

Die Censor as Handhawer of Bewaker van Moreel-goeie Handeling: Voorganger vir die Openbare Beskermer

Dr N.P. Swartz

*Direkteur: Eenheid vir Regshistoriese Navorsing,
Departement Romeinse Reg, Regsgeskiedenis en Regsvergelyking,
Universiteit van die Vrystaat
Posbus 339
BLOEMFONTEIN 9300
swartznp.rd@ufs.ac.za*

Synopsis

The Censor as upholder or guardian of moral good actions: A predecessor for the Public Protector

The question quis custodiet ipsos custodes was asked centuries ago in the Roman Empire by the satirist, Juvenal. It means literally “who watches the watchmen?” or “who guards the guards?” In addition, it points to the promotion of the maintenance of moral good acts among the citizens, also those persons who must defend the rights and interests of the individual against the abuse of power by persons who possess public authority. The duties of the then censor shows tangencies with that of the present-day public protector. In this article it will be displayed whether or not the public protector has continued the duties and abilities of the censor. If it is evident that the censor was indeed the predecessor for the public protector, then it is necessary to reveal the phases it underwent to culminate eventually in the public protector. At times the duties and abilities of the censor had to undergo development or changes to conform to the changing circumstances of the time. Notwithstanding such developments or changes, the maintenance of moral good acts had remained the same for both offices and this is particularly the purview of this article.

1. Die *censor*: 'n historiese ontwikkelingsgang

1.1 Oorsprong

Die eertydse *census* (sensus) was deur Servius Tullius, die sesde koning van Rome, ingestel. Na die afsetting van die konings en die stigting van die Republiek, was die *census* in 443 v.C. deur die *consules* (konsuls) oorgeneem.¹ Aangesien die *census* arbeidsinsentief en benede die waardigheid van 'n konsul was, het daar 'n behoefte ontstaan vir 'n gepaste amptenary, naamlik die *censori*, om dié taak te vervul.² Die eerste *censors* was Papirus en Sempronius.³

Tot in 442 v.C. was geen konsuls langer verkies nie; slegs militêre tribune. Omdat die militêre tribune ook plebejers (gewone werkers) kon wees, het die patrisiërs (adelstand) gevrees dat die plebejers geleidelik beheer oor die *census* sou verkry. Die patrisiërs het dus die tribune gestaak en die taak van *census* aan twee amptenare, bekend as die *censors*, toevertrou. Hulle móés uit die patrisiërs gekies word.

Die patrisiërs het die *censor*-amp tot in 351 v.C. gedomineer, toe Marcius Rutilus as die eerste plebejer-*censor* aangestel is.⁴ Ongeveer twaalf jaar daarna, het 'n Publiliese wet verorden dat één van die *censors* ten minste 'n plebejer moet wees.⁵ Vir die eerste keer was beide *censors* in 131 v.C. dus plebejers.

Kortliks: so 'n belangrike plig, naamlik die *census*, het net die koning as hoof van die staat toegekóm. Mettertyd het die *census* op die keisers (*princeps*) en daarna op die *consules* (konsuls) oorgegaan, waarna dit uiteindelik die plig van die *censors* geword het.

1.2 *Princeps* (Keisers)

Die *princeps* het aansienlike mag geniet, sodat hulle in elke sfeer van die regering en die menslike samelewing kon inmeng. Hulle was dus as die geskikste persone beskou om enersyds die nakoming van moreel-goeie handeling deur die burgery onderling te bevorder en andersyds dieselfde dissipline (nakoming van moreel-goeie handeling) by ampsdraers, in te

1 Livy. Foster, B.O. 1924. With an English translation. Books iv & viii. London: William Heinemann, New York: G.P. Putnam's Sons; E. Capps, T.E. Page, W.H.D. Rouse (Eds). With an English translation by B.O. Foster, in thirteen volumes. Books viii-x. London: William Heinemann. G.P. Putnam's Sons: New York.

2 Livy, iv: viii.

3 Livy, iv: viii.

4 Livy, vii: xxii.

5 Livy, viii: xii.

6 Wylie, J.K., 1948, Roman constitutional history, Cape Town: The African Bookman, p.8.

skerp. Die *princeps* het dit egter nie altyd gedoen nie, vanweë die beginsel *princeps legibus solutus est* (waarvolgens die *princeps* as verhewe bo die reg beskou is).⁷ Uit hoofde van hierdie stelreël, het byvoorbeeld, die *princeps* (keiser), Caligula, sy perd, Incitatus, tot *consules* (konsul) verhef. Daar was desondanks ook goeie *principes* (meervoudsvorm), soos byvoorbeeld Augustus, wat die reg eerbiedig het.⁸ Onder Augustus is, afgesien van die juridiese aspek, ook die godsdienstige verbintenis van die *princeps* beklemtoon. Uit hoofde van die godsdienstige, word aan die *princeps* 'n morele karakter toegeskryf, waarvolgens hy as handhawer of beskermmer van moreel-goeie handeling namens die burgery beskou was.

