

**'n Kritiese analise van die begrip
“Administratiewe Geregtigheid”
in die Grondwet, met besondere verwysing
na die konkretisering daarvan in die
Wet op die Bevordering van
Administratiewe Geregtigheid,
3 van 2000**

Deur

Tjaart Jurgens Maré

Proefskrif voorgelê ter vervulling van die vereistes vir die graad

Doctor Legum

In die Fakulteit Regsgeleerdheid aan die

Universiteit van die Vrystaat

Promotor: Professor A.W.G. Raath

Mei 2008

VOORWOORD

My hoogste dank en waardering word uitgespreek teenoor:

- My promotor, **professor A.W.G. Raath**, vir sy vriendelike ondersteuning, bekwame leiding en advies tydens die voorbereiding van hierdie proefskrif.
- **Mevrou Hesma van Tonder** van die Vrystaatse Universiteit se Biblioteekdienste vir haar kundige hulp en spoedige reaksie op navrae en versoeke om inligting.
- **Dr. Manie Wolfaardt** wat verantwoordelik was vir die taalkundige versorging.
- **Mevrou Lizette Botes** wat verantwoordelik was vir die tegniese versorging. Haar rekenaarvaardigheid, geduld en bekwame bystand was onontbeerlik.
- Die tiksters, **mev. Ellie Esterhuisen** en **Suzette van Reenen** vir hulle bekwame hulp.
- **Mevrou Gretha White**, my kollega by die Ekurhuleri Metropolitaanse Munisipaliteit, vir haar begrip, ondersteuning en onderskraging en die feit dat sy gedurende my studieverlof by die werk die spreekwoordelike wa deur die drif moes trek.
- Die **Ekurhuleri Metropolitaanse Munisipaliteit** vir die studieverlof aan my toegestaan.
- Die **Universiteit van die Vrystaat, die Universiteit van Suid-Afrika** en die **Universiteit van Johannesburg** vir die gebruik van hulle biblioteke.
- My **ouers, skoonouers** en **familie** vir hulle volgehoue aanmoediging, ondersteuning en vertroue tydens my studiejare.
- 'n Innige woord van dank gaan aan my vrou, **Cornelia S J Maré**, sonder wie se hulp, ondersteuning, aanmoediging en geduld hierdie studie nooit sou kon realiseer nie en bloot maar net 'n ideaal sou bly. **Ek dra die proefskrif aan haar op.**
- Ek dink ook aan wyle **mevrou Johanna Monyeki** en haar familie. Johanna is tydens een van my periodes van studieverlof wreedaardig by my huisperseel vermoor. Johanna, was voorwaar 'n staatmaker met die aandra van verversings en bystand met die nakoming van huishoudelike pligte gedurende my studiejare. Ek sal haar en Elfie, my hondjie, wat tydens my studie ure saam met my deurgebring het, nie maklik vergeet nie.
- Aan my **Hemelse Vader**, vir die verstandelike vermoëns aan my verleen om die proefskrif suksesvol te kon voltooi.

Soli Deo Gloria.

SERTIFIKAAT

Ek verklaar dat die proefskrif wat hierby vir die graad LL.D. aan die Universiteit van die Vrystaat deur my ingedien word, my selfstandige werk is en nie voorheen deur my vir 'n graad aan 'n ander universiteit of fakulteit ingedien is nie. Ek doen voorts afstand van die outeursreg in die proefskrif ten gunste van die Universiteit van die Vrystaat.

SLEUTEL TOT PROEFSKRIF

1. Vir doeleindes van hierdie proefskrif word die verwysingsstelsel soos verkies deur die Fakulteit Regsgeleerdheid van die Universiteit van die Vrystaat, soos gebruik in die *Tydskrif vir Regswetenskap*, toegepas.
2. Relevante gesag is bygewerk tot en met 2006.
3. In hierdie proefskrif word verwys na die Hooggeregshof en die Appèlhof.

Artikel 166 van die Finale Grondwet omskryf die hofe soos volg :

- (a) Die Konstitusionele Hof;
- (b) Die Hoogste Hof van Appèl
- (c) Die Hoë Hof, met inbegrip van enige Hoë Hof van appèl wat ingevolge 'n Parlements-wet ingestel word om appèlle vanaf Hoë Hofe aan te hoor.

Na die inwerkingtreding van die Finale Grondwet word daar in die proefskrif verwys na die Hoogste Hof van Appèl en Hoë Hof.

4. In die proefskrif word na die 1993-Grondwet verwys as die Interim-Grondwet en die 1996-Grondwet as die Finale-Grondwet.
5. Die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid is slegs in Engels gepromulgeer. In hierdie proefskrif word daar verwys na PAJA as afkorting van die Promotion of Administrative Justice Act.

INHOUDSOPGAWE

Afdeling A.....	1
ALGEMENE OORSIG.....	1
Afdeling B.....	6
GRONDWETLIKE GRONDWAARDES EN DIE BEGINSELS VAN ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID IN HISTORIESE PERSPEKTIEF.....	6
1. GELYKHEID, DEMOKRASIE EN TOEREKENBAARHEID.....	6
2. DIE BEGRIP “BILLIKHEID” (EQUITY) : REGSFILOSOFIESE GRONDSLAE.....	7
2.1 DIE GRIEKSE-ROMEINSE GRONDSLAE VAN DIE IDEE VAN BILLIKHEID	7
3. DIE BEGRIP “REDELIKHEID”	16
4. DIE RESEPSIE VAN DIE BILLIKHEIDSVEREISTE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG	17
Afdeling C.....	24
Hoofstuk 1.....	24
GEMEENREGTELIKE AANKNOPINGSPUNTE VAN DIE ADMINISTRATIEWE GEREGTIGHEIDSPROBLEMATIEK	24
1. GEMENEREG	24
2. DIE INVLOED VAN DIE ROMEINSE-HOLLANDSE REG	26
3. DIE ONTWIKKELING VAN ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID AAN DIE HAND VAN DIE ENGELSE REG.....	27
3.1 DICEY EN REGSOEWEREINITEIT (RULE OF LAW)	29
3.2 VERSKEIE KOMITEES STEL ONDERSOEK IN	31
3.3 DIE <i>AUDI ALTERAM PARTEM</i> -REËL	39
3.4 GERECHTELIKE HERSIENING: REDELIKHEID / PROPORSIONALITEIT (EWEREDIGHEID)	43
Hoofstuk 2.....	45
DIE ONTWIKKELING VAN DIE BEGRIP “ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID” IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG, MET VERWYSING NA DIE NUWE KONSTITUSIONELE BEDELING	45
1. ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID	45
2. DIE ONTWIKKELING VAN DIE BEGRIP “ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID” IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG.....	46
2.1 GEMENEREG	46
2.2 ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG	49
2.2.1 KLASSIFIKASIE VAN FUNKSIES.....	52
2.2.2 LEGALITEIT	55
2.2.3 <i>AUDI ALTERAM PARTEM</i> LEGITIEME VERWAGTING	61
2.2.4 REDELIKHEID (“REASONABLENESS”)	73
2.2.5 ADMINISTRATIEWE REGSHERVORMING : PROJEK 24 VAN DIE SUID-AFRIKAANSE REGSKOMMISSIE	83
2.2.6 ARTIKEL 18 VAN DIE NAMIBIESE GRONDWET	87
Afdeling D.....	92
Hoofstuk 1.....	92
ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID AAN DIE HAND VAN DIE INTERIM- GRONDWET EN FINALE GRONDWET	92
1. MENSEREGTE	92
2. DIE HISTORIESE VERLOOP WAT AANLEIDING GEGEE HET DAT ADMINISTRATIEWE GEREGTIGHEID IN DIE GRONDWET VERVAT IS	93

2.1	DIE 1983-GRONDWET EN DIE HANDVES VAN MENSEREGTE	93
2.2	DIE “OUSTER CLAUSES” - ’n INPERKING OP DIE HOWE SE HERSIENINGSBEVOEGDHEID	98
2.3	ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID EN DIE AANLOOP TOT DIE GRONDWET	103
Hoofstuk 2.....		109
ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID.....		109
1.	DIE IMPAK VAN DIE GRONDWET	109
2.	ADMINISTRATIEFREG IN DIE LIG VAN DIE GRONDWET	112
3.	ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID	115
Hoofstuk 3.....		121
’n KRITIESE ANALISE VAN DIE ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEIDSKLOUSULE, SOOS VERVAT IN ARTIKEL 33 VAN DIE FINALE-GRONDWET.....		121
1.	ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID EN DIE STAATSREGTELIKE PREROGATIEWE	122
1.1	PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA v SOUTH AFRICAN RUGBY FOOTBALL UNION	131
1.2	PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA AND ANOTHER v HUGO.....	136
1.3	GEUKING v PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA AND OTHERS	141
Hoofstuk 4.....		146
DIE IMPAK VAN DIE PUBLIEKREG OP DIE PRIVAATREG, MET SPESIFIEKE VERWYSING NA DIE HANDVES VAN MENSEREGTE		146
1.	HOU DIE PUBLIEKREG WERKLIK ’n BEDREIGING VIR DIE PRIVAATREG IN?.....	146
2.	DIE HORIZONTAL EN VERTIKALE TOEPASSING VAN DIE HANDVES VAN MENSEREGTE	147
3.	KRITIEK TEEN DIE HORIZONTAL TOEPASSING VAN DIE HANDVES VAN REGTE	154
3.1	DIE “EQUITY”-BEGRIIP EN ARTIKEL 33 VAN DIE GRONDWET	157
3.2	DIE BESEF DAT PUBLIEKREG EN PRIVAATREG SLEGS VERSKILLENDE REËLS VIR DIE REGULERING VAN STAATSORGANE EN PRIVAAT PARTYE DAARSTEL.....	159
3.2.1	OWERHEIDSORGANE EN ESTOPPEL.....	160
3.2.2	OWERHEIDSORGANE EN REGMATIGE VERWAGTING.....	178
3.3	DIE VERMOË OM DIE TEORETIESE OP DIE PRAKTIESE TE KAN TOEPAS EN DIT AS SODANIG AAN DIE GEMEENSAP TE KAN VOORHOU	179
3.4	DIE ONDERSKEID TUSSEN REG EN GERECHTIGHEID	181
3.5	’n KORREKTE BEGRIIP VAN DIE OORBRUGGING VAN DIE ONDERSKEID TUSSEN DIE PUBLIEK- EN DIE PRIVAATREG.....	185
Hoofstuk 5.....		189
DIE INVLOED VAN DIE PUBLIEKREG OP DIE PRIVAATREG, MET SPESIFIEKE VERWYSING NA DIE KONTRAKTEREG.....		189
1.	INLEIDING	189
2.	DIE TOEKOMS VAN DIE SUID-AFRIKAANSE KONTRAKTEREG.....	189
2.1	PRIVAATREG EN DIE HANDVES VAN REGTE	190
2.2	DIE BEHOUD VAN DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG	196
2.3	HERVORMINGSMETODES	197
2.4	HERVORMING DEUR WETGEWING	197
2.5	JUDISIËLE AKTIVISME	197
3.	DIE ONTWIKKELING VAN DIE KONTRAKTEREG EN DIE INVLOED WAT DIE HANDVES VAN REGTE KAN INHOU	198
3.1	DIE ONTWIKKELING VAN DIE GEMENEREG OM HANDVESREGTE IN PRIVATE VERHOUDINGS TE BESKERM.....	198
3.2	BILLIKHEID IN DIE KONTRAKTEREG	199
Hoofstuk 6.....		203
DIE IMPAK VAN DIE GRONDWET OP DIE KONTRAKTEREG.....		203
1.	DIE HANDVES VAN MENSEREGTE : ’n BELANGRIKE REGSONTWIKKELINGSVELD.....	203
2.	DIE INVLOED VAN DIE GRONDWET OP DIE KONTRAKTEREG.....	205

2.1	KONTRAKTEERVRYHEID EN OPENBARE BELEID	205
2.1.1	DIE BEPERKING VAN KONTRAKTEERVRYHEID	208
2.2	GOEIE TROU EN BILLIKHEID.....	209
2.2.1	DIE ROMEINSE TYDPERK	210
2.2.2	DIE MIDDELEEUSE TYDPERK.....	212
2.2.3	ROMEINS-HOLLANDSE REG.....	214
2.2.4	'n MOONTLIKE OPLOSSING IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG.....	215
2.3	'n MOONTLIKE OPLOSSING IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG MET VERWYSING NA REGSPRAAK	220
2.4	DIE ONTWIKKELING/UITBREIDING VAN DIE GEMENEREG MET VERWYSING NA DIE KONTRAKTEREG.....	227
2.5	DIE IMPAK VAN DIE HANDVES VAN REGTE OP DIE KONTRAKTEREG.....	233
3.	DIE SKEIDSLYN TUSSEN PUBLIEK- EN PRIVAATREG, MET VERWYSING NA STAATSKONTRAKTE.....	240
3.1	STAATSKONTRAKTE	240
3.1.1	PRIVATISERING.....	241
3.1.2	UITKONTRAKTERING.....	242
3.2	STAATSAANSPREEKLIKHEID	242
3.2.1	KONTRAKTUELE AANSPREEKLIKHEID	242
3.2.2	DELIKTUELE AANSPREEKLIKHEID	243
3.2.3	OOREENKOMSTE WAT UITGEKONTRAKTEER IS, VEROORSAAK 'n DILEMMA.....	244
3.2.4	DIE ONDERSKEID TUSSEN PUBLIEKREG EN PRIVAATREG.....	245
3.2.5	DIE VERSKIL TUSSEN STAATSKONTRAKTE EN ANDER KONTRAKTE.....	248
	Hoofstuk 7	254
	DIE IMPAK VAN DIE GRONDWET OP DIE DELIKTEREG	254
1.	GRONDWETLIKE HERVORMING	254
2.	DIE <i>ACTIO DE PAUPERIE</i> EN GRONDWETLIKE ONTWIKKELING.....	254
2.1	VERWERE DEUR DIE APPELLANT GEOPPER.....	255
2.2	DIE HOF SE HANTERING VAN DIE VERWERE.....	255
3.	'n VERDERE TOEPASSING VAN DIE GRONDWET OP DIE DELIKTEREG : DIE REG OM VRY TE WEES VAN PUBLIEKE OF PRIVATE GEWELD	260
	Afdeling E.....	276
	DIE WET OP DIE BEVORDERING VAN ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID, WET 3 VAN 2000 : 'n KRITIESE ANALISE VAN DIE BEGRIP "ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID" AAN DIE HAND VAN ARTIKEL 33 VAN DIE FINALE-GRONDWET.....	276
	Hoofstuk 1.....	278
	DIE VERHOUDING TUSSEN DIE GRONDWET EN DIE WET OP DIE BEVORDERING VAN ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID.....	278
1.	ADMINISTRATIEWE TOEREKENBAARHEID VOOR DIE INTERIM-GRONDWET	278
2.	GEREGTELIKE HERSIENING INGEVOLGE DIE FINALE-GRONDWET	280
3.	DIE VERBAND TUSSEN DIE GRONDWET EN DIE WET OP DIE BEVORDERING VAN ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID	284
3.1	DIE WET OP DIE BEVORDERING VAN ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID 3 VAN 2000	288
3.2	DIE WET OP DIE BEVORDERING VAN TOEGANG TOT INLIGTING, 2 VAN 2000.....	294
3.2.1	TERUGWERKENDHEID	294
3.2.2	INLIGTING VANAF 'n PRIVAATLIGGAAM BEKOM.....	295
3.2.3	HOEKOM IS DIE WET NIE VAN TOEPASSING OP SEKERE STAATSORGANE NIE?	297
4.	DIE VERHOUDING TUSSEN DIE GEMENEREG, ARTIKEL 33 VAN DIE GRONDWET EN DIE WET OP DIE BEVORDERING VAN ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID	298
	Hoofstuk 2.....	300
	ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID EN ADMINISTRATIEWE OPTREDE.....	300
1.	ARTIKEL 33 : REGVERDIGE ADMINISTRATIEWE OPTREDE.....	300
2.	DIE GEMENEREG EN DIE HANTERING VAN ADMINISTRATIEWE HANDELINGE	302

3.	WELKE BETEKENIS HEG DIE HOWE AAN DIE BEGRIP “ADMINISTRATIEWE OPTREDE”?	304
4.	KNELPUNTE RAKENDE DIE BEGRIP “ADMINISTRATIEWE OPTREDE”	312
4.1	’n BESLUIT OF VOORGENOME BESLUIT	314
4.2	VAN ’n ADMINISTRATIEWE AARD	316
4.3	DIT MOET GEMAAK WORD INGEVOLGE ’n MAGTIGENDE BEPALING	322
4.4	GEMAAK DEUR ’n STAATSORGAAN OF DEUR ’n PRIVAAT PERSOON/ENTITEIT IN DIE UITVOERING VAN STAATSMAGTE	323
4.5	WAT DIE REGTE VAN ENIGE PERSOON NADELIG RAAK	326
4.6	REGTE	328
4.7	WAT REGSTREEKSE EKSTERNE REGSGEVOLGE HET	330
4.7.1	REGSTREEKSE GEVOLGE	331
4.7.2	REGSGEVOLGE	332
4.7.3	EKSTERNE GEVOLGE	332
4.8	WAT NIE SPESIFIEK DEUR DIE WET UITGESLUIT WORD NIE	333
4.8.1	DIE UITVOERENDE BEVOEGDHEDE OF FUNKSIES VAN DIE NASIONALE UITVOERENDE GESAG	334
4.8.2	DIE UITVOERENDE BEVOEGDHEDE OF FUNKSIES VAN DIE PROVINSIALE UITVOERENDE GESAG	339
4.8.3	DIE UITVOERENDE BEVOEGDHEDE OF FUNKSIES VAN ’n MUNISIPALE RAAD (MUNISIPALITEIT)	340
4.8.4	DIE WETGEWENDE FUNKSIES VAN DIE PARLEMENT, ’n PROVINSIALE WETGEWER OF ’n MUNISIPALE RAAD (MUNISIPALITEIT)	342
4.8.5	DIE REGSPREKENDE FUNKSIES VAN ’n REGTERLIKE BEAMPTTE VAN ’n HOF BEOOG IN ARTIKEL 166 VAN DIE GRONDWET OF VAN ’n SPESIALE TRIBUNAAL INGESTEL KRAGTENS ARTIKEL 2 VAN DIE WET OP SPESIALE ONDERSOEKEENHEDE EN SPESIALE TRIBUNALE, 74 VAN 1996, EN DIE REGSPREKENDE FUNKSIES VAN ’n TRADISIONELE LEIER INGEVOLGE DIE GEWOONTEREG OF ’n ANDER REGSVOORSKRIF	343
4.8.6	’n BESLUIT OM ’n VERVOLGING IN TE STEL OF VOORT TE SIT	344
4.8.7	’n BESLUIT MET BETREKKING TOT ENIGE ASPEK VAN DIE AANSTELLING VAN ’n REGTERLIKE BEAMPTTE DEUR DIE REGTERLIKE DIENSTEKOMMISSIE	345
4.8.8	’n BESLUIT GENEEM, OF VERSUIM OM ’n BESLUIT TE NEEM, KRAGTENS ’n BEPALING VAN DIE <i>PROMOTION OF ACCESS TO INFORMATION ACT</i> , 2000 (WET NO 2 VAN 2000)	346
4.8.9	’n BESLUIT GENEEM, OF VERSUIM OM ’n BESLUIT TE NEEM KRAGTENS ARTIKEL 4(1) VAN DIE WET (PAJA)	346
	Hoofstuk 3	347
	PROSEDURELE BILLIKHEID : DIE INVLOED VAN ADMINISTRATIEWE OPTREDE OP DIE ONDERDAAN	347
1.	INLEIDING	347
2.	DIE TOEPASSINGSTERREIN VAN ARTIKEL 3	351
2.1	DIE VERHOUDING TUSSEN ARTIKELS 1 EN 3	352
2.2	DIE INHOUD VAN ARTIKEL 3	354
2.2.1	VOLDOENDE KENNIS VAN DIE AARD EN DOEL VAN DIE VOORGESTELDE ADMINISTRATIEWE OPTREDE	354
2.2.2	’n REDELIKE GELEENTHEID OM VOORSTELLE/AANBIEDINGS TE MAAK	355
2.2.3	’n DUIDELIKE UITEENSETTING VAN DIE ADMINISTRATIEWE HANDELING	356
2.2.4	VOLDOENDE KENNISGEWING AANGAANDE REGTE RAKENDE HERSIENING OF APPËL	356
2.2.5	VOLDOENDE KENNISGEWING VAN DIE REG OM REDES TE VERSOEK INGEVOLGE ARTIKEL 5	356
3.	NIE-KERNELEMENTE VAN PROSEDURELE BILLIKHEID	357
3.1	’n GELEENTHEID OM BYSTAND TE BEKOM, EN IN ERNSTIGE GEVALLE, REGSVERTEENWOORDIGING	357
3.2	’n GELEENTHEID OM INLIGTING EN ARGUMENTE AAN TE BIED OF TE BETWIS	357
3.3	’n GELEENTHEID OM PERSOONLIK TE VERSKYN	357
4.	ANDER ELEMENTE VAN PROSEDURELE BILLIKHEID	358
4.1	VRYSTELLINGS : DRIE VERTREKROETES	358
4.2	ARTIKEL 3(5) – BILLIK MAAR VERSKILLENDE	360
4.3	UITSONDERINGS VERLEEN DEUR ARTIKEL 2 VAN PAJA	361
4.4	PROSEDURELE BILLIKHEID MET VERWYSING NA REGSPRAAK	361
	Hoofstuk 4	367
	PROSEDURELE BILLIKHEID : ADMINISTRATIEWE OPTREDE WAT DIE PUBLIEK RAAK	367

1.	ARTIKEL 4 – ADMINISTRATIEWE OPTREDE WAT 'n INVLOED HET OP DIE PUBLIEK. VOLDOEN DIE OPTREDE AAN PROSEDURELE BILLIKHEID?	367
1.1	PROSEDURELE BILLIKHEID : DIE TREFWYDTE VAN ARTIKEL 4	368
1.2	WAT VERSTAAN ONS ONDER DIE BEGRIP “ADMINISTRATIEWE OPTREDE” WAT 'n UITWERKING OP DIE PUBLIEK KAN HÊ?	369
1.3	DIE INHOUD VAN ARTIKEL 4	370
1.3.1	DIE ARTIKEL 4(1)-BESLUIT	370
1.3.2	OPENBARE ONDERSOEK/NAVRAE	371
2.	KENNISGEWING EN KOMMENTAAR	374
2.1	DIE OORDRAG VAN DIE INLIGTING	374
2.2	OORWEGING VAN KOMMENTAAR	375
2.3	'n BESLUIT OM DIE ADMINISTRATIEWE HANDELING TE NEEM OF NIE TE NEEM NIE	375
2.4	NAKOMING VAN VOORGESKREWE PROSEDURES	376
2.5	'n ANDER GEPASTE PROSEDURE	377
2.6	ALTERNATIEWE WEË : BILLIK MAAR VERSKILLEND, VERTREKPUNTE EN UITSONDERINGS	377
2.7.	ARTIKEL 4 VAN PAJA EN HOFUITSPRAKE	378
	Hoofstuk 5	382
	REDES VIR 'n ADMINISTRATIEWE HANDELING	382
1.	DIE VERSKAFFING VAN REDES: 'n NUWE WENDING	382
2.	DIE DOEL EN OMVANG VAN ARTIKEL 5	383
3.	DIE BEPERKING OP DIE REG OM REDES TE VERSOEK	385
4.	DIE PLIG OM REDES TE VERSKAF	386
5.	DIE TYDPERK WAARBINNE DIE VERSOEK GERIG MOET WORD	387
6.	FORMELE VEREISTES VIR DIE VERSOEK	388
7.	VOLDOENDE/GEPASTE REDES	388
7.1	IN ANTWOORD OP	390
8.	ONTSNAPROETES : VERTREKPUNTE, BILLIK MAAR VERSKILLEND, UITSONDERINGS	391
9.	REMEDIES VIR DIE NIE-NAKOMING OM VOLDOENDE REDES TE VERSKAF	392
10.	DIE GEREGTELIKE BENADERING TOT DIE VERSKAFFING VAN REDES	393
	Hoofstuk 6	399
	GEREGTELIKE HERSIENING VAN ADMINISTRATIEWE OPTREDE AAN DIE HAND VAN ARTIKEL 6 VAN PAJA	399
1.	GEREGTELIKE HERSIENING	399
2.	DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2) VAN PAJA	401
3.	DIE BEPALING VERVAT IN ARTIKEL 6(2)(a)(i)	402
3.1	ARTIKEL 6(2)(a)(i)	402
3.2	ARTIKEL 6 EN DIE VERWYSING NA HOFSAKE	408
3.3	DIE BEPALING VERVAT IN ARTIKEL 6(2)(a)(ii) – ONGEMAGTIGDE DELEGERING VAN BEVOEGDHEID	410
3.4	DIE BEPALING VERVAT IN ARTIKEL 6(2)(a)(iii). DIE ADMINISTRATEUR WAT DIE HANDELING VERRIG HET, WAS BEVOORoorDEELD OF KAN REDELIKERWYS VAN BEVOORoorDELING VERDINK WORD	412
4.	DIE BEPALINGS VERVAT IN ARTIKELS 6(2)(b), (c), (d) EN (e) VAN PAJA	414
4.1	DIE UITOEFENING VAN DISKRESIONÊRE BEVOEGDHEDE	414
4.2	DIE BEPALING VERVAT IN ARTIKEL 6(2)(b) : GEBIEDENDE EN WESENLIKE PROSEDURES OF VOORWAARDES VOORGESKRYF BY DIE MAGTIGENDE BEPALING	415
4.3	DIE BEPALING VERVAT IN ARTIKEL 6(2)(c) : PROSEDURELE BILLIKHEID	419
4.4	DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(d) VAN PAJA : DIE OPTREDE IS DEUR 'n REGSDWALING WESENLIK BEÏNVLOED	423
4.5	DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(e) VAN PAJA : DIE OPTREDE IS VERRIG OM 'n REDE WAT NIE DEUR DIE MAGTIGENDE BEPALING GEMAGTIG IS NIE	425
4.6	DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(e)(ii) VAN PAJA : DIE OPTREDE IS VERRIG MET 'n ONGEoorLOOFDE DOEL, EN OF 'n ONGEoorLOOFDE BEWEEGREDE	426
4.6.1	ONGEoorLOOFDE DOEL	426
4.6.2	UITOEFENING VAN 'n BEVOEGDHEID WEENS ONGEoorLOOFDE BEWEEGREDES OM DIE OOGMERK VAN DIE REG TE VERYDEL (<i>IN FRAUDEM LEGIS</i>)	428
4.6.3	DIE GEBRUIK VAN ONGEMAGTIGDE PROSEDURE OM 'n ANDERSINS REGMATIGE OOGMERK TE BEREIK	429

4.7	DIE BEPALINGS VAN ARTIKEL 6(2)(e)(iii) VAN PAJA : DIE OPTREDE IS VERRIG OMDAT NIE-TERSAAKLIKE OORWEGINGS IN AG GENEEM IS, OF TERSAAKLIKE OORWEGINGS NIE IN AG GENEEM IS NIE.....	430
4.8	DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(e)(iv) : DIE OPTREDE IS VERRIG VANWEë DIE ONGEMAGTIGDE OF ONGEREGVERDIGDE VOORSKRIFTE VAN 'n ANDER PERSOON OF LIGGAAM	433
4.9	DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(e)(v) VAN PAJA : DIE OPTREDE IS TER KWADER TROU VERRIG	434
4.10	DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(e)(vi) VAN PAJA : DIE OPTREDE IS OP ARBITRêRE OF WILLEKEURIGE WYSE VERRIG	436
4.11	DIE BEPALING VAN ARTIKELS 6(2)(f) EN (g) VAN PAJA : REDELIKHEID EN PROPORSIONALITEIT	437
4.11.1	OPTREDE WAT IN STRYD IS MET 'n REGSVOORSKRIF, OF NIE DEUR 'n MAGTIGENDE BEPALING GEMAGTIG IS NIE	437
4.11.2	DIE OPTREDE AS SODANIG HOU NIE RASONEEL VERBAND NIE.....	437
4.11.3	RASIONALITEIT/REDELIKHEID EN DIE INTERIM-GRONDWET	439
4.11.4	REDELIKHEID VOLGENS DIE FINALE-GRONDWET	441
4.11.5	DIE VEREISTE VAN EWEREDIGHEID (PROPORSIONALITEIT) AAN DIE HAND VAN REGSPRAAK (ARTIKEL 6(2)(f)(ii)(dd)).....	444
4.12	DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(g) VAN PAJA : DIE BETROKKE OPTREDE BESTAAN UIT 'n VERSUIM OM 'n BESLUIT TE NEEM	449
5.	DIE BEPALINGS VAN ARTIKELS 6(2)(h) EN (i) VAN PAJA : ONREDELIKE ADMINISTRATIEWE OPTREDE, OF OPTREDE WAT ANDERSINS ONGRONDWETLIK OF ONREGMATIG IS	451
5.1	ONREDELIKE ADMINISTRATIEWE OPTREDE	451
5.2	DIE SIMPTOMATIEWE BENADERING	451
5.3	DIE UITGEBREIDE FORMELE MAATSTAF	453
5.4	REGVERDIGBAARHEID.....	455
5.5	REDELIKHEID (REASONABLENESS).....	456
5.6	DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(i) VAN PAJA : DIE OPTREDE IS ANDERSINS ONGRONDWETLIK OF ONREGMATIG.....	461
	Hoofstuk 7.....	463
	PROSEDURES VIR GEREGETELIKE HERSIENING.....	463
1.	HERSIENINGSBEVOEGDHEDE INGEVOLGE DIE GRONDWET	465
2.	REGSBEVOEGDHEID.....	467
3.	FINALITEIT, RYPHEID EN VOORTYDIGE AFDWINGING VAN HERSIENING INGEVOLGE PAJA.....	468
4.	TYDBEPERKINGS VAN TOEPASSING OP PAJA-HERSIENINGSVERRIGTINGE	469
4.1	ONREDELIKE VERTRAGING.....	469
4.2	DIE 180-DAE-TYDPERK EN VERLENGING DAARVAN	469
4.3	UITPUTTING VAN INTERNE REGSMIDDELE	472
	Hoofstuk 8.....	476
	ARTIKEL 8 VAN PAJA – REMEDIES IN GEREGETELIKE HERSIENINGSVERRIGTINGE.....	476
1.	REMEDIES DEUR PAJA VERLEEN	477
1.1	ARTIKEL 8(1)(a) : LASGEWING.....	478
1.2	ARTIKEL 8(1)(b) : VERBIEDENDE BEVEL	478
1.3	ARTIKEL 8(1)(c) : TERSYDESTELLING VAN ADMINISTRATIEWE OPTREDE	478
1.4	ARTIKEL 8(1)(d) : VERKLARING VAN DIE REGTE VAN DIE PARTYE (VERKLARENDE BEVEL).....	482
1.5	ARTIKEL 8(1)(e) : TYDELIKE INTERDIK OF REGSHULP	484
1.6	ARTIKEL 8(1)(f) : DIE TOESTAAN VAN 'n KOSTEBEVEL.....	484
1.7	ARTIKEL 8(2) : 'n GEPASTE BEVEL DEUR DIE HOF, WANNEER DIE ADMINISTRATEUR VERSUIM OM 'n BESLUIT TE NEEM.....	486
1.8	DIE VOORKOMENDE INTERDIK (PROHIBITORY INTERDICT).....	487
1.9	DIE <i>MANDAMUS</i> (LASGEWING – MANDATORY INTERDICT).....	487
	Hoofstuk 9.....	490
	DIE REGULASIES INGEVOLGE ARTIKEL 10 VAN PAJA	490

1.	REGULASIES WAT HANDEL OOR DIE DAARSTELLING VAN PROSEDURELE BILLIKHEID	492
2.	REGULASIES RAKENDE DIE ADVIESRAAD EN PROTOKOLLE	493
3.	REGULASIES RAKENDE OPENBARE DIENS EN ONDERWYS	493
4.	IMPLEMENTERING VAN OORBLYWENDE REGULASIES.....	493
5.	KODE VIR GOEIE ADMINISTRATIEWE OPTREDE (“CODE OF GOOD ADMINISTRATIVE CONDUCT”)	494
	SAMEVATTING EN GEVOLGTREKKING	495
1.	GRONDWETLIKE GRONDWAARDES EN DIE BEGINSLS VAN ADMINISTRATIEWE GEREGTIGHEID IN HISTORIESE PERSPEKTIEF	495
2.	ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID IN DIE LIG VAN DIE INTERIM- GRONDWET EN DIE FINALE-GRONDWET.	501
3.	ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID EN DIE KONTRAKTEREG	505
4.	ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID MET VERWYSING NA DIE DELIKTEREG.....	512
5.	DIE WET OP DIE BEVORDERING VAN ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID , WET 3 VAN 2000. ’n KRITIESE ANALISE VAN DIE BEGRIP “ADMINISTRATIEWE GEREGTIGHEID” AAN DIE HAND VAN ARTIKEL 33 VAN DIE GRONDWET, WET 108 VAN 1996	515
6.	OPMERKINGS OOR ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID IN DIE LIG VAN PAJA	524
	OPSOMMING	544
	SUMMARY	546
	BIBLIOGRAFIE	548
	Literatuur.....	548
	Hofsake - Suid-Afrikaanse Regspraak	565
	Hofsake - Buitelandse Regspraak	582
	Wette.....	585
	Acts.....	587
	Regulasies	589
	Regulations.....	590
	Bills	590
	Kommissies	591
	Commissions.....	591
	Sleutel Terme / Key Terms	592

Afdeling A

ALGEMENE OORSIG

In die regsfilosofiese literatuur word geregtigheid oorwegend as 'n wye konsep gesien. Volgens Derrida omvat geregtigheid alles wat met die verhouding tot andere te make het. Hy verwys uitdruklik na die wyer aspekte daarvan :

“Justice, if it has to do with the other, with the infinite distance of the other is always unequal to the other, is always incalculable. You cannot calculate justice. Levinas says somewhere that the definition of justice – which is very minimal, but which I love, which I think is really rigorous, is that justice is the relation to the other. That is all. Once you relate to the other as the other, then something incalculable comes on the scene, something which cannot be reduced to the law or to the history of legal structures.”¹

Tereg is Strauss van mening dat Derrida te kort skiet om die begrip “geregtigheid” ten volle as 'n dieperliggende aspek van die juridiese te verstaan. Die geregtigheidsbegrip omvat reeds die verwysing na die ander (“the other”) terwyl die samestellende bedoeling van die juridiese begrip reeds die teruggawe behels van wat wederregtelik van 'n ander ontnem is. Dit is die kernbedoeling van retribusie, of te wel teruggawe.²

Met verwysing na administratiewe geregtigheid as synde 'n afdeling van geregtigheid in die algemeen in aansluiting tot die juridiese fasette van geregtigheid, kan die benadering van Boule as vertrekpunt geneem word. Hy stel dit soos volg :

“Administrative justice denotes a system of public administration, which upholds principles of fairness, reasonableness, equality, propriety and proportionality.”³

Hierdie geregtigheidsbeginsels kan slegs bevorder word deur meganismes van toerekenbaarheid en kontrole, hersiening en toesighouding, openlikheid en konsultasie daar te stel.

Een van die groot struikelblokke in die bevordering van geregtigheid in die administratiefreg in die verlede was die feit dat administratiewe geregtigheid nie ten volle vir die publiek toeganklik was nie. Die publiek moes die geleentheid gebied word om deel te neem aan die wetgewende proses, om inligting te kan bekom vanaf staatsinstellings, wanneer besluite bevestig word, en om die geregtigheidsbeginsels te kan afdwing.

Administratiewe geregtigheid moet nie net gesien word as 'n stel abstrakte administratiewe norme nie. 'n Verskuiwing moet plaasvind van 'n blote konsep van administratiewe geregtigheid na die praktiese uitvoerbaarheid van die begrip “geregtigheid”. Breër gesien, behels toegang tot administratiewe geregtigheid 'n antwoordende, verantwoordelike en toerekenbare sisteem van

¹ Derrida, 1997:17-18.

² Strauss, 1999:232.

³ Boule, 1993:138.

publieke administrasie. In die huidige Suid-Afrikaanse konteks moet dit gesien word in die wyer benadering van pogings om demokratiese grondwetlikheid en hervorming van die regsisteem te bewerkstellig.

Administratiewe geregtigheid het egter deur die eeue veral vanuit die reëls van natuurlike geregtigheid ontwikkel. Die basiese begrip van redelikheid speel hier die sleutelrol. Baxter som dit soos volg op :

“Natural justice is entirely a creation of the common law. In its vigour and especially in its new found vitality, as clothed in the duty to act fairly, it is little short of a miracle of judicial creativity. Provided the temptation to resort to a form of “bush justice” – a temptation which it is conceded becomes a more real when the fairness approach is employed – is resisted, my view is that the duty to act fairly affords scope for development of urgently required procedural safeguards against arbitrary administrative action such as has not been available under the orthodox approach to natural justice, natural justice unfortunately accumulated a mass of dead wood which held up any development.”⁴

’n Sameloop van geskiedkundige gebeure en die ongekontroleerde toepassing van staatsgesag, het by uitstek bygedra tot die verskansing van die geregtigheidsbeginsel in die Finale-Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika.

Administratiewe geregtigheid is ongetwyfeld nou verwant aan die beginsel van demokrasie, wat voorsiening maak vir deelname aan die regeringsproses en waar pogings aangewend word om gesag tot die publiek verantwoordbaar te maak, maar bowenal ook tot die sosiale kontrak wat ’n raamwerk daarstel, waarvolgens die regering moet optree. Die geregtigheidsbeginsel moet ook beskou word as ’n inperkingsmaatreël op die gesag van die regering en om as stuurmeganisme te dien dat hierdie gesag en mag slegs ten goede sal meewerk tot die verhouding tussen staat en onderdaan. Hieronder sal demokrasie, as regering deur die mense, vir die mense slegs ’n vae droom bly.

Hoewel die Grondwet voorsiening maak vir ’n reg tot administratiewe geregtigheid, moet daar nog duidelikheid kom met betrekking tot die volle konteks daarvan.

Dit moet egter nie uit die oog verloor word nie dat vanaf 1993 drastiese ontwikkeling met betrekking tot administratiewe geregtigheid plaasgevind het.

Alhoewel ons stelsel van administratiefreg in die verlede beskou is as ’n onderdrukkende faset van die Suid-Afrikaanse Reg, het onlangse ontwikkelings aangedui dat dit vatbaar is vir ontwikkeling en aanpassing, veral vir sover dit in verband gebring kan word met die behoeftes van die mens.⁵

⁴ Baxter, 1979:638.

⁵ Sien in die verband Dean, 1986:164.

Wanneer die administratiefreg bestudeer word, is dit gou duidelik dat dit vroeër baie stadig ontwikkel het. Die Engelsregtelike agtergrond van ons staatsbestel, waarvan parlementêre soewereiniteit die belangrikste kenmerk is, het die ontstaan en ontwikkeling van politieke en juridiese werkbegrippe aan die hand waarvan die staat–onderdaanverhouding indringend ontleed kan word, ernstig aan bande gelê. Die enigste leerstuk uit ons Engelsregtelike verlede, naamlik die “rule of law”, is eenvoudig ten spyte van talle moedige pogings om dit blink te vryf, nie bruikbaar genoeg gevind nie.

Die administratiefreg in die Verenigde Koninkryk het min of meer suksesvol aangepas by die realiteite van die administratiewe staat van die 20ste eeu. Dit is moontlik gemaak deur wetgewende inmenging en regterlike kreatiwiteit. Die Suid-Afrikaanse Administratiefreg was in die verlede egter vasgevang in ’n tydslot van stagnasie, ’n posisie waaruit dit met moeite sou ontsnap. Van die hoofredes vir hierdie toedrag van sake was dat die wetgewende komponent wye magte verleen het aan die uitvoerende gesag en die feit dat die regbank op kritieke tye slegs “executive mindedness” vertoon het.

Die Interim-Grondwet het ’n besondere grondwetlike omwenteling in Suid-Afrika aan die gang gesit. Dit was die eerste Grondwet in die geskiedenis van Suid-Afrika wat die hoogste reg was en ’n Handves van Menseregte bevat het. Dit het ook ’n demokratiese bestel gevestig, wat heeltemal verteenwoordigend van die land se bevolking was.

Mureinik is van mening dat die Grondwet die ou gesagskultuur vervang deur ’n kultuur van regverdiging (culture of justification) – “a culture in which every exercise of power is expected to be justified, in which the leadership given by government rests on the cogency of the case offered in defence of its decisions not the fear inspired by the force at its command.”⁶

Voor 1993 is die toepassingsterrein van die administratiefreg afgebaken deur verwysing na die begrip “staatsadministrasie”. Dit was egter nog altyd moeilik om te bepaal presies wat dié begrip behels. Wiechers het in die 1984-uitgawe van sy handboek gesteun op ’n formeel-strukturele benadering en sê dat “die Staatsadministrasie al daardie owerheidsliggame of organe is wat na inrigting en bevoegdheid tradisioneel binne die ‘uitvoerende gesag van die staat’ val.”⁷

Daar moet op gewys word dat Wiechers se sistematisering van die administratiefreg en die publikasie van sy handboek geskied het voor die aanbreek van die nuwe grondwetlike bedeling. ’n Verandering in die politieke bedeling in Suid-Afrika het ook ’n radikale verandering teweeggebring, wat die inhoud en toepassing van die administratiefreg aanbetref.

Die ontwikkeling en uitbreiding van die redelikeheidsbegrip het met die grondwetlike beskermde reg op administratiewe geregtigheid (Artikel 33 van die Finale-Grondwet, asook die Interim Grondwet, wat dit voorafgegaan het) die posisie van die administrasie met betrekking tot die individu, en omgekeerd, dramaties verander. Voorts het die insluiting van hierdie Grondwetlik

⁶ Mureinik, 1994:32.

⁷ Wiechers, 1984:7.

beskernde reg die omskrywing, bestek en toepassing van administratiefregtelike beginsels geraak.

Ten einde die inhoud en betekenis van die term “administratiewe optrede” te begryp sal eers gekyk word na die Grondwet en daarna na die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, PAJA (Promotion of Administrative Justice Act 3 van 2000). Daar word veral opgemerk dat Artikel 33 van die Grondwet nie ’n omskrywing van administratiewe optrede bevat nie. Die artikel dui egter duidelik daarop dat die reg op administratiewe geregtigheid slegs op administratiewe optrede van toepassing is. In die huidige grondwetlike bedeling word die toepassingsterrein van die beginsels van die administratiefreg dus bepaal deur verwysing na die konsep van administratiewe optrede. Dit blyk dat die begrip “staatsorgane” (Artikel 239 van die Finale-Grondwet) ook ’n rol speel, wanneer bepaal moet word of ’n handeling “administratief” is, al dan nie. Wat duidelik blyk, is dat die beginsels van die administratiefreg vir alle administratiewe optrede (in teenstelling met privaatregtelike transaksies) op staatsorgane van toepassing is.

Die bepaling of ’n handeling administratiewe optrede daarstel, het die howe menigmaal laat worstel in hul uitsprake. In *Cekeshe v Premier for the Province of the Eastern Cape*⁸ het regter Van Zyl die volgende met betrekking tot die omskrywing van die term “administratiewe optrede” gesê :

“In my opinion, and bearing in mind that it would be undesirable to attempt to provide any precise test by which in every instance the distinction between ‘legislative action’ and ‘administrative action’ can be determined for the purposes of section 33, the question may be answered with reference to the nature of the function and the nature and the effect of the decision under the statutory scheme. It is not to be determined by having regard to the authority exercising the power or the instrument used to publish the action or decision. It is the substance and not the form or the name that matters. Accordingly, the fact that the statutory power, as in the instant matter, was exercised by the Premier and issued by way of proclamation is in itself insufficient to conclude that it is legislative action.”

In *Bernstein and Others v Bester and Others NNO*⁹ moes die Konstitusionele Hof egter die vraag beantwoord of ’n ondersoek gedurende die likwidasie van ’n maatskappy deur die Meester van die Hoë Hof, deur ’n hof self, of deur kommissies aangestel kragtens die Maatskappywet , 61 van 1973 op administratiewe optrede neerkom. Regter Ackermann het die volgende te sê gehad :

“I have difficulty in fitting this (the enquiry) into the mould of administrative action. I also have some difficulty in seeing how section 24(c) of the Interim Constitution can be applied to be enquiry, because it is hard to envisage an ‘administrative action’ taken by the commission in respect whereof it would make any sense to furnish reasons. The enquiry, after all, is to gather information to facilitate the liquidation process.”

⁸ 1997(12) BCLR 1746 (TK) by 1766.

⁹ 1996(2) SA 751 (CC) by paragraaf 97.

Daar sal voorts gekyk word of die uitgebreide definisie van administratiewe optrede in PAJA weldra 'n oplossing vir hierdie probleem bied.

Die ontwikkeling van administratiewe geregtigheid het ook 'n invloed gehad op ander terreine van die reg, te wete die kontrakke en deliktereg. In sy artikel "Billikheid in die kontraktereg" maak regter J J F Hefer die volgende opmerking :

"Natuurlik sal in gedagte gehou moet word dat die Suid-Afrikaanse Reg tans oorheers word deur die bepalings en gees van die Grondwet. Die korrekte manier om die Grondwet in die kontraktereg toe te pas mag debatteerbaar wees, maar dit ly geen twyfel nie dat kontrakteervryheid as sodanig volkome konstitusioneel is. Bepaalde ooreenkomste mag wel onregverdigbaar inbreuk maak op bepaalde Konstitusionele Regte of vryhede en om hierdie rede nietig wees, maar in beginsel kan daar geen konstitusionele beswaar wees teen kontrakgebondenheid nie. Al wat bygevoeg hoef te word, is dat die beoordeling van die openbare belang as norm vir die afdwingbaarheid van ooreenkomste uiting ook aan konstitusionele waardes moet gee." ¹⁰

Daar sal ondersoek ingestel word na die moontlike toepassing van die Publiekregtelike vereistes van redelikheid en billikheid in die kontraktereg. Wat die kontraktereg betref, kan daar geargumenteer word dat kontrakvryheid onbillike gevolge kan bewerkstellig. Die howe het ook nie bewustelik of nie, kans gesien om gemeenregtelike konsepte en beginsels te ontwikkel, wat sodanige onbillikede sou kon verminder nie. Hoewel daar sekere pogings van die howe was om deur toepassing van die Grondwet 'n billiker kontraktereg daar te stel, het ander uitsprake gehou by die "suiwer" gemeenregtelike kontraktereg. Die vraag sal beantwoord word of die grondwetlike waardes in die kontraktereg ingevoer moet word om hierdie regsgebied meer billik te maak.

Die geregtigheidsbegrip aan die hand van Artikel 33 van die Finale-Grondwet en PAJA sal sekerlik in die toekoms nog vele interpretasieprobleme oplewer, maar die ontwikkeling daarvan moet gesien word as 'n radikale verbetering in die administratiefreg om sodoende 'n verantwoordbare en effektiewe publieke administrasie in Suid-Afrika daar te stel. Die debat rakende die omvangsgebied van regterlike hersiening sal voortgesit word en veral die howe kan hier 'n bydrae tot groter regshelderheid lewer.



¹⁰ Hefer, 2004:14.

Afdeling B

GRONDWETLIKE GRONDWAARDES EN DIE BEGINSELS VAN ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID IN HISTORIESE PERSPEKTIEF

1. GELYKHEID, DEMOKRASIE EN TOEREKENBAARHEID

Administratiewe geregtigheid word in Artikel 33(1) van die Grondwet, Wet 108 van 1996 soos volg omskryf :

“Elkeen het die reg op administratiewe optrede wat regmatig, redelik en prosedureel billik is”

Die basiese waardes en beginsels wat publieke administrasie reguleer, word vervat in Artikels 33 en 195 van die Finale-Grondwet.

Meganismes van administratiewe beheer moet verseker dat diegene wat publieke mag tot uitvoering bring, toerekenbaar gehou kan word vir hulle optrede deur die demokratiese onderneming soos vervat in die sosiale ooreenkoms, naamlik die Handves van Menseregte. Beginsels van redelikheid, onpartydigheid en billikheid is inderdaad belangrik vir die ontwikkeling van die beginsel van openbare toerekenbaarheid en moet inderdaad getoets kan word ingevolge die goedgekeurde waardes van die gemeenskap.

Artikel 33(3) maak voorsiening vir die nodige kontrolering en afdwinging van bogemelde publieke toerekenbaarheid :

“Nasionale wetgewing moet verorden word om aan hierdie regte gevolg te gee, en moet -

- (a) voorsiening maak vir die hersiening van administratiewe optrede deur 'n hof of, waar dit gepas is, 'n onafhanklike en onpartydige tribunaal;
- (b) die staat verplig om aan die regte in subartikels (1) en (2) gevolg te gee; en
- (c) 'n doeltreffende administrasie bevorder.”

Om aan bogemelde vereistes te voldoen en dit verder uit te brei, is die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, Wet 3 van 2000, op 3 Februarie 2000 gepromulgeer.

Dié Wet staan beter bekend as die “Promotion of Administrative Justice Act, Act 3 of 2000”. Hierdie Wet het slegs in Engels verskyn. Gevolglik sal in hierdie proefskrif na die Engelse benaming, of die afkorting PAJA, verwys word.

Die hoofdoel van die Wet word vervat in die aanhef :

- “(a) to promote an efficient administration and good governance, and

- (b) create a culture of accountability, openness and transparency in the public administration or in the exercise of a public power or the performance of a public function, by giving effect to the right to just administrative action.”

Die kontrolering van administratiewe geregtigheid geskied grootliks deur middel van geregtelike hersiening. Elke individu moet die geleentheid gegun word om aan die besluitnemingsproses deel te neem. Die Handves van Menseregte in die Grondwet dien as basis waarop administratiewe geregtigheid kan voortbou en bied die grondslag vir die realisering van die beginsel van demokrasie.

'n Goeie voorbeeld hiervan word gevind by Plaaslike Owerhede. Artikel 156(2) van die Grondwet verwys na die bevoegdhede (magte) en funksies van munisipaliteite en bepaal soos volg :

“A municipality may make and administer by-laws for the effective administration of the matters which it has the right to administer.”

Openbare deelname aan die totstandkoming van ondergeskikte wetgewing (bywette) word verseker deur Artikel 7(1) van die “Rationalisation of Local Government Affairs Act, Act No 10 of 1998”.

Daar moet egter nie uit die oog verloor word nie dat geen regstelsel volmaak is nie. Dit moet voortdurend by veranderde omstandighede aanpas. Indien die reg stagneer, kan dit onreg teweegbring. Die reg moet teen die agtergrond van ander regstelsels en sy eie historiese ontwikkeling en met inagneming van die sosio-ekonomiese, politiese en filosofiese konteks bestudeer word.¹¹

2. DIE BEGRIP “BILLIKHEID” (EQUITY) : REGSFILOSOFIESE GRONDSLAE

2.1 DIE GRIEKS-ROMEINSE GRONDSLAE VAN DIE IDEE VAN BILLIKHEID

Die aandrang vir billikheid in ons gemene reg gaan sover terug as die substantiewe beklemtoning van moraliteit in alle interpersoonlike verhoudinge en die beoefening van geregtigheid in die publieke arena.

Met die volgende uitspraak van Sokrates (469-399vC) sluit Plato die eerste boek van sy groot werk *Politeia* af :

“We began by looking for a definition of justice, but before we have found one, I dropped that question and hurried on to ask whether or not it involved superior

¹¹ Du Plessis, 1989:19.

character and intelligence, and then as soon as another idea cropped up, that injustice pays better, I could not refrain from pursuing that.

So now the whole conversation has left me completely in the dark, for so long as I do not know what justice is, I am hardly likely to know whether or not it is virtue, or whether it makes a man happy or unhappy”

Plato (427-347vC) het op Sokrates se denke aangaande die verhewe aard van geregtigheid voortgebou en het, met sy begrip van “skoonheid” (*kalom*), as synde die “hoogste goed”, Cicero se “*Summum Bonum*” voorafgegaan. Van groot belang is sy onderskeid tussen die vyf kardinale, of hóófdeugde, te wete teoretiese of intellektuele wysheid (*sophia*), gekoppel aan praktiese wysheid of kundigheid (*phronesis*), dapperheid of manmoedigheid (*andreia*), matigheid (*sophrosyne*) en geregtigheid (*dikaiosyne*).

Vir hom is geregtigheid een van die einddoelstellings van kennis en deugszaamheid, terwyl wette aan hoë morele en etiese standaarde moet voldoen. Reg en geregtigheid is die skepping van ’n goddelike skepper, wie se oogmerk dit is om chaos en ongeregtigheid te beëindig en te vervang met ’n geordende, redelike en regverdigde samelewing.

Dit is nie genoeg om slegs te weet van die regsdenke van Plato as filosoof nie, sonder om kennis te dra van die reg wat in sy tyd gegeld het.

Ons sien dat Plato voortdurend geregtigheid met ongeregtigheid vergelyk. Hy onderskei ook tussen ’n natuurregtelike universele geregtigheid en individuele geregtigheid. Eersgenoemde is vir hom ’n oorkoepelende deug, wat die ideale staat ten grondslag lê, terwyl individuele geregtigheid betrekking het op die regverdigde voer van ’n persoon se eie sake.

Die opvatting van geregtigheid as die vervulling van jou rol in die rasionele samehang van die werklikheid herinner sterk aan die kosmologiese orde wat ook die agtergrond van die Homeriese etiek is. Die orde in die staat is egter nie meer die uitvloeisel van ’n spontane *ethos* of lewenswyse, wat by wyse van heroïese vergelding in stand gehou word nie. Orde word by Plato deur die heersers geskep en deur hulle regspraak in stand gehou.

’n Goeie illustrasie van Plato se benadering tot billikheid (*equity*) kan gevind word in gedeeltes van sy monografie ten opsigte van staatsmanne (*Politikos*).¹²

Allen is van mening dat Plato se benadering duidelik die grondliggende idee van billikheid (*epieikeia*) as ’n moontlike element in die onvolmaakte veralgemening van regsreëls weerspieël.¹³

¹² Van Zyl, 1995:3.

Plato verwys na die wettelose staat. Die rede vir hierdie "wettelose" (lawless) staat, of gemeenskap, soos deur Plato voorgestel, is waarskynlik die feit dat dit onbillik is dat mense onderhewig gestel word aan dieselfde wetgewing van algemene aard wat op 'n gemeenskap of staat toegepas word. Daar is onderliggende verskille tussen verskillende lede van 'n gemeenskap of staat, wat in gedagte gehou moet word, wanneer wetgewing op hulle van toepassing gemaak word.¹⁴ Plato merk op dat die staat of gemeenskap beter daaraan toe sal wees sonder wetgewing, as om wetgewing te hê wat onbillik is.

In teenstelling met Plato, het Aristoteles 'n veel duideliker gedefinieerde standpunt oor billikheid. Hy verklaar dat, alhoewel billikheid in werklikheid beter is as 'n besondere vorm van geregtigheid, dit op sigself regverdig is.¹⁵ Geregtigheid en billikheid is eenders en albei is goed, alhoewel billikheid die meerdere van die twee begrippe is. Die kern van die probleem is dat, alhoewel billikheid regverdig is, dit nie geregtigheid ooreenkomstig die Wet daarstel nie, maar 'n verbetering van juridiese geregtigheid is. Dit is 'n verbetering van die reg, wat gebrekkig is vanweë sy algemene toepassing.

Du Plessis meen dat Aristoteles se benadering tot die verhouding van geregtigheid en billikheid gesien moet word as 'n belangrike oorbrugging van die gaping gelaat deur sy voorgangers, veral deur Plato.¹⁶

Die waarde van Plato se idealisme, wat betref die fundering van geregtigheid, lê in die oproep om elke politieke sisteem krities te bejeën as hoogstens 'n voorlopige en onvolmaakte beliggaming van die ideal van geregtigheid. Die gevolg van hierdie kritiese inslag was dat Plato self uiters skepties gestaan het teenoor die moontlikheid dat enige staatsbestel in die praktyk uitdrukking kan gee aan die ideal van geregtigheid. Die verdere resultaat van sy idealisme en gevolglike utopisme is dat sy poging om in die aktuele politiek van sy tyd 'n maatstaf vir geregtigheid daar te stel, wesenlik misluk het.

Dit is hierdie mislukking wat ook sentraal staan in Aristoteles se kritiek op Plato. Sy benadering is veel meer realisties as dié van Plato. Dit moet egter nie gesien word as 'n blote verwerping van Plato se denke nie, maar juis as 'n poging om dit wat sentraal in Plato se denke staan, naamlik die daarstelling van 'n maatstaf vir geregtigheid, verder te voer.

¹³ Allen, 1964:389

¹⁴ Die reg kan dan beskou word as streng en onbuigbaar, soos die geval was met die Romeinse *ius civile*, wat beskou was as 'n *ius strictum*, wat 'n harde en onbuigbare effek gehad het op die persone op wie die wet toegepas was. Die Praetor het egter ingegryp en billikheid na vore gebring in die vorm van billikheidsremedies, soos die *actione utiles* en *actione in factum*.

¹⁵ Aristoteles, 1978:R 5, 10, 1 (1137a).

¹⁶ Du Plessis, 1978:83-87.

Aristoteles se werkswyse bestaan uit die ondersoek en vergelyking van verskillende staatkundige of politieke sisteme met mekaar, ten einde die voor- en nadele van elkeen te bepaal. Uit sy bevindinge van die verwerkliking van die ideal van geregtigheid poog hy dan om op 'n induktiewe wyse (*epagógé*) 'n normatiewe maatstaf vir geregtigheid daar te stel. Die algemene beginsels van geregtigheid wat op hierdie wyse verkry word, word dan verder onderwerp aan moontlike teenstrydige bevindinge van verdere konkrete ondersoek.

Dit is opmerklik dat Aristoteles 'n induktiewe benadering by die identifisering van die inhoud van geregtigheid toepas. Die induksie lê dus ingebed in 'n dialektiese proses, waarin beginsels van geregtigheid voortdurend getoets word aan verdere konkrete ondersoek. Hierdie wedersydse wisselwerking tussen die algemene en die partikulêre of die normatiewe en die konkrete, staan sentraal in Aristoteles se denke en stel hom in staat om terselfdertyd prakties, sowel as krities met die werklikheid om te gaan.

Geregtigheid sal, volgens Aristoteles, nooit onafhanklik van 'n bepaalde polis of staatsbestel bestaan nie, ten spyte van die onvermydelike tekortkominge van daardie polis. Die moontlikheid van 'n regverdige mens onafhanklik van sy verbondheid aan 'n polis is dus, volgens Aristoteles, onsinnig, aangesien geregtigheid vir hom net soos in Plato se ideale staat in die orde binne die polis bestaan.

Deug en geregtigheid bestaan ook vir Aristoteles daarin dat elkeen sy bepaalde rol in die gemeenskapslewe van die polis sal vervul.¹⁷ Hy onderskei voorts tussen distributiewe en korrektiewe geregtigheid. Distributiewe geregtigheid behels die beginsel dat elkeen volgens sy meriete vergoed moet word. Die regverdige of gelyke verdeling wat hier ter sprake is, is dus nie 'n gelykop verdeling nie, maar 'n proporsionele verdeling, ooreenkomstig die relatiewe meriete van die betrokke partye. Korrektiewe geregtigheid blyk meer op konkrete transaksies betrekking te hê en is gerig op die regstelling van enige benadeling wat byvoorbeeld uit 'n kontrak ontstaan het. Hierdie regstelling geskied egter nie op meriete nie, maar op 'n gelyke basis. Aristoteles stel dit duidelik dat dit geen verskil maak of dit 'n goeie of slegte man is wat byvoorbeeld bedrog gepleeg het nie.

Dit is genoem dat die proporsionele ordening in Plato se ideale staat deur die heersers behartig word op grond van hulle insig in die idee van die goeie. Die proporsionele ordening en regstelling deur middel van regspraak berus, volgens Aristoteles, egter op die praktiese wysheid van die wetgewers en regters.

¹⁷ Hierdie oortuiging kulmineer in sy uitspraak in Boek I van die *Politika* dat die mens van nature 'n *politikon* zoon ('n politieke of eerder 'n gemeenskapsdier), is. Uit Boek V van die *Nikomachiese Etiek* blyk dit duidelik dat ongeregtigheid vir Aristoteles net soos vir Plato, daarop neerkom dat iemand op meer aanspraak maak as dit wat hom toekom. Geregtigheid berus gevolglik op 'n gelyke of regverdige verdeling van wat ook al ter sprake is.

Praktiese wysheid, of *phronesis* behels, volgens Aristoteles, twee elemente, naamlik die kennis van die beginsels van geregtigheid en die vermoë om hierdie beginsels in konkrete gevalle toe te pas. Kennis van die beginsels van geregtigheid word aanvanklik verkry deur die opvoeding in die deugde, maar word later uitgebou deur ervaring van die wyses waarop deug in spesifieke gevalle uitgeleef word. *Phronesis* behels dus weer eens die wisselwerking tussen die algemene beginsels en die partikulêre toepassing daarvan in konkrete omstandighede.¹⁸

Aristoteles se begrip van billikheid (*epieikeia*) is vir ons van groot belang. Dit is skynbaar 'n verskyningsvorm van besondere geregtigheid, maar enigszins meer verhewe as die gewone vorms daarvan. Sy standpunt is dat geskrewe (positiewe) reg nie altyd billik is nie en dat billikheid derhalwe, veral by wyse van interpretasie van die reg, aangewend moet word om geregtigheid te laat geskied. Hierdie is een van die vroegste regsfilosofiese aanduidings van die verband tussen geregtigheid en billikheid.

Dit skyn of die gedagte aan 'n billikheidsreg gebore is uit die oortuiging dat dit onmoontlik is om die regslewe volledig te reglementeer. Veral geregtigheid vir die besondere geval kan nie so verweselik word nie. Ontwikkelingsgeskiedkundig gesien, het billikheid hom bewys as die figuur *par excellence* om leemtes aan te vul. Plato en Aristoteles het dus die positiewe reg as onvolkome beskou en in die beginsel van billikheid 'n middel gesien om die positiewe reg te verbeter, waar dit in besondere gevalle tot onregverdige gevolge sou lei.

