

Vonnisbespreking: Rasionaliteit – die president se eie administratiefreg? *Democratic Alliance v President of the RSA 2012* 12 BCLR 1261 (KH)

Ig Rautenbach

I.M. Rautenbach, Fakulteit Regsgeleerdheid, Universiteit van Johannesburg

Abstract

Rationality: the president's own administrative law?

In this judgement the constitutional court invalidated the President's appointment of Mr Menzi Simelane as national director of public prosecutions because the President ignored certain relevant facts. This omission was not rationally related to the appointment of a fit and proper person as national director. The rational relationship requirement is based on the principle of legality which forms part of the rule of law as a constitutional value. Aspects of the rational relationship test discussed by the constitutional court are analysed. Under the guise of a rationality principle this court is developing a parallel administrative law system for actions by the President by simply incorporating the existing rules of administrative law. Parallel systems of this nature are unnecessary. The court uses a rationality principle to evade finding solutions for complicated problems relating to the interpretation and application of the constitutional right to administrative justice and the Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000.

1. Inleiding

Artikel 1(c) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1996 bepaal dat die heerskappy van die reg (soos in artikel 1(c) gebruik, 'n vertaling van *rule of law*) 'n waarde is waarop die Republiek van Suid-Afrika gegrond is. Dit is 'n begrip wat sedert die laat 19de eeu 'n werkbegrip van die staatsreg in veral die Verenigde Koninkryk en ander statebondslande geword het. *Rule of law* word meestal ook in Afrikaanse publikasies gebruik om verwarring uit te skakel tussen die Britse begrip en *heerskappy/oppergesag van die reg* in ander stelsels en teorieë.

In 1998 het die konstitusionele hof verklaar dat die *rule of law* in die Grondwet ook die legaliteitsbeginsel insluit.¹ In hierdie uitspraak is *legaliteit* beperk tot die beginsel dat die wetgewende en uitvoerende gesag op alle owerheidsvlakke geen bevoegdheid mag uitoefen wat nie deur die reg aan hulle verleen is nie, dit wil sê legaliteit as *ultra vires* in die eng en

formele sin van die woord² en nie uitgebreide *ultra vires* as 'n versamelnaam vir alle ongeldigheidsgronde vir administratiewe handeling nie.³ Die hof het hom nie daarvoor uitgelaat of *legaliteit* 'n breër betekenis het nie.

Vroeg in 1999 het die konstitusionele hof met verwysing na die uitspraak in die *Fedsure*-saak inderdaad begin om die begrip uit te brei. In *New National Party of SA v Government of the RSA* word verklaar dat die *rule of law* (en die legaliteitsbeginsel as deel daarvan) ook 'n rasionele-verband-toets insluit.⁴ Die toets vereis dat daar 'n rasonele verband moet bestaan tussen wetgewende bepalings en 'n geldige regeringsoogmerk. In die *New National Party*-saak is die rasonele-verband-toets toegepas omdat die hof van mening was dat die algemene beperkingsbepaling in artikel 36 nie toegepas kan word op redelike en nie-arbitrêre wetgewing wat gevolg aan handvesregte gee nie.⁵ Dit het neergekom op 'n omslagtige manier om tog maar die algemene beperkingsbepaling toe te pas,⁶ maar het die bal aan die rol gesit om die bestaan van 'n rasonele verband as 'n algemene vereiste vir die uitoefening van alle owerheidsgesag op 'n groot verskeidenheid ander terreine te stel.⁷

Die rasonele-verband-toets word ook in die algemeen toegepas as 'n minimum standaard vir die beperking van alle regte,⁸ en in sommige gevalle gebruik die konstitusionele hof dit ook as 'n spesiale toets om te bepaal of sekere regte aangetas is, byvoorbeeld die reg op persoonlike vryheid,⁹ die reg op gelykheid,¹⁰ die reg op eiendom¹¹ en die reg op administratiewe geregtigheid.¹² Sedert 2011 het gevalle voorgekom waarin naas 'n rasonele-verband-toets as algemene maatstaf vir die uitoefening van alle owerheidsgesag, ook nog die algemene beperkingsbepaling volledig toegepas is.¹³

Die rasonele-verband-toets word verder ook toegepas op grondwetwysigings wat in alle ander opsigte aan die bepalings van die Grondwet voldoen¹⁴ en om die grondwetlikheid van vae en onverstaanbare regsreëls te bepaal.¹⁵ Les bes word dit gebruik om die geldigheid van optrede van die president te bepaal.

Die legaliteitsbeginsel soos in die *Fedsure*-saak uiteengesit, is vir die eerste keer toegepas op optrede van die President in *President of the RSA v SARFU*.¹⁶ Die hof bevind dat die aanstelling van 'n kommissie van ondersoek ingevolge artikel 84(2)(f) van die Grondwet nie 'n administratiewe handeling vir die doeleindes van die reg op regverdigde administratiewe optrede is nie¹⁷ en dus nie ingevolge artikel 33 van die Grondwet "regmatig, redelik en prosedureel billik" hoef te wees nie. Om hierdie leemte te vul en te voorkom dat daar geen geregtelike kontrole oor die optrede van die president bestaan nie, beslis die hof dat die president gebonde is aan die legaliteitsbeginsel soos uiteengesit in die *Fedsure*-saak, naamlik dat die president slegs bevoegdhede wat deur die reg verleen word, mag uitoefen.¹⁸ Verder verklaar die hof dat die president ook gebind word deur al die ander regte in die handves van regte¹⁹ en, "as is implicit in the Constitution", ook deur die tipiese administratiefregtelike vereistes dat die president sy of haar bevoegdhede self moet uitoefen, in goeie trou moet optree en nie die bevoegdhede verkeerd mag vertolk nie.²⁰

Kort na die *SARFU*-uitspraak beslis die konstitusionele hof in *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA: in re ex parte President of the RSA* dat die *rule of law*/legaliteitsbeginsel insluit dat 'n rasonele-verband-toets op optrede van die president toegepas moet word.²¹ Die hof motiveer sy standpunt nie met verwysing na die *New National Party*-saak nie, maar met

verwysing na die betekenis van die begrippe *rasioneel* en *nie-arbitrêr* in sake oor die beperking van die reg op lewe en die reg op gelykheid.²²

In *Democratic Alliance v President of the RSA* bekragtig die konstitusionele hof 'n bevel van die hoogste hof van appèl waarin die President se aanstelling van Menzi Simelane as nasionale direkteur van openbare vervolgings ongrondwetlik verklaar word.²³ Na die oorsig van die feite en bevindings in hierdie saak in onderafdeling 2 hier onder volg 'n bespreking van aspekte van die rasonele-verband-toets wat die hof uitgelig het, naamlik redelikheid en rasionaliteit in onderafdeling 3, rasonele proses en rasonele besluit in onderafdeling 4, rasionaliteit en die versuim om sekere feite te oorweeg in onderafdeling 5, en rasionaliteit en die skeiding van magte in onderafdeling 6. In onderafdeling 7 word gedagtes uitgespreek oor die mate waarin die konstitusionele hof sedert die uitspraak in die *SARFU*-saak die geldigheidsvereistes vir administratiewe handeling ingevolge artikel 33 van die Grondwet onder die vaandel van legaliteit en die rasonele-verband-toets op handeling van die President toepas.