As sanksie vir weerspannige *principes*, soos byvoorbeeld, Caligula, word hulle na hul dood as onwaardig verklaar, naamlik *damnatio memoriae* (veroordelende herinnering).⁹ Dit het gebeur op grond daarvan dat hulle nie moreel-goeie handeling bevorder het nie.

1.3 Consules (Konsuls)

Die mag van die *princeps* (keiser) het weldra op die *consules* (konsul) oorgegaan. Net soos die *princeps*, het die *consules* ook sekere priesterlike funksies vervul. Die *consules* het in twee amptenare gesetel. Kollegialiteit is as 'n vereiste vir effektiewe bestuur beskou, in die sin dat die een amptenaar niks kan uitrig, indien sy kollega sy handeling *ius intercedendi* (deur reg van tussentrede) verbied nie.¹⁰

Uit hoofde van dié *imperium* (gesag) het die *consules* oor die *ius edicendi* (reg om bevele uit te vaardig) en om daardie bevele af te dwing (*coercitio*), beskik. Hulle was by magte om nie slegs 'n oortreder van die *edicta* te vang en te bind (*vincula*) nie, maar het hom ook gegêsel (*verbera*) of boetes opgelê. Hiervolgens was die *consules*, net soos die *princeps*, as handhawers of beskermers van moreel-goeie handeling onder die burgery beskou. Indien die *consules* hul mag sou misbruik, was daar die moontlikheid dat ná die verstryking van hulle ampstermyne hulle

7 Spiller, P., 1986, A manual of Roman law, Butterworth Publishers (Pty) Ltd., p.12-14.

8 Die gedagte vertoon ooreenkomste met die rule of law-begrip in die sin dat beide die burgery sowel as die owerheid deur die reg gebonde is. Die rule of law-begrip waarborg die gelykheid van almal voor die reg en sluit arbitrêre of diskresionêre magsuitoefening deur die owerheid, soos in die geval van Calligula, uit.

9 Van Warmelo, P., 1965, Die oorsprong en betekenis van die Romeinse reg, 2de druk, Pretoria: J.L. van Schaik Bpk, p.65-66.

10 Wolff, H.J., 1951, Roman law. A historical introduction, Norman: University of Oklahoma Press, p.32.

11 Van Warmelo, op cit. p.36.

tot verantwoording geroep kon word.¹¹ Dit vertoon ooreenkomste met die *princeps*, wie na sy dood as onwaardig verklaar word, omdat hy nie moreel-goeie handelinge aangemoedig of sou bevorder het nie.

1.4 *Censor*

Soos wat die staat uitgebrei het kon die *consules* nie al hul administratiewe funksies self vervul nie, sodat ván hul funksies op die *censor* oorgegaan het. Die amp van *censor* was as die hoogste in waardigheid in die Romeinse Ryk beskou. Dit het die status van *sanctus magistratus* (“sacred magistracy”) verkry, ten opsigte waarvan die hoogste eerbied verskuldig was.¹² Die waardigheid van die amp van *censor*, was uit hoofde van hul handhawing en bevordering van moreel-goeie handelinge onder die burgers, aan dié amp toevertrou. Op grond hiervan het die *censors* oor die *regimen morum* (die algemene beheer oor die morele gedrag van die burgers in die staat) beskik. Dit het verseker dat die *censor* ’n samelewing se godsdienstige behoud kon verseker en het hy sodoende beskawingsverval en goddeloosheid ook in die (latere Christelike) Romeinse Ryk teengewerk.¹³ Dié hoedanighede van die *censor* vertoon raakpunte met die hedendaagse “openbare beskermer”.