Cicero het egter 'n belangrike bydrae tot die ontwikkeling van die beginsel van geregtigheid en billikheid gelewer. Hy beklemtoon dit dat daar wetlike bepalings kan bestaan wat onregverdig, onbillik of onredelik is. Hy skryf onder andere die volgende :

“But the most foolish notion of all is the belief that everything is just which is found in the customs or laws of nations. Would that be true, even if these laws had been enacted by tyrants.”¹⁹

Dit is vervolgens belangrik om te probeer onderskei tussen die begrippe “geregtigheid” en “billikheid”, en welke siening Cicero hieroor gehad het. Die vraag word ook gevra welke nut die onderskeid tussen die begrippe inhou en wat die praktiese belang daarvan is.

In sy *De Finibus* beskryf Cicero hierbo die begrip geregtigheid soos volg :

¹⁸ Die eerste gedeelte van Boek 1 moet vergelyk word met dié gedeelte van Boek VI van die *Nikomachiëse Etiek*.

¹⁹ Ebenstein, 1969:137.

"Disposition which urges that each should be granted his own and which munificently and fairly protects the community of the human alliance"²⁰

Ten opsigte van die konsep "billikheid" (*aequitas*), verklaar hy in die *De Partitione Oratoria* soos volg :

"that it has a twofold force, resting on the one hand, in the 'direct principle of truth, justice and, as it is called, the fair and good' and pertaining, on the other hand, 'to the exchange of a recompense, which, in the case of a kindness, is called thanks and, in the case of a wrong, revenge'."²¹

In die *Topica* het Cicero geregtigheid (Justice) gelykgestel met "billikheid", waar hy dit soos volg uiteensit :

"Equity itself is said to have three sides : the one pertains to the gods of the upper world, the second to the gods of the lower world and the third to men. The first is called piety, the second sanctity and the third justice or equity."²²

Dit blyk dat die definisies hierbo op die oog af nie vir ons duidelikheid bied oor die konsepte "geregtigheid" en "billikheid" nie. Dit is slegs wanneer hierdie twee konsepte, soos hulle in Cicero se werke verskyn, in die kontekstuele perspektief beskou word, dat die bedoeling en omvang duidelik na vore kom.

Cicero se siening van billikheid kan nie geskei word van sy siening oor geregtigheid nie. Hy definieer die *ius civile* as "die billikheid" (*aequitas*) wat daargestel word vir diegene wat aan dieselfde staat behoort. Hierdie *ius civile* word voorts onderverdeel in wetgewing (*lex*), gewoontereg (*mos*) en billikheid (*aequitas*). Die verband tussen *ius* en *aequitas* kom dikwels in Cicero se werk voor en staan ook in verband met *lex*, wat Cicero as die bron van billikheid (*fons aequitas*) beskryf, en geregtigheid (*iustitia*). Billikheid is, volgens Cicero, uit die natuurreg (*ius naturae*) afkomstig.

As regsfilosoof is Cicero 'n voorstander van die natuurreg, veral soos die Stoïsyne dit voorgehou het. Hy beskou die natuurreg as 'n ewigdurende reg (*lex aeterna*) ooreenkomstig goddelike rede of die wil van God (*ratio divina vel voluntas dei*). Sy bekende definisie van ware reg (*vera lex*) is dat dit suiwer rede (*recta ratio*) ooreenkomstig die natuur (*natura*) is. God is die bron van hierdie ewige en onveranderlike reg (*una lex et sempiterna et immutabilis*). Elders beskryf hy dit as die hoogste rede (*ratio summa*) wat in die natuur gewortel is.

²⁰ Cicero, 1921:Fin 5.23.65:... quae animi affectio suum cuique tribuens atque hanc quam dico societatem coniunctionis humanae munifice et aequae iustitiae dicitur ...

²¹ Cicero : 1942:Boek 1:37-130 : A aequitas autem vis est duplex, cuius altera directa et veri et iusti et ut dicitur aequi et boni ratione defenditur, altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet, quod in beneficio gratiae, in iniuria ultimo nominatur.

²² Cicero : 1949:Top 23:90 : Atque etiam aequitas tripartita dicitur esse: una ad superiores deos, altera ad manes, tertia ad homines pertinere. Prima pietas, secunda sanctitas, tertia iustitia aut aequitas nominatur.

Volgens Cicero is die ideale reg daardie reg wat in ooreenstemming met die natuur is :

“True law is indeed right reason (*recta ratio*) in conformity with nature (*natura*) pertaining to all people constant and eternal...”²³

Cicero se siening oor billikheid spruit voort uit sy regsteorie. ’n Belangrike teks in hierdie verband kom voor in die *De partitione oratoria* wat deur hom bespreek word in sy uiteensetting van die “regsteorie” (*ratio iuris*). Hy verdeel die *ratio iuris* in twee grondliggende kategorieë, te wete die natuur (*natura*) en die reg (*lex*). Die belangrikheid van elk van hierdie onderafdelings spruit voort uit die goddelike reg (*divinum ius*) en die menslike reg (*humanum ius*) onderskeidelik, een waarvan dui op billikheid (*aequitas*) en die ander op godsdiens (*religio*).

Volgens hom is die krag van billikheid op ’n tweërlei basis gegrondves : Enersyds berus dit op die direkte beginsel van waarheid, geregtigheid en dit wat “billik en goed” (*aequum et bonum*) is; andersins het dit betrekking op die uitruil van vergoeding, wat óf dank óf wraak, na gelang van die geval, kan wees. Beide hierdie fasette is gemeenskaplik aan die natuur (*natura*) en aan die reg (*lex*).

Dit blyk dus dat Cicero ruim gebruik gemaak het van die Griekse bronne, veral Plato en Aristoteles, maar ook van die Stoïsynse skool. Deur hom op dié Griekse benadering te beroep, wil dit voorkom of hy die antieke Romeinse begrip van *bonum et aequum* (dit wat goed en billik is), tot die begrip van *aequitas* verhef het.

Die begrip *aequum et bonum* kom, trouens, deurgaans in Cicero se werke voor, hoewel hy soms ook dié begrip *aequum* alleenstaande gebruik, gewoonlik om te dui op die verskil tussen *ius aequum* en *ius strictum*. Op soortgelyke wyse word *aequum* dikwels aangetref in verband met *iustum*, *rectum* of *iniquum*. ’n Verwante begrip is *aequiabilitas*, wat voorkom in die sin van gelykheid, onbevooroordeeldheid of billikheid as sodanig. Dit wil egter nie voorkom of hy die begrippe “billikheid” of “gelykheid” as sinonieme beskou nie.

Dit is duidelik dat die klassieke Romeinse Reg nou aansluiting gevind het by die opvattinge van Cicero. Die juris, Celsus, se definisie van reg as *ius est ars boni et aequi* weerspieël waarskynlik die klasieke standpunt oor billikheid. Dit vind weer aansluiting by Ulpianus se omskrywing van geregtigheid en die voorskrifte van die reg. Hy stel dit so :

“... geregtigheid is die voortdurende en ewige begeerte om aan elk sy eie reg te laat toekom. Die voorskrifte van die reg is die volgende : om eerbaar te lewe, ’n ander nie kwaad aan te doen nie en aan elk sy eie te laat toekom.”

²³ Van Zyl, 1991:754.

In die na-klassieke Romeinse Reg het die klem op die etiese karakter van *aequitas* begin val. Die billikheid het nie bloot gedien as rigsnoer vir die wetgewer by die opstel van wetgewing nie, maar kan deur die regter aangewend word om slegs teen die bepalings van die positiewe reg in 'n billike beslissing te gee. Die begrip *aequitas* het al nader aan regverdigheid beweeg en is selfs aan begrippe soos goedgunstigheids (*benignitas* of *indulgentia*) gekoppel.²⁴

Van die belangrikste begrippe in Cicero se regsfilosofie is dié betreffende geregtigheid (*iustitia*) en billikheid (*aequitas*). Geregtigheid is 'n kardinale deug met 'n moreel-etiese karakter. Dit word beskryf as 'n geestestoestand (*affectio* of *habitas animis*) gerig in belang van die medemens. Dit word gereedelik geassosieer met ander deugde, soos goedhartigheid, bedagsaamheid en genade, terwyl dit 'n sterk verband toon met goeie trou (*fides*). Die doel daarvan is om aan elk te gee wat hom toekom (*suam cuique tribuere*), om die waardigheid van elk te erken (*suam cuique tribuens dignitatem*), om die gemeenskapsbelang (*communis utilitas*) te dien en om deugsaamheid (*honestum* of *virtus*) en die "hoogste goed" (*summum bonum*) te bereik. Dit spruit voort uit die natuur en word in die menslike natuur gekonkretiseer.

Ons vind Cicero se definisie rakende geregtigheid in sy verhandeling oor etiek getiteld "*De finibus bonorum et mavorum*" ("on the ends of good and evil"). Cicero dui duidelik aan dat geregtigheid naby verwant is aan etiese en morele oorwegings. Nadat Cicero aangedui het dat al die deugde en die morele goedheid (*honestum*) wat daaruit ontstaan het, nagekom is, moet dit gesien word wat dit in werklikheid behels. Hy sê voorts :

"This deposition, which urges that each should be granted his own, and which munificently and fairly protects this community of the human alliance, as I refer to it, is called justice (*iustitia*) and its adjuncts are piety (*pietas*), goodness (*bonitas*), generosity (*liberalitas*), kindness (*benignitas*), courtesy (*comitas*) and other characteristic's of the same *nature*. And these traits are as much peculiar to justice as they are common to the remaining virtues. For since the *nature* of the man has been so generated that it has some form of innate civic and social character, which the Greeks refer to as *politikon*, whatever each virtue performs will not shrink from that community of interests, affection and human fellowship which I have explained. And justice, in turn, will pour itself forth for the benefit of the other virtues and in this manner will attain their excellence. For justice can be preserved by none but the just and wise man. Therefore the nature of this, what I may call, entire conglomerate and harmony of virtues is the same as that of moral goodness itself, since moral goodness is either virtue itself or that which has been achieved by virtue. A life in harmony with these

²⁴ Buckland, 1955:55. Buckland merk egter tereg op dat hierdie benadering heelwat regsonsekerheid in die hand gewerk het.

things and in accordance with the virtues can be regarded as upright, honourable, steadfast and in harmony with nature.”²⁵

Een van die belangrikste aspekte van Cicero se toepassing van geregtigheid is die sterk verband wat dit met billikheid het : die reg moet billik wees as dit geregtigheid in die hand wil werk. Cicero se voorstelling van geregtigheid is egter nie so duidelik soos Aristoteles se *epieikeia* nie. Dit is moontlik, vanweë die feit dat dit so sterk met geregtigheid saamhang, dat dit enigsins sy eie bestaansreg by Cicero ingeboet het.

Alhoewel nie 'n kardinale deug nie, deel dit met geregtigheid die aard en eienskappe van 'n deug vanweë die nou verband daarmee. Die verband is trouens so sterk, dat billikheid 'n onmisbare eienskap van geregtigheid word, in dié sin dat daar geen geregtigheid sonder billikheid kan wees nie. Soos geregtigheid, spruit dit ook voort uit die natuur en word dit geredelik met ander deugde, veral goeie trou (*fides*), geassosieer. Die prominensie wat Cicero daaraan verleen, blyk uit sy definisie van *ius civile* as die *aequitas* daargestel vir lede van 'n staat, sodat elkeen mag ontvang wat hom toekom (*ad res suas obtinendas*).

In 'n wye sin is *aequitas* 'n eienskap van die *ius civile* en in 'n eng sin is dit, enersyds, 'n bron van reg as sodanig en andersyds, 'n deug gelykstaande aan geregtigheid. Op die gebied van uitleg van die streng reg (*strictum ius*) speel dit vanselfsprekend 'n vernamese rol.

Cicero se standpunte oor geregtigheid en billikheid is nie slegs histories van aard nie, maar is ook in vergelykende konteks van groot waarde. So, byvoorbeeld, is Cicero se regsfilosofiese denke, veral met betrekking tot sy geregtigheds- en billikheidsbegrippe, duidelik na te spoor in die Klassieke Romeinse Reg van die eerste drie eeue na Christus. Weliswaar was hy, soos die Romeine in die algemeen, nie 'n prominente filosoof nie, en sy denke is nie altyd so helder en duidelik nie. Tog is sy invloed op latere geslagte van denkers onmiskenbaar. Dit blyk die duidelikste uit Augustinus se bydraes, maar is ook waarneembaar in ander tydvakke van regsfilosofiese ontwikkeling, soos die skolastisme van Thomas Aquinas, die hervorming van Johannes Calvyn, die natuurregtelike rasionalisme van Hugo de Groot (Grotius) en selfs die “verligting” van Immanuel Kant, wie se *summum bonum*-begrip moeilik van dié van Cicero te onderskei is. Dit was juis Cicero se eklektisisme wat hom vir hierdie en talle ander filosowe aantreklik gemaak het.

Ons het hierbo gesien hoe die beginsel van universele geregtigheid toenemend weerklank gevind het vanaf Plato tot by Cicero. Cicero se opvatting van

²⁵ Cicero : 1921:523:65-66.

geregtigheid as voortspruitend uit die beginsel van medemenslike liefde lê trouens ook naby aan die Nuwe Testamentiese opvatting van naasteliefde.

3. DIE BEGRIP “REDELIKHEID”

Die grondslae van die begrip “redelikheid” in die Westerse regstradisie gaan tot die Grieks-Romeinse tydvak terug.

Cicero het ’n belangrike bydrae tot die ontwikkeling van die redelikeheidsbegrip gelewer.²⁶ Sy definisie van wat ware reg behels, is seker die bekendste. Die redelikeheidskonsep is ook daarin te bespeur :

“True law is indeed right reason (*recta ratio*) in conformity with *nature (natura)* pertaining to all people constant and eternal”²⁷

Die gebruik van redelikheid as ’n spesifieke maatstaf ten einde ’n standaard van optrede daar te stel, kom slegs in twee nie-Engelse hofbeslissings na vore, naamlik *Newton v Creswick*²⁸ en *Jones v Ginn*²⁹. ’n Verdere uitsondering wat opgespoor kon word, is die sogenaamde *Rooke’s Case*³⁰. In die saak is daar onder andere die volgende opmerking gemaak :

“..... and notwithstanding the words of the commission, give authority to the commissioners to do according to their discretions, yet their proceedings ought to be limited and bound with the rule of the reason and the law.”³¹

In ’n 1666-beslissing is ’n bevel van *certiori* toegestaan suiwer op ’n lewering van onredelike optrede deur sekere kommissarisse³². Teen die einde van die 17de, maar veral die 18de eeu, het die redelike man as normatiewe maatstaf na vore getree.

Wiechers, in sy sistematiek in die Suid-Afrikaanse reg, het redelikheid met aandagbesteding gelyk gestel³³.

²⁶ In die werke van Cicero word pertinent beklemtoon dat daar bepalinge kan bestaan wat onregverdig, onbillik of onredelik is. So, byvoorbeeld, skryf hy onder andere die volgende hieroor: “But the most foolish notion of all is the belief that everything is just which if found in the customs or laws of nations. Would that be true, even if these laws had been enacted by tyrants.”

²⁷ Van Zyl, 1991:754.

²⁸ 1688(3) Mod Rep 165.

²⁹ 1713 GIL B185.

³⁰ 1598(5) CO. Rep 99b.

³¹ Wade, 1979:338.

³² *R v Commissioners of Fers* 1666(2) KEB 43.

³³ Wiechers, 1984:332-335.

4. DIE RESEPSIE VAN DIE BILLIKHEIDSVEREIESTE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

Reeds in 1876 het Lord De Villiers, hoofregter van die Kaapse Hooggeregshof, in die bekende saak *Mills and Sons v Trustees of Benjamin Brothers*³⁴ die volgende gesê :

“Now it is quite true and this Court is a Court of Equity as well as of Common Law, but it can administer equity only so far as it is consistent with the principles of the Roman Dutch Law.”

Bogemelde *dictum* het daartoe aanleiding gegee dat sekere van die vroeë Kaapse en Oos-Kaapse howe goedsmoeds die Engelsregtelike begrip van “equity” toegepas het, sonder die kwalifikasie wat Lord De Villiers daaraan gekoppel het, naamlik dat “equity” toegepas kan word slegs vir sover dit ooreenstem met die beginsels van die Romeins-Hollandse Reg. Sir John Gilbert Kotzé het enkele jare later, in 1915, in die Kaapse Hooggeregshof die *dictum* van Lord De Villiers in die Mills-saak in kritiese oënskou geneem en beklemtoon dat billikheid slegs relevant is, indien dit ooreenkomstig die Romeins-Hollandse gemenerereg erkenning geniet het. Dit blyk duidelik uit sy beslissing in *Hassan Khan v Immigration Officer*.³⁵

In 1979 het regter King in *S v Adams*³⁶ die volgende standpunt met betrekking tot billikheid gestel :

“An Act of Parliament creates law but not necessarily equity. As a judge in a Court of law I am obliged to give effect to the provisions of an Act of Parliament. Speaking for myself and if I were sitting as a court of equity, I would have come to the assistance of the appellant. Unfortunately, and on an intellectually honest approach, I am compelled to conclude that the appeal must fail.”

Elders in bogemelde saak word die begrippe “fair” en “just” telkens gebruik, skynbaar as sinonieme van of aanvullend tot die begrip “equitable”.

Twee vrae kom egter nou na vore. Wat word bedoel met die begrip “equity”, of billikheid, in die Suid-Afrikaanse Reg en in hoeverre speel die Engelse Reg in verband daarmee ’n rol? ’n Tweede vraag is : “Wat is die rol wat hierdie begrip in die hedendaagse regspraktyk en regspleging in Suid-Afrika vervul?”

Uit verskeie woordeboek-definisies is dit duidelik dat “billikheid” of “equity” ’n wye spektrum van begrippe dek, sowel in leke-as regstaal. Dit lei dikwels tot die verwarrende gebruik van verwante begrippe, asof hulle sinoniem is. Dit is nie net die leek wat hom daaraan skuldig maak nie, maar dikwels ook die regsgeleerde self. Dit is duidelik uit

³⁴ 1876(6) BUCH 115.

³⁵ 1915 CPD 655 661.

³⁶ 1979(4) SA 793 (T) by 801A.

woordeboekdefinisies dat “billikheid” of “equity” in bykans dieselfde asem genoem word as “regverdigheid” (“fairness” of “justness”), “redelikheid” (“reasonableness” of “reason”) en geregtigheid (“justice”), terwyl “billik” of “equitable” ook beskryf word as “regmatig” (“lawful” of “rightful”), “redelik” in die sin van “rasioneel” (“rational”) en “onbevooroordeeld” (“impartial” of “unbiased”).³⁷ Dit is duidelik dat billikheid nie bloot ’n gewone regsbegrip is nie, maar ’n begrip met ’n sterk morele, etiese en humanitêre inslag.³⁸ Hierdie besondere karakter van die billikheidsbegrip gryp terug na die Grieks-Romeinse standpunte van billikheid.

Uit bogemelde beskouing van die Romeinse Reg blyk dit dat *aequitas* ’n toonaangewende rol in die reg en regspleging gespeel het, veral met betrekking tot die uitleg en toepassing van begrippe soos *ius* en *iustitia*. Dit het grotendeels as billikheidsmaatstaf gepoog om die bestaande reg aan te vul, of om dit met die omstandighede van die geval in ooreenstemming te bring. Hoewel dit in die na-klassieke reg geneig het om enigsins wyer te loop as in die Klassieke Reg, was dit skynbaar die klassieke benadering wat gedurende die middeleeue veral in Europa neerslag gevind het en deel geword het van die Romeins-Hollandse Reg.

In Engeland het die “equity”-begrip ’n interessante verloop gehad.³⁹ Aanvanklik het die billikheidsbegrip buite die howe om, veranker in die koning, ontwikkel. Iemand wat verontreg gevoel het oor die howe se hantering van sy taak, kon die koning nader, wat bekleed was met “a reserve of justice”. Die oogmerk van die billikheidsreg was geregtigheid vir die besondere geval. Later is afsonderlike howe vir die handhawing van “equity”-reg daargestel, totdat in 1875 met die Jucticature Acts ’n nuwe bedeling gekom het. Ons reg ken nie ’n afsonderlike billikheidsreg, ’n “system of equity, as distinct from a system of law”,

³⁷ Volgens die *Groot Woordeboek* word “billikheid” vertaal as “equity; reasonableness; reason; justness; fairness; justice” [12e uitgawe (reds Kritzinger, Schoonees en Cronje) sv “billikheid”]. Die *Verklarende Afrikaanse Woordeboek* omskryf die byvoeglike naamwoord “billik” as “regverdig, redelik, regmatig” [7e uitgawe (reds Kritzinger en Labuschagne) sv “billik”]. Die *HAT* se verklaring hiervan is weer “regverdig” of “redelik”. [Verklarende Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal (*HAT*) (reds, Schoonees Swanepoel, du Toit en Booysen) sv “billik”]. Hiemstra en Gonin se *Regswoordeboek* se vertaling van “billik” is “equitable, fair, just, rational” en van “billikheid” is dit “equity, fairness, justice” [Hiemstra en Gonin *Drietalige Regswoordeboek/Trilingual Legal Dictionary* (1981) sv “billik” en “billikheid”]. Die *Oxford English Dictionary* omskryf “equitable” aldus :

“1. Characterized by equity or fairness:

a. Of actions, arrangements, decisions, etc. That is in accordance with equity; fair, just, reasonable.

b. Of persons: Guided by principles of equity, displaying a spirit of equity, unbiased, impartial, candid ...

2. Pertaining to the department of jurisprudence called Equity, Of rights claims, etc: Valid in ‘equity’ as distinguished from ‘law’.”

Die omskrywing van “equity” lui weer, vir sover dit vir hierdie rede relevant is, soos volg:

I. In general.

1. The quality of being equal or fair; fairness; impartiality; even-handed dealing ...

2. What is fair and right; something that is fair and right.

II. In jurisprudence.

3. The recourse to general principles of justice (the *naturalis aequitas* of Roman jurists) to correct or supplement the provisions of law ...

4. In England (hence in Ireland and the United States), the distinctive name of a system of law existing side by side with the common and statute law (together called ‘law’ in a narrower sense). and superseding these when they conflict with it.”

In hierdie verband verwys die *Oxford English Dictionary* na Maine se *Ancient Law* [2de uitgawe (1870)28] waar die volgende definisie van “equity” voorkom:

“What I call equity(is) any body of rules existing by the side of the original civil law, founded on distinct principles and claiming incidentally to supersede the civil law in virtue of a superior sanctity inherent in those principles’.”

Ten slotte, wat woordeboek-definisies betref, kan verwys word na Roget se *Thesaurus* [Roget’s *Thesaurus of English Words and Phrases* n 913] waar “equity” verskyn onder die opskrif “Affections Moral Right” en onder die trefwoord “Legality”, wat insluit “fair mindedness, objectivity, indifference, detachment, impartiality; equity, equitableness, reasonableness, fairness; fair deal, square deal, fair play, fair field and no favour”.

³⁸ Allen, 1964:383

³⁹ Vgl. hieroor Maitland, 1929:1; Geldart, 1966:19; Ross, 1929:123.

nie,⁴⁰ maar probeer om in terme van billikheid starre reg te temper waar die betrokke gevalle onbillike resultate meebring.⁴¹

Met die eerste oogopslag is dit duidelik dat die Engelse Reg van billikheid verskillend is van die Romeins-Hollandse Reg, en dit wil voorkom of dit geen verwantskap toon met betrekking tot Cicero se begrip van billikheid nie. Tog kan Snell se beskrywing van billikheid as 'n praktiese ekwivalent van natuurlike geregtigheid of moraliteit, wel ooreenkom met die Ciceroriaanse siening veral waar Cicero se geregtigheid wesentlik 'n morele begrip is, wat sy ontstaan uit die natuur het. Terselfdertyd moet op die direkte verwantskap tussen geregtigheid en billikheid gelet word. In die inleidende opmerkings tot Snell se baanbrekerswerk, *Principles of Equity*, word dit soos volg gestel :

“In its broad sense equity is practically equivalent to *natural* justice or morality..... Equity is thus a body of rules or principles which form an appendage to the general rules of law or a gloss upon them. In origin at least, it represents the attempt of the English legal system to meet a problem which confronts all legal systems reaching a certain stage of development. In order to ensure the smooth running of society it is necessary to formulate general rules which work well enough in the majority of cases. Sooner or later, however, cases arise in which, in some unforeseen set of facts, the general rules produce substantial unfairness. When this occurs, justice requires either an amendment of the rule or, if ... the rule is not freely changeable, a further rule or body of rules to mitigate the severity of the rules of law. This new body of rules (or “equity”) is therefore distinguishable from the general body of law, not because it seeks to achieve a different end (for both aim at justice), nor because it relates necessarily to a different subject matter, but merely because it appears at a later stage or legal development.”⁴²

Op 'n vroeë stadium is die Engelse Reg deur die Romeinse Reg beïnvloed. Dit is dus nie verbasend dat die Engelse “law of equity” 'n enigszins analoë ontwikkeling met die praetoriese reg van Rome ondergaan het nie. Waar die remedies van die streng Romeinse *ius civile* gebaseer was op 'n aantal aksies (*legis actiones*), was soortgelyke Engelsregtelike regsmiddels van die “common law” aan sekere “writs” gekoppel. Die voor die handliggende beperkings van 'n geslote sisteem van “writs” het egter veroorsaak dat die Engelse koning reeds vanaf die 14de eeu, deur middel van sy kanselier (“chancellor”) billikheidshalwe regshulp verleen het waar die “common law” geswyg het. Die “Court of Chancery” het later hieruit ontwikkel.

Bo en behalwe die regsmiddels, gegrond op billikheid, wat deur die “law of equity” ontwikkel is, het daar 'n sisteem van “equities” en equitable interests ontwikkel en

⁴⁰ Per Hoofregter Innes in *Kent v Transvaalsche Bank* 1907 TS 765 by 774.

⁴¹ *Weinerlein v Goch Buildings Limited* 1925 AD 282, 192-3; *Zuurbekom Limited v Unicorn Corporation Limited* 1947(1) SA 514 (A) op 537, *Volkskas Beperk v Geysers* 1960(4) SA 412 (T) 418-9.

⁴² Baker, 1982:5-6.

daarnaas 'n reeks reëls (“maxims of equity”), byvoorbeeld “equity follows the law” en “he who seeks equity must do equity”. Die belangrikste gebiede van die reg wat tradisioneel as “equity”-terreine beskou kan word, is trusts, saaklike eiendom (real property), vennootskappe, insolvensie, uitleg van testamente, die spesifieke nakoming van kontraktuele verpligtinge en die bereddering van boedels.

Dit is egter duidelik dat, ten spyte van die Romeinsregtelike beïnvloeding van die Engelse Reg gedurende sy vroeë ontwikkeling en ten spyte van die analogie tussen praetoriese reg en die “law of equity”, het die “law of equity” nooit deel van die Suid-Afrikaanse Reg geword nie. Die Suid-Afrikaanse gemenerereg, met sy Romeinse en Romeins-Hollandse of te wel Romeins-Europese oorsprong, het reeds voorsiening gemaak vir die toepassing van billikheidsnorme, hetsy in die geval van die uitleg van wette, hetsy by die toepassing van bestaande regsreëls en beginsels in die algemeen. Ons praat hier van die ingeboude billikheid of *aequitas* wat reeds deur die praetoriese reg ingevoer is en 'n onlosmaaklike deel van ons gemenerereg geword het. Vir sover die Engelse “law of equity” in sy vroeë ontwikkeling enigermate deur die Romeinse Reg beïnvloed is, is die Romeinsregtelike aspek hiervan aan sowel die Engelse as die Suid-Afrikaanse Reg gemeenskaplik. Dit maak die twee stelsels egter nie omruilbaar of selfs aanvullend tot mekaar nie. Dat regsvergelijkende waarde egter uit 'n ondersoek van die twee stelsels naas mekaar geput kan word, staan bo twyfel.⁴³

Wanneer daar na die hedendaagse Suid-Afrikaanse Reg gekyk word, is dit duidelik dat billikheidsnorme via die Romeinse en Romeins-Hollandse Reg reeds in die bestaande gemenerereg ingebou is en 'n inherente deel daarvan vorm. Daarbenewens word die doelwitte van billikheid ook bereik waar die wetgewer uitdruklik bepaal dat 'n beslissing geneem moet word, of 'n diskresie uitgeoefen word ooreenkomstig dit wat billik (“equitable”) of “reg en billik” (just and equitable) is. In die geval waar die betrokke bepalings gerig word op dit wat “reg en billik” (just and equitable) is, word die noue verwantskap tussen geregtigheid en billikheid duidelik geïllustreer. Die dieperligende gedagte is dat wetgewing nie slegs geregtigheid moet bewerkstellig nie, maar ook billikheid. Soos reeds hierbo uitgewys, is dit niks meer as wat die Romeinse en Romeins-Hollandse juriste selfs telkens geveer het nie.

Voorts word die billikheidsnorm in die gemenerereg weerspieël deur die toepassing van die vermoede van wetsuitleg dat die wetgewer nie 'n onbillike, onregverdige of onredelike resultaat beoog nie. Dat billikheid steeds 'n rol in die moderne Suid-Afrikaanse Reg speel, blyk uit talle hofbeslissings waarin die billikheidsnorm as maatstaf aangewend word. Dit skyn merendeels voor te kom in gevalle waar daar leemtes in die bestaande reg is, of waar die relevante regsbeginnele 'n regsmiddel sou toelaat, wat onbillike gevolge in die hand

⁴³ Sodanige ondersoek sal natuurlik in ooreenstemming met die doelstellings van die regsvergelijkende metode wees. Sien Van Zyl, 1983:1-13 / 17-34.

sou werk. Laasgenoemde geval mag selfs verband hou met die reël van uitleg dat waar daar twyfel is, die mees begunstigde uitleg gevolg moet word.

In verskeie hofbeslissings word ruimskoots verwys na algemene oorwegings van regverdigheid en billikheid, byvoorbeeld met betrekking tot die uitleg van prosedure-reëls.⁴⁴ So ook, in die toonaangewende saak vir kontraktuele terugtrekking, *Nel v Cloete*⁴⁵, verwys Appèlregter Wessels na die “inherente billikheid en praktiese nut van ’n regsreël wat ’n terugtrekingsreg aan ’n skuldeiser verleen waar onredelike vertraging in die vervulling van ’n belangrike kontraktuele verpligting plaasvind”.⁴⁶

Uit bogemelde is dit duidelik dat die begrippe “billikheid”, “equity” en “*aequitas*” ’n belangrike rol speel in die Suid-Afrikaanse Reg en regspleging, hetsy alleenstaande, of in samehang met verwante begrippe soos “regverdigheid”, “geregtigheid” of “redelikheid”.

Billikheid of billikheidsoorwegings speel ’n rol waar daar eerstens leemtes of *lacunae* in die bestaande reg is wat aangevul moet word en tweedens, die betrokke regsreël of beginsel ’n regsmiddel sou toelaat wat onbillike gevolge in die hand sou werk. In laasgenoemde geval is die vermoede dat die wetgewer nie onbillike regsgevolge beoog nie, van toepassing in die geval van wetgewing, terwyl dit as algemene oorweging geld waar dit nie om wetsuitleg as sodanig gaan nie.

Hoewel morele, etiese en humanitêre oorwegings noodwendig ’n rol speel by die omskrywing van wat presies onder die omstandighede billik is, beteken dit nie dat bestaande reg of wetgewing telkens getoets moet word om te probeer vasstel of dit aan die regter se begrip van billikheid voldoen nie. Hy mag sekerlik *de lege ferenda* kritiek teenoor onbillike reg of wetgewing uitspreek, maar die regter het nie die bevoegdheid om dit te wysig deur middel van uitleg of aanvulling nie. Die hantering van die begrip “billikheid” deur regters in hofsake sal later in meer besonderhede aandag geniet, met spesifieke verwysing na administratiewe geregtigheid en die toepassing daarvan.

Die Suid-Afrikaanse Reg is op die Romeins-Hollandse en die Engelse Reg gebaseer. Volgens die Romeins-Hollandse tradisie, met sy aanvanklike beïnvloeding deur die Kanonieke Reg, is die Suid-Afrikaanse Regstelsel ook op grond van billikheid aangepas en uitgebrei.

Die Engelsregtelike “equity”-sisteem het ’n aansienlike invloed op die Suid-Afrikaanse Administratiewe Reg uitgeoefen. Die administratiewe Reg is hoofsaaklik Engelsregterlik van oorsprong. In administratiewe verhore en besluitneming speel billikheid ’n belangrike rol. Die hof kan byvoorbeeld uit billikheidsoorwegings die regsrag van ’n administratiewe handeling opskort, sonder om eers die geldigheid daarvan te oorweeg.

⁴⁴ *Highfield Milling Co (Pty) Limited v A E Wormald and Sons* 1966(2) SA 463 (E) by 465 G-H; *De Wet v Western Bank Limited* 1979(2) SA 1031 (A) by 1042 G-1043A; *Western Credit Bank Limited v Kajee* 1967(4) SA 386 (N) by 391 A-B.

⁴⁵ 1972(2) SA 150 (A).

⁴⁶ Aangaande die Publiekregtelike relevansie, sien Afdeling D, Hoofstuk 6.

Die beïnvloeding van die *aequitas*-billikheid-equity-figuur deur, onder andere die Romeinse en Kanonieke Reg, is veral sigbaar in die Suid-Afrikaanse Regstelsel. Hierdie beïnvloeding kom veral ook voor in die regstelsels van Engeland, die VSA, Nederland en Duitsland. In hierdie regstelsels word billikheid gebruik om die reg by veranderde en veranderende omstandighede aan te pas.

Uit 'n historiese perspektief is dit duidelik dat die begrip "equity" van die vroegste tye aangewend is om 'n balans daar te stel, veral waar wetgewing en die toepassing daarvan sou neerkom op onbillike resultate. Dit is ook duidelik dat dit 'n begrip is wat steeds in ontwikkeling is, veral waar die howe "equity" in aanmerking neem. As 'n praktiese voorbeeld kan die leerstuk van "legitimate expectation" genoem word, wat vanuit die "equity" beginsel ontwikkel het.

Word daar voorts gekyk na die Grondwet, is dit opmerklik dat Artikel 39 spesifiek aan die howe die bevoegdheid verleen om die gemenerereg te ontwikkel. Voordat die promulgasie van die Interim-Grondwet plaasgevind het, het die vraag verskeie kere na vore gekom of die howe (in daardie dae die Appèlhof, die Provinsiale en Plaaslike Afdelings van die Hooggeregshof, die landdroshowe en tribunale) weldra die Wet uitgelê het, en of dit eerder reg geskep het. Die algemeen aanvaarbare reël was dat die howe wel regskeppend te werk gegaan het, en sodoende wetgewing nie alleenlik bloot uitgelê en toegepas het nie. Die administratiefreg dien as sprekende voorbeeld, aangesien judisiële kreatiwiteit meegebring het dat die vereistes vir 'n geldige administratiewe handeling deur die howe en die gemenerereg ontwikkel is. Die inhoud van toepassing op die reëls van natuurlike geregtigheid en die leerstuk van legitieme verwagting, is ook afkomstig van die howe.

Wanneer die howe die Grondwet moet uitleê en interpreteer, verskaf Artikel 39 belangrike riglyne.

Artikel 39 lui soos volg :

"Uitleg van Handves van Menseregte

39(1) By die uitleg van die Handves van Menseregte -

- (a) moet 'n hof, tribunaal of forum die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê, bevorder;
 - (b) moet 'n hof, tribunaal of forum die volkereg in ag neem; en
 - (c) kan 'n hof, tribunaal of forum buitelandse reg in ag neem.
- (2) By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemenerereg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Menseregte bevorder;
- (3) Die Handves van Menseregte ontken nie die bestaan van ander regte of vryhede wat deur die gemenerereg, gewoontereg of wetgewing erken of verleen word nie, in die mate waarin daardie regte of vryhede met dié handves bestaanbaar is."

Artikel 39 stel vir die hof 'n riglyn daar wanneer wetgewing geïnterpreteer word, maar is nie voorskriftelik oor hoe die hof sy beslissing moet maak nie.

“Equity” vorm deel van die wyer begrip “administratiewe geregtigheid”. Vanaf die Romeinse tyd, met die filosofie van onder andere Plato, Aristoteles en Cicero oor die begrip “billikheid” (equity) het daar verskeie teorieë betreffende die begrip ontstaan en maak dit nou nog deel uit van filosofiese denke van die Suid-Afrikaanse reg.

Enige ontwikkeling in die reg moet voldoen aan die vereistes van die Grondwet en moet die gees, omvang en oogmerke van die Handves van Menseregte bevorder. In die kader van die administratiewe reg, met spesifieke verwysing na billike administratiewe optrede, sal Artikel 172 van die Grondwet (bevoegdhede van hofe in Grondwetlike aangeleenthede) die ontwikkeling van regsbeginsels bevorder. Hierdie bepaling plaas 'n plig op die Grondwetlike Hof en ander Hofe om ongrondwetlike wetgewing en administratiewe optrede ongeldig te verklaar.

Die natuurregteorie het dikwels ook in die Engelse Reg gedien as bron vir regsontwikkeling. Die impak van die teorie het nie geheel en al verdwyn nie, al het die teorie menigmaal gekwyn, maar die oogmerke en leerstukke gebaseer op die teorie het van tyd tot tyd verskyn en herleef. 'n Voorbeeld hiervan is die "Rule of Law" en die oogmerke van die Handves van Menseregte. Al twee het ten doel om die individu op 'n billike en regverdigde manier te behandel.

Met die hantering van menseregte, soos vervat in die Grondwet, mag die gelykheidsgedagte nie in 'n spanningsverhouding met billikheid verkeer nie.

In die saak van *S v Ismael*⁴⁷ word soos volg opgemerk :

“Justice is a distinctively human concept and does not belong to the animal world. All men by their nature are lovers of justice. It is because injustice is intolerable that humanity, over the centuries, have developed systems of law designed to secure that there will be, as far as possible, justice between man and man and between man and the community to which he belongs.”

Die historiese perspektiewe hierbo gestel, is steeds van belang vir die idêe van geregtigheid en moet 'n fundamentele oogmerk van die reg bly.



⁴⁷ 1965(1) SA 452 (N) by 459 E.

Afdeling C

Hoofstuk 1

GEMEENREGTELIKE AANKNOPINGSPUNTE VAN DIE ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEIDSPROBLEMATIEK

1. GEMENEREG

Wat word nou eintlik verstaan onder die begrip “gemenerereg?”

In Suid-Afrika is ons vandag die erfgename van twee van die wêreld se groot regstelsels, naamlik die Romeins-Hollandse Reg en die “Common Law”. Alhoewel die begrip “Romeins-Hollandse Reg” in enger sin slegs verwys na die reg wat tot aan die einde van die agtiende eeu in die provinsie Holland gegeld het, omvat die begrip in breër sin die gemenerereg van Wes-Europa voor kodifikasie.

Appèlregter Van den Heever het by geleentheid gesê : “Roman-Dutch Law is really a misnomer; that system was for centuries the common law of Western Europe.”⁴⁸

Wat sy oorsprong betref, deel die Suid-Afrikaanse Reg dus in die ryk “Civil Law”-tradisie van Wes-Europa, wat op die stewige fondament van Romeinse Reg gebou is. Na die Britse oornam van die Kaap in 1806 is die Suid-Afrikaanse Reg sterk deur die “Common Law” beïnvloed. Hierdie invloed is veral merkbaar op sekere gebiede van die handelsreg, die immaterieelgoederereg, die staatsreg, die administratiefreg en die testamentêre erfreg. Die aard van ons regspleging het ook byna ’n volkome Engelse karakter gekry : ons howe is op Engelse model gestruktureer, ons burgerlike en strafprosesreg verloop op Engelse patroon, en die reëls van ons bewysreg is Engels van oorsprong.

In sy intreerede, met die onderwerp “Daedallis in the Supreme Court - the common law today” maak D P Visser die volgende bewering :

“Die bronne-model van die Suid-Afrikaanse Reg is onvolledig omdat dit as uitgangspunt aanvaar dat die gemenerereg (in die sin van ’n residuele bron wanneer geen statuut, gewysde of gewoonteregsreël van toepassing is nie) ’n statiese entiteit is.”⁴⁹

Daar word vandag algemeen aanvaar dat die gemenerereg in beginsel die Romeins-Hollandse Reg is, waarin op sekere gebiede Engelse Reg ’n neerslag gevind het. Hierdie *corpus* kan deur regsvergelende en regsfilosofiese analise ontwikkel word om by moderne omstandighede aan te pas.

⁴⁸ Van den Heever 1943:7.

⁴⁹ Intreerede, gelewer op 1985-05-01.

In der waarheid is die basiese *corpus* van die gemenerereg egter self 'n veranderlike entiteit. Die hof laat self toe dat (1) twee verskillende regstelsels die rol van gemenerereg vervul, maar dat een van dié stelsels nie as sodanig in die teoretiese bronne-model erken word nie, en (2) geen definitiewe betekenis aan die term "Romeins-Hollandse Reg" toegeken word nie. Dit is vir 'n regter wel moontlik om die gemenerereg op 'n bepaalde gebied te wysig - en dit veroorsaak 'n onaanvaarbare graad van onsekerheid, wat die waardes van konsekwensie en samehangendheid in die Suid-Afrikaanse Reg nadelig beïnvloed.

Omdat die Engelse Reg in die praktyk op verskeie gebiede as 'n gemenerereg diens doen en dit aanvaarde praktyk geword het om Engelse beslissings in hierdie gevalle soos Suid-Afrikaanse beslissings te hanteer, het dit moontlik geword om 'n beslissing oënskynlik in die lig van die toepaslike residuele reg te regverdig deur na die Engelse Reg te verwys, terwyl die Engelse Reg inderdaad nie die residuele bron in daardie geval mag wees nie.⁵⁰

Die Engelse Reg word egter nie uitdruklik in die teoretiese bronne-model as 'n gemenerereg erken nie, en daarom is dit moontlik om met slegs 'n beroep op die Romeins-Hollandse Reg, ingeburgerde beginsels wat uit die Engelse Reg stam, aan die hand te doen.⁵¹

In beide gevalle is regswysiging moontlik, sonder dat die aanvaarde voorwaardes vir judisiële regskepping teenwoordig is. Die toestand van sake word vererger deur die feit dat die oplossing van 'n bepaalde probleem grootliks kan verskil, na gelang van die feit of die hof die gemenerereg as die hele Europese *Ius Commune* of slegs as die reg van die provinsie Holland beskou.

Die feit dat dit vir regters moontlik is om tussen verskillende gemenerereg stelsels (en verder ook tussen verskillende skakerings van hierdie stelsels) te "kies en keur", dreig om die grens tussen judisiële ontwikkeling van dié reg en "judisiële wetgewing" te oorskry.

Daarom kan die vraag tereg gevra word welke gemenerereg die wetgewer in gedagte gehad het in Artikel 39(2) van die Grondwet, indien daar geen eenstemmigheid oor die begrip "gemenerereg" bestaan nie.

Is die hoofdoel van Artikel 39 nie om die ontwikkeling van 'n nuwe teoretiese bronne-model daar te stel, wat in ooreenstemming sal wees met die Suid-Afrikaanse Regswerklikheid nie?

Wat ookal die interpretasie van bogemelde artikel inhou, kan die feit nie betwis word nie dat die Suid-Afrikaanse Reg 'n hibriede stelsel is met al die voor- en nadele daaraan verbonde.

⁵⁰ Dit word onder andere geïllustreer deur die feit dat die sogenaamde Anton Piller - bevel agt jaar lank erken is, voordat hul herkoms en versoenbaarheid met die regstelsel as 'n geheel ondersoek is.

⁵¹ Sien die beslissing in *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Limited v Ellis* 1984(4) SA 874 (A).

Een van die voordele van die tweeledige oorsprong van ons regstelsel is dat dit ons regtens in staat stel om te put uit “the accumulated legal wisdom of the western world, civil law and common law.”⁵² Die rykdom van ons erfenis stel ons in Suid-Afrika in staat om ons eie, moderne regstelsel op te bou, waarin elemente van die Romeinse, Germaanse, Kanonieke en Engelse Reg saamgesnoer word. Daar moet egter met omsigtigheid tred gehou word met die “wese” of “gees” van ons regstelsel.

Die volgende siening kan hier in gedagte gehou word. Hahlo en Kahn praat van “its broad equitable spirit, its common sense and reasonableness, and its abhorrence of unnecessary formalities and technicalities.”⁵³

’n Klassiek-geworde stelling van Lord Tomlin in 1934 in die Privy Council lui soos volg :

“(Roman-Dutch Law) is a virile living system of law, ever seeking, as every system must, to adopt itself consistently with its inherent basic principles to deal effectively with the increasingly complexities of modern organised society.”⁵⁴

2. DIE INVLOED VAN DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG

Romeins-Hollandse Reg het ’n klein rol gespeel in die vorming van die Suid-Afrikaanse Administratiefreg. Die ou bronne is aangewend en gesitueer in sake soos die nie-nakoming van voorgeskrewe prosedures, die finaliteit van administratiewe optrede, die delegasie van bevoegdhede, die beginsels van billike prosedure, kompensasie vir die inmenging van regte van ander partye en in verband met judisiële remedies. Op ander gebiede, vernameamlik die bronne van gesag vir administratiewe optrede, en die manier hoe diskresionêre magte uitgevoer word, was die invloed van Romeins-Hollandse Reg egter maar onbeduidend.

Romeins-Hollandse howe is egter nie toegelaat om te beslis oor staatsaangeleenthede of aangeleenthede van politieke aard nie, en kon dus nie die beginsels rakende die uitoefening van diskresionêre magte ontwikkel nie. Voorts was die konsep van inherente staatsgesag, wat die Nederlandse opstand oorleef het, onversoenbaar met die Engelse leerstukke van regering ingevolge die Wet en wetgewende oppergesag, soos dit gedurende die 19de eeu in die Kaap gevestig was.

Wat veral die Suid-Afrikaanse Administratiewe en Konstitusionele Reg betref, kan die Romeins-Hollandse Reg die moderne administratiefregsgelerdes nie veel aanbied nie. Aangaande die Romeins-Hollandse Administratiefreg was daar wel ’n sisteem in plek, maar dit het ver te kort geskied omdat dit betrekking gehad het op ’n publieke administrasie

⁵² Hahlo en Kahn, 1960:48.

⁵³ Hahlo en Kahn, 1960:48.

⁵⁴ *Pearl Assurance Co v Union Government*, 1934:570, 579, 560, 563.

wat, in vergelyking met sy moderne mededingers onderontwikkel was. Dit was gebaseer op 'n regeringsfilosofie so verskillend van ons eie regering, dat behalwe vir sekere gevalle waar basiese beginsels na vore getree het, dit bykans geen bydrae gelewer het nie.⁵⁵

Betreffende die ontwikkeling van geregtelike hersiening van administratiewe optrede kan die houe hulle nie beroep op die Romeins-Hollandse Reg nie, aangesien daar maar skrale leiding te vinde is. Hierdie onvermoë en leemte vloei voort uit die praktiese realiteit dat die Nederlandse houe van die voor-negentiende eeu op baie terreine wat vandag beskou word as die gebied van die Administratiefreg by wyse van wetgewing, jurisdiksie geweier is. Die politieke en die ekonomiese bestel in die Kaap, veral in die tydperk voor Engelse besetting, het dit onmoontlik gemaak vir Administratiefreg om te ontwikkel, grootliks omdat die politieke en regterlike gesag stewig in die hande van die Hollands-Oos-Indiese Kompanje geplaas was.

3. DIE ONTWIKKELING VAN ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID AAN DIE HAND VAN DIE ENGELSE REG

Dit is dus duidelik dat die regsisteem aan die Kaap, vóór die Engelse besetting, in 'n staat van verwarring verkeer het.⁵⁶ Die houe het wel gebruik gemaak van goed toegeruste biblioteke van gevestigde Romeins-Hollandse skrywers en hulle ampsgenote elders in Europa, maar hulle is nie deur professionele regsgeleerdes van advies bedien nie. Die houe het agter geslote deure gefunksioneer, en die redes vir uitsprake is nooit genotuleer nie.⁵⁷ Wetgewing wat gedurende hierdie tyd die lig gesien het, was nie effektief nie en het nooit 'n blywende indruk gelaat nie. Dit was verder aanvaarde Engelse Reg en gebruik dat die siviele en private reg van 'n verwerde of gesedeerde kolonie in plek gebly het, totdat dit vervang is deur wetgewing wat die nuwe regering opgelê het. Op dié wyse het die Romeins-Hollandse Reg bly voortbestaan en selfs daarin geslaag om te oorleef, niteenstaande sterk kritiek van die nuwe Engelse Regering wat 'n voorstaander van Engelse Reg was.

'n Kommissie wat in 1823 aangestel is, het aanbeveel dat Engelse Reg die plaaslike reg gou moes vervang, maar dit is slegs gedeeltelik ten uitvoering gebring. Regshervorming was slegs beperk tot die inleiding, deur die Charter of Justice van 1827, wat gehandel het met Engelsregtelike prosedure en bewysreg in straf- en siviele sake, terwyl die 1832 Charter of Justice bepaal het dat die huidige reg sou voortbestaan.

⁵⁵ Skrywers, soos Van der Keesel, wat geskryf het aan die einde van die 19de Eeu, het nie veel bygedra tot die onderwerp nie. Dié skrywers het geen kennis gehad van die uitgebreide regulerende en welsynsfunksies, wat hedendaags uitgevoer word deur moderne state. Hulle het ook geen benul gehad oor die sosiale probleme wat voor die deur van 'n moderne staat soos Suid-Afrika gelê word nie.

⁵⁶ Sien Diemont, 1971:6 "Who describes the then law at the Cape as no more than the ailing child of a robust Dutch parent."

⁵⁷ Botha, 1923:397.

Baxter maak in sy werk "Administrative Law" die stelling dat die omwentelinge 'n diepgaande invloed op die Engelse Administratiefreg op drie terreine gehad het. Hy sê -

- “1. First, the basis for judicial review of administrative action was finally clarified. With the abolition of Star Chamber, the Kings Bench was able to ‘step into the breach’ as general supervisor of administrative authorities. Parliament had, however, established its political supremacy over the crown, and its unrivalled sovereignty was an inevitable result of the constitutional contest. The common-law judges, whose allegiance lay with Parliament, had therefore to limit the rationale of judicial review. They could no longer speak of ‘controlling’ Acts of Parliament. Instead they had to justify their interference by referring to the will of Parliament : by reviewing administrative action, they asserted, they were simply ensuring that the will of Parliament had been carried out, no less and no more. This remains the rationale for judicial review to the present day, both in England and in South Africa. It is both the strength and the weakness of judicial review, the courts are able to claim the backing of Parliament in their orders, yet in applying the law they are tied to construction of so-called ‘parliamentary intent’ and they have no business imposing other standards upon the administration.
2. Secondly, a process was set in motion whereby ministers of the Crown became answerable to Parliament. In substance, if not in form, the crown had become the agent of Parliament. For as long as Parliament retained its political superiority over the executive, this convention of ministerial responsibility remained an important method of controlling the policies formulated and applied by the executive, and of the merits of discretionary administrative action. It had the effect of complementing judicial supervision, and it encouraged judges to restrict the scope of judicial review.
3. Thirdly, English lawyers developed a deep suspicion for the concept of special administrative courts. The Stuart claims of divine right and to ‘inherent’ prerogative powers had been defeated and all manifestations of these pretensions were eliminated. It has been suggested that ‘the destruction of the royal bureaucracy in 1640-1 can be regarded as the most decisive single event in the whole of British history’⁵⁸. Any prospect of a specialist jurisdiction developing within the administration was scotched and the sanctity of the courts of general jurisdiction was guaranteed. Hostility to special administrative tribunals and courts led Dicey to place the ‘ordinary’ courts of law at the centre of his formulation of the Rule of Law, and his condemnation of systems of administrative courts had a profound effect upon

⁵⁸ Hill, 1967:76 aangehaal in Kahn-Freund 1979.

the shape of administrative law in England and in those countries including South Africa, which followed the English tradition.”⁵⁹

3.1 DICEY EN REGSOEWEREINITEIT (RULE OF LAW)

Dicey kan sekerlik beskuldig word vir die onvoldoende ontwikkeling van die Engelse Administratiefreg, en so ook indirek vir die treurige ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse Administratiefreg.⁶⁰ Hy was van oordeel dat publieke mag gekanaliseer is deur die parlement, en aangesien die parlement die wil van die mense weergee, sou hierdie wil (deur die parlement) effektief verantwoordelik wees om die uitvoerende gesag te kontroleer. Hy het geglo dat die parlement nie wetgewing teenstrydig met die wense van die kieserskorps sou goedkeur nie. As gevolg van die uitslag van hierdie eenvoudige paradigma, het Dicey se model van demokrasie die administratiewe komponente van die staat met groot agterdog bejeën, aangesien hulle regulering en optrede beskou is as 'n verwatering van die oppergesag en die gewone wetgewing daargestel deur 'n demokratiese parlement.

Regters wat geskool was in bogemelde Engelse tradisie, het die geneigdheid gehad om die gewone howe en wette te beskou as verhewe bo enige ander vorm van regskepping. Die vernaamste taak van hierdie regters was om die wetgewende monopolie van die parlement te koester en te bewaar.⁶¹ As gevolg hiervan, het regters oorgebuig om voorkeur te verleen aan hulle eie opinie, eerder as dié van die administratiewe verteenwoordiger.

Dicey se model van die administratiefreg het nie die beginsel van verantwoordelikheid van die administratiewe komponente geïgnoreer nie, maar die werk het egter die beginsel van parlementêre kontrole oor die uitvoerende gesag beperk. Regverdiging vir hierdie sisteem word gevind in die feit dat die parlement gekontroleer word deur die kieserskorps.

⁵⁹ Baxter, 1984:21.

⁶⁰ Wiechers, 1984:15. Wiechers stel dit soos volg : “Ongetwyfeld die belangrikste negatiewe uitwerking wat Dicey se denke gehad het, is dat dit enersyds 'n klimaat van wantroue en misnoëe jeens die ontwikkeling van die administratiefreg by sowel regsgeleerdes soos akademici as regters en praktisyns gekweek het en andersyds dat die bestudering van dié regsvertakking óf totaal geïgnoreer óf skromelik verwaarloos is. Die negatiewe nalatenskap van Dicey se beskouings jeens die administratiefreg het horn ook in Suid-Afrika kenbaar gemaak: vir jare is die studie van die regsvertakking geïgnoreer en het die howe en regsgeleerdes eenvoudig die ontwikkeling van administratiewe bevoegdhede as 'n proses van staatsinmenging en selfs regsgebondenheid gesien. Trouens, die Suid-Afrikaanse proses van geregtelike hersiening van administratiewe handeling is nog in sommige opsigte gebrekkig en onvolmaak omdat die howe nog tot onlangs te gemaklik die uitoefening van veral diskresionêre administratiewe bevoegdhede as magtiging tot optrede in 'n nie-beregbare, regsrye gebied gesien het. Die ironie van die saak is dat terwyl die administratiefreg met apatie en misnoëe deur regsgeleerdes bejeën is, die regsvertakking in omvang en belangrikheid met rasse skrede toegeneem het. Terwyl regsgeleerdes nog steeds met nimmereindigende geredekawel oor die bestaan en wesenlikheid van die administratiefreg besig was, het die staatsadministrasie in omvang en bevoegdhede eenvoudig net groter en kragtiger geword.”

⁶¹ Dicey, 1967:CXCV. In sy inleiding tot dié werk van Dicey, laat E.C.S. Wade hom as volg uit : “The changed conception of liberty narrows the field for the application of the rule of law in the sense of affording the protection of the common law against the Crown, its Ministers and the other organs of administrative government, central, local or independent. The courts still restrict excesses of the prerogative so far as illegal arbitrary action against the individual subject is concerned. But it is the political control exercised through the House of Commons which grows more important as the enacted law extends the legal powers of government. The courts may not declare illegal why parliament has said is law, however much it may restrict the freedom of individuals.”

'n Reeks probleme kom na vore met hierdie tradisionele siening van kontrole. Eerstens is hierdie judisiële model nie in staat om verantwoording aan die publiek te doen rakende privaat mag, wat dan openbare funksies moet vorm nie. Tweedens ooreenvoelig hierdie model die doeltreffendheid van wetgewende kontrole oor die uitvoerende gesag. Die uitsluitlike wettiging van administratiewe mag, volgens Dicey se model, lê opgesluit in die kieserskorps. Die parlement word egter aangewend as mediator tussen die uitvoerende gesag en die publiek. So word die publiek 'n armlengte weggehou, en afhanklik gestel aan kwynende wetgewende kontrolemaatreëls oor die administrasie.

Anders as die tradisionele sisteem van parlementêre kontrole, is die taak wat opgelê word aan 'n moderne sisteem van Administratiefreg in Suid-Afrika, wat bevorder sal word deur 'n Handves van Menseregte, nie om 'n gewilde vorm van verantwoording uit te roei nie, maar eerder om dit te versterk om te verseker dat groter publieke deelname en beheer oor die uitvoering van openbare mag daargestel word. Geregtelike hersiening en administratiewe toesig van staats- en semi-staatsinstellings, wat poog om die sosiale beleid te implementeer, moet só ontwerp word dat dit die drie beginsels van demokrasie, naamlik deelname, die gelykheid van almal voor die reg en onafhanklikheid kan bevorder.

Administratiewe geregtigheid sal bevorder word deur die toepassing van Artikel 195 van die Finale-Grondwet, tesame met die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid (PAJA). In die laaste gedeelte van die proefskrif word daar gekyk na die regulasies en word dit duidelik gestel dat die Parlement dit nie sal goedkeur, indien die Staatsdienskommissie nie gekonsulteer is nie. Hier word ook verwys na die hoofdoelstellings van Artikel 195 en die deelname van die publiek deur kommentaar te kan lewer op die konsepregulasies, alvorens die regulasies goedgekeur word.

Publieke Administrasie moet, in ooreenstemming met Artikel 195 van die Finale-Grondwet, in die uitvoering van hul pligte, voldoen aan die demokratiese waardes en beginsels vervat in die Grondwet, wat onder andere die volgende omvat :

- (1) 'n Hoë standaard van beroepsetiek moet bevorder en gehandhaaf word.
- (2) Die voordelige, ekonomiese en doeltreffende toepassing van hulpbronne moet bevorder word.
- (3) Openbare administrasie moet ontwikkelingsgerig wees.
- (4) Dienste moet onpartydig, regverdig, op billike grondslag en sonder vooroordeel gelewer word.

- (5) Aandag moet aan mense se behoeftes gegee word, en die publiek moet aangemoedig word om aan beleidsvorming deel te neem.
- (6) Openbare administrasie moet verantwoordingspligtig wees.
- (7) Deursigtigheid moet bevorder word, deur aan die publiek tydige, toeganklike en korrekte inligting te verskaf.
- (8) Bekwame bestuur van menslike hulpbronne en geskikte loopbaan-ontwikkelingspraktyke moet ontwikkel word, ten einde menslike potensiaal tot die maksimum te ontsluit.
- (9) Openbare administrasie moet in die breë verteenwoordigend wees om die Suid-Afrikaanse bevolking met indiensnemings- en personeelbestuurspraktyke by te staan, wat gebaseer is op vermoë, objektiwiteit, billikheid en die behoefte om die wanbalanse van die verlede reg te stel ten einde breë verteenwoordiging te bewerkstellig.

Dit is duidelik dat die Grondwet hier riglyne verskaf hoe publieke administrasie in 'n toekomstige Suid-Afrika daar moet uitsien. Administratiewe geregtigheid sal deur die toepassing van die wetgewing in die praktyk beter ten uitvoering gebring word. Sleutelemente kom veral voor in Artikel 195(1)(d), wat verwys na dienste wat gelewer moet word "impartially, fairly, equitable and without bias". Hierdie Artikel moet ook grootliks gesien word as 'n oplossing om veral Dicey se "motion of accountability" aan te spreek.

3.2 VERSKEIE KOMITEES STEL ONDERSOEK IN

Die reg verkeer in 'n gedurige ontwikkelingsproses, so ook in Engeland. Wiechers wys daarop dat daar gedurende die twintigste eeu drie gebeurtenisse plaasgevind het, wat 'n besondere invloed op die Engelse staatsadministrasie uitgeoefen het⁶². Hierdie drie gebeurtenisse is die ondersoek van die *Committee on Ministers' Powers* in 1932 (ook genoem die Donoughmore-komitee), die ondersoek van die *Committee on Administrative Tribunals and Enquiries* in 1957 (ook genoem die Franks-kommissie) en die aanstelling in 1967 van die parlementêre kommissaris. Wiechers sê die volgende oor hierdie drie gebeurtenisse :

"Hierdie ontwikkelinge het nie soseer die aard van die Engelse staatsadministrasie verander nie, maar tog wysigings en hervormings

⁶² Wiechers, 1984:21.

teweegbring en veral die aandag op die noodsaaklikheid van effektiewe kontrole oor administratiewe optredes gevestig”.⁶³

In 1929, dieselfde jaar waarin die Donoughmore-komitee in die lewe geroep is, verskyn ’n boek deur die destydse Lord Chief Justice, Lord Hewart, waarin hy ’n sterk aanval loods op die neiging om in ’n toenemende mate die beslissing van geskille tussen owerheid en onderdaan aan die burokrasie oor te laat.⁶⁴ Die Donoughmore-komitee wat die wetgewende en sogenaamde kwasi-judisiële bevoegdhede van ministers moes ondersoek, het geoordeel dat die kwasi-judisiële beslissing sekere kenmerke van ’n judisiële beslissing vertoon. Hierdie komitee tref in sy verslag ’n onderskeid tussen judisiële en kwasi-judisiële beslissings. Sy omskrywing van kwasi-judisiële beslissing is vir die prosedure van interne beroep van groot belang.⁶⁵

Die komitee beklemtoon deurgaans in sy verslag dat die orgaan wat ’n kwasi-judisiële handeling verrig, beleidsoorwegings in ag neem en nooit sy beslissing grond op “the application of the law of the land to the facts” nie. Met Wiechers moet saamgestem word dat so ’n standpunt onhoudbaar is.⁶⁶ Enige administratiewe handeling veronderstel dat “the law of the land” (dit wil sê die toepaslike administratiefreg reëls) op die betrokke geval toegepas moet word. ’n Handeling wat nie “the application of the law of the land to the facts” behels nie, is ongeldig, omdat dit in stryd is met die legaliteitsbeginsel.

