ Daar sal verder aangevoer kan word dat die reg op inligting ook van toepassing sou wees op daardie ramings²⁹¹ en dat dit die geheimhoudingsbepalings in daardie belastingwette kan oorskry. Dit kan egter steeds moeilik wees om vas te stel of die praktyke wat aan die belastingbetaler geopenbaar word deur die kommissaris op 'n gelyke wyse toegepas word ten opsigte van alle belastingbetalers of klasse van belastingbetalers, omdat die geheimhoudingsbepalings dit moeilik kan maak om hierdie persone of klasse te kan identifiseer.²⁹²

²⁸⁸ Art 4(2A) van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962 soos gewysig. Hierdie inligting mag egter deur die betrokke belastingbetaler self, of sy verteenwoordiger bekendgemaak of gepubliseer word.

²⁸⁹ Art 9(1) van die Grondwet

²⁹⁰ Art 101(3) van die Grondwet

²⁹¹ Art 32 van die Grondwet

²⁹² Art 32(1)(b) sou moontlik aangewend kon word om ander belastingbetalers wat in 'n soortgelyke posisie is te dwing om die betrokke belastingbetaler van inligting te voorsien oor die wyse waarop die kommissaris enige van sy gedelegeerde gesag uitgeoefen het ten opsigte van hulle indien die betrokke belastingbetaler hierdie inligting sou benodig vir die uitoefening of beskerming van enige van sy regte. Dit mag egter beperk word deur art 32(2) in nasionale wetgewing. Sien ook item 23(2)(a) en (3) van Bylae 6.

'n Uitvoerende omgewing waarin geheimhouding ondersteun en in stand gehou word, is 'n teelaarde vir arbitrêre optrede, veral waar dit moeilik is om daarteen op te tree. Hierdie geheimhoudingsbepalings kan moontlik regverdigbaar wees ingevolge artikel 36 van die Grondwet wat oor die beperking van regte handel. Gevolglik sal dit onwys wees om, vanuit 'n beleidsoogpunt, volkome wetgewende gesag te delegeer aan 'n uitvoerende orgaan wat onderhewig is aan 'n plig om geheimhouding in stand te hou.²⁹³

Laastens moet die kwessie van die beperking van regte aangeroe word. In die Grondwet word spesifiek hiervoor voorsiening gemaak ingevolge artikel 36 wat spesifieke kriteria neerlê wat in ag geneem moet word ten einde te bepaal of die beperking die toets van grondwetlikheid slaag, al dan nie. In 'n demokratiese gemeenskap kan die uitvoerende gesag die fundamentele regte beperk slegs wanneer dit so gemagtig word deur die wetgewer. Hoe groter die inbreuk op die fundamentele regte van die individu, hoe groter is die behoefte vir wetgewende magtiging. Die sogenaamde *Rechtsstaat* beginsel vereis dat wette die uitvoerende gesag se kompetensies duidelik moet afbaken. In die slegste scenario moet vae regsterme eerder deur die houe uitgelê word as deur die uitvoerende gesag self. Die uitvoerende gesag kan egter die diskresie verleen word om self te besluit of dit sy gesag wil uitoefen of nie. Sodanige diskresie is byvoorbeeld in die Duitse reg bevind om wel die grondwetlike toets te slaag, omdat dit die individu van onnodige inmenging deur die uitvoerende gesag beskerm.²⁹⁴ Soos in die Duitse reg meen Rautenbach en Malherbe²⁹⁵ dat die Parlement wel 'n diskresie aan die uitvoerende organe sal kan delegeer om regte te beperk, maar dit sal aan die vereistes van artikel 36 moet voldoen en die gesag om regte te beperk kan nie geheel en al aan so 'n orgaan oorgedra word nie.