2. Die feite en uitspraak

Die President het Menzi Simelane aangestel ingevolge artikel 179(1)(a) van die Grondwet. Volgens hierdie artikel stel die President in sy hoedanigheid as hoof van die nasionale uitvoerende gesag 'n nasionale direkteur van openbare vervolgings aan. Artikel 9(1)(b) van die Wet op die Nasionale Vervolgingsgesag 32 van 1994 bepaal dat die nasionale direkteur 'n geskikte en gepaste persoon moet wees.

Mnr. Simelane was in 2007 in sy vorige hoedanigheid as direkteur-generaal van die departement justisie en staatkundige ontwikkeling in 'n geskil betrokke met mnr. Vusi Pikoli, wat in daardie stadium die nasionale direkteur van openbare vervolgings was.²⁴ Mnr. Pikoli is in September 2007 tydelik deur president Thabo Mbeki van sy amp onthef hangende 'n ondersoek deur 'n kommissie (die Ginwala-kommissie) om mnr. Pikoli se geskiktheid vir die amp te bepaal. Die tydelike ontheffing en die aanstelling van die kommissie is gedoen ingevolge artikel 12(6)(a) van die Wet op die Nasionale Vervolgingsgesag. In die kommissieverlag is mnr. Simelane ernstig gekritiseer vir sy optrede tydens die kommissie-ondersoek en is negatiewe bevindings gemaak oor sy geloofwaardigheid as getuie. Na aanleiding van hierdie dele van die verslag het die destydse Minister van Justisie (in daardie stadium mnr. Enver Surty) die staatsdienskommissie versoek om mnr. Simelane se optrede tydens die Ginwala-kommissie te ondersoek. Die staatsdienskommissie het in 'n omvattende verslag aanbeveel dat dissiplinêre stappe teen mnr. Simelane gedoen word. Die Minister van Justisie (in daardie stadium mnr. Jeff Radebe) het die aanbevelings van die staatsdienskommissie verwerp, en twee dae later het president Jacob Zuma mnr. Simelane as nasionale direkteur van openbare vervolgings aangestel. Voor die aanstelling is mnr. Pikoli as nasionale direkteur ontslaan.

Die hoogste hof van appèl bevind dat as gevolg van sekere prosedurefoute wat die President gemaak het, die besluit om mnr. Simelane aan te stel irrasioneel en ongeldig was. Soos opgesom deur die konstitusionele hof²⁵ was hierdie foute onder andere: (a) dat die President aan die hand van positiewe inligting moes oorweeg het of mnr. Simelane 'n

geskikte en gepaste persoon vir die amp was en nie kon aflei dat dit wel die geval was bloot omdat niks op die teendeel gedui het nie; (b) dat die President die verslag van die Ginwala-kommissie verwerp het op die onaanvaarbare grond dat die kommissie mnr. Pikoli ondersoek het en nie mnr. Simelane nie; en (c) en dat die President te min gewig aan die aanbevelings van die staatsdienskommissie geheg het.

Die konstitusionele hof beslis dat die vereiste dat die persoon wat as 'n nasionale direkteur van openbare vervolgings aangestel word, 'n geskikte en gepaste persoon moet wees, 'n objektiewe juridiksionele feit is. Dit beteken dat die vraag of 'n persoon 'n gepaste en geskikte persoon is, nie binne die uitsluitlike diskresie van die president val nie, maar dat 'n hof kan nagaan of die president so 'n persoon aangestel het. Die redes vir hierdie gevolgtrekking het ingesluit dat nóg die Grondwet nóg die Wet op die Nasionale Vervolgingsgesag bepaal dat die president 'n vrye diskresie het om te besluit of 'n persoon 'n gepaste en geskikte persoon is; dat alhoewel 'n besluit in hierdie verband 'n waarde-oordeel verg, sulke oordele deel vorm van byna elke uitvoerende besluit, selfs wanneer objektiewe vereistes gestel word; en dat die objektiwiteit van die vervolgingsgesag soos vereis in artikel 179(4) van die Grondwet in gedrang kan kom indien die president 'n totaal vrye diskresie het om die aanstelling te doen.²⁶

Na 'n deeglike heroorweging van die saak bevestig die konstitusionele hof die belangrikste bevindings van die hoogste hof van appèl: daar was geen rasonele verband tussen die besluit om die bevindinge van die Ginwala-kommissie oor mnr. Simelane se geloofwaardigheid te ignoreer en die doel waarvoor die bevoegdheid verleen is (naamlik om 'n geskikte en gepaste persoon as nasionale direkteur van openbare vervolgings aan te stel) nie. Die nie-inagneming van die kommissie se bevindinge het die aanstelling in so 'n mate negatief geraak dat die aanstelling in stryd met die Grondwet was.²⁷ In die lig van hierdie bevinding was dit nie vir die hof nodig om te bepaal of mnr. Simelane 'n geskikte en gepaste persoon vir die pos was nie.²⁸ Indien die hof sou bevind het dat daar geen prosedurefout was nie, sou die hof kon nagaan of dit die geval was.

Die partye en die konstitusionele hof was dit eens dat die besluit van die President oor die aanstelling van mnr. Simelane as uitvoerende direkteur van openbare vervolgings in ooreenstemming met vroeëre beslissings van die hof, *rasioneel verbind moet wees met die gesag om so 'n aanstelling te maak*.²⁹ Alhoewel die hof in die *Democratic Alliance*-saak nêrens uitdruklik daarna verwys het dat die aanstelling van die uitvoerende direkteur nie 'n administratiewe handeling vir die doeleindes van artikel 33 van die Grondwet was nie, kan uit die verwysing na die *Masetlha*-saak moontlik aanvaar word dat dit wel die uitgangspunt van die hof was. In die *Masetlha*-saak is in verband met die aanstelling van die hof van die nasionale intelligensiediens verklaar dat "[i]t is clear that the Constitution and the legislative scheme give the President a special power to appoint and that it will be reviewable on grounds and constitutes executive and not administrative action."³⁰

3. Redelikheid en rasionaliteit

Die konstitusionele hof verklaar dat daar onderskei moet word tussen *redelikheid* en *rasionaliteit*.³¹

