

OBITER.....



by
viator

Vrylating van gevangenes

Soos in die vorige uitgawe van *Consultus* (Oktober 1991) berig, was daar ernstige besware van die kant van die publiek oor die grootskeepse vrylatings verlede jaar van gevangenes wat ernstige misdade gepleeg en slegs 'n relatief klein gedeelte van hulle vonnisse uitgedien het – 'n syfer van 57 000 wat so vrygelaat is, is meermale genoem. Gewag is verder gemaak van die feit dat ook prokureurs-generaal hulle stemme teen die vrylatings verhef het. Hulle het die vrylatings onder andere bestempel as onoordeelkundig en gewaarsku dat sulke optredes die regstelsel ondermyn en daartoe lei dat die gemeenskap vertroue in die howe verloor.

Sedertdien het 'n hele paar regters van die Hooggeregshof ook hulle misnoë oor die willekeurige vrylating van die gevangenes openlik te kenne gegee. Hierdie optredes van die betrokke regters moet verwelkom

word. Net soos lede van die uitvoerende gesag daarop geregtig is en trouens geroepe is om te let op wat in die howe gebeur en, wanneer nodig, kommentaar oor optredes in die howe te lewer, is regters daarop geregtig en ook geroepe om te let op wat op die uitvoerende vlak van die regspleging gedoen word en, wanneer nodig, daarvoor kommentaar te lewer. In weerwil van die leerstuk van skeiding van magte behoort dié twee bene van regering nie in waterdigte kompartemente te funksioneer nie. Intendeel. Daar behoort gereelde wisselwerking en selfs gesprekvoering plaas te vind. En indien daar meningsverskille tussen die twee groepe ontstaan behoort die algemene publiek daarvoor ingelig te word. *Openbare debatvoering en, waar geregverdig, openbare sensuur, is die beste waarborg teen wispelturige of arbitrêre optredes.* (Sien weer die artikel oor die regsadministrasie in die vorige uitgawe van *Consultus* waarin, onder meer, gepleit word vir groter betrokkenheid van die Hoofregter by die regsadministrasie).

Remarkable case

A remarkable civil action was recently heard in the British High Court.

Fitzroy Brookes was charged with the murder of teenager Lynn Sidons. He was found not guilty and discharged. Thereafter the Director of Public Prosecutions was called upon on four occasions to charge Fitzroy's stepfather, Michael Brookes, with the murder but he refused to do so, apparently since he held the view that there was not sufficient evidence against Michael Brookes.

Lynn's mother was, however, not satisfied and she waged a legal battle over a period of 13 years to expose the real killer of her daughter. Eventually she adopted the extraordinary course of instituting a civil action against Michael Brookes and after a protracted trial the Judge found that Michael Brookes was 100% guilty of causing Lynn's death and 80% guilty of causing the pain and terror which she encountered prior to her death.

And Fitzroy Brookes (the stepson) was found to have caused the remaining 20%.

The issue of compensation will be determined at a later stage.

It would seem that there are at least two difficulties with a criminal prosecution at this juncture. First, the question of delay – it is 13 years since the murder was perpetrated – and secondly, the problem of whether a fair trial would be possible given the publicity surrounding the civil trial and the judge's ruling. A further difficulty, so it would appear, is that a number of factors were taken into consideration by the Judge which could well be inadmissible in a criminal trial.

Be that as it may, hats off to Mrs Siddons for her perseverance and tenacity. (Gazette, 2 October 1991, p 9)

Female judges in Britain

In July 1991 there was one female Lord Justice of Appeal; two High Court Judges; 20 circuit judges; nine district judges; eight metropolitan stipendiary magistrates and one provincial magistrate. (*Gazette*, 9 October 1991, p 32)

Size of judiciary

The number of High Court judges in England has increased from 31 in 1945 to 42 in 1960, to 75 in 1979 and at present stands at 84. Over the same period the number of Lords Justice of Appeal has risen from six to 27. (*Gazette*, 9 October 1991, p 32) The corresponding South African figures are as follows: In 1945 there were 29 Supreme Court Judges (excluding the Appellate Division). This figure increased to 48 in 1960, to 86 in 1979, and to 115 in 1991. Over the same period the number of Appeal Court Judges has risen from five to 18. (In 1945 England's population was roughly 48 million which increased to about 58 million in 1991. The corresponding figures in respect of South Africa were roughly 11 and 30 million).