Die Donoughmore-komitee huldig die standpunt dat die vereistes ten opsigte van die prosedure wat by die verrigting van ’n kwasi-judisiële handeling nagekom behoort te word, te vind is in die sogenaamde reëls van natuurlike geregtigheid. Die komitee is verder van mening dat die administratiewe orgaan wat die besluit geneem het, sy redes skriftelik moet verstrek en dat die belanghebbende partye toegang tot sodanige dokument behoort te hê. Die komitee maak in hul verslag ’n onderskeid tussen sogenaamde spesiale geregshowe wat ingevolge wetgewing oor sekere aangeleenthede, uitgesluit van die gewone houe se jurisdiksie, moet beslis en ministeriële tribunale, wat volgens die komitee spesiale houe met ’n meer informele karakter is. Die verskil tussen die spesiale geregshowe en die ministeriële tribunale is, volgens die komitee, ’n blote graadverskil.

⁶³ Wiechers, 1984:22.

⁶⁴ Die Wetgewing maak voorsiening, wanneer vrae van ’n sekere aard geopper word, dat die besluit by die Minister berus, met ander woorde by ’n amptenaar in ’n spesifieke departement. Die amptenaar wat hierdie delegasie opgelê is om ’n finale besluit te neem, is vir alle doeleindes gewoonlik aan die ander kant van die geskil. Hierdie situasie is belaglik. Een van die partye tot die geskil is afwesig, daar is geen verhoor, die beslissing word gefel deur die ander party, en daar is geen appèlprosedure. Hierdie onmoontlike taak waar beide rolle deur een party vervul word, in die afwesigheid van die ander party, wek nie veel vertroue nie.

⁶⁵ Hierdie omskrywing is in die Suid-Afrikaanse Regspraak opgeneem in die saak van *Peri-Urban Areas Health Board and Another v Administrator, Transvaal and Others*, 1961(3) SA 669 (T) by 674.

⁶⁶ Wiechers, 1966:212.

Die komitee beveel aan dat kwasi-judisiële beslissings aan die betrokke minister self opgedra behoort te word, en nie aan geregshoue of ministeriële tribunale nie. In gevalle waar dit blyk dat die Minister op grond van een of ander belang waarskynlik nie ten opsigte van die judisiële funksies wat by die verrigting van die kwasi-judisiële handeling ter sprake mag kom, onpartydig sal wees nie, beveel die komitee aan dat die judisiële funksies aan 'n ministeriële tribunaal opgedra word. Die beslissing van die Ministeriële tribunaal moet dan bindend op die minister wees, wanneer hy die kwasi-judisiële beslissing by wyse van die uitoefening van sy diskresie neem.

Van die Donoughmore-komitee se aanbevelings het nie veel tereggekome nie. Eers ná die Franks-kommissie se ondersoek is wetgewing aangeneem om die prosedures wat deur die owerheid by die aanhoor van besware gevolg word, op 'n vaster grondslag te plaas.

In die tydperk na die Tweede Wêreldoorlog is 'n aantal wette wat as die grondslag van die welvaartstaat beskou kan word, in Engeland aangeneem.⁶⁷ Hierdie wette het veral sekere geldelike voordele aan die individu laat toekom. Die eis vir die betrokke voordeel is gewoonlik by 'n amptenaar ingedien, met die moontlikheid van beroep op 'n tribunaal, wat vir dié doel in die lewe geroep is. Hierdie nuwe wending en die toepassing daarvan het tot ontevredenheid onder sommige mense aanleiding gegee.

Jackson skets die verhouding wat in daardie stadium tussen owerheid en onderdaan geheers het, soos volg :

“There was a feeling that in many matters the citizen is helpless against the power of the state, having no effective method of getting justice. Such ideas are extremely difficult to examine because they jumble together all the frustrations, exasperations and difficulties arising from a diversity of causes. A period following total war, with economy everywhere upset, and a cold war in the offing, would have been disturbing in any event, but the period was also one of vast social changes. Many people found that some control cut across their expectations; it seemed to them that some power, commonly called ‘they’ possessed unlimited powers. ‘They’ would not allocate sufficient petrol, or grant a licence to build. ‘They’ would not be allowed a site to be used as its owner wished, often because ‘they’ wanted to acquire it at a great deal less than its real value.”⁶⁸

⁶⁷ Die Family Allowances Act van 1945, die National Insurance Act van 1946 en die National Assistance Act van 1946.

⁶⁸ Jackson, 1977:92.

So 'n toedrag van sake kan nie bygedra het tot die bevordering van administratiewe geregtigheid nie.

Nog 'n ontevredenheid is veroorsaak deur die Chrichel Down-aangeleentheid,⁶⁹ wat 'n ondersoek na die optrede van die staatsadministrasie genoodsaak het.⁷⁰ Na aanleiding van dié debakel, maak Chester die volgende opmerking :

“The significant feature of the Chrichel-Down case is that it brought into question, not a Department as a vague corporate body, not a Minister as the political head of a department from which he receives anonymous advice, but the actions of individual civil servants.”⁷¹

Griffith spreek die mening uit dat dié hele debakel vermy kon gewees het, indien 'n openbare ondersoek na die toekomstige gebruik van die grond reg aan die begin van die verloop van die aangeleentheid gehou is.⁷² Die noodsaaklikheid van een of ander vorm van gesprek tussen owerheid en onderdaan word dus weer eens beklemtoon.

Die Franks-kommissie het die volgende opdrag ontvang :

“To consider and make recommendation on -

- (1) The constitution and working of tribunals other than the ordinary courts of law, constituted under any Act of Parliament by a Minister of the Crown or for the purposes of a Minister's functions.
- (2) The working of such administrative procedures as include the holding of an enquiry or hearing by or on behalf of a minister or an appeal or as the result of objections or representations, and in particular the procedure for the compulsory purchase of land.”

Alhoewel die Chrichel Down-aangeleentheid die belangrikste aanleidende oorsaak vir die instelling van die Franks-kommissie was, het die aangeleentheid self nie binne die grense van die kommissie se opdrag geval nie.

Die kommissie wys daarop dat die owerheid ingevolge wetgewing sekere beslissings neem wat die regte van individue aantas. Die individue maak ingevolge die wetgewing beswaar teen die betrokke beslissing, en 'n verdere beslissing deur die owerheid is onvermydelik. Hierdie verdere beslissing word dikwels opgedra aan

⁶⁹ Sien oor die Chrichel-Down-aangeleentheid Griffith, 1955:557.

⁷⁰ Die aangeleentheid het te doen gehad met 725 akker grond wat as Chrichel Down bekend gestaan het en wat in 1937 deur die Air Ministry vir gebruik as 'n oefenterrein aangekoop is. In 1949 het die Air Ministry die grond aan die Ministerie van Landbou en Visserye oorgedra, omdat eersgenoemde nie meer enige gebruik daarvoor gehad het nie. Hierna volg 'n verhaal van ondersoek na die toekomstige gebruik van die grond; beloftes wat deur die owerheid aan plaasboere gemaak is om aan hulle die geleentheid te gee om amptelik vir die huur van die grond te tender, welke beloftes nooit nagekom is nie, 'n aanbod van die erfgenaam van die oorspronklike eienaar om die grond terug te koop, waaraan nooit behoorlik aandag gegee is nie, 'n amptelike ondersoek na die genoemde aanbod om die grond te koop wat aan 'n senior amptenaar opgedra is, en weens delegasie uiteindelik in die hand van 'n jong en onervare amptenaar beland het, 'n verslag aan die verantwoordelike minister wat nie al die feite bevat het nie, 'n openbare ondersoek na die hantering van die hele kwessie betreffende Chrichel Down en die uiteindelijke bedanking van die verantwoordelike minister.

⁷¹ Chester, 1971:363

⁷² Griffith, 1955:568-569.

óf 'n tribunaal, óf 'n minister. Die prosedure wat gevolg moet word, word gewoonlik in die magtigende Wet voorgeskryf. Die kommissie interpreteer sy opdrag as sou dit beperk wees tot hierdie gevalle - dit wil sê tot die gevalle waar die sogenaamde verdere beslissing deur 'n tribunaal of 'n minister geneem word, nadat 'n spesiale voorgeskrewe prosedure gevolg is.

Die kommissie het ook daarin geslaag om een van die grootste gebreke in die stelsel van interne beroep in Engeland uit te wys.⁷³ Dit is duidelik dat dit ook probleme skep in die Suid-Afrikaanse Administratiefregstelsel.

Waar daar wel spesiale prosedures bestaan ingevolge waarvan die wetgewer van die administrasie verwag om sekere beslissings te neem, moet dit volgens die kommissie die kenmerke van "openness, fairness and impartiality" vertoon.

Die kommissie se standpunt was dat die tribunale nie met die gewone howe vergelyk kan word nie, maar ook nie as 'n deel van die betrokke staatsdepartement beskou moet word nie :

"We consider that tribunal's should properly be regarded as machinery provided by Parliament for adjudication rather than as part of the machinery of administration."

Ongelukkig bepaal die betrokke magtigende wette nie altyd uitdruklik dat die lede van tribunale nie ook lede van die staatsdiens mag wees nie.

Die Franks-kommissie het weldra sekere belangrike aanbevelings ten opsigte van die samestelling en funksionering van tribunale gemaak. Die volgende kan vermeld word :

- (1) 'n Toesighoudende en adviserende liggaam ten opsigte van die samestelling en funksionering van bestaande en toekomstige tribunale behoort ingestel te word. Hierdie liggaam, genoem die *Council on Tribunals*, behoort deur die Lord Chancellor aangestel te word en behoort aan hom en nie die Eerste Minister nie, verantwoording te doen.
- (2) Voorsitters van tribunale behoort deur die Lord Chancellor aangestel te word, terwyl die lede van die tribunale deur die *Council on Tribunals* aangestel word.
- (3) Voorsitters van tribunale wat as 'n instansie van appèl optree, behoort regskwalifikasies te hê.

⁷³ Franks kommissie 1957:2 & 3 "But over most of the field of public administration no formal procedure is provided for objecting or deciding on objections. For example, when foreign currency or a scarce commodity such as petrol or coal is rationed or allocated, there is no other body to which an individual applicant can appeal if the responsible administrative authority decided to allow him less than he has requested. Of course the aggrieved individual can always complain to the appropriate administrative authority, to his member of Parliament, to a representative organisation or to the press. But there is no formal procedure on which he can insist."

- (4) 'n Klerk behoort tot tribunale toegevoeg te word, maar hulle behoort nie toegelaat te word om by die beraadslagings van die tribunale teenwoordig te wees nie.
- (5) Die informele atmosfeer waarin tribunale hul werksaamhede verrig, behoort nie tot die onordelikheid van die prosedure wat gevolg word, aanleiding te gee nie. Die ideaal is om 'n formele prosedure met 'n informele atmosfeer te kombineer. Indien moontlik, behoort tribunale hul eie akkommodasie weg van enige staatsdepartement se kantore te hê.
- (6) Die individu behoort vroegtydig in kennis gestel te word van die belangrikste kwessies waarop hy homself voor die tribunaal moet verantwoord.
- (7) Verrigtinge van tribunale behoort in die openbaar plaas te vind, behalwe waar die openbare veiligheid of intieme persoonlike omstandighede dit anders noodsaak.
- (8) Tribunale behoort die bevoegdheid te hê om getuies te dagvaar en die eed af te neem.
- (9) Regsverteenwoordiging behoort toegelaat te word.
- (10) Belanghebbende partye behoort toegelaat te word om getuies te ondervra.
- (11) Redes vir beslissings behoort verskaf te word.
- (12) Appèl vanaf die beslissing van 'n tribunaal na 'n minister behoort nie toegelaat te word nie.
- (13) Belangrike beslissings van tribunale wat as appèlinstansies optree, behoort gepubliseer en onder laer tribunale gesirkuleer te word.

Afgesien van die kommissie se ondersoek na die samestelling en funksionering van tribunale, het die kommissie ook ondersoek gedoen na daardie gevalle waar dit aan 'n minister opgedra word om 'n beslissing te maak nadat besware van ontevredenes ontvang is, welke beslissing deur 'n spesiale voorgeskrewe prosedure voorafgegaan moet word. Die kommissie praat in hierdie verband van "administrative procedures involving an enquiry or hearing" en het veral die prosedures wat by die verkryging van grond gevolg het, in gedagte. Die bevindinge van die kommissie is nietemin ook vir ander soortgelyke prosedures van belang.

Die belangrikste aanbevelings van die kommissie rakende hierdie gedeelte van die ondersoek, kan soos volg saamgevat word :

- (1) Voor 'n openbare ondersoek behoort die betrokke owerheidsorgaan 'n geskrewe verklaring vry te stel waarin alle besonderhede rakende die aangeleentheid uiteengesit word.
- (2) Die verantwoordelike minister behoort, wanneer moontlik, voor die ondersoek 'n verklaring van die beleid wat ten opsigte van die besondere aangeleentheid toepassing vind, beskikbaar te stel. Omdat die kommissie aanvaar dat die minister ten opsigte van die breë beleid slegs aan die parlement verantwoordelik is, sou hy nie wou sien dat die minister se verklaring van beleid in die beperkte forum wat die ondersoek bied, gedebatteer word nie. Dit behoort die minister daarom vry te staan om te gelas dat sy verklaring van beleid geheel en al, of gedeeltelik, van die beraadslagings tydens die ondersoek uitgesluit word. Enige verandering in beleid na afhandeling van die ondersoek moet deur die minister verduidelik word.
- (3) Ten einde die onpartydigheid te verseker van die persone wat die ondersoek waarneem (inspekteurs), behoort hulle onder beheer van die Lord Chancellor geplaas te word en nie die betrokke departement nie.
- (4) Tydens die ondersoek behoort van die minister vereis te word om die voorgename administratiewe optrede met behulp van mondelinge getuienis toe te lig.
- (5) Die prosedure tydens die ondersoek moet eenvoudig en goedkoop, maar ordelik wees. Die *Council on Tribunals* moet die prosedure formuleer, en dit moet in wetgewing vasgelê word.
- (6) Die inspekteur behoort die bevoegdheid te hê om getuies te dagvaar en die eed af te neem.
- (7) Ten einde te verhoed dat amptenare ondervra word oor aangeleenthede ten opsigte waarvan die parlement die korrekte forum is, beveel die kommissie aan dat amptenare in die departement van die verantwoordelike minister getuienis behoort af te lê slegs oor alle aangeleenthede wat deur die verantwoordelike minister geïnisieer is.
- (8) Die verslag van die inspekteur behoort openbaar gemaak te word, omdat "publicity is in itself an effective check against arbitrary action."
- (9) Die minister se beslissing moet voldoende redes daarvoor bevat.
- (10) 'n Openbare ondersoek behoort voorkeur te geniet bo 'n ondersoek agter geslote deure.

Die belangrikste aanbevelings van die Franks-kommissie is vervat in die *Tribunals and Inquiries Act* van 1958, 1966 en 1971. Artikel 1(1) van die Wet skep 'n *Council on Tribunals*. Een van die funksies van die Council, ingevolge Artikel 1(1)(a) van die Wet, is "to keep under review the constitution and working of the tribunals specified in Schedule 1 to this Act ... and from time to time, to report on their constitution and working."⁷⁴

Die *Council on Tribunals* verrig egter goeie en belangrike werk. Wade maak verder die volgende stellings oor die werkverrigtinge van tribunale :

"Tribunals are conspicuous in administrative law because each of them has a limited jurisdiction and its errors are subject to the control of the High Court to the extent already described. This is an important aspect of the machinery of administrative justice, as was recognised in 1958 by the enactment of the *Tribunals and Inquiries Act*, now replaced by the *Tribunals and Inquiries Act*, 1971. The more satisfactory the tribunals are, the less judicial control will be required."⁷⁵

Wade stel hy dit soos volg :

"Tribunals are mainly a twentieth-century phenomenon, for it was long part of the conception of the rule of law that the determination of the questions of law, - that is to say, questions which require the finding of facts and the application of definite legal rules or principles - belonged to the Courts exclusively."⁷⁶

Ten spyte van die *Council on Tribunals* se gebreke, maak Wade die volgende opmerkings :

"But at least there is now a permanent body which can study and advise on problems of administrative justice as they arise, and that is a notable gain"⁷⁷

en

"The *Tribunals and Inquiries Act*, 1958 was preceded by the Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries (the Franks committee). This report made a full review of the subject and was the turning-point in its development. Previously tribunals had become too isolated from the rest of the legal system and the standard of justice had suffered. Implementation of the

⁷⁴ Verdere verpligtinge wat aan die Council on Tribunals opgelê is, word vervat in Artikel 1(1)(b). Dit is die taak van die Council "to consider and report back on such particular matters as may be referred to the Council .. with respect to tribunals other than the ordinary courts of law, whether or not specified in Schedule 1 of this Act" Artikel 1(1)(c) van die Wet dra dit aan die Council op "to consider and report on such matters as may be referred as aforesaid, or as the Council may determine to be of special importance, with respect to administrative procedures involving, or which may involve, the holding by or on behalf of a minister of a statutory inquiry, or any such procedure."

⁷⁵ Wade, 1982:776. In teenstelling met howe, bestaan tribunale om eenvoudige, vinnige, goedkoper en meer toeganklike geregtigheid te bewerkstellig.

⁷⁶ Wade, 1982:777

⁷⁷ Wade, 1982:762.

report did much to restore the situation. It has since been recognised that statutory tribunals are an integral part of the machinery of justice in the state, and not merely administrative devices for disposing of claims and arguments conveniently.”⁷⁸

Na die verslag van die Franks-kommissie en die daaropvolgende verskyning van die *Tribunals and Inquiries Act*, is daar 'n hele aantal verdere ondersoeke gedoen na die funksies en werksaamhede van die *Council on Tribunals* en die moontlike uitbreiding daarvan. In 1961 verskyn die sogenaamde Whyatt-verslag na 'n ondersoek deur 'n vrywillige organisasie genaamd *Justice*, die Britse afdeling van die *International Commission of Jurists*; in 1980 bring die *Council on Tribunals* 'n spesiale verslag oor sy werksaamhede uit, en in 1981 word 'n sogenaamde “discussion paper” deur *Justice* in samewerking met *All Souls College* gepubliseer, met die oog op die identifisering van gebreke in die administratiefregstelsel van die Verenigde Koninkryk. Ten spyte van die onbevredigende hantering van geregtelike hersiening in die Engelse Reg, was daar weinig twyfel oor die gronde aan die hand waarvan geregtelike hersiening toegepas is.

3.3 DIE AUDI ALTERAM PARTEM-REËL

In natuurlike geregtigheid is die stelling gevestig dat 'n man geen verlies van vryheid of eiendom kan lei as gevolg van die nie-nakoming van 'n geregtelike proses nie, behalwe waar hy eers die geleentheid gebied is om antwoorde te verskaf ooreenkomstig die saak wat teen hom ingebring is. 'n Afwyking kan plaasvind, wanneer die wetgewer hetsy uitdruklik, of inbegrepe, opdrag gegee het om teenstrydig met bogemelde voorbehoud op te tree. Van die vroegste gerapporteerde beslissings hieroor was summiere verrigtinge voor regters, waar die reël toegepas is. 'n Voorvereiste vir die geldigheid van bogemelde verrigtinge was die betekening van 'n dagvaarding op die party betrokke by die verrigtinge, nie alleenlik in strafregtelike aangeleenthede nie, maar ook in aansoeke vir beslaglegging en bevel vir die heffing van belasting en ander verwante heffings wat deur openbare liggame opgelê sou word. Regters wat summier voortgegaan het om 'n beslissing te maak, sonder dat daar 'n dagvaarding aan 'n party oorhandig is, was strafbaar deur die "*Court of Kings Bench*" vir wangedrag. In 1723 reeds is 'n *mandamus* uitgereik om dr. Bentley se akademiese kwalifikasies, waarvan hy by die Universiteit van Cambridge, sonder 'n dagvaarding ontnem is te herstel.⁷⁹ Dit het gevestigde gebruik geraak dat die verwydering uit 'n pos voorafgegaan moet word deur die uitreiking van 'n dagvaarding (klagstaat) en die hou van 'n verhoor, waar

⁷⁸ Wade, 1982:777.

⁷⁹ *R v Chancellor of the University of Cambridge* 1723(1) STR 557.

die kantoor (pos) vrye besit was of slegs vir 'n goeie rede ontruim moes word. Dagvaarding en verhoor sou nie plaasvind indien die party die pos uit eie keuse ontruim nie.

'n Negentiende-eeuse beslissing het bepaal dat die *audi alteram partem*-reël die optrede van arbiters, professionele liggame en vrywillige verenigings in die uitvoering van hulle dissiplinêre funksies sou beheer,⁸⁰ asook enige tribunaal of liggaam van persone wat bevoeg was om te beslis in enige aangeleenthede wat siviele nagevolge vir ondergeskiktes ingehou het. Die reël word steeds in hierdie omstandighede toegepas. 'n Persoon wat ontnem is van sy/haar lidmaatskap van 'n klub of soortgelyke organisasie of 'n vakbond, of wat verhoed is om deel te neem aan stemming deurdat hy/sy van die register verwyder is, of waar 'n lisensie herroep is as gevolg van wangedrag, of 'n aanduiding deur die handelsassosiasie dat hulle die persoon se noodsaaklike voorrade weerhou, is *prima facie* geregtig om die besluit deur die howe tersyde te stel. Tersydestelling sou nie plaasvind wanneer hy/sy voldoende kennis gegee is van die voorgenome optrede of die aantygung wat teenoor hom/haar gemaak is nie, en sou 'n billike kans gebied word om hom/haar te verdedig. Daar is aanduidings dat die *audi alteram partem*-beginsel kragdadig toegepas is, veral waar die sanksie wat mag volg 'n persoon van sy lewensbrood mag ontnem het of daar 'n klag aanhangig gemaak is wanneer 'n persoon in diskrediet geplaas is.

Natuurlike geregtigheid het beveel dat diegene wie se belang direk aangetas sou word deur 'n komende besluit, die geleentheid gebied word om vooraf kennis te kry en voldoende redes moes ontvang om aangehoor te word. Die tribunaal wat die saak aanhoor, moes geen belang by die saak hê nie en die tribunaal moes onbevooroordeeld wees. In die Klassieke Romeinse Reg kon die regter wat 'n verhoor sy eie verhoor gemaak het, aanspreeklikheid opdoen deur die benadeelde party op grond van 'n *quasi* delik.⁸¹

In die Engelse Reg doen 'n regter nie siviele aanspreeklikheid op indien hy die stelreël *nemo iudex in causa sua* nie verbreek nie. Nie-nakoming kan die regter egter weerhou om as regter te ageer en sy/haar bevinding kan tersyde gestel word op appèl, of by wyse van 'n aansoek om die bevel tersyde te stel (hersiening), of enige ander gepaste remedie waarvolgens die beslissing in die verband gedoen word.

Bracton⁸² skryf dat 'n regter nie veronderstel was om 'n saak te verhoor nie, indien hy/sy verdink is van partydigheid weens bloedverwantskap, verwantskap,

⁸⁰ Robson, 1951:391.

⁸¹ Justinianus, 1904:4, 5 pr. Kyk ook "Justinian codex", 3.5.1: *Ne quis in sua causa iudicet, vel jas sibi dicat*.

⁸² Cicero, 1984:F.412.

vriendskap of vyandiggesindheid/kwaaivriendskap, of weens sy ondergeskikte status teenoor 'n party, of omdat hy 'n party se advokaat was. Hierdie beginsels, wat Bracton uiteensit asof hulle alreeds deel van die gemenerereg was, was inderdaad gemenereregse reëls vir rekusering van verdagte regters, welke beginsels toegepas was deur die Engelse kerkregtelike howe en ook soos dit blyk, in Middeleeuse Skotse howe. Hierdie beginsels kom ooreen met die gronde vir diskwalifikasie van regters vir bevooroordeeldheid in die moderne Engelse Reg.

Daar blyk egter geen bewys te wees dat Bracton se breë stelling van Kanonieke Reg, as synde gemenerereg te wees, algemeen aanvaar en toegepas is deur sy opvolgers nie. Andersyds was dit 'n neergelegde feit dat daar vermoed is dat regters nie bevooroordeeld sou wees nie. Die beginsel dat 'n regter gediskwalifiseer sou word om 'n aangeleentheid aan te hoor, veral waar daar 'n groot mate van moontlikheid sou bestaan dat hy wel bevooroordeeld sou wees, is nie voor 1860 vasgelê nie. Bracton word nie in enige van die gesaghebbende Engelse beslissings hieroor aangehaal nie. Die gevolgtrekking kan gemaak word dat die oorwig van waarskynlikheid skerp oorgeleun het na die standpunt dat die gemenereregse reëls op enige stadium direk in die gemenerereg geïnkorporeer is. Dit wil voorkom of die regters dieselfde beginsels soortgelyk aan die beginsels van die Kanonieke Regsgeleerdes aangeneem het, nie by wyse van nabootsing van denke nie, maar dat die Engelse Regters onafhanklik na 'n regverdige en billike oplossing beweeg het.

Die traagheid van gewone regsgeleerdes om die leerstuk van diskwalifikasie van regters op grond van eie belang en bevooroordeeldheid te erken, word duidelik deur Coke se uitlating geïllustreer. Hy sê dat regters en regsgeleerdes, anders as regeerders, nie aangekla kan word op grond van 'n bewering deur Blackstone gemaak nie, wat van siening was dat dit 'n geldige en standvastige reël van die publieke beleid was. Lank voor Blackstone se bewering het die Ridder van Derby en die Burgemeester van Hereford, Sir Nicholas Bacon reeds ontdek dat die gemenerereg aan 'n regter nie toestemming verleen het om in 'n saak te beslis, waarby hy as regter 'n direkte geldelike of eiendomsregterlike belang gehad het nie.⁸³

Die feit dat 'n persoon nie regter in sy eie saak mag wees nie, is deur Coke as 'n fundamentele beginsel van die gemenerereg verhef. Hierdie stelreël is so belangrik dat Coke self voorgestel het dat dit verhef was bokant 'n Wet van die parlement. Hy bevestig dit deur 'n saak waar die Kanselaryhof (*Court of Chancery*) 'n beslissing

⁸³ Vir ander vroeër gerapporteerde sake, sien ook die *Focham Tiling-Saak* 1705(2) SALK, 607 (die Landmeter tree op as "regter" in 'n aangeleentheid wat sy kantoor raak); *Company of Mercers and Ironmongers of Chester v Bowker* 1725(1) STR, 639 ('n lid van die maatskappy neem die ampte van burgemeester sowel as lid van die hof op, voordat uitspraak gelewer word); *Great Charte v Hemmington* 1742(2) STR, 1173 (regter in vervoer-saak het ook 'n belang as plaaslike belastingbetaler).

gegee het dat die regter in Chester onbevoeg was om in 'n geding te beslis, waar hyself 'n party was.⁸⁴ In die saak van dr. Bonham⁸⁵, waar die hof ondersoek ingestel het rakende 'n beslissing van die *College of Physicians* om van sy lede te beboet vir wanpraktyke, beslis die hof dat die seniors van die Kollege nie regters, dienaars en partye tot die verrigtinge kan wees nie "... *quia aliquis non debet esse iudex in propria cause...* ." en dat 'n persoon nie regter en prokureur vir die partye kan wees nie. Te meer, waar 'n Wet van die parlement teenstrydig is met gemenereg of rede, óf onverenigbaar, óf onmoontlik is om dit uit te voer, sal die gemenereg dit kontroleer, en oordeel dat die optrede of handeling nietig is. "So if any Act of Parliament gives to any to hold, or have conusans of all manner of pleas arising before him within his manor .. yet he shall have no plea, to which he himself is party, for, as hath been said, *iniquim est aliquem suae rei esse iudicem.*"⁸⁶ Soortgelyke idees is weergegee deur Hobart en Holt. Dit is te betwyfel of 'n hof uitsluitlik op die grondslag dat dit 'n party 'n regter in sy eie saak maak wetgewing nietig sal verklaar. Daar kan geargumenteer word dat Coke slegs van siening was dat wetgewing wat op so 'n wyse saamgestel is, streng uitgelê moet word om sodoende 'n blote absurditeit te vermy. Die parlement is bevoeg om, ingevolge wetgewing, 'n party regter in sy eie saak te maak. Dié aspek is vir 'n geruime tyd nie betwis nie, maar die howe sou voortgaan om ingevolge gemeenregtelike tradisie te weier om so 'n samestelling van wetgewing te aanvaar en sou 'n ander interpretasie aan die wetgewing verleen, indien die wetgewing vatbaar was vir 'n alteratiewe interpretasie.

In die ontwikkeling van moderne reg, rakende die diskwalifikasie van geregtelike dienaars op grond van eie belang en bevooroordeeldheid, het die hoër howe altyd daarna gestrewe om die beginsel "that it is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done", toe te pas, sonder om enigsins krediet te verleen aan die verkeerde siening dat dit uiters belangrik is dat geregtigheid klaarblyklik nagekom sal word, in plaas daarvan dat dit inderwaarheid wel nagekom is. Die klem het derhalwe verskuif vanaf die voorskrifte van die natuurreg na die meer subtiële verfyning van die openbare beleid. Ten einde te verseker dat die vertroue van die publiek in die regsisteem behoue bly, sal geen persoon wat 'n party is tot hofverrigtinge of regsverrigtinge, en wat 'n direkte geldelike belang daarby het, deur die gemenereg toegelaat word om in hierdie verrigtinge te beslis nie.

Die reël teen bevooroordeeldheid is gemaklik algemeen aangewend op funksies van vrederegters, hetsy in 'n judisiële of administratiewe hoedanigheid. Op hierdie wyse

⁸⁴ *Egerton v Lord Derby* 1613(12) CO. REP. 114.

⁸⁵ *Dr Bonham's case* 1938(54) L.Q.R. 543. (Hofsaak verwysing 8 Co.Rep. 107a, 114a C.P. 1610).

⁸⁶ 1610(8) Co. Rep. 113b, 118. See also Co. Litt. 141a.

was die reël geredelik aangeneem as administratiewe optrede. Hiervolgens is daar in die agtiende en negentiende eeu, gedurende die tydperk toe plaaslike regering meestal in die hande van regters beland het, is baie van die beslissings van die plaaslike owerheid tersyde gestel as gevolg van bevooroordeeldheid in sake soos hoofwegadministrasie, swak regsadministrasie en dranklisensiering.

3.4 GEREGETELIKE HERSIENING: REDELIKHEID / PROPORSIONALITEIT (EWEREDIGHEID)

Die uitspraak van Lord Greene M.R. in *Associated Picture House Limited v Wednesbury Corporation*⁸⁷ is 'n gesaghebbende uiteensetting van die algemene beginsels betreffende regterlike hersiening vir die misbruik van 'n diskresie reël. Hierdie algemene beginsels het bekend gestaan as die "Wednesbury Principles" en Lord Greene M.R. se uiteensetting daarvan is goedgekeur deur die House of Lords in onder andere *Fawcett Properties Limited v Buckingham County Council*⁸⁸ en in *Newbury District Council v Secretary of State for the Environment*.⁸⁹

Die term "growwe onbillikheid/onredelikheid" ("gross unreasonableness") word nie net in die Engelse Reg as grond vir geregtelike hersiening gebruik nie. Ook sonder die identifisering "gross" verg die begrip van "onredelikheid" 'n hoë mate van verdediging aan die kant van die regters teenoor die optrede van die administrasie. Na aanleiding van die Wednesbury-saak in 1947 is na die begrip "onredelikheid" verwys as "Wednesbury-onredelikheid" ("Wednesbury unreasonableness"). Die hofspraak het 'n formule na vore gebring, dat regters nie goedsmoeds kan inmeng in 'n uitspraak slegs op grond van die meriete daarvan nie, behalwe waar die beslissing so "onredelik" is, dat geen redelike gesagsliggaam ooit tot so 'n besluit sou kom nie.

Dit is nie 'n eenvoudige definisie nie, maar dit poog om die boodskap oor te dra dat regters nie maklik mag inmeng in die wesenwoord of kern van 'n administratiewe beslissing nie. Hulle moet dit nie doen bloot op grond van die feit dat hulle self tot 'n ander gevolgtrekking of beslissing sou kom nie. Geregtelike hersiening verskil hier van appèl op grond van die meriete van die saak. Maar Wednesbury-onredelikheid het drastiese beperkings as praktiese toets. Behalwe vir die onduidelikheid wat aan die beginsel gekoppel is as tautologiese definisie, blyk dit dat hulle slegs sal inmeng indien die besluitnemer verhard of eiewys opgetree het, of totaal van sy/haar sinne beroof is. Die nadeel aan die reël verbonde, is dat dit maklik die geleentheid skep vir regters om hulle eie voordeel toe te pas en om redes van beleid onder die sambreed van Wednesbury in te meng.

⁸⁷ 1948(1) KB 223.

⁸⁸ 1961 AC 636.

⁸⁹ 1981 AC 578.

Onlangse pogings is egter aangewend om die begrip "redelikheid" te verbeter. Lord Diplock het in 1985 in plaas van "reasonableness", die term "irrationality" voorgestel, wat toegepas kan word as "a decision which is so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards, that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it.". Hierdie term het gou inslag gevind.

'n Goeie voorbeeld is die saak van *Kruse v Johnson*⁹⁰, waarin Lord Russel van Killowen C J hom soos volg uitlaat dat 'n plaaslike owerheid se bywette deur die howe welwillend uitgelê moet word, maar wel vir onredelikheid tersyde gestel kan word. In die volgende gevalle kan die bywette teenoor verskillende klasse van die gemeenskap partydig of ongelyk bevind word :

- (a) Waar die bywette openlik onregverdig is; of
- (b) Waar die bywette op 'n onderdrukkende of ongegronde manier inmeng met die regte van diegene onderworpe aan die wet.

Behalwe vir bogemelde poging om die hoofbeginsels van onredelikheid te spesifiseer, het Engelse Regters dit nie as noodsaaklik of gewens geag om aparte kategorieë van onredelikheid uit te spel nie. Dit het wel plaasgevind in Europese regsisteme en in die ontwikkeling van die Europese gemeenskap, waar standarde van substansiële regspublieke administrasie toegepas word binne die raamwerk van algemene beginsels van die reg ("general principles of the law"), bekend as regsekerheid, gelykheid en eweredigheid.

Verskeie onlangse pogings is in die Engelse Reg aangewend om die begrip "onredelikheid" te herformuleer as "a decision so unreasonable that no person acting reasonable could have come to it",⁹¹ of 'n besluit wat die kreet uitroep : "My Goodness, that is certainly wrong!". Sodoende word gepoog om aan te dui watter tipe optrede werklik kwalifiseer om binne die raamwerk van die konsep "onbillikheid" in te pas. Die pogings moet slegs gesien word om riglyne daar te stel om die afbakeningsgebied van onredelikheid daar te stel.



⁹⁰ 1898(2) QB 91.

⁹¹ Rubenfield, 1998:305.

Hoofstuk 2

DIE ONTWIKKELING VAN DIE BEGRIP “ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID” IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG, MET VERWYSING NA DIE NUWE KONSTITUSIONELE BEDELING

1. ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID

In Hoofstuk 2 word daar eerstens stilgestaan by die ontwikkeling van die begrip administratiewe gerechtigheid aan die hand van die vroeë Suid-Afrikaanse Reg, met ander woorde, die reg voor die inwerkingtreding van die Interim-Grondwet.

Tweedens word gekyk na die begrip “administratiewe gerechtigheid” met spesifieke verwysing na die nuwe konstitusionele bedeling.

In aansluiting by Hoofstuk 1, kan daar veral verwys word na wat Rubenfield in 'n artikel “*Freedom and Time*”⁹² sê :

“We can never govern ourselves here and now, by our present voice. Past and future are always present in this voice, tearing apart its immediacy, rendering impossible even in principle, even as regulative ideal, the conception of self-government as government by our present will.

Firstly, who are we - we who are to govern ourselves through a democratic process of will-formation? This we cannot announce itself, not in its own present voice, because a prior determination of its boundaries, its rules of inclusion and exclusion, is necessary to identify an expression of its will as an expression of its will. Self-government requires the determination of this we to have already inscribed itself into the governing institutions of a going polity. This we will have been the product of a history, a constitutional struggle, a struggle for law - usually at the cost of considerable blood and fortune. (All this would be as true for a world government as it is for nation-states). We who are to govern ourselves cannot define ourselves in the here and now, we must inherit our identity. To be who we are, therefore, we must be governed by the past. This is the significance of Derrida's statement that ‘the being of what we are is first of all inheritance, whether we like it or know it or not’.”⁹³

⁹² Rubenfield, 1998:291-311.

⁹³ Derrida, 1994:54.

2. DIE ONTWIKKELING VAN DIE BEGRIP “ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID” IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

Om die ontwikkeling van administratiewe gerechtigheid teen die agtergrond van die Suid-Afrikaanse Reg beter te kan verstaan, is dit onvermydelik om nie vir 'n wyle stil te staan by die gemenerereg nie.

2.1 GEMENEREG

Van der Merwe maak die volgende opmerking :

“Die gebrekkige bronnemodel is nie die volle verhaal nie. Wat ontbreek is die vestiging van 'n breër regsteoretiese model aan die hand waarvan die gemenerereg en die gepaard gaande gemenerereg vinding na die aard daarvan gepeil kan word. Wat is dit wat nagevolg word wanneer verklaar word, 'n studie van die gemenerereg gaan onderneem word? Hoe verwerf die navorser kennis omtrent dit waaruit die gemenerereg bestaan? Eers wanneer hierdie vrae aangespreek is, kan die gesagswaarde van die onderskeie kenbronne van die gemenerereg en die geldigheid van regsvindingsmetodes ten aansien van die gemenerereg na behore geskat word.”⁹⁴

Daar word groot gewag gemaak dat ons die trotse erfgename is van die Europese romanistiese regstradisie, wat deur Engelsregtelike persepsie en “modifications” (in die “growth of every living system of law” onafwendbaar) tot gemenerereg omvorm is.

In sy boek skryf Bertrand Russell⁹⁵ die volgende oor Plato : “It has always been correct to praise Plato, but not to understand him. This is the common fate of great men”. Dit wil voorkom ook die lot van die Suid-Afrikaanse gemenerereg te wees.

Wetgewing en regspraak moet egter as bronne benut word. Die kundige regsbeoefenaar moet vertrou wees met die vaardighede wat wetsuitleg en die toepassing van die presedentestelsel verg. Wanneer die regsbeoefenaar die gemeneregbronne toepas, veroorloof die persoon hom/haarself meer as net 'n tikkie intellektuele permissiwiteit en vertoon die resultaat van die bronnebenutting meermale een of meer van die gebreke wat 'n regsgeleerde so hard probeer om uit sy/haar denkmondering te weer : selektiewe bepaling van gesagswaarde, oppervlakkigheid, denkspronge en 'n gebrek aan konsekwentheid.

Regsgeleerdes het na meer as 'n anderhalfeeu van gerapporteerde regspraak en amper 'n eeu van inheemse akademiese regsbeoefening in Suid-Afrika, steeds nie 'n teoretiese bronnemodel vir die gemenerereg ontwikkel nie. Hierdie teoretiese

⁹⁴ Van der Merwe, 1992:730.

⁹⁵ Russell, 1996:122.

bronnemodel moet voldoen aan “consistency and coherence”. Klaarblyklik was daar nie 'n dringendheid om so 'n model te vestig nie.

Van der Merwe sê dat 'n mens se indruk onwillekeurig is dat regters (en ander regsgeleerdes) deur die jare die gemenerereg as 'n soort reuse-supermark benader het. In die supermark is daar 'n voorraad reëls, beginsels en leerstukke afkomstig van vele vervaardigers. Dit word op die rakke van die eeue aangebied en is beskikbaar op aanvraag vir die regte verbruiker volgens sy/haar voorkeur.

In die huidige Suid-Afrikaanse regsisteem vind ons dat nie net die wetgewer nie, maar ook die Hoë Hof inderdaad hul bevoegdheid uitoefen om te verklaar dat Romeins-Hollandse Reg die gemenerereg is met betrekking tot sekere gebiede van die reg. Deur dit sodanig te doen word 'n aparte stel juridiese norme geskep, waaruit bindende reëls dan na vore tree. Terwyl die Romeins-Hollandse Reg male sonder tal uitdruklik die gemenerereg gemaak is in besondere gevalle, het die howe ook verskeie kere uitdruklik bepaal dat Engelse Reg die alternatiewe gemenerereg is. Dit is duidelik dat die idee wat ontstaan het dat die enigste rol van Engelse Reg is om 'n verwysingsraamwerk daar te stel, verkeerd is. Die persepsie van Engelse Reg is 'n proses wat steeds voortgaan - 'n proses wat gevolg het dat die rolle wat deur beide die Engelse Reg en die Romeins-Hollandse Reg in verhouding met die Suid-Afrikaanse Reg vertolk word, identies van aard is.

'n Klassieke voorbeeld word gevind in die hofsaak van *Letterstedt v Morgan*⁹⁶. Die eerste hoofregter wat aangestel was tot die nuutgestigte Hoë Hof van die Kaapkolonie ingevolge die "First Charter of Justice", Sir John Wylde, het die volgende te sê gehad in antwoord op die Prokureur-Generaal se aanhaling vanuit die Romeins-Hollandse gesag, ter ondersteuning van die standpunt dat regters hulself moet rekuseer :

“Quote what Dutch or Roman books you please - musty or otherwise - and they must be musty if they lay down such doctrines. I belong to a higher court than they refer to - a court not paralysed by either authority, much less by the maxims of philosophers dozing over the midnight lamp in their solitary chambers. My Queen has sent me here to administer justice under the Royal Charter and the practices of the courts of Flanders, Batavia or Trinidad are no authority to me.”

Nadat hy toegegee het dat daar wel sommige invloedryke beginsels in die Romeins-Hollandse Reg te bespeur was, en dat die beginsels hulle eie lig uitstraal, gaan hy voort:

⁹⁶ 1849(55) 373.

“But when you speak of the Institutions of Holland and of binding myself down by the practice of Dutch Courts - I absolve myself from that bondage, I look to my Charter, to my duty ... I therefore say that they are no authority for us, and although my pen laboured to follow the scrutiny of my learned friend, as I put them down in my book, I have them like visions, like mere spectral shadows in my mind.”

In die bekende *Trust Bank van Afrika Beperk v Eksteen*-saak stel Hoofregter Steyn dit soos volg :

“Die beskouing dat ons eie outoriteite deur hierdie en dergelike uitsprake regtens of vir alle praktiese doeleindes vervang is deur Engelse gewysdes, met die meegaande implikasie dat ons howe, en ook hierdie hof aan Engelse gewysdes gebonde is, sou ek as klaarblyklik en geheel en al ongegrond moet verwerp. Geen Hof, ook nie hierdie hof nie, besit die bevoegdheid om ons gemenerereg met die reg van enige ander land te vervang nie. Dit kan alleen die wetgewer doen.”⁹⁷

Hierdie stelling is vatbaar vir kritiek. Daar is gedeeltes van ons reg wat deur wetgewing gebaseer op die Engelse Reg beheer word. Wanneer hierdie wette toegepas word, steun die hof natuurlik inderdaad op Engelse uitsprake. Die verwysing na die Engelse beslissing word menigmaal geregverdig op die basis van presies dieselfde bewoording in die wetgewing, maar ook die feit dat Engelse gewysdes aangehaal word, asof hulle Suid-Afrikaanse beslissings is.

Daar moet veral nie uit die oog verloor word nie, dat toe die Grondwet opgestel is, daar in die besonder gelet is op die konstitusies van ander lande. Artikel 8 van die Finale-Grondwet verwys nogmaals na die ontwikkeling van die gemenerereg .

Artikel 8(3) bepaal :

"By die toepassing van 'n bepaling van die Handves van Menseregte op 'n natuurlike of regspersoon ingevolge subartikel (2)-

- (a) moet 'n hof, ten einde gevolg te gee aan 'n reg in die Handves die gemenerereg toepas, of indien nodig ontwikkel, in die mate waarin wetgewing nie aan daardie reg gevolg gee nie; en
- (b) kan 'n hof reëls van die gemenerereg ontwikkel om die reg te beperk, mits die beperking in ooreenstemming met Artikel 36 (1) is."

Dit wil dus voorkom of die wetgewer bewus was van die probleem watter regstelsel weldra as gemenerereg beskou moet word, en dat daar voorsiening gemaak is vir 'n wyer vertolking en ontwikkeling van die gemenerereg. Die wetgewer het hiervoor

⁹⁷ 1964(3) SA 402 (A) 410-411.

voorsiening gemaak in beide Artikels 8 en 35 van die Grondwet. Welke houding die hof in elk geval inslaan ten opsigte van die interpretasie van die gemenegereg en die uitbreiding daarvan, sal dit moet geskied aan die hand van administratiewe geregtigheid.

2.2 ADMINISTRATIEWE GEREGTIGHEID IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

In die saak *In Re Dube* maak Regter Didcott die volgende stelling :

“Parliament has the power to pass the statutes it likes, and there is nothing the Courts can do about that. The result is law. But that is not always the same as justice. The only way that Parliament can ever make legislation just is by making just legislation.”⁹⁸

Gesien teen die agtergrond van die geskiedenis van die Suid-Afrikaanse Regstelsel, het die parlement nie “just legislation” daargestel nie. Regter King maak die volgende uitlating in *S v Adams* :

“An Act of Parliament creates law but not necessarily equity. As a judge in a Court of law, I am obliged to give effect to the provisions of an Act of Parliament. Speaking for himself and if I were sitting as a court of equity, I would have come to the assistance of the appellant. Unfortunately, and in an intellectually honest approach, I am compelled to conclude that the appeal must fail.”⁹⁹

Menige regters het sekerlik in die verlede hulself in bogemelde situasie bevind. Administratiewe geregtigheid moes male sonder tal gebuk gaan onder die soewereine wil. Dit kan verder toegelig word met ’n aanhaling uit die artikel van F Müller :

“In the democratic constitutional state, law is the normative expression of the parliamentary process, in which different interest groups take part. Thus social reality and situative dependency seem to be inherent in the law of today. A consequence of this is a special methodical understanding of “unjust law.” When I refer to ‘unjust law’ in the following, I will not only refer to ‘unjust law’ in the usual sense as a burning theme and injustice, but also to every law which does not lead to a ‘just’ decision in the individual case. This identification between ‘unjust’ and ‘not just’ is legitimised by the individual-orientated understanding of the *Grundgesetz*.”¹⁰⁰

⁹⁸ 1979(3) SA 820 (NPD) by 821.

⁹⁹ 1979(4) SA 793 (T).

¹⁰⁰ Müller, 1985:152.

Die algemene probleem van geregtigheid in 'n moderne demokrasie is verwant aan die probleme van 'n multifunksionele staat. In 'n welsynstaat van die 20ste eeu sal wetgewing deurdring na gebiede soos die welsyn en veral die ekonomiese lewe. Dit bring 'n verlies mee aan die geldigheid van 'n klassieke grondwetlike konsep van die reg, 'n konsep gebaseer op die fundamentele verskil tussen reël en optrede : Die reël word gesien as 'n funksie van die wil van 'n verkose parlement, terwyl optrede geormerk is as 'n funksie van 'n doelgerigte wil van die administrasie. 'n Wetgewer wat homself verbind aan die promulgasie van algemene reëls en dan die individuele doelgerigte optrede aan die administrasie oorlaat, voorveronderstel dat sosiale lewe deur inherente magte beweeg word. Die wetgewer van die 20ste eeu maak egter self meer en meer wette wat spesifiek ontwerp is om aandag te skenk aan individuele probleme en spesifieke kritieke situasies.

Vandag verander wette sosiale behoeftes en ongeregtheid, reguleer na-oorlogse probleme en beveg ekonomiese "bottelnekke". Wette word soms gerig op sekere, min of meer verkose groepe persone en is van algemene waarde, slegs indien daar na die relevante persone se objektiewe eienskappe verwys word.

Die vraag kan egter gevra word welke invloed die vorige parlementêre bestel gespeel het in die ontwikkeling van die administratiewe geregtigheid.

A.V. Dicey is wyd gekritiseer vir die onvoldoende ontwikkeling van die Engelse administratiefreg, en so ook indirek vir die gebrek aan ontwikkeling van ons eie administratiefreg. Vir Dicey is publieke mag deur die parlement gekanaliseer, en aangesien die parlement die wil van die bevolking deurgegee het, het laasgenoemde (deur die parlement) in effek die uitvoerende gesag gekontroleer. Alhoewel laasgenoemde grondwetlik alvermoënd was, het Dicey geglo dat die parlement nie teenstrydige wetgewing sou aanneem nie. Die demokratiese model van Dicey het die administratiewe komponente met groot agterdog bejeën, aangesien hulle regulering van aksies beskou is as 'n afwating van die almag van die gewone wetgewing wat deur die parlement aangeneem is.

Dit wil voorkom of die regters wat geskoold was volgens die Engelse tradisie die gewone howe en wetgewing beskou het as verhewe bo alle vorme van regsvoorming. Hulle funksie was eerder die beskerming van die parlement se wetgewende monopolie.

Die effek van die model van Dicey word duidelik deur Craig beskryf :

“Those who dislike such social intervention, including Dicey, tended to view the agencies applying such laws with suspicion. The predominance accorded to the “ordinary law” applied by the “ordinary Courts” was envisaged as a means of controlling these agencies and of maintaining judicial supervision over the

substantive policies which they applied. The paramount function of a court was essentially negative, to ensure that the agency does not make mistakes by exceeding the powers granted to it.”¹⁰¹

Om administratiewe geregtigheid te bevorder, lê die oplossing egter nie in hierdie sogenaamde “traditional portion of accountability” nie.

Die taak van ’n moderne sisteem van administratiefreg is nie om ’n gewilde vorm van toerekenbaarheid uit te roei nie, maar om dit te versterk, en om sodoende te verseker dat daar groter publieke deelname en kontrole oor die uitoefening van publieke mag is.

In ’n insiggewende artikel met die op skrif “*Ons Regswetenskaplike Verbondenheid Met Europa*” skryf J.C. van der Walt die volgende oor die geskiedenis van ons regstelsel :

“Die geskiedenis en die aard van ons regstelsel bepaal dat ons ’n onlosmaaklike band met die Europese regswetenskap en regskultuur het. Dit is ’n verbondenheid wat ons ten alle koste moet handhaaf en uitbou. Die enigste moontlike basis vir so ’n handhawing en uitbouing is die kwaliteit, die wetenskaplike uitnemendheid van ons wetenskaplike bydrae tot die voorfronte van regswetenskaplike ontwikkeling. Die unieke aard van ons regstelsel, ons wye wetenskaplike horisonne, bied ons die geleentheid om nie slegs op die eie stelsel te fokus nie, maar om deur ’n intensiewe beoefening van regsvergelyking en regsteoretisering ’n bydrae tot die internasionale regswetenskaplike debat te lewer.”¹⁰²

Behalwe ’n algemene strewe om by regsforming geregtigheid te bereik, kan in die proses van regsforming riglyne en begrippe in die materiële regsnorme self ingebou word, wat by die toepassing daarvan die geregtigheid bevorder. Ons oorgelewerde gemenerereg getuig van die belangrikheid van hierdie metodiek. Ons materiële reg wemel van algemene begrippe soos die *boni mores*, regsgevoel van die gemeenskap, openbare belang, openbare beleid, natuurlike geregtigheid, goeie trou, redelikheid en billikheid, wat almal in die toepassing van norme die potensiaal bied om individuele geregtigheid te laat geskied. Dit was juis die voorkoms en benutting van hierdie begrippe wat die afgelope twee, drie dekades ’n groot bydrae gemaak het tot ’n kragtige ontwikkeling van ons regstelsel in ’n soepele instrument om reg en geregtigheid te laat geskied.

Ongelukkig kan ons nie ons statutêre regsforming sonder meer sulke lof toeswaai nie. Die voorkoms van talle wetlike voorskrifte met klaarblyklik diskriminerende

¹⁰¹ Graig, 1989:12.

¹⁰² Van der Walt, 1988:9.

oogmerke en uitwerking, is die produk van 'n wetgewer wat die strewe na die ideaal van geregtigheid bewustelik nie nagekom het nie. Die gevolglike onreg en ongeregtigheid is en bly 'n historiese skandvlek op ons regsisteem.

2.2.1 KLASSIFIKASIE VAN FUNKSIES

Die natuurlike vloei en ontwikkeling van administratiewe geregtigheid is in die verlede veral gestrem deur die howe se benadering om administratiewe funksies te kategoriseer.

Professor Robson laat hom hieroor soos volg uit :

“The process of classification is one of the principal elements in the ‘artificial’ reason of the law. The demand for reduction of material into easily manageable categories makes broad classification a necessity. Categories are here adopted for legal purposes alone, and are an aid to objectivity. Moreover ‘evidence’ can acquire its proper importance only if it comes before us marshalled by general ideas.

Because the law is concerned with existing facts and circumstances, the categories that are created by the process of classification can at most be a synthesis of relevant material : the law, at least in practice, is not concerned with abstract concepts. Thus, for example, when proceedings are labelled ‘judicial’, the term is being used in a descriptive sense to describe proceedings that bear certain characteristics in whole or in part, which have relevance for the purpose at hand. They are judicial for that purpose alone.”¹⁰³

Baxter is van mening dat hierdie klassifikasieproses simplisties en misleidend is.

“Once an administrative act has been labelled, the legal rules and principles applicable to it are supposedly clear. But the scheme of classification which has been adopted is in truth simplistic and misleading. It reflects more accurately attitudes of judicial activism or restraint than the relevant characteristics of the act in question, and the process of classification has led to a form of sterile conceptualism in which categories and concepts which were originally adopted as convenient descriptive labels have come to be regarded as the original data themselves: the labels approximately describing particular

¹⁰³ Robson, 1951:391.

characteristics have been mistakenly adopted as complete descriptions of all the characteristics of the act in question.”¹⁰⁴

Dit is egter duidelik dat hierdie klassifikasieproses probleme teweeggebring het.

Die howe het met verloop van tyd gepoog om die groot verskeidenheid administratiewe handeling binne 'n vasgestelde aantal kategorieë in te deel, welke kategorisering grootliks geskoei is op die *trias politica*.¹⁰⁵

Die rasionaal hieragter was dat sodra die handeling binne 'n vasgestelde groep geklassifiseer was, die regsreëls en beginsels wat daarop van toepassing sou wees, ook duidelik sou wees. Hierdie klassifiseringsproses het egter talle praktiese probleme opgelewer, aangesien dit 'n ooreenvoudiging en andersyds ook totaal misleidend was. Indien die klassifikasie bloot gesien was as 'n metode waardeur ingewikkelde data georganiseer en saamgevat kan word en waardeur beperkte hulp en riglyne verskaf sou kan word, sou dit waarskynlik minder problematies gewees het. Ongelukkig het die wyse waarop 'n bepaalde handeling geklassifiseer was, ernstige gevolge gehad. Die klassifikasie het soms uitsluitlik bepaal hoe daar verder met 'n betrokke handeling gehandel sou word.

Dit is algemeen aanvaar dat die reëls van natuurlike geregtigheid toegepas moes word, indien 'n kwasi-judisiële handeling toegepas is, terwyl dit nie die geval was waar 'n suiwer administratiewe handeling toegepas is nie.

Wiechers het reeds in 1966 uitgewys dat die onderskeid tussen kwasi-judisiële en administratiewe handeling onnodig is en uit die reg geweer moes word.¹⁰⁶ Sy voorstel was dat die leemte wat daardeur gelaat sou word, relatief eenvoudig opgelos sou kan word, deur slegs van administratiewe handeling te praat, maar om dan elke administratiewe handeling na sy werklike geartheid te onderskei, met ander woorde, om elke handeling afsonderlik op meriete te beoordeel.

Matzukis het by geleentheid die volgende geskryf aangaande die klassifisering van handeling :

¹⁰⁴ Baxter, 1984:344 “It has been forgotten that classification is simply a method by which complex data is organised for the purpose of analysis and comprehension, and that no more than limited assistance is to be derived from the classificatory labels. A brief consideration of how the labels have been employed will demonstrate the resulting confusion.”

¹⁰⁵ Die “trias political of the doctrine of separation of powers” het die basis gevorm van die klassifikasie sisteem. Die etikette “legislative, judicial and administrative” is aangeneem tesame met variasies soos “semi” of “quasi-judisiel”, “suiwer administratief” en “ministerieel”.

¹⁰⁶ Wiechers, 1966:212. Hy het toe reeds gemaak dat gewaak moet word om nie die kar voor die perde te span en te sê dat die reëls nagekom moet word, omdat dit 'n kwasi-judisiële handeling is nie. Hierdie vermaning was egter tevergeefs, aangesien dit later juis so geïnterpreteer is.

“It cannot be doubted that the distinction causes confusion and gives rise to anomalous results, yet our courts at times exhibit a mystifying attraction to it.”¹⁰⁷

Hoekom het die hof egter so moeilik gevind om die klassifiseringsproses finaal te laat vaar?

In die bekende hofsaak van *Pretoria North Town Council v A1 Electric Ice Cream Factory*¹⁰⁸ is duidelike tekens te vinde dat die hof met verloop van tyd wel daarin sou slaag om finaal af te sien van die gebruik van kwasi-judisiële kategorieë. In hierdie saak het die regter in stede daarvan om die verpligte toepassing van die reëls van natuurlike geregtigheid te toets aan die hand van die teenwoordigheid van 'n kwasi-judisiële handeling gesê dat, aangesien 'n diskresie uitgeoefen is waardeur die onderdaan se regte aangetas is en die magtigende bepaling nie die toepassing van die reëls van natuurlike geregtigheid insluit nie, die reëls inderdaad toegepas moes word.

Die Regskommissie het egter 'n poging aangewend om die onsekerheid met betrekking tot die kategorisering van administratiewe handeling uit die weg te ruim. In hul ondersoek na geregtelike kontrole van administratiewe optredes skenk hul ook hieraan aandag en beveel aan dat die kategorisering van administratiewe handeling as kwasi-judisiel, of suiwer administratief, verwerp moes word.

Gedurende dieselfde jaar waarin die werksdokument van die Suid-Afrikaanse Regskommissie verskyn het, is in *Castel v Metal and Allied Workers Union*¹⁰⁹ beslis dat waar daar geen regte geaffekteer is nie, daar geen reg bestaan om aangehoor te word nie.

Forsyth spreek tereg sy teleurstelling uit met hierdie beslissing en skryf dat, aangesien geen bestaande regte aangetas was nie, dit nie beskou was as 'n kwasi-judisiële handeling nie en dat die reëls van natuurlike geregtigheid nie toegepas was nie.¹¹⁰ Dit sou waarskynlik tot 'n totale ander standpunt aanleiding gegee het, indien die toets soos omskryf in die Pretoria North Town Council-saak, toegepas is.

Die Appèlhof het uiteindelik finaal ingegryp in die saak van *Administrator, Transvaal v Traub* en die gebruik van die kwasi-judisiële kategorisering verwerp.¹¹¹ In hierdie beslissing is vermeld dat die kategorisering en die

¹⁰⁷ Matzukis, 1986:53.

¹⁰⁸ 1953(3) SA 1 (A).

¹⁰⁹ 1987(4) SA 795 (A).

¹¹⁰ Forsyth, 1990:387.

¹¹¹ 1989(4) SA 731 (A).

toepassing daarvan vanaf die Engelse Reg afkomstig is. Die Engelse Reg het in die saak van *Ridge v Baldwin*¹¹² self met die toepassing daarvan weggedoen. Daar is egter daarna verwys dat kwasi-judisiële optrede gedefinieer word in terme van die effek wat die beslissing op die individu het en dat indien dit inderdaad die korrekte werkswyse is om te volg, die hof eweneens hierdie stap kan oorslaan en direk oorweging daaraan skenk om te bepaal of die besluit die individu nadelig tref.¹¹³

Viljoen in “*Nogmaals Traub*” skryf die volgende aangaande die Traub-saak:

“Dit is my oortuiging dat met die gees van hervorming wat tans oor die land spoel, daar ook ’n eerlike begeerte na billike owerheidsopptrede in die staat is en dat die howe ’n deurslaggewende rol te speel het in die vervulling hiervan. Die Appèlhof het nou die grondslag gelê ter bereiking van hierdie ideaal.”¹¹⁴

Die beslissing rakende kategorisering van administratiewe handeling soos vervat in die Traub-saak is weer eens bevestig in *South African Roads Board v Johannesburg City Council*¹¹⁵ waar A.R. Milne onder andere verklaar :

“It seems to me that such a departure from formal classification as a criterion not only would be in accordance with modern trends in administrative law but also would provide a more rational foundation for the application of the rules of natural justice in this area.”

Carpenter spreek die hoop uit dat hierdie spook van kwasi-judisiële optrede nou uiteindelik ter ruste gelê sal kan word. Na verwagting sal hierdie kategorisering nie dadelik verdwyn nie, maar kan aanvaar word dat dit nog steeds van tyd tot tyd sy kop sal uitsteek. In die saak van *Ngema v Minister of Justice, Kwa Zulu; Chule v Minister of Justice Kwa Zulu*¹¹⁶ het die begrip weer eens ter sprake gekom en is dit grootliks op tradisionele wyse hanteer. Hierdie kategorisering sal sekerlik mettertyd weggwyn.

2.2.2 LEGALITEIT

By die ontwikkeling van administratiewe geregtigheid moet die legaliteitsbegrip nie buite rekening gelaat word nie. Slegs enkele hoofpunte

¹¹² [1964] AC 40 (HL).