In verband met redelikheid verwys die hof na wat beskou word as die gesaghebbende formulering van administratiefregtelike redelikheid in *Bato Star Fishing Ltd v Minister of Environmental Affairs and Tourism*, naamlik dat 'n onredelike administratiewe besluit 'n besluit is wat 'n redelike besluitnemer nie sal neem nie.³² Volgens die *Bato Star*-beslissing vereis *redelikheid* in artikel 33 van die Grondwet dat die toets vir onredelikheid in artikel 6(2)(h) van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid 3 van 2000, naamlik dat geen redelike *persoon* die bevoegdheid so uitoefen nie, vervang word deur 'n verwysing na 'n redelike *besluitnemer*. (Dit is waarskynlik een van die beste voorbeelde van 'n geval waarin die konstitusionele hof, sonder om 'n wetsbepaling ongeldig te verklaar, 'n woord daarin vervang omdat die bestaande woord met die Grondwet bots.) Die verwysing na 'n "redelike besluitnemer" bevat egter as sodanig geen inligting oor watter soort besluit redelike besluitnemers neem nie. In die verdere toeligting van die toets verduidelik die hof in die *Bato Star*-saak dat die faktore wat in ag geneem moet word om uit te maak of 'n besluit redelik is, faktore insluit soos die ingewikkeldheid van die besluit, die deskundigheid van die besluitnemer, die reeks faktore wat relevant is vir die neem van die besluit, die redes wat gegee is vir die besluit, die aard van die botsende belange wat ter sprake is, en hoe die lewe en welsyn van diegene wat deur die besluit geraak word, deur die besluit beïnvloed word.³³ Die hof verduidelik egter ook dat die ingewikkeldheid van die besluit en die deskundigheid van die besluitnemer nie daartoe kan lei dat die hof ooit 'n besluit sal goedkeur "where the decision is one which will not *reasonably* result in the achievement, or which is not *reasonably* supported on the facts or not *reasonable* in the light of the reasons given for it".³⁴ Dit is opvallend dat die hof met hierdie stelling die beskrywing van die vereiste ten opsigte van 'n rasonele verband in artikel 6(2)(f)(ii) van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid herhaal het, maar met die byvoeging van "redelik/redelikerwys" by elke item. Hieruit kan afgelei word dat binne die raamwerk van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, die toets vir redelikheid in artikel 6(2)(h) 'n strengere toets is as die toets vir die rasonele verband in artikel 6(2)(f)(ii).

Ten opsigte van *rasionaliteit* verklaar die konstitusionele hof in die *Democratic Alliance*-saak dat alhoewel daar 'n mate van oorvleueling kan wees tussen redelikheid en rasionaliteit (waarop sodanige oorvleueling sou kon neerkom, is nie verduidelik nie; die oorvleueling binne die raamwerk van die beperking van regte word hier onder bespreek), dit in die geval van rasionaliteit nie daarvoor gaan of daar alternatiewe maniere is om die doelwit met die besluit beter te bereik nie, maar bloot oor die vraag of die middele wat aangewend word, rasoneel verbind kan word aan die doelwit:

[R]ationality review is really concerned with the evaluation of a relationship between means and ends: the relationship, connection or link (as it is variously referred to) between the means employed to achieve a particular purpose on the one hand and the purpose or end itself.³⁵

Die verwysing na alternatiewe maniere om die doel te bereik in hierdie verduideliking maak dit nodig dat ook gekyk word na die samehang tussen die rasonele-verband-toets en redelikheid binne die raamwerk van die toepassing van die algemene beperkingsbepaling in artikel 36 van die Grondwet. Artikel 36 bepaal dat die beperking van 'n reg redelik en regverdigbaar moet wees in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van onder andere "die verband tussen die beperking en die doel daarvan", asook "'n minder beperkende wyse om die doel

te bereik" in artikel 36(1)(c) en (e). In *Law Society of South Africa v Minister of Transport* verduidelik die konstitusionele hof die verhouding tussen redelikheid en regverdigbaarheid as die algemene vereiste vir die beperking van regte aan die een kant en die rasonele verband tussen die beperking en die doel daarvan aan die ander kant soos volg:

It is significant that one of the relevant factors listed in section 36 is the "relation between the limitation and its purpose". This is so because the requirement of rationality is indeed a logical part of the proportionality test. It is self-evident that a measure which is irrational could hardly pass muster as reasonable and justifiable for purposes of restricting a fundamental right.³⁶

Volgens hierdie stelling is die bestaan van 'n rasonele verband een van die faktore wat in aanmerking geneem moet word om te bepaal of 'n beperking "redelik en regverdigbaar" is – optrede wat irrasioneel is, is per definisie onredelik en onregverdigbaar. Dit is dus deel van die omvattende redelikheidsondersoek en van die sogenaamde proporsionaliteitsondersoek wat vir die toepassing van artikel 36 onderneem word.

Hierdie verstandige benadering is nie vroeër in die *New National Party*-saak³⁷ gevolg nie, toe regter Yacoob (wat ook die uitspraak in die *Democratic Alliance*-saak geskryf het) verklaar het dat die rasonele verband tussen 'n wetsbepaling en die doel van die wet vasgestel moet word *voordat* redelikheid ingevolge artikel 36 ter sprake kan kom.

Die hof het nog nooit verduidelik presies wat die aard van die verhouding, verbintenis of skakel tussen die beperking en die doel in die uitdrukking *rasioneel verbind* moet wees nie. In 'n baie omvattende sin sou 'n mens kon sê dat rasonele verband beteken dat dit darem denkbaar moet wees dat die handeling of besluit iets te doen het met die doel van die handeling of besluit. 'n Nadere omskrywing sou kon wees dat die "iets" waaroor dit gaan, bestaan uit 'n geprojekteerde kousale verband tussen die besluit en die doel met die besluit: *die besluit moet 'n bydrae kan lewer om die doel te bereik*. Daarmee is die saak nie afgehandel nie, want die verwagting dat die doel bereik kan word, kan minder of meer intens wees, en die verskillende "grade" van verwagting kan die grondslag van verskillende toetse vorm. Die toets kan verskil afhange van daarvan of verwys word na die waarskynlikheid of sekerheid dat die besluit 'n bydrae sal lewer om die doel te bereik. Ook die omvang van die bydrae kan die strengheid van 'n rasonele-verband-toets beïnvloed na gelang vereis word dat die besluit byvoorbeeld enige (selfs 'n geringe), of 'n substansiële, of 'n onontbeerlike bydrae behoort te lewer. Die aard van die doel kan ook 'n rol speel: Is 'n enige wettige doel aanvaarbaar, of moet die doel 'n redelik belangrike, of 'n baie belangrike, doel wees wat normaalweg, of redelik dringend, of uiters dringend bevorder moet word?³⁸ Uit 'n samevoeging van hierdie faktore kan 'n groot verskeidenheid toetse vir die beperking van regte ontwikkel word.

Die ligste toets sou kon wees dat die besluit iets, hoe gering ook al, moet kan bydra om enige wettige doel te bereik. Die strengheid van 'n toets vir doeleindes van die algemene beperkingsbepaling hang onder andere af van die aard van die reg wat ter sprake is, die belangrikheid van die doel van die beperking, hoe ingrypend die beperking is, en die manier waarop die reg beperk word. Binne die raamwerk van die beperking van regte is dit inderdaad so dat die rasonele-verband-toets in sy mees basiese vorm (die beperking moet

moontlik iets kan bydrae tot enige wettig doel) 'n vereiste vir alle beperkings is, maar dat daar na gelang van die ander faktore (watter reg aangetas is, hoe ernstig die aantasting was, hoe belangrik die doel was) strenger vereistes sowel binne die rasonele-verband-toets as daarbuite ten opsigte van alternatiewe maniere om die doel te bereik, gestel kan word.³⁹ Hierdie feit impliseer ook dat daar met die toepassing van die algemene beperkingsbepaling gevalle kan voorkom waarin slegs die bestaan van 'n basiese rasonele verband 'n feitelike beperking regverdig, byvoorbeeld wanneer die fisiese beperking van 'n reg gering is en die doel van die beperking uiters belangrik is.