Die toppunt vir ’n suksesvolle loopbaan vir die Romein, was dié van *censor*. Buiten die afkoms van die kandidaat vir die pos van *censor*, is sy morele karakter in ag geneem. Dit was waarskynlik gedoen om te bepaal of die kandidaat bevoeg sou wees om moreel-goeie handelinge onder die burgers te bevorder. Die keuse van ’n kandidaat vir die pos van *censor* was nie net deur die stand van sy voorvaders beïnvloed nie, maar ook deur die plek van oorsprong van sy *gens* (stamnaam) en deur sy familie se huidige *domicile*.¹⁴ Daar was dus nie net na die kandidaat vir die pos van *censor* se morele gedrag gekyk nie, maar sy familie moes ook ’n onkreukbare karakter weerspieël het.¹⁵ Van Zyl skryf dat die *censores* waardige ou here van onbesproke karakter was, wat groot aansien in die samelewing geniet het.¹⁶ Die *censores*, as handhawers of bewakers van

-
- 12 Plutarch, M., Plutarch life of Cato the elder, p.16; Thomas, J.A.C., 1976, Textbook of Roman law, North-Holland Publishing Co, p.15.
 - 13 Dit is waarskynlik gedoen, nadat die heidense Romeinse Ryk (waar die keisers as goddelik vereer is), tot ’n val gekom het. Tydens keiser Konstantyn se bewind, is die Romeinse Ryk ver-Christelik en is die Christelike godsdiens tot staatsgodsdiens verhef.
 - 14 Suolahti, J. 1963, The Roman censors, Netherlands Publishers, p.14.
 - 15 Suolahti, op cit., p.14.
 - 16 Van Zyl, D.H., 1977, Geskiedenis en beginsels van die Romeinse privaatreë, Juta & Kie Bpk., p.18.

moreel-goeie handelinge en van die sedes (*custos morum*), het só die bynaam, *ensorius*, verkry.¹⁷

Die *census*-opname wat voorheen deur die *consules* uitgevoer is, gaan weldra op die *censores* oor, wat uit twee amptenare bestaan het.¹⁸ Bo en behalwe die *census*-opname, was die *ensor* ook by die registrasie van eiendomme betrokke. Uit hoofde van dié twee belangrike funksies (wat voorheen deur die *consules* verrig was), het die *ensor* dus van die doen en late van die burgers bewusgeraak. Uit hoofde hiervan was hulle (die *censores*) as die mees aangewese persone beskou, om moreel-goeie handelinge te bevorder en afwykende gedrag tee te gaan. Die bevordering van moreel-goeie handelinge, was hoofsaaklik op senatore gerig, maar dit het ook vir die gewone burgers gegeld.

Slegs gewese-*consules* kon normaalweg as *censores* aangestel word.¹⁹ Thomas sê aangaande die merkwaardige amp van die *ensor*: “((their) office became more *august* than even that of (*consules*) (...))”²⁰

2. Die aard van die pos van *ensor*

Die pligte van die *ensor* kon in drie klasse verdeel word: Hulle moes eerstens die burgers en hulle eiendom registreer; tweedens, moes hulle waak oor die *regimen morum* (handhawing van die morele gedrag van die burgers), en laastens, moes hulle oor die finansies van die staat toesighou. Die tweede plig, die handhawing van die openbare sedes en moraliteit (*regimen morum*), kan as een van die belangrikste pligte van die *ensor* beskou word.²¹ Dit het die amp van *ensor* een van die mees gerespekteerde én gevreesde in die Romeinse staat gemaak. Wat hierdie plig betref, het die *ensors* ook as *castigators* (“chastisers”) bekendgestaan. Hulle het nie net misdaad of immorele handelinge deur middel van sensuur verhoed of gestraf nie, maar moes ook die tradisionele karakter, etiek en gebruike (*mos majorem*) van die Romeinse bevolking handhaaf.²² Die belangrike plig van die *ensor*, dui op

17 Idem, p.18.

18 Boak, A.E.R. 1955, A history of Rome to 565 A.D, 4th ed., New York: The Macmillan Company, p.74.

19 Wylie, J.K. 1948. Roman constitutional history. From the earliest times to the death of Justinian, Cape Town: The African Bookman, p.31-2; Kunkel, W., 1966, An introduction to Roman legal and constitutional history, Oxford: The Clarendon Press, p.18.

20 Thomas, J.A.C., 1976, Textbook of Roman law, North-Holland Publishing Co., p.15.

21 Livy, xxiv: xviii.

22 Livy, iv: viii. “[...] quae deinde tanto incremento aucta est ut morum disciplinaeque Romanae penes, eam regimen, senatui equitumque centuriis decoris dedecorisque discrimen sub dicione eius magistratus, uis publicorum privatorumque locorum, vectigalia populi Romani sub nutu atque arbitrio eius essent.”

'n positiewe invloed van die (Christelike) samelewing van die verlede en vir die toekoms. Dit bied ruimte vir uitbouing deur die openbare beskermer in die Suid-Afrikaanse samelewing.