¹¹³ Die uitspraak aangaande hierdie spesifieke aangeleentheid word gevolglik afgesluit met die volgende woorde: “In short, I do not think that the quasi-judicial/purely administrative classification, relied upon by Counsel, is of any material assistance in solving the problem presently before the court.”

¹¹⁴ Viljoen, 1990:277.

¹¹⁵ 1991(4) SA 1 (A).

¹¹⁶ 1992(13) ILJ 836 (N) op 844 D-E.

sal toegelig word om dit in konteks te plaas. Baxter maak die volgende opmerking.

“If the principle of legality requires that all administrative acts must be authorised, then the courts must evaluate administrative action by examining the scope of authority conferred by the relevant enabling legislation. The meaning of the legislation must be determined through the process of statutory interpretation, by which the court attempts to divine that meaning which is believed to have been intended by the legislators. This process requires some investigation since it obviously constitutes the link between courts and legislator in the formulation of the content of legality. As will be seen, the chimera of legislative intention, like the *ultra vires* doctrine, turns out to be a justificatory concept rather than one which furnishes any substantial information concerning the scope of lawful authority in each particular case.”¹¹⁷

Dit is dus duidelik dat die doel van die wetgewing in die administrasieproses vasgestel moet word en wanneer daar voldoen word aan die wetgewer se doel met die wetgewing, dit veral administratiewe geregtigheid in die hand moet werk. Om te verseker dat administratiewe geregtigheid wel aan die hand van die legaliteitsbeginsel bewerkstellig word, het die wetgewer Artikel 33 in die Grondwet ingebou. Statutêr word die volgende nou voorgeskryf :

“33(1) Everyone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair”

En in Artikel 33(3) bepaal die Grondwet die volgende :

“Natural legislation must be enacted to give effect to these rights, and must-

(a) provide for the review of administrative action by a court or, where appropriate, an independent and impartial tribunal.”

Daar is derhalwe 'n statutêre verpligting op die howe geplaas om by die uitleg van wetgewing te sorg dat administratiewe geregtigheid gehandhaaf word.

Die beginsel van legaliteit beteken dat regsvoorskrifte by die verrigting van administratiewe handeling nagekom moet word. Die beginsel postuleer 'n verhouding tussen twee punte of objekte, te wete –

(a) die optrede of die gedrag van die administrasie en

¹¹⁷ Baxter, 1984:312.

(b) die regsreël(s) wat dié optrede of gedrag beheers.

By die toepassing en die nakoming van dié beginsel word administratiewe optrede en regsreël versoen in dié sin dat die optrede of gedrag in ooreenstemming met, of volgens 'n bepaalde regsreël plaasvind.

In verskillende administratiefregstelsels word uiteenlopende betekenis geheg aan die begrip "legaliteit". In Frankryk beweer sommige skrywers dat die legaliteitsbeginsel beteken dat administratiewe handeling aan die reg in die algemeen, dit wil sê aan geskrewe sowel as ongeskrewe regsreëls, moet beantwoord. In Oostenryk, Duitsland en Switserland word die wetsgebondheid van die administrasie as tiperend van die legaliteitsbeginsel gesien.

In Angel-Saksiese lande is die posisie nie heeltemal duidelik nie. Dit wil voorkom of legaliteit wyd opgeneem word om alle regsvoorskrifte, ook ongeskrewe regsreëls in te sluit. Dié benadering is te verstane, omdat administratiefregtelike voorskrifte grotendeels uit die algemene beginsels van die ongeskrewe "common law" ontwikkel het en veral omdat die Engelse publiekreg, anders as vastelandse stelsels, eintlik geen statutêre grondslag het nie.

Dit is moeilik om summier te kies tussen die twee opvattinge van legaliteit, te wete die enger opvatting van wetsgebondenheid en die wyer betekenis van regsgebondenheid. Dit blyk makliker te wees om 'n keuse uit te oefen indien eers vasgestel is wat die inhoud van die legaliteitsbeginsel in die onderskeie administratiefregstelsels is.

Eisenmann¹¹⁸ voer aan dat die legaliteitsbeginsel twee elemente inhou, naamlik dié van bestaanbaarheid (*compatibilité*) en dié van ooreenstemming (*conformité*). 'n Administratiewe handeling kan bestaanbaar wees met 'n wetsvoorskrif. Om in ooreenstemming met 'n wetsvoorskrif te wees, moet 'n administratiewe handeling ooreenstem met die wetsvoorskrif wat betref vorm en prosedure, asook die grondslag. Dit is die aard en doel van die wetsvoorskrif. Dit spreek vanself dat *conformité* ook *compatibilité* insluit. Die opvallende is egter dat, hoewel Eisenmann die legaliteit van administratiewe handeling as 'n wetsgebondenheid sien, hy deur die vrye toets van "in ooreenstemming met" die Wet (*conformité*) te stel (waarvan ook die inhoud van die administratiewe handeling moet voldoen), tog ook by 'n wyer en meer algemene beginsel van regsgebondenheid uitkom.

¹¹⁸ Eisenmann, 1957:25.

In Duitsland en Switserland word ook 'n wyer opvatting van wetsgebondheid gevind. In dié lande word naamlik vir 'n “*gesetzmässige Verwaltung*” vereis dat die administrasie in sy optrede sowel die formele voorskrifte van die Wet as die algemene en materiële regsnorme moet nakom. In Engeland is dit moeilik om 'n duidelike formulering van die inhoud van die legaliteitsbeginsel te kry. Die naaste wat daar aan so 'n formulering gekom word, is om die Rule of Law ten opsigte van die administrasie (ofte wel regering “government”) te omskryf. Dit is derhalwe duidelik dat die legaliteitsbeginsel in die administratiefreg omskryf kan word as die beginsel dat handeling en optredes van die administrasie aan die algemene voorskrifte van die reg, hetsy geskrewe of ongeskrewe, moet voldoen.

Wiechers is van mening dat daar veral 2 faktore en omstandighede is wat die toepassing van die legaliteitsbeginsel in die administratiewe sfeer teëwerk.¹¹⁹ Dit kan tot twee groepe gereduseer word, naamlik (1) 'n gebrekkige stelsel van administratiefreg en (2) die verlening van magte aan die administrasie wat buite die reg val - met ander woorde, administratiewe magte en bevoegdhede wat in 'n regsrye gebied uitgeoefen mag word.

Dit is derhalwe duidelik dat die legaliteitsbeginsel vele gebreke vertoon. Die verwyf van 'n gebrek aan 'n stelsel van administratiefreg is in die jongste tyd veral in Engeland gehoor. Mitchell merk byvoorbeeld op :

“... public law [waaronder hy dit hoofsaaklik oor die administratiefreg het] is too often regarded as a series of unfortunate *exceptions* to the desirable generality or universality of the rules of private law, and it is not seen as a rational system with its own justification and philosophy.”¹²⁰

Kenneth Culp Davis gaan sover as om te sê : “Judge-made administrative law in England seems to me to have an air of unreality about it”.¹²¹ Oor die stand van die Engelse administratiefregwetenskap merk hy op: “The literature of English administrative law needs to move from bombast to realism.”

Die gebreke aan 'n volledige stelsel van administratiefreg in Engeland kan aan die volgende faktore toegeskryf word :

- (1) Eerstens die invloed van skrywers soos Dicey en Hewart, wat die bestaan daarvan wou negeer en verdoem.

¹¹⁹ Wiechers, 1967:313.

¹²⁰ Mitchell, 1967:46.

¹²¹ Davis, 1962:139.

- (2) Tweedens, die oorwegende rol van die gewone burgerlike howe, wat oplossings vir administratiefregtelike probleme aan die hand van beginsels van die privaatreë gesoek het.
- (3) Derdens, die leerstuk van die soewereiniteit van die parlement, wat die howe beïnvloed het om te dink dat die administratiewe magte wat deur die parlement verleen is, net so onaantasbaar en ontdaan van regsgebondenheid as dié van die parlement is.

In Suid-Afrika geld die legaliteitsbeginsel ten opsigte van alle administratiewe handeling. Of die gebondenheid van die administrasie 'n gebondenheid aan die positiewe reg, geskrewe sowel as ongeskrewe is, en of die gebondenheid tot magtigende wetsvoorskrifte beperk is, is nie altyd duidelik nie.

Veral die howe se hantering van die legaliteitsbeginsel sal in die toekoms bepaal of administratiewe geregtigheid bevorder word, al dan nie. Skrywer is van mening dat die volgende faktore grootliks administratiewe geregtigheid sal laat ontwikkel :

- (1) Die nuwe grondwetlike bedeling, wat alreeds fundamentele veranderinge aangebring het aan die rol van die howe *vis-à-vis* die ander vertakkinge van die regering.

In *Motala v University of Natal*¹²² (wat gehandel het met die Interim-Grondwet) het die hof beslis :

“It seems clear to me that the framers of the constitution intended to make the courts the custodian of those rights (the rights in the Bill of Rights). Approached from this viewpoint, it seems to me that the reason for presence of section 7(1) is to stress that the state and its minions are to honour the entrenched rights both in legislation and administration.”

- (2) Van die howe word verwag om gestalte en inhoud te gee aan die waardes en beginsels soos vervat in die Grondwet.
- (3) 'n Drastiese weg beweeg van die howe se rol in die vorige bedeling word nou opgemerk. In 'n grondwetlike staat word elke optrede van die regering deur die Grondwet self goedgekeur, of deur wetgewing, welke wetgewing hul geldigheid bekom deur die Grondwet. Dit is die taak van die howe om die Grondwet te beskerm, om as beskermheer op te tree teenoor die potensiële onderdrukkende gesag van die ander twee

¹²² 1995(3) BCLR 374 (D).

vertakkinge van die regering, en om te verseker dat die uitvoering van mag voldoen aan die vereistes van gevestigde reg.

- (4) Om regmatigheid te verkry, moet geregtelike hersiening vry wees van politieke inmenging en moet die vertrouwe van die publiek geniet. In die verlede was die regmatigheid van die Suid-Afrikaanse howe dikwels bevraagteken. Een van die redes hiervoor was dat die regters in die verlede geskuil het agter parlementêre soewereiniteit en die stelreël *dictum iudicus est ius dicere sed non dare* (dit is die funksie van die howe om die Wet uit te lê, en nie om die Wet te skep nie). Regters is beskou as "executive-minded" in die sin dat hulle enigsins traag was om die beginsels van die gemenereg toe te pas om die regte van die individu te beskerm.
- (5) Die leerstuk van die skeiding van magte moet toegepas word en dit is wesentlik vir die onafhanklikheid van die howe.
- (6) Artikel 165(4) van die Grondwet bepaal spesifiek dat geen persoon of staatsorgaan mag inmeng met die funksionering van die howe nie. Die bogemelde Artikel bepaal soos volg

"165(4) Staatsorgane moet die howe deur middel van wetgewende en ander maatreëls bystaan en beskerm ten einde die onafhanklikheid, onpartydigheid, waardigheid, toeganklikheid en doeltreffendheid van die howe te verseker."

- (7) Die geskiedenis het bewys dat geregtelike hersiening die mees effektiewe vorm van kontrole is oor administratiewe optrede. Oor die afgelope paar jare het die Suid-Afrikaanse howe substansiële gesag opgebou, waar daar belangrike beginsels neergelê is. Hierdie gesaghebbende uitsprake, wat gehandel het met die administratiewe organisasie en die bevoegdhede en funksies van die liggame, is opgeneem in die gemenereg via die leerstuk *stare decisis*.

Hierdie regsreëls het as sodanig die grondslag gevorm waarop die regmatigheid van die praktiese administratiewe uitdruklik omvat is in beide Artikel 24 (van die Interim-Grondwet) en Artikel 33 (van die Finale-Grondwet).

Verdere toeligting ten opsigte van die legaliteitsbeginsel kan gevind word in die insiggewende artikel van Johan Kruger onder die opskrif “Regspositivisme en die ‘ongeskrewe teks’ van die nuwe grondwet.”¹²³

Ten slotte word daar na Kruger verwys waar hy die volgende mening toegedaan is :

“Regterlike ‘onaktiwisme’, ‘meganiese uitlegbenaderings’ en die toepassing van die bevelsteorie word verkeerdelik as noodwendige inherente bestanddele van die positivisme beskou. Die eintlike blaam behoort nie voor die deur van die positivisme as sodanig gelê te word nie. Aan die wortel van die kwaad lê die bevelsteorie as uitvloeisel van parlementêre soewereiniteit, sowel as die regsbron (naamlik statutêrereg) wat van twyfelagtige en illegitieme aard en oorsprong is. Daarmee saam dra die tradisionele (positivistiese) wetsuitlegbenadering wat tot dusver (en op enkele uitsonderings na) deur ons regsprekers gevolg is, die stempel van ’n duidelike (en gerieflike) geskuil agter die rokspant van die bevelsteorie getooi in die bedoelingsgewaad.”¹²⁴

2.2.3 *AUDI ALTERAM PARTEM* LEGITIEME VERWAGTING

’n Analise van die toepassing van die *audi alteram partem*-reël in die vroeë Suid-Afrikaanse Administratiefreg toon aan dat daar sterk aanduidings was dat die gemeenregtelike beginsel toegepas is, naamlik dat ’n party aangehoor sou word in die afwesigheid van positiewe woorde tot die effek, en dat die regmatigheid van die gemenereg derhalwe die leemte van die wetgewer moes aanvul.

Hierdie benadering het enigsins aanleiding gegee tot ’n warboel van teenstrydige en verwarrende beslissings, toegeskryf aan die wyfelende houding van die howe.

A.W.G. Raath verwys in sy Artikel : “*Audi alteram partem* in die Suid-Afrikaanse Administratiefreg : ’n uitweg uit die doolhof”¹²⁵ dat ten minste 17 beslissings gedurende die tydperk 1982-1989 bygedra het tot verskeie sienings en uitsprake rakende die toepassing van die *audi alteram partem*-reël.

Herman Dooyeweerd het in sy diktaat *Publiek en Privaatrecht* onderskei tussen die regstaat in formele en materiële sin.¹²⁶ Wat die formele sy van die

¹²³ Kruger, 1991:229.

¹²⁴ Kruger, 1991:230

¹²⁵ Raath, 1990:464.

¹²⁶ Dooyeweerd, 1969:53-54.

regstaatbeginsels betref, verklaar Dooyeweerd dat dit die waarborge vir die verwesenliking van die materiële regstaatbeginsels bevat. Hierdie formele regstaatbeginsel is op sigself slegs van organisatoriese aard.

Dooyeweerd verklaar :

“Zij bevatten slechts de variabele vorm, waarin de materiële rechstaatsbeginselen in het staatsleven behoren verwezentlijkt te worden. Zij konden dan ook - los van de laatste - nimmer een wezenlijke rechtsstaat waarborgen.”¹²⁷

In die Engelse Reg het die behoefte reeds in die verlede ontstaan om die *audi alteram partem*-reël by die formele beginsels in te sluit. Regter Byles verklaar in *Cooper v Wandsworth Board of Works*¹²⁸ :

“Although there are no positive words in a statute requiring that the party shall be heard, yet the justice of the common law will supply the omission of the legislature...”

In verskeie regsisteme in Europa het die behoefte ontstaan om die reg om aangehoor te word, in wetgewing te vervat. Daar kan veral verwys word na lande soos Oostenryk¹²⁹ en Duitsland¹³⁰.

In Suid-Afrika is reeds in 1908 in die saak *Chief Constable Pietermaritzburg v Ishim*¹³¹ verklaar dat die *audi alteram partem*-reël deel van die gemenerereg is.

In dié saak word daar soos volg beslis:

“It is a principle of the common law that no man shall be condemned unheard and it would to our mind, require very clear words in the statute to deprive a man of that right.”

Of die *audi alteram partem*-reël slegs vervat was in die gemenerereg en of dit deel gevorm het van wetgewing, een ding bly seker, naamlik dat daar verwarring geheers het oor die toepassing van die begrip. Baxter voer aan dat sedert die middel van die twintigste eeu, 'n hele aantal verwarrende en teenstrydige beslissings die lig gesien het, wat die regsposisie met betrekking tot die toepassing van die *audi alteram partem*-reël in grootskaalse onsekerheid gedompel het.

¹²⁷ Dooyeweerd, 1969:53-54. Tot hierdie beginsels reken Dooyeweerd die sogenaamde beginsels van skeiding van magte, invoering van administratiewe regspraak, waardeur die burgers die waarborge teen willekeurige inbreuk op hul regsbelange en regte - ook langs geregtelike weë - teen die owerheid in die uitoefening van sy bestuurstaak kan laat geld, die onderwerping van die staatsbestuur aan die heerskappy van die reg, wat insluit die verbod op die delegasie van wetgewende magte aan die uitvoerende bestuursorgane, sodat dit die administrasie nie vry staan om laste aan die burgers op te lê wat nie in die betrokke wetgewing self omskryf is nie.

¹²⁸ 1863(14) CB (NS) 180, ER 414-420.

¹²⁹ Sien *Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz* gewysig in 1950.

¹³⁰ Sien paragraaf 21 van die *Munsterentwurf eines Verwaltungsfahrensgesetzes* van 1964.

¹³¹ 1908 NLR 338.

Taitz¹³² wys op die volgende aspekte rakende die *audi alteram partem*-reël :

- (a) 'n Ontleding van die toonaangewende uitsprake van die appèlhof met betrekking tot die toepassing van die *audi alteram partem*-reël bring aan die lig dat die hof die toepassing van die reël op nie minder nie as sewe verskillende wyses regverdig.
- (b) Sommige van hierdie regverdigings of benaderings bots en sluit mekaar uit. Nogtans het die hof dit tot in daardie stadium nie goedgevind om die botsende benaderings te verwerp of te kritiseer nie.
- (c) Inteendeel, daar is onsuksesvolle pogings aangewend om die meer ernstige botsende benaderings met mekaar te versoen en om 'n sintese te bereik. Die gevolg is 'n dubbelsinnige en verwarrende stel regsreëls.
- (d) Die howe behoort die beginsel te handhaaf dat elke persoon wie se regte deur administratiewe optrede geraak word of kan word, die absolute reg het om aangehoor te word tensy hierdie reg hom deur 'n ondubbelsinnige geskrewe bevel van die parlement ontsê word.

Met bogemelde as breë agtergrond, kan vervolgens gekyk word na verskeie appèlhofbeslissings en hoe die benadering van die howe ten opsigte van die *audi alteram partem*-reël verskil het. Taitz beweer dat daar tot en met 1982 in die Suid-Afrikaanse Reg sewe onderskeibare botsende benaderings gehuisves is, sommige waarvan direk teenstrydig was.

Volgens Baxter het die howe 'n twyfelende benadering ingeslaan :

"It was almost as if, having at least recognised the existence of the administrative state, the judges had lost confidence in the legitimacy of their own role within the constitution. Like the tightrope walker who suddenly begins to question his ability halfway across the rope, they began to falter. This led to a chaotic jumble of contradictory decisions and conceptual confusion."¹³³

Die gevolglike onsekerheid is in die Engelse Reg in die bekende saak van *Ridge v Baldwin*¹³⁴ grootliks uit die weg geruim.

Baxter verklaar van hierdie beslissing :

¹³² Taitz, 1982:264.

¹³³ Baxter, 1984:572.

¹³⁴ [1964] AC 40 (HL).

“Lord Reid cleared away the ticket of confusion surrounding the application of natural justice in English law thereby rescuing most, though not all, English judges from their own judicial wilderness.”¹³⁵

In die Suid-Afrikaanse Reg duur hierdie onsekerheid egter steeds voort vir sover daar vier appèlhofuitsprake oor die toepassing van die *audi alteram partem*-reël geld. Hierdie vier uitsprake is in 'n mindere of meerdere mate onderling teenstrydig en gee tot botsende toepassings van die *audi alteram partem*-reël aanleiding. Hierdie benaderings kan soos volg saamgevat word :

- (i) Die benadering in *R v Ngwenya*¹³⁶ behels dat elke individu wie se regte deur 'n administratiewe beslissing geaffekteer word, die reg het om aangehoor te word, tensy dit duidelik is dat die wetgewer sodanige reg, hetsy uitdruklik of met 'n duidelike bedoeling te dien effekte, uitgesluit het. In buitengewone omstandighede, byvoorbeeld 'n nasionale noodtoestand, mag die hof bevind dat die omstandighede van die besondere saak nie-nakoming van die *audi alteram partem*-reël regverdig.
- (ii) In *Laubscher v Native Commissioner, Piet Retief*¹³⁷ het die appèlhof as beginsel gekonstateer dat geen persoon die reg het om aangehoor te word nie, waar -
 - (a) die gewraakte administratiewe beslissing van 'n “suiwer administratiewe aard” is en
 - (b) sy te beskermde regte deur die hof as onbestaanbaar bevind word.
- (iii) In die *Pretoria City Council v Modimola-saak*¹³⁸ het die appèlhof die *audi alteram partem*-reël verder beperk, deur soos volg te beslis :
 - (a) Geen enkele lid van die samelewing as geheel, wie se regte gesamentlik en/of afsonderlik met dié van ander onderdane nadelig geraak word deur 'n administratiewe handeling, het die reg om aangehoor te word nie, en
 - (b) geen persoon het die reg om aangehoor te word, indien sy regte nadelig getref word in belang van die gemeenskap as 'n geheel nie.

¹³⁵ Baxter, 1984:572. Sien ook De Smith *et al*, 1995:164, Wade, 1982:458.

¹³⁶ 1954(1) SA 121 (A).

¹³⁷ 1958(1) SA 546 (A).

¹³⁸ 1966(3) SA 250 (A).

- (iv) In *South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice*¹³⁹ het die appèlhof soos volg bevind :
- “(a) Geen persoon het aanspraak om aangehoor te word, tensy die betrokke administratiewe handeling van ’n “kwasi-judisiële” aard is nie, en tensy die regte van die benadeelde individu deur sodanige administratiewe handeling geaffekteer word, is dit nie van ’n “kwasi-judisiële” aard nie.
- (b) Die reg om aangehoor te word, is nie by implikasie ingesluit in enige wetgewende maatreël, of selfs deel van die Suid-Afrikaanse gemenerereg nie.”

Dit wil egter blyk of die *audi alteram partem*-reël ’n toegif is, wat deur middel van wetgewing, hetsy uitdruklik of stilswyend, verleen word.

Nieteenstaande strydige beslissings deur die appèlhof, is dit egter interessant dat die *audi alteram partem*-reël deurgaans soepelheid behou het en in staat was om in toepassing en werking aan te pas by ’n voortdurend veranderde samelewing met wisselende belangeverskille. Die reël het dan ook deurentyd daarin geslaag om die behoeftes van die gemeenskap in ag te neem en om daaraan uiting te gee. Die onlangse verwikkeling rakende die teorie van legitieme verwagting is ’n sprekende voorbeeld daarvan.

Die beginsel van legitieme verwagting is waarskynlik die mees resente betekenisvolle verwikkeling binne die Suid-Afrikaanse administratiefreg. Alhoewel dit reeds bykans 30 jaar binne Engelsregtelike verband bekend is, is dit eers in die laat tagtigerjare finaal binne die Suid-Afrikaanse Reg gevestig in die nou reeds welbekende beslissing van *Administrateur, Transvaal v Traub*.¹⁴⁰

Daar bestaan nie absolute sekerheid rakende die inhoudelike betekenis van die legitieme-verwagtingbeginsel nie, wat ’n effens ongestruktureerde en wisselende toepassing deur die howe tot gevolg gehad het.¹⁴¹ Die gevolge van die beginsel kan waarskynlik ten beste beskryf word as synde dat ’n persoon wat ’n belang het in die uitslag van ’n bepaalde administratiewe proses, hetsy vanweë sy besondere status of persoonlike betrokkenheid en aksies, of wat ’n belang het in die regverdige afhandeling van die gemelde prosedures, oor ’n legitieme verwagting beskik dat die reëls van natuurlike geregtigheid nagekom sal word. Die legitieme verwagting hou, benewens die

¹³⁹ 1967(1) SA 263 (A).

¹⁴⁰ 1989(4) SA 731 (A)

¹⁴¹ Harms *et al.*, 1993:62.

verband met die prosedureel regverdige optredes, ook verband met 'n verwagting van 'n gunstige uitslag vanweë die regverdige optrede.

Dit wil verder voorkom asof die beginsel tot nou toe binne die Suid-Afrikaanse konteks hoofsaaklik toepassing gevind het in gevalle van ontslag van amptenare verbonde aan staatsinstansies, aansoeke met betrekking tot verblyfpermitte en eise vir regverdige prosedures by verhore van administratiewe tribunale.

Alvorens die toepassing van die beginsel binne Suid-Afrikaanse konteks van nader beskou word, is dit ter wille van 'n duidelike perspektief noodsaaklik om kortliks die toepassing van die beginsel binne Engelsregtelike verband te ontleed.

Lord Denning verwys soos volg na die beginsel in die saak van *Schmidt v Secretary of State for Home Affairs*.¹⁴²

“The speeches in *Ridge v Baldwin* [1964] AC 40 HL show that an administrative body may, in a proper case, be bound to give a person who is affected by their decision an opportunity of making representations. It all depends on whether he has some right or interest or, I would add, some legitimate expectation, of which it would not be fair to deprive him without hearing what he has to say.”¹⁴³

In die latere beslissings van *O'Reilly v Mackman*¹⁴⁴ en *In re Findlay*¹⁴⁵ het die House of Lords dan ook uitdruklik bevind dat hierdie beginsel *locus standi* sou kan vestig in geregtelike hersieningsprosedures. Dit wil voorkom asof die beginsel aldaar nou as selfstandige hersieningsgrond geag word. In die saak van *Council of Civil Service Union v Minister for Civil Service*¹⁴⁶ beslis Lord Diplock dat vir 'n legitieme verwagting om as hersieningsgrond te kan funksioneer, die optrede gevolge moet inhou, wat 'n persoon op een of meer van die onderstaande wyses sal affekteer :

1. Deur wysiging van regte of verpligtinge wat Privaatregtelik deur hom of teen hom afgedwing kan word, of
2. deur die ontneming van 'n voordeel wat hy -
 - (i) in die verlede deur die besluitnemer toegelaat was om te geniet en redelikerwys kon verwag het om steeds te geniet, totdat daar

¹⁴² 1969(2) CH 149. Aan Schmidt is toestemming verleen om vir 'n bepaalde tydperk die Verenigde Koninkryk binne te kom vir studiedoeleindes en 'n aansoek om verlenging na verstryking van die aanvanklike tydperk afgewys was, sonder dat Schmidt aangehoor was.

¹⁴³ Soos aangehaal deur Elias, 1988:38.

¹⁴⁴ 1983(21) AC 237.

¹⁴⁵ 1985 AC 318.

¹⁴⁶ 1985 AC 374.

rasionele redes vir hom gegee was waarom dit ontnem word en 'n geleentheid aan hom gebied was om op hierdie redes te kan reageer; en

- (ii) by wyse van onderneming vanaf die besluitnemer verkry het dat die regte nie van hom ontnem sou word sonder dat 'n geleentheid aan hom gebied sou word om redes aan te voer waarom dit nie teruggetrek behoort te word nie.

Die belangrikste kenmerk van die uitspraak van Lord Diplock rakende hierdie beginsel is dus sy beklemtoning van die optrede van die besluitnemer. Dit is dus die verwagting wat geskep word deur sy optrede waartoe die legitieme verwagting dan aan die geaffekteerde persoon toegevoeg word vir geregtelike ingryping. Voorsorg moet egter getref word dat die tweeledigheid van die beginsel nie grootliks genegeer word nie en die voorregte en bevoegdhede van die geaffekteerde nie moontlik deur sodanige oormatige klemplasing vergeet word nie.

Dit blyk dus duidelik dat die beginsel twee selfstandige en afsonderlike elemente insluit : Eerstens, die verwagting dat 'n substansiële voordeel of voorreg toegeken of voortgesit sal word en tweedens, dat geen nadelige besluit met betrekking tot voordele, bevoegdhede en regte geneem sal word sonder die geleentheid om verhoë daarvoor te rig nie.

Die gemeenregtelike beginsel met betrekking tot die reëls van natuurlike geregtigheid bestaan steeds, ongeag of daar by 'n persoon of instansie 'n legitieme verwagting in bostaande verband bestaan het. Hierdie gemeenregtelike verpligting en die totstandkoming van 'n legitieme verwagting sal egter vanweë inhoudelike ooreenstemmings met betrekking tot definiëring tot 'n groot mate oorvleuel.

Elias wys daarop dat, volgens die beslissing van Lord Diplock, dit wil voorkom asof een van die deurslaggewende faktore in die besluit of sodanige verwagting wel ontstaan het, die vraag is na die vorige optrede teenoor die betrokke individu. Hy beklemtoon dat die verwagting ook mag ontstaan as gevolg van die wyse waarop daar in die verlede teenoor ander persone in soortgelyke omstandighede opgetree was en behoort die uitspraak van Lord Diplock nie as 'n weerspreking hiervan beskou te word nie.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Hy skryf verder dat die beginsel nie alleen toepassing vind by openbare liggame nie, maar ook inderdaad toegepas word by sogenaamde huishoudelike tribunale, waarvan die beslissing van *Breen v Amalgamated Union (now Amalgamated Engineering and Foundry Workers Union) and others, Court of Appeal, Civil Division, 1971(2) QB 175, 1971(1) ALL ER 1148, 1971(2) WLR 742, 10 KIR 120, 28 January 1971* 'n treffende voorbeeld was. *In casu* is beslis dat 'n persoon wat as sogenaamde vloerbestuurder van 'n unie deur medewerkers verkies is, maar nie sodanige posisie kon inneem totdat sy aanstelling deur die distrikskomitee van die unie bekragtig is nie, oor 'n legitieme verwagting rakende bekragtiging beskik, by gebreke waarvan hy die geleentheid gebied moes word om redes aan te voer waarom sy verkiesing en aanstelling wel bekragtig behoort te word. Sien ook Barrie, 1991:169 vir 'n agtergrondbeskouing van die herkoms van die begrip.

Binne Suid-Afrikaanse konteks stel Raath voor dat die onderstaande toets aangewend kan word by die vasstelling van die bestaan van sodanige legitieme verwagting : Sou die redelike man in die lig van die betrokke omstandighede 'n legitieme verwagting gehad het om aangehoor te word?¹⁴⁸

Nie alle regslui het die beginsel van legitieme verwagting met ope arms ontvang nie. Labuschagne stel dit duidelik dat hy teen die toepassing daarvan gekant is en skryf dat hierdie benadering vir hom vanweë hoofsaaklik drie redes onaanvaarbaar is : Eerstens is dit, volgens hom, op fiksie gebaseer, aangesien die werklike verwagting wat 'n party koester, nie van belang is nie en gaan dit volgens hom oor objektiewe kriteria wat die reg neerlê.¹⁴⁹ Hierdie beswaar word egter nie verder deur hom gemotiveer nie en word bloot vermeld dat wyer regsvergelyking as bloot die met die Engelse Reg noodsaaklik is.

Die beginsel van legitieme verwagting hou in wese besondere voordele in. Sorg behoort gedra te word dat die spreekwoordelike baba nie saam met die badwater uitgegooi word nie.

Labuschagne se tweede punt van kritiek is dat die beginsel teen persone diskrimineer wat nie tot enige verwagting in staat is nie. Daar moet egter in gedagte gehou word dat die beginsel van legitieme verwagting nie die gemeenregtelike werking van die reëls van natuurlike geregtigheid beperk nie, maar dat dit inderdaad aanvullend daartoe funksioneer. Die gemeenregtelike beginsels sal gevolglik steeds geldig bly.

Ons sien dat die Interim-Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika pertinent daarvoor voorsiening gemaak het dat regshulp met betrekking tot beskerming van fundamentele regte, wat onder andere ook prosedureel billike administratiewe optrede waardeur enige regte of regmatige verwagtings geraak of bedreig word insluit, onder andere aangevra kan word deur 'n persoon wat namens iemand anders optree, wat nie in 'n posisie is om self in sy of haar eie naam sodanige hulp aan te vra nie. Labuschagne se vrese word dus deur hierdie bepaling besweer.

Labuschagne se laaste punt van kritiek is dat die beginsel te beperkend is en nie toekomstige ontwikkelinge kan akkommodeer nie. Dieselfde repliek met betrekking tot voortsetting van die gemeenregtelike toepassing van die beginsels sal ook hier geld. 'n Groot voordeel van die toepassing van die toets van die redelike man, nieteenstaande gemelde gebreke, lê ook daarin

¹⁴⁸ Raath, 1991:91.

¹⁴⁹ Labuschagne, 1992:194. Sien ook Labuschagne, 1994:177. waarin hy weer eens sy teenkating teen die toets van redelike persoon uitspreek na aanleiding van die beslissing van *BTR Industries South Africa (Pty) Limited v Metal and Allied Workers Union* 1992(3) SA 673 (A).

dat dit gemeenskapsopvatting weergee. Alhoewel die toets op 'n indirekte, en moontlik selfs subjektiewe wyse geskied, is die beginsel van legitieme verwagting ook vanweë die besondere toets wat aangewend word, by uitstek in staat om toekomstige verwikkelinge te akkommodeer.

Bogemelde kritiek deur Labuschagne het waarskynlik hoofsaaklik ontstaan vanweë 'n gebrek aan normatiewe inhoud van die beginsel. Raath skryf dat hy reeds in 'n vorige artikel hieroor gewaarsku het :

“... (v) a e en onpresiese juridiese benaderings kan in geen regstelsel 'n waarborg van voortbestaan hê nie. Ten einde te verhoed dat die positiewe potensiaal wat in hierdie 'nuwe' benadering opgesluit is deur die negatiewe implikasie van die regspraktyk gekelder word, word weer eens gepleit dat 'n vaste normatiewe inhoud ... aan die toets gegee word, sodoende word die subjektief/objektief dilemma vermy en 'n realistiese grondslag vir regsontwikkeling gelê.”¹⁵⁰

Die gebrek aan normatiewe inhoud is egter nie alleen in Suid-Afrika as problematies aangestip nie, maar het Lord Fraser in die Engelse beslissing van *A-G of Hong Kong v Ng Yelin Shiu* bepaal dat die konsep van legitieme verwagting : “somewhat lacking in precision” is.¹⁵¹ Binne Engelsregtelike verband het hierdie gebrek in sommige gevalle selfs tot botsende regspraak aanleiding gegee.

Die beginsel van legitieme verwagting is in *Administrator Transvaal v Traub*¹⁵² finaal binne die Suid-Afrikaanse Reg gevestig, alhoewel dit reeds vroeër in verskeie sake binne die provinsiale afdelings van die hooggeregshof toegepas is. Aangesien hierdie egter nie beslissings van die appèlhof was nie, kan daar nie na aanleiding daarvan onteenseglik aangevoer word dat die legitieme-verwagtingbeginsel finaal hier gevestig was nie.¹⁵³ Met die beslissing van Traub het die hof uiteindelik weggedoen met die besondere eng en onaanvaarbare benadering van klemplasing slegs op die inbreukmaking van bestaande of gevestigde regte soos vroeër toegepas in *Laubcher v Native Commissioner, Piet Retief en Administrateur van S.W.A. v Pieters*.

¹⁵⁰ Raath, 1993:75.

¹⁵¹ Raath, 1993:77 wys ook daarop dat Brigid Hadfield na aanleiding van die beslissing in *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Ruddock* 1987(2) ALL ER 518, 1987(1) WLR 1482 die opmerking maak dat die begrip in 'n toestand van “continuing flexibility” is.

¹⁵² 1989(4) SA 731 (A). Vir 'n bespreking van die feite van hierdie beslissing sien Mureinik, 1989:501; sien ook Forsyth, 1990:388.

¹⁵³ Matzukis 1985:60 wys daarop dat die beginsel van legitieme verwagting reeds in *Metal and Allied Workers Union v Castell* 1985(2) SA 280 (D) toegepas was, maar hierdie beslissing is op appèl omvergewerp. Hierdie beginsel is, volgens Grogan, 1990:36, onder andere ook toegepas in *Everett v Minister of the Interior* 1981(2) SA 453 (C) op 456D - 457E.

Carpenter wys daarop dat Hoofregter Corbett in die Traub-saak die onderstaande waarskuwing gerig het, wat aansluit by die kommer soos hierbo deur Raath uitgespreek :

“He ... sounded a warning that the concept of legitimate expectation is not one which is reasonably well defined in our law, and that the courts would have to read carefully, in working out the precise scope of the doctrine in order to maintain a balance between the need to protect the individual against decisions unfairly arrived at and the need to avoid undue judicial interference with the administration.”¹⁵⁴

Twee onderskeidende elemente waarna vroeër met betrekking tot die werking van die beginsel in die Engelse Reg verwys is, is ook hier teenwoordig. In die Traub-beslissing is slegs meer gekonsentreer op die verwagting om aangehoor te word. Hierdie verskynsel is dan ook die enkele groot gevaar ten aansien waarvan 'n gebrek aan bepaalde normatiewe inhoud teenstrydige uitsprake tot gevolg kan hê. *In casu* het die hoofregter egter ook vermeld dat die betrokke persoon 'n legitieme verwagting mag hê dat die uitslag gunstig gaan wees, of dat hy minstens die geleentheid gebied sal word om aangehoor te word, alvorens 'n negatiewe beslissing geneem word.

Grogan stel voor dat ten einde die beginsel minder misterieus te maak, die toets daarvoor eerder behoort te wees of die weiering van 'n geleentheid om aangehoor te word redelik was.¹⁵⁵ Kritiek kan hierteen geopper word, aangesien hierdie toets hoofsaaklik op 'n enkele element fokus. Gevolglik kan perspektief op die volle werking van die beginsel kwalik deur toepassing van die toets, soos deur hom vasgestel, behou word.

Een van die ander voordele van die Traub-beslissing, waarna reeds vroeër verwys is, was die finale wegdoening met die kategorisering van handeling as synde administratief, regsprekend of kwasi-judisieel. Dit word deur Grogan beklemtoon dat 'n mate van onderskeid steeds behoue sal moet bly. Daar kan kwalik van 'n orgaan verwag word om 'n persoon wat deur 'n besluit geraak gaan word aan te hoor, indien die betrokke orgaan oor geen diskresie beskik aangaande die besluit wat geneem gaan word nie. Dit is dan juis vanweë hierdie feit dat daar by die algemene omskrywing van die aard, inhoud en werking van die reëls van natuurlike geregtigheid, voorsiening gemaak word vir die nakoming van die reëls in gevalle waar 'n diskresionêre bevoegdheid inderdaad uitgeoefen word. Sodoende word die problematiek soos vermeld deur Grogan, sonder veel moeite oorbrug.

¹⁵⁴ Carpenter, 1990:59.

¹⁵⁵ Grogan, 1990:40.

In die Traub-beslissing is daarop gewys dat 'n belangrike faktor en moontlik selfs die deurslaggewende faktor, waarvolgens beoordeel sal word of 'n legitieme verwagting inderdaad bestaan het, die vraag sal wees na die invloed wat die besluit op die betrokke persoon sal hê. Indien gering, sal die waarskynlikheid van 'n gevestigde legitieme verwagting skraal wees en indien besonder ingrypend sal die hof meer geneig wees om te aanvaar dat 'n legitieme verwagting wel bestaan het.

Daar kan ook gekyk word na vorige gebruike en praktyke van die betrokke orgaan. Indien die orgaan in die verlede onder bepaalde omstandighede, telkens verhore toegestaan of bepaalde gebruike onveranderd nagevolg het, kan hy nie sonder grondige redes daarvan afwyk nie. Daar sal waarskynlik aanvaar kan word dat persone wat nadelig deur 'n afwyking geraak is, 'n legitieme verwagting gehad het dat die administratiewe gebruike en praktyke voortgesit sou word, of dat daar 'n geleentheid gebied sou word om redes aan te voer waarom met gemelde gebruike voortgegaan behoort te word.

'n Verdere aspek waarna spesifiek in die Traub-saak verwys is en wat in ooreenstemming met die posisie binne die Engelse Reg is, is dat Hoofregter Corbett by bepaling van die toepassingsgebied van die beginsel van legitieme verwagting ook private instansies ingesluit het, maar dan ook spesifiek na huishoudelike tribunale verwys het. Geen twyfel kan gevolglik nou meer bestaan dat sodanige liggame en instansies ook aan hierdie beginsel met al die voordele wat daarmee gepaard gaan, gebonde is nie.

Vroeër is melding gemaak van 'n gebrek aan normatiewe inhoud van die beginsel van legitieme verwagting, wat aanleiding gegee het tot regonsekerheid en gevare wat botsende regspraak daarstel. Raath doen aan die hand dat die normatiewe inhoud van die beginsel veral na aanleiding van eienaardige beslissings soos dié in *Embling v Headmaster, St Andrews College (Grahamstown)*¹⁵⁶ soos volg verwoord behoort te word :

“Ten einde te kan bepaal of 'n legitieme verwagting tot stand gekom het, behoort die hof na aanleiding van alle omstandighede en met inagneming van die aard en omvang van die regsbelange ter sprake vas te stel of dit onbillik sou wees om 'n persoon onder sulke omstandighede van die reg te ontnem om aangehoor te word”.¹⁵⁷

Dit is dan die taak van die hof om vas te stel of die redelike man in die lig van bestaande omstandighede en met inagneming van die aard en omvang van

¹⁵⁶ 1991(4) SA 458 (ECD).

¹⁵⁷ Raath, 1993:98.

die regsbelange betrokke, 'n legitieme verwagting gehad het om aangehoor te word. Raath doen verder aan die hand dat die onderstaande norme tydens die toets verreken moet word :

- (i) Die verwagting van 'n reg of vergunning wat subjektief deur die onderdaan gekoester word en wat gebaseer is op objektief-geregverdigde gronde, sou die reg om aangehoor te word onderlê.
- (ii) Die wetgewer sou die effek van sodanige objektief-geregverdigde verwagting uitdruklik kon uitsluit, maar nie by implikasie nie, tensy voorsiening gemaak word vir alternatiewe prosedurele beskerming.
- (iii) Die minimum inhoud van natuurlike geregtigheid moet gehandhaaf word.

Raath sluit sy artikel af deur, daarop te wys dat deur die versuim om 'n vaste normatiewe inhoud aan die beginsel van legitieme verwagting te heg, die howe meewerk : "... dat die mitologiese feniks van suiwer administratief en kwasi-judisieel of dié van bestaande regte as toepassing vir die *audi alteram partem*-reël of die onderwerping van natuurlike geregtigheid aan die hoëre staatsbelang, weer met hernude krag uit die as van uitgediende administratiefregtelike konsepte herrys om suiwere regstoepassing vir 'n verdere termyn te ondergrawe."¹⁵⁸

Die toepassing van bogemelde norme behoort inderdaad 'n positiewe bydrae met betrekking tot die voortgesette ontwikkeling van die legitieme verwagting te lewer. Volgens 'n artikel deur Grogan, waarin veral aandag geskenk word aan regspraak sedert die Traub-beslissing blyk dit duidelik dat die leemte van vaste normatiewe inhoud van die beginsel steeds bestaan. Tensy daar 'n groter mate van konsekwenheid in die toepassing daarvan deur die howe bewerkstellig word, blyk die gevare waarteen Raath gewaarsku het, beslis nie vergesog nie.¹⁵⁹

Forsyth maak die volgende slotopmerkings rakende die Traub-beslissing :

"If the implication of Traub are followed through by the courts, the emphasis will shift away from whether the rules of natural justice apply at all in any particular case to what natural justice requires in that case. This is the proper terrain for the law of natural justice to occupy. Achieving this will not be easy, for the public authorities in South Africa are set in their bad ways and will probably need to be encouraged to

¹⁵⁸ Raath, 1993:99.

¹⁵⁹ Grogan, 1994:89.

reform their ways. But Traub shows the proper attitude and has taken some important steps along the path of reform.”¹⁶⁰

Uit bogemelde is dit duidelik dat die beginsel van legitieme verwagting spoedig ontwikkel het in die administratiefreg en dat, met die korrekte toepassing deur veral die howe, dit grootliks 'n belangrike bydrae sal lewer tot die verdere ontwikkeling van administratiewe geregtigheid.

In Artikel 24(b) van die Interim-Grondwet word legitieme verwagting spesifiek vermeld :

“Elke persoon het die reg -

- (b) op prosedureel billike administratiewe optrede waar enige van sy of haar regte of regmatige verwagtings geraak of bedreig word.”

Dit is verblydend dat die beginsel van legitieme verwagting nou ook as fundamentele reg gevestig is, maar die gevaarligte flikker ook vanweë die bepaalde bewoording wat gebruik is en waarin besondere klem gelê word op prosedureel billike, administratiewe optrede.

Burns¹⁶¹ voer aan dat daar geen definisie bestaan van die beginsel van legitieme verwagting, hetsy in die Interim-Grondwet of die Finale-Grondwet nie, maar dat die hof duidelik aangedui het dat die vereiste van 'n definisie onnodig blyk te wees, aangesien die beginsel alreeds deel van ons gemenerereg geword het.¹⁶²

2.2.4 REDELIKHEID (“REASONABLENESS”)

Die begrip “reasonableness”, of te wel “redelikheid” blyk op die oog af vir die juris 'n maklike definieerbare term te wees. 'n Grondige studie van ‘reasonableness’ en die toepassing daarvan in veral in die Suid-Afrikaanse Reg, bring egter 'n heeltemal ander prentjie na vore.

Rakende redelikheid sê Baxter die volgende :

“The reader would be correct to conclude that both law and opinion are in a state of confusion. Two main factors have contributed to this state of affairs. The first is the ebb and flow of judicial attitudes toward judicial review of administrative action. The second source of confusion is deeper. On its face it appears to be terminological. The Oxford

¹⁶⁰ Forsyth, 1990:399.

¹⁶¹ Burns, 1999:178.

¹⁶² *Jenkins v Government of the Republic of South Africa*, 1996(3) SA 1083 (TK).

English Dictionary lists seven major, and a number of subordinate, current and obsolete uses of the term.”¹⁶³

S A de Smith sê die volgende oor die dispute wat tussen Engelse skrywers ontstaan oor die begrip “reasonableness” :

“It has often been asserted in judicial dicta and academic literature that all statutory powers ... must be exercised reasonably, and in as much as powers are conferred subject to an imputed requirement that they be exercised reasonably and an authority failing to comply with this obligation acts unlawfully or *ultra vires*....

To cast doubt on this proposition as thus expressed is in itself to invite misunderstanding, indeed it is hardly possible to discuss the matter at all without indulging in terminological contentions or over-refined distinctions ... perhaps one ought to begin (and end) with the resounding platitude that it all depends on what one means by reasonableness.”¹⁶⁴

Dit is duidelik dat die howe in hul toepassing van redelikheid as hersieningsgrond in die administratiefreg verskillende sienswyses openbaar.

Dean beskryf die Suid-Afrikaanse Administratiefreg as ’n sombere wetenskap.¹⁶⁵ Met betrekking tot die begrip “redelikheid” was hy nogal reg. Die blaam vir hierdie toedrag van sake kan nie vierkantig geplaas word op die skouers van die parlementêre wetgewing wat inbreuk gemaak het op die gemeenregtelike regte en vryhede nie, of die wetgewer toegelaat het om dit te doen nie. Verskeie voorbeelde doen hul voor waar uitsprake op so ’n manier gelewer is en waar die reëls van administratiefreg só aangewend is dat dit ’n bespotting gemaak het van die vermoede dat, indien daar enige konflik tussen die staat en die onderdaan ontstaan, die onderdaan die voordeel van die twyfel gegee moet word.¹⁶⁶

Daar is sekerlik tweespalt in die Suid-Afrikaanse Reg rakende onredelikheid as ’n grond van geregtelike hersiening. In van die beslissings het die howe bevind dat onredelikheid *per se* nie ’n aparte grond vir die hersiening van administratiewe besluite was nie. Dit vorm slegs ’n simptoom of ’n aanduiding

¹⁶³ Baxter, 1984:482. Sien ook Powell, 1957:104.

¹⁶⁴ De Smith *et al.*, 1995:346.

¹⁶⁵ Dean, 1986:164.

¹⁶⁶ *City Council of Pretoria v Modimola* 1966(3) SA 250 (A). In die saak is die eienaar van grond nie die geleentheid gebied om aangehoor te word alvorens sy grond onteien was nie; *Thompson Trading as Maharaj and Sons v Chief Constable Durban*, 1965(2) SA 269 (D). In die saak het die regter die volgende verbasende stelling gemaak ‘so long as the respondent was acting in the *bona fide* and honest belief that he was doing his duty under the by-laws he must be taken to have been acting in pursuance of the by-laws whether his acts are legal or not’; en *Administrateur van SWA v Pieters* 1973(1) SA 850 (A) waar die applikant aansoek gedoen het om permanente burgerskap en hy nie eers die geleentheid gebied is om aangehoor te word nie, alvorens die aansoek afgewys was, nieteenstaande die feit dat die applikant gekwalifiseerd was en om sy beroep in die gebied te beoefen nie. Sy vrou is ook in die gebied gebore en het verkies om in SWA aan te bly.

dat daar ander hersienbare onreëlmatighede in die uitoefening van diskresionêre magte van die betrokke onderdaan was, sodat die amptenaar óf *mala fide* opgetree het, óf dat hy/sy opgetree het met 'n onbehoorlike motief. Daar word algemeen hierna verwys as die "simptomatiese onredelikeheidsreël", waarvolgens die omringende omstandighede van 'n beslissing toegepas word om 'n fout in die bestaan van die besluit self aan te dui. In kort, die onredelikheid van 'n besluit geneem deur die administratiewe liggaam of amptenaar, word aangewend as 'n feit waarvolgens 'n defek in die besluit self afgelei kan word. In die saak van *Union Government v Union Steel Corporation (South Africa) Limited*¹⁶⁷ het Appèlregter Stratford die simptomatiese onredelikeheidsreël soos volg gedefinieer:

"The court knew of 'no authority ... for the proposition that a court of law will interfere with the exercise of a discretion on the mere ground of its unreasonableness".

Appèlregter Stratford voeg by dat die onredelikheid van die besluit grof genoeg mag wees om 'n hof in staat te stel om te gelas dat die besluit onverklaarbaar was weens 'n vermoede van *mala fides*, of onbehoorlike motief, óf dat die besluit daarop gedui het dat die persoon op wie die diskresionêre magte van toepassing was, sy diskresie nie na behore aangewend het nie.

Dit blyk gevolglik duidelik dat daar niks inherent verkeerd is met die "simptomatiese-onredelikeheidsreël" nie, behalwe vir die ooglopende feit dat die benadering te kort skiet in die erkenning van die begrip "redelikheid" as 'n aparte hersieningsgrond vir geregtelike hersiening, soos dit die geval was in die Engelse Reg in die saak van *Associated Provincial Picture House Limited v Wednesbury Corporation*.

Forsyth het dit beskryf as 'n "wholesome aspect of South African Administrative Law".¹⁶⁸

Die grootste probleem met hierdie benadering is die feit dat die reël se werking sy ontstaan het in die bestaan van "groot onredelikheid" (gross unreasonableness). Die vasstelling van groot onredelikheid is in die hande van die hof geplaas. Wanneer 'n regter dus traag is om in te meng in die harde en ooglopende onbillike beleid van die wetgewer, kan hy slegs beslis dat die besluit van die administratiewe liggaam of amptenaar nie grof

¹⁶⁷ 1928 AD 220 by 236-7. Die *Union Steel Corporation*-saak is nagevolg en toegepas in baie beslissinge in die Suid-Afrikaanse administratiewe reg, onder andere *Administrator, Transvaal & Firs Investment (Pty) Limited v Johannesburg City Council* 1971(1) SA 56 (A); *National Transport Commission v Chetty's Motor Transport (Pty) Limited*, 1972(3) SA 727 (A); *Johannesburg Local Road Transportation Board v David Morton Transport Limited* 1976(1) SA 887 (A); *Johannesburg Stock Exchange and Another v Witwatersrand Nigel Limited and Another* 1988(3) SA 132 (A).

¹⁶⁸ Forsyth, 1985:105.

onredelik genoeg was om op gronde van "*mala fides*" of "*ulterior motive*" in te meng nie.

Dit is daarom duidelik dat die toets vir redelikheid heeltemal te hoog gestel is om enigsins 'n bydrae te lewer tot die bevordering van administratiewe geregtigheid. Die ou verknogtheid om vas te hou by wat die wetgewer in wetgewing wil sê, en die lukrake toepassing daarvan, is duidelik sigbaar. 'n Goeie voorbeeld hiervan is te vind in die saak van *National Transport Commission v Chetty's Motor Transport*.¹⁶⁹

"Holmes J.A., in delivering the unanimous judgement of the Court, said that the court will intervene only in cases where the decision is so grossly unreasonable as to warrant no inference but that the authority had failed to apply its mind honestly, i.e. that the authority had committed a recognised irregularity. The learned judge of appeal himself added that this was a 'formidable' onus and that the 'degree of proof required is a preponderance of probability, but this is less easily envisaged in that one does not readily impute dereliction of duty to a responsible body."¹⁷⁰

Die reg aangaande die veranderde vorm van die "simptomatiese onredelikeheids-benadering", kan derhalwe soos volg opgesom word:

- (i) "Onredelikheid" *per se* is 'n grond vir geregtelike inmenging.
- (ii) "Growwe Onredelikheid" kan andersyds so steurend wees dat dit inmenging regverdig op grond daarvan dat die besluitnemer versuim het om sy diskresie behoorlik of eerlik toe te pas, met ander woorde dat die orgaan 'n bewuste onreëlmatigheid gepleeg het.
- (iii) Ten einde die hof te oorreed om 'n negatiewe afleiding te maak na gelang van 'n growwe onredelike besluit, rus die onus op die klaer om met die nodige feite na vore te kom, waarop die hof dan 'n negatiewe konnotasie sal baseer.
- (iv) Selfs waar daar bewys is dat die owerheid onredelik opgetree het, sal die hof nie geredelik beslis dat daar "growwe onredelikheid" teenwoordig was, wat iets anders sou bewys as 'n beslissing dat die owerheid nie sy diskresie eerlik aangewend het nie. Die rede vir hierdie

¹⁶⁹ 1972(3) SA 726 (A); Kortliks gestel, die saak behels die uitreiking van sekere transportsertifikate, uitgereik deur die Nasionale Transport Kommissie, wat houers van die sertifikate magtig om met hulle besigheid voort te gaan. Die *Chetty's Motor Transport*-saak het die beslissing teëgestaan op gronde van onredelikheid dat die Nasionale Transport Kommissie nie die feite en omstandighede in ag geneem het nie.

¹⁷⁰ 1972(3) SA 726 (A) op 735 G-H.

houding kan wees dat die hof "does not readily impute dereliction of duty to a responsible body".

Daar is tog 'n oplossing rakende die streng toets wat deur die howe daargestel word, alvorens 'n handeling as onredelik bevind kan word. In die vonnisbespreking van *Dilokong Chrome Mines (Edms) Beperk v Direkteur-Generaal van die Department van Handel en Nywerheid*¹⁷¹ maak Carpenter melding van die noodsaaklikheid dat veral die Appèlhof uitsprake op die administratiefregtelike gebied sal moet lewer, wat nie alleen die saak wat voor hulle dien bevredigend benader nie, maar terselfdertyd beginsels en riglyne daarstel wat die verwesenliking van algehele administratiefregtelike geregtigheid, ook in terme van die nuwe Grondwet van Suid-Afrika tot stand sal bring.¹⁷² Tereg wys sy daarop dat dit geen maklike taak gaan wees nie. Ten einde in hierdie doel te kan slaag sal daar in 'n toenemende mate druk op die appèlhof en die ander howe geplaas moet word om 'n kreatiewe, "geregtigheidsgerigte" benadering na te streef.

Administratiewe optrede moet egter redelik wees. Die howe sal weldra moet weg beweeg van die standpunt wat gehuldig is in die saak van *Union Government (Minister of Mines and Industries) v Union Steel Corporation (SA) Limited*.¹⁷³

In die saak is daar soos volg beslis :

"There is no authority that I know of, and none has been cited, for the proposition that a court of law will interfere with the exercise of a discretion on the mere ground of its unreasonableness. It is true the word is often used in the case on the subject, but nowhere has it been held that unreasonableness is sufficient ground for interference, emphasis is always laid upon the necessity of the unreasonableness being so gross that something else can be inferred from it, either that it is 'inexplicable except on the assumption of *mala fides* or *ulterior motive*' or that it amounts to proof that the person on whom the discretion is conferred has not applied his mind to the matter."

Dit wil voorkom of die "geregtigheidsgerigte" benadering wel later deur die hof in *Theron v Ring van Wellington N.G. Sendingkerk van Suid-Afrika* toegepas is.¹⁷⁴ Daar moet egter op gelet word dat die beginsels wat in hierdie beslissing kreatief en geregtigheidsgerig geformuleer en toegepas was,

¹⁷¹ 1992(4) SA 1(A).

¹⁷² Carpenter, 1993:165.

¹⁷³ 1928 AD 220 op 236.

¹⁷⁴ 1976(2) SA 1 (A).

besondere verdeeldheid tot gevolg gehad het onder dié geleedere van juriste. Dit lyk asof sommige akademici rakende die vestiging van onredelikheid as selfstandige hersieningsgrond na aanleiding van die Theron-saak nog nie oortuig is nie, alhoewel dit tog wil voorkom asof die erkenning van onredelikheid as selfstandige hersieningsgrond nou besig is om vinnig veld te wen.

Dit is insiggewend om daarop te let dat die beginsel van onredelikheid as selfstandige hersieningsgrond reeds in 1666 in regspraak bevestig is, alhoewel dit in latere jare weer negeer is. Wade “*Administrative Law*” (1979) skryf hieroor die volgende :

“To the same effect as a reporter’s note of 1666, where the court had granted certiorari against the commissioners of Fens merely on an allegation that they had proceeded unreasonable ‘for’ this court may judge wither they have pursued their power’.”¹⁷⁵

Die Theron-beslissing is wel deur party howe in sekere sake nagevolg soos *Anchor Publishing Company (Pty) Limited and Another v Publications Appeal Board*¹⁷⁶, maar veral die Appèlhof het nie hierdie benadering aangehang nie.

’n Goeie voorbeeld van die Appèlhof se houding is *Goldberg and Others v Minister of Prisons*.¹⁷⁷ In dié saak het die gevangenisowerheid geweier om langtermyngevangenes toegang te verleen tot inligting rakende belangrike daaglikse gebeure, behalwe vir sportgebeure. Waarnemende Regter President Wessels, wat die meerderheidsuitspraak gelewer het, het geweier om te beslis dat die beleid om nuusgebeure vir sekere gevangenes te sensor, ’n onredelike uitoefening van diskresie was. Die hof was van mening dat die inligting as vergunning aan die gevangenes verskaf is, en dat hulle geen reg van toegang daartoe gehad het nie. Geen ‘growwe onredelikheid’ is bevind nie. Regter Wessels het egter geen melding gemaak van appèlregter Jansen se uitspraak in die Theron-saak nie.

Indien die benadering van appèlregter Jansen egter in die saak nagevolg was, sou die uitspraak in die guns van die gevangenes gewees het. Die kommissaris het onredelik opgetree met sy beleid om inligting en nuus van gevangenes te weerhou. Ingevolge Artikel 2(2) van die Gevangenis Wet, Wet 8 van 1959, was die kommissaris onder ’n statutêre verpligting om opleiding en rehabilitasie aan gevangenes te verskaf. Hierdie opleiding sou ook

¹⁷⁵ Wade, 1979:338. Die saak waarna Wade hier verwys, is *R v Commissioners of Fens* 1666(2) KEB.43.

¹⁷⁶ 1987(4) SA 708 (N).

¹⁷⁷ 1979(1) SA 14 (A).

wêreld-politieke gebeure insluit. Hierdie saak is 'n goeie voorbeeld van die misbruik van 'n owerheidsorgaan se diskresie.

Rakende simptomatiese onredelikheid, is Hlope die volgende siening toegedaan :

“... let it be stressed that the modified ‘symptomatic unreasonableness’ approach appears to put the test too high. Chetty’s Motor Transport and Goldberg bear testimony to this claims. What is needed in South African administrative law is ‘simply unreasonableness’ as apposed to ‘gross unreasonableness’. The law should be reformed in such a way that ‘unreasonableness’ qualifies as a separate ground for judicial review. While there may be some value in the ‘symptomatic unreasonableness’ approach, it is clear that it has been abused by the South African courts in their endeavour to sympathise and collaborate with the executive in its enforcement of the government’s policy of apartheid and separate development.”¹⁷⁸

Daar kan met Hlope saamgestem word dat die toets vir onredelikheid verslap moet word. Deur die navolging van die beginsel van simptomatiese onredelikheid poog die howe om aan enige blootstelling tot kritiek vanweë moontlike kontroversiële waardebepalings te ontkom. Dit is 'n geforseerde benadering. Hierdie benadering blyk nie slegs oorbodig te wees nie, maar is ook onaanvaarbaar.

Die onsekerheid rakende die inhoud van die redelikeidsbegrip kan waarskynlik een van die belangrikste redes wees waarom die vestiging van onredelikheid as selfstandige hersieningsgrond so 'n wankelrige ontwikkeling moes deurmaak. Onredelikheid moet egter in die breë verstaan word as synde dialektiese en/of substantiewe redelikheid, waardeur nadele in wye verband tot stand gebring word.

Die traagheid van ons howe, veral die appèlhof, om redelikheid as aparte hersieningsgrond te aanvaar, is egter nie merkbaar ten opsigte van die howe se hantering van onredelikheid by gedelegeerde wetgewing nie. Inteendeel, daar is in 'n lang reeks beslissings wat met groot entoesiasme van die Engelse beslissing van *Kruse v Johnson* gewag maak.¹⁷⁹

Baxter is van mening dat daar gesag onder ons Romeins-Hollandse skrywers bestaan dat administratiewe optredes wel op grond van onredelikheid tersyde

¹⁷⁸ Hlope, 1993:111.