Dit is belangrik om daarop te let dat binne die raamwerk van die toepassing van die beperkingsbepalings, of binne die raamwerk van die geldigheidsvereistes vir administratiewe handeling, dit nie noodwendig slegs oor variasies van die rasonele-verband-toets gaan nie. Die belangrikste punt is dat daar na aanleiding van die omstandighede 'n vloeibaarheid is tussen die maatstawwe wat toegepas kan word. Hulle kan wissel van baie streng tot baie ligte toetse. Uit 'n praktiese oogpunt beskou, is dit onbelangrik of die reeks maatstawwe wat aangewend kan word, tuisgebring word onder die benaming "rasionaliteit", "proporsionaliteit", "belange-afweging", "handhawing van die skeiding van magte" of "grade van respek (*deference*) vir die kundigheid en demokratiese aard van die betrokke persoon of instelling".

Dit is ook belangrik om te beklemtoon dat die konstitusionele hof in die *SARFU*-saak verklaar dat die president nie handvesregte mag aantas nie. Die rasonele-verband-toets soos dit later in die *Pharmaceutical Manufacturers*- en *Democratic Alliance*-sake ter sprake gekom het, was dus ten opsigte van optrede van die president wanneer handvesregte nie aangetas word nie, en dit is binne hierdie raamwerk dat die stelling in die *Democratic Alliance*-uitspraak verstaan moet word dat "a rationality standard by its very nature prescribes the lowest possible threshold for the validity of executive decisions: it has been described by this Court as the 'minimum threshold requirement applicable to the exercise of all public power by members of the Executive and other functionaries'."⁴⁰ Uit hierdie stelling kan afgelei word dat die konstitusionele hof 'n swak rasonele-verband-toets in gedagte het.

4. Rasonele prosesse en rasonele besluite

Onder hierdie opskrif beantwoord die konstitusionele hof die vraag of die rasonele-verband-vereiste geld vir sowel die uiteindelige besluit wat geneem word as vir enige stap wat gedoen word om die besluit te kan neem. Die hof beslis dat die vereiste van toepassing is op die stappe én op die uiteindelige besluit.⁴¹

In *Albutt v Centre for the Study of Violence and Reconciliation* word bevind dat 'n stap in die prosesse vir die verlening van amnestie deur die president nie rasoneel verbind kon word met die doel van amnestieverlening nie.⁴² Die stappe wat ter sprake is, bestaan heel dikwels uit besluite om bepaalde stappe nie te doen nie. In die *Albutt*-saak het dit gegaan oor die spesiale program vir amnestieverlening wat president Mbeki in 2007 ingevolge artikel 84(2)(j) van die Grondwet geloods het om die onvoltooide werk van die Waarheids-en-Versoeningskommissie af te handel en nasiebou te bevorder. Die "stap" wat nie rasoneel verbind was met die doel van die spesiale program nie, het bestaan uit die besluit van die President om nie aan die slagoffers van die misdade waaraan die amnestie-aansoekers

skuldig bevind is, of die familie van die slagoffers, geleentheid te gee om hulle standpunt oor die moontlike amnestie te stel nie. Die reg om aangehoor te word is deel van die gemeenregtelike *audi alteram partem*-beginsel wat grotendeels die inhoud van die grondwetlike reg op prosedurele billikheid in artikel 33 vorm. Langs die omweg van die algemene legaliteitsbeginsel en die algemene rasonele-verband-toets is hierdie aspek van die *audi alteram partem*-beginsel op 'n besluit van die President toegepas. Die bereidwilligheid van die hof in die *Albutt*-saak om 'n aspek van prosedurele billikheid as deel van die rasionaliteitsvereiste vir optrede van die president te stel, was 'n belangrike koersverandering nadat die hof in *Masetlha v President of the RSA* kategorieë verklaar het dat dit onvanpas is "to constrain executive power to requirements of procedural fairness, which is a cardinal feature in reviewing administrative action".⁴³ In 'n goed-bereende minderheidsuitspraak in die *Masetlha*-saak stel regter Ngcobo 'n sterk standpunt dat die *rule of law* en legaliteit ook prosedurele billikheid insluit.⁴⁴ In die *Albutt*- en *Democratic Alliance*-saak het die hof die gedagtes van regter Ngcobo begin volg. In albei gevalle is die ommekeer bewerkstellig deur te redeneer dat die *means* van *means-end rationality* ook prosedurestappe insluit en dat hierdie stappe ook rationeel verbind moet wees met die doel van die besluit.

Volledigheidshalwe moet gemeld word dat die hof in die *Albutt*-saak, nadat die hof beslis het dat die President se versuim nie aan die breë, algemene legaliteitsbeginsel en die rasonele-verband-toets voldoen het nie, nie 'n beslissing gegee het oor die vraag of amnestieverlening ingevolge artikel 84(2)(j) 'n administratiewe handeling is wat ingevolge die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid hanteer moes word nie. Daarmee is uiteraard ook geen uitspraak gedoen oor die vraag of die amnestieverlening administratiewe optrede ingevolge artikel 33 van die Grondwet was nie.⁴⁵

'n Belangrike kwalifikasie wat die konstitusionele hof in die *Democratic Alliance*-saak oor die toepassing van die rasonele-verband-toets op stappe in die proses stel, is dat die stap waaroor dit gaan, 'n invloed op die uiteindelijke besluit moet kan uitoefen. Daar mag stappe wees wat geen rasonele verband met die doel van die proses en die besluit het nie (byvoorbeeld dat die president besluit om slegs op elke eerste Donderdag van die maand vanaf 9:00 tot 10:00 aan amnestie-aangeleenthede aandag te gee), maar wat die inhoud van die besluit nie kan beïnvloed nie. Die afwesigheid van 'n rasonele verband is dus in sulke gevalle nie relevant nie.

In die *Democratic Alliance*-saak was die versuim van die President om alle relevante getuienis oor mnr. Simelane in ag te neem voordat die aanstelling gedoen is, ter sprake; hoe die hof hierdie versuim as 'n prosedurestap hanteer het, word in die volgende paragraaf bespreek.