In die uitoefening van dié twee belangrike funksies (die uitvoering van die *census* en die registrasie van eiendomme), was die *censores* (soos reeds genoem) geregtig om navraag oor die private en openbare lewe van die burgers te doen.²³ Nadat hierdie twee funksies nie meer deur die *consules* behartig kon word nie, is die amp van *censor* in ongeveer 443 - 435 v.C. in die lewe geroep. Die aard van die pos van *censor* het behels dat die wangedrag van 'n senator (en burgers) aan die kaak gestel word. Volgens Cary en Scullard sluit die wangedrag van die burgers die volgende oortredinge in: lafhartigheid op die oorlogsveld, wangebruik van openbare fondse, sedeloosheid, ensovoorts.²⁴ Suolahti voeg hierby die verwaarlosing van burgerlike pligte, die misbruik van ampte, juriste wat hulle aan omkoperij skuldig maak, verkiesingsbedrog en diegene wat wederregtelik die regte wat aan ander groepe persone behoort, vir hulself toe-eien, asook meened, diefstal en kontrakbreuk.²⁵ Uit hoofde hiervan word sodoende by die burgery (gemeenskap) die idee gevestig dat die *censor* moreel goeie handeling moet handhaaf en oortredinge straf. Só dien die *censor* as handhawer of bewaker van moreel-goeie handeling in die gemeenskap en stel hul sodoende 'n voorbeeld aan die burgers om onkreukbaar van karakter te wees.

Die *censores* het ook sekere algemene maatstawwe gebruik om oordrewe luukse leefwyse te onderdruk, wat volgens hulle strydig met die openbare beleid en die morele tradisie van die Romeinse bevolking was.²⁶ Wolff skryf: "(They) developed a general jurisdiction in matters of morals (...)"²⁷. Weens die morele ondertone wat met die pos van *censor* gepaard gegaan het, is daar later nuwe pligte aan hulle toegeskryf, naamlik die voorbereiding van die senatoriale lys (*lectio senatus*). Die benoeming van senatore, wat voorheen ook deur die *consules* behartig was, het in omtrent

23 Suolahti, op cit., p.22. Die census-opname het natuurlikerwys op die ouer kollega oorgegaan. Die jonger kollega is gewoonlik op die oorlogsveld ontplooi. Dit wil voorkom of Suolahti hom hier weerspreek. Op bl. 31 (in teenstelling met bl. 22) van sy boek, *The Roman censurs*, skryf hy dat die census-opname die gesamentlike taak van beide censurs is.

24 Cary, M. & Scullard, H.H., 1975, *A history of Rome down to the reign of Constantine*, 3rd ed., The Macmillan Press Ltd, p.82.

25 Suolahti, op cit., p.51.

26 Wylie, op cit., p.32.

27 Wolff, op cit., p.35m

300 v.C. by wyse van die *Lex Ovinia*, op die *ensor* oorgegaan.²⁸ Laasgenoemde plig of funksie het die aansien van die *ensor* merkwaardig laat styg, in die sin dat die *ensor* openbare ampsbekleders kon vervolgt.²⁹ Die belang hiervan is dat die vervolgingsbevoegdheid van die *ensor* ook as afskrikmiddel vir die gewone burger gedien het. Dié vervolgingsbevoegdheid van die *ensor* het dermate sy effektiwiteit as handhawer van moreel-goeie handelingte verstewig.

Weldra was die behartiging van die finansies van die staat ook aan die *ensores* toevertrou. Hiervolgens het die *ensor* belasting verhoog, ten einde diegene te straf wat aan immorele gedrag skuldig is, die kinderloses en diegene wat in besit van sekere items is, wat as luuksies (deur die *ensores*) beskou, is.³⁰

As handhawer en bevorderaar van moreel-goeie handelingte, het die *ensores* vriendelik gewaarsku téén die verwaarlosing van die familieverering of kultus, die wangebruik van mag deur die *pater familias*, ongelike huwelike en ongegronde egskeidings.³¹

3. Die aard van die oortreding

Senatore het hul ampte lewenslank bekleed, behalwe waar hulle hul aan growwe openbare en private wangedrag skuldig gemaak het. Indien 'n senator homself aan wangedrag skuldig gemaak het, was dit die *ensores* se plig om hom te straf. Dit het beteken dat selfs al sou 'n senator uit hoofde van 'n skending van die positiewe reg nie aangekla kon word nie, sy gedrag³² nietemin, indien dit afkeurenswaardig is, deur die *ensores* veroordeel word.

3.1 Straf wanneer oortreding begaan is

Uit hoofde van die Latynse frases, *iudicium censorium*, *gravitas consoria* en *auctoritas conseria*, is dit aanduidend dat die *ensores* daardie amptenare is wat met gesag bekleed en sodoende in staat is om oordele te fel en strawwe op te lê.