²⁹³ Swart 1996 *SAPR* 467

²⁹⁴ Davis D, Chaskalson M en De Waal J *Democracy and Constitutionalism: The Role of Constitutional Interpretation* in Van Wyk D ea (reds) *Rights and Constitutionalism The New South African Legal Order* (Kenwyn 1994) 95

²⁹⁵ Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 205

*Die grondslag van die reëling dat regte slegs kragtens algemeen geldende reg beperk mag word, is dat die wetgewer as verteenwoordiger van die kiesers, die beginselbesluite daaroor moet neem en niemand anders nie.*²⁹⁶

Artikel 36 verskans hierdie beginsel. Die skrywers regverdig hul argument uit hoofde daarvan dat 'n totale oordrag van die gesag om regte te beperk, nie eens in artikel 37 ten opsigte van noodtoestande in die vooruitsig gestel is nie. Wetgewing na aanleiding van 'n verklaring van 'n noodtoestand mag slegs van die Handves van Regte afwyk in die mate wat die afwyking streng deur die noodgeval vereis word.²⁹⁷ Sowel die verklaring en verlening van die noodtoestand as enige wetgewing of stappe ingevolge die verklaring word gekontroleer deur die wetgewer en die howe.²⁹⁸

Uiteindelik kan daar baie argumente aangevoer word om aan te toon dat die delegasie van die wetgewende gesag van die Parlement aan die uitvoerende gesag ongrondwetlik en gevolglik ontoelaatbaar is, maar een bly die deurslaggewendste: Suid-Afrika is sedert 27 April 1994 'n demokratiese regstaat.

5. GEVOLGTREKKING

In hierdie skripsie is daar gefokus op die aard van die wetgewende diskresies van die uitvoerende gesag.

Daar is eerstens 'n probleemstelling geskep waarna 'n ontleding van die begrippe gevolg het met 'n uiteensetting van die posisie aangaande die delegasie van wetgewende gesag aan die uitvoerende gesag onder die vorige staatsregtelike bedeling toe die land 'n soewereine Parlement gehad het. Hierna het besprekings van die posisies in enkele buitelandse regstelsels wat ooreenkomste of bande met Suid-Afrika toon, gevolg. Daar is gewys op die feit dat 'n uiteenlopendheid van benaderings tot die probleem bestaan, maar

²⁹⁶ Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 205

²⁹⁷ Art 37(4)(a)

²⁹⁸ Art 37(3)

een ooreenkoms is by almal te bespeur, naamlik dat feitlik geen parlement in die demokratiese wêreld totaal afstand doen van sy wetgewende gesag nie. 'n Volledige abdikasie daarvan is feitlik oral ontoelaatbaar. Wat hieruit volg is dat die Suid-Afrikaanse reg wil voorkom om die Duitse posisie te volg ten opsigte van die delegasie van wetgewende gesag. Dit blyk daaruit dat die Konstitusionele Hof die blote delegasie van essensiële wetgewende gesag as ontoelaatbaar beskou.²⁹⁹ Perke moet geplaas word op die omvang van die Parlement se delegasiebevoegdheid en die "manner and form"-vereistes moet nagekom word by die skep van wetgewing. Dit gebeur nie in gevalle van essensiële wetgewende delegasies aan die uitvoerende gesag nie. Indien essensiële wetgewende gesag wel aan die uitvoerende gesag gedelegeer word, dan word dit uitgeoefen by wyse van ondergeskikte wetgewing, en laasgenoemde geniet in elk geval dieselfde regsrag as wetgewing van die Parlement.