Besoeke aan gevangenis

Volgens die 1989/90 jaarverslag van die SA Gevangenisdiens (nou "Korrekiewe Dienste") bestaan daar 188

mansgevangenis, 14 vrouegevangenis, 16 gevangenisplase en twee jeuggevangenis in Suid-Afrika. Gedurende dieselfde tydperk het daar 63 regtersbesoeke aan gevangenis plaasgevind. Dié getal sluit die besoeke in wat regters op versoek van die Minister van Justisie aan noodregulasie-aangehoudenes gebring het. Rofweg beteken dit dat minder as 'n derde van die gevangenisinrigtings 'n enkele besoek van 'n regter gedurende 'n tydperk van twaalf maande ontvang het. Anders gestel: Meer as tweederdes van die inrigtings het vir 'n volle jaar geen sodanige besoeke ontvang nie.

Hierdie statistieke weerspieël 'n onbevredigende toedrag van sake.

Dit is nouliks nodig om te wys op die noodsaaklikheid van gereelde, verrassingsbesoeke van regters aan gevangenisinrigtings.

Gevangenisregulasie 104(2) maak daarvoor voorsiening dat regters te alle tye toegang verleen word tot 'n gevangenis, asook tot enige afdeling daarvan. Die regulasie laat dit dus in die uitsluitlike diskresie van 'n individuele regter om te besluit of hy 'n gevangenis wil besoek en, indien wel, wanneer. Ook dié regulasie is onbevredigend.

Daar behoort 'n verpligting op elke regter-president geplaas te word om toe te sien dat elke gevangenisinrigting in sy regsgebied minstens twee maal per jaar deur 'n regter van sy Afdeling besoek word.

Die betrokke regulasie bepaal verder dat gevangenis ook deur landdroste besoek mag word. En 615 sodanige besoeke het dan ook gedurende die genoemde verslagjaar plaasgevind. Sulke besoeke dien sekerlik ook 'n goeie doel dog dit het nie naastenby soveel impak as besoeke deur regters nie. Die rede is dat landdroste, net soos die gevangenisbeampies, staatsamptenare is. Hulle word dus nie gesien as onafhanklike, onpartydige funksionaris nie. Besoeke deur regters is derhalwe die enigste aanvaarbare oplossing. En om seker te maak dat dié besoeke op 'n gereelde en georganiseerde grondslag geskied, behoort gepaste verpligtinge op regters-president geplaas te word.

Delays in the criminal courts

There seems to be little doubt that a bill of human rights will be incorpor-

ated in the proposed new constitution. And one wonders – especially when paging through the literature on similar bills of rights operating in other countries – whether court administrators, prosecuting and police authorities or even the Government fully realise what is in store for them once such a bill comes into force in South Africa.

Take for instance the provision that is usually included in such a bill to the effect that an accused person is entitled to be tried within a reasonable time or without unreasonable delay. A landmark judgment on such a provision was fairly recently handed down by the Supreme Court of Canada (*R v Askov et al* (1990) 59 C.C.C. (3d) 449). The charges against the accused were quite serious, and included conspiracy to commit extortion, possession of a prohibited weapon, pointing a firearm and assault with a weapon. They were all released on bail with conditions prior to the completion of the preliminary inquiry. When the case was called for trial in the District Court the accused brought an application to stay proceedings on the basis that their right to trial within a reasonable period as guaranteed by the Canadian Charter of Rights and Freedoms had been infringed. The trial judge granted the application. However, an appeal by the Crown to the Ontario Court of Appeal was allowed. The accused then appealed to the Supreme Court of Canada. This appeal succeeded and the stay of proceedings was restored.