Die *ensores* het gewoonlik 'n merk (die *nota censoria*) agter 'n (openbare amptenaar) senator, wat hom aan wangedrag skuldig gemaak het, se naam geplaas. Hiervolgens is die oortreder in rang en aansien in die gemeen-

28 Thomas, op cit., p.15.

29 Idem, p.15; Wylie, op cit., p.32.

30 Cary & Scullard, op cit., p.82.

31 Suolahti, op cit., p.52.

32 Wylie, op cit., p.32.

skap verlaag. Thomas skryf: “By affixing their mark of disapproval [*nota censoria*] to the name of an enrolled person, they could degrade him in rank and remove him from his tribe [...]”.³³ Wolff skryf aangaande die *nota censoria*: “[it] [...] became [the censors] dreaded weapon”.³⁴

Weens die impak van die *nota censoria*, het die *censor* ook oor die bevoegdheid beskik om ’n senatoriale amptenaar se loopbaan te beëindig.³⁵ Hiervolgens behou die *censores* die reg om nie eertydse lede van die senaat, wie hulle as onwaardig ag, her aan te stel nie. Wylie skryf: “[the censors] [...] deleting the names of those who had [...] in their opinion [...] by reason of misconduct, [be] unworthy to hold the senatorial dignity”.³⁶

Die *nota censoria* kon ook meebring dat ’n senator se kredietwaardigheid nadelig aangetas word.

Die *nota censoria* het egter nie teen vroue gegeld nie, omdat hulle nie belastingbetalers, soldate of stemgeregtigde burgers was nie.³⁷

3.2 Remedies teen die *nota censoria*

Die *nota censoria* moes met ’n verduideliking gepaard gegaan het, waarna die geaffekteerde senator die reg gehad het om homself te verdedig. Nietemin was daar geen reg van appèl teen die beslissing van die *censor* nie, omdat die *censors* nie aan enige reg gebonde geag was nie. Bloot die reg van veto van sy kollega, kon ’n *censor* se beslissing beïnvloed. Dié beslissing van die *censor* was geldig tot en met die volgende *census*-opname. Die nuwe *censors* was egter nie deur die beslissings van hulle voorgangers gebonde nie. Hulle kon kies om die opmerkings van hul voorgangers te ignoreer.³⁸

3.3 Jurisdiksie

Die *censor* het jurisdiksie in daardie gevalle waar die belang van die staat met dié van ’n private individu in konflik kom. Hulle tree ook as voorsitters van die howe op. Boetes deur die howe voorgeskryf, kon deur die *censor* versag word. Hulle het sommige individue van hul skuld kwytgeskeld, byvoorbeeld die vergoeding aan ’n kontrakteur wat nie sy verpligtinge ingevolge ’n kontrak nagekom het nie, wat verbeur moet

33 Thomas, op cit., p.15.

35 Thomas, op cit., p.15.

36 Wylie, op cit., p.38.

37 Suolahti, op cit., p.49.

38 Idem, p.50.

word en aan 'n ander gegee word wat wel ingevolge die kontrak sal presteer. Indien sodanige stap nie moontlik is nie, sal die *ensor* die skade bereken of eiendom as sekuriteit of waarborg aanvaar. Dié boetes was heelwaarskynlik gering.³⁹ Weens die jurisdiksionele bevoegdheid was die *ensor* genoodsaak om in die belang van geregtigheid moreel-goeie handelingte tussen die burgers te bevorder en dit self te handhaaf.

In die laat-Republiek is *censors* selde meer aangestel en na 22 v.C. is geen *censores* amptelik meer verkies nie.⁴⁰

Die bevoegdhede van die *ensor* kan na dié van die ombudsman (in die vorige Suid-Afrikaanse konstitusionele bedeling) deurgetrek word. Weldra het die amp van ombudsman in die openbare beskermer (in die nuwe konstitusionele bedeling) gekulmineer. Die ombudsman en die openbare beskermer het die bevoegdhede van die *censors* gekontinueer, maar weens die voorskrifte van 'n betrokke konstitusionaliteit, het daar sekere veranderinge ingetree, in die sin dat die navolgers van die *censors* se funksies en bevoegdhede uitgebrei het om aan die vereistes van 'n betrokke konstitusionele bestel te voldoen. Die veranderinge moet beoordeel word deur die omstandighede van die tyd van 'n betrokke konstitusionele bestel in ag te neem. Ondanks dié veranderinge loop die rol van die *ensor* as handhawer van moreel-goeie handelingte soos 'n goue draad deur die ombudsman en uiteindelik het dit in die openbare beskermer gekulmineer.