5. Rasionaliteit en versuim om relevante feite te oorweeg

Onder hierdie hoof oorweeg die konstitusionele hof of die gemeenregtelike geldigheidsvereiste vir administratiewe handeling oor aandagbesteding soos uiteengesit in onder andere *Johannesburg Stock Exchange v Witwatersrand Nigel Ltd*⁴⁶ van toepassing is op die President se versuim om nie behoorlik aandag aan die verslag van die Ginwala-

kommissie te gee nie.⁴⁷ Die hof bevestig die aanvanklike uitgangspunt in die *SARFU*-saak⁴⁸ dat die gemeenregtelike reël soos geformuleer in die *Johannesburg Stock Exchange*-saak nie op die President van toepassing is nie.⁴⁹ Nie die gemeenregtelike reël, of artikel 6(2)(e)(iii) van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, of artikel 33 van die Grondwet is dus van toepassing nie. Dit veroorsaak egter geen leemte nie, want die hof bevind dat die rasonele-verband-toets toegepas kan word op gebrekkige aandagbesteding deur die president: aandagbesteding is 'n prosedurestap om die besluit te kan neem, en 'n besluit om sekere feite wat relevant is vir die neem van die besluit te ignoreer, veroorsaak dat die besluit oor die aanstelling ongeldig is.⁵⁰

Die hof het 'n ingewikkelde driefase-benadering voorgestel om vas te stel of gebrekkige aandagbesteding deur die president ongeldig is (par. 39):

The first is whether the factors ignored are relevant; the second requires us to consider whether the failure to consider the material concerned (the means) is rationally related to the purpose for which the power was conferred; and the third, which arises only if the answer to the second stage of the enquiry is negative, is whether ignoring relevant facts is of a kind that colours the entire process with irrationality and thus renders the final decision irrational.⁵¹

Alhoewel dit nie duidelik is na watter relevantheid in die eerste stap verwys word nie, is dit hoogs onwaarskynlik dat dit na iets anders kan verwys as die relevantheid van die gebrekkige aandagbesteding vir die neem van die besluit. Die eerste twee fases is redelik duidelik; die doel met die derde been van die toets is egter duister.

a. Die feite wat nie in ag geneem is nie, moet relevant wees vir die besluit (feite oor vorige gedrag is byvoorbeeld relevant vir die maak van 'n aanstelling).

b. Die versuim om hierdie relevante feite in ag te neem, moet volgens die rasonele-verband-toets in sy mees basies vorm 'n bydrae daartoe kan lewer dat die besluit wat geneem is, anders sou kon gewees het (indien daar dus byvoorbeeld feite oor vorige gedrag geïgnoreer is, maar die feite so positief was dat dit op geen manier 'n besluit om die persoon aan te stel, kon verander het nie, was daar nie 'n rasonele verband nie).

c. Die afwesigheid van 'n rasonele verband tussen 'n doen of 'n late wat relevant is vir die proses om 'n besluit te neem, "colours" uiteraard "the entire process with irrationality and thus renders the final decision irrational". 'n Gevolg van die toepassing van die eerste twee bene van 'n toets kan beswaarlik as 'n derde been van die toets beskou word. Dit is hoogs onwaarskynlik dat die hof kon bedoel het dat benewens die afwesigheid van 'n rasonele verband tussen relevante gedrag daar verder vereis word dat die inhoud van die besluit "rasioneel" moet wees. Rasioneel in watter opsig? Of is ons daarmee op pad na 'n verdere mylpaal in die rasionaliteitsage? Wil die hof nou substantiewe vereistes (uiteindelik redelikheid?) vir optrede van die president begin stel? Dit sou nogal moeilik gaan, met die duidelike lyne wat die hof meen daar tussen redelikheid en rasionaliteit bestaan en, soos hier onder sal blyk, die selfversekerdheid van die hof dat die ligte rasonele-verband-toets die skeiding van magte fyn balanseer.

6. Rasionaliteit en die skeiding van magte

6.1 Die hof se verduideliking

Verskillende opmerkings deur regter Yacoob oor die vraag of 'n hof se bevinding dat die president irrasioneel optree, die beginsel van skeiding van magte geweld aandoen, is nie goed geformuleer nie. Hier volg twee voorbeelde.

1. "The rule that executive decisions may be set aside only if they are irrational and may not ordinarily be set aside because they are unreasonable or procedurally unfair has been adopted precisely to ensure that the principle of the separation of powers is respected and given full effect."⁵²

a. Beteken die verwysing na "executive decisions" dat hierdie reël geld vir die uitvoerende besluite van alle uitvoerende organe, of word daar slegs na uitvoerende besluite van die president verwys? Indien dit slegs na die president verwys, het die skeiding van magte verskillende implikasie vir onderskeidelik die president en ander uitvoerende organe?

b. Die verwysing "only if they are irrational" kan in die lig van die addisionele gronde wat in die *SARFU*-genoem is en waarna in die laaste paragraaf van onderafdeling 1 hier bo verwys word, nie vertolk word asof rasionaliteit die enigste grond vir ongeldige optrede van die president is nie. Of moet hierdie stelling so vertolk word dat wanneer die president byvoorbeeld ander handvesregte aantas, slegs 'n swak rasonele-verband-toets op die beperking toegepas word op grond van die beginsel van skeiding van magte? As daar so 'n reël uit hoofde van die skeiding van magte vir optrede van die president geld, waarom nie ook ten opsigte van parlamentswette wat regte beperk nie? *Indien dit wel so sou wees, het die leerstuk van skeiding van magte ernstige negatiewe implikasie vir beskerming van menseregte in Suid-Afrika*. Sulke negatiewe implikasies word gelukkig nie in die honderde ander hofbeslissings van die konstitusionele hof oor die handves van regte weerspieël nie.

c. In onderafdeling 3 hier bo is verduidelik dat *rasionaliteit* en *redelikheid* volgens die hof, soos vertolk in die *Bato Star*-saak, twee verskillende begrippe is en dat redelikheid nie in die geval van die president ter sprake is nie. Maar in hierdie stelling word verklaar dat redelikheid "not ordinarily" 'n rol speel. Is daar buitengewone omstandighede waarin dit tog 'n rol sal speel? Het regter Yacoob redelikheid as vereiste vir die beperking van ander handvesregte in gedagte? Indien wel, behoort so 'n toepassing nie as buitengewoon beskou te word nie – dit is normaal en broodnodig.

d. Die paragrawe van die hofbeslissings waarna regter Yacoob in voetnoot 77 van die uitspraak ter staving van die aangehaalde uitspraak verwys, bied geen direkte steun vir die stelling nie. In par. 51 van die *Albutt*-saak⁵³ en in par. 90 van die *Pharmaceutical Manufacturers*-saak⁵⁴ is die rasonele-verband-toets bloot verduidelik, sonder dat verklaar is dat dit ontwerp is om die skeiding van magte te ondersteun. In par. 48 van die *Bato Star*-saak⁵⁵ word verklaar dat die terughoudendheid waarmee die hof moet optree as gevolg van die deskundigheid van besluitnemers nie beteken dat die hof as rubberstempel vir die uitvoerende gesag sal optree in 'n beslissing wat nie redelikerwys die doel kan dien, of nie redelikerwys deur die feite gesteun, of nie redelik is in die lig van die redes wat daarvoor gegee is nie. In par. 73 van die *Affordable Medicines*-saak⁵⁶ word slegs verduidelik dat die

wetgewer wye magte het om ingevolge artikel 22(2) van die Grondwet bedrywe, beroepe en professies te reguleer, maar dat die uitoefening van hierdie bevoegdheids onderworpe is aan geregtelike kontrole. Daar word niks in hierdie paragrawe gesê oor die skeiding van magte nie.