Apart from the fact that the accused went scot-free the upshot of the *Askov* decision was that about 43,000 criminal charges were stayed or withdrawn in Ontario alone – including charges of sexual assault and manslaughter. (*The Lawyer's Weekly*, 30 August 1991)

It is to be hoped that the authorities will study the *Askov* judgment and bring their house in order, otherwise chaotic conditions may develop once our bill of rights comes into force. (See also the suggestions put forward in the editorial headed "Expediting criminal proceedings" in the October 1990 issue of *Consultus*). Naturally, there are also other provisions of such bills of rights requiring close scrutiny and adaptation of administrative and other procedures in order to avoid judgments of the courts that would upset the smooth functioning of the

administration after the coming into operation of South Africa's bill of rights.

Konstitusionele geskilpunte in laerhowe

Regerings maak baie foute maar meermale kan een of ander redelike verskoning daarvoor gevind word. Iets waarvoor geen verskoning gevind kan word nie, is die Regering se versuim om laerhowe (soos in 1983 aanbeveel deur die Hoexterkommissie) op te gradeer en op 'n onafhanklike grondslag te plaas.

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het hierdie aangeleentheid weer aangeroe (sien sy verslag oor Grondwetlike Modelle) en vanselfsprekend neem hy dieselfde standpunt in as die Hoexterkommissie, naamlik dat landdroste, veral streeklanddroste, uit die Staatsdiens gelig moet word. *Viator* sê "vanselfsprekend" want hy is nie bewus van enige regsgroep – regbank, Balie, Vereniging van Prokureursordes, akademici en so meer – wat na die Hoexterverslag 'n ander mening gehuldig het nie. Dit is net die Regering – en dit sonder behoorlike motivering so ver *Viator* weet – wat die voet dwars gesit het. Die gevolg hiervan was dat die laerhowe agtergelaat is en nie genoeg aangepas kon word om te voldoen aan die vereistes van 'n ontwikkelende Suid-Afrika nie.

In Nieu-Seeland, wat 'n bevolking van slegs sowat 3 miljoen in vergelyking met ons 30 miljoen het, is die "District Courts" – wat as die teenhangers van ons Streekhof beskou kan word – reeds só uitgebrei dat hulle hofuitsprake naas dié van die land se Hoogeregshof, gepubliseer word. Indien die Streekhof ook sedert sê 1985 op hierdie wyse uitgebrei was, sou hulle in die beoogde nuwe bedeling 'n veel groter bydrae kon lewer as wat hulle nou sal kan lewer.

Maar dit help nie om oor gedane sake te treur nie. Laat ons vorentoe kyk, en hoop dat die Regering nou sal opskud en sake regstel. Die tyd van staatsamptenare op die regbank is vir goed verby.

Ons stem saam met die Regskommissie dat Streekhof (nadat streeklanddroste onafhanklik van die uitvoerende gesag gemaak is) gemagtig moet word om konstitusionele

geskilpunte te bereg. Streeklanddroste is ervare regsprekers en voortaan sal seker ook slegs LLB-gegraduateerdes op die Streekhofbank aangestel word. Hulle sal dus wel in staat wees om sulke geskilpunte te bereg.