4. Die ombudsman

Voorbeelde van die ombudsman kan in die geskiedenis teruggespoor word tot sover as 221 v.C. in China en in Korea, gedurende die Joseaniese dinastie. Dit was die voorbeeld van die tweede Muslim Kalief, Umar (634-644) en die idee van Qadi al-Qadat, wat die Sweedse koning, Karel XII, beïnvloed het om 'n amp van ombudsman te skep wat weldra in die amp van minister van wet en orde sou resulteer.

Die oorsprong van die woord ombudsman is afkomstig van die ou Sweedse woord *umbuosmann*, wat verteenwoordiger beteken. In die Deense Wet van Jutland van 1241 het die term 'ombudsman' op 'n koninklike burgerlike amptenaar gedui. Vanaf 1552 is die naam 'ombudsman' ook in ander Skandinawiese tale soos die Yslandse *um-boosmaour*, die Noorweegse *ombudsman* en die Deense *ombudsmand*

39 Idem, p.69.

40 Van Zyl, op cit., p.18.

gevind. 'n Sweedse parlementêre ombudsman is in 1809 ingestel om die regte van die burgers te beskerm.

Die ombudsman verwys na daardie staatsamptenaar wat in die belang van die burgers regeringsaktiwiteite kontroleer. Hulle kon ook klagtes van onbehoorlike regeringsoptredes ondersoek. Die staat of regeringsinstansie word dus sodoende verhoed om ongekontroleerde mag oor enige individu uit te oefen, tensy die reg dit toelaat. Hierdie kontrole-funksie van die ombudsman is dus gelykstaande aan die handhawing van moreel-goeie handeling (wat deur die *censors* behartig was). Die nakoming en die handhawing van moreel-goeie handeling deur die ombudsman het weldra deel van die staatsmasjinerie uitgemaak. Die magte van die staat moet egter deur die ombudsman in toom gehou word. Die gedagte vind in die volgende aanhaling vergestaltung: “[Government] had to act within the powers lawfully conferred on it”.⁴¹ Dit beteken dat die regering nie die grense van sy gesag mag oorskry nie, en nie méér gesag mag opneem, as wat dit self mag besit nie.⁴² Ingevolge die Romeinse stelreël *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, kan die regering nie 'n groter reg uitoefen, as wat dit sigself van die burgers verkry het nie.⁴³ Desondanks hierdie moreel-belaaië sentiment, is die voorskrif (in aanhaling) onder die vorige bedeling verontagsaam, omdat dié regering onbehoorlik magte vir hom toegeëien het, wat nie vir hom beskore was nie. Magte so toegeëien, het veroorsaak dat die regering (wat parlementêre soewereiniteit geniet het) 'n dominante houding ingeneem het, en sodoende die ombudsman en ander instellings soos die howe in die uitvoering van hul take gekniehalter het. Die ombudsman kon dus weens dié inkorting van sy mag, nie immorele wette of handeling van die destydse regering effektief ondersoek nie.

Weens die vorige Suid-Afrikaanse konstitusionele bedeling se onderdrukkende houding en sy leerstelling van parlementêre soewereiniteit, kon die rol van die ombudsman nie verwesenlik word nie en het dit bygedra tot die ombudsman se onvermoë om moreel-goeie handeling te bevorder en te handhaaf. In die nuwe bedeling is die parlementêre soewereiniteit van die ou bedeling egter met die leerstelling van konstitusionele

41 De Waal, J. et al., 2001, *The bill of rights handbook*, 4th ed., New York: The Macmillan Company, p.11.

42 Swartz, N.P., 2008, Rosmini se Natuurregbydrae ten opsigte van Menseregte in die Burgerlike Politieke Gemeenskap, *Tydskrif vir Christelike wetenskap*, 44(1&2):196.