¹⁷⁹ Vir voorbeelde sien *S v Meer* 1981(4) SA 604 (A) en *Mandela v Minister of Prisons* 1983(1) SA 938 (A).

gestel kan word.¹⁸⁰ Alhoewel ons regspraak gewoonlik die standpunt handhaaf dat onredelikheid slegs as bewys van ander ongeldigheidsgronde kan dien, word daar tog gereeld uitsprake gevind waar blote onredelike uitwerking en gevolge van 'n administratiewe handeling as genoegsaam erken word om die ongeldigheid van 'n handeling te weeg te bring.¹⁸¹

In sy artikel "Onredelikheid as Hersieningsgrond by Gedelegeerde Wetgewing : Weer Eens *Kruse v Johnson*"¹⁸² voer Barrie aan dat die saak van *S v Lasker*¹⁸³ 'n goeie voorbeeld is van ons howe se benadering dat onredelikheid as 'n hersieningsgrond by administratiewe optredes by gedelegeerde wetgewing tuishoort.

Regulasie 145 van die Regulasies vir Hawens van die Republiek van Suid-Afrika het te doen met die toegang van persone tot Suid-Afrikaanse hawens. Dit is uitgevaardig onder die Suid-Afrikaanse Vervoerdienste Wet, 65 van 1981.¹⁸⁴ 'n Appellant is al onder hierdie regulasie op vyftien geleenthede skuldig bevind en met die laaste geleentheid tot nege maande gevangenisstraf gevonniss. Die saak dien op outomatiese hersiening na die Kaapse provinsiale afdeling van die Hooggeregshof.

Die Kaapse provinsiale afdeling vind Regulasie 145 nie alleen *ultra vires* op grond van vaagheid en onsekerheid nie, maar vind dit ook *ultra vires* op grond van onredelikheid. As gesag verwys die hof na *Kruse v Johnson* :

"But unreasonable in what sense? If, for instance, they were found to be partial and unequal in their operations as between different classes, if they were manifestly unjust, if they disclosed bad faith, if they involved such oppressive or gratuitous interference with the rights of those subject to them as could find no justification in the minds of reasonable men, the Court might well say 'Parliament never intended to give authority to make such rules, they are unreasonable and *ultra vires*'. But it is in this sense only, as I conceive, that the question of unreasonableness can properly be regarded."¹⁸⁵

Ons sien dus dat die hof hier die klassieke uitspraak van *Kruse v Johnson* navolg, veral ten opsigte van gedelegeerde wetgewing. Die hof maak egter

¹⁸⁰ Baxter, 1984:480.

¹⁸¹ Sien Wiechers, 1984:274 vir verdere voorbeelde.

¹⁸² Barrie, 1991:711.

¹⁸³ 1991(1) SA 558 (CPD).

¹⁸⁴ Hierdie regulasie bepaal onder andere: "The right of admission to harbours is strictly reserved, and any person ordered by a police official, the Port Manager, the Port Captain or any other duly authorised officials, for whatever reason, to leave a harbour immediately and does not do so, or if he again enters such harbour within seven days thereafter, shall be guilty of an offence under these regulations." (soos aangehaal by. 561 van die uitspraak).

¹⁸⁵ 1898 QB 91 by 99.

geen verwysing na die stand van onredelikheid *per se* as selfstandige geldigheidsvereiste in die algemeen in ons administratiefreg nie.

Die pleidooi van Wiechers¹⁸⁶ vir die erkenning van redelikheid as 'n selfstandige geldigheidsvereiste in die administratiefreg in die algemeen (en nie net by gedelegerde wetgewing nie) bly egter relevant. Dit is 'n noodsaaklike voorwaarde om 'n ganse stelsel van geregtelike kontrole van administratiewe handeling van verarming en legalisme te red.

Ons sien egter dat in die Engelse Reg onredelikheid as hersieningsgrond by administratiewe optredes veel verder uitgebrei is as by *Kruse v Johnson*. In die *Wednesbury*-saak (reeds hierbo genoem) is die hele aangeleentheid van onredelikheid verbreed en verder geneem as blote toepassing op gedelegerde wetgewing.

Barrie vra tereg die vraag of die tyd nie nou ryp is vir ons eie howe om dieselfde pad te volg nie, soos gedoen is in *Administrator of the Transvaal v Traub* met "legitimate expectation" en erkenning te gee aan die ontwikkelings van die administratiefreg in Engelse howe.¹⁸⁷

In aansluiting by bogemelde, stel Hlope dit soos volg :

"Moreover, there should be a clause in the bill of rights adopted in a future constitution to the effect that administrative bodies are expected to act fairly and reasonably in the discharge of their duties, and that the laws themselves should be reasonable.¹⁸⁸ The judiciary, of course, should invariably have a 'testing right', namely, courts of law should have the power to invalidate 'unreasonable' acts of parliament that are in conflict with constitutionally guaranteed rights.¹⁸⁹ In this way, it is hoped that it will be possible to create a culture of reasonableness on the part of both parliament and the executive."

'n Verdere aspek wat bygedra het tot die swak ontwikkeling van redelikheid as hersieningsgrond, is die feit dat daar geen verpligting op die administrasie geplaas is om redes bekend te maak waarop besluite gegrond was nie. Hierdie leemte is nou ondervang deur Artikel 24(c) van die Interim-Grondwet en Artikel 33(2) van die Finale-Grondwet, wat bepaal dat elke persoon die reg het om skriftelik van redes verskaf te word, vir administratiewe optredes wat enige van sy of haar regte of belange raak, tensy die redes vir sodanige optrede alreeds openbaar gemaak is.

¹⁸⁶ Wiechers, 1984:281.

¹⁸⁷ Barrie, 1991:714.

¹⁸⁸ Sien art 18 van die "Namibian Constitution of 1990" vir soortgelyke voorbeelde.

¹⁸⁹ Sien Hlope, 1989: 5.

Die individu het ten opsigte van die optrede van die owerheidsorgaan, hom/haar in 'n onbenydenswaardige posisie bevind, want daar kon nie bepaal word of die optrede van die administratiewe orgaan redelik was nie, aangesien geen redes aangevoer is vir die besluit en/of optrede nie.

Wiechers het aangaande die eertydse leemte geskryf dat sonder sodanige verpligting om redes te verskaf, dit dikwels prakties onmoontlik is vir 'n belanghebbende om hom/haar op vereistes soos behoorlike aandagbesteding, geoorloofde doel, en so meer, te beroep, aangesien hy/sy vanweë 'n gebrek aan redes vir 'n besluit, dit gewoon nie kan bewys nie.¹⁹⁰

Barrie vat die gevolge en omvang van die gebrek soos volg saam :

“It goes without saying that the absence of a duty to give reasons impairs the efficiency of judicial review on the grounds of *inter alia* bias, bad faith, improper purpose, extraneous considerations, arbitrariness and gross unreasonableness.”¹⁹¹

Jan Alleman kla maklik dat wanneer 'n diskresie deur 'n beampte of openbare liggaam nie in hul guns uitgeoefen word nie, die beampte of orgaan onredelik opgetree het. In 'n kredietwaardige regsisteem behoort voorsiening gemaak te word vir die hersiening van sodanige besluit, indien die klagte van onredelike optrede bewys word as synde gebaseer op legitieme gronde.¹⁹² In die Engelse Reg word daar byvoorbeeld voorsiening gemaak vir “manifest unreasonableness” as hersieningsgrond en by die Amerikaanse Reg dat 'n administratiewe handeling hersienbaar is, indien sodanige benadeling nie ondersteun word deur “substantial evidence” nie.

'n Verdere aspek wat oorweeg moet word, veral ten opsigte van die howe se toepassing van redelikheid as hersieningsgrond, is die normatiewe aard van die redelikeheidsbegrip. Sonder om verder daarop uit te brei, kan daar verwys word na die insiggewende artikel van Christof Heyns : “*Reasonableness in a Divided Society*”.¹⁹³ Hy vra tereg die vraag :

“What content should be given to the legal norm of ‘reasonableness’ in a society with such deep divisions in its value-structures as ours? That is, should the pursuit of only certain values be regarded as legally acceptable, and others not, and if so, in terms of what standards should the distinction be made? This problem is particularly pressing in a society where what is considered as unreasonable or deviant by one

¹⁹⁰ Soos aangehaal deur Barrie, 1988:121.

¹⁹¹ Barrie, 1988:121.

¹⁹² Mohamed, 1989:346.

¹⁹³ Heyns, 1990:279.

group is accepted, in good faith, as reasonable or normal by others.
Can the legal system avoid 'choosing sides'?"

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het ook 'n ondersoek geloods rakende die howe se hersieningsbevoegdheid. Die ondersoek het bekend gestaan as Projek 24 van Augustus 1986.

Die kommissie se aanbevelings rakende onredelikheid kan soos volg opgesom word :

“4.4.3 It is suggested that a general list of grounds for review be included in legislation, without thereby constituting a codification, since the door must be left open for the retention of recognised common law grounds.

4.4.4 The following are essential extensions to the grounds for review :

- A general requirement that the principles of natural justice are to be complied with.
- A general rule that unfairness shall be a ground for review.
- A general duty to furnish full reasons for an act or a decision upon request.
- Unreasonableness of the decision, including errors of law and fact, shall be a ground for review, but excluding review of policy considerations.”

Barrie se vermelde pleidooi, het nie op dowe ore geval nie. Die wetgewer het in die Interim-Grondwet ingegryp en daar kan met reg gesê word dat redelikheid as vereiste nou bo alle twyfel deel van die Suid-Afrikaanse Administratiefreg is.

2.2.5 ADMINISTRATIEWE REGSHERVORMING : PROJEK 24 VAN DIE SUID-AFRIKAANSE REGSKOMMISSIE

Reeds solank gelede as 1967 voer Wiechers aan dat 'n ondersoek in Suid-Afrika na administratiewe optrede wat buite die regsfeer val, dringend noodsaaklik geword het. In Suid-Afrika word 'n besondere sterk en uitgebreide staatsadministrasie gevind.

Wiechers sê verder dat dit miskien hoog tyd geword het dat 'n ondersoek soos dié van die Donoughmore- (1931) en die Franks-komitee (1957) in Engeland, hier in Suid-Afrika onderneem moet word. Sodoende sal vasgestel

kan word in hoeverre die administratiewe lewe op 'n regsgrondslag gevestig is.¹⁹⁴

Die volgende bewering word in 1985 deur Arthur Chaskalson gemaak :

“Our law, in so far as the judicial control of administrative process is concerned, is at the crossroads. The path which is now taken will determine whether the administrative process will be opened up to public scrutiny and judicial control, or whether it will remain secretive and in many respects beyond the control of the courts. It is ultimately in the interests of good administration and good government that what Lord Devlin has described as the ‘timorous view of the supervisory functions of the court’ should not prevail. The judgement of Jansen J.A. in *Theron v Ring van Wellington* has shown the path that can be taken. If others follow, our law can be developed to provide the protection which is needed against the abuse of power by the executive authorities. The question is : will this path be followed?”¹⁹⁵

Na aanleiding hiervan, het die behoefte daadwerklik ontstaan om 'n ondersoek te gelas na die regshervorming van die administratiewe prosesreg.

In Augustus 1986 het 'n werkstuk van die Suid-Afrikaanse Regskommissie verskyn met die titel “*Ondersoek na die howe se hersieningsbevoegdheid ten aansien van administratiewe handeling*”. Die volgende aspekte word daarin oorweeg :

- (i) Die bestaande prosedure ingevolge waarvan administratiewe optrede of regspraak op appèl in hersiening geneem word.
- (ii) Die gronde waarop administratiewe optrede of regspraak by wyse van hersiening getoets word.
- (iii) Die vraag of die gronde vir hersiening ten opsigte van administratiewe en kwasi-geregtelike handeling uitgebrei of beperk moet word.
- (iv) Administratiewe appèlle en kontrole van administratiewe handeling deur ander administratiewe organe.

Dit blyk duidelik dat die kommissie uitvoerig van bestaande literatuur, asook verslae van regshervormingsliggame van verskeie lande gebruik gemaak het. Hulle maak die volgende aanbevelings :

¹⁹⁴ Wiechers, 1967:325.

¹⁹⁵ Chaskalson, 1985:433.

- (i) Daar bestaan 'n dringende behoefte aan regshervorming in Suid-Afrika op die gebied van geregtelike hersiening, aangesien dit duidelik is dat ons reg in hierdie opsig by ander Westerse lande agtergebly het.
- (ii) Wat hersieningsgronde betref, kan die onderskeid tussen administratiewe en kwasieregtelike handeling wegval.
- (iii) 'n Algemene lys van hersieningsgronde moet in wetgewing vervat word, sonder dat dit 'n kodifikasie daarstel, want ruimte moet gelaat word om die erkende gemeenregtelike gronde te behou.
- (iv) Noodsaaklike uitbreidings in die hersieningsgronde is:
 - 'n Algemene voorskrif dat die beginsels van natuurlike geregtigheid nagekom moet word.
 - 'n Algemene reël dat onbillike optrede 'n hersieningsgrond is.
 - 'n Algemene verpligting dat volledige redes vir 'n handeling of beslissing op versoek van enige belanghebbende gegee moet word.
 - Dat onredelikheid van 'n handeling of beslissing, wat insluit regs- en feitedwalings, 'n hersieningsgrond is, maar met uitsluiting van hersiening van beleidsoorwegings.
 - 'n Bepaling dat, nie-teenstaande die bepalinge van enige wet, maar behoudens Artikel 18(2) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 110 van 1983, alle administratiewe en kwasieregtelike handeling en beslissings deur 'n belanghebbende persoon op hersiening in die Hooggeregshof geneem kan word.

Die Regskommissie stel dit in die verslag onomwonde dat regshervorming ten aansien van die gronde vir geregtelike hersiening dringend noodsaaklik geword het.

Raath¹⁹⁶ stem hiermee volmondig saam. Hy voer aan dat ons hoewe onder invloed van die Anglo-Amerikaanse juridiese positivisme en onder die dekmantel van die sogenaamde "wetgewende oppergesag van die parlement" ongeneë is om uit eie beweging 'n ondersoek na die nakoming van die administratiewe legaliteitsbeginsels te onderneem. In hierdie verband kyk die hoewe dikwels slegs of binne die raamwerk van die magtigende Wet gehandel is. Raath stem met Wiechers saam dat hierdie onwilligheid van ons hoewe

¹⁹⁶ Raath, 1988:102. Vir 'n verdere bespreking van die Regskommissie se verslag, sien Raath, 1988:195-217.

onder die invloed van die Engelse Regspraak staan, wat op sý beurt weer voortgespruit het uit die beperkte toepassingsgebied van die bevelskrifte “certiorari” en “prohibition” waarmee administratiewe sake vir hersiening voor Engelse howe gebring is.¹⁹⁷ Die meeste van die administratiefregtelike legaliteitsgronde word in ons administratiewe diskresie-uitoefening en in ons administratiewe regspraak skreiend verwaarloos.

Die tyd is nou sekerlik ryp vir regters om weg te beweeg van die verknogtheid aan die gemenerereg, sodat hulle innoverend kan kyk hoe administratiewe geregtigheid in toekomstige regspraak bevorder kan word. Dit word betwyfel of bogemelde ontwikkeling bevorder sal word, wanneer gekyk word na die voorstel van die kommissie dat ’n algemene lys van hersieningsgronde in wetgewing vervat moet word, sonder dat dit ’n geslote kodifikasie daar sal stel. Indien die wetgewer eersdaags tot so ’n stap oorgaan, sal daar voldoende ruimte vir administratiewe ontwikkeling gelaat moet word.

In welke verband het die verslag van die Regskommissie ’n bydrae gelewer tot die bevordering van administratiewe geregtigheid?

- (i) Eerstens, bevat die verslag ’n uitvoerige vergelyking van die standpunte van verskillende skrywers oor die aspekte van die geregtelike hersiening van administratiewe optrede. Dit is egter jammer dat die verslag nie self standpunt inneem oor onderlinge botsende gedagtes nie.
- (ii) Tweedens, die bepaling van die mees problematiese probleemgebiede ten aansien van geregtelike hersiening.
- (iii) Derdens, die voorstel dat daardie hersieningsgronde wat die dringendste aandag benodig in wetgewing vervat moet word, sonder om ’n geslote kode van hersieningsgronde daar te stel. ’n Sprekende voorbeeld hiervan is sekerlik Artikels 23 en 24 van die Interim-Grondwet. Dit word later verder gevoer deur Artikel 33 van die Finale-Grondwet, en die daarstel van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid.
- (iv) Vierdens, word die aanbevelings gemaak dat geregtelike hersiening deur die bestaande afdelings van die Hooggeregshof behartig moet word.

In 1991 het die Regskommissie oor Projek 24 ’n opvolgende werkstuk die lig laat sien. Daarin lyk dit of die 1986-voorstelle grootliks deur die kommissie

¹⁹⁷ Sien Wiechers, 1984:330.

self genegeer word.¹⁹⁸ Dit blyk duidelik dat die nuwe Grondwet wat op daardie stadium in die proses was om opgestel te word, waarskynlik 'n klousule sou bevat waardeur administratiewe geregtigheid gewaarborg sou word. Carpenter voer aan dat dit dan aan die howe oorgelaat word om 'n beslissing te fel oor wat die inhoud van hierdie reg sou wees.¹⁹⁹

Carpenter skryf dat die kommissie in hierdie werkstuk ongelukkig nie afsien van die tradisionele benadering met betrekking tot die redelikheidsmaatstaf, te wete simptomatiese onredelikheid, nie.

Die behoefte dat die redelikheidsmaatstaf formeel tot sy volle konsekwensie in 'n nuwe Grondwet gevoer moes word, is deur verskeie skrywers beklemtoon. Hlope skryf hieroor dat daar 'n klousule in 'n akte van menseregte in 'n nuwe Grondwet ingesluit behoort te wees, waarvolgens daar vereis word dat administratiewe liggame hulle handeling regverdig en redelik moet uitvoer.²⁰⁰

Die Interim-Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika het inderdaad aan bogemelde versoek gehoor gegee, met die bepaling vervat in Artikel 24 van Hoofstuk 3, wat handel oor fundamentele regte onder die op skrif "Administratiewe geregtigheid". Die problematiek wat by beoordeling van onredelikheid veroorsaak is deur die versuim om redes vir 'n beslissing te verskaf, is ook in die bogemelde artikel onder die loep geneem.

Dit is sekerlik gepas om ten slotte te verwys na Rozenberg se opmerking :

"We are all part of the search for justice. Everyone wants to see the judges acting fairly and properly, everyone wants to see the courts reaching the right results. All too often we are disappointed."²⁰¹

2.2.6 ARTIKEL 18 VAN DIE NAMIBIESE GRONDWET

Die Interim-Grondwet is voorafgegaan deur 'n gees van afwagting en optimisme. Dit blyk duidelik uit Artikels wat deur juriste soos Govender en Corder geskryf is.

"There is a discernable link between unshackling of the political process as a result of President De Klerk's initiatives and the cultivation of an activist jurisprudence by the present Appellate Division. The reality is that, from the prospective of accountable administration, our administrative law has never before looked as good as it does today.

¹⁹⁸ Sien Carpenter, 1993:14.

¹⁹⁹ Carpenter, 1993:14.

²⁰⁰ Hlope, 1993:113.

²⁰¹ Hefer : 2004:1. (Hefer verwys hier na Rozenberg se artikel "The Search for Justice").

The issue is whether we can retain and maintain these standards of accountability in the new order, with a democratically elected government embarking on major restructuring of the South African Society.”²⁰²

en

“In the past four years, however, there have been signs that this tide might be turning. This has come at a time when *political* events have made constitutional negotiations the centre of attention, further emphasising the urgency of the need for a viable system of both empowerment and accountability of a future South African executive.”²⁰³

Gedurende hierdie tydperk het ’n vloedgolf van artikels, handboeke en regsartikels verskyn, wat ’n welkome uitbreiding van die administratiefregtelike literatuur was.²⁰⁴

Die aanloop tot die Grondwetmakende proses in Suid-Afrika, wat *inter alia* uitgeloop het op die administratiewe geregtigheidsklousule, sal onvolledig wees as daar nie na Artikel 18 van die Namibiese Grondwet verwys word nie.²⁰⁵

Die Namibiese Grondwet se Handves van Menseregte poog om die individu se regte tot “administratiewe geregtigheid” bykomend tot die gewone basiese of fundamentele burgerlike, politieke, kulturele, sosiale en ekonomiese regte te beskerm. Artikel 18, getiteld “Administrative Justice”, lees soos volg :

“Administrative bodies and administrative officials shall act fairly and reasonably and comply with the requirements imposed upon such bodies and officials by common law and any relevant legislation and persons aggrieved by the exercise of such acts and decisions that have the right to seek redress before a competent Court or Tribunal.”

Artikel 18 van die Namibiese Grondwet verseker ’n vaste fondament vir die ontwikkeling van administratiewe geregtigheid. Dit dien ook as katalisator vir die ontwikkeling van demokratiese beginsels en gedrag, omdat ’n individu se regte tot regterlike hersiening en buite-geregtelike beregting van administratiewe handeling deur Artikel 18 beskerm word.

Die voorwaardes en begrippe wat in Artikel 18 gebruik word, lig die betekenis van sekere administratiefregtelike beginsels uit en benadruk sekere hoofaspekte van die regshersieningsbeginsels van administratiewe optrede

²⁰² Govender, 1993:181.

²⁰³ Corder, 1993:1. Corder verwys ook na die *Traub-saak* en die *South African Roads Board-saak* as voorbeelde van die gety wat besig was om te draai.

²⁰⁴ Basson, 1994; Van Wyk *et al*, 1994; Govender, 1993:181; Carpenter, 1994:467-473; Burns. 1994:347-358.

²⁰⁵ Vir ’n bespreking van die Namibiese grondwet, sien veral Carpenter, 1994:467-473; Bjornlund, 1989:391-434; Parker, 1991:88; Van Wyk, 1991:341.

en beregting deur tribunale. Die voorskrifte van die artikel ken dus regte toe en soos met alle ander regstelsels, sal regsreëls wat regte toeken, vatbaar wees vir 'n onuitputlike uitlegproses.

Wat hierdie uitlegproses betref, kom die howe weer in die prentjie. Die howe moet die uitlegproses beskou as 'n geleentheid en 'n uitdaging. Hulle moet die geleentheid gebruik om te verseker dat die leerstelling van onafhanklikheid en onpartydigheid, soos in Artikel 78(3) van die Grondwet vervat, nie net 'n spekulatiewe gedagte bly nie, maar inderdaad verwerklik word.

Artikel 18 stel 'n afweging en balansering van die belange tussen owerheid en onderdaan daar. Howe en tribunale wat Artikel 18 toepas, moet sorg dra dat hulle die volgende doelwitte gehoorsaam:

- (a) Hulle behoort in staat te wees om die skaal in proporsionele ewewig te bring, met ander woorde, die magte van die administratiewe owerheidsorgane moet in so 'n mate afgebaken word, dat 'n gesonde balans gehandhaaf kan word tussen die bereiking van administratiewe doeltreffendheid en doelmatigheid enersyds en die beskerming van individuele regte, vryhede, belange, ens, andersyds.
- (b) Die 'rule of law'-leerstuk sal praktiese belangrikheid verkry as 'n metode om administratiewe mag te beheer en ook om populêre deelname in administratiewe besluitneming te verseker.
- (c) Langs hierdie weg is die doel van administratiewe geregtigheid, soos in Artikel 18 beliggaam, om die individu in staat te stel om op die reg staat te maak om te verseker dat die magte van administratiewe liggame en administratiewe beamptes op so 'n wyse aangewend word, dat dit met die gedagte van regverdige handeling en gesonde administrasie versoenbaar is.

Soos die Grondwet van Namibia, maak die Interim-Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika in Artikel 24 ook voorsiening vir die reg op administratiewe geregtigheid as 'n beregbare fundamentele reg.

Hoewel die twee bepalings in die verskillende grondwette van mekaar verskil, is dit egter duidelik dat Artikel 18 van die Namibiese Grondwet 'n bydrae gelewer het tot die ontstaan van Artikel 24. Dit het sodoende 'n belangrike rol gespeel in die ontwikkeling van administratiewe geregtigheid in die Suid-Afrikaanse regstelsel.

Daar kan met reg gekonstateer word dat administratiewe geregtigheid in die Suid-Afrikaanse Reg met rasse skrede ontwikkel het. Die volgende aspekte was grootliks hiervoor verantwoordelik :

- Die menings van gemeenregtelike skrywers.
- Die uitspraak van appèlregter Jansen in die Theron-saak.
- Die navolging van hierdie beslissing in daaropvolgende sake.
- Die ontwikkeling van die geregtigheidsbegrip in die Engelse Reg.
- Die verwerping van die kategorisering van administratiewe optredes waaraan bepaalde regsgevolge geheg word.
- Die uitspraak in die Traub-beslissing.
- Die menings van die akademici soos hierbo uiteengesit.
- Die aanvanklike mening van die Regskommissie en die gepaard gaande voorstelle vir die hersiening van die administratiewe regsproses.
- Die bepaling van Artikel 18 van de Namibiese Grondwet.
- Artikel 24 van die Interim-Grondwet.

Die ontwikkeling van administratiewe geregtigheid sal egter in die toekoms verder plaasvind. Hoewel geregtelike hersiening steeds 'n belangrike rol sal speel, moet dit duidelik verstaan word dat sy rol ingrypend sal verander om veral by 'n snel veranderende Suid-Afrika te kan aanpas.

Tereg stel Wiechers dit soos volg :

“Under an entrenched constitution with a justifiable bill of rights and a full judicial review, this new administrative law would become a living, growing body of rules of increasing importance, stimulating openness and public participation and giving full effect to the notion of a material constitutional state. Finally, of course, legal rules must be applied and carried into effect. What is even more important, therefore, is both a civil service that is dedicated to making this new administrative law an instrument of well-being and betterment, and judges who are imbued with a spirit of imagination and innovation.”²⁰⁶

²⁰⁶ Wiechers, 1993: 262.

Administratiewe geregtigheid sal vorentoe verder ontwikkel en verander, afhange van die politieke bedeling in Suid-Afrika. Sodanige veranderde houding sal nie bewustelik en plotseling plaasvind nie; dit sal 'n geleidelike proses wees, veral na gelang die veranderlike politieke en maatskaplike werklikhede na die regsbeuussyn van ons regters deursypel.



Afdeling D

Hoofstuk 1

ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID AAN DIE HAND VAN DIE INTERIM-GRONDWET EN FINALE GRONDWET

1. MENSEREGTE

Menseregte is die sentrale onderwerp van 'n demokratiese staatsregteorie. 'n Gangbare konstitusiebegrip is vir menseregte bepalend, terwyl die omgekeerde ook waar is. 'n Konstitusie, naamlik die juridiese grondordening van 'n openbare proses, is met 'n beperking, rasionalisering en kontrole van staatlke mag, sonder 'n menseregtereëling nie denkbaar nie.

Suid-Afrika bevind homself in die unieke posisie dat administratiewe geregtigheid nou in die Grondwet vervat word. Dit is nie die geval wanneer daar gekyk word na ander lande se konstitusies nie. Wat Suid-Afrika betref, was Namibië die voorloper en het die Namibiese Grondwet voor die totstandkoming van ons eie grondwet, reeds voorsiening vir administratiewe geregtigheid gemaak. Wanneer verder gekyk word na administratiewe geregtigheid aan die hand van Artikel 24 van die Interim-Grondwet en Artikel 33 van die Finale-Grondwet, moet dit duidelik gemeet word aan die hand van ander temas, beginsels en voorskrifte soos vervat in buitelandse konstitusies.

As sprekende voorbeeld kan verwys word na die Duitse staatsregteorie. Die *Bundesverfassungsgericht* en die Duitse staatsregteorie gaan van die beginsel van die eenheid van die konstitusie uit.²⁰⁷ Vir die vreemde waarnemer mag die Duitse Menseregsdogmatiek moontlik te ekstensief en selfs kunsmatig voorkom. Vir baie mag die Duitse politieke kultuur en demokrasie gebrekkig lyk. Dit moet egter in gedagte gehou word dat die byna eksklusiewe bemoeiing van die Duitse staatsregteorie met menseregte 'n bepaalde historiese grondslag het. Dit was en is nog steeds 'n poging tot oorkoming van die nasionaal-sosialistiese verlede. Hieruit moet die "provinsialisme" van die Duitse menseregteorie verklaar word, sowel as die waarde-sisteem-denke van byvoorbeeld 'n Günther Dürig na 1945.

²⁰⁷ Vgl in hierdie verband Hesse, 1981:26.

2. DIE HISTORIESE VERLOOP WAT AANLEIDING GEGEE HET DAT ADMINISTRATIEWE GEREGTIGHEID IN DIE GRONDWET VERVAT IS

2.1 DIE 1983-GRONDWET EN DIE HANDVES VAN MENSEREGTE

Voordat die 1983-Grondwet die lig gesien het, het die konstitusionele voorstelle van die regering nie voorsiening gemaak vir 'n menseregte-akte nie. Dit is veral nodig om eerstens die wenslikheid, al dan nie, van die insluiting van 'n menseregte-akte in 'n nuwe Grondwet onder die vergrootglas te plaas.

Die faktore wat die geredelike aanvaarding in regeringskringe van die gedagte van 'n menseregte-akte teëwerk, moet eerstens geïdentifiseer word. Die eerste moontlike verklaring wat veral deur buitelandse en binnelandse kritici van die regering gegee sou kan word, is dat die basiese politieke filosofie van die Afrikaner in die algemeen en van die regering in die besonder, outoritêr van aard is.

Mathews stel dit in "*The Darker Reaches of Government*" soos volg :

"... On account of the role of the Calvinist conception of the state and of the evolution of the Afrikaner civil religion, the 'altitude' from which political authority devolves is considerably higher than the English tradition while the corollary of trust becomes transformed into the duty of obedience.....

..... Though the validation of authority in religious terms may nowadays be muted, its long and honourable role in Afrikaner-history assures it a continuous contemporary relevance".²⁰⁸

Hierdie verklaring kom daarop neer dat die regering in beginsel staatsbelange bo individuele belang stel en dat daar dus 'n ideologiese antagonisme teenoor die gedagte van menseregte bestaan.

'n Tweede verklaring kan moontlik gevind word in die feit dat menseregte weens die Engelsregtelike aard van die Suid-Afrikaanse staatsbestel tot dusver nie deel gevorm het van die staatkundige denkwêreld van politici en akademici nie. In 'n staat waarin die hoogste wetgewer soewerein is en daar dus geen moontlikheid bestaan dat wetgewing van die parlement materieel deur die howe getoets kan word nie, bied die positiewe reg sélf weinig aanknopingspunte vir die benutting en ontwikkeling van die menseregtebegrip in die politieke en akademiese gesprek.

'n Belangrike verklaring vir die afsydigheid teenoor 'n menseregte-akte kan ook gevind word in die konteks waarmee en die wyse waarop regerings van Suid-Afrika

²⁰⁸ Mathews, 1978:176

sedert die Tweede Wêreldoorlog wel kennis gemaak het met die begrip “menseregte”.

Die nasionaal-sosialistiese strategie teenoor sekere bevolkingsgroepe voor en gedurende die Tweede Wêreldoorlog, het die Westerse wêreld onder leiding van die Verenigde State van Amerika met ontnugtering laat besef dat die ideaal van die effektiewe beskerming van die menslike waardigheid nog geen internasionale en veral Westerse gemenegoed was nie. In die na-oorlogse regs- en staatsfilosofiese reaksie en by die rekonstruksie van staats- en volkeregtelike verhoudings, is menseregte aangegryp as een van die belangrikste waarborge teen ’n herhaling van die gebeure in nasionaal-sosialistiese Duitsland.

Suid-Afrika het vervolgens die skyf van alle moontlike menseregte-aksies op bykans alle vlakke van die internasionale samelewing geword. Daar is byvoorbeeld haas geen faset van die Suid-Afrikaanse binnelandse huishouding wat nie by die een of ander geleentheid deur die een of ander orgaan van die Verenigde Volke veroordeel is nie.

Ons sien dus dat binne die konteks van die internasionale verkeer dat die Suid-Afrikaanse Regering se ervaring met menseregte by uitstek negatief beoordeel is.

Een kenmerk wat gewoonlik met ’n grondwet in die ware sin van die woord verbind word, is ’n verklaring van individuele regte, of te wel ’n “bill of rights”, wat op die een of ander manier regstreeks teen die wetgewende en die uitvoerende gesag afgedwing kan word. Ofskoon daar tydens die aanname van die 1983-Grondwet van die Republiek ’n voorstel ter tafel was dat die insluiting van so ’n verklaring van regte ondersoek word, is dié Grondwet uiteindelik daarsonder aangeneem.²⁰⁹

Dit beteken dat die status van die Grondwet in vergelyking met ander wette van die parlement in wese onveranderd bly. Pogings om die Grondwet self te wysig op ’n ander manier as die een wat voorgeskryf is, kan wel tot ongeldigverklaring van die wette lei. Op hierdie stadium, met die 1983-Grondwet in gedagte, kon geen Wet egter ongeldig verklaar word nie, sou dit enigsins bots met die waardes wat deur die Grondwet versinnebeeld en uitgedra word.

Die bogemelde grondwet, tesame met die politieke bedeling van die tagtigerjare, sou aanstons die teelaarde skep van rassesspanning en konflik op verskeie terreine. Die regstelsel sou ook nie gespaar bly nie.

Dit is duidelik dat dit juis die Handves van Menseregte was wat veral in 1983 in die Grondwet ontbreek het, wat die individu uiters kwesbaar sou maak vir misbruik deur owerheidsoptrede. Owerheidsoptrede het nie voldoen aan die fundamentele

²⁰⁹ Sien in die verband Hansard 15 Augustus 1983 kol 11409 ev.

vereistes van geregtigheid nie. Administratiewe geregtigheid het veral tydens hierdie tydperk die onderspit gedelf.

Dit is belangrik om te let dat die term “publiekreg” tog konstitusionele reg sowel as administratiefreg omvat. Hierdie twee sferes van die reg oorvleuel van tyd tot tyd. Konstitusionele reg dui inderdaad die reëls aan hoe ’n staat regeer moet word en die onderlinge verhouding wat daar moet bestaan tussen die verskillende staatsorgane, terwyl die administratiefreg die reëls verskaf om aan te dui hoe die uitvoerende gesag en hul organe hulle daaglikse administratiewe funksies moet vervul.

Met die leemte wat daar bestaan het as gevolg van die gebrek aan ’n Handves van Menseregte, was daar in die verlede nie veel wat aanleiding kon gee dat die administratiefregseleerde grootliks opgewonde geraak het nie. ’n Bron van bespreking was veral die weglating van gekleurdes by die stemlokaal. Fundamentele menseregte was beslis nie die besprekingspunt van die dag nie.

Die “rule of law” was eerder aan die orde van die dag. Sir Ivor Jennings, ’n Engelse grondwet-regseleerde, het die “rule of law” eertyds beskryf as “an unruly horse”.²¹⁰

In ons vroeë akademiese publikasies is daar geensins melding gemaak van menseregte nie. Vanaf 1971 tot en met 1979 is daar veral deur die akademici begin fokus op menseregte en ’n hele aantal tydskrifartikels oor hierdie onderwerp het die lig gesien.²¹¹

Die howe het veral ’n rol gehad om die individu te beskerm teen die magtige owerheidsorgaan. Die teenoorgestelde was egter waar. Die konstitusionele begrippe van die sestiger- en sewentigerjare is veral gekenmerk deur die rigiede vasklewing aan die konsep van wetgewende oppergesag.

Die Britse regseleerde, H.W.R. Wade, het die stelling gemaak dat Engelse grondwetseleerdes “are brainwashed in their professional infancy by the dogma of parliamentary sovereignty or legislative supremacy”. Die Suid-Afrikaanse Regeringstelsel was geskoei op die Westminster regeringstelsel. Dit het veral probleme veroorsaak, aangesien die Staatspresident verhewe gestaan het bo die reg. Die howe kon hier nie hulle hersieningsbevoegheid nakom nie.

Hedendaags het die Finale-Grondwet dit egter verander, aangesien die Grondwet grootliks ook van toepassing is op die Staatspresident.

Die volgende voorbeelde dien ter staving van die oorheersing van die oppergesag.

²¹⁰ Jennings, 1959:24. (Van der Vyfer, 1976. The author suggested that in fact the rule of law resembles a chameleon rather than a horse!).

²¹¹ Sien in die verband Sanders, 1971:164 & 284; Neethling, 1971:399 en 1976:168; Mathews, 1971; Van der Vyfer, 1973, 1975 & 1976; Venter, 1973:69-88; Dugard, 1978.

Boulle, Harris en Hoexter beskryf hierdie oorheersing van die oppergesag as een van die uitstaande kenmerke van die Suid-Afrikaanse konstitusionele geskiedenis.²¹² Die resultaat was dat die howe gekniehalter was deur die beperkings wat daar deur die parlement op hulle geplaas was. In 'n opvolgende gedeelte, sal veral aandag geskenk word aan veiligheidswetgewing en die sogenaamde "ouster clauses".

In 1961 het regter Holmes hom soos volg uitgelaat in die saak van *Minister of the Interior v Lockhat* :

".. that the group areas programme was a 'colossal social experiment', the discriminatory effect of which was inevitable (and by implication that this was just too bad for those affected by it, since the will of parliament could not be questioned."²¹³

Ongeveer twintig jaar later het die hof in die saak van *S v Adams*²¹⁴, *S v Werner*²¹⁵ verseg om te bevind dat die wetgewing rakende die groepsgebied so onredelik was dat dit inderdaad ongeldig was, nieteenstaande die feit dat die persone wat deur die wetgewing benadeel is, geen ander alternatiewe akkommodasie kon vind nie.

Daar moet, wat bogemelde betref, in gedagte gehou word, dat dit vermeld is in die vorige afdeling dat redelikheid nog nie ten volle ontwikkel het as 'n afsonderlike hersieningsgrond nie. Die toenmalige regering het in sy wysheid besluit om onafhanklike tuislande te skep. Hierdie was 'n poging om selfbeskikking te verleen en 'n eie regeringstelsel te skep vir diegene wat nie tuisgebring kon word binne Suid-Afrika se eie politieke bestel nie.

Apartheid kon egter nie die oplossing bied vir Suid-Afrika se konstitusionele probleme nie. Die platform was derhalwe geskep om meer aandag te bestee aan die totstandkoming van 'n Grondwet. Die eerste stappe word in 1979 geneem en kort hierna volg die Drie-kamerparlement, wat ook voorsiening gemaak het vir die verteenwoordiging van Indiërs en Kleurlinge.

Die 1983-Grondwet het die lig gesien, sonder 'n Handves van Menseregte. Hierna het die regering 'n noodtoestand met veiligheidswetgewing, wat veral "ouster clauses" bevat het, afgekondig. Uitsprake van die howe, wie se hersieningsbevoegdheid rakende veiligheidswetgewing uitgesluit was, het skerp onder kritiek deurgeloop. Terselfdertyd het akademici begin om die daarstelling van 'n grondwet te propageer. Verskeie konsep-grondwette het uit alle oorde na vore getree.

²¹² Boulle *et al.*, 1989:174.

²¹³ 1961(2) SA 587 (A) op 602.

²¹⁴ 1979(4) SA 793 (T).

²¹⁵ 1981(1) SA 187 (A).

Die 1983-Grondwet het geen menseregte-akte bevat nie en het ook geen konstitusionele waarborge verskaf aan die inwoners van die land nie. Die voormalige Minister van Justisie, Kobie Coetzee, het self 'n artikel gepubliseer waarin hy gepoog het om te verduidelik hoekom dit nie gepas was om 'n Handves van Menseregte in die 1983-Grondwet in te sluit nie.²¹⁶

Daar was 'n dringende behoefte om 'n grondwet te bekom. Die eerste tree hiertoe is deur akademici geneem toe 'n konferensie in 1986 in Pretoria gehou is om 'n handves vir menseregte vir Suid-Afrika te bespreek.

Die ANC, toe nog 'n verbode organisasie, het reeds in 1988 'n konsep-grondwet die lig laat sien. Die Regskommissie het in 1989 sy verslag rakende menseregte gepubliseer. Verskeie vrae is gevra watter klousules in 'n nuwe Grondwet ingesluit moes word.

Die ongeveer veertig jaar voor die totstandkoming van die Interim-Grondwet, was nie 'n bloeitydperk vir die administratiefreg nie. Regsgeleerdes het van die standpunt uitgegaan dat administratiefreg “was nothing more than a jumped-up form of statutory interpretation; a few principles and a number of presumptions, which did not mean much anyway, because parliament could at any time override any presumption operating in favour of the individual”.

'n Goeie prentjie van die administratiefreg van hierdie tydperk word geskets deur W.H.B. Dean in sy Artikel genaamd : “*Our Administrative Law : A Dismal Science*”²¹⁷.

“Notwithstanding a blossoming of interest in the subject amongst lawyers, administrative law remains a somewhat depressing area of South African law. It has developed within a system of government which concentrates enormous powers in the hands of the executive and the state administration and in which law has been used to check or structure these powers, but rather to facilitate their exercise by giving those in whom they are vested as much freedom as possible to exercise them in the way they see best.²¹⁸ In this process the South African Courts have at times appeared to be all too willing partners displaying what virtually accounts to a phobia of any judicial intervention in the exercise of powers by administrative agencies.²¹⁹ As a result, administrative law often appears to be ‘an almost mystical field in which the executive is free to do not only whatever it wills, but also to undo whatever it has done’.²²⁰ Apart from this, until relatively recently, South African administrative law has been

²¹⁶ Coetzee, 1984:5.

²¹⁷ Dean, 1986:164.

²¹⁸ Sien byvoorbeeld *Goldberg v Minister of Prisons* 1979(1) SA 14 (A).

²¹⁹ Sien Appèlregter Holmes se uitspraak in *National Transport Commission v Chetty's Motor Transport (Pty) Limited* 1972(3) SA 726 (A) op 735 G-H.

²²⁰ Sien *Sachs v Dönges* No 1950(2) SA 265 (A).

largely the creation of administrators and legal practitioners, principally judges and advocates. Without underestimating the inherent difficulty of the subject, this has meant that it is an area of the law which displays all the disadvantages of a purely pragmatic system.”

Na voltooiing van die verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie rakende die stand van die Suid-Afrikaanse Administratiefreg, was dit duidelik dat administratiewe geregtigheid weldra as 'n onafhanklike klousule in 'n toekomstige Grondwet opgeneem sou word.

Dit alles skets 'n sombere prentjie van die stryd wat administratiewe geregtigheid moes meemaak, veral met 'n Grondwet wat geen Handves van Menseregte bevat het nie.

Ten slotte : Shakespeare het gesê : “The law hath not been dead, though it hath slept.”²²¹ Die Suid-Afrikaanse Regstelsel het nou voor sy grootste uitdaging ooit te staan gekom en dit was duidelik dat herstrukturering onvermydelik was.

2.2 DIE “OUSTER CLAUSES” - 'n INPERKING OP DIE HOWE SE HERSIENINGSBEVOEGDHEID

Veiligheidswetgewing en die sogenaamde “ouster clauses” kon sekerlik beskou word as een van die hoofredes waarom Artikels 24 en 33 in die onderskeie Grondwette vervat is. In die daarstelling van administratiewe geregtigheid speel die howe veral 'n belangrike rol in die opweeg van belange tussen die owerheid en die onderdaan. 'n Fyn balans moet deur die howe gehandhaaf word om ook die onderdaan te beskerm.

Die howe het nie altyd die onderdaan ten volle beskerm teen onregmatige owerheidsoptrede nie. Edwin Cameron maak 'n volledige studie van die uitsprake van regter L.C. Steyn in sy Artikel “Legal Chauvinism, executive mindedness and justice - LC Steyn’s impact on South African Law.”²²²

Cameron neem die aspek van “*Executive Mindedness*” onder oë. Hy dit soos volg:

“It has been averred that L.C. Steyn was executive-minded. This allegation when made of a judge imputes to him an access of ardour in countenancing government power when its exercise is challenged before him. It suggests an attenuated commitment to protecting the rights and entitlements of individual citizens when these are infringed by government action. It may also, rather

²²¹ Measure for Measure; Act 11 Scene ii line 90.

²²² Cameron, 1982:38-75.

more broadly, imply that the judge concerned tends to lean towards the side of the public body when its interests are in dispute before him. Such an allegation need not imply partiality in the sense of conscious bias. As has been stated, no such insinuation against Steyn is intended. A judge may be executive-minded without being bound by the fetters of corrupt predication. Temperamental predisposition is another matter, however, and it is suggested that Steyn was distinctly predisposed to countenance executive interests when these were in dispute before him.”²²³

Daar lê nogal wysheid opgevat in die woorde van Edmund Burke :

“People crushed by laws have no hopes but from power. If laws are their enemies, they will be the enemies of laws, and those, who have much to hope and nothing to lose, will always be dangerous, more or less.” ²²⁴

Oliver Goldsmith sluit hierby aan : “Laws grind the poor, and rich men rule the law.”²²⁵

Die gemeenskap sien op na die regbank om geregtigheid te laat geskied en beskou die howe as 'n soort “waghond” wat moet waak oor diegene wat met mag bekleed is. Judisiële onwilligheid om owerheidsoptrede te bevraagteken, het 'n afname in die waarde van howe by die gemeenskap laat posvat. Die stelling van “justice must be seen to be done”, het nie altyd op die voorgrond getree nie.

E.P. Thompson sê die volgende aangaande die feit dat die gemeenskap nie maklik mislei word nie :

“People are not so stupid as to be mystified by the first man who puts on a wig”.²²⁶

Artikel 5B van die Openbare Veiligheidswet, Wet 3 van 1953, lees soos volg :

“No interdict or other process shall issue for the staying or setting aside of any proclamation issued by the State President [under the Act] .. and no court shall be competent to inquire into or give judgement on the validity of any such proclamation notice or regulation.”

Dit is nie moeilik om te besef dat ons hier te doen het met die “ouster clause” nie. Die appèlhof het in die verlede in uitsprake die geldigheid van hierdie noodregulasies gehandhaaf. Dit het enersyds plaasgevind omdat bevind is dat die noodregulasies binne die bevoegdheid van die Staatspresident val of andersyds

²²³ Cameron, 1982:52

²²⁴ Brief van die Agbare C J Fox; 8 October 1777 Oxford Dictionary of Quotations 2ed (1953) op 103.

²²⁵ Oxford Dictionary of Quotations 2ed 1953:226.

²²⁶ Oxford Dictionary of Quotations 2ed 1953 : Sien nota 3 op 262.

omdat die hersieningsbevoegdheid van die howe aan bande gelê is om nie te bevind dat die regulasies óf vaag óf betekenisloos was nie.

Akademici het baie kommentaar gelewer. Die uitspraak van die appèlhof in *Omar v Minister of Law and Order*²²⁷ is beskou as 'n waterskeidingsaak. Die uitspraak het terug beweeg van 'n verpligte judisiële aktivisme na 'n konserwatiewe judisiële positivisme. Die Omar-beslissing is gevolg deur sake soos *Staatspresident v United Democratic Front*²²⁸ en *Staatspresident v Release Mandela Campaign*²²⁹.

Veral die UDF-beslissing het veel kritiek ontlok. Eerstens het die uitspraak die toesighouersrol wat die howe besit, totaal ingeperk, om as waghond op te tree oor owerheidsoptrede. Tweedens is ons regsinstellings se statuur aangetas. Dit het waarde verleen aan diegene se argumente dat die howe en die voorsittende beamptes in Suid-Afrika maar net 'n spreekbuis vir die regering was. Judisiële beamptes met 'n gewete moes eerder bedank.²³⁰ Derdens het die uitspraak gepeuter met vasstaande regsbeginsels.

Dit was derhalwe duidelik dat veral die uitleg en uitsprake rakende veiligheidswetgewing groot ongemak in regsgeledere meegebring het. Die uitsprake het ook verrykende nadelige gevolge vir die administratiefreg meegebring. Kon die uitspraak die administratiefreg in twee kampe verdeel, naamlik enersyds veiligheidswetgewing wat ag slaan op die vryheid en regte van Suid-Afrikaners onderworpe aan staats- en polisiebevoegdhede, en andersyds administratiefreg wat hondelisansies, die uitreik van handelslisensies en dissiplinêre stappe deur professionele verenigings hanteer.

Die probleem met die veiligheidswetgewing was nie soseer die wye bevoegdhede wat dit aan die staat in sy uitvoerende hoedanigheid verleen het nie, maar eerder die feit dat optrede van amptenare nie deur die howe onder die vergrootglas geplaas kon word nie. Amptenary het derhalwe *carte blanche* gehad om op te tree soos hulle wou, veral onder die dekmantel van veiligheidswetgewing.

Appèlregter Grosskopf stel dit soos volg in *Makhasa v Minister of Law and Order Lebowa Government*²³¹ as hy Lebowa se indenniteitswetgewing bespreek :

“.. such a statute drastically alters the fundamental relationship between, on the one hand, the state and its servants, and on the other hand, the members of

²²⁷ 1987(3)SA 859 (A).

²²⁸ 1988(4)SA 830 (A).

²²⁹ 1988(4)SA 903 (A).

²³⁰ Die argument is aanvanklik deur Wacks geopper, en hieruit het ontstaan die sogenaamde “Wack’s/Dugard debat” (In antwoord op Wacks, sien Dugard, 1984:287). Dit is interessant om op te let, dat met die Omar-beslissing ingedagte, Professor Dugard, wie aanvallig gestaan het teenoor die bedanking van regters in die debat, die volgende skryf “However, if Omar is a warning of judicial policy from Bloemfontein, and if it is followed by similar judgements, as was Rossouw NO V Sachs 1964(1) SA 290(C) – the position of a ‘moral judge’ – the judge omitted to doing justice in accordance with the traditions of the common law, may become untenable”. Indien die Appèlafdeling optree ooreenkomstig die siening wat deur Prof. Wacks gehuldig word, sal die enigste opsie vir die eerbare regter wees om te bedank. Die Omar-beslissing ondersteun die siening van Prof. Wacks.

²³¹ 1988(3) SA 701 (A) op 723.

society generally. It frees the state and its servants from accountability for crimes and delicts committed by them.²³²

Moes die howe die belange van die individu beskerm, of moes hulle die ambisies van die regering gedurende die tydperk van noodtoestand ondersteun? Die groot vraag is egter of ons nie gedurende die noodtoestand wat afgekondig is met publiek te doen gehad het wat juis ongelukkig was nie. Hulle kon geensins hul gevoel weergee deur vreedsaam te protesteer en optogte reël nie. Juis hierdie metode om ongelukkigheid onder die regering se aandag te bring, is deur veiligheidswetgewing verbied.

Wat moes die appèlhof in 'n situasie soos hierdie doen? Dit word duidelik uitgespel in 'n uitspraak van Lord de Villiers in 1879, waar hy die volgende mening toegedaan is in die saak van *In Re Willem Kok en Nathaniel Balie* :

“The disturbed state of the country ought not in my opinion to influence the court, for its first and most sacred duty is to administer justice to those who seek it, and not to preserve the peace of the Country”.²³³

Die appèlhof moes veral veiligheidswetgewing toets aan die hand van vaagheid en billikheid. Sou die wetgewing egter vaag wees, (wat wel hersien kan word deur die hof), het die appèlhof slegs bevind dat die Staatspresident binne sy regte opgetree het, toe die wetgewing afgekondig is, met ander woorde binne die grense daargestel deur Artikel 3(1)(a) van die Wet op Openbare Veiligheid.

'n Sprekende voorbeeld hiervan is die uitspraak van appèlregter Rabie in die *UDF-saak* :

“'n Mens sou kon sê dat hy in die uitoefening van sy bevoegdheid nagelaat het om sommige van die regulasies so duidelik te maak as wat die reg van hom vereis, of dat hy sommige regulasies gemaak het wat weens hulle vaagheid oneffektief is en dus nie toegepas kan word nie, maar hy het na my mening met die maak van sodanige regulasies nogtans nie anders as ingevolge, of kragtens die bevoegdheid van Artikel 3(1)(a) aan hom gee, opgetree nie. 'n Onvolmaakte of oneffektiewe uitoefening van sy bevoegdheid deur regulasies te maak wat vaag is, beteken dus na my mening nie dat die Staatspresident buite sy bevoegdheid gegaan het en dus *ultra vires* opgetree het nie.”²³⁴

Appèlregter Rabie verwerp gevolglik die tradisionele benadering tot vaagheid. Dit is inbegrepe in magtigende wetgewing dat ondergeskikte wetgewing duidelik moet

²³² Dit is onvermydelik dat die howe ingesleep sou word by die kontroversie om beslissings te gee, nie alleenlik oor die magte van die Staatspresident nie, maar ook oor hul eie magte. Sodoende sou die geldigheid van die maatreëls om geregtelike hersiening uit te sluit of te beperk, getoets word.

²³³ 1879 BUCH 45 op 66.

²³⁴ *United Democratic Front v Staatspresident en andere* 1988(4) SA 830 (A) op 853 D-A.

wees. Indien dit nie die geval is nie, kom dit daarop neer dat die ondergeskikte wetgewer *ultra vires* opgetree het. Rabie voer aan dat dit “gedwonge en onsuiver” is en dat vaagheid gesien moet word as ’n selfstandige grond, waarop ondergeskikte wetgewing soos die onderhawige aangeveg kan word, en nie as ’n geval van *ultra vires* nie.

Appèlregter Hefer het in die *UDF-saak* met Rabie saamgestem, dat vaagheid as ’n aparte hersieningsgrond gesien moes word. Hy was egter van mening dat die *ultra vires*-begrip nie deur die hof gebruik moes word om wetgewing wat vaag is, tersyde te stel nie.²³⁵

Dit is hier belangrik om daarop te let dat, indien Suid-Afrika op daardie tydstip ’n Grondwet in plek gehad het, Artikels 24 en of 33 grootliks tot die hulp van die onderdaan sou gekom het. Die wetgewing sou bloot hierop tersyde gestel kon word. Dit was dan nie nodig om van die *ultra vires*-begrip, wat slaan op die bevoegdheid en niks te doen het met vaagheid nie, gebruik te maak nie.

Wade maak die volgende stelling :

“Realising that their task is to protect the citizen against unfairness and abuse of power, they build up a body of rules of administrative law which they preserve that parliament wishes them to enforce. But for this purpose and subject to one *exception*, they have only one weapon, the doctrine of *ultra vires*. This is because they have no constitutional right to interfere with action which is within the powers granted (*intra vires*) : if it is within jurisdiction, and therefore authorised by parliament, the court has no right to treat it as unlawful.”²³⁶

Die korrekte oplossing vir bogemelde probleemsituasie kan tans met gemak gevind word in die bepalings van Artikels 33 en 36 van die Finale-Grondwet. Waar die individu hom sal beroep op Artikel 33 van die huidige grondwet, sal die staat hom kan beroep op die beperkingsklousule vervat in Artikel 36. Die staat sal moet kan bewys dat voldoende gronde ingevolge Artikel 36, soos byvoorbeeld die veiligheid van die land, sal bestaan om die regte van die individu/onderdaan ingevolge Artikel 33 in te perk. Die hof sal dus sodoende gemakliker beide kante se meriete kan oorweeg en dan tot ’n beslissing kom. Dit sou dan nie nodig wees om hersieningsgronde te gebruik, waarvoor daar geen meriete bestaan nie.

²³⁵ Appèlregter Hefer beslis dat Waarnemende-Hoofregter Rabie korrek was om te beslis dat vaagheid ’n aparte grond vir verdediging was. Hy gaan voort deur te beslis, dat indien die Staatspresident se formulering van ’n regulasie nie voldoen aan die vereistes vir duidelikheid nie, dan is die formulering defektief of oneffektief, maar dit sou nie meebring dat dit onwettig is nie. Hieruit spruit voort dat die Staatspresident opgetree het binne die bevoegdheid aan hom verleen om ’n vae regulasie af te kondig, en sodanig het die uitsluitingsklousule (“ouster clause”) verhoed dat die Hof hom sou uitlaat oor die geldigheid van die regulasie.

²³⁶ Wade, 1982:40.

Dit is derhalwe duidelik dat die sondaar in die verband die wetgewer was, wat die uitsluitingsklousule (“ouster clause”) in die wetgewing ingebou het.

Sekerlik het die wetgewer nooit ag geslaan op die waarskuwing van appèlregter Kötz in *Union Government v Fakir* nie :

“I should like, without attempting to dictate to the legislature, to point out the great danger involved in departing from a well known rule of constitutional law in all civilised countries – namely, that the courts of law alone are entrusted with deciding on the rights and duties of all persons who are within the protection of the courts.”²³⁷

Administratiewe geregtigheid kon dus weens twee redes nie plaasvind nie :

- (1) Die 1983-Grondwet het nie oor ’n Handves van Menseregte beskik nie. Dit was ’n groot leemte, aangesien die howe nie kon verseker dat daar ’n korrekte afweeg kon plaasvind tussen die belange van die staat en die onderdaan nie.
- (2) Deur die toepassing van die sogenaamde *ouster clauses* het die wetgewer verseker dat die howe nie gebruik kan maak van laasgenoemde se hersieningsbevoegheid om die bevoegdhe van die staat te kon inperk nie, veral waar dit ingedruis het teen die regte van die individu. Bogemelde probleem is derhalwe grootliks ondervang in Artikels 24 en 33 van die onderskeie grondwette.

2.3 ADMINISTRATIEWE GEREJTIGHEID EN DIE AANLOOP TOT DIE GRONDWET

Op 2 Februarie 1990 maak die voormalige staatspresident, mnr F W de Klerk, sy geskiedkundige toespraak in die parlement, waarvolgens die tydperk van détente vaarwel toegeroep word en daar ’n aanvang gemaak word met ’n nuwe oorgangsfase. Hierna volg intense politieke en juridiese onderhandeling ten einde die sosio-politieke omgewing in Suid-Afrika te verander. Die drastiese verandering op die politieke gebied het ook ’n verandering ten opsigte van die administratiefreg meegebring.

K Govender laat homself soos volg hieroor uit :

“There is a discernable link between the unshackling of the political process as a result of President De Klerk’s initiatives and the cultivation of an activist jurisprudence of the present Appellate Division. The reality is that, from the perspective of accountable administration, our administrative law has never before looked as good as it does today. The issue is whether we can retain

²³⁷ 1923 AD 446 op 471.

and maintain these standards of accountability in the new order with a democratically elected government embarking on major restructuring of the South African society.”²³⁸

Na die toespraak van mnr De Klerk is 'n klimaat geskep en die fondament gelê vir veelparty onderhandelinge vir 'n nuwe grondwetlike bedeling. Hierdie nuwe bedeling is noodwendig met grondwetlike veranderinge geassosieer. Dit sou insluit politieke deelname deur alle bevolkingsgroepe in die land, die opstel van 'n Handves van Menseregte, die implementering van gelykheid van geleentheid en demokratiese beginsels soos geloofsvryheid, gelykheid voor die reg, administratiewe geregtigheid, beter onderwys, gesondheidsdienste, behuising en sosiale omstandighede.

Hierdie veranderinge kan toegeskryf word aan die volgende faktore :

- (a) Druk van die internasionale gemeenskap by wyse van sanksies en diplomاسie.
- (b) Die toenemende gewaarwording onder die vryheidsbeweging en die loslating van revolusionêre gesindhede.
- (c) Die Nasionale Party-regering se besef dat die beleidsraamwerk van die verlede stelselmatig ongelykhede en teenstrydighede wat nie aanvaarbaar was nie, veroorsaak het.
- (d) Gebrek aan administratiewe geregtigheid, wat die administratiefreg ernstig benadeel en 'n legitimiteitskrisis geskep het.
- (e) Veranderde rassepatrone en nog vele meer.

Die klimaat is nou geskep vir 'n intense politieke hervormingsproses. 'n Patroonmatige denkwys, wat waarneembaar geword het in die Suid-Afrikaanse Staats- en administratiefreg het tot uiting gekom in die herroeping van 'n reeks wetgewende maatreëls en die aanvaarding van nuwe en voorgestelde stappe. Die veranderinge sou 'n nuwe politieke bedeling, geskoei op 'n grondwet, in die Republiek van Suid-Afrika tot stand bring.

Na die *UDF-saak* het daar ook uitsprake gevolg wat, ten spyte van die afwesigheid van 'n grondwetlike agtergrond en die volgehoue aanmoediging van 'n regte-kultuur, nietemin 'n lang pad geloop het om die fondament te lê vir 'n verligte en hoogs verantwoordelike stelsel van regshersiening. Sedert 1987 het 'n hele aantal

²³⁸ Govender, 1993:179.

uitsprake in die Suid-Afrikaanse howe aansienlik daartoe bygedra om ons administratiefregtelike regspraak te verryk deur, *inter alia* :²³⁹

- (a) die regmatige verwagtinge (legitimate expectations) van individue te erken;
- (b) die uitgebreide afbakening van kwasi-geregtelike en administratiewe handelingte vaarwel toe te roep;
- (c) die regte van tydelike werkers te versterk;
- (d) uitermatige subjektiewe diskresionêre magte aan bande te lê;
- (e) aan die eise van ontnemde mense uitvoering te gee;
- (f) regshersiening van regsfoutte en feitlike foutte uit te brei;
- (g) rasgebaseerde beleidsbesluite uit te wis; en
- (h) die reëls van natuurlike geregtigheid in alle sake waar potensiële benadeling bewys is, streng toe te pas.

Die vermoë van die appèlafdeling om aan die eise van 'n ware "grondwetlike beslissing" te voldoen, naamlik 'n beslissing wat die oppergesag van 'n verskanste Handves van Menseregte erken, is duidelik in die meerderheidsuitspraak van *S v Marwane*²⁴⁰ gemanifesteer. Dieselfde kan egter nie gesê word van die saak van *Monnakale*²⁴¹ nie.

Hier verklaar die hof soos volg :

"It is not for the Court to indulge in an exercise of semantic elasticity in the face of clear language, nor can it disregard the well established and proven canons of construction and interpretation at the slightest seductive beckoning of what the law ought or should be."