Viator het egter sy bedenkinge of gewone landdroshof – soos ook aanbeveel deur die Regskommissie – toegelaat moet word om sulke geskilpunte te bereg. Baie van die landdroste is nog baie jonk en onervare en ons weet nie of hulle altyd opgewasse vir so 'n taak sal wees nie al beskik hulle reeds oor die voorgeskrewe regskwalifikasies. *Viator* was self verplig om op 25 jaar op die regbank te sit en hy is seker hy sou een of ander oor- of aanval gekry het as hy skielik gekonfronteer was met sê 'n vraag of 'n wet ongeldig is vanweë die feit dat dit mense se reg op privaatheid aantast. Nee, sulke ingewikkeldhede hoort nie tuis in gewone landdroshof nie. Prokureurs wat normaalweg in hierdie hof verskyn is ook meestal nie in 'n posisie om sodanige vraagstukke in diepte na te vors en te argumenteer nie. Buitendien is dié hof te besig vir sulke dinge. Laat die landdroste die saak afhandel en indien 'n skuldigbevinding volg en daar is wel 'n konstitusionele geskilpunt betrokke, kan dit op appél in die Hoogeregshof beredeneer word. Wat die wetgewer wel kan oorweeg, is om te bepaal dat indien 'n konstitusionele geskilpunt in 'n landdroshof te berde gebring word, die voorsittende beampte die verhoor kan staak en die saak na die Streekhof kan verwys.

Ingevolge artikel 110 van die Wet op Landdroshof is 'n landdroshof nie bevoeg om 'n oordeel uit te spreek oor die regsgeldigheid van 'n provinsiale ordonnansie nie, en hierdie reëling behoort, wat gewone landdroshof betref, *mutatis mutandis* ook te geld vir konstitusionele geskilpunte.

Coming into operation of declarations of nullity

Another recommendation of the Law Commission (contained in its report on Constitutional Models, par 4.629) that requires careful consideration, is that declarations of nullity of legislation by for instance the Constitutional Chamber should take effect immediately, ie the legislature should

not be given an opportunity to rectify the relevant legislation before the court's order comes into operation.

The Commission contends that logically and in terms of juridical morality it is untenable that legislation which has been declared unconstitutional should still have legal effect and be permitted to infringe upon fundamental rights and freedoms until the legislature decides otherwise, or even for a certain period of time. Such a system – says the Commission – could be abused and result in civil resistance.

The Commission is furthermore of the opinion that the legislature should accept responsibility for ensuring that legislation is in conformity with the constitution. The legislature – so the Commission argues – should seek sound legal advice before promulgating legislation.

Viator is unable to agree with the Commission. No matter how careful a legislature may be and no matter how highly competent its legal draftsmen may be, there will surely be laws that will from time to time be struck down by the courts, and some of these laws will regulate matters which are of such a nature that they simply cannot be allowed to land in a vacuum. A good example is to be found in a decision by the Canadian Supreme Court in *R v Swain*, Order No 105-019, reported in *The Lawyers Weekly* dated 31 May 1991, in which legislation providing for the automatic detention of mentally defective persons who had been found not guilty in a criminal trial by reason of insanity, was declared to be unconstitutional and therefore null and void. Had this declaration come into force immediately, all the mentally defective persons in detention under the relevant legislation would have had to be released forthwith – which would have been most undesirable for obvious reasons. The Court therefore suspended the declaration of invalidity for a certain period.

There seems to be little doubt that the course followed by the Canadian Supreme Court was the correct one. It therefore appears to be desirable that our Supreme Court should also be empowered to order that a declaration of nullity of legislation (or an executive act) should be suspended for a certain period. It goes without saying that, in appropriate cases, the Court will refuse to grant a suspension. In such an event the declaration of nullity will become operative forthwith.

If these suggestions are accepted the whole matter will be left in the hands of the courts which, in *Viator's* view, will be the best way of dealing with the problem.

Note:

Our own laws dealing with the detention of mentally defective persons who had been involved in the commission of crimes will probably also come under attack after the coming into effect of our own bill of rights. See in this regard Professor John Milton's article "Law reform: the case of the State President's detainees" in (1989) 2 Consultus 117.