43 Rosmini, A., 1996, *The philosophy of right. Rights in civil society*, Durham: Rosmini House, p.427.

oppergesag van die reg vervang.⁴⁴ Dit het nie net 'n naamsverandering nie, maar ook 'n verandering in die uitoefening van die funksies en bevoegdheede van die ombudsman genoodsaak. Dit beteken dus dat die funksies van die ombudsman deur die openbare beskermer vervang is. Die openbare beskermer het sodoende oor wyer bevoegdheede as sy voorganger, die ombudsman, beskik. Waar die ombudsman net gevalle van algemene wanadmin

istrasie ondersoek het, het die openbare beskermer selfs die bevoegdheid om beweerde onbeleeftede optrede deur 'n beampte of werknemer in diens van die staat ensovoorts, te ondersoek.⁴⁵

5. Openbare beskermer

Die amp van ombudsman word in Suid-Afrika deur dié van die openbare beskermer vervang.⁴⁶ Die amp van openbare beskermer is in die Interim-grondwet van 1993 opgeneem en in 1994 het dit in die *Wet op die Openbare Beskermer, 23 van 1994* gekulmineer. Die openbare beskermer is 'n aanmerklike verbetering op die ombudsman, in die sin dat dit, benevens 'n wyer jurisidiksionele bevoegdheid, ook meer toeganklik vir die gewone burger geword het. Die jurisidiksie van die openbare beskermer sluit in dat hy ook 'n ondersoek kan instel na “onbillike, wispelturige, onbeleeftede of ander onbehoorlike optrede of onverskoonbare vertraging deur 'n amptenaar van die staat wat in openbare werksaamheid betrokke is”.⁴⁷ Dit is hiervolgens duidelik dat die openbare beskermer 'n veel wyer veld dek as net klagtes van nadeel wat voortspruit uit onwettige of onbehoorlike optrede deur die staat of 'n amptenaar van die staat in 'n openbare hoedanigheid. Met betrekking tot dié nuwe neiging het die Suid-Afrikaanse Regskommissie aanbeveel dat die openbare beskermer ook die bevoegdheid moet hê om ondersoek in te stel na klagtes wat oor die skending van omgewingsregte, fundamentele regte en vryhede, klagtes oor korrupsie, omkoperij en diefstal van staatsgeld ensovoorts, handel. Dié aanbevelings van die Regskommissie word ondersteun deur artikel

44 Swartz, op cit., p196.

45 De Waal et al., op cit., p.2.

46 Ferreira-Snyman, 2005, Demokrasie en die openbare administrasie, Tydskrif vir geesteswetenskappe 45(1):83.

47 In die vorige konstitusionele bedeling van Suid-Afrika het die openbare beskermer as die ombudsman bekend gestaan, vandaar die Wet op die Ombudsman 118 van 1979. Voorheen het die openbare beskermer ook as die advokaat-generaal (Wysigingswet op die Advokaat-generaal 104 van 1991), bekend gestaan.

177(3) en (4) van die Grondwet. Op grond hiervan kan die afleiding gemaak word dat die openbare beskermer, benewens, handhawer van moreel-goeie handelinge (soos die *censors* en die ombudsman), ook bykomend, ingevolge artikel 177 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 108 van 1996*, fundamentele regte beskerm. Die openbare beskermer doen dit deur die handelinge van die staat te kontroleer. Sodoende word hy as kampvegter vir die regte van die gewone burger beskou. Die openbare beskermer tree nie net in belang van die individu op nie, maar ook in die belang van die regering, deurdat, indien die owerheid toegelaat word om bandeloos op te tree (daar nie kontrole-uitoefening oor sy handelinge is nie), die burgersy vertrou daarin sal verloor en dat dié regering sodoende tot sy eie val bydra en óf dat dit op 'n onkonstitusionele wyse (*coups d' état*) vervang mag word. Uit hoofde van hierdie kontrole-bevoegdheid van die openbare beskermer, tree dit op as handhawer en bevorderaar van moreel-goeie handelinge, vir die burgersy en die staat. As sodanig moet die amp van openbare beskermer egter van partypolitieke invloede losgemaak word. Dit is daarom wenslik dat die onafhanklikheid van die openbare beskermer onder artikel 177(3) en (4) van die *Suid-Afrikaanse Grondwet*, gewaarborg word, en dat dit deur 'n regterlike dienskommissie eerder as die staatspresident, aangestel word.

Ten slotte kan daar gemeld word dat die bevoegdhede van die openbare beskermer gewis 'n uitbreiding op die bevoegdhede van die eertydse *cursor* is. Die openbare beskermer handhaaf nie net moreel-goeie handelinge (soos wat die *cursor* en die ombudsman ook doen) nie, maar tree ook eties op, deurdat dit ingevolge artikel 29 van die Interim-grondwet, ondersoek kan instel na die wanbenutting van natuurlike hulpbronne, irrasionele uitdunning van nie-hernieubare bronne, vernietiging van die ekostelsel en die versuim om die natuurlike skoonheid en karakter van Suid-Afrika te beskerm.