Na oorweging van die buitelandse regsposisies is die posisie ingevolge die Oorgangsgrondwet onder die loep geneem met enkele vonnisbesprekings³⁰⁰ wat lig op die onderwerp verskaf het, waarna die argumente aangevoer is waarom die posisie soortgelyk daar behoort uit te sien na die inwerkingtrede van die finale Grondwet. Die rede hiervoor is dat beide sake wat in die Konstitusionele Hof oor die kwessie beslis is, ingevolge die Oorgangsgrondwet voor daardie hof gedien het. Uiteindelik sal daar baie moeilik tot 'n ander gevolgtrekking gekom kan word as dat die delegasie van wetgewende gesag aan die uitvoerende gesag nie kan geskied op 'n baie wye grondslag sonder perke nie. Die delegasie van die gesag om wetgewing te herroep, te wysig of byvoorbeeld belasting te hef, sal ontoelaatbaar wees. Magtigende wetgewing wat enige wetgewende gesag sou deleger, moet riglyne neerlê. Hierdie riglyne moet dan minstens handel oor hoe die gesag wat gedelegeer word, uitgeoefen moet word, ten aansien van die ondergeskikte wetgewing wat ingevolge daarvan uitgevaardig moet word. Magtiging tot delegasie natuurlik steeds nie oor sake handel wat as essensieel beskou sou kon word nie.

²⁹⁹ *Executive Council, Western Cape Legislature v President of RSA* 1995 4 SA 877 (KH) by par 62.

³⁰⁰ *Ynuico Ltd v Minister of Trade and Industry* 1996 6 BCLR 798 (KH) en *Executive Council, Western Cape Legislature v President of RSA* 1995 4 SA 877 (KH)

Bepalings word voorts vereis ten opsigte van kriteria wat daarop van toepassing sal wees om dit te kan doen.³⁰¹

Dit wil dus voorkom dat ons eie Konstitusionele Hof dieselfde lyn van argumentering volg as die Duitse *Bundesverfassungsgericht*, en dit na alle verwagting ook behoort te doen by die beperking van regte. Soos die Duitse Konstitusionele Hof wil dit voorkom dat die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof die volgende vereis: magtigende wetgewing moet die inhoud, omvang en doel van die magtigende bepalings neerlê, voordat die ondergeskikte wetgewing gelding kan geniet. Hierdie inhoud, omvang en doel van die ondergeskikte wetgewing sal nie vir die eerste keer in die ondergeskikte wetgewing kan voorkom nie, maar moet in die magtigende bepalings vervat wees. Indien dit nie die geval is nie, sal dit immers daarop neerkom dat die wetgewende gesag daardie gesag tot 'n ongrondwetlike mate aan die uitvoerende gesag oorgedra het en sal die probleme aangaande die omseiling van byvoorbeeld die "manner and form"-vereistes ter sprake kom, soos dit hierbo bespreek is. Dit sal op sy beurt weer lei tot die omseiling van byvoorbeeld die waardes wat in artikel 1(d) van die Grondwet vervat is, wat verdere ongrondwetlikheid sal teweegbring.

Verder is dit 'n feit dat die leerstuk van die skeiding van magte baie sterk aanwending behoort te vind in die Suid-Afrikaanse staatsreg weens die breuk wat daar met die verlede gemaak is in 1994. Indien die uitvoerende gesag met essensiële wetgewende gesag opgesaai word, kan dit tot 'n ondermyning van die skeiding van magte, soos dit in die Suid-Afrikaanse reg neerslag vind, lei.

Dit bring ons tot die uiteindelijke gevolgtrekking: 'n Wye delegasie van wetgewende gesag aan die uitvoerende gesag, sonder perke vir die uitoefening daarvan, byvoorbeeld ten opsigte van inhoud, omvang en doel, is sonder twyfel, ongrondwetlik.

³⁰¹ Per Chaskalson P *Executive Council, Western Cape Legislature v President of RSA* 1995 4 SA 877 (KH) Par 137 931J, par 141 933F-G en par 209 958H

6. BIBLIOGRAFIE

Boeke

Alexandrowicz *Developments*

Alexandrowicz CH *Constitutional Developments in India* (Bombai 1957)

Baxter *Administrative Law*

Baxter L *Administrative Law* (Kaapstad 1984)

Burns Y *Administrative Law Under the 1996 Constitution* (Durban 1998)

Chaskalson *Constitutional Law*

Chaskalson M ea (reds) *Constitutional Law of South Africa* (Kenwyn 1996)