Mobiele howe

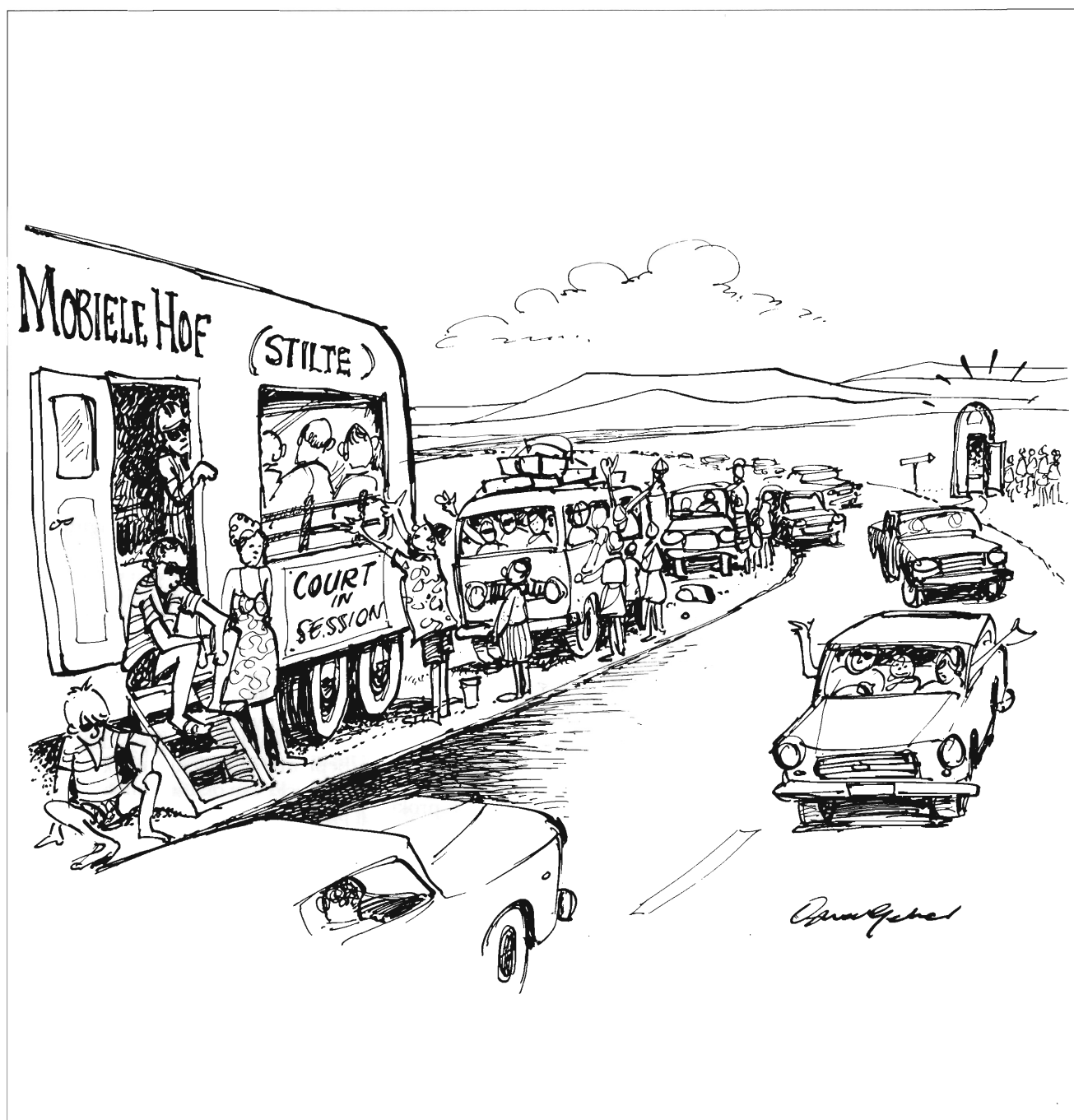
Die Regering se oogmerke met die mobiele howe is seker goed maar as

regsman sluk *Viator* swaar daaraan. Afgesien van ander oorwegings is dit nouliks denkbaar dat die nodige dekorum in sulke howe gehandhaaf kan word. *Ons moet waak daarteen dat die aansien van ons howe nie geskaad word bloot ter wille van relatief geringe voordele wat die mobiele howe kan inhou nie.*