Uit hoofde van hierdie uitgebreide bevoegdhede van die openbare beskermer, sou die *nota censoria* van die *cursor* onder die nuwe konstitusionele bestel ongrondwetlik verklaar gewees het. Die strafimplikasie van die *nota censoria* was ewigdurend van aard, en rehabilitasie was nie moontlik nie. Op grond van die voorskrifte van die nuwe konstitusie sal die *cursor*, pleks dat hy moreel-goed handel, eerder die teenoorgestelde doen. Die *cursor* se optrede is egter in dáárdie tydperk nie as ongehoord beskou nie. Dit was die normale gang van sake gewees. Nou, in 'n demokratiese konstitusionele bestel, sal die strafbepaling van 'n *cursor* dermate as onvanpas en onkonstitusioneel beskou word. In die verband kan dus oortuigend gestel word dat die

openbare beskermer die *ensor* gekontinueer het, maar met veranderinge wat by die tyd en omstandighede pas. Wat egter gemeenskaplik aan dié twee ampte staan, is die feit dat hulle gemoeid is met die handhawing of bewaking van moreel-goeie handeling. Hulle dien dus eksemplaries as 'n morele rigtingwyser vir die gedrag van die individu sowel as die gemeenskapsoortuiging. So kan die invloed van die *ensors* in die nuwe *Grondwet* raakgesien word, as dit oor die bevordering van 'n moreel-etiese openbare administrasie teenoor die breë publiek deur die individu sowel as die staat gaan. Dié etiese openbare administrasie kom tot uitdrukking in die demokratiese waardes van onpartydige dienslewering en 'n verteenwoordigende administrasie. Onder hierdie waardes kan ook menswaardigheid, gelykheid van almal en die uitbou van menseregte gereken word. Artikel 7(1) van die

Grondwet (Handves van regte) dien as hoeksteen van hierdie demokratiese waardes. So verklaar die Konstitusionele Hof byvoorbeeld in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice*⁴⁸: “[The] right to dignity is the cornerstone of our Constitution.” Hiervolgens word die individu sowel as die staat aangemoedig om uit hoofde van die eise van menswaardigheid (wat deur die *Grondwet* onder invloed van die *ensor* verkeer) moreel goed te handel.

6. Slot

Die *Grondwet* van die Republiek van Suid-Afrika, wat 'n uitvloeisel van die handhawing van moreel-goeie handeling van die *ensor* is, word hiermee afgesluit om dan net weer onder die openbare beskermer te herleef. Uit die studie kom daar duidelike raakpunte met betrekking tot die funksies van die *ensor* en die openbare beskermer na vore. Waar die *ensor* se funksies weens die historiese gang in onbruik verval het, is dit juis die openbare beskermer wat ingetree het en sodoende die *ensor* se funksies voortgesit en gekontinueer het, maar met die nodige uitbreiding of veranderinge. Die openbare beskermer kan dus as navolger van die *ensor* beskou word, ondanks dié uitbreiding of veranderinge. Sodanige uitbreiding op die funksies van die *ensor* is weens die eise van 'n nuwe konstitusionele bestel noodsaak. Ondanks uitbreidinge of veranderinge aan die funksies van die *ensor*, het albei as gemene deler die handhawing en bevordering van moreel-goeie handeling nagestreef.

48 Artikel 6(4)(b) van die Wet op die Openbare Beskermer 23 van 1994 en artikel 112(1)(a)(ii) van die Interim-grondwet 200 van 1993.

Indien die destydse *censor* se bevoegdhede en funksies en dié van die hedendaagse openbare beskermer aan bande gelê sou word, kan dit ernstige gevolge vir die individu en die menslike samelewing inhou. Dit sal ondermeer 'n korrupte burgery in die hand werk, wat weer in 'n korrupte regering, wat onbepaalde mag op hom sal neem, kulmineer. Volgens Calvin mag owerhede nie hul mag misbruik nie.⁴⁹ Thomas Aquinas neem 'n aanhaling uit Exodus: “Maar kies jy uit die hele volk bekwame manne wat God vrees, betroubare manne wat onregverdige wins haat [...]”. Laasgenoemde moet uit die censors (van die verlede) en die openbare beskermers (van die hede) kom. Die doel van die menslike samelewing, volgens Thomas Aquinas, moet 'n deugdelike lewe wees. Deur deugdelik te lewe, kan genieting in God verkry word. Deur die bevoegdhede en funksies van die *censor* en die openbare beskermer (handhawing van moreel-goeie handeling), moet toegesien word dat dit so bewerkstellig word. Thomas Aquinas skryf immers: “When the wicked reign, men are ruined [...]”.⁵⁰

49 1999 1 SA 6 (KH), par. 28.

50 Calvin, Johannes. Institutes, iv, chapters 20, 12.