Crowther *Current English*

Crowther J ea (red) *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English* 5e uitg
(Oxford 1995)

Davis KC *Administrative Law Treatise* Vol I (St Paul 1958)

Devenish *Commentary*

Devenish GE *A Commentary on the South African Constitution* (Durban 1998)

Forsyth C *Administrative Law* 7de uitg (Oxford 1994)

Gellhorn E en Boyer BB *Administrative Law and Process* (St Paul 1981)

Hewitt DJ *The Control of Delegated Legislation* (Sydney 1953)

Hiemstra en Gonin *Regswoordeboek*

Hiemstra VG en Gonin HL *Drietalige Regswoordeboek* 3e uitg (Kaapstad 1992)

Hogg *Law of Canada*

Hogg PW *Constitutional Law of Canada* 2e uitg (Toronto 1985)

Makins *English Dictionary*

Makins M ea (red) *Collins English Dictionary* 3e uitg (Glasgow 1991)

Odendal *Handwoordeboek*

Odendal FF ea (red) *Verklarende Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal* 3e uitg (Doomfontein 1994)

Rautenbach en Malherbe *Staatsreg*

Rautenbach IM en Malherbe EFJ *Staatsreg* 2e uitg (Durban 1996)

Seervai *Law of India*

Seervai HM *Constitutional Law of India* 2e uitg (Bombai 1976)

Singh *German Administrative Law*

Singh MP *German Administrative Law in Common Law Perspective* (Berlyn 1985)

Tribe *American Law*

Tribe LH *American Constitutional Law* 2e uitg (New York 1988)

Wiechers *Administratiefreg*

Wiechers M *Administratiefreg* 2e uitg (Durban 1984)

Wynes WA *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia* 5e uitg (Melbourne 1976)

Yardley *British Law*

Yardley DCM *Introduction to British Constitutional Law* 6e uitg (Londen 1984)

Regspraak

(a) Buitelands

ALA-Schechter Poultry Corp v US 295 US 495 (1935)

Attorney-General, Australia v The Queen [1957] AC 288 (PC)

Attorney-General, Commonwealth v The Queen (Boilermakers) (1957) 95 CLR 529

Attorney-General of Quebec v Irwin Troy Ltd 1989 58 DLR (4th) 577 (SCC) 617

1 BVerfGE 14

5 BVerfGE 71

7 BVerfGE 282

8 BVerfGE 71

9 BVerfGE 137

14 BVerfGE 174

14 BVerfGE 245

20 BVerfGE 57

20 BVerfGE 150

33 BVerfGE 1

34 BVerfGE 165

34 BVerfGE 52

40 BVerfGE 237

49 BVerfGE 89

54 BVerfGE 143

55 BVerfGE 207

58 BVerfGE 257

Carter v Carter Coal Co 298 US 238 (1936)

Case of Proclamations (1611) 12 Co Rep 74, 77 ER 1352

Cobb & Co Ltd and Others v Kropp and Others [1967] 1 AC 141 PC

Credit Foncier Franco-Canadien v Ross [1937] 3 DLR 365 (Alta AD)

Greene v McElroy 360 US 474 (1959)

Hampton & Co v United States 276 US 394 (1928)