Family advocate: Recent developments

The Mediation in Certain Divorce Proceedings Act 24 of 1987 came into operation on 1 October 1990 when an office of the Family Advocate was

established in Pretoria at the Transvaal Provincial Division of the Supreme Court of South Africa. Soon after the launching of this pilot project family advocates were appointed at the Witwatersrand Local Division in Johannesburg on 1 May 1991 and the Cape of Good Hope Provincial Division of the Supreme Court in Cape Town on 1 November 1991. It is understood that the Department of Justice aims to establish offices of the Family Advocate in Durban, Port Elizabeth and Bloemfontein by 1 March 1992 to serve all the other Divisions of the Supreme Court. The Northern Cape Division will be serviced from Bloemfontein, the Eastern Cape Division



from Port Elizabeth and the Natal Division from Durban. The last-mentioned arrangement will be on an experimental basis and will operate until such time that it becomes clear that the divisions concerned merit an office of their own. This will depend on the divorce statistics and number of enquiries in those areas.

Legal battle on insulin

A lengthy legal battle in consequence of litigation initiated by diabetics and their families in England is foreshadowed in *Gazette* of 31 July 1991. It is alleged that diabetics suffered a number of serious side-effects, including paralysis, permanent memory damage, and even death, as a result of being transferred from animal to synthetic human insulin.

Synthetic insulin – according to *Gazette* – was regarded as a major break-through in the early 1980's when it was first developed. By the mid-1980's diabetics were led to believe that animal insulin would be phased out and replaced by synthetic human insulin. The fact that it was easier to administer – via a ball point on the skin rather than daily injections – proved very popular. At present about eighty percent of Britain's 250,000 sufferers of diabetes mellitus – *Gazette* continues – have transferred to synthetic insulin.

Eighteen solicitors' firms have been instructed and have been granted legal aid to carry out preliminary research and obtain counsels' opinion. One of these firms reported that it was receiving 50 new calls a day from diabetics who claim they are experiencing a range of side effects from human insulin.

Note:

The question arises, of course, what the position is in South Africa in regard to the problems referred to above. Dr JR Snyman of the Department of Pharmacology, Faculty of Medicine of the University of Pretoria was approached. He commented as follows (in Afrikaans):

Die nuwere insulien word óf ensiematies vanaf varkinsulien berei óf dit word deur middel van geentegnologie deur bakterie of giste vervaardig. Hierdie insulien is *identies* aan normale menslike insulien.

Die feit dat verskeie diabete jare lank op relatief onsuiver diere-insulien was, kan waarskynlik deels die probleme wat nou met menslike-insulien ondervind word, verklaar. Die mens het aanvanklik antiliggam-

pies teen die diere-insulien produseer wat 'n mate van insulienweerstand geskep het. Die oorskakeling nou na suiwer mensinsulien het tot gevolg dat minder "weerstand" ondervind word en daarom is 'n *dosisvermindering* nodig. Die kinetika (d.i. liggaam se hantering) van mensinsulien verskil dan ook van diere-insulien onder andere as gevolg van bogenoemde rede.

Farmakologies is daar tans geen rede om hierdie relatief verhoogde insidensie van hipoglukemiese sterftes aan die werking van mensinsulien toe te skryf nie. Dier- en mensinsulien werk dieselfde. Die rede moet eerder by die pasiënt en terapeut gesoek word wat nie die nodige afwaartse aanpassings vir die veranderde kinetika maak nie. Om duidelikheid oor hierdie aangeleentheid te verkry is egter nog navorsing nodig.