Dit is tog ironies dat sommige van die werklike groot grondwetlike sake oor hersiening van regeringsmagte in die Suid-Afrikaanse Reg by die agterdeur van "onwettige" tuisland-grondwette ingesluip het. Daar was egter ook gevalle waar die

²³⁹ *Sien Minister of Law and Order v Hurley* 1986(3) SA 568 (A), *Kauluma v Minister van Verdediging* 1987(2) SA 833 (A); *East London Western District Farmer's Association v Minister of Education and Development Aid* 1989(2) SA 63 (A), *Minister of Law & Order v Pavlicevic* 1989(3) SA 679 (A); *Administrator, Transvaal v Traub* 1989(4) SA 731 (A), *Administrator Cape v Ntshwaquele* 1990(1) SA 705 (A); *Minister of Law and Order v Argus Printing & Publishing Co Limited* 1990(1) SA 1058 (A) die minderheidsuitspraak van Appèlregter Grosskopf in *During NO v Boesak* 1990(3) SA 661 (A); *Administrator, Transvaal v Zenzile* 1991(1) SA 21 (A), *Kayamandi Town Committee v Mkhwaso* 1991(2) SA 630 (K), *Zondi v Administrator, Natal*; 1991(3) SA 583 (A); *Hart v Van Niekerk* NO 1991(3) SA 689 (W); *SA Roads Board v Johannesburg City Council* 1991(4) SA 1 (A), *Jacobs v Waks* 1992(1) SA 521 (A), *Council of Review, SADF v Mönnig* 1992(3) SA 482 (A); *Hira and Another v Booysen and Another* 1992(4) SA 69(A).

²⁴⁰ 1982(3) SA 717 (A).

²⁴¹ *Monnakale v Government of the Republic of Bophuthatswana* 1991(1) SA 598 (B).

Bophuthatswana-howe krag en betekenis aan die verskanste regte van die Grondwet gegee het.²⁴²

Daar was ook 'n paar merkwaardige Ciskeise beslissings.²⁴³

Na 1990 het 'n gees van afwagting en optimisme geheers soos die volgende aanhaling uit die Artikel van Corder toon :

“In the past four years, however, there have been signs that this tide might be turning. This has come at a time when political events have made constitutional negotiations the centre of attention, further emphasizing the urgency of the need for a viable system of both empowerment and accountability of a future South African Executive.”²⁴⁴

Die administratiefregtelike literatuur is geweldig uitgebrei deur die verskyning van nuwe handboeke en 'n vloedgolf van regsartikels.²⁴⁵

Die vier jaar wat die gaping tussen 2 Februarie 1990 en 27 April 1994, toe die eerste onderhandelde Grondwet in werking getree het, oorbrug, kan breedweg in drie tydperke verdeel word.

- Vanaf 2 Februarie 1990 tot die begin van die Konvensie vir 'n Demokratiese Suid-Afrika (Codesa) in Desember 1991;²⁴⁶
- Vanaf Codesa tot die begin van die Multi-Party Onderhandelingsproses (MPNP) in Maart 1993;²⁴⁷ en
- vanaf die MPNP tot 17 April 1994.

Die formele proses wat aanleiding gegee het tot die daarstelling van die Finale-Grondwet in 1996, word weergegee deur Barrie in sy Artikel “*Ubunthu ungamntu ngabanye abantu : the recognition of minority rights in the South African constitution*”²⁴⁸

²⁴² *Mfolo v Minister of Education, Bophuthatswana* 1992(3) SA 181 (B) *Government of Republic of Bophuthatswana v Moletsane* 1992(3) SA 800 (A) en *Nyamakazi v President of Bophuthatswana* 1992(4) SA 540 (B).

²⁴³ *Bongopi v Chairman of the Council of State Ciskei* 1992(3) SA 250 (CK); *ANC (Border Branch) v Chairman Council of State of the Republic of Ciskei* 1992(4) SA 434 (CK).

²⁴⁴ Corder, 1993:1. Die skrywer verwys ook na die *Traub-saak* en die *South African Roads Board-saak* as voorbeelde van die gety wat besig was om te draai.

²⁴⁵ Basson, 1994; Van Wyk *et al*, 1994; Govender, 1993:181; Carpenter, 1994:467; Burns, 1994:347-358; Cachalia *et al*, 1994; Davis *et al*, 1997

²⁴⁶ Sien Moss & Oberg, 1992.

²⁴⁷ Sien Friedman, 1993. Sien ook Klug, 1992:698

²⁴⁸ Barrie, 2000:277; (‘n Xhosa spreekwoord wat lei dat “people are people through other people”.) “Talks about talks” het gedurende Mei 1990 tussen die hoof-rolspelers plaasgevind. Gedurende Desember 1991 het die eerste formele samesprekings bekend as Codesa (Convention for a Democratic South Africa) te Kempton Park 'n aanvang geneem. Die tweede rondte samesprekings van Codesa het gedurende Mei 1992 'n aanvang geneem, maar is nie verder gevoer nie vanweë verskeie ernstige verskille tussen die rolspelers. Politieke geweld het uitbreek en Codesa is weer gedurende April 1993 hervat. Op 18 November het Codesa 'n Interim-Grondwet goedgekeur en aanvaar. Dit het die weg gebaan vir die 27 April 1994 verkiesing. Hierdie Interim-Grondwet het 34 volle verskanste konstitusionele beginsels vervat waaraan die Finale-Grondwet aan moes voldoen. Die finale stadium is bereik toe die Finale Grondwet gestuur is na die Grondwetlike Hof vir goedkeuring. Hierdie ondersoek het gehandel oor die nakoming van die grondwetlike beginsels soos uitgespel in die Interim-Grondwet. Op 6 September 1996 het die Grondwetlike Hof besluit om nie die Finale-Grondwet te sertifiseer nie. Sekere probleemareas is deur die Grondwetlike Hof uitgewys. Die gewysigde Grondwet is op 11 Oktober 1996 deur die Grondwetlike Vergadering goedgekeur en weer voorgelê aan die Konstitusionele Hof. Die Hof het op 4 Desember 1996 die Finale-Grondwet goedgekeur en gesertifiseer. Op 4 Februarie 1997 het die Finale-Grondwet in werking getree. Vir meer inligting rakende die Interim-Grondwet, sien Basson : “South Africa’s Interim Constitution (1994). Vir meer inligting oor die Finale-Grondwet kan Rautenbach en Malherbe se “Constitutional Law (1999) geraadpleeg word.

Gedurende 1993 sien die Interim-Grondwet (Wet 200 van 1993) vir die eerste keer die lig, wat dan ook Artikel 24, die administratiewe geregtigheidsklousule, bevat.

Hierdié artikel het die volgende verrykende implikasies vir ons administratiefreg ingehou :

- Artikel 24 het die “*ouster clauses*” in die ban gedoem. Die Grondwet het nou die uitspraak van *Staatspresident v United Democratic Front (supra)* omvergewerp. Enige bevinding wat binne die raamwerk van Artikel 24 gemaak word, kan slegs geneem word nadat 'n billike prosedure nagevolg is.
- Artikel 24(c) vereis noudat 'n openbare amptenaar skriftelik redes verskaf vir sy beslissing, behalwe waar dit reeds openbaar gemaak is.
- Artikel 24(d) verlang dat 'n administratiewe handeling geregverdig moet kan word teenoor die redes wat vir die besluit aangevoer word, met ander woorde redelikheid word as hersieningsgrond daargestel.²⁴⁹
- Billikheid vereis 'n verhoor, behalwe waar die versuim om aan te hoor 'n sekere waarde of 'n gelyke of groter belang as die beginsel van natuurlike geregtigheid bevorder.
- Die plig om billik op te tree vorm die hart van die leerstuk van legitieme verwagting.

Oor die administratiewe geregtigheidsklousule laat Barrie homself soos volg uit :²⁵⁰

“With the advent of section 24 of the interim constitution and 33 of the 1996 constitution a total new approach to administrative law has manifested itself. We now have a legal structure which declares that a bureaucracy having been appropriately empowered, can also be held accountable for its action. The right to review administrative action has been elevated to a constitutional status. Review is constitutionally entrenched on grounds of lawfulness (principle of legality), fairness (procedural and substantive) and reasonableness. Added to this is a right to written reasons for the Administrative action taken.

It has been decided that administrative justice is a goal worth constitutionalising.

The South African constitution will be recorded in the annals of the 20th century as an astonishing feat of goodwill, compromise, pragmatism and indefatigable effort. As stated by President Mandela in his address to the constitutional

²⁴⁹ Nie alleenlik die sogenaamde simptomatiese redelikheid waar dit dui op die bestaan van 'n ander hersienbare defek [*Union Government v Union Steel Corporation (South Africa) Limited* 1928 AD 220]; en ook nie alleenlik growwe onredelikheid [*National Transport Commission v Chetty's Motor Transport (Pty) Limited* 1972(3) SA 726 (A)] nie, maar onredelikheid soos dit algemeen verstaan word.

²⁵⁰ Barrie, 1998:560.

assembly after members had voted to approve the constitution on 8 May 1996 :
'This is our national soul, our compact with one another as citizens
underpinned by our highest aspirations and our deepest apprehension. Our
pledge is never again shall the laws of our land render our people apart'²⁵¹



²⁵¹ Nichol en Bell, 1997:6.

Hoofstuk 2

ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID

Groot opgewondenheid het geheers oor die ontwikkeling op die gebied van die administratiefreg, met spesifieke verwysing na die administratiewe gerechtigheidsklousule. Die groot vraag is egter of Artikel 33 van die Finale-Grondwet aan alle verwagtinge sal voldoen? Dit moet onthou word dat die administratiewe gerechtigheidsklousule in 'n kort tydperk tussen die Interim- en Finale-Grondwette die lig gesien het; om dit as volmaak te beskou, kan 'n fout wees.

Die keersy is egter ook waar. Administratiewe gerechtigheid is nie iets nuuts nie. Dit kom deur alle eeue voor waar gerechtigheid hoogty vier. Het ons dan nie selfs uit die volksmond spreuke ontwikkel soos “boontjie kry sy loontjie” nie? Wat egter van belang is, is hoe hierdie administratiewe gerechtigheid geïnterpreteer en toegepas moet word in 'n hedendaagse samelewing wat by tye uiters kompleks kan wees, veral waar ons in Suid-Afrika met 'n heterogene samelewing te doen het.

'n Mens kan metafores na die verhouding tussen die Grondwet en administratiewe gerechtigheid kyk. As die Grondwet die ganse sterreheemel is, is administratiewe gerechtigheid soos die aandster wat eerste verskyn en dwarsdeur die nag die helderste skyn tussen ander dowwer sterre. Die vraag is nou of administratiewe gerechtigheid sedert dit in die Interim-Grondwet vervat is, steeds helder skyn.

Dit kos maar slegs 'n rukkie se nadenke om te besef dat geen klousule in 'n mensgemaakte grondwet volmaak is nie. Die grondwet is tog immers deur die feilbare mens daargestel as riglyn hoe die samelewing georden moet word en hoe die staat teenoor die individu moet optree.

As die aandster, wat ons rigting kan bepaal, dalk verdof, kan ons dit nie afpluk en blink poleer nie, maar sou dit blyk dat administratiewe gerechtigheid soos dit tans in die Grondwet omskryf is, leemtes openbaar, sal die wetgewer moet poog om dit te verbeter.

1. DIE IMPAK VAN DIE GRONDWET

In die eerste hofuitspraak van die Konstitusionele Hof, naamlik *S v Zuma*²⁵² word 'n betekenisvolle opmerking aangaande die Grondwet gemaak :

“While we must always be conscious of the values underlying the Constitution, it is nonetheless our task to interpret a written instrument. I am well aware of the fallacy of supposing the general language must have a single ‘objective’ meaning. Nor is it easy

²⁵² 1995(2) SA 642 (CC) by paragraaf 17-18.

not to avoid the influence of one's personal intellectual and moral preconceptions. But it cannot be too strongly stressed that the constitution does not mean whatever we might wish it to mean. If the language used by the lawgiver is ignored in favour of a general resort to 'values' the result is not interpretation but divination."

In *S v Makwanyane*²⁵³ stel regter Sacks dit soos volg :

"We are not called upon to decide between these positions. They are essentially emotional, moral and pragmatic in character and will no doubt occupy the attention of the constitutional assembly. Our function is to interpret the test of the Constitution as it stands. Accordingly whatever our personal views on this fraught subject might be, our response must be a purely legal one."

Dat bogemelde sienswyses nie konsekwent gehandhaaf is in latere beslissings nie, is veral te bespeur in die beslissing van *President of Republic of South Africa and Another v Hugo*.²⁵⁴ Groot verskille in die sienswyses van die regters van die Konstitusionele Hof het in die saak na vore gekom. Oor die meriete van die saak word later kommentaar gelewer.

Maar wat is nou eintlik die betekenis van 'n grondwet?

Volgens Wiechers kan 'n grondwet uit een of 'n reeks dokumente bestaan, wat deur 'n konsep-grondwetlike proses wat gewoonlik oor 'n aansienlike tydperk plaasvind, gevestig word.²⁵⁵ Die Amerikaanse Grondwet het byvoorbeeld eers 200 jaar gelede tot stand gekom en is die oudste enkele dokumentêre grondwet in die wêreld.

In die voorwoord tot hul werk "*Die '83-Grondwet*" laat Booysen en Van Wyk hulle soos volg uit :

"'n Konstitutiewe Wet soos 'n grondwet skep strukture. Hierdie strukture word deur die Grondwet beheers. Omdat die strukture hulle eie lewe en bestaan verkry, ontwikkel hulle somtyds in rigtings wat nie altyd voorsien is nie. Alhoewel hulle juridies deur die Grondwet gereël word, gaan die strukture op hulle beurt weer lewe aan die Grondwet gee. Dit is dus nie moontlik om slegs uit die bepalings van die Grondwet vas te stel hoe dit in die praktyk en in die toekoms gaan funksioneer nie. Dit sal eers bepaal kan word nadat die Grondwet al 'n geruime tyd in werking is. In hierdie opsig verskil die Grondwet van ander wette."²⁵⁶

Bogemelde moet ook gesien word in die lig van die veranderinge wat plaasgevind het in die staatsregtelike bestel van Suid-Afrika, met verwysing na die drie-kamerparlement.

²⁵³ 1995(3) SA 391(CC) op 511 paragraaf 349.

²⁵⁴ 1997(4) SA 1 (CC).

²⁵⁵ Wiechers, 1989:44.

²⁵⁶ Booysen en Van Wyk, 1984.

Wat die Finale-Grondwet betref, is daar ook voorsiening gemaak vir 3 vlakke van regering, naamlik die nasionale, provinsiale en plaaslike regering.

Dit is interessant om te vind dat ons vroeë regeringstelsel geskoei was op die Westminsterstelsel, maar dat die Verenigde Koninkryk oor geen grondwet beskik nie. Die afwesigheid van 'n geskrewe grondwet in die Verenigde Koninkryk bring egter nie mee dat regte sonder regsbeskerming is nie. Die nodige beskerming word weldra gevind in die gemenereg en die statutêre reg, veral op verskillende vlakke van toepassing in verskillende typerke en in veranderde sosiale en politieke kontekste.

Sedert die sewentiende eeu was parlementêre wette en die optrede van owerheidsonderdane onderhewig aan regsondersoek in die Engelse Reg. Die Engelse parlementêre soewereiniteit kan egter beskou word as die spreekwoordelike stok in die wiel, aangesien dit verhinder dat gewaarborgde beginsels van konstitusionele legaliteit enigsins tot hulle potensiaal kan ontwikkel.

Maar wat hou die Grondwet nou eintlik vir ons in?

'n Grondwet besit gewoonlik unieke kenmerke:

- Dit kan geskrewe of ongeskrewe wees, maar bevat altyd spesifieke reëls wat die verhouding tussen die wetgewer en die onderdane bepaal.
- Die verdeling van magte en funksies word duidelik uiteengesit.
- Dit bepaal die basiese beginsels waarvolgens die gesagsliggame hulle funksies aanneem.
- Dit kan buigsaam of onbuigsaam wees. (Buigsame grondwette word gekenmerk deur die feit dat artikels wat daarin vervat is, by wyse van 'n meerderheidstem gewysig kan word. Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika kan byvoorbeeld as 'n onbuigsame grondwet beskou word, omdat sekere artikels verskans word en slegs deur 'n twee-derde meerderheid gewysig kan word.)
- Dit dien as 'n bewaker van die belange en regte van 'n gemeenskap, waar die regering arbitrêr sou optree.
- Dit dien as grondslag waarvolgens die handeling en optredes van die regering bepaal word.

'n Grondwet is, onder andere, die hoogste regsnorm in 'n besondere samelewing. Indien 'n Wet in konflik met die Grondwet is, moet die Grondwet as die beslissendste Wet beskou word. Dit bevat derhalwe die regsreëls met betrekking tot die samestelling van die wetgewende, regsprekende en uitvoerende organe. Dit verduidelik verder waar hierdie organe vandaan kom en wat hulle magte is.

Die huidige Finale-Grondwet bestaan uit 243 Artikels en 7 Skedules wat regeringstrukture en funksies voorskryf.

Aangesien die Grondwet so 'n belangrike dokument is, is besondere prosedures neergelê waarvan wysigings van belang mag wees. Die meeste demokratiese lande maak gebruik van referendums, ten einde die Republiek se toestemming tot wysigings te verkry. Die regerende party wat die regering saamstel, het eintlik nie heerskappy oor die Grondwet nie, maar is bloot dienskneg. Die regering moet derhalwe die voorskrifte en riglyne van die Grondwet respekteer en eerbiedig.

Wat die Suid-Afrikaanse Grondwet betref, verlang dit vir wysiging 'n twee-derde meerderheid in die parlement. Die party wat van voorneme is om die Grondwet te wysig, moet die wysigings voorlê aan die Konstitusionele Hof, wat moet ingaan op die regsgeldigheid van die voorgestelde verandering en dit dan moet sertifiseer as goedgekeur.

Rakende die Finale-Grondwet, maak Burns die volgende opmerking :

“The founding principles of the 1996 Constitution provide for one sovereign, democratic and constitutional state based on human dignity, the achievement of equality, and the advancement of human rights and freedoms, non-racialism and non-sexism, the supremacy of the constitution and the rule of law, universal adult suffrage, a national common voters roll, regular elections and a multi-party system of democratic government to ensure accountability, responsiveness and openness.”²⁵⁷

2. ADMINISTRATIEFREG IN DIE LIG VAN DIE GRONDWET

Die Suid-Afrikaanse staatsdiens en gevolglik owerheidsonderdane, funksioneer hoofsaaklik in 'n politieke omgewing, wanneer hulle pligte aan die hand van wetgewing uitgevoer word.

In die verlede is wetgewing deur die amptenary letterlik nagevolg en uitgevoer. Die totstandkoming van veral die Finale-Grondwet het hier in die werksmilieu 'n drastiese verandering teweeggebring. Administratiewe geregtigheid is 'n aspek waaraan die amptenaar in die uitvoering van sy pligte veral sal moet aandag bestee. Korrekte owerheidsopptrede word nou statutêr vasgelê in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, Wet 3 van 2000.

Die toepassing van die gedagte van 'n grondwetlike staat of “rule of law” wat tot stand gekom het in die Interim- en Finale-Grondwette, is 'n wesentlike aanvaarding dat die

²⁵⁷ Burns, 1999:2.

politieke oppergesag nou in die Grondwet gesetel is. Hierdie feit is van allergrootste belang, aangesien dit aansluit by die invloed wat die twee Grondwette op die funksies en strukture van die Suid-Afrikaanse staatsadministrasie het. Gesien in die lig van Suid-Afrika se historiese staatsbestel, moet die Grondwet steeds gesien word as 'n besondere produk, wat ontstaan het aan die hand van 'n politieke konteks.

Wat die Grondwet betref, moet ons eerstens die administratiefreg in die regte perspektief plaas. Dit kan slegs bereik word deur die korrekte aandagbesteding aan die definisie van die administratiefreg. Daar moet egter uit die staanspoor gewaarsku word dat die vakgebied vanweë veral die geweldige omvang daarvan, moeilik definieerbaar is.

Selfs die Romeins-Hollandse Reg het 'n invloed gehad op ons Suid-Afrikaanse administratiefreg. Baxter meld die volgende rakende die belang van die Romeins-Hollandse Reg:

“Roman Dutch law has played a small role in shaping South African administrative law. The old authorities have been cited in cases involving failure to observe prescribed procedures, the finality of administrative acts, delegation of powers, the principles of fair procedure, compensation for interference with rights, and in relation to judicial remedies. In other areas, especially in relation to the sources of authority for administrative action and the manner by which discretionary powers are to be exercised, the influence of Roman-Dutch law has been negligible.”²⁵⁸

Baxter toon aan dat, alhoewel daar 'n stelsel van Romeins-Hollandse administratiefreg bestaan het, dit gemeet aan moderne stelsels onderontwikkeld was. Dit was gebaseer op 'n filosofie van regering so ver verwyderd van ons eie, dat dit met die uitsondering van enkele basiese beginsels, nie van veel hulp was nie.

Garner definieer die administratiefreg soos volg:

“It seems then that we are dealing with rules, most but not all of which are rules of law in the strict sense, that are concerned with the conduct of the general business of the government of the country within the broad principles laid down by policy makers Nearer than this it is probably impossible to approach a precise definition of administrative law.”²⁵⁹

Hawke laat in sy definiëring die klem op 'n totaal ander aspek val. Volgens hom hou die administratiefreg hom hoofsaaklik besig met geregtelike kontrole oor die regering se magte en bevoegdhede.²⁶⁰

Raubenheimer beklemtoon die regsverhouding teenoor die individu as hy sê :

²⁵⁸ Baxter, 1984:34.

²⁵⁹ Garner, 1979:3.

²⁶⁰ Hawke, 1984:3.

“Volgens my mening kan die administratiewe reg meer besonderlik omskryf word as daardie deel van die publieke reg wat die funksionering van die owerheid as sodanig reël in die tweërlei soort regsverhoudings waarin dit by die uitoefening van sy funksie te staan kan kom, naamlik, enersyds teenoor privaat persone en andersyds die verskillende owerheidsorgane teenoor mekaar. Dit is veral owerheidsoptrede teenoor die individu wat by die administratiewe reg op die voorgrond tree, want die regsreëling van hierdie ongelyke magsverhouding is die sentrale probleem van die administratiewe reg in die regstaat.”²⁶¹

Volgens Wiechers kan die administratiewe reg soos volg beskryf word :

“Administratiewe reg is daardie deel van die publieke reg wat die organisasie, bevoegdhede en optredes van die staatsadministrasie reël. In hierdie omskrywing is daar drie elemente wat beklemtoon moet word : eerstens, dat administratiewe reg deel van die publieke reg in 'n staat uitmaak, tweedens, dat hierdie regsvertakking die organisasie, bevoegdhede en optredes van die staatsadministrasie reël en derdens, dat die staatsadministrasie die toepassingsgebied (sic) van dié regsvertakking uitmaak.”²⁶²

Wiechers se definisie is sekerlik die mees algemene; daarom ook dat die aspekte wat deur Garner, Hawke en Raubenheimer beklemtoon word, hierby ingelees kan word. Om 'n omvattende definisie daar te stel, blyk egter problematies te wees. Wiechers maak nie voorsiening vir gevalle waar die staatsadministrasie *per se* nie betrokke is nie. Die reëls van die administratiewe reg word in toenemende mate aangewend ten einde ook optredes van vrywillige verenigings en groepe te beheer.²⁶³

Daar bestaan egter 'n verwantskap tussen konstitusionele reg en die administratiewe reg, wat al twee vertakkinge van die publieke reg is. Konstitusionele reg verskil in wese nie veel van die administratiewe reg nie. Beide se bronne is dieselfde en het te doen met die funksies van die staat. Konstitusionele reg het ook te doen met die organisasie en funksie van die regering, terwyl dit rustend verkeer, terwyl die administratiewe reg homself bemoei met die organisasie en funksies van die regering in beweging.

Administratiewe reg is nie 'n geïsoleerde aspek van die publieke reg nie. Die algemene beginsels onderliggend aan die administratiewe reg word afgelei vanuit die konstitusionele reg.

Konstitusionele reg moet verder beskou word as die hoeksteen van enige regsisteem. Dit verskaf die beginsels en prosedures vir die totstandkoming van 'n regering.

²⁶¹ Raubenheimer, 1961:1.

²⁶² Wiechers, 1984:20.

²⁶³ Voorbeelde waarin die reëls so toegepas is, is onder andere *Jockey Club of South Africa v Transvaal Racing Club* 1959(1) SA 441 (A); *Turner v Jockey Club of South Africa* 1974(3) SA 633 (A); *Theron v Ring van Wellington van die N.G. Sendingkerk* 1976(2) SA 1 (A). Dit is veral die reëls van natuurlike geregtigheid uit die kader van die administratiewe reg wat dikwels buite die staatsorganisasie toegepas word.

Konstitusionele reg hou hom besig met die skepping van 'n regering, terwyl administratiefreg betrokke is by die administrasie van die regering.

3. ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID

Hoe pas administratiewe gerechtigheid in by die Grondwet en die administratiefreg?

Burns laat haar soos volg uit oor die aspek van administratiewe gerechtigheid :

“One of the main reasons for the constitutional protection of the right to just administrative action can be traced back to the former ‘apartheid’ days when a powerful executive and administrative bureaucracy exerted a strong influence on individual lives. Legislative and administrative measures were used to implement the policy of the day and contraventions of the measures were dealt with swiftly and efficiently.

The administrative justice clause serves to protect the individual from administrative abuse by ensuring that all administrative action is lawful (in that it is correctly performed) and that it adheres to certain standards of reasonableness and substantive and procedural fairness. The requirement that reasons must be provided for administrative action will go a long way towards ensuring administrative accountability, openness and transparency in government, since decisions taken by the administration which affect rights will have to be based on reasons which can be legally substantiated, or face the possibility of judicial review.”²⁶⁴

Streng gesproke kry administratiewe gerechtigheid sy ontstaan van die nie-judisiële komponent van die regering, veral staatsdepartemente, statutêre tribunale, rade, ens.

Die begrip "administratiewe gerechtigheid" is van relatiewe onlangse oorsprong in Suid-Afrika. Die 1983-Grondwet bevat ook nie 'n klousule wat verwys na administratiewe gerechtigheid nie. Hoewel daar geen direkte vermelding gemaak word van die begrip "administratiewe gerechtigheid" nie, moet dit nie uit die oog verloor word nie dat 'n sisteem van administratiewe gerechtigheid wel bestaan het. Deur interne kontrolemaatreëls was dit nog altyd deel van die Suid-Afrikaanse administratiefreg. Gerechtigheid is in die verlede steeds bevorder deur die toepassing van die reëls van natuurlike gerechtigheid.

Boulle²⁶⁵ is van mening dat administratiewe gerechtigheid in sowel 'n prosedurele as 'n substantiewe sin verstaan moet word. Prosedureel sal administratiewe gerechtigheid reëls van billikheid of die nakoming van die reëls van natuurlike gerechtigheid omvat (analoog aan die beginsel van "due process" in die Amerikaanse Reg). In die substantiewe sin het

²⁶⁴ Burns, 1999:125.

²⁶⁵ Boulle, 1986:136.

administratiewe geregtigheid te doen met die billikheid en rasionaliteit van 'n uitslag, soos gesien volgens die persepsies van 'n individu of die gemeenskap.²⁶⁶

In 'n artikel geskryf voor die promulgasie van die Interim-Grondwet, het Boule die volgende definisie vir administratiewe geregtigheid daargestel :

“Administrative justice denotes a system of public administration which upholds principles of fairness, reasonableness, equality, propriety and proportionality. These principles can be advanced through mechanisms of accountability and control, review and supervision, openness and consultation.”²⁶⁷

Administratiewe geregtigheid word meer toeganklik gemaak vir diegene wat nadelig geraak word deur besluite van openbare liggame. Die benadeeldes het dan die geleentheid om deur finansiële vermoëns en prosedurele bekendheid en inligting, die beginsels van administratiewe geregtigheid af te dwing gedurende die besluitnemingsproses, of wanneer besluite klaar geneem is. Hierdie aspek is dan meer as die siening van administratiewe geregtigheid as blote abstrakte administratiewe norme, aangesien daar dan meer gekonsentreer word op die praktiese uitvoerbaarheid van die norme.

In die breë gesien, verseker die toeganklikheid tot administratiewe geregtigheid 'n reaktiewe, verantwoordelike en verantwoordbare sisteem van publieke administrasie. In die huidige Suid-Afrikaanse konteks moet hierdie begrip van administratiewe geregtigheid beskou word in die wyer konteks van pogings om demokratiese konstitusionalisme te verkry om sodoende ook die regsisteem te hervorm.

Daar kan ook met Boule saamgestem word dat dit wyd aanvaar word dat politieke en administratiewe prosesse, eerder as die howe, die kernpunt moet vorm om publieke administrasie meer verantwoordbaar te maak.²⁶⁸

Baxter stel die beginsels van natuurlike geregtigheid gelyk aan die verpligting om billik op te tree. Hy is van oordeel dat sowel die reëls van natuurlike geregtigheid as die verpligting om billik op te tree deur prosedure beperk moet word. Die beginsels moet nie uitgebrei word na die wesentlikheid van die besluit nie, aangesien dit die begrip “billikheid” met “redelikheid” sal verwar.

Die “equity”-beginsel het deur die eeue heen 'n basis vir owerheidsopptrede daargestel. Die toepassing van die “equity”-beginsel het ook 'n invloed op die individu gehad. Administratiefreg moet egter nie gesien word as 'n geïsoleerde kader van die publiekreg nie. Die algemene beginsels onderliggend aan die administratiefreg word nog steeds afgelei van konstitusionele reg.

²⁶⁶ Boule, 1986:137.

²⁶⁷ Boule, 1993:138.

²⁶⁸ Boule, 1993:139.

Die hoofmerk van administratiefreg is tog goeie administrasie. Goeie administrasie kan op verskillende maniere verkry word, veral deur die vereiste van billikheid as hoofdoelwit daar te stel.

Die waardes van onbevooroordeeldheid en billikheid is wesenskenmerke van die administratiefreg. Goeie administrasie verg dat regslui, anders as voorstanders teen swak administratiewe besluite, aktief betrokke moet wees in die proses van beginselformulering. Dit verseker dat beleid of welke aksie deur die administratiewe orgaan geneem word, nie sal afwyk van die basiese beginsels van geregtelikheid nie. Geregtelikheid vereis in breër sin dat optrede en versuim om op te tree deur 'n openbare orgaan, nie slegs wetlik goedgekeur word nie, maar ook moet voldoen aan die minimum standaard van geregtigheid en billikheid.

Die primêre besorgdheid van administratiefreg is om te verseker dat staatsgesag uitgeoefen word binne die grense van die reg. Diegene aan wie die bevoegdheid verleen is om besluite te neem, moet die gesag uitoefen in ooreenstemming met die letter en gees van die wet. Hierdeur word verseker dat die doel bereik word wat deur die magtigende Wet verleen is. Dit gebeur dikwels dat staatsorgane wat bemagtig is om besluite te neem, in die uitvoering van die besluit die Wet verkeerd verstaan het, of die wetgewing verkeerd toegepas het, of by tye onskuldig die verkeerde besluit geneem het. Dit het baie kere nadeel ingehou vir die individu. Onder sulke omstandighede is dit dan die plig van die administratiefreg om 'n remedie te verleen.

Administratiewe owerhede wat met diskresionêre bevoegdheid beklee is, moet veral fokus wanneer besluite geneem word. Irrelevante oorwegings moenie in ag geneem word nie, anders kan die organe se besluite tersyde gestel word. In die reg bestaan daar nie so-iets soos 'n absolute diskresie of ongebonde administratiewe mag nie.

Daar is ook bewyse dat administratiefreg belas is met die plig om toe te sien dat fundamentele menseregte nagekom en gerespekteer word.²⁶⁹

Administratiewe geregtigheid is in die Grondwet verskans as een van die basiese menseregte. Dit is ook grootliks te danke aan die verandering wat daar plaasgevind het ten opsigte van die politieke bestel, om enigsins wel weg te beweeg van die Britse Westminsterstelsel. Soos gesê, beskik Engelse Reg oor geen Grondwet nie. Administratiewe geregtigheid word aan die hand van die gemenerereg en die statutêre reg toegepas.

'n Wesentlike aspek van die geskrewe grondwette van die Westerse demokrasie is dat die Grondwette fundamentele beginsels of waarborge bevat wat dan kriteria vir legaliteit en vir

²⁶⁹ *Bugdaycay v Secretary of State for the Home Department* 1987(1) ALL ER 940 (H.L.). In hierdie saak het die Hof beslis dat waar 'n beslissing onder skoot kom en beweer word dat 'n fundamentele mensereg, soos die reg om te lewe, aangetas is, dit 'n aangeleentheid sou wees wat indringend deur die hof ondersoek moes word.

openbare aksie binne 'n bepaalde staat daarstel. Goeie voorbeelde is 'n individu se reg op lewe en vryheid, billike behandeling ingevolge die reg, die vryheid van godsdienste, spraak en privaatheid. Wanneer 'n amptenaar se besluit of optrede (of dit wetgewend, uitvoerend of judisieel van aard is) enige grondwetlike reg sou skend, is die individu daarop geregtig om die regmatigheid van die besluit of optrede te bevraagteken, waar moontlik, regstelling te verkry.

Waar die Suid-Afrikaanse Reg tekortkominge gehad het, is daar in die uitleg en toepassing van wetgewing baie maal teruggeval op die gemene reg om 'n oplossing te vind. Indien daar geen parallelle lyne getrek kon word nie, is daar teruggeval op die Engelse Reg om die nodige antwoorde te verskaf.

Die afwesigheid van 'n geskrewe Grondwet in die Verenigde Koninkryk beteken nie dat die regte geen regsbeskerming daargestel het nie. Beide die gemene reg en statutêre reg het substansiële beskerming verleen. Dit het veral gedurende veranderlike vlakke van doeltreffendheid op verskillende tye en in 'n veranderlike sosiale en politieke konteks geskied. Behalwe vir parlementêre optredes en prosesse, is openbare optredes van alle tipes openbare owerhede, vanaf die sewentiende eeu, in beginsel onderhewig gestel aan die aanvegting van regmatigheid ingevolge die Engelse Reg. Die aard en omvang van die aanvegting van die regmatigheid in verskillende sake en omstandighede is óf beperk, óf totaal deur parlementêre wetgewing verwyder. Die Engelse leerstuk van parlementêre soewereiniteit het 'n belangrike buffer geplaas op die ontwikkeling van gewaarborgde beginsels van grondwetlike geldigheid. Sodoende kon die regmatigheid van parlementêre wette op sigself nie so maklik aangeval word nie.

As gevolg van bogemelde leerstuk, het dit onlangs in die Verenigde Koninkryk meegebring dat geen Wet van die parlement aanvegbaar is nie. Parlementêre soewereiniteit het meegebring dat "it is not for [a] court to say that a parliamentary enactment, the highest law in this country, is illegal".²⁷⁰ In 'n bepaalde konteks, waar die Engelse parlement 'n Wet afgekondig het wat 'n beperking stel op, of wettige individuele beskerming verwyder, is die wetgewing beskou as onaanvegbaar in die hofe en tribunale van die Verenigde Koninkryk. Dit is duidelik dat die Engelse Regering toe oor 'n gemaklike meerderheid in die Engelse laerhuis (House of commons) beskik het en dat die regering beheer uitgeoefen het oor die parlement. Dit is nie moeilik om te verstaan dat grondwetlike regte en die beskerming daarvan uiters kwesbaar is, en onderhewig gestel word aan die heersende politieke filosofie van die lede van die regerende party.

Waar die administratiewe geregtigheidsklousule nou opgeneem is in die Handves van Menseregte in Hoofstuk 3 van die Grondwet, moet dit nie in isolasie gesien word as iets vreemds nie. Die politieke historiese opset het meegebring dat administratiewe

²⁷⁰ *Cheney v Conn* 1968(1) ALL E.R. 779 by 782.

geregtigheid deur die vorige regering grensloos onderdruk is. 'n Mens kan nie anders as om met Burns hierbo saam te stem nie dat die ontstaan hiervan veral te wyte was aan apartheidswetgewing.

Maar administratiewe geregtigheid hoef nie slegs beskerming onder die Grondwet te geniet nie. Die nodige beskerming van die individuele regte kan ook deur buitelandse wetgewing verleen word. Wat die Engelse Reg betref, word die nodige beskerming van administratiewe geregtigheid verleen deurdat die Verenigde Koninkryk in 1972 lidmaatskap verkry het van die Europese gemeenskap. Hiervolgens is die beginsels soos vervat in die Europese Konvensie van Menseregte in 1998, in die huishoudelike reg van die Verenigde Koninkryk ingesluit.

Die uitwerking van Artikel 2 van die Europese Gemeenskapwet (European Communities Act) 1972, is dat die geldigheid van wetgewing in die Verenigde Koninkryk (sowel as enige sodanige handeling daaruit voortvloeiend) in 'n tribunaal in die Verenigde Koninkryk beveg kan word op die grondslag dat dit 'n oortreding is van die individuele regte van die Europese gemeenskap. Regsbeskerming word verleen deur die Menseregtewet, 1998. Regte en fundamentele vryhede vervat in die Europese Konvensie van Menseregte is minder drasties, maar geniet steeds groot praktiese toepassing.

Die Verenigde Koninkryk het die Konvensie in 1951 bekragtig, wat meebring dat die Verenigde Koninkryk gebonde is aan Internasionale Reg. Dit is in 1998 in die Verenigde Koninkryk as plaaslike reg by wetgewing ingesluit, nou kan die reëls in die Howe en Tribunale afgedwing word. Die Wet het op 2 Oktober 2000 in werking getree.

Dit is derhalwe duidelik dat wanneer individuele regte op die spel is en die owerheid in sy uitvoerende hoedanigheid optree, die owerheidsoptrede teenoor die individu billik moet wees. Artikel 1 van die Konvensie verplig lidstate om te verseker dat iedereen binne die jurisdiksie van die Konvensie die nodige beskerming van hul regte en vryhede geniet soos vervat in die Konvensie.

Dit is nie moeilik om te beseft dat toe die Suid-Afrikaanse wetgewer die administratiewe geregtigheidsklousule in die Grondwet vervat het, daar deeglik kennis geneem is van buitelandse reg by die formulering van Artikels 24 en 33 van die onderskeie Grondwette.

Ons het reeds in die vorige afdeling van hierdie proefskrif gesien dat die Namibiese Grondwet 'n rol gespeel het by die formulering van die definisie van administratiewe geregtigheid, soos vervat in die Suid-Afrikaanse Grondwet.

Word gekyk na die definisie van "besluit", (administratiewe besluit) soos vervat in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, Wet 3 van 2000, is dit opmerklik dat die definisie geskoei is op die Australiese eweknie, soos vervat in die "Australian Decisions (Judicial Review) Act, 1977" (the ADJR). Die inhoud van die Wet op die Bevordering van

Administratiewe Geregtigheid sal meer volledig behandel word in 'n volgende afdeling van hierdie proefskrif.

Administratiewe geregtigheid word vervat in Artikel 33, wat op sý beurt deel uitmaak van die Handves van Menseregte. Artikel 39 van die Finale-Grondwet bepaal dan ook hoe 'n hof die Handves van Menseregte moet benader. By die uitleg van die Handves van Menseregte -

- moet 'n hof, tribunaal of forum die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing, gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê, bevorder;
- moet 'n hof, tribunaal of forum die volkereg in ag neem;
- kan 'n hof, tribunaal of forum buitelandse reg in ag neem.

By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemenereg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Menseregte bevorder.

Die Handves van Menseregte ontken nie die bestaan van ander regte of vryhede wat deur die gemenereg, gewoontereg of wetgewing erken of verleen word nie, in die mate waarin daardie regte of vryhede met die Handves bestaanbaar is.

Noudat gepoog is om 'n basis of platform daar te stel aan die hand waarvan administratiewe geregtigheid geanaliseer kan word, sal die begrip "administratiewe geregtigheid", soos dit vergestalt in die Grondwet en aan die hand van die uitbreiding van die begrip soos dit toepassing vind in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, Wet 3 van 2000, krities geanaliseer word. Die kritiek moet egter as positief beskou word.

Soos hierbo reeds genoem is, strek die administratiewereg oor 'n wye gebied van die reg. Hier word geensins daarop aanspraak gemaak dat alle gesag rakende die begrip "administratiewe geregtigheid" ten volle bespreek sal word nie, maar die belangrikste hofsake wat waarde kan toevoeg tot die uitbouing en verbetering van die begrip "administratiewe geregtigheid" sal beklemtoon word.

Artikel 1 van die Grondwet bepaal dat die Republiek van Suid-Afrika een soewereine, demokratiese staat is, gegrond op onder andere die volgende waardes: menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbou van menseregte, vryhede, die oppergesag van die Grondwet en die heerskappy van die reg.

Wanneer die begrip "administratiewe geregtigheid" oorweeg word, moet ons nie uit die oog verloor nie dat Suid-Afrika se demokratiese bestel eers onlangs beslag gekry het deur die totstandkoming van die twee grondwette.



Hoofstuk 3

'n KRITIESE ANALISE VAN DIE ADMINISTRATIEWE GEREGTIGHEIDSKLOUSULE, SOOS VERVAT IN ARTIKEL 33 VAN DIE FINALE-GRONDWET

Vanuit die staanspoor moet begryp word dat die administratiewe geregtigheidsklausules in sowel die Interim- en die Finale-Grondwette nie 'n kodifikasie van die administratiefreg daarstel nie. Die klousule poog eerder om die basiese elemente van administratiewe geregtigheid in die Grondwet te vervat. Die vraag kan egter gevra word welke voordele en nadele so 'n toevoeging dan inhou. Dit is belangrik om in gedagte te hou dat dit die hoofdoel van die Grondwet is om te verseker dat die staat verantwoordbaar gehou kan word vir sy administratiewe handeling.

Rakende toerekenbaarheid huldig Corder die volgende standpunt :

“Accountability can be achieved through a range of structures and can, theoretically at least, be attained through the exercise of other constitutionally guaranteed rights such as the right to equality and through the individual’s constitutional right to challenge all justifiable matters in a court of law.”²⁷¹

Soos die outeur dit duidelik stel²⁷², is die feit dat Suid-Afrika se Grondwet op so 'n laat stadium geskryf is, voordelig, aangesien die relatiewe moderne kwelpunte rakende administratiewe geregtigheid by alle partye 'n wesentlike konsensus tuisgebring het om te verseker dat die menseregte-akte wel voorwaardes bevat wat die reg op administratiewe geregtigheid waarborg.

Die reg op administratiewe geregtigheid is nou verskans in Artikel 33 van die Handves van Menseregte, wat in Hoofstuk 3 van die Finale-Grondwet, vervat is.

Voordat die administratiewe geregtigheidsklausule aan die hand van die Grondwet geanaliseer kan word, moet eers gekyk word na die samestelling van die klousule.

Die teks van die eerste grondwetlike verskansing van die reg op administratiewe geregtigheid in Suid-Afrika het aanvanklik soos volg gelees :

"Elke persoon het die reg-

- (a) op regsgeldige administratiewe optrede waar enige van sy of haar regte of belange geraak of bedreig word;
- (b) op prosedureel billike administratiewe optrede waar enige van sy of haar regte of regmatige verwagtings geraak of bedreig word;
- (c) om skriftelik voorsien te word van redes vir administratiewe optrede wat enige van sy

²⁷¹ Van Wyk *et al*, 1994:388.

²⁷² Van Wyk *et al*, 1994:390.

of haar regte of belange raak, tensy die redes vir sodanige optrede openbaar gemaak is; en

- (d) op administratiewe optrede wat regverdigbaar is met betrekking tot die redes wat daarvoor gegee word, waar enige van sy of haar regte geraak of bedreig word.”

Administratiewe geregtigheid aan die hand van Artikel 24 van die Interim-Grondwet is vroeër reeds bespreek, toe dit vergelyk is met die Namibiese administratiewe geregtigheidsklousule.

Regverdige administratiewe optrede word soos volg in Artikel 33 van die Finale-Grondwet uiteengesit :

- “(1) Elkeen het die reg op administratiewe optrede wat regmatig, redelik en prosedureel billik is.
- (2) Elkeen wie se regte nadelig geraak is deur administratiewe optrede het die reg op die verskaffing van skriftelike redes.
- (3) Nasionale wetgewing moet verorden word om aan hierdie regte gevolg te gee, en moet -
- (a) voorsiening maak vir die hersiening van administratiewe optrede deur 'n hof of, waar dit gepas is, 'n onafhanklike en onpartydige tribunaal;
- (b) die staat verplig om aan die regte in Subartikels (1) en (2) gevolg te gee; en
- (c) 'n doeltreffende administrasie bevorder.”

Dit is bondiger as die Artikel 24-weergawe. Die aspek van geregverdigde verwagting word glad nie aangeraak nie en moet klaarblyklik ingelees word by Artikel 33(1) van die Finale-Grondwet.

1. ADMINISTRATIEWE GEREJTIGHEID EN DIE STAATSREGTELIKE PREROGATIEWE

Daar kan sekerlik geargumenteer word dat die hoofrede vir die verskansing van administratiewe geregtigheid gebaseer was op die beginsel van billikheid. Artikel 33 van die Grondwet wou juis meebring dat, wanneer die staat sekere handeling uitvoer, dit geskoei kan word op 'n grondslag van billikheid. Dit wil egter voorkom asof administratiewe geregtigheid daadwerklik bots met die toepassing van prerogatiwe optrede wat aan die oppergesag of hoof van die regering verleen word.

Selfs 'n skrywer soos Dicey het gerieflikheidshalwe hierdie kontroversiële aspek van prerogatiwe beskerming vermy. Hy het nie ag geslaan op die ekstensiewe beskerming en privilegie wat die staat geniet het, toe hý geskryf het nie. Kritici soos Wade²⁷³, het uitgewys dat dit besonder moeilik sou wees om hierdie voordele wat die staat geniet het te kan versoen met die idee van gelykheid, selfs wanneer die behoefte aan 'n effektiewe

²⁷³ Wade, 1959.

regeringstelsel in beginsel erken word. Die oppervlakkigste blik op die verrigtinge teen die staat dui aan dat die idee van gelykheid altyd beïnvloedbaar was. Gelykheid het nou verhoogde status verkry bo konsepte soos koningskap. Laasgenoemde was geneig om die reg in die teenoorgestelde rigting op sleeptou te neem.

Gedurende die Middeleeue kon konings weens die feodale beginsel nie gedagvaar word in hul eie hof nie.²⁷⁴ Maar die koning was nie verhewe bo die reg nie; intendeel, hy is onder die verpligting geplaas om in dieselfde mate vergoeding te verskaf aan 'n party wat hy benadeel het, as wat 'n buite-party vergoeding sou moes betaal indien laasgenoemde 'n ander benadeel het. Waar 'n regspetisie deur 'n benadeelde onderdaan aan die koning gerig is, is die koning ook onderhewig gestel aan dieselfde reg wat van toepassing was op sy onderdane.

Die vroeë geskiedenis rakende die petisie van 'n reg is steeds nie heeltemal duidelik nie. Dit het voorgekom asof die prosedure in die veertiende eeu ontwikkel het, waar die koning die petisie na kommissarisse verwys het om ondersoek in te stel na die bewering. Indien die feitebevindinge deur die kommissarisse regs vrae na vore sou bring, wat in die gewone howe beveg kan word, het die koning op die verskillende regs vrae gepleit en is die petisie verwys na 'n gepaste hof en is die saak aldaar aangehoor.

'n Wesentlike nadeel van die petisie van regte prosedure was die hinderlike en tydrawende prosedure wat nagevolg moes word. Dit is verder vererger deur die koning se "garland of prerogatives" wat 'n hele aantal privilegiee in pleitverrigtinge en prosedure ingesluit het. Hierdie privilegiee is in die verlede al beskryf as 'n aansoek of prosedure van "Heads I win, tails you lose".

Dit wil egter voorkom of hierdie situasie van onbillike optrede teenoor die onderdaan vandag nog voortbestaan, wanneer daar verwys word na die prerogatief van die oppergesag.

Maar wat behels die woord "prerogatief" nou eintlik? Die volgende definisie van "royal prerogative" word gevind in die Concise Oxford Dictionary - The New Edition for the 1990's : "The right of the Sovereign, theoretically subject to no restriction."

Boulle en ander maak die volgende bewering :

".... public authorities are not at liberty to do as they please, but there is one notable exception, and that exception is inherent prerogative power of the executive head of state."²⁷⁵

Boulle verskaf bykans dieselfde definisie waarna hierbo verwys is, as hy verklaar die prerogatiewe mag :

²⁷⁴ Holdsworth, 1944.

²⁷⁵ Boulle *et al*, 1989:174.

“... is the power which under the common law belongs to the executive simply because it is the executive, and which it does not receive from anyone else.”²⁷⁶

Die eerste definisie (*Concise Oxford Dictionary*) praat van koninklike prerogatief, terwyl Boule se definisie na uitvoerende prerogatief verwys. Wat is die verskil?

Die verwysing na koninklike prerogatiwe dui aan dat hierdie praktyk vanaf Engeland na Suid-Afrika oorgeplant is. Dit is maklik te verstaan weens die Engelse koloniale uitbreiding na Suid-Afrika in die laat 18de eeu.

Prerogatiwe magte is in oënskou geneem deur regter Friedman in die saak van *Boesak v Minister of Home Affairs and Another*. Hy stel dit soos volg :

“In England the prerogative powers are exercisable by the Crown acting through the relevant Ministers of State and his department. Under the South African Act, 1909, the position was essentially the same in the Union of South Africa except that the prerogative powers of the crown vested in the Governor-General as the Crown’s representative.”²⁷⁷

Engeland is deur ’n monarg geregeer, terwyl Suid-Afrika regeer is deur ’n verkose openbare amptenaar. Die kroon, of monarg het, as gevolg van rang en status in Engeland, oor die volgende prerogatiwe beskik :

- die bevoegdheid om toestemming tot wetgewing te verleen;
- die mag om kwytskelding of begenadiging aan oortreders te verskaf;
- die bevoegdheid om ambassadeurs aan te stel, te akkrediteer of te ontvang;
- die mag om internasionale konvensies, verdrae en ooreenkomste te sluit of te verander;
- die mag om oorlog te verklaar en vrede te sluit; en
- die bevoegdheid om Ministers aan te stel.

In die Suid-Afrikaanse konteks word die meeste van hierdie prerogatiwe magte egter vervat in wetgewing. Die Finale-Grondwet is geen uitsondering nie.

Maar wat het die Grondwet nou eintlik te sê oor die oppergesag?

Benewens wat Artikel 1(c) bepaal, skryf Artikel 2 van Hoofstuk 1 die volgende voor :

²⁷⁶ Boule *et al.*, 1989:174.

²⁷⁷ 1987(3) SA 665 (CPD) by 674.

“Hierdie Grondwet is die hoogste reg van die Republiek, enige regsvoorskrif of optrede daarmee onbestaanbaar, is ongeldig, en die verpligting daardeur opgelê, moet nagekom word.”

In Hoofstuk 5, wat handel oor die President en Nasionale Uitvoerende Gesag, word die volgende rakende die President in Artikel 83 bepaal :

“Die President -

- (a) is die Staatshoof en hoof van die nasionale uitvoerende gesag;
- (b) moet die Grondwet as die hoogste reg van die Republiek handhaaf, verdedig en eerbiedig; en
- (c) bevorder die eenheid van die nasie en alles wat die Republiek sal laat vooruitgaan.”

Dit is derhalwe duidelik dat die Staatspresident in die uitvoering van sy ampspligte ondergeskik is aan die Grondwet.

Die Suid-Afrikaanse staatsdiens en sy amptenare funksioneer hoofsaaklik in 'n politieke omgewing. Die toepassing van die gedagte van 'n grondwetlike staat of “rule of law” wat in die Interim- en Finale-Grondwette tot stand gekom het, is 'n wesentlike aanvaarding dat politieke oppergesag nou in die Grondwet gesetel is. Hierdie feit is van allergrootste belang, aangesien dit aansluit by die invloed wat die Interim- en Finale-Grondwette op die funksies en strukture van die Suid-Afrikaanse staatsadministrasie het. Die feit dat die Grondwet 'n produk van 'n besondere politieke konteks was en steeds is, moet egter altyd in gedagte gehou word.

Kragtens die 1983-Grondwet het die wetgewende instellings soos die parlement op sentrale regeringsvlak die oppergesag oor die funksionele aktiwiteite van elke politieke ampsdraer, naamlik die Staatspresident, ministers en staatsamptenare in die regeringsbedeling tot gevolg gehad. Een van die eerste uitvloeiels van die Interim- en Finale-Grondwette was dat wetgewende instellings op nasionale en provinsiale vlakke, soos tans omvat in die parlement en die nasionale vergadering, aan die oppergesag van die Grondwet ondergeskik is. Funksionele aktiwiteite van alle publieke ampsdraers, naamlik die president, premiers, ministers en publieke amptenare in die regeringsbedeling word deur die Grondwet bepaal.

Uitvoerende organe, wat met die implementering van nasionale beleid gemoeid is, vorm 'n integrale deel van die politieke struktuur en funksies in 'n politieke omgewing. Dit word dus van staatsamptenare verwag om sensitief teenoor die politiek te staan, sonder om politieke partydig te wees. Politieke oppergesag bestaan steeds in dié sin dat uitvoerende organe teenoor wetgewende organe aanspreeklik is. Dit beteken dat demokratiese beginsels en die vereiste van publieke aanspreeklikheid steeds in aanmerking geneem moet word in die optrede van openbare amptenare. Die oppergesag van die Grondwet beteken dus dat

wetgewende organe ingelyks teenoor die Grondwet aanspreeklik is. Wetgewers is kragtens demokratiese beginsels tot diens van die gemeenskap en is dus ook steeds teenoor die onderdane van die land aanspreeklik.

Dit is duidelik dat die Grondwet gewis die hoogste gesag in die land is. Dit gee mag aan 'n wetgewende gesag wat wette kan maak, onderhewig aan die voorskrifte van die Grondwet, wat gesaghebbend deur die howe uitgelê word. Die parlement, soos gemanifesteer in die nasionale vergadering en die senaat, is die gesaghebbende bepaler van die waardes en standarde, waarkragtens die openbare administrasie moet funksioneer. Grondwetlike oppergesag (die Grondwet) is as 'n basis vir alle regeringsoptrede beskikbaar. Die grondwet voorsien riglyne vir die optrede van openbare amptenare.

Die Staatspresident, as staatshoof, is egter ook 'n amptenaar in die uitvoering van sy grondwetlike pligte. Artikel 84 van die Grondwet bepaal die bevoegdhede en funksies van die President. Hierdie funksies en bevoegdhede word aan die President verleen vanweë sy ampshoedanigheid en as hoof van die nasionale uitvoerende gesag. Artikel 85 verleen weer sekere funksies en bevoegdhede vanweë die uitvoerende gesag wat hy beklee. Dit is belangrik om te vermeld dat hierdie funksies en bevoegdhede nie uitsluitlik deur die President uitgeoefen word nie, maar wel saam met ander lede van die Parlement.²⁷⁸

Die Staatspresident is in die uitvoering van sy bevoegdhede en funksies sekerlik ondergeskik aan die Grondwet. Artikel 83(b) is duidelik hieroor: "die Staatspresident moet die Grondwet as die hoogste reg van die Republiek handhaaf, verdedig en eerbiedig"

Met die daarstelling van die Grondwet wil dit nou blyk dat die Staatspresident in die uitvoering van sy bevoegdhede en funksies deur die howe tot verantwoording geroep sal kan word. Sekere prerogatiwe kom die Staatspresident nog steeds toe, maar dit kan nou getoets word aan die hand van die administratiewe geregtigheidsbeginsel, soos vervat in Artikel 33 van die Grondwet.

Hierdie nuwe bepalings om veral administratiewe geregtigheid op die voorgrond te plaas, is 'n radikale breuk met die verlede.

Wat die 1983-Grondwet aanbetref, was die groot vraag natuurlik in hoeverre 'n geregshof die bevoegdheid sou hê om die Grondwet se verpligtinge teen die Staatspresident te kon afdwing.

'n Hof kon die Staatspresident van sy amp onthef, indien hy onderhewig sou raak aan sekere diskwalifikasies in die Grondwet genoem, byvoorbeeld insolvensie of

²⁷⁸ Hierdie funksies behels die volgende :

- (a) Om nasionale wetgewing uit te voer, behalwe waar die Grondwet of 'n parlements wet anders bepaal;
- (b) Om nasionale beleid te ontwikkel en uit te voer;
- (c) Om funksies van staatsdepartemente en -administrasies te koördineer;
- (d) Om wetgewing op te stel en te inisieer; en
- (e) enige ander uitvoerende funksie waarvoor in die Grondwet of in nasionale wetgewing voorsiening gemaak word. te verrig.

geestesongesteldheid. Die howe kon ook die bevoegdheid hê om die nakoming van konvensies en dan veral van konvensies wat in die Grondwet vervat is, teen die Staatspresident af te dwing. Alhoewel 'n duidelike verpligting teen die Staatspresident afgedwing sou kon word, is die houding ingeneem dat die Staatspresident se politieke diskresie weens die politieke geaardheid daarvan, nie deur die howe hersienbaar sou wees nie.

Volgens die 1983-Grondwet het die howe, wat betref die uitoefening van die prerogatiwe mag deur die Staatspresident, slegs die bevoegdheid gehad om die omvang van die Staatspresident se diskresie te bepaal, maar nie die manier waarop dit uitgeoefen word nie. Hierdie toedrag van sake was veral te wyte aan die feit dat die staatshoof se funksieervulling onder die 1983-Grondwet in baie gevalle teruggevoer kan word na die gemeenregtelike prerogatiwe.

Gedurende die 1980's het die Staatspresident veral van tyd tot tyd 'n noodtoestand afgekondig, wat soms tot groot omstredenheid gelei het. Die Finale-Grondwet bepaal in Artikel 37 die vereistes vir die afkondiging van 'n noodtoestand. Dit mag nou slegs ingevolge 'n parlementswet verklaar word en slegs wanneer -

- (a) die voortbestaan van die nasie deur oorlog, 'n inval, algemene oproer, wanorde, 'n natuurramp of 'n ander openbare noodgeval bedreig word, en
- (b) die verklaring nodig is om die vrede en orde te herstel.

Die immunitet rakende administratiewe regscontrole ten opsigte van die uitoefening van die funksies van die staatshoof, het sy ontstaan te wyte aan die aard van die magte en funksies eerder as dat dit deur die Staatspresident uitgeoefen word.

De Ville²⁷⁹ is die mening toegedaan dat daar wel grense is rakende die President se bevoegdhede, veral soos in die artikels hierbo vervat. Waar die Grondwet sekere prosedurele vereistes stel, moet dit streng nagekom word. Waar hierdie vereistes nie streng nagekom word nie, sal 'n benadeelde weldra die bevoegdheid hê om die administratiewe uitvoerende owerheid tot verantwoording te roep.

'n Goeie voorbeeld hiervan is toe die Staatspresident die adjunk minister Winnie Mandela van haar pos onthef het, sonder dat die nodige prosedurele vereistes nagekom is. Die optrede het geskied sonder konsultasie met sekere politieke figure. Toe die onreëlmatigheid aan die lig gebring is, is die ontslag van die adjunk minister tersyde gestel. Voordat die fout herstel is, het sy egter self besluit om te bedank.

Kan daar egter nog vandag beweer word dat die prerogatiwe wat aan die Staatspresident verleen is, veral met verwysing na die verlede, nog steeds van toepassing is? Kan dit

²⁷⁹ De Ville, 1995:264.

getoets word aan die hand van die administratiewe geregtigheidsklousule soos vervat in Artikel 33 van die Grondwet?

“Royal Prerogative” soos dit in die verlede, veral in Engeland, bestaan het, is egter tans ’n uitgediende konsep, wat veral die Suid-Afrikaanse Reg betref. Dit is grootliks te wyte aan die nuwe Grondwet en veral die daarstelling van Artikels 83 en 84, gelees saam met Artikel 33. Die volgende staaf hierdie stelling.

In die *Patriotic Front-saak*²⁸⁰ (’n Zimbabwiese saak) maak Hoofregter Dumbutshena die volgende bewering :

“In my view, the arbitrary exercise by the executive of a prerogative, regardless of its effects on those who may be deprived of their rights or interests or who have legitimate expectations, is nowadays subject to judicial review.”

Die regter verskaf veral redes vir die judisiële inbreukmaking op die prerogatiwew magte. In die verskaffing van die redes noem die regter die volgende waardevolle komponente, wat veral beïnvloed word deur administratiewe optrede, te wete die individu se regte, belange en regmatige verwagtinge. Die hof het duidelik daarop gewys dat uitoefening van prerogatiwew magte wel onderhewig is aan judisiële kontrole en hersiening, veral waar daar bewys is dat die uitoefening van hierdie prerogatiwew magte op ’n onbillike wyse ’n persoon weerhou het van sy regte, belange of regmatige verwagtinge. Die regter is van mening dat die *audi alteram partem*-reël wel in die saak van toepassing was.

Na aanleiding van hierdie saak, is dit duidelik dat prerogatiwew magte op dieselfde vlak geplaas word as statutêre magte.

In die *Boesak-saak*²⁸¹ benadruk regter Friedman dié stelling, as hy die volgende te sê het :

“... if the decision-maker (being the executive) failed to apply his mind to the question when he was called upon to decide, that would constitute a ground for review. Similarly, if his decision was so grossly unreasonable that it warranted ... inference of *mala fides* or of an ulterior motive or that no reasonable person could, in the circumstances, have arrived at such a decision, the court would review the decision and set it aside.”

Lord Roskill maak die volgende opmerking in die *Council of Civil Service Union-saak* :

“... I am unable to see, subject to what I shall say later, that there is any logical reason why the fact that the source of the power is the prerogative and not a statute should today deprive the citizen of that right of challenge to the manner of its exercise which

²⁸⁰ *Patriotic Front - ZAPU v Minister of Justice, Legal and Parliamentary Affairs* 1986(1) SA 532 (ZS); *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* 1984(3) ALL ER 935(HL), *SARFU v The President of the Republic of South Africa* 1998(10) BCLR 1256 (T); *Boesak v Minister Home Affairs and Another* 1987(3) SA 665 (CPD).

²⁸¹ 1987(3) SA 665 (CPD) by 674.

he would possess where the source of the power is statutory. In either case the act in question is the act of the executive.”