Harishankar Bagla v MP 1955 1 SCR 380

HLM Biri Works v STO 1959 AA 208, 1958 ALJ 719

-
- Hodge v The Queen* (1883) (1883) 9 App Cas 117
- Humphrey's Executor v US*, 295 US 602
- India Sugars & Refineries Ltd v State* 1960 AMys 326
- Industrial Union Department AFL-CIO v American Petroleum Institute* 448 US 607 (1980)
- In re Agricultural Products Marketing Act* 84 DLR (3d) 257
- In re the Delhi Laws Act* 1951 SCJ 527
- INS v Chada* 462 US 919 (1983)
- ITO v MC Ponnose* 1965 2 Ker 288, 1966 AKer 56
- Kariapper v Wijesinha and Another* [1968] AC 717
- Kathi Raning Rawat v Saurashtra* 1952 SCR 444
- Kendall v United States ex rel. Stokes* 37 US (12 Pet.) 524 (1838)
- Kerala v KMG Abdulla & Co* 1965 ASC 1565
- Kilbourn v Thompson* 103 US 168, 191 (1881)
- Kruse v Johnson* 1898 2 QB 91 99
- Larkin v Grendel's Den Inc* 459 US 116 (1982)
- Liyanage v The Queen* [1967] 1 AC 259 (PC)
- National Cable Television Association Inc v United States* 415 US 336 (1974)
- NK Papiiah & Sons v Excise Commissioner* 1975 ASC 1007
- Panama Refining Co v Bryan* 293 US 388 (1935)
- Powell v Apollo Candle Co Ltd* (1885) 10 AC 282
- Rajnarainsingh v Chairman Administration Committee* 1955 1 SCR 290
- Re Criminal Law Amendment Act 1968-1969 (Breathalyser)* [1970] SCR 777
- Reference Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* 1984 10 DLR (4th) 491 (Ont CA)
- Reference re Regulations (Chemical) under War Measures Act (1943)* 1 DLR 248
- Re Gray* (1918) (1918) 57 SCR 150
- Re Manitoba Government Employers Association and Government of Manitoba* 79 DLR (3d) 1 15
- Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* 1983 147 DLR (3d) 58 (Ont HC) 67

Roche v Kronheimer (1921) 29 CLR 329
R v Burah (1878) 5 IA 178, (1878) 3 App Cas 889 (1878) 4 Cal 172
R v Therens 1985 18 DLR (4th) 655 (SCC) 680
Shannon v Lower Mainland Dairy Products Board (1938) [1938] AC 708
Unites States v Grimaud, 220 US 506
United States v Robel, 389 US 258 (1967)
Victorian Stevedoring General Contracting Co (Pty) Ltd v Dignan (1931) 46 CLR 73
Wilmington and Zalesville Railroad Co v Commissioners 1 Ohio St 77 (1852)

(b) Plaaslik

Die Bestuursraad van Sebokeng v Tlelima 1968 1 SA 680 (A)
Duze v Eastern Cape Administration Board 1981 1 SA 827 (A)
Executive Council, Western Cape Legislature v President of RSA 1995 4 SA 877 (KH)
In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 1996 10 BCLR 1253 (KH)
Kauluma v The Cabinet for the Interim Government of South West Africa AD, 'n Ongerapporteerde beslissing in die Appélafdeling van die Hooggeregshof op 8 November 1988
Komani v Bantu Affairs Administration Board Peninsula Area 1980 4 SA 448 (A)
Minister of Defence v Bourke 1950 1 SA 393 (A)
Minister of Posts and Telegraphs v Rasool 1934 AD 167
Roman v Williams 1998 1 SA 270 (K)
R v Daniels 1936 CPD 331
R v Hildick-Smith 1924 TPD 69
Sekretaris van Binnelandse Inkomste v Jawoodien 1969 3 SA 413 (A)
Shidiack v Union Government (Minister of the Interior) 1912 AD 642
S v Coetzee, 'n Ongerapporteerde beslissing in die Witwatersrandse plaaslike afdeling op 28 September 1995, 70/92
S v Grindrod Transport (Pty) Ltd 1980 3 SA 978 (N)
S v Hotel and Liquor Traders' Association of Transvaal 1978 1 SA 1006 (W)
S v Lasker 1991 1 SA 558 (K)

S v Makwanyane 1995 6 BCLR 665 (KH)

S v Venter 1979 1 SA 135 (T)

Van Aswegen v Lombard 1965 3 SA 613 (A)

Ynuico Ltd v Minister of Trade and Industry and Others 1995 (11) BCLR 1453 (T)

Ynuico Ltd v Minister of Trade and Industry 1996 6 BCLR 798 (KH)