Onafhanklikheid van prokureurs-generaal

'n Voorstel wat reeds in 'n hoofartikel van die April 1990-uitgawe van *Consultus* geopper is (opgevolg in 'n ander hoofartikel asook onder Obiter . . . by Viator in die Oktober 1991-uitgawe), naamlik dat prokureurs-generaal onafhanklik van die uitvoerende gesag gemaak moet word, het so pas gestalte gekry in 'n wetsontwerp (genoem die Wet op die Prokureur-generaal, 1992) wat onlangs by die Parlement ingedien is.

Die Minister van Justisie moet gelukkigewens word met dié maatreël en die hoop word uitgespreek dat dit met bekwame spoed deurgeloods en op die wetboek geplaas sal word.

Die wetsontwerp weerspieël egter enkele leemtes, wat reggestel behoort te word.

Eerstens, word 'n ongebonde bevoegdheid aan die Staatspresident verleen om prokureurs-generaal aan te stel en daarby kan hy enige toegelate advokaat wat vir tien jaar by die toepassing van die reg betrokke was en wat hy as geskik ag, as 'n prokureur-generaal aanstel. Die deur word derhalwe wawyd oopgelaat vir politieke aanstellings in die ergste mate denkbaar. So 'n situasie sal onhoudbaar wees. Trouens, die bestaande situasie, waarvolgens prokureurs-generaal op aanbeveling van die Kommissie vir Administrasie aangestel word, is te verkies bo die voorgestelde een.

'n Oplossing sou wees dat 'n komitee bestaande uit sê die Hoofregter (as Voorsitter), die Direkteur-generaal

van Justisie, die twee mees senior dienende prokureurs-generaal en die Voorsitter van die Algemene Balieraad in die lewe geroep word om aanbevelings aan die Staatspresident te maak indien 'n vakature vir 'n prokureur-generaal sou ontstaan. 'n Goeie resep, wat ook elders toegepas word, is dat die komitee telkens drie persone in voorkeursoorde vir 'n bepaalde pos moet aanbeveel en dat dit die Staatspresident vrystaan om enigeen van die drie aan te stel.

Die uitdrukking "toepassing van die reg" is ook verreweg te wyd. Dit kan daartoe lei dat 'n persoon wat byvoorbeeld nog nooit in die Hooggeregshof verskyn het of wat nie die nodige diepte-kennis van die regspleging het nie, as prokureur-generaal aangestel word. Die beste sou wees om te bepaal dat slegs adjunk-prokureurs-generaal in aanmerking geneem mag word vir aanstelling as prokureur-generaal. Besondere insig ten opsigte van die funksionering van hoër- sowel as laerhowe, die staatsadministrasie en die breë openbare belang word van 'n prokureur-generaal geverg, anders kan dit gebeur dat hy besluite neem wat ernstige verleentheid of onbillikheid meebring. Dit sou dus verkeerd wees om dit moontlik te maak dat toegelate advokate as't ware van die straat af as prokureurs-generaal aangestel kan word. Die prokureurs-generaal het hulself oor vele jare bewys en gevestig as 'n groep persone wat hoë standaarde handhaaf en daar behoort nie 'n situasie geskep te word wat kan lei tot 'n verlaging van daardie standaarde nie.

'n Ander bepaling in die wetsontwerp wat aanvegbaar is, is dat die Staatspresident 'n prokureur-generaal, na bereiking van sy aftreeouderdom van 65 jaar, se aanstelling van tyd tot tyd kan verleng tot ouderdom van 67 jaar. Dis skaars nodig om daarop te wys dat hierdie bepaling 'n nadelige effek sal hê op die beeld van onafhanklikheid van 'n prokureur-generaal wat deur die wetsontwerp beoog word. Dit behoort geskrap te word.

Laastens, behoort die posisie van prokureurs-generaal in die voorgestelde akte van menseregte verskans te word, andersins sal 'n toekomstige wetgewer die Wet op die Prokureur-generaal deur middel van 'n gewone wet van die Parlement kan wysig om prokureurs-generaal sodoende weer ondergeskik aan die uitvoerende gesag te stel.