2. "If executive decisions are too easily set aside, the danger of courts crossing boundaries into the executive sphere would loom large."⁵⁷

Regter Yacoob verklaar dat hierdie punt goed verduidelik word deur sekere stellings in *Brink v Kitshoff NO*.⁵⁸ Hierdie stellings is:

A central principle of the United States jurisprudence has been to impose different levels of scrutiny on different categories of legislative classification. The most stringent level of scrutiny is reserved for classification based on race or nationality, or those that invade fundamental rights. Such classifications are almost inevitably considered to be a breach of the Fourteenth Amendment. An intermediate level of scrutiny is applied to classifications concerning gender or socio-economic rights. The third level of scrutiny requires merely that a classification be shown to have a rational relationship to the legislative purpose.

Nêrens word in hierdie stellings verklaar dat die rasonele-verband-toets verhinder dat die houe hulle magte teenoor die uitvoerende gesag oorskry nie. Die aanhaling uit die *Brink*-saak gaan oor die toepassing van die reg op gelykheid in die Amerikaanse reg op klassifikasies in wetgewing. Daar word verduidelik dat daar drie vlakke van geregtelike kontrole oor sulke klassifikasies is, 'n baie streng maatstaf vir klassifikasies gebaseer op ras of nasionaliteit of die uitoefening van fundamentele regte, 'n tussen-maatstaf vir klassifikasies gebaseer op geslag of sosio-ekonomiese regte, en 'n ligte maatstaf vir alle ander gevalle wat op die rasonele-verband-toets neerkom.⁵⁹ In die daaropvolgende twee paragrawe van die *Democratic Alliance*-saak word verduidelik dat dit die derde en dus die swakste van die toetse in die aanhaling uit die *Brink*-saak is wat in die Suid-Afrikaanse reg vir optrede van die president geld en dat (soos geartikuleer in die *Pharmaceutical- en Affordable Medicines*-saak) dit hierdie ligte toets die toets is waarmee 'n behoorlike balans tussen die houe en die ander owerheidsorgane (insluitende die wetgewer) bereik word.⁶⁰ Daarmee laat die regter weer eens die vraag in die lug hang of enige strengere toets die leerstuk van skeiding van magte geweld sal aandoen.

6.2 'n Beter benadering

Die punt wat die hof wou maak oor die verhouding tussen die rasonele-verband-toets en die skeiding van magte sou anders gestel kon word.

Die beginsel van skeiding van magte vorm inderdaad 'n belangrike grondslag van die grondwetlike bestel in Suid-Afrika, en daar word in talle bepalinge van die Grondwet gevolg daaraan gegee.⁶¹ Ook die geldigheidsvereistes vir die uitoefening van owerheidsbesag en dus die sogenaamde gronde vir geregtelike hersiening van owerheidsoptrede speel hierin 'n rol. Van alle vereistes verleen die rasonele-verband-toets in sy mees basiese vorm (soos hier bo uitgeengesit) aan owerheidsorgane 'n baie wye diskresie oor die prosedure en inhoud van hulle wetgewende en uitvoerende bevoegdhede.

Die rasonele-verband-toets is egter nie die enigste instrument, of in baie gevalle die mees gepaste instrument, om 'n behoorlike skeiding tussen die howe en die ander owerheidsorgane te bewerkstellig nie. Wanneer 'n bepaalde wetgewende of uitvoerende handeling geen uitwerking op enige handvesreg het nie, kan geredelik aanvaar word dat die grondwetlikheid van die optrede slegs aan die hand van die ligter vorme van die rasonele-verband-toets getoets sou kon word. Sodra die feitelike beperking van 'n handvesreg ter sprake kom, lê die keusevryheid van die owerheidsorgane oor die besonderhede van die beperking iewers op 'n skaal tussen 'n byna vrye diskresie (wat slegs deur die bestaan van 'n basiese rasonele verband beperk word) en 'n uiters beperkte diskresie oor hoe die reg beperk mag word. Hoe beperk of hoe wyd die reeks alternatiewe is waaruit die owerheidsorgane sou kon kies met die beperking, hang af van die gewig wat geheg word aan die faktore wat in artikels 36(1)(a) tot (e) genoem word, met ander woorde, watter regte geraak word, watter metodes gevolg is om hulle te beperk en hoe ernstig hulle geraak word, of daar 'n wettige doel vir daardie ingryping bestaan en indien wel, hoe belangrik die doel is. Die aantal alternatiewe in die geoorloofde reeks bepaal die besonderhede van hoe die skeiding van magte in die besondere geval konkrete gestalte kry.

Price stel voor dat die institusionele vaardighede en demokratiese aard van owerheidsinstellings behoort te bepaal hoe streng die rasonele-verband-toets toegepas word.⁶² Sy voorstel kan beskou word as 'n uitvloeisel van die skeiding van magte. Die voorstel kan egter slegs buite die raamwerk van die beperking van regte geld, en daarmee is geen fout te vind nie. Daar moet egter in gedagte gehou word – en Price beweer nie die teendeel nie – dat sodra die beperking van regte ter sprake is, word die graad van respek (*deference*) wat aan owerheidsorgane verskuldig is omdat hulle moontlik direk verkies is, of omdat hulle oor besondere kennis en vaardighede beskik, en dus die perke wat vir inmenging deur die hof ingevolge die leerstuk van skeiding van magte gestel word, bepaal deur hoeveel geldige alternatiewe hulle kon volg soos bepaal deur die toepassing van die algemene en besondere beperkingsbepalings.

7. Rasionaliteit: die president se eie administratiefreg?

Uit die bespreking hier bo blyk duidelik dat "rasionaliteit" as 'n vereiste vir bepaalde optrede van die president heelwat administratiefregtelike vereistes insluit. Dit sluit in sowel vereistes in artikel 33 van die Grondwet (en wat ingevolge artikel 33 van toepassing sou wees indien die howe nie sou besluit het dat sekere optrede van die president nie administratiewe optrede vir doeleindes van artikel 33 is nie), as vereistes in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid.