Tydskrifartikels

Barrie GN Controlling Executive Power: The Role of the Courts and Administrative Tribunals 1996 *TSAR* 669-678

Barrie GN Onredelikheid as Hersieningsgrond by Gedelegeerde Wetgewing – Weer eens
Kruse v Johnson 1994 *TSAR* 711-714

De Ville J Die Legaliteitsbeginsel in die Staats-en Administratiefreg onder 'n Nuwe Grondwetlike Bedeling – 'n Vergelykende Toekomsperspektief 1993 *SAPR* 68-85

Malherbe EFJ Grondwetlike Oppergesag in Werking *Executive Council, Western Cape Legislature v President of RSA* 1995 10 BCLR 1289 (KH) 1996 *TSAR* 175-182

Rabie A en Erasmus G When Delegated Powers Become Plenary Powers 1989 *SALJ* 440-449

Ross JJ Die Uitoefening van Kontrole oor die Uitvoerende Mag in die Staat 1957 *THRHR* 1-24

Swart GJ Constitutional Limitations on the Delegation of Powers of Taxation 1996 *SAPR* 446-471

Wetgewing

(a) Buitelands

Constitution of the United States of America

Canada Constitution Act, 1867

Canada Constitution Act, 1982

Constitution of India Act, 1949

Grundgezets fur die Bundesrepublik Deutschland.

National Industrial Recovery Act, 1933

Theatres Act RSO 1980 c 498

War Measures Act, 1914

(b) Plaaslik

Algemene Regswysigingswet 62 van 1973

Grondwet van Suidwes-Afrika 38 van 1969

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 110 van 1983

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996

Inkomstebelastingwet 58 van 1962

Interpretasiewet 33 van 1957

Landbankwet 13 van 1944

Oorgangswet op Plaaslike Regering 209 van 1993

Swart Administrasie Wet 38 van 1927

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Wet op die Beheer van In-en Uitvoere 45 van 1963

Wet op Doeane en Aksyns 91 van 1964

Wet op Openbare Veiligheid 3 van 1953

Wet op die Regulering van Monopolistiese Praktjke 24 van 1955

Goewermentskennisgewings, Regulasies en Proklamasies

Goewermentskennisgewing R2582 van 23 Desember 1988 uitgevaardig onder die *Wet op die Beheer van In-en Uitvoere* 45 van 1963

Reg 145 van die Regulasies vir Hawens van die Republiek van Suid-Afrika uitgevaardig onder die *Wet op die Suid-Afrikaanse Vervoerdienste* 65 van 1981

Proklamasie 180 van 1977 uitgevaardig onder die *Grondwet van Suidwes-Afrika* 68 van 1969

Proklamasie 181 van 1977¹ uitgevaardig onder die *Grondwet van Suidwes-Afrika* 68 van 1969

Proklamasie AG 9 van 1977 uitgevaardig onder Proklamasies 180 en 181 van 1977¹ wat uitgevaardig is onder die *Grondwet van Suidwes-Afrika* 68 van 1969

Proklamasie R58 van 7 Junie 1995 uitgevaardig onder die *Oorgangswet op Plaaslike Regering* 209 van 1993

Proklamasie R59 van 8 Junie 1995 uitgevaardig onder die *Oorgangswet op Plaaslike Regering* 209 van 1993

Proefskrifte en Verhandelinge

Henning *Diskresie*

Henning PJ van R Oor die Begrip *Diskresie* in die Suid-Afrikaanse Administratiefreg (LLD-Proefskrif PU vir CHO 1967)

Kachelhoffer *Ondergeskikte Wetgewing*

Kachelhoffer GC *Die Betekenis van Ondergeskikte Wetgewing vir die Administratiefreg in Suid-Afrika* (LLD-Proefskrif UNISA 1972)

Maduna *Judicial Review*

Maduna MP *Judicial Review of Executive and Legislative Powers of Government* (LLM-Verhandeling Universiteit van die Witwatersrand 1992)