In dieselfde hofspraak gaan regter Diplock verder voort en verskaf die volgende redes vir die feit dat uitvoerende optrede onderhewig moet wees aan judisiële hersiening. Hierdie redes is soos volg -

1. Onregmatigheid (Illegality)
2. Onredelikheid (Irrationality)
3. Prosedurele onbillikheid (Procedural Unfairness)

'n Oorsig van bogemelde gesag toon duidelik aan dat al die gronde van hersiening wel van toepassing is op prerogatiwew magte.

Indien die wetgewer wel enige bedoeling gehad het om prerogatiwew funksies en bevoegdhede uitsluitlik aan die oppergesag toe te vertrou, sonder dat die uitvoering van die funksies en bevoegdhede onderhewig sal wees aan hersiening deur die hof, is dit nie as sodanig in die Grondwet vervat nie. Die teendeel is egter waar, aangesien dit ingevolge Artikel 84 statutêr uitgespel word.

Die administratiewe-geregtigheidsklousule, vervat in Artikel 33, vind wel toepassing op bogemelde prerogatiwew funksies en bevoegdhede, wanneer gekyk word na Artikel 8(1), wat bepaal dat die Handves van Menseregte van toepassing is op die totale reg. Dit bind die wetgewende, die uitvoerende en die regsprekende gesag en alle staatsorgane.

In die *SARFU-saak* het die hof 'n gunstige geleentheid gehad om die hersieningsbevoegdheid van die hof aangaande die oppergesag se prerogatiwew regte onder die oë te neem. Die hof het egter 'n analise van die magte van die president gemaak, veral die vergelyking van die historiese ontwikkeling en die statutêre magte wat tans in die Grondwet vervat word.

Dit is verder te betwyfel of daar nog prerogatiwew is wat nie in die Grondwet vervat is nie. Indien daar tog nog sulke prerogatiwew is, is dit vatbaar vir hersiening?

In die hofuitspraak in *President of the Republic of South Africa v Hugo*²⁸² is dit duidelik gestel dat die Suid-Afrikaanse President nie meer oor magte, afgelei vanaf die "Royal Prerogative", beskik as wat daar aan hom verleen word in Artikel 82(1) van die Interim-Grondwet nie. Artikel 82(1) van die Interim-Grondwet is intussen vervang deur Artikel 84 van die Finale-Grondwet.

²⁸² 1997(4) SA 1 (CC).

Wat is die siening van ons skrywers oor die aspek van geregtelike kontrole oor die prerogatiwe van die president?

Devenish en andere is van mening dat dit duidelik is dat die Grondwet nie die argaïese prerogatiwe magte bewaar het nie en dat daar geredeneer kan word dat die konsep van prerogatiwe onversoenbaar is met die Finale-Grondwet.²⁸³

Rautenbach en Malherbe verklaar weer dat prerogatiwe, soos vervat in Artikel 84(2), nou statutêre magte geword, wat wel onderhewig is aan geregtelike hersiening.²⁸⁴ Die skrywers is egter van mening dat die President, as oppergesag, vanweë sy amp geen magte beklee nie. Hy is hoof van die staat, hoof van die nasionale uitvoerende gesag en hoofbevelvoerder van verdediging. Die skrywers is egter van mening dat al sy magte vanaf die Grondwet of nasionale wetgewing, wat versoenbaar is met die Grondwet, verkry is.

Barrie sê die volgende²⁸⁵ :

“It must be kept in mind, however, that certain powers vested in the head of state (in practice, the head of state acting as part of the executive) by virtue of the common law. Some of these powers were referred to as ‘acts of state’.²⁸⁶ In general, acts of state were seen as non-justifiable acts of a high executive nature.²⁸⁷ One such act of state was the prerogative relating to foreign affairs.”

Hy vra tereg sekere vrae oor hierdie staatsprerogatief :

- “(1) The question arises of whether this prerogative referred to as the ‘act of state relating to the conduct of foreign affairs’ does not still exist in South Africa?
- (2) The second question which arises is whether the exercise of this prerogative is justifiable, and if so, to what degree?”

Wat die eerste vraag aanbetref, kan dit bevestig word dat daar wel so ’n prerogatief bestaan.

Rakende Vraag 2, laat Barrie homself soos volg uit :

“I cannot see this judicial reviewability going any further than as stated above, viz determining whether the prerogative power exists, whether it has been exercised, in the appropriate form, whether it was exercised within its limits etc. I do not see the court, when it comes to judicially reviewing the prerogative of acts of state relating to foreign relations, being component to examine the disability, appropriateness,

²⁸³ Devenish *et al*, 2001:53.

²⁸⁴ Rautenbach en Malherbe, 1999:212.

²⁸⁵ Barrie, 2001:410.

²⁸⁶ Carpenter, 1987:172.

²⁸⁷ *Beckman v Minister of the Interior* 1962(2) SA 223 (E), *Bam v Minister of Justice* 1976(4) SA 643 (TK); *Inter-Science Research and Development Services (Pty) Limited v Republica Popular de Mocambique* 1980(2) SA 111 (T); Booyesen 1980:225; Dugard 2000:67.

adequacy, wisdom, experience or equity of the decision taken by the executive (the president acting together with the cabinet).”²⁸⁸

Hy doen aan die hand dat ongeag grondwetlike ontwikkelinge wat sedert 1910 plaasgevind het, insluitende die Interim Grondwet van 1993 en die Finale-Grondwet, die diskresionêre bevoegdheid van die Staatspresident (die uitvoerende hoof van die Staat) om buitelandse verhoudings te hanteer, onaangetas gelaat is. Hy gee egter toe dat geregtelike kontrole oor hierdie prerogatief uitgeoefen kan word, maar slegs ten einde die omvang van die prerogatief te bepaal. Die geregshowe kan, volgens Barrie, nie kontrole uitoefen oor die manier waarop die prerogatief uitgeoefen word nie.

Hierdie hantering van prerogatiwe soos vervat in die Grondwet en die toepassing van die administratiewe geregtigheidsklousule in die toekoms, gaan sekerlik lei tot groot verleentheid vir die Staatspresident in die uitvoering van sy pligte. Dit is reeds deur die feite in die SARFU-saak bewys. Hierdie hofsak het verrykende gevolge gehad, veral wat betref die magte wat deur owerheidsorgane verkry is. Slegs gedelegeerde bevoegdhede word deur die Grondwet en nasionale wetgewing aan die organe verleen. Die blote feit dat die President vir ondervraging rakende die uitoefening van sy bevoegdhede, voor 'n hof gedaag kan word, staaf die feit dat slegs gedelegeerde bevoegdhede deur die Grondwet aan hom verleen word.

Dit sal weldra in die nabye toekoms duidelik word dat prerogatiwe veel meer aandag moes verdien het by die opstel van die Grondwet.

Om bogemelde stelling te staaf, kan drie hofsake en die effek daarvan voorgehou word :

1. *President of The Republic of South Africa v South African Rugby Football Union*²⁸⁹
2. *President of The Republic of South Africa and Another v Hugo*²⁹⁰
3. *Geuking v President of the Republic Of South Africa and Others*²⁹¹

1.1 PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA v SOUTH AFRICAN RUGBY FOOTBALL UNION

Die appellant (die voormalige Staatspresident) het in terme van Artikel 84(2)(f) van die Grondwet 'n kommissie van ondersoek aangestel om die bedrywighede van die SA Rugby-voetbal-unie (SARFU) te ondersoek. Insgelyks is die Kommissiewet, Wet 8 van 1947, op die verrigtinge van toepassing gemaak.

Die groot twispunt in die saak het veral gehandel oor die feit dat SARFU beweer het dat die Staatspresident afstand gedoen het van sy diskresionêre bevoegdheid om

²⁸⁸ Barrie, 2001:412.

²⁸⁹ 2000(1) SA 1 (CC).

²⁹⁰ 1997(4) SA 1 (CC).

²⁹¹ 2002(1) SA 204 (CPD).

self die kommissie aan te stel en dat hy die bevoegdheid aan die Minister van Sport en Ontspanning oorgedra het. Hierdie bevoegdheid ingevolge Artikel 84(2)(f) kom slegs die Staatspresident toe. SARFU was ook van mening dat die steldeël *audi alteram partem* van toepassing moes wees, voordat die President sy diskresie vir die aanstel van 'n kommissie van ondersoek kon toepas. Die Minister van Sport en Ontspanning sou, volgens SARFU, 'n bindende kontrak aangegaan het, wat sou verhoed dat die Minister die President kon nader om die ondersoek van stapel te laat stuur. Hierdie ooreenkoms met die Minister sou dan 'n regmatige verwagting by SARFU skep dat hulle eers aangehoor sou word, alvorens die President enigsins 'n kommissie van ondersoek sou kon aanstel.

SARFU het ook verklaar dat een van die vereistes van die Kommissiewet, naamlik dat 'n ondersoek slegs gedoen kan word indien dit "in die openbare belang sal wees", nie nagekom is nie. Dit sou, indien bevind is dat die vereiste nie nagekom is nie, SARFU die geleentheid bied om die Hoë Hof te nader en die besluit om 'n kommissie aan te stel, tersyde te stel.

Om die bogemelde vrae te beantwoord, het die Hoë Hof gelas dat mondelinge getuienis aangehoor moes word, wat meegebring het dat die Staatspresident gedagvaar is om in die saak te getuig, 'n situasie wat geheel en al vreemd was. In die verlede het die Staatspresident oor prerogatiwe beskik, en indien dit uitgevoer is, was daar selde vrae daaroor te vra.

Die Hoë Hof het bevind dat die President wel van sy bevoegdheid afstand gedoen het. Hierdie bevinding is veral gemaak op grond van die Staatspresident se uitlating teenoor die Minister van Sport en Ontspanning gedurende Februarie 1997. Die President sou, na bewering, die volgende gesê het : "A commission is yours if, in your best judgement, it is opportune."

Die Hoë Hof het egter ook bevind dat die President nagelaat het om aan SARFU 'n verhoor toe te staan, alvorens hy die kommissie van ondersoek gelas het, en dat hierdie leemte die uitvoering van sy magte ongeldig gemaak het. Teen hierdie bevindinge van die Hoë Hof is daar ook appèl aangeteken na die Konstitusionele Hof.

Artikel 33 van die Grondwet is inderdaad van toepassing gemaak om te bepaal of die President sy prerogatiwe korrek uitgevoer het.

Die volgende bewerings moes deur die hof op appèl ondersoek word:

1. Het die President sy aandag behoorlik aan die meriete van die saak bestee?
2. Het die President, vóór die afkondiging van die kommissie, reeds beslis dat die Minister sodanige ondersoek sou bekom?

3. Het die President sy magte vir die aanstel van die Kommissie aan die Minister onregmatig oorgedra?
4. Het SARFU 'n regmatige verwagting gehad om by wyse van ooreenkoms met die Minister, eers aangehoor te word, alvorens die Kommissie van Onderzoek in die lewe geroep is?
5. Was die aanstelling van die Kommissie in die openbare belang?

Kortliks bevind die Konstitusionele Hof soos volg :

1. Die Hoë Hof was verkeerd om te bevind dat die afstanddoening van die bevoegdheid van die President om die kommissie aan te stel, onherroepbaar was. Die bewoording "a commission is yours, if in your best judgement, it is opportune", het gedui op dubbele hoorsê. Hieruit kan nie afgelei word dat die President van sy bevoegdheid afstand gedoen het nie.
2. Dit is wel bevind dat die President nie by magte was om sy bevoegdhede ingevolge Artikel 84(2) van die Grondwet of Artikel 1 van die Kommissiewet te deleger nie. Sodanige handeling sou ongeldig wees, aangesien die President self sy diskresie moet uitoefen.
3. Die Hoë Hof het fouteer deur te beslis dat die persberig voldoende bewys daargestel het dat die President van sy magte afstand gedoen het. Die President kon op enige stadium voor die promulgasie van die kommissie van ondersoek van mening verander het.
4. Die werklike vraag wat beantwoord moes word, was of die President wel sy aandag bestee het aan die meriete van die saak, voordat hy die Kommissie van Onderzoek gelas het. Daar was geen bewys dat die President sy verantwoordelikheid aan die Minister oorgedra het en bloot die beslissing van die Minister aanvaar het nie.
5. In die Hoë Hof is die Staatspresident onder kruisverhoor geneem. Die Konstitusionele Hof bevind dat daar geen meriete aanwesig was om te kan bevind dat die President se getuienis verwerp moes word, of dat dit vals was nie.
6. Die Konstitusionele Hof bevind verder dat SARFU nie geregtig was op 'n verhoor, voordat die kommissie aangestel is nie, aangesien die kommissie van ondersoek net 'n toevoegsel was ten opsigte van die beginselformulering as verantwoordelikheid van die President. Dit was slegs 'n meganisme waardeur die President inligting en advies kon inwin. Toe die President die kommissie aangestel het, het hy volgens die Konstitusionele Hof nie wetgewing geïmplementeer nie, maar slegs uitvoering gegee aan 'n konstitusionele mag wat aan hom verleen is.

Die Konstitusionele Hof het die volgende mening gehuldig :

“Neither the subject matter nor the exercise of the power had been administrative in character. The appointment of the commission in terms of section 84(2)(f) had not constituted administrative action within the meaning of section 33 of the Constitution. This conclusion, however, related to the appointment of the commission of inquiry only.”²⁹²

Dit kon egter nie bevraagteken word of die President wel die bevoegdheid gehad het om kommissies van ondersoek aan te stel nie. Daardie bevoegdheid word deur die Grondwet aan hom verleen. Die Konstitusionele Hof het met bogemelde stelling nie ingegaan op die dieperligende agtergrond van prerogatiwe nie.

Die Staatspresident is ’n uitvoerende orgaan van die regering. Hy is die hoof van die regeringsinstansie en moet ingevolge Artikel 84(2)(f) sekere funksies uitvoer. Dit word grootliks bevraagteken hoe daar bevind kan word dat die uitvoering van sy funksies nie administratiewe optrede ingevolge Artikel 33 van die Grondwet daarstel nie.

Daar was ongetwyfeld meriete in SARFU se argument dat vrae wel gevra kan word op welke grondslag die President sy diskresie uitgeoefen het. Hoe is die President ingelig oor die verbandhoudende omstandighede wat tot die aanstel van die kommissie aanleiding kon gee? Die President het nie die hele aangeleentheid ondersoek en self die besluit geneem om die kommissie van ondersoek te gelas nie.

Watter sin sou dit maak dat die media sekere woorde aanhaal en dit aan die President toedig, slegs om die President in diskrediet te bring? Die President sal, alvorens hy sy diskresie uitoefen, eerstens moet handel op die meriete wat die Minister van Sport aan hom voorlê. Hoekom is dit nodig om ’n kommissie aan te stel?

Het hierdie hele toedrag van sake nie die Konstitusionele Hof onverhoeds betrap nie? Wat is verder die nut van Artikel 33, indien die uitvoering van die pligte van die President nie op hersiening geneem kan word nie? Daar moet ook verder gelet word op die feit dat die uitvoerende gesag van die Republiek by die President berus, maar dat hy dit slegs saam met ander lede van die kabinet kan uitoefen, soos vervat in Artikel 85 van die Grondwet. Word ook gekyk na die afkondiging van ’n noodtoestand, word dit vervat in die Handves van Menseregte. Dit word glad nie gesien as ’n prerogatief van die President, saam met die ander lede van die parlement nie, met ander woorde, dit word nie tuisgebring onder Artikels 84 en 85 van die Grondwet nie. Dit is verder interessant dat dit uiteindelik tog maar die President sal wees wat saam met die Parlement sal moet besluit of ’n noodtoestand afgekondig sal word, al dan nie.

²⁹² 2002(1) SA 204 (CPD) by 6.

Só 'n afkondiging het veel wyer implikasies as die aanstelling van 'n kommissie van ondersoek. In Artikel 37(3) word bepaal dat enige bevoegde hof oor die geldigheid van 'n noodtoestand kan beslis.

Met bogemelde redenasie van die Konstitusionele Hof oor die toepassing van Artikel 33, word die gevoel gekry dat die Staatspresident nog steeds sy prerogatiewe volgens die gemenereg (royal prerogative) behou het. Hy oefen sy prerogatiewe uit deur slegs 'n besluit te neem en geen vrae kan na die tyd gevra word oor hoe hy sy diskresie toegepas het nie, met ander woorde, geen hersiening kan deur 'n bevoegde hof uitgevoer word nie. Indien dit wel die toedrag van sake is, skiet die Grondwet ver te kort. Die Grondwet kon slegs bepaal het dat die prerogatiewe wat uitsluitlik by die President, in sy hoedanigheid as Staatshoof tuishoort, nie ingevolge Artikel 33 hersienbaar is nie. Ver al die prerogatiewe wat handel oor buitelandse betrekkinge hoort by die Staatspresident tuis.

By die uitoefening van sy bevoegdhede, ingevolge Artikel 84, sal die President grootliks moet staatmaak op die advies van sy ministerie. Wanneer die President egter gedagvaar word om in 'n hof getuie af te lê en die kruisverhoor van gesoute advokate in litigasie moet deurmaan, kan dit menslik moontlik wees dat hy nie altyd ten volle ingelig sal wees oor die fynere besonderhede van elke aanbeveling deur sy Minister nie.

Die Konstitusionele Hof het tereg opgemerk dat die President as oppergesag 'n besige program het en dat kruisondervraging op so 'n wyse gedoen moet word, dat dit die eer en waardigheid van die amp van president nie moet ondermyn nie.

Kan die volgende bevoegdhede en funksies vervat in Artikel 84 van die Grondwet nie maar aan 'n ander geskikte owerheidsorgaan opgedra word nie? Dit geld veral waar dit van toepassing is op ons huishoudelike sake, naamlik :

- “(f) die aanstelling van kommissies van ondersoek,
- (j) die begenadiging van, of die verlening van grasië aan oortreders, en die kwytstelling van boetes, strawwe of verbeurings, veral na die afskaffing van die doodstraf.”

Wat laasgenoemde betref, is die groot omstredenheid nog vars in die geheue wat heers oor die begenadiging van sekere politieke gevangenes in die Oos-Kaap, selfs nadat die Waarheids- en Versoeningskommissie (WVK) bevind het dat daar geen meriete vir amnestie bestaan het nie. Wat sal die redes wees wat die President vir sy besluit aanvoer, indien enige ander gevangene in 'n hersieningsaansoek sou aanvoer dat hy ook vrygelaat moet word? In die verlede het die President aan 33 gevangenes amnestie verleen en is hulle uit die tronk vrygelaat. Een van die gevangenes is skaars vrygelaat, of hy pleeg 'n moord deur 'n handelaar in die Oos-

Kaap te vermoor. Dit het tot 'n groot polemiekie oor die prerogatiwe van die President aanleiding gegee.

In die SARFU-saak het die Konstitusionele Hof hom uitgelaat oor die volgende aspekte:

- Regmatige verwagting.
- Inbreukmaking op die privaatheid ingevolge Artikel 4 van die Grondwet.
- Die *audi alteram partem*-beginsel.
- Die aangaan van 'n ooreenkoms rakende die bevoegdheid van die President om 'n Kommissie van Ondersoek aan te stel.
- Publieke belang by die aanstel van 'n Kommissie.
- Wanneer daar van die President verlang moet word om as 'n getuie in 'n hofgeding betrokke te kan raak.

Die meriete hiervan word egter nie verder bespreek nie.

1.2 PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA AND ANOTHER v HUGO

Op 27 Junie 1994 het die President en sy twee adjunk-presidente die Presidentswet, No 17 onderteken, wat sou meebring dat spesiale kwytskelding rakende vonnisse aan sekere kategorieë gevangenes verleen sou word. Die kwytskelding sou insluit "moeders in gevangenis op 10 Mei 1994, met minderjarige kinders onder die ouderdom van 12 jaar". Hugo was 'n manlike prisoner en ook die vader van 'n seun onder die ouderdom van 12 jaar. Toe die uitspraak in die hof *a quo* gelewer is, was die seun reeds 13 jaar oud. Die moeder van die seun het te sterwe gekom terwyl Hugo in die tronk was.

Hugo het aansoek gedoen vir die tersydestelling van die Presidensiële Wet, aangesien dit, volgens hom, onkonstitusioneel was. Hy het die hof versoek dat die President die Wet moes regstel ooreenkomstig die bepalinge van die Interim Grondwet.

Hugo het beweer dat die Wet inbreuk maak op Artikels 8(1) en (2) van die Interim-Grondwet en dat dit onbillik teenoor hom op grond van geslag gediskrimineer het en ook indirek ingevolge Artikel 8(2) teenoor sy seun aangesien die aangehoudene voog nie 'n vrou was nie.

Die hof *a quo* het Hugo gelyk gegee en geoordeel dat die President wel teenoor Hugo asook teenoor sy seun op grond van geslag gediskrimineer het en het beveel dat die President die Wet binne 'n tydperk van ses maande vanaf die bevel moes wysig.

Op appèl moes die Konstitusionele Hof twee vrae oorweeg :

1. Die aard van die bevoegdhele verleen aan die President, ingevolge Artikel 82(1)(k) van die Interim-Grondwet, naamlik
 - (i) die bevoegdheid om grasio aan gevangenes te verleen, hetsy onvoorwaardelik of onderhewig aan sekere voorwaardes wat hy mag goedvind, en
 - (ii) om boetes, strawwe of verbeurings kwyt te skeld.
2. Indien die hof sou bevind dat die bevoegdheid wel aan hersiening onderhewig was, moes die hof beslis of die uitoefening daarvan enige regte ingevolge die Grondwet geskend het.

Om die omvang van hersiening te bepaal, het die Konstitusionele Hof 'n deeglike studie gemaak van die inhoud van *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*²⁹³. In hierdie saak was die House of Lords van oordeel dat die uitoefening van prerogatiwe wel hersienbaar was, maar dat die besluit van die meriete van die onderhawige saak ahang. In die *CCSU-saak* het Lord Roskill dan ook 'n lys van hersieningsgronde vir prerogatiwe daargestel, maar dit blyk tog dat sekere aangeleenthede soos die sluiting van konvensies, die verdediging van die land en die aanstelling van ministers nie gesien is as prerogatiwe wat hersienbaar was nie. Hierdie aspekte kan as't ware as beleidsdirektiewe beskou word.

Regter Goldstone stel dit soos volg :

“It would be contrarily to that promise if the exercise of presidential power is above the Interim Constitution and is not subject to the discipline of the Bill of Rights. However, it may well be that, because of the nature of a section 82(1) power or the manner in which it was exercised, the provisions of the Interim Constitution, and, in particular, the Bill of rights, provide no ground for an effective review of presidential exercise of such a power. The result, in a particular case, may be the same as that in England, but the manner in which that result was reached in terms of the Interim Constitution is a different one. On the English approach the courts, in certain cases, depending on the subject matter of the prerogative power exercised, would be deprived of jurisdiction. Under the interim Constitution, the jurisdiction would be there in all cases in which the presidential powers under section 82(1) are exercised.”²⁹⁴

Aangaande die toepassing van die administratiewe geregtigheidsklousule vervat in Artikel 33 van die Grondwet, laat regter Goldstone 'n mens nie met veel woorde van bemoediging nie.

²⁹³ 1985 AC 374 (HL); 1984(3) ALL-ER 935, Paragraaf 8.

²⁹⁴ Hugo--saak 1997(4) SA 1 (CC) Paragraaf 28.

Stawing hiervoor word in sy gevolgtrekking gevind :²⁹⁵

“I would emphasize that we are not required to consider the question of the reviewability of other powers which may be exercised by the President under section 82(1). In cases where the President pardons or reprieves a single parent it is difficult ... to conceive of a case where a constitutional attack could be mounted against such an exercise of the presidential power.”²⁹⁶

Suid-Afrika is nou verby sy oorgangsfase en daar word verwys na 'n demokrasie. Die vraag wat ontstaan, is wat die individu met die Handves van Menseregte maak, indien hy/sy dit nie ten volle kan toepas nie. Indien die Staatspresident, as owerheidsorgaan, onderworpe is aan die Grondwet en die uitvoering van sy funksies en bevoegdhede nie ten volle getoets kan word in 'n hof nie, laat dit die individu nie met veel hoop nie.

Gesien vanuit 'n koste-aspek, sal die goeie raad aan 'n verontregte wel wees om soveel moontlik inligting in te samel met die toepassing van Artikels 32 en 33(2) van die Grondwet, alvorens 'n hersieningsaansoek gebring word.

Die grootste voordeel wat die toepassing van Artikel 33 nog kan inhou, is die feit dat enige owerheidsorgaan die nodige versigtigheid aan die dag sal lê wanneer dit besig is om sy funksies uit te voer. Dit sal groter toepassing vind, veral waar daar nie met prerogatieme te doen gekry word nie.

Nadat die hof die eerste vraag, naamlik die hersienbaarheid van prerogatieme positief beantwoord het, kom dit tweedens te staan voor die vraag of die Presidensiële Wet wel enige menseregte geskend het. Diskrimineer die Wet teenoor vaders, wat, soos Hugo, kinders onder die ouderdom van 12 jaar het en wat ook steeds aangehou word?²⁹⁷

Hugo het aangevoer dat die President, toe hy slegs moeders van kinders onder 12 jaar vrygelaat het, in sy optrede teenoor hom op grond van sy geslag as vader, gediskrimineer het. Hierdie diskriminasie hoort tuis onder die bepaling van Artikel 8(2). Die vermoede, ingevolge Artikel 8(4), naamlik dat die diskriminasie onbillik is, moet in werking tree.

²⁹⁵ Hugo--saak 1997(4) SA 1 (CC) Paragraaf 29.

²⁹⁶ Die opmerking van Lord Diplock in *De Freitas v Benny* (1976) AC 239 (DC) op 247 is egter ook van belang. “Mercy is not the subject of legal rights. It begins where legal rights end. A convicted person has no legal right even to have his case considered by the Home Secretary in connection with the exercise of the prerogative of mercy. In tendering his advice to the sovereign of the Home Secretary is doing something that is often cited as the exemplar of a purely discretionary act as contrasted with the exercise of a quasi-judicial function?”

²⁹⁷ Artikel 8 van die Interim-Grondwet bepaal, onder andere dat -

“(1) Every person shall have the rights to equality before the law and to equal protection of the law, (2) No person shall be unfairly discriminated against, directly or indirectly, and without derogating from the generality of this provision, one or more of the following grounds in particular: race, gender, sex, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscious belief, culture or language; (3) (4) *Prima facie* proof of discrimination of any of the grounds specified in subsection (2) shall be presumed to be sufficient proof of unfair discrimination as contemplated in that subsection, until the contrary is established.”

Die Staatspresident voer in sy beëdigde verklaring aan dat die kwytskelding van die vonnisse van moeders met klein kinders gedoen is om die beste belange van die kinders te dien. Die President beweer dat moeders primêr verantwoordelik is vir die versorging van klein kinders en dat die kwytskeldingsbeleid, soos geïmplementeer in die wet, rasioneel en billik was teenoor die beste belang van kinders.

Hierdie saak was sekerlik een van die grootste uitdagings waarmee die Konstitusionele Hof op daardie tydstip te doen gekry het. Dit het beslis verskillende sienings by die regters ontlok.

Regter Goldstone het namens die meerderheid van die hof bevind dat die Presidensiële Wet wel teenoor mans gediskrimineer het, en dat die hof moes aanvaar dat hierdie diskriminasie onbillik was, tot die teendeel bewys is.

In Afdeling B is hierbo veral klem gelê op die begrip “equity”. Vervolgens kan nagegaan word hoe die Konstitusionele Hof daarmee in die praktyk handel.

Oor die billikeheidsaspek laat regter Goldstone hom soos volg uit :

“The prohibition of unfair discrimination in the interim Constitution seeks not only to avoid discrimination against people who are members of disadvantaged groups. It seeks more than that. At the heart of the prohibition of unfair discrimination lies a recognition that the purpose of our new constitutional and democratic order is the establishment of a society in which all human beings will be accorded equal dignity and respect regardless of their membership of particular groups.”²⁹⁸

Goldstone bevind dat die konsep van onbillike diskriminasie nie identiese behandeling in alle sake verg nie, maar dat elke geval versigtig oorweeg moet word om die impak van die diskriminasie teenoor ’n spesifieke groep persone te ontleed en om dan te bepaal of die impak in geheel enigsins sal bydra om die grondwetlike oogmerk van billikeheid te bevorder, al dan nie.²⁹⁹

Daar kan dus gediskrimineer word, mits die diskriminasie billik is. Nou volg twee belangrike vrae : Is diskriminasie billik teenoor die sosiale groep van manlike gevangenes wat in die tronk aangehou word en wat kinders onder 12 jaar het, en kan dit enigsins gebruik word as barometer om die billikeheid van diskriminasie teenoor Hugo as individu te meet?

²⁹⁸ 1997(4) SA 1 (CC) Paragraaf 40-41. Sien veral die saak *Egan v Canada* 124 DLR (4th) 609 (SC), 1995(2) SCR 513 In die saak het dit veral gehandel oor die regte van ’n gade op ’n toelaag waar ’n homoseksuele verhouding van toepassing was. Groot klem is geplaas op die begrip eer. Eer is getipeer as die hart van die konsep van nie-diskriminasie. Die gebruik van eer in die analise van diskriminasie blyk ongelukkig te wees, want dit slaan eerder op die groep as minderheidsgroep teenoor die breë sosiale samelewing wat diskrimineer op grond van homoseksualisme.

²⁹⁹ 1997(4) SA 1 (CC) Paragraaf 41.

Die billikheidsgevoel dui aan dat Hugo se geval uniek is en in isolasie beskou moet word. Die minderjarige kind se moeder is oorlede en hy het geen ouer gehad om hom te versorg nie. Hoekom kan kwytskelding nie ook aan Hugo op grond van sy eie aansoek verleen word nie, of moes hy slegs ander administratiewe kanale gevolg het om kwytskelding te geniet? Hoekom moet die sosiale aspek, die groter geheel van gevangenes in die tronk en hulle vrylating as groep aangewend word om te bevind dat diskriminasie wel billik is?

Myns insiens moes die hof bepaal het dat die diskriminasie teenoor Hugo, op grond van die meriete van sy aansoek wel onbillik was en dat die hof moes gelas dat sy aansoek op meriete vir kwytskelding na die President verwys moes word.

Die idee wat uit dié hofsaak na vore kom, is dat wanneer daar met prerogatiewe van die President gewerk word, en daar bevind moet word of die uitvoering van sy funksie (kwytskelding) onkonstitusioneel was, dit nie met dieselfde mate van noukeurige ondersoek gepaard gaan in vergelyking met ander owerheidsoptrede nie. Kan die rede hiervoor gevind word in die historiese agtergrond van die spreuk : “The King can do no wrong?”. Die uitoefening van die funksies van die President is nie in die verlede veel aangeval nie, behalwe op ’n politieke grondslag, soos met die *UDM-saak*.

Regter Goldstone maak tog self die bewering :

“The pardoning power in the interim Constitution ... (is) ... granted to the President to determine when, in his view, the public welfare will be better served by granting a remission of sentence or some other form of pardon.”³⁰⁰

Op welke grondslag sal die toepassing van die prerogatief, naamlik kwytskelding, nou werklik tot voordeel van die openbare welsyn wees? Die individu word slegs benadeel en die groep bevoordeel. Wat is daar nou werklik deur hierdie litigasieproses bereik, behalwe om grootliks regsonsekerheid aan die hand te bring en vir die regspraktisyn te bewys dat alles wat in teorie bestaan, geheel en al nie in die praktyk toepassing vind nie?!

Die groot voordeel is egter dat die owerheidsorgaan ’n les hieruit moet leer, en dit is om nie soos in die verlede uitvoering aan wetgewing te gee sonder om met die nodige omsigtigheid op te tree nie. Daarmee word nie gesê dat die owerheidsorgaan elke probleemsituasie wat dalk kan ontstaan, voor die tyd moet antisipeer nie.

Die Konstitusionele Hof was versigtig om nie in te meng met die uitoefening van die kwytskeldingsbevoegdheid van die Staatspresident nie. Hy bevind wel dat daar

³⁰⁰ Hugo--saak 1997(4) SA 1 (CC) Paragraaf 44.

voldoende bewys in die beëdigde verklaring was dat die President versigtige oorweging verleen het aan die kwytskelding van aangehoudenenes.

Die oogmerk van Artikel 8 was veral om geslagsongelykheid in die ban te doen. Die redes wat Goldstone aanvoer, dra nie veel by om bogemelde oogmerk te bevorder nie. Hy verwys veral na die groot getalle manlike aangehoudenenes en vergelyk dit met die aantal vroue. Goldstone voer verder aan dat mans maar slegs 'n sekondêre rol speel in die opvoeding van kinders en dat die vrylating van manlike aangehoudenenes die doel van die President se oogmerk nie sou bevorder nie.³⁰¹

Dit is verder insiggewend dat die President weer eens nie versoek is om self (in persoon) oor sy oogmerk in die hof te kom getuig nie, maar dat die hof slegs gereageer het op 'n beëdigde verklaring van hom.

Soos hierbo vermeld, is dit duidelik dat daar nie eenstemmigheid tussen die regters geheers het nie. Regter Kriegler het aangedui dat geslagsgelykheid as oogmerk van die Grondwet nie bevorder is nie.

Die President het geensins in sy beëdigde verklaring aangedui hoeveel manlike aangehoudenenes vrygelaat sou word indien die kwytskelding ook op hulle van toepassing gemaak is nie. Andersyds wel, geen bewyse bestaan wat sou aandui dat die publiek in opstand sou kom, indien soveel manlike aangehoudenenes vrygelaat sou word nie.

Dit wil voorkom of Hugo se eie aansoek en die feit dat daar teenoor homself op grond van geslag gediskrimineer word, opgeweeg word teenoor die vrylating van 'n groot aantal ander manlike gevangenes in aanhouding. Word billikheid nou deur hierdie optrede in die hand gewerk? Kan daar dan nie met Sokrates se siening saamgestem word nie?³⁰²

Die groot voordeel van hierdie saak is die feit dat die Konstitusionele Hof spoedig sal kyk na hoe die President met die prerogatiwe ingevolge Artikel 84 te werk gaan en rasonale regverdiging vir sy optrede sal vereis.

1.3 GEUKING v PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA AND OTHERS

Die bogemelde gewysde is 'n duidelike voorbeeld waar die administratiewe geregtigheidsklousule nie deur 'n individu toegepas kon word om die optrede van die President in hersiening te neem nie. Dit moet duidelik in ag geneem word dat die

³⁰¹ 1997(4) SA 1 (CC) By paragraaf 80: "The notion relied upon by the President, namely that women are to be regarded as the primary care given of young children, is a root cause of women's inequality in our society. It is both a result and a cause of prejudice, a societal attitude which relegates women to a subservient, occupationally inferior yet unceasingly onerous role. It is a relic and a feature of the patriarchy on the generalisation that women are the primary care givers is harmful in its tendency to cramp and stunt the effort of both men and women to firm their identities freely."

³⁰² "We began by looking for a definition of justice, but before we have found one, I dropped that question and hurried on to ask whether or not it involved superior character and intelligence, and then as soon as another idea cropped up, that injustice pays better. I could not refrain from that. So now, the whole conversation has left me completely in the dark, for so long as I do not know what justice is, I am hardly likely to know whether or not it is virtue, or whether it makes a man happy or unhappy."

funksies en bevoegdhede wat aan die President verleen word, nie slegs spruit uit Artikel 84 van die Grondwet nie, maar dat dit ook aan hom as owerheidsonderdaan deur Nasionale Wetgewing verleen kan word.

Geuking is 'n voormalige Duitse burger, wat vanaf 1994 in Suid-Afrika woonagtig is. Op 14 Julie 1995 het hy, weens naturalisasie, Suid-Afrikaanse burgerskap bekom. Op 25 November 1996 het Duitsland mondeling aansoek gedoen vir die uitlewering van Geuking, aangesien hy skuldig bevind en gevonnissen is op klagtes van brandstigting en bedrog. Verdere aanklagte van bedrog was hangende. Suid-Afrika het geen uitleweringsooreenkoms met Duitsland nie, terwyl Duitsland op die stadium van die versoek om uitlewering self ook nie Duitse burgers aan ander lande uitgelewer het nie.

Op 20 Mei 1997 het die President en die minister ingevolge Artikel 3(2) van die Wet op Uitlewering, Wet 67 van 1992, toestemming verleen dat ondersoek ingestel word na die uitlewering van Geuking. Op 30 Januarie 1998 het die Minister van Justisie ingevolge Artikel 5(1)(a) van die Wet kennis gegee aan die Landdros van Kaapstad dat die Minister 'n versoek om uitlewering ontvang het. Op 16 April 1998 is die applikant ingevolge Artikel 5 van die Wet gearresteer.

Ingevolge Artikel 3(2) van die wet, bring Geuking 'n aansoek vir die tersydestelling van die President se toestemming tot uitlewering aan Duitsland. Die aansoek word gebaseer op die volgende gronde :

- (a) Die applikant se reg op regmatige administratiewe optrede ingevolge Artikel 33 van die Grondwet is deur die President geskend, deurdat hy nagelaat het om in aanmerking te neem dat Geuking 'n nasionale burger is toe toestemming ingevolge Artikel 3(2) onderteken is en dat daar toegestem is tot sy uitlewering aan Duitsland, terwyl Duitsland self nie sy eie burgers uitlewer nie.
- (b) Die uitlewering maak *de jure* inbreuk op die applikant se reg om ingevolge Artikel 21(3) van die Grondwet hom binne die Republiek te vestig en hier te woon.

'n Verduideliking van die uitleweringproses word verskaf in *Harksen v President of South Africa and Others*³⁰³. Beide Volkereg en Suid-Afrikaanse Reg is van toepassing en die twee tipes reg werk hand aan hand. Alvorens 'n individu uitgelewer word, moet daar eerstens voldoen word aan al die vereistes van die huishoudelike reg.³⁰⁴

³⁰³ 2000(2) SA 825 (CC) Paragraaf 4 op 825 D-F; 2000(1) SACR 300; 2000(5) BCLR 478 (CC) op 481 F-G.

³⁰⁴ 2002(1) SA 204 (CPD) By bladsy 209 word dit soos volg gestel: "Each State is free to prescribe when and how an extradition request will be acted upon and the procedures for the arrest and surrender of the requested individual. Accordingly, many countries have extradition laws that provide domestic procedures to be followed before there is approval to extradite."

Die besluit of uitlewering gaan plaasvind, al dan nie, berus by die uitvoerende gesag, veral wat betref die verhoudinge tussen die verskillende state. Die staat, aan wie die versoek om uitlewering gerig word, mag vanweë buitelandse beleid, wat glad nie in verhouding met die meriete van die aansoek staan nie, besluit om glad nie die uitlewering te laat plaasvind nie.

Die hof gaan verder in besonderhede in op die proses waarvolgens uitlewering moet plaasvind.³⁰⁵ Waar daar 'n uitleweringsooreenkoms bestaan tussen Suid-Afrika en die staat wat die versoek vir uitlewering rig, moet die minister ooreenkomstig Artikels 5(1) die proses aan die gang sit deur die bepalings van die Wet na te kom en sodoende die landdros verwittig van die versoek om uitlewering. Waar daar geen uitleweringsooreenkoms bestaan nie, moet die Staatspresident sy toestemming ingevolge Artikel 3(2) van die Wet verleen om die minister in staat te stel om die landdros van die versoek om uitlewering te verwittig.

Geuking het aangevoer dat die President gefouteer het om te bevind dat hy as Duitse burger uitgelewer moes word, aangesien die feit dat hy wel 'n Suid-Afrikaanse burger was, nie onder die aandag van die President gebring is nie. Dit sou dus inbreuk maak op sy reg op regmatige administratiewe optrede, ingevolge Artikel 33 van die Grondwet.

Die hof wys egter daarop dat die President slegs sy toestemming ingevolge Artikel 3(2) verleen, sodat die regsproses 'n aanvang kan neem en die minister die landdros kan verwittig van die aansoek om uitlewering. Hierna word die persoon gearresteer. Die meriete van die aansoek om uitlewering moet in 'n volledige ondersoek voor die landdros gedebatteer word. Die landdros hou 'n ondersoek om te bepaal of aan al die vereistes wat die Wet vir uitlewering stel, voldoen is. Die kwessie van Suid-Afrikaanse burgerskap moet voor die landdros as meriete vir oorweging geplaas word. Die President kan volgens wetgewing hom nie hierop uitlaat nie. Indien die landdros bevind dat alle vereistes nagekom is en die persoon wel uitgelewer mag word, word die oorkonde van die verrigtinge saam met enige skriftelike motivering van die landdros aan die minister oorhandig. Laasgenoemde neem die finale besluit oor die uitlewering.

Op bladsy 218 van die hofsaak word dit soos volg gestel :

“It should be stressed, however, that if the President's conduct in exercising the power conferred upon him by section 3(2) of the Act does not constitute administrative action, that does not mean that there are no constraints upon it.

³⁰⁵ 2002(1) SA 204 (CPD) By bladsy 212 “Extradition is, therefore, a process which is initiated on the international plane, passes through a domestic plane, and comes full circle to end on the international plane with the delivery of the individual”. Sien veral Botha, 2000:295.

The President's conduct is constrained by the principle of legality and the provisions of the Constitution."³⁰⁶

Die hof bevind dat die toestemming verleen deur die President ingevolge Artikel 3(2) van die Wet regmatig was, deurdat daar voldoen is aan die wetgewende vereistes van Artikels 3(2) en (4). Die besluit deur die President is nie willekeurig geneem nie, maar is rasideel in verhouding met die doel wat deur Artikel 3(2) daargestel is.

Die party wat uitgelewer staan te word, moet derhalwe alle feite aan die hof openbaar in die ondersoek, en die hof moet self besluit of aan al die vereistes van die Wet voldoen is om die uitleweringsoord goed te keur. Hierdie hofsak is weer eens 'n sprekende voorbeeld wat dui dat sekere prerogative aan die President toegedig is rakende uitlewering, terwyl hy slegs sou dien as katalisator om 'n ondersoekproses na uitlewering daar te stel. Artikel 33 van die Grondwet het derhalwe nie toepassing gevind ten opsigte van die President se administratiewe handeling nie.

Daar is met verwysing na bogemelde hofsake aangevoer dat Artikel 33 van die Grondwet, met die uitsondering van die Geuking-sak, wel van toepassing is op die prerogative van die President, soos vermeld in Artikel 84 van die Grondwet. Hoewel hierdie prerogative in die Grondwet vervat is, kry 'n mens nog steeds die gevoel dat veral die Konstitusionele Hof nie kan weg beweeg van die historiese agtergrond van die werking van die prerogative nie. Wanneer daar verlang word om te bepaal in welke mate die President sy diskresie uitgeoefen het, en welke feite in aanmerking geneem is om uiteindelik die administratiewe handeling as owerheidsorgaan uit te voer, word daar beswaar gemaak teen die feit dat hy as getuie in die hof moet optree. Word 'n beëdigde verklaring, deur die President onderteken, in hofverrigtinge aangebied, word gou agtergekom dat dit nie volledig genoeg is vir 'n hof om 'n weldeurdragte uitspraak te lewer nie.

Die regering is by magte om deur die President ondersoek in te stel na die bedrywighede van privaat instansies, maar indien enige vroe gevra word na die uitvoering van die bevoegdhede deur die Grondwet aan die President verleen, veroorsaak dit ongemak. In die verlede is dit aanvaar dat prerogative aan die Staatspresident in sy ampshoedanigheid verleen is, en dat suiwer op grond van sy diskresie en die uitoefening van sy bevoegdhede dit nie bevraagteken is nie, al het dit nie teenoor almal billikheid in die hand gewerk nie.

Die uitspraak in die *Hugo-sak* sal iedereen laat stilstaan om mooi na te dink of dit nou werklik administratiewe geregtigheid is wat hier geseëvier het. Was dit nou

³⁰⁶ *President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union* 2000(1) SA 1 (CC) 148 by 71 G-72B.

voorwaar billikheid wat hier geopenbaar is teenoor Hugo, waar hy op die Handves van Menseregte gesteun het?

Respek, vryheid en waardigheid is waardes wat 'n mens toekom. Indien dit in 'n gemeenskap nagekom word, sal dit daartoe lei dat die waardesisteem sal verbeter en bydra tot 'n sterk demokratiese bestel. Die beskerming van hierdie waardes, veral waar die individu teenoor die staat in 'n verhouding te staan kom, moet met die grootste omsigtigheid deur die Konstitusionele Hof beskerm word. In die *SARFU-saak* is die appèl nie eens teëgestaan deur SARFU nie, aangesien beswaar aangeteken is teen die samestelling van die regbank,³⁰⁷ met ander woorde, daar was nie veel vertroue in die Konstitusionele Hof om die saak te bereg nie.

Dit is ontstellend dat, hoewel prerogatiewe magte ingevolge die Grondwet hersienbaar is, die remedie feitlik onprakties is.



³⁰⁷ Sien in besonder die bespreking van minagting van die hof deur Woolman 2000:352.

Hoofstuk 4

DIE IMPAK VAN DIE PUBLIEKREG OP DIE PRIVAATREG, MET SPESIFIEKE VERWYSING NA DIE HANDVES VAN MENSEREGTE

1. HOU DIE PUBLIEKREG WERKLIK 'n BEDREIGING VIR DIE PRIVAATREG IN?

Marinus Wiechers maak die volgende stelling in die eerste hoofstuk van sy werk oor die administratiefreg :

“Indien daar uitgegaan word van die primaat van die privaatreë, word die bestaan en die groei van die publiekreg gesien as 'n inbreukmaking op die grondslae van gelykheid en wilswysheid waarop die privaatreë berus. So beskou word die publiekreg 'n uitsonderingsreg of, erger nog, 'n bedreiging vir die privaatreë.”³⁰⁸

Daar moet egter onthou word dat hierdie stelling wel gemaak is teen die agtergrond van die wantroue en misnoeë waarmee die ontwikkeling van die administratiefreg vroeër in Engeland bejeën is.

Vandat hierdie stelling gemaak is, het daar egter geweldige ontwikkeling plaasgevind op die gebied van die administratiefreg . Hou die publiekreg werklik 'n bedreiging vir die privaatreë in? Is dit nie maar net dat die howe, wanneer dit gekonfronteer word met 'n totale nuwe dimensie van die reg, naamlik die toepassing van 'n Handves van Menseregte op die privaatreë en private verhoudings, dat dit 'n mate van ongemak of onsekerheid meebring nie. Het ons nie maar net te doen met 'n ander invalshoek en nuwe rolspelers, te wete Artikel 33 en die Handves van Menseregte nie?

Terwyl almal aanvaar dat die Handves as deel van die hoogste reg in die land die privaatreë op die een of ander manier moet beïnvloed, word daar veral bedenkinge geopper in argumente teen die sogenaamde direkte gelding van die Handves op privaatreë en private verhoudings.³⁰⁹

Dit is egter te begrype dat die klassieke sistematiek van die moderne reg op 'n duidelike onderskeid tussen die privaatreë en die publiekreg berus. Maatskaplike verwickelinge sedert die laaste dekades van die negentiende eeu het egter hierdie onderskeid al hoe meer problematies gemaak. Die Suid-Afrikaanse Grondwetlike Hof het self onlangs die

³⁰⁸ Wiechers, 1984:4.

³⁰⁹ In *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* 1996(5) BCLR 658 (CC), 1996(3) SA 850 (CC), die eerste beslissing van die konstitusionele hof oor hierdie aangeleentheid, is die volgende besware teen direkte gelding gestel: die Gemeenereg moet inkrementeel ontwikkel word en nie deur nietigverklaring deur 'n hof nie; drastiese veranderinge van die Gemeenereg is tot dusver deur die Parlement aangebring, direkte toepassing van die Handves moet op wetgewende vlak plaasvind; alle privaat litigasie sal onderworpe gestel word aan die Handves; dit sal 'n ontsaglike taak vir die konstitusionele hof wees om die gemeenereg te hervorm; die Parlement sal elke keer die Grondwet moet wysig, indien daar 'n ongeldigverklaring is, die handves word verander in 'n kode van verpligtinge van private individue, sonder enige aanduiding hoe botsings tussen regte en verpligtinge opgelos moet word, of botsende regte afgeweeë moet word; die beperkingsbepaling van die handves kan nie toegepas word op die private regsverhoudings nie; direkte gelding het hoogs onwenslike gevolge, waarvan die belangrikste blykbaar is dat die private outonomie van die individu aangetas word.

uitlating gemaak dat hierdie onderskeid kwalik nog 'n rol kan speel by die juridiese beslegting van dispute.³¹⁰

Ten einde die impak van die publiekreg (veral die administratiefreg) op die privaatreë, met verwysing na die Handves van Menseregte te ondersoek, word na die volgende gekyk :

- Die horisontale en vertikale toepassing van die Handves van Menseregte (Grondwet).
- Die invloed van die administratiefreg en die Grondwet (Handves van Menseregte) op die kontrakreg.
- Die invloed van die administratiefreg en die Grondwet (Handves van Menseregte) op die deliktereg.

2. DIE HORISONTALE EN VERTIKALE TOEPASSING VAN DIE HANDVES VAN MENSEREGTE

In sy Artikel "*Respectives in Horizontal Application : Du Plessis v De Klerk revisited*"³¹¹ maak J W Y van der Walt van die geleentheid gebruik om twee perspektiewe van regters Madala³¹² en Kriegler³¹³ rakende die horisontale toepassing van die Handves van Menseregte teenoor mekaar te plaas. Madala se siening kan grootliks onderskryf word. Die groot vraag is egter of die vertikale toepassing van die Handves van Menseregte nie juis 'n oplossing moet bied om sekere van die ongelykhede waarna Kriegler verwys, reg te stel nie?

Van der Walt se antwoord, met verwysing na Leonard Cohen, tref beslis die kol - "Just be for real oh, Baby be for real".³¹⁴ Die hele liedjie is egter toepaslik.

Be for Real³¹⁵

"Are you back in my life to stay

Or is it just for today

³¹⁰ *Fose v Minister of Safety and Security* 1997(3) SA 786 (CC).

³¹¹ Van der Walt, 1997:1.

³¹² Regter Madala J in *Du Plessis v De Klerk*, 1996(5) BCLR 658 (CC) 727 H-J. "I agree that our Constitution has vertical operation and deal with this aspect no further. However, I do not subscribe to the view that its operation is limited to verticality only. In my view, some of the rights entrenched in Chapter 3 also operate directly in the area of relations between private individuals. Those who would widen the scope of the operation of the Bill of Rights hold the view that the verticality approach is unmindful of the modern day reality - that in many instances the abuse in the exercise of power is perpetrated less by the State and more by private individuals against other private individuals."

³¹³ *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* 1996(3) SA 850 (CC) by 720 D-G Regter Kriegler stel dit as volg : "The Chapter has nothing to do with the ordinary relationship between private persons and associations - What it does govern, however, is all law, including that applicable to private relationships. Unless and until there is a resort to law, private individuals are at liberty to conduct their private affairs exactly as they please as far as the fundamental rights and freedoms are concerned. As far as the Chapter is concerned a landlord is free to refuse to let a flat to someone because of race, gender or whatever, a white bigot may refuse to sell property to a person of colour, a social club may black ball Jews, Catholics or Afrikaners if it so wishes. An employer is at liberty to discriminate on racial grounds in the engagement of staff, a hotelier may refuse to let a room to a homosexual, a church may close its door to mourners of a particular colour or class. But none of them can invoke the law to enforce or protect their bigotry. One cannot claim rescission of a contract or specific performance thereof if such claim, albeit well founded at common law, infringes, a Chapter 3 right. One cannot raise a defence to a claim in law if such defence is in conflict with a protected right or freedom. The whole gamut of private relationship is left undisturbed."

³¹⁴ Uit die album "The Future (1992)" "This is of course a tall order in a world of virtual reality" 1997(12) SAPR/PL 2.

³¹⁵ Geskryf deur Frederick Knight.

That you need me?
 If, it's a thrill you're looking for
 Well, honey, I'm flexible. Oh yeah.
 Just be for real oh, Baby
 Be for real oh, Baby
 You see I don't want to be hurt by love again.
 Now you see I'm to naïve
 But I would like to believe
 What you tell me
 So don't give me the world today
 And tomorrow take it away, oh No.
 Just be for real oh, Baby
 Thanks for the song Mr Knight."

Miskien kon Leonard Cohen se "Waiting for the Miracle"³¹⁶ ook 'n gepaste antwoord op die horisontale toepassing van die Handves van Menseregte wees. 'n Paar jaar na die *Du Plessis-saak*, het die liedjie rakende horisontale toepassing tog 'n drastiese verandering ondergaan.

Die horisontale toepassing van die Handves van Menseregte is egter 'n veel besproke onderwerp en sal in die toekoms nog verder tot uitgebreide debatvoering lei.³¹⁷

In die publikasie "*Rights and Constitutionalism*" maak Dennis Davis die volgende stelling:

"Perhaps the most critical issue in the development of equality jurisprudence is not canvassed in the section (verwysende na Artikel [8]). Does the section accord conditional protection of individuals by private individuals."³¹⁸

Dit kan soos volg gestel word : "Het die Handves van Menseregte horisontale toepassing?" Word daar vir eers gekyk na ander regstelsels om lig op die onderwerp te werp, sal agtergekom word dat die Handves van Menseregte nie horisontale toepassing vind nie, of andersins slegs gedeeltelik.

Wat die Verenigde State van Amerika aanbetref, het die howe beslis dat die Handves van Menseregte slegs toepassing vind waar daar owerheidsoptrede betrokke is. Enige optrede deur 'n privaat persoon sal gesien word as staats-/owerheidsoptrede, indien -

- (a) die party deur die staat daartoe verplig is;³¹⁹
- (b) die party 'n funksie uitoefen wat tradisioneel uitsluitend toevertrou is aan die Staat;³²⁰

³¹⁶ Geskryf deur Leonard Cohen and Sharon Robinson "Baby, I've been waiting, I've been waiting night and day. I didn't see the time, I waited half my life away. There are many invitations, and I know you sent me some, but I was waiting for the miracle to come"

³¹⁷ Rautenbach, 1998:99; Cockrell, 1993:227; Van der Walt, 1997:1; Visser, 1995:745; Carpenter en Botha, 1996:126; Olivier, 1995:433; Visser, 1996:510-514; Rautenbach, 2000:296; Van der Walt, 2001:341; Van der Walt, 2000:605.

³¹⁸ Van Wyk *et al*, 1994:210.

³¹⁹ *Peterson v City of Greenville* 1963(373) US 244 op 248.

³²⁰ *Marsh v Alabama* 1946(326) US 501.

- (c) die staat die privaat persoon se optrede moontlik gemaak het, dit substansieel ondersteun het, of daarby gebaat het dat daar inbreuk gemaak is op die regte van 'n ander privaat persoon;³²¹
- (d) die staat saamgewerk het met die individu in die skending van die ander party se regte;³²² en
- (e) die staat saamgesweer het met die individu om sodoende 'n private front as skild teen 'n publieke funksie en die grondwetlike ondersoek daarvan, daar te stel.³²³

Dit is egter moeilik om te praat van 'n horisontale toepassing van die Handves van Menseregte in Amerika, aangesien daar nie daadwerklik 'n onderskeid getref kan word tussen publiek- en privaatreg nie.³²⁴ Dit is verder duidelik dat die Handves van Menseregte in Amerika slegs vertikale toepassing vind.

Wat die Kanadese Reg aanbetref, is daar voldoende gesag om aan te dui dat die Handves van Menseregte slegs vertikale toepassing vind. In *Retail Wholesale and Department Store Union v Dolphin Delivery Limited*³²⁵ het die Kanadese Hoë Hof beslis dat die Kanadese Handves van Menseregte slegs van toepassing was op privaat litigasie waar daar geen verwantskap met die regering was nie. Die Handves van Menseregte vind geen toepassing in die Kanadese Reg in siviele aksies tussen privaat partye³²⁶.

In Kanada is die gemenerereg ook slegs onderworpe aan die Kanadese Grondwet, indien dit van toepassing is op administratiewe of uitvoerende optrede, met ander woorde, waar die staatsowerheid by litigasievoering betrokke is.

Dit wil voorkom of die Indiese Grondwet slegs 'n beperkte horisontale toepassing toelaat. In *Peoples Union for Democratic Rights v Union of India Air*³²⁷ het die Hoë Hof beslis dat konstitusionele regte wat arbeid deur kinders verbied en die reg om kinders teen uitbuitery te beskerm, teen privaat partye afdwingbaar is. In *National Textile Worker's Union v Ramakrishnan*³²⁸ het die Hoë Hof beslis dat die Grondwet leiding verskaf in die vasstelling van sekere privaatregbeginsels soos billikheid, gelykheid en openbare belang.

Artikel 9(3) van die Duitse Grondwet of te wel "Basic Law", waarborg enige party die reg om verenigings te vorm om werksomstandighede en ekonomiese toestande te verbeter en om ooreenkomste wat inbreuk maak op bogemelde regte tersyde te laat stel. Artikel 9(3)

³²¹ *Burton v Wilmington Parking Authority* 1961(365) US 715.

³²² *Lugar v Edmonton Oil* 1982(457) US 937.

³²³ *St Helena Parish School Board v Hall* 1962(368) US 515.

³²⁴ Sien Van der Vyver, 1994:378. "In America the courts have an intuitive understanding that the Constitution should be confirmed to an apparent public law arena while private relations are governed by Civil Rights Acts. The US Bill of Rights is therefore vertical in nature."

³²⁵ 1987(33) DLR (4th) 174. "The Court held that 'government' defined in section 32(1) of the Canadian Charter referred to a branch of government only and did not signify 'government' in the generic sense".

³²⁶ *Tremblay v Daigle* 1990(62) DLR (4th) 634.

³²⁷ 1982 SC 1473. Sien ook *M C Mheta v Union of India AIR* 1983 SC 75.

³²⁸ AIR 1983 SC 75.

vind dan ook direkte toepassing op die gebied van die privaatreë en verseker sodoende horisontale werking. In die Luth-uitspraak³²⁹ het die Konstitusionele Hof soos volg beslis :

- (a) Dat die Grondwet 'n objektiewe reeks van waardes bevat, wat van toepassing is op alle vertakkinge van die reg, en wat inderdaad die privaatreë beslis.
- (b) In 'n dispuut tussen privaat partye, moet die Konstitusionele Hof die uitleg en toepassing van die privaatreë in ooreenstemming met die Grondwet uitvoer.
- (c) 'n Hof kan die Grondwet toepas om sekere konsepte vas te stel en te bepaal. Die *boni mores* en die algemene klousules van die Grondwet kan ook beskryf word as toegangswêë tot die basiese regte van die privaatreë.³³⁰

In Duitsland het die Grondwet horisontale werking deur 'n indirekte toepassing op die privaatreë.

In *De Klerk and Another v Du Plessis and Others*³³¹ was regter Van Dijkhorst die mening toegedaan dat die Suid-Afrikaanse grondwet, veral Hoofstuk 3, slegs vertikale toepassing vind. Die volgende redes word vir hierdie siening gegee:

- (a) Normaalweg word fundamentele regte en vryhede slegs beskerm teen staatsoptrede.
- (b) Daar moet uitgegaan word van die standpunt dat Suid-Afrika slegs 'n konvensionele Handves van Menseregte het.
- (c) Nêrens is eksplisiet daarvoor voorsiening gemaak dat Hoofstuk 3 van die Grondwet horisontaal op privaatpersone van toepassing gemaak is nie en Artikel 7 is so saamgestel dat dit tot die teendeel spreek.
- (d) Artikel 33(4) van die Interim-Grondwet was nie nodig nie, veral indien Hoofstuk 3 horisontale werking gehad het.³³²
- (e) Indien die opstellers van die Grondwet die bedoeling gehad het dat die Handves van Menseregte horisontale toepassing moes vind, sou hulle dit uitdruklik as sodanig bepaal het.

Die grondwetlike Vergadering het op 8 Mei 1996 die Grondwet aanvaar en moes die Grondwetlike Hof die Grondwet ooreenkomstig grondwetlike beginsels goedkeur. Een van die besware wat teen die aanvaarding van die nuwe grondwet gemaak is, was juis horisontaliteit. Die Konstitusionele Hof het hierdie argument verwerp. Die grondwet is goedgekeur met direkte horisontale toepassing, selfs "teenstrydig" met die uitspraak in die *Du Plessis-saak*.

Daar is egter meer as voldoende bewyse in die Grondwet wat dui dat die Grondwet horisontale toepassing vind.

³²⁹ 7B Verf GE 198.

³³⁰ The effect of the Luth decision is that the German Constitution has *Drittwirkung* or a 'radiating' effect on private law.

³³¹ 1995(2) SA 40 (T); 1996(3) SA 850 (CC).

³³² Sien verder *Kalla and Another v The Master and Others* 1995(1) SA 261 (T) op 88J; 1994(4) BCLR 79 (T).

Artikel 8(1) van die Grondwet bepaal dat die Handves van Menseregte van toepassing is op die *totale reg* en bind die wetgewende, die uitvoerende en die regsprekende gesag en alle staatsorgane.

Artikel 8(2) bepaal dat die Handves van Menseregte 'n natuurlike of 'n regspersoon bind, indien, en in die mate waarin, dit toepasbaar is met die inagneming van die aard van die reg en die aard van enige plig deur die reg opgelê.

Artikel 8(3) bepaal dat by die toepassing van 'n bepaling van die Handves van Menseregte op 'n natuurlike of regspersoon ingevolge Artikel 8(2) -

- (a) 'n hof, ten einde gevolg te gee aan 'n reg in die Handves, die gemenerereg moet toepas, of indien nodig ontwikkel, in dié mate waarin wetgewing nie aan daardie reg gevolg gee nie;
- (b) kan 'n hof reëls van die gemenerereg ontwikkel om die reg te beperk, mits die beperking in ooreenstemming met Artikel 36(1) is.

Vir eens en vir altyd is die grondwetlike wetgewing tog duidelik oor die horisontale toepassing. Die vraag handel nie hier of daar te make is met die direkte of indirekte gelding van die Grondwet nie. Dit gaan eerder daaroor of die implikasies sonder voorbehoud aanvaar moet word. Is daar regsreëls en optrede waarop die Handves nie toegepas behoort te word nie? Ons het hier veel eerder te doen met die uitleg en toepassing van die Grondwet, as om te bepaal of dit nou juis op die publiek- of privaatreëls slaan.