Artikel 33(1) bepaal dat elkeen die reg het op administratiewe optrede wat *regmatig* is. Hierdie reg waarborg as 'n individuele reg die toepassing van die *rule of law* en die legaliteitsbeginsel op administratiewe optrede.⁶³ Hierdie reg het dus dieselfde bron as die rasionaliteitsvereiste vir optrede van die president. Sowel die reg as 'n rasionaliteitsvereiste wat buite die handves gesetel is, sal ten minste altyd daardie aspek van die legaliteitsbeginsel insluit dat die president slegs die handelinge mag verrig wat deur die reg gemagtig is en dat alle regsvereistes vir die uitvoer van die handeling nagekom moet word.⁶⁴

Artikel 33(1) bepaal verder dat elkeen die reg het op administratiewe optrede wat *redelik* is. In soverre dit in die SARFU-saak gestel is dat die rasionaliteitsvereiste vir optrede van die president nie afbreuk doen aan die feit dat die president nie handvesregte in stryd met die Grondwet mag beperk nie (sien onderafdeling 1 hier bo), moet noodwendig afgelei word dat die rasionaliteitsvereiste as enigste toets ingevolge die legaliteitsbeginsel van toepassing is op optrede van die president slegs wanneer sy optrede nie handvesregte raak nie. Volgens die huidige stand van sake is "redelikheid" dus nie 'n vereiste vir optrede van die president wanneer hy nie regte beperk nie. Dit is in beginsel nie onaanvaarbaar dat so 'n ligte toets toegepas word nie. Selfs binne die raamwerk van die beperking van regte word aanvaar dat die bestaan van 'n rasonele verband soms die enigste vereiste in die geval van sekere minder ingrypende beperkings van regte kan wees (byvoorbeeld in die geval van die feitelike beperkings van die reg op gelykheid wat nie menswaardigheid aantast of soortgelyke ernstige gevolge het nie).⁶⁵ Dit sou egter verkeerd wees om te redeneer dat wanneer die president handvesregte sou aantast, 'n mens maar goedskiks sowel die rasionaliteitsvereiste in die legaliteitsbeginsel as 'n rasionaliteitsvereiste as deel van die beperkingsbepaling moet kan toepas. Dit is beter om die twee gevalle te onderskei. Wanneer handvesregte aangetas word, is die rasonele-verband-toets deel van die vraag na die verhouding tussen die beperking en die doel daarvan en word daar dikwels vanweë die besondere omstandighede van 'n geval 'n strengere toets gestel. Al die bepalinge van die Grondwet is veronderstel om gevolg te verleen aan die waardes in artikel 1 van die Grondwet. So kom die legaliteitsbeginsel as 'n rasionaliteitsvereiste binne artikel 36 tereg. Die legaliteitsbeginsel as 'n waarde moet gebruik word wanneer die bepalinge in die Grondwet leemtes laat wat gevul moet word. Om die waardes benewens die bepalinge toe te pas, is onnodig en onvanpas.

Artikel 33(1) bepaal ook dat elkeen die reg het op administratiewe optrede wat *prosedureel billik* is. *Prosedureel* verwys na die manier waarop handeling verrig word en sluit die gemeenregtelike reëls van natuurlike geregtigheid in. Een van hierdie reëls is die reg om aangehoor te word. Langs 'n omweg is 'n aspek van die *audi alteram partem*-beginsel as deel van 'n algemene rasonele-verband-toets in die *Albutt*-saak op amnestieverlening deur die president toegepas. In die *Democratic Alliance*-saak is die verontagsaming van relevante inligting ook as 'n "prosedurestep" beskou wat rasoneel verbind moet wees met die doel van die besluit wat uiteindelik geneem word (soos bespreek in onderafdeling 5 hier bo). Hierdie konstruksie kan moontlik omstrede wees omdat die verontagsaming van relevante feite in artikel 6(2)(e)(iii) van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid nie in die afdeling oor prosedurele billikheid val nie en Hoexter die verontagsaming van relevante feite bespreek in die hoofstuk oor die regmatigheid van administratiewe handeling.⁶⁶ Sodanige moontlike omstredenheid doen egter nie afbreuk aan die feit dat die gewone administratiefregtelike vereiste dat relevante feite nie geïgnoreer mag word nie, tog op 'n manier onder die vaandel van die rasonele-verband-toets op optrede van die president toegepas word.

Dit is duidelik dat die hof besig is om 'n parallelle administratiefreg vir die president te ontwikkel. Dit is 'n proses wat sy loop neem soos wat hof die een na die ander geval oorweeg waarin optrede van die president ter sprake is. Dit is moeilik om te voorspel hoe lank dit sal duur voordat al die aspekte van die geldigheidsvereistes ingevolge artikel 33 en die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid as aspekte van rasionaliteit toegepas sal word. Dit is egter belangrik om te besef dat so 'n fragmentering van die administratiefreg onwenslik en onnodig is. Die hele verskynsel spruit onder andere uit

onsekerheid van die konstitusionele hof oor watter optrede van die president administratiewe optrede vir doeleindes van artikel 33 is. Die feit dat ten spyte daarvan dat die hof sommige handeling van die president nie as administratiewe handeling beskou nie, die hof nogtans in die parallelle stelsel al meer en meer artikel 33-vereistes met behulp van die begrip *rasionaliteit* toepas, spreek boekdele. Dit dui sterk daarop dat daar waarskynlik iets fout is met die hof se opvatting oor wat die grondwetlike begrip *administratiewe handeling* beteken en met die klassifikasie wat op grond daarvan gedoen word. In hierdie verband kan volstaan word met die volgende opmerkings van Hoexter oor die aanwending van die algemene legaliteitsbeginsel in die *Albutt*-saak wat die hof gebruik het as verskoning om die vraag of amnestieverlening ingevolge artikel 84(2)(j) van die Grondwet deur die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid gedek word, nie te beantwoord nie:

The court's reasoning seems thoroughly subversive of the PAJA [that is, the Promotion of Administrative Justice Act] and of s 33 which contains the mandate for the enactment of this piece of national legislation. In fact, the PAJA would soon become redundant on the court's approach in *Albutt*, particularly since the principle of legality is rapidly replicating the ordinary principles of administrative law contained in the PAJA. Every case could simply be decided on its own unique features and what the principle of legality had to say to them.⁶⁷

Bibliografie

Baxter, L. 1989. *Administrative law*. Kaapstad-Wetton-Johannesburg: Juta.

Bishop, M. 2010. Rationality is dead! Long live rationality! Saving rational basis review. *South African Public Law*, 25:312–45.

Hoexter, C. 2011. *Administrative law in South Africa*. 2de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Price, A. 2010. Rationality review of legislation and executive decisions: *Poverty Alleviation Network* and *Albutt*. *South African Law Journal*, 127(4):580–91.

Rautenbach, I.M. 1997. Means-end rationality in Constitutional Court judgements. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4:768–79.

—. 2000. Die beperking van stemreg. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 3:552–63.

—. 2012. *Rautenbach-Malherbe staatsreg*. 6de uitgawe. Durban-Johannesburg-Kaapstad: LexisNexis.

Van der Vyver, J.D. 1981. Regsekerheid. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 3:269–80.

Wiechers, M. 1967. Die legaliteitsbeginsel in die administratiefreg. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 4:309–29.

Eindnotas

¹ *Fedsure Life Assurance Ltd v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council* 1998 12 BCLR 1458 (KH), 1999 1 SA 374 (KH) par. 58.

² Sien Wiechers (1967:322); Van der Vyver (1981:277).

³ Sien Baxter (1989:307–12).

⁴ 1999 5 BCLR 489 (KH), 1999 3 SA 191 (KH) par. 24.

⁵ Sien ook *Affordable Medicines Trust v Minister of Health of the RSA* 2005 6 BCLR 529 (KH), 2006 3 SA 247 (KH) par. 94.

⁶ Sien Rautenbach (2000:552).

⁷ Vir 'n oorsig sien Rautenbach (2010:768).

⁸ Sien par. 5 hier onder.

⁹ *De Lange v Smuts NO* 1998 7 BCLR 779 (KH), 1998 3 SA 785 (KH) parr. 23, 86–101, 138–9, 163–7.

¹⁰ *Harksen v Lane NO* 1997 11 BCLR 1489 (KH), 1998 1 SA 300 (KH) par. 42.

¹¹ *Law Society of South Africa v Minister of Transport* 2011 2 BCLR 150 (KH), 2011 1 SA 400 (KH) par. 86.

¹² *Bato Star Fisheries (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs and Tourism* 2004 7 BCLR 687 (KH), 2004 4 SA 490 (KH) parr. 45–6.

¹³ *Law Society of South Africa v Minister of Transport* 2011 2 BCLR 150 (KH), 2011 1 SA 400 (KH) par. 32; *Glenister v President of the RSA* 2011 7 BCLR 651 (KH), 2011 3 SA 347 (KH) parr. 162, 203.

¹⁴ *Merafong Demarcation Forum v President of the RSA* 2008 10 BCLR 969 (KH), 2008 5 SA 171 (KH) parr. 62–5, 109, 114; *Poverty Alliance Network v President of the RSA* 2010 6 BCLR 520 (KH) par. 69.

¹⁵ *SATAWU v Garvas* 2012 8 BCLR 840 (KH) par. 35.

¹⁶ 1999 10 BCLR 1059 (KH), 2001 1 SA 1 (KH).

¹⁷ Par. 145.

¹⁸ Par. 148.

¹⁹ Sien bv. i.v.m. die reg op gelykheid *President of the RSA v Hugo* 1997 6 BCLR 708 (KH), 1997 4 SA 1 (KH).

²⁰ *President of the RSA v SARFU* 1999 10 BCLR 1059 (KH), 2001 1 SA 1 (KH) par. 148.

²¹ 2000 3 BCLR 241 (KH), 2000 2 SA 674 (KH) parr. 85–6.

²² *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH) par. 156 en *Prinsloo v Van der Linde* 1997 6 BCLR 759 (KH), 1997 3 SA 1012 (KH) par. 25.

²³ Die beslissing van die hoogste hof van appèl is gerapporteer as *Democratic Alliance v President of the Republic of South Africa* 2012 1 SA 417 (HHA).

²⁴ Die feite soos hier weergegee is vervat in par. 4 van die uitspraak van die konstitusionele hof.

²⁵ Par. 6.

²⁶ 2012 12 BCLR 1261 (KH) parr. 20–6.

²⁷ Parr. 86–90.

²⁸ Par. 91.

²⁹ Par. 27; die regspraak waarna verwys is, is *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA: in re Ex parte President of the RSA* 2000 3 BCLR 241 (KH), 2000 2 SA 674 (KH) par. 85; *Affordable Medicines Trust v Minister of Health of the RSA* 2005 6 BCLR 529 (KH), 2006 3 SA 247 (KH) par. 75; *Masetlha v President of the RSA* 2008 1 BCLR 1 (KH) 2008 1 SA 566 (KH) par. 81.

³⁰ *Masetlha v President of the RSA* 2008 1 BCLR 1 (KH) 2008 1 SA 566 (KH) par. 77.

³¹ Par. 2.9.

³² 2004 7 BCLR 687 (KH), 2004 4 SA 490 (KH) par. 44.

³³ Par. 45.

³⁴ Par. 48; kursivering bygevoeg.

³⁵ Par. 32.

³⁶ 2011 2 BCLR 150 (KH), 2011 1 SA 400 (KH) par. 37.

³⁷ Sien par.1 hier bo.

³⁸ Vir 'n ontleding van die veranderlikes wat 'n rol kan speel met die aanwending van 'n rasonale-verband-toets op beperkings van die reg op gelykheid, sien Bishop (2010:321–5).

³⁹ Vir 'n meer uitvoerige verduideliking, sien Rautenbach (2012:320–1).

⁴⁰ Par. 42; die aanhaling hierin is uit *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA: in re Ex parte President of the RSA* 2000 3 BCLR 241 (KH), 2000 2 SA 674 (KH) par. 78.

⁴¹ 2012 12 BCLR 1261 (KH) parr. 33–7.

⁴² 2010 5 BCLR 391 (KH), 2010 3 SA 293 (KH).

⁴³ 2008 1 BCLR 1 (KH), 2008 1 SA 566 (KH) par. 77.

⁴⁴ 2008 1 BCLR 1 (KH), 2008 1 SA 566 (KH) parr. 172–91.

⁴⁵ Vir kritiek teen hierdie werkwyse omdat dit die toepassing van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid wat gevolg moet gee aan die reg in artikel 33 ondergrawe, sien Hoexter (2011:135–7) en die aanhaling aan die einde van hierdie bespreking.

⁴⁶ 1988 3 SA 132 (A) 152.

⁴⁷ Sien oor die nie-inagneming van relevante oorwegings ingevolge artikel 6(2)(e)(iii) van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid en die gemenerereg, Hoexter (2011:316 e.v.)

⁴⁸ *President of the RSA v SARFU*-1999 10 BCLR 1059 (KH), 2001 1 SA 1 (KH) par. 224.

⁴⁹ *Democratic Alliance v President of the RSA* 2012 12 BCLR 1261 (KH) par. 39.

⁵⁰ Par. 39.

⁵¹ Par. 39.

⁵² Par. 41.

⁵³ 2010 5 BCLR 391 (KH), 2010 3 SA 293 (KH).

⁵⁴ 2000 3 BCLR 241 (KH), 2000 2 SA 674 (KH).

⁵⁵ 2004 7 BCLR 687 (KH), 2004 4 SA 490 (KH).

⁵⁶ 2005 6 BCLR 529 (KH), 2006 3 SA 247 (KH).

⁵⁷ Par. 41.

⁵⁸ 1996 6 BCLR 752 (KH), 1996 4 SA 197 (KH) par. 35.

⁵⁹ Vir 'n vergelykende oorsig van die aanwending van rasonele-verband-toetse binne die raamwerk van die reg op gelykheid, sien Bishop (2010:312–45).

⁶⁰ Parr. 42, 43. In par. 44 verduidelik die hof dat die rasonele-verband-toetse vir onderskeidelik die president en ander administratiewe optrede presies dieselfde is.

⁶¹ *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 1996 10 BCLR 1253 (KH), 1996 4 SA 744 (KH) parr. 108–9.

⁶² Price (2010:580–90).

⁶³ *Bel Porto School Governing Body v Premier of the Western Cape* 2002 9 BCLR 891 (KH), 2002 3 SA 265 (KH) par. 164.

⁶⁴ Soos gestel in *President of the RSA v Hugo* par. 12–4; sien ook die *Fedsure*-saak parr. 56, 58 en Hoexter (2011:253).

⁶⁵ Sien i.v.m. art. 9(1) van die Grondwet Rautenbach (2012:329–30).

⁶⁶ Hoexter (2011:316–8).

⁶⁷ Hoexter (2011:137).