Selfs die Grondwetskrywers het geworstel met die opstel daarvan. In die grondwetlike teks van Mei 1996 het die Suid-Afrikaanse grondwetlike vergadering bepalings verorden waarvolgens sekere bestaande wette geldig sou wees, nieteenstaande die bepalings van die Grondwet.

Artikel 2 van die Grondwet lui :

“Hierdie Grondwet is die hoogste reg van die Republiek, enige regsvoorskrif of optrede daarmee onbestaanbaar, is ongeldig en die verpligtinge daardeur opgelê, moet nagekom word.”

Dit is daarom ook nie vreemd nie dat die Konstitusionele Hof aan die hand van Artikel 2 geweier het om hierdie bepalings te sertifiseer, omdat dit gebots het met die grondwetlike beginsels waaraan die Grondwet moes voldoen.

Dit is duidelik dat Artikel 8(1) alle onsekerheid uit die weg ruim oor die toepassing van die Handves op die gemenerereg en gewoontereg. Omdat die Handves van toepassing is op

alle reg, is dit ook van toepassing op wetgewing, gemenerereg en gewoonterereg wat private verhoudings reël.³³³

Die bepalings van Artikel 8 verleen beskerming teen alle staatsorgane, en sluit veral organe in wat nie formeel deel vorm van die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag nie. Die omskrywing van “Staatsorgaan” in Artikel 239 van die Grondwet omvat alle gevalle waarin openbare bevoegdhede of openbare funksies kragtens wetgewing uitgeoefen of verrig word. Hierdie omvatting bestaan afgesien daarvan of die persoon of instelling wat dit uitoefen, gewoonlik of formeel as ’n staatsorgaan beskou word en afgesien daarvan of dit deur tipiese staatsorgane gekontroleer word.³³⁴ Die gebondenheid van staatsorgane beteken in beginsel dat die Handves van toepassing is op alle handeling wat hulle as staatsorgane verrig, en op die resultate van al hulle handeling.

In *Du Plessis v De Klerk* het die hof ’n onderskeid gemaak tussen die vrae op watter regsreëls die Handves van toepassing was (“alle reg” ingevolge Artikel 7(2)) en ook wie deur die Handves gebind is. (Slegs die wetgewende en die uitvoerende organe ingevolge Artikel 7[1]). Die gekunsteldheid van die konstruksie blyk daaruit dat die gevolgtrekking van die hof was dat die howe inderdaad verplig was om die Handves in alle litigasie oor die privaatreë toe te pas (hetsy direk of indirek) en dat die Handves op alle reëls van die privaatreë toegepas moes word (hetsy direk of indirek). Die weglating van die regsprekende gesag en private persone in Artikel 7(1) het slegs ’n uitwerking gehad op die vraag of die Handves direk of indirek deur die howe op die gemenerereg in litigasie tussen private persone toegepas moes word.

Regter Mahomed gee self die antwoord, as hy verklaar “the law never runs out”³³⁵

Die gebondenheid van natuurlike en regspersone aan die Handves beteken dat private persone gebind word ten opsigte van die Handvesregte aan ander natuurlike en regspersone. Die staat kwyt die plig om die Handvesregte van aantasting deur ander private persone te beskerm, hoofsaaklik deur middel van die verordening en afdwinging van reëls van die strafreg en die privaatreë.³³⁶ Vir sover Artikel 8(2) dus bepaal dat private persone in hulle private verhoudings nie die regte van ander mag skend nie, bevat dit ook die beginsel dat private persone hulle gewaarborgde regte in die Handves teenoor ander private persone in hulle private verhoudings kan afdwing. Die reg in Artikel 38 om ’n bevoegde hof na aanleiding van ’n beweerde skending van ’n Handvesreg vir gepaste

³³³ Artikel 8(2) 'n Bepaling van die Handves van Menseregte bind 'n natuurlike of 'n regspersoon indien, en in die mate waarin dit toepasbaar is met inagneming van die aard van die reg en die aard van enige plig deur die reg opgelê.

³³⁴ Daarenteen word instellings wat ingevolge wetgewing opgerig word en funksioneer, maar wat nie openbare bevoegdhede uitoefen of openbare funksies verrig nie (bv private maatskappye), nie ingevolge Artikel 8(1) deur die Handves gebind nie. Die omskrywing sluit ook nie persone en instellings in wat openbare funksies verrig, maar dit nie ingevolge wetgewing doen nie, byvoorbeeld nadat die staat 'n openbare funksie geheel en al geprivatiseer het.

³³⁵ *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* 1996(3) SA 850 (CC) by Paragraaf 79: “I am not persuaded that there is, in the modern State, any right which exists which is not ultimately sourced in some law, even if it be no more than an unarticulated premise of the common law and even if that common law is constitutionally immunized from constitutional invasion. Inherently there can be no ‘right’ governing relations between individuals inter se or between individuals and the State the protection of which is not legally enforceable and if it is legally enforceable it must be part of the law.”

³³⁶ Sien Visser, 1996:698.

regshulp te nader, is ook van toepassing op private verhoudings. Die uitdrukking “bevoegde hof” en “gepaste regshulp” in Artikel 38 beperk nie hierdie reg nie.

Dit is deel van die reg dat die jurisdiksiereëlings só moet wees, dat daar ’n bevoegde hof is en dat gepaste regshulp verleen kan word. Leemtes in jurisdiksiereëlings sal deur regstreekse toegang tot die Konstitusionele Hof ingevolge Artikel 167(6) gedek kan word terwyl die howe ’n gebrek aan ’n gepaste remedie volgens die bestaande reg moet regstel deur óf die bestaande remedies uit te brei om die geval te dek, óf indien hulle meen dat so ’n uitbreiding nie moontlik is nie, deur ’n nuwe remedie te skep.

Artikel 167(7) is ook duidelik dat ’n grondwetlike aangeleentheid ook enige kwessie insluit waarby die uitleg, beslissing of afdwinging van die Grondwet betrokke is. Daar is ook geen aanduiding in Artikel 8(2) dat die Handves slegs private persone ten opsigte van handeling wat deur die reg gereël word bind nie, sodat dit nie van toepassing is op handeling wat hulle in ’n sogenaamde regsrye sfeer verrig nie. Kyk byvoorbeeld na kerke wat op grond van geslag en seksuele georiënteerdheid teen mense diskrimineer. Aan beide kante van die privaatregtelike verhouding kom daar nou menseregte na vore wat deur die kerk se optrede geraak word. Aan die een kant van die “regsrye sfeer” waarna verwys word kan die individue op godsdienstvryheid staatmaak, terwyl die kerk op die vryheid van assosiasie kan steun, waarvolgens die kerk as vrywillige vereniging en manifestasie van die kollektiewe uitlewering van geloofsoortuiging haar interne sake na goeddunke kan reël.

Dit is veral duidelik dat die private outonomie wat private persone na bewering in die privaatreg geniet, nie deur die toepassing van die Handves bedreig word nie. In elk geval was die private outonomie wat privaat persone ingevolge die privaatreg geniet het, nog nooit absoluut nie. Dit is juis die reëls van die privaatreg wat, ter wille van ordelike samelewing en die regte van ander, daaraan perke stel. Daar bestaan trouens ingevolge die Handves groter beskerming van die private outonomie as in stelsels met parlementêre soewereiniteit en met inkrementele ontwikkeling van die gemenereg, wat hoofsaaklik deur wetgewende ingryping gerig word. Die beperking van private outonomie as verskyningsvorm van die vryheid wat deur die regte in die Handves gewaarborg word, mag slegs deur regsvormers (insluitende die howe wanneer hulle die gemenereg ontwikkel) beperk word, indien die beperkings voldoen aan die vereistes van die beperkingsbepalings. Private persone wat ingevolge Artikel 8(2) gebind word, is ook die draers van Handvesregte. In die meeste gevalle waarin iemand beweert dat Handvesregte deur ander private persone aangetas is, sal laasgenoemde hom of haar daarop beroep dat die aantasting plaasgevind het in die uitoefening van regte wat in die Handves gewaarborg word. ’n Afweging van belange moet dan plaasvind om vas te stel of daar onregmatigheid was, al dan nie.

Die grootste probleem rakende horisontale toepassing van die Handves van Menseregte is dat die toepassing daarvan die private outonomie sal aantast en die feit dat, sodra regte in die Handves van Menseregte direk in private verhoudings geld, hulle absoluut geld en daar geen afweging teenoor beskermde regte van die verweerder plaasvind nie.

Ernstige kritiek kan uitgespreek word teenoor die optrede van die doemprofete. Die Handves van Menseregte het nou soos 'n kat in die "private" hoenderhok beland, en dit veroorsaak 'n groot geskarrel. Dit is ongetwyfeld maar 'n afwegingsproses. Dit is geen nuwe en vreemde proses in die privaatreg nie. Die afwegingsproses het nog altyd ingevolge die gemenerereg en die statutêre reg en met toepassing van die algemene privaatregtelike begrippe op besondere gevalle plaasgevind.³³⁷

3. KRITIEK TEEN DIE HORIZONTAL TOEPASSING VAN DIE HANDVES VAN REGTE

Wat die horisontale toepassing van die Handves van Menseregte betref, het skerp kritiek en wantroue egter nie agterweë gebly nie.³³⁸

Die hoofdoel van die Handves van Menseregte is om die individue te beskerm teen magismisbruik deur die owerheidsorgaan, hetsy by wyse van wetgewende bepalings, of by die uitvoering hiervan, of deur administratiewe optrede. In die verlede het geregtelike hersiening hier die balans gevorm om as remedie onregmatige owerheidsoptrede teen te werk.

Kommer word egter uitgespreek oor die horisontale werking van die Handves van Menseregte. Wat hierdie aspek betref, betree die skip nou vreemde waters en die bemanning (Konstitusionele Hof) sal vinnig die korrekte rigting moet bepaal.

Dit is duidelik dat die Konstitusionele Hof nie 'n maklike taak opgelê word nie. Die hof kan verder met die volgende gekonfronteer word :

- ⇒ welke regte horisontaal toegepas moet word;
- ⇒ welke regte aanwending moet vind en watter nie;
- ⇒ welke regte voorkeur moet geniet en watter nie;
- ⇒ welke remedies van toepassing is, en indien remedies ontoepaslik is, moet dit verander of aangepas word, en welke basis hier gebruik sal moet word;
- ⇒ welke nuwe verwerre aanvaarbaar is;
- ⇒ welke nuwe wending sal die gemenerereg daarteen moet inslaan en of die gemenerereg noodwendig verander of uitgebrei moet word.

³³⁷ Die oorwegings wat ingevolge Artikel 36(1) met toepassing van die algemene beperkingsbepaling in aanmerking geneem moet word, is byvoorbeeld beslis nie vreemd aan oorwegings wat nog altyd ten opsigte van regverdigingsgronde in die deliktereg in aanmerking geneem is nie.

³³⁸ Sien in die verband Jeffery, 1997:10.

Die oorweging van publieke en privaatbelange gaan hoë eise aan die Konstitusionele Hof stel en antwoorde sal nie maklik verskaf kan word nie. Geen wonder nie dat elf regters sake in die Konstitusionele Hof moet aanhoor!

Wat die Konstitusionele Hof se enorme taak verder bemoeilik, is die feit dat elke en iedere uitspraak fyn deur die media, die akademici en die gemeenskap dopgehou word en kritiek blyk nou eenmaal nie by ons ou volkie te ontbreek nie! Van toentertyd het die slagspreuk dat die beste stuurlied aan wal staan, gegeld.

Dit is egter maklik om in die leunstoel te sit en kritiek te lewer, of om onder die boom te sit terwyl die ander in die hitte van die stryd die wa deur die drif moet trek. P J Visser spreek die onderstaande kritiek teen die Konstitusionele Hof se uitspraak in *Gardener v Whitaker*³³⁹ uit. Sonder om oor die meriete van die saak te oordeel, word die volgende genoem :

'n Lasteraksie is deur die stadsklerk van Oos-Londen teen 'n raadslid ingestel op grond van 'n bewering dat die stadsklerk opsetlik die raadslede mislei het.

Visser kritiseer vir regter Froneman soos volg :

“The Court, per Froneman J, proceeded from the very general and radical assumption that -³⁴⁰

all aspects of the common law, including the present state of law of defamation, should, in cases that come before the courts, be scrutinised to decide whether they accord with the demands of the constitution”³⁴¹

Daar kan ook verwys word na die volgende aanhaling :

“There are different forms of free floating interpretation which all to a greater or lesser extent place the Constitution at the mercy of the interpreter and allow him to use it like a ventriloquist's dummy (CF the remark by Van Dijkhorst J in *De Klerk v Du Plessis supra* 46[A] See, however, the word of caution and warning - if it was really seriously meant and not merely intended as window dressing to camouflage actual practice - uttered by Kentridge A J in *S V Zuma 1995(2) SA 642(CC) 62*) 'But it cannot be too strongly stressed that the Constitution does not mean whatever we might wish it to mean'). These free floating methods of interpretation may be described as 'generous', 'liberal', 'purposive', 'benevolent' etcetera and there are apparently subtle differences between them depending on the measure of distortion of the literal meaning of words that they achieve in a particular case.”³⁴²

³³⁹ 1995(2) SA 672 (E).

³⁴⁰ Visser, 1995:745.

³⁴¹ Sien Visser, 1995:745.

³⁴² Visser, 1995:747

Dit is duidelik dat die aandster in die hemelruim op 'n donker nag nie duidelik raakgesien word nie. Dit is dan ook geen wonder dat die kritiek van Visser kommentaar sou uitlok nie.³⁴³

In die artikel "*The 'Constitutional Attack on Private Law' Are the Fears Well Founded?*" antwoord Gretchen Carpenter en Christo Botha soos volg op Visser se kritiek :

"Professor O H Visser is very concerned about what he perceives as an assault on the domain of private law by the court in *Gardener v Whitaker* ' Unfortunately his criticism of the judgement is composed mainly of broadsides and inside remarks rather than well-founded legal argument. His reference to a 'total onslaught' and to a 'constitutional' attack on private law' is emotional and politically loaded language that is reminiscent of the 'old order'. It may be appropriate to confrontational rhetoric, but certainly not to an academic discussion."³⁴⁴

en

"Visser avers that judges interpreting the new Constitution are free to use what he terms 'endless methods of interpreting it in order to achieve the desired results'. It sounds rather as if he accusing the judiciary of throwing integrity overboard and reducing that process of adjudication to a search for pretexts for subjective decisions which cannot stand proper scrutiny. If this is so, it is a very serious charge. He returns to this tack later, stating rather sarcastically that judges and academics writing on constitutional interpretation seem to feel that anything goes as long as the result is politically correct. This is an unwarranted attack on the integrity and good faith of both judges and commentators, unsupported as it is by any evidence whatsoever."

Dit gaan hier nie oor 'n te kort aan die bekwaamhede van die regbank nie, maar veel eerder oor 'n wanbegrip van die regsformingsproses. Dit is duidelik dat regter Froneman weet waaroor dit gaan. Hyself het immers in *Matiso v The Commanding Officer, Port Elizabeth Prison* met die kwessie te doen gehad.³⁴⁵

Vergelyk ook regter Kentridge se siening oor die interpretasie van die Grondwet in *S v Zuma*³⁴⁶

³⁴³ Bepaal Artikel 16 van die Handves van Menseregte dan nie dat elkeen die reg op vryheid van uitdrukking het nie , waarby ingesluit is

(a) die vryheid om inligting of idees te ontvang of oor te dra; en

(b) akademiese vryheid van wetenskaplike navorsing.

³⁴⁴ Carpenter en Botha, :1996:128

³⁴⁵ 1994(4) SA 592 (SE) op 597 I - 598 D. Regter Froneman stel dit soos volg: "The values and principles contained in the Constitution are, and could only be, formulated and expressed in wide and general terms, because they are to be of general application. In terms of the Constitution the Courts bear the responsibility of giving specific content to those values and principles in any given situation. In doing so Judges will invariably 'create law'. For those steeped in the tradition of parliamentary sovereignty the notion of Judges creating law and not merely interpreting and applying the law is an uncomfortable one. Whether that traditional view was ever correct is debatable, but the danger exists that it will inhibit Judges from doing what they are called upon to do in terms of the Constitution. This does not mean that Judges should now suddenly enter into an orgy of judicial lawmaking, but that they should recognise that their function of judicial review, based on the supremacy of the constitution, should not be hidden under the guise of simply seeking and giving expression to the will of the majority in Parliament"

³⁴⁶ 1995(2) SA 642 (CC) op 652I-653B. "While we must always be conscious of the value underlying the Constitution, it is nonetheless our task to interpret a written instrument. I am well aware of the fallacy of supposing that general language must have a single objective meaning. Nor is it easy to avoid the influence of one's personal intellectual and moral perceptives. But it cannot be too strongly stressed that the Constitution does not mean whatever we might

Die horisontale toepassing hou egter nie 'n potensiële bedreiging vir die privaatreë in nie. Dit blyk eerder te wees dat die daarstelling van 'n konstitusie miskien te vinnig radikale veranderinge op die regsgebied teweeggebring het, wat akademici en die regbank nie altyd te wagte was nie.

Wat die Konstitusionele Hof betref, is een ding seker, dat daar altyd kritiek gelewer sal word, hetsy oor die uitleg en/of interpretasie, of die toepassing van wetgewing.

Die enigste antwoord op die soms ongevraagde en ongewenste kritiek is om bloot te verwys na die woorde van Friedman in sy werk "*Legal Theory*" :

"In the whole those lawyers who are unconscious of their legal ideology are apt to do more harm than their conscious colleagues for their self-delusion makes it psychologically easier for them to mould the law in accordance with their beliefs and prejudices without feeling the weight of responsibility that burdens lawyers with a greater consciousness of the issues at stake."³⁴⁷

Nou wat blyk dan 'n oplossing te wees vir die probleem wat ondervind word met die horisontale toepassing van die Handves van Menseregte, indien ons dit enigszins as 'n probleem beskou?

Die volgende kriteria kan as oplossing aan die Konstitusionele Hof voorgestel word waar daar met horisontaliteit te doen gekry word :

- (a) Die "equity"-begrip en Artikel 33 van die Grondwet.
- (b) Die besef dat publiekreg en privaatreë slegs verskillende reëls vir die regulering van staatsorgane en privaatreë partye daarstel.
- (c) Die gawe om die teoretiese op die praktiese te kan toepas en dit as sodanig aan die gemeenskap te kan voorhou.
- (d) Die onderskeid tussen reg en geregtigheid.
- (e) 'n Korrekte begrip rakende die vervanging van die onderskeid tussen die publiek- en die privaatreë.

3.1 DIE "EQUITY"-BEGRIP EN ARTIKEL 33 VAN DIE GRONDWET

Wanneer 'n hof gekonfronteer word met 'n feitedispuut waarby privaatreë persone aan beide kante op die Handves van Menseregte steun, sal die hof noodgedwonge 'n belange opweging daar moet stel. Dit is voorwaar nie altyd 'n maklike taak nie.

Daar is nog steeds veel wysheid te put in die sienings van ons ou skrywers, veral oor die "*equity*"-begrip, soos hierbo onder Afdeling B bespreek is. Dit maak nie saak of ons slegs te doene het met 'n hersieningsaansoek, waar die onderdaan deur die

wish it to mean. We must heed Lord Wilberforce's reminder that even a constitution is a legal instrument, the language of which must be respected. If the language used by the lawgiver is ignored in favour of a general resort to 'values' the result is not interpretation but divination."

³⁴⁷ Friedman, 1960:402.

owerheidsorgaan benadeel is nie, en of ons te doen het met 'n botsing van privaat partye rakende die Handves van Menseregte nie. Die deursnee antwoord blyk nog steeds geregtigheid te wees.

Vir Plato was geregtigheid een van die einddoelstellings van kennis en deugszaamheid, terwyl wette aan hoë morele en etiese standaarde moes voldoen. Reg en geregtigheid is wel, volgens Plato, die skepping van 'n goddelike skepper, wie se oogmerk dit is om chaos en ongeregtigheid te beëindig en te vervang met 'n geordende, redelike en regverdige samelewing.

Wat is vervolgens die sleutelkomponente van die administratiewe geregtigheidsklousule, vervat in Artikel 33 van die Handves van Menseregte? Dit verwys na administratiewe optrede wat *regmatig*, *redelik* en *prosedureel billik* is, met ander woorde *regmatigheid*, *redelikheid* en *billikheid*.

Wanneer twee privaat partye of een privaatparty en 'n private organisasie 'n ooreenkoms sluit, kan daar wedersyds deur die partye verlang word dat -

- (1) die ooreenkoms in ooreenstemming met die wet/regstreëls van die privaatreg is;
- (2) dat die voorwaardes van die ooreenkoms op redelikheid sal dui; en
- (3) dat, wanneer die ooreenkoms tot uitvoering gebring word, dit billikheid in die hand sal werk.

Nou hoekom sal regmatige, redelike en prosedureel billike optrede slegs verlang word waar die staat as staatsorganisasie in 'n verhouding met die onderdaan tree? Bestaan daar nie dieselfde ongelyke toestand waar die asbesmyn mense in diens neem en die werkers en gemeenskap blootgestel word aan asbestosis, wat 'n ernstige inkorting het op die werknemers en gemeenskap se lewensverwagting nie?

Die Handves van Menseregte sal steeds toegepas moet word ten opsigte van die kontrak wat deel van die privaatreg vorm. Die onderdaan in die publiekregtelike verhouding bevind homself in dieselfde onbenydenswaardige posisie as die werknemer in die privaatregtelike situasie. Wat die privaatregtelike situasie aanbetref, is die werknemer selfs slegter af, want hy moet daagliks sy brood en botter verdien terwyl hy nog sy familie se lewens ook in gevaar stel.

Dit moet egter nie uit die oog verloor word nie, dat die staatsorgane tans al meer toetree tot kontrakte, deur saam met privaat organisasies die sogenaamde "joint ventures" te stig. Die gevolge hiervan sal ernstige oorweging deur die Konstitusionele Hof vereis. Die aspek sal weldra aangeraak word wanneer die invloed van die publiekreg op die kontraktereg hanteer word.

Dit is verder duidelik dat die hele geskil rakende die debat oor horisontaliteit tog maar net handel oor die spanning wat bestaan tussen die waardes van vryheid en

gelykheid en omvat deur die Handves van Menseregte. Grondwetlike dokumentasie het deur die eeue nogal daarin geslaag om geweldige spanning tussen die verskillende regte wat dit omvat te veroorsaak. Die spanningslyn tussen vryheid en gelykheid is 'n goeie voorbeeld. Hierdie spanning vergestalt die uiters “bruikbare” en “onstabiele” ideaal vervat in 'n sogenaamde “konstitusionele demokrasie”. Ons kan slegs maar vasklou aan die “ideale belofte”, in die vertroue dat ons waardigheid as mens onlosmaaklik verbonde hieraan, maar dat ons self tot die besef sal kom dat dit net 'n vergesogte droom is van 'n onmoontlike geregtigheid.

Andersyds kan ons op sinistere wyse die normatiewe houding ten gunste van óf vryheid óf gelykheid kies en dan daarin berus, wat ookal die gevolge van hierdie keuse is en dit afmaak as iemand anders se slegte geluk. Hierdie opsie sal vir ons die gerief daarstel van 'n heldere en ondubbelsinnige konstitusionele teks, aangesien ons reeds vantevore besluit het wat dit bedoel. Die “ideale belofte” sal weer meebring dat dit ons blootstel aan 'n oneindige onsekerheid en 'n pynigende verantwoordelikheid om oor en oor te besluit wat die Grondwet tans van ons verlang.

Ten slotte kan na Schlag verwys word :

“There are noble moments in law. There are ignoble moments in law. It is difficult intellectually to identify their ratios and relations. But there is absolute no reason to suppose that the ‘Law’ ... is necessarily or generally an admirable thing. To think that it is, is a category mistake.”³⁴⁸

3.2 DIE BESEF DAT PUBLIEKREG EN PRIVAATREG SLEGS VERSKILLENDE REËLS VIR DIE REGULERING VAN STAATSORGANE EN PRIVAAT PARTYE DAARSTEL

Ons sal dadelik besef dat ons nie werklik met die publiekreg en die privaatreg en waar beide regte oorvleuel, met 'n vreemde gevolg te doen kry nie. Dit is tog steeds regsreëls wat inderdaad 'n hele gemeenskap orden, hetsy of daar te doen gekry word met 'n staatsorgaan-onderdaan of privaatorgaan-private-partyverhouding nie. Die enigste gevolgtrekking wat gemaak kan word, is dat die toepassing van die reëls waar dit in die verskillende kaders toegepas word, is dat dit vir ons onsekerheid meebring en dat die Grondwet en sy eie reëls en invloed nou 'n totaal nuwe speelvak ingelyf het tot die bestaande en duidelik uitgekristalliseerde regsreëls.

Is dit egter nodig dat daar spesiale privaatreg-reëls daargestel moet word om die aanspreeklikheid van publieke owerheidsorgane te reël? Die antwoord hierop kan

³⁴⁸ Schlag, 1996:3.

maar slegs gevind word in die onderskeid tussen die privaatreë- versus die publiekregdebatvoering. 'n Daadwerklike bestudering van die twee tipes regsreëls sal dadelik aantoon dat die gewone reëls van privaatreë tog maar steeds opgelê was om die juridiese optrede van publieke organe te reël.³⁴⁹ Die publieke aard van die owerheidsorgaan het wel 'n invloed gehad op die toepassing van die privaatreëgreëls, aangesien die howe selfs in die verlede verwys het na "publiekregtelike aanspreeklikheid".³⁵⁰

'n Goeie voorbeeld waarna verwys kan word is dat owerheidsorgane moet optree "in gemeenskapsbelang". Dit is veral hierdie onderskeidende instellingshandeling wat deur die owerheid verrig word, wat dui op die reëls vir spesiale aanspreeklikheid. Baie van die spesiale reëls is geleë daar waar die privaatreëgreëls van aanspreeklikheid oorvleuel met die Publiekregtelike *ultra vires*-leerstelling. Die beter siening hier is dat Publiekregtelike owerheidsorgane nie beskik oor die vryheid om handeling uit te voer wat deur die Wet verbied word nie, maar dat die organe slegs hul bevoegdheid om op te tree verkry uit bronne van gesag wat die toepassing van administratiefregtelike standaarde van begrensde rasionaliteit aantrek.

Kom ons kyk na twee voorbeelde van die reg wat inpas by die bogemelde oorvleueling tussen die beginsels van judisiële hersiening en die reëls van privaatreëtelike aanspreeklikheid, te wete estoppel by voorstelling en regmatige verwagting.³⁵¹

3.2.1 OWERHEIDSORGANE EN ESTOPPEL

Daar word soms daarop aanspraak gemaak dat owerheidsorgane oor immuniteit beskik, wanneer met estoppel by voorstelling te doen gekry word. Estoppel wat op 'n individu toegepas word, kan nie as verweer teenoor owerheidsorgane geopper word nie.

'n Goeie voorbeeld hiervan word gevind in *Collector of Customs v Cape Central Railways Limited*³⁵². Die Eerste Minister van die Kaapkolonie het verkeerdelik die versekering gegee dat ingevoerde sement nie onderhewig sou wees aan doeanebelasting nie. Die doeanedepartement het die sement sonder belastingheffing laat deurgaan. Dit is later uitgevind dat die sement wel belasbaar was en die invoerder is aangesê om die belasting te betaal. Die invoerders voer toe aan dat hulle nie aanspreeklik gehou kon word nie weens van die voorstelling wat die Eerste Minister gemaak het en dat die

³⁴⁹ Sien die Wet op Staatsaanspreeklikheid, 20 van 1957: Enige eis teen die Staat, waar sodanige eis ingestel kan word teen 'n persoon, en 'n aksiegrond sou vorm in enige bevoegde Hof, sal van kennis gedra word deur die Hof. Sodanige eis kan maar ontstaan het uit enige ooreenkoms wat onregmatig gesluit is ten behoeve van die Staat, of uit enige nadeel wat veroorsaak is deur 'n staatsamptenaar, as dienaar van die Staat, handelende in sy/haar bevoegdheid en binne die raamwerk van sy bevoegdheid as amptenaar.

³⁵⁰ Sien byvoorbeeld *Oertel en Andere NNO v Direkteur van Plaaslike Bestuur en Andere* 1983(1) SA 354 (A) by 369(D) (Publiekregtelike vorderingsregte).

³⁵¹ Nog voorbeelde is die owerheidsorgaan en kontraktuele/deliktuele aanspreeklikheid, wat hierna in meer besonderhede aandag sal geniet.

³⁵² 1889(6) SC 402.

doanedepartement wat aangevoer het dat hulle regmatiglik vrygestel was. Die hof verwerp hierdie argument. Daar word beslis dat waar owerheidsinstellings versuim het om belasting te hef of nagelaat het om fooie vir dienste te vra wat regmatiglik verhaalbaar was, die owerheidsinstellings nie verhoed kan word om bogemelde te verhaal bloot op grond van 'n fout wat later ontdek is nie. Vele pogings om estoppel teen die staat as verweer op te werp, het in die verlede misluk.

Tereg kan gevra word of die gemeenskapsbelang hier groter aansien geniet as die privaatregtelike belang? Word daar weer eens gekyk na administratiewe geregtigheid, sal dit nie verbaas as die howe hedendaags 'n ander rigting inslaan, ten einde pariteit te verseker met die privaatregtelike toepassing van estoppel nie. Dit is egter 'n aspek van die reg wat fyn dopgehou sal moet word en dat daar bes moontlik 'n spoedige verandering sal moet plaasvind.

Baxter stel dit soos volg³⁵³ :

“Public authorities could never acquire lawful powers through the operation of estoppel because to allow this would undermine the principle of legality. Various justifications have been advanced for maintaining the principle even where the representation might have led to hardship - Least convincing is the argument that everyone is presumed to know the law and hence the limits of an official's or public body's lawful authority”³⁵⁴.

Die gemeenskap sal hier te kampe kry met eindelose probleme, want om 'n owerheidsorgaan die geleentheid te bied om verkeerdelik voor te gee dat dit wel bevoeg is om op 'n sekere manier op te tree, verleen slegs aan die orgaan die geleentheid om magte aan homself toe te eien, waaroor dit nie beskik nie. Dit sal die deure wyd oopmaak vir misbruik deur owerheidsorgane.³⁵⁵

Estoppel moet veral gesien word as 'n meganisme waarvolgens 'n belangepoeweging daargestel word tussen die privaat- en publieke sektor. Die individu reageer op die voorstelling wat die owerheidsorgaan aan hom/haar maak. Dit plaas estoppel in werking en slaan op die groter belang van die gemeenskap

³⁵³ Baxter, 1984:401.

³⁵⁴ Sien Denning in *Robertson v Minister of Pensions* : “If a government department in its dealings with a subject takes upon itself to assure authority upon a matter with which he is concerned, he is entitled to rely upon it having the authority which it assumes. He does not know, and cannot be expected to know, the limits of its authority.”

³⁵⁵ In *Hoisain v Town Clerk, Wynberg Municipality* 1916 AD 236, “Buchanan J observed in the court a quo that estoppel would permit a public body, through wilfulness or negligence, to do what the law prohibits” In *Durban City Council v Glenmore Supermarket and Café* 1981(1) SA 470D “Thirion J refused to hold the council estopped from claiming electricity charges which it had mistakenly failed to charge because to do so would unfairly favour the defendant, whereas government was required to act fairly as between individuals”.

waar dit die ongebonde uitoefening van bevoegdhede deur die owerheidsorgaan verleen. Die individu, indien hy/sy nie met sukses estoppel kan opwerp nie, bevind hom/haarself in 'n onbenydenswaardige posisie. Die gemeenskap stel tog die owerheidsorgaan daar wat veral die gemeenskap moet beskerm en reguleer, maar die individu kom hier te staan teen die gemeenskap en die owerheid. Estoppel moet hier as troefkaart in die hand van die individu gesien word, anders sal geregtigheid nie seëvier nie. Die individu moet in die ongemaklike posisie 'n sterker reg hê, en miskien sal die troefkaart van estoppel tog sekerlik 'n korrekte belange-opweging daarstel.

Daar sal nie veel van administratiewe geregtigheid in Artikel 33 van die Grondwet kom, indien estoppel nie in die guns van die individu werk, waar voorstellings deur die owerheidsorgaan gemaak word en optrede buite sy bevoegdhede dan net so deur die howe goedgekeur word nie. Die billikheidsvereiste moet hier verseker dat die korrekte belange-opweging sal plaasvind. Indien estoppel nie ten gunste van die individu aangewend kan word nie, sal die skaal slegs in balans geplaas word deur aan die individu, in sy ongelyke posisie, skadevergoeding toe te staan.

Publiekregtelike estoppel, billikheid en die ontwikkeling van die gemenerereg word deur A.W.G. Raath in 'n onlangse tydskrifartikel bespreek ³⁵⁶.

Wanneer die feite en die bevinding van die *Eastern Cape Provincial Government v Contractprops 25 (Pty) Limited-saak*³⁵⁷ van naderby beskou word, is dit duidelik dat die regter onsimpatiek was in sy toepassing van die beginsel van estoppel. 'n Veel beter benadering sou gewees het om ag te slaan op die kriteria vervat in Artikel 39(2) van die Grondwet en die wyer toepassing van estoppel in die Suid-Afrikaanse administratiefreg.

Die vraag is egter hoe die leerstuk van estoppel binne die konteks van die bepaling van die Grondwet, met besondere verwysing na Artikel 39(2) van die Grondwet, toegepas moet word?

Die resultaat en uitspraak in die *Contractprops-saak* laat 'n mens met die gedagte dat administratiewe geregtigheid aan die hand van Artikel 33 van die Grondwet ook nie hier geseëvier het nie.

Die regspraak in die *Contractprops-saak*, soos deur appèlregter Marais geformuleer, was of die feit dat twee huurkontrakte aangegaan tussen die respondent (*Contractprops 25 [Pty] Limited*) as verhuurder en die

³⁵⁶ Raath, 2005:149 'n Vonnisbespreking van *Eastern Cape Provincial Government v Contractprops 25 (Pty) Limited* 2001(4) SA 142 (SCA) en *Eastern Metropolitan Substructure v Peter Klein Investments (Pty) Limited* 2001(1) ALL SA 187 (W).

³⁵⁷ 2001(4) SA 142 (SCA).

Departement van Onderwys, Kultuur en Sport van die Oos-Kaapse Provinsie as huurder ongeldig was. Die departement het gepoog om 'n huurkontrak te sluit, sonder dat die tenderraad ingestel ingevolge die Wet op die Provinsiale Tenderraad (Oos-Kaap) 2 van 1994 (hierna die Wet genoem) die nodige reëlins vir die verkryging van die huureiendom ingevolge Artikel 4(1) van die Wet getref het.

Die hof *a quo* het die respondent se aansoek om 'n verklarende bevel toegestaan op grond van die feit dat genoemde ooreenkomste nie nietig was nie, maar het verlot tot appèl na die Hoë Hof van Ciskei toegestaan.

In Junie 1996 het die departement die genoemde ooreenkomste met die respondent gesluit sonder enige verwysing na die tenderraad. Voorts het die "huurder" okkupasie van die eiendom geneem en voortgegaan om die huur vir 'n tydperk van 3 jaar te betaal, maar het toe besluit om nie langer van die huureiendom gebruik te maak nie. Vir dié doel het die provinsiale regering drie maande kennis gegee van sy voorneme om die huurooreenkomste te kanselleer. Toe die reg van die provinsiale regering om die huurooreenkomste te kanselleer betwis is, het dit sigself beroep op grond daarvan dat die genoemde kontrakte nietig was vanweë die rede dat die relevante bepaling ingevolge Artikel 4(1) nie nagekom is nie.³⁵⁸

Die volgende aspekte is deur die appèlhof in aanmerking geneem :

- (a) Die feit dat die uitsluitlike bevoegdheid om die nodige reëlins vir die aangaan van huurkontrakte te tref op 'n spesifieke entiteit, tot uitsluiting van enige ander persoon of entiteit, oorgedra word.
- (b) Dat die Wet voorsiening maak vir 'n tenderraad "tussen" die provinsie en diegene met wie dit verlang met die oog op die voorsiening (van goedere) en dienste, die vervreemding van roerende eiendom, die huur of verhuur van enigiets, of die verkryging of toekenning van enige reg te kontrakkeer.

³⁵⁸ Artikel 4(1) lui soos volg :

"Within the framework of the principles set out in the guidelines, the board shall have the sole power to procure supplies and services for the province, and, subject to the provisions of any other Act of the provincial legislature, to arrange the hiring or letting of anything or the acquisition or granting of any right for or on behalf of the province, and to dispose of immovable property, and may for that purpose – (a) on behalf of the province conclude an agreement, which shall be in writing with a person within or outside the Republic for the furnishing of supplies and services to the province or for the hiring or letting of anything or the acquisition or granting of any right for or on behalf of the province or for the disposal of movable provincial property; (b) with a view to concluding an agreement referred to in Paragraph (a), in any manner it may deem fit, invite offers and determine the manner in which the conditions subject to which such offers shall be made; (c) inspect and test or cause to be inspected and tested supplies and services which are offered or which are to have been furnished in terms of an agreement concluded under this section, and anything offered for hire; (d) accept or reject any offer for the conclusion of an agreement referred to in paragraph (a); (e) take steps or cause steps to be taken to enforce an agreement concluded under this section; (f) on behalf of the province, reside from an agreement concluded under this section and, in an appropriate case, claim damages; (g) subject to the provisions of ss (2), on such conditions as it may determine, exempt any person with whom such an agreement has been concluded from compliance with such agreement or condone the failure of such person to comply with such agreement; (h) subject to the provisions of ss (2), negotiate a settlement with a person referred to in Paragraph (g), or amend the agreement concerned with the approval of such person; (i) issue directives to provincial departments with regard to the procurement of supplies and services for, the disposal of movable property of, and the hiring or letting of anything or the acquisition or granting of any right for, or on behalf of, the province, in order to achieve the objects of this Act; (j) invite expert or technical advice, and call upon any officer or employee to provide expert or technical advice insofar as it is legally permissible for such officer or employee to provide the required advice to the board; (k) exercise such other powers as may be prescribed by regulation under section 9."

- (c) Die feit dat die tenderraad aangestel moes word op 'n wyse wat die publiek in die breë die geleentheid sou gee om kandidate vir die helfte van die posisies op die raad te nomineer.

Twee belangrike funksies van die Tenderraad word uitgewys. Die Raad is verplig om by die uitoefening van sy magte en funksies billik, onbevooroordeeld en onafhanklik op te tree. Tweedens moes tenderstelsels wat deur die raad ontwikkel word billik, deursigtig en mededingend wees.

Appèlregter Marais wys op veral twee aspekte wat, na sy mening die deurslag behoort te gee by die oorweging van die regsrae in die betrokke geval. Eerstens wys hy op die belang van die betrokke bepalinge in die Wet, ten einde goeie regering met betrekking tot verkrygingsbeleid en prosedures te bevorder. Prioriteit moet aan billike optrede ("fair dealing") en billike verhoudinge ("equitable relations") tussen partye tot provinsiale kontrakte toegeken word. Met die verwysing na die ewels wat die Wet beoog om te verhoed, is dit voorts volgens appèlregter Marais duidelik dat dit gerig was teen praktyke van begunstiging in die toekenning van kontrakte. Die publiek moes die geleentheid gebied word om te tender, ten einde in provinsiale behoeftes te voorsien en om te verseker dat die bevoegdheid om provinsiale kontrakte toe te ken billik, onpartydig en onafhanklik uitgeoefen word. Indien, volgens appèlregter Marais kontrakte sonder enige verwysing na die tenderraad gesluit sou word en sonder enige sanksie van ongeldigheid, sou die ewel wat die Wet poog om te verhoed, voortgesit te word.

Dit is duidelik dat die hof verkeerdelik te veel klem geplaas het op die tweede aspek hierbo vermeld. Die verhuurder (Contractprops) is met die verkeerde toepassing, of te wel die nie-toepassing van die beginsels van estoppel in administratiefregtelike verband, nie billik teen die verkeerde optrede van die staatsorgaan beskerm nie.³⁵⁹

Met spesifieke verwysing na die kwessie van estoppel, kom appèlregter Marais tot die gevolgtrekking dat, selfs indien al die feitegronde vir die toepassing van die leerstuk van estoppel teenwoordig sou wees, die onderhawige geval nie gronde bied vir die toepassing van estoppel nie. Die kern-argument van appèlregter Marais is dat dit gevestigde reg is dat 'n bepaalde stand van sake wat regtens in die openbare belang ("public

³⁵⁹ Volgens appèlregter Marais sal die gevolge van die nietigverklaring van sodanige kontrakte nie altyd onredelik beswarend wees nie. Volgens die regter is die gevolge van nietigverklaring van die ooreenkoms tussen die partye nie dermate "eensydiglik beswarend" ("one sidedly harsh") dat dit noodwendig ongeldigheid tot gevolg het. Volgens die regter staan dit vas dat die gevolge nie kan wissel van geval na geval nie – sodanige transaksies is óf geldig óf ongeldig. Die geldigheid daarvan kan nie berus op die vraag of beswarendheid in 'n gegewe geval bestaan, al dan nie. Gevolglik bevind appèlregter Marais dat die konklusies van sowel Regter-President Pickard as die respondent foutief was.

interest”) verbied word, nie voortgesit kan word deur ’n beroep op estoppel nie.³⁶⁰ Die regter motiveer dit soos volg :

“It was not the tender board which conducted itself in a manner which led respondent to act to his detriment by concluding invalid leases of property specially purchased and altered at considerable expense to suit the requirements of the department.”

Op bladsy 147 en verder van die bogemelde saak is die regter die mening toegedaan dat die departement, indien die huurkontrakte gewettig word, deurdat die beginsels van estoppel toegepas word, die tenderraad die geleentheid sou ontnem om hulle bevoegdhede ten gunste van die groter gedeelte van die belastingbetalende publiek uit te oefen. Die “kwaad” wat die Wet gepoog het om aan te spreek, sou derhalwe voortbestaan en gemagtig word.

Appèlregter Marais bevind voorts dat dit nie ’n geval is van waar “onskuldige” derde partye betrokke is nie, maar een tussen “onmiddellike partye” (“immediate parties”) tot huurkontrakte, waarvoor een van die betrokke partye geen bevoegdheid gehad het om sodanige kontrakte te sluit nie en in die publieke belang van daardie bevoegdheid ontnem is. Gevolglik was die huurkontrakte *ultra vires* die bevoegdhede van die departement en kan dit nie geag word *intra vires* te wees nie.

In die bespreking van die toepassing van estoppel in administratiefregtelike verband, lê Raath in bogemelde artikel in besonderhede klem op die volgende aspekte, naamlik estoppel en die delegasie van bevoegdhede, estoppel en legitieme verwagtinge, asook estoppel en die publieke belang, met verwysing na die toepassing van die gemene reg .

Appèlregter Marais se kernargumente was -

- dat die Wet die tenderraad³⁶¹ tussen die provinsie en diegene waarmee dit wens om vir dienste en goedere te kontrakteer, geplaas het;
- dat die tenderraad “namens”³⁶² die provinsie opgetree het; en
- dat die provinsie se optrede ongeldig was.

Daar kan met Raath saamgestem word, dat die fundamentele probleem met die argument is dat die verbrokkeling van die openbare sektor, sonder die handhawing van die fundamentele solidariteit van die betrokke regeringsfeer ter sprake, telkens diegene wat met regeringsinstansies in die publieke sfeer

³⁶⁰ Die regter verwys na *Trust Bank van Afrika Beperk v Eksteen* 1964(3) SA 402 (A) by 411H – 412B.

³⁶¹ Sien *Eastern Cape Provincial Government v Contractprops 25 (Pty) Limited* 2001(4) SA 142 (SCA) by 147(6).

³⁶² *Eastern Cape Provincial Government v Contractprops 25 (Pty) Limited* 2001(4) SA 142 (SCA) by 147(7).

kontrakteer, in die onbenydenswaardige posisie stel dat die instansie wat die skyn verwek dat sodanige ooreenkomste geldig is, hulself op die beginsel van *ultra vires* kan beroep, ongeag die onbillike implikasies wat uit die skynverwekking mag voortvloei.

Hierdie probleem is in 1948 in die saak van *Robertson v Minister of Pensions*³⁶³ deur Lord Denning ondervang, deur die solidariteit van publieke regeringsfere en hul gedelegeerde bevoegdhede te handhaaf.

Die vraag of die versekering vervat in die brief van die War Office bindend op die minister was, is deur Lord Denning op grond van die toepassing van die beginsels van publieke solidariteit van publieke magsfere en kollektiewe verantwoordelikstelling, bevestigend beantwoord.

Die brief wat ontvang is van die "War Office", is op die sigwaarde daarvan 'n gesaghebbende besluit wat die bedoeling meegebring het dat daarop gehandel kon word. Dit sou vasstaan as besluit, en omdat die eiser weens die brief nie 'n verdere mediese opinie bekom het nie, het die brief bindend geword, asof dit self deur 'n privaat persoon geskryf was.³⁶⁴

Aangesien die "War Office" as verteenwoordiger van die Kroon opgetree het, was die Kroon gebonde aan die brief en daarom was ander regeringsdepartemente, synde verteenwoordigers van die Kroon, ook daaraan gebonde, met die gevolg dat die brief ook bindend was op die Minister van Pensioene.

Met verwysing na die uitspraak van Lord Atkin in die saak van *Reilly v R*³⁶⁵ stel Lord Denning dit onomwonde dat reeds in die geval van dienskontrakte die Kroon, soos enige onderdaan, aan sy uitdruklike ondernemings gebonde is. Die feit dat die War Office nie die eiser na die Minister van Pensioene verwys het nie, maar "assumed authority over the matter"³⁶⁶ en hom verseker het dat sy ongeskiktheid van militêre diens toeskryfbaar was, bring mee dat die eiser geregtig was om te aanvaar dat met die ander belanghebbende departemente gekonsulteer is, voordat die versekering aan hom gegee is.³⁶⁷ Indien 'n regeringsdepartement in sy handelings teenoor 'n onderdaan, die

³⁶³ 1948(2) ALL ER 767. In dié betrokke saak is, ingevolge die Pensions (Navy, Army, Air Force, Nursing and Auxiliary Services) Transfer of Powers Order, 1939, (14) die hele administrasie met betrekking tot ongeskiktheidseise in die geval van militêre diens na 2 September 1939, aan die Minister van Pensioene oorgedra. In Desember 1939 is die eiser op militêre diens beseer en in Julie 1940 is hy deur 'n mediese raad ondersoek, ongeskik vir algemene diens bevind en in die betrokke Kategorie B geklassifiseer. In Maart 1941 het die eiser in 'n skrywe aan die War Office versoek dat die vraagstuk van die toeskryfbaarheid van die ongeskiktheid verhelder moes word. In April 1941, sonder konsultasie met die Minister van Pensioene, is die eiser deur die War Office in kennis gestel dat sy ongeskiktheid aanvaar word as toeskryfbaar aan militêre diens. Op grond van dié mededeling het die eiser geen verdere stappe geneem om 'n onafhanklike mediese opinie in te win of om die X-straalplate met betrekking tot die ongeluk te bekom nie, welke stukke nie meer beskikbaar was nie.

³⁶⁴ 1948(2) ALL ER by 767(D). Die regter pas die beginsels toe gestel in die beslissings van *Pease and Partners Limited v Birch* 1941(1) ALL ER 343; 1941(1) KB 615 en *Sub Nom Birch v Pease and Partners Limited* 1941(1) KB 615 Lt 146.

³⁶⁵ 1934 AC 176, 103 LJPC 41; 150LT 384.

³⁶⁶ 1948(2) ALL ER by 770(G).

³⁶⁷ 1948(2) ALL ER by 770(G).

gesag oor 'n bepaalde aangeleentheid opeis, kan die onderdaan regtens aanneem dat dit wel oor die nodige bevoegdheid beskik. Die onderdaan weet nie en daar kan nie van hom/haar verwag word om te weet wat die beperkings op die gesag van die owerheidsliggaam is nie³⁶⁸.

Die beginsel van solidariteit van publieke regeringsfere en die meegaande kollektiewe verantwoordelikheid, word soos volg deur Lord Denning geformuleer :

“The Department itself is clearly bound, and as it is but an agent for the crown, it binds the crown also, and as the crown is bound, so are the other departments, for they also are but agents of the crown.”³⁶⁹

Hierdie reël, naamlik dat die Kroon aanspreeklik mag wees vir ongemagtigde kontrakte deur sy verteenwoordiger (byvoorbeeld 'n staatsdepartement of amptenaar) van die staat aangegaan, indien sodanige instansie of persoon in 'n posisie verkeer waar die ander kontrakterende party redelikerwys mag aanvaar dat die verteenwoordiger behoorlik daartoe gemagtig was, vorm die kern van die leerstuk van estoppel in dié konteks. Daar moet met veiligheid aanvaar kan word dat amptenare van die Kroon oor die bevoegdhede beskik wat hul voorgee om uit te oefen.

In die saak *Marubeni Hong Kong and South China Limited v Government of Magnolia* is beslis dat die wanvoorstelling wat tot die optrede van die onderaan aanleiding gee, verskillende vorme kan aanneem.

“First, cases where there is something that can be said to be a genuine representation by the principal of the agents authority, on which the third party relies – cases of ‘genuine apparent authority’ are more easily (but not always perfectly) based on estoppel. Second, cases where the representation is only of a very general nature, and arises only from the principal’s putting the agent in a specific position carrying with it a usual authority”.³⁷⁰

'n Vraag wat ook aandag verg, is of dit 'n gevestigde beginsel in die Engelse Reg is dat die optrede van Staatsorgane die Kroon as prinsipaal kan bind?

In die onlangse beslissing van *Marubeni Hong Kong and South China Limited v Government of Mangolia* het die hof, onder andere, met beroep op die

³⁶⁸ 1948(2) ALL ER by 770(H).

³⁶⁹ 1948(2) ALL ER by 770(H). Sien ook *Falmouth Boat Construction v Howell* 1950(1) ALL ER CA 538 waar Lord Denning dieselfde beginsel soos volg bewoerd: “Whenever government officers, in their dealing with a subject, take on themselves to assume authority in a matter with which the subject is concerned, he is entitled to rely on their having the authority which they assume. He does not know, and cannot be expected to know, the limits of their authority and he ought not to suffer if they exceed it.” By 542 (H). Hy verwys na sy uitspraak in *Robertson v Minister of Pensions* 1948(2) ALL ER 767; 1949 KB 227; 1949 LJR 323.

³⁷⁰ 2004 EWHC 472; Paragraaf 98 2004(2) Lloyd's Rep 198.

Falmouth-saak met belangrike implikasies vir die kollektiewe en solidêre verantwoordelikstelling van staatsorgane, die volgende opgemerk :

“English law applied to the question of apparent ostensible authority. The rights and liabilities of a principal as regards third parties were in general, governed by the law applicable to the contract concluded between the agent and the third party. No distinction was to be drawn between public and private bodies. To apply the law applicable to the contract concluded between the agent and the third party in the case of private entities but not in the case of governmental (public) entities, would lead to inconsistencies and would not be in accord with the need for certainty in international commerce.”³⁷¹

Die implikasies van die toepassing van hierdie beginsels, op die feitelike stand van sake in die *Contractprops 25-saak*, is wesenlik. Vir sover die provinsiale departement van onderwys voorgee dat dit oor die nodige bevoegdheid beskik om regsgeldige kontrakte met Contractprops te sluit, nie met die tenderraad konsulteer nie en die genoemde kontrakte vir 'n tydperk van drie jaar in stand hou, kan die verhuurder aanvaar dat die huurkontrak met die nodige bevoegdheid gesluit is. Daar kan nie aanvaar word dat hy behoort te weet wat die grense van die gesag van die betrokke provinsiale departement is nie. Vir sover sowel die provinsiale departement van onderwys as die provinsiale tenderraad binne die gesagsfeer van die provinsiale regering funksioneer, behoort die betrokke provinsiale regering aan sodanige ondernemings gebonde gehou te word.

Indien die meriete van bogemelde saak goed deurdink word, sê jou billikheidsgevoel vir jou dat die werking van estoppel ten gunste van Contractprops 25 moes plaasgevind het. Daar is vir meer as 3 jaar met die huurkontrak voortgegaan. Om dan om te draai en te sê dat die provinsie nie gebonde gehou kan word nie, blyk nie billik te wees nie.

Wanneer die meriete in die saak van *Eastern Metropolitan Substructure v Peter Klein Investments (Pty) Limited*³⁷² oorweeg word, blyk dit dat die hof in die saak die leerstuk van estoppel korrek toegepas het.

In die saak word die verweerder, Peter Klein Investments deur die Eastern Metropolitan Substructure vir uitstaande rioolgelde gedagvaar, wat die Raad foutiewelik nie gehef het nie. Die hof word ook genader om die eiendom van

³⁷¹ 2004 EWHC 472 by 25(100).

³⁷² 2001(1) ALL SA 187 (W).

die verweerder uitwinbaar te verklaar. In sy verdediging deur die verweerder ten opsigte van die dagvaarding, word twee spesiale pleite en 'n pleit op die meriete geopper.

- (a) Met die eerste spesiale pleit, versoek die verweerder die hof om die dagvaarding tersyde te stel op grond van die feit dat die verweerder nie 'n verhoor gegee is voor of na die uitreiking van die dagvaarding nie. Die hof verwys hierna as die *audi*-dispuut.
- (b) Die tweede spesiale pleit is gebaseer op verjaring as verweer. Die verweerder beweer dat sekere van die bedrae wat geëis word, alreeds verjaar het, aangesien die dagvaarding uitgereik is meer as 3 jaar nadat die oorsaak van die eis ontstaan het.
Rakende die meriete van bogemelde pleite, het die verweerder alle wesentlike aantygings en aanspreeklikheid vir die geëisde bedrae geld betwis.
- (c) As 'n alternatiewe verweer, beweer die verweerder dat die eiser weens estoppel verhinder is om die verskuldigde bedrae te verhaal.

In antwoord op die spesiale pleite en die pleit op meriete, teken die eiser eksepsie aan op gronde daarvan dat die pleite te kortskiet aan die nodige bewerings(meriete) en dat dit nie 'n verdediging openbaar nie. Dit het aanleiding gegee tot 'n aansoek om die wysiging van die verweerder se pleitstukke. Die eiser maak beswaar teen die wysiging van die pleitstukke deur die verweerder, op grond daarvan dat dit wat verlang word, nie 'n verweer openbaar nie en dat eksepsie deur die eiser aangeteken word. Sowel die eksepsie as die aansoek om te wysig word gelyktydig deur die hof gehanteer.

Rakende die pleite en eksepsies hierbo vermeld, gee die hof die volgende uitspraak :

(i) Die *audi*-dispuut

Die verweerder het aangevoer dat die bedrae deur die eiser geëis, inderdaad eiendomsbelasting en sanitêre dienste was, waarvolgens die eiser nagelaat het om in die verlede te eis. Ingevolge Artikel 49(1) van die Plaaslike Bestuursordonnansie, 17 van 1939, word daar aan die verweerder 'n regresreg verleen rakende alle bedrae verskuldig ten opsigte van sanitêre dienste. Die *crux* van die verweer was dat in die omstandighede, die verweerder geregtig was op die toepassing van die reëls van natuurlike geregtigheid en op regmatige en prosedureel billike administratiewe optrede. Dit het meegebring dat die verweerder geregtig was op die toepassing van die *audi alteram partem*-beginsel.

Die verweerder moes die geleentheid gebied word om sy kant te stel, alvorens die dagvaarding uitgereik of beteken was.

Die eiser het aangevoer (eksepsie) dat die uitreik van die dagvaarding, nie 'n administratiewe handeling was nie. Gevolglik was die verweerder nie geregtig om aangehoor te word, voordat die dagvaarding uitgereik is nie.

Die hof beslis dat die regres-eis waarna die verweerder verwys het, slegs in werking getree het nadat die verweerder die verskuldigde bedrag aan die eiser betaal het. 'n Blote aandrang tot betaling (eis vir betaling) stel nie die reg in werking nie. Daar word bevind dat die uitreik van die dagvaarding, sonder dat die verweerder die geleentheid gegun is om aangehoor te word, nie nadelig ingewerk het op enige van die verweerder se regte nie. Die hof bevind ook dat die beginsel van regmatige verwagting geen rol gespeel het in die omstandighede nie. Die hof bevind ook dat geen gemeenregtelike of grondwetlike reg ten gunste van die verweerder aanwesig was nie.

Die eiser slaag derhalwe met sy eksepsie.

(ii) Die aspek van estoppel

Met die alternatiewe verweer van estoppel, steun die verweerder op die eiser se voorstelling in sy rekeninge, dat die verskuldigde bedrae gebaseer is op eiendomsbelasting en sanitêre dienste, terwyl dit inderdaad vir riooldienste was. Hierdie tipe estoppel waarop gesteun word, is estoppel deur voorstelling (estoppel by representation). Die wese van die leerstuk is dat 'n party verhoed word om die waarheid aan te veg rakende 'n vorige voorstelling wat gemaak is teenoor 'n derde party, wanneer laasgenoemde party in die waarheid van die voorstelling geglo het, en tot sy nadeel daarop gereageer het.

Die eiser se eksepsie is gebaseer op die reël dat estoppel nie as verweer geopper kan word, om die eiser te verhoed om af te sien van die handeling om 'n statutêre plig na te kom, aangesien daar 'n gebiedende plig op die eiser gerus het om verskuldigde bedrae vir dienste gelewer aan die Raad op te eis.

Die eksepsie van die eiser is deur die hof gehandhaaf, aangesien daar 'n deeglik gevestigde reg bestaan dat daar 'n positiewe plig op die eiser geplaas is om alle verskuldigde bedrae aan die Metropolitaanse Raad te verhaal. Om estoppel hier met sukses te opper, sou neerkom op inmenging met 'n statutêre plig.

Die verweerder voer ook aan dat, indien die verweer van estoppel nie slaag nie, die gemenerereg ontwikkel moes word om die gees en bedoeling van die Handves van Menseregte te bevorder. Die hof skenk vervolgens aandag aan die grondwetlike beginsels en bevind dat die korrekte benadering sou wees om die individuele en publieke belang teen mekaar op te weeg, en om hierop te besluit of die werking van estoppel in die huidige saak toegelaat moes word. In stede dat daar voortgegaan word om 'n hindernis daar te stel dat estoppel nie opgewerp kan word teenoor 'n openbare liggaam in die uitoefening van sy publieke verpligtinge nie, moes die gemenerereg sodanig ontwikkel word om klem te plaas op die billikheidsaard van estoppel. Die hof skenk oorweging aan die aspek en kom tot die bevinding dat die eksepsie van die hand gewys word en dat die relevante wysiging van die pleitstukke toegelaat word.

(iii) Die aspek van verjaring

Die eiser se eksepsie teen die pleit van verjaring was dat die vorderings die vorm van belasting aangeneem het. Ingevolge Artikel 11(a) van die Verjaringswet, Wet 68 van 1969, is die termyn van verjaring ingevolge die vorderings 30 jaar. Die vraag was of die vorderings inderdaad neergekom het op belasting, of 'n vordering vir dienste gelewer. Die aard van die vorderings kon egter nie uit die pleitstukke duidelik vasgestel word nie. Bewyse is verlang om die aard van die vorderings vas te stel. Die eksepsie word van die hand gewys.

Estoppel by wyse van voorstelling (estoppel by representation) word soos volg deur appèlregter Corbett in *Aris Enterprises (Finance) (Pty) Limited v Protea Assurance Co Limited* omskryf :

“The essence of the doctrine of estoppel by representation is that a person is precluded, i.e. estopped from denying the truth of a representation previously made by him to another person if the latter, believing in the truth of the presentation, acted thereon to his prejudice”³⁷³

Die eksepsie wat die eiser teen bogemelde estoppel geopper het is gefokus op die toepassing van estoppel by wyse van voorstelling soos dit in die publiekreg aangewend word, en in die besonder dat estoppel nie aangewend

³⁷³ 1981(3) SA 274 (A) by 291 D-F.

kan word om die uitvoering en nakoming van 'n statutêre opgelegde plig of diskresie te verhoed nie.³⁷⁴

Die eiser voer aan dat daar 'n statutêre verpligting op hom rus om inkomste in te samel, welke inkomste in die vorm van trustgelde is en om die inkomste toe te pas in ooreenstemming met die statutêre magte en pligte. Om estoppel te laat slaag, sou meebring dat die eiser verhoed word om sy statutêre verpligtinge na te kom. Sodanige optrede sou nie in belang van die publiek wees nie. Die eiser het ook na verskeie hofsake verwys waar daar nie met estoppel geslaag is nie, veral waar eise ingestel is vir die verhaling van agterstallige geld, of waar rekenings aangevul moes word as gevolg van verkeerde berekening.³⁷⁵

In die saak *Mercian Investments (Pty) Limited v Johannesburg City Council*³⁷⁶ is beslis dat enige vermindering of kwytskelding van statutêre opgelegde fooie vir dienste *ultra vires* en onregmatig was.

Die verweerder was verder nie suksesvol met die volgende argumente nie :

- (a) Dat die verweerder nie statutêr verhoed was om die pleit van estoppel te opper nie.
- (b) Alternatiewelik dat, indien die gemeenregtelike reël die verweerder verhoed om estoppel te opper, sodanige reël ontwikkeling moes ondergaan ooreenkomstig die vereistes neergelê in Artikel 39(2) van die Grondwet, om dienooreenkomstig die gees, doel en die oogmerke van die Grondwet te bevorder. Derhalwe moes estoppel toegelaat word.
- (c) Dat, indien die gemeenregtelike reël die verweerder sou verhoed om estoppel te pleit, daardie gemeenregtelike reël inbreuk maak op die grondwetlike reg en dat die reël nie 'n regverdigde beperking op die grondwetlike regte daarstel nie.

Oor die aspek van die invordering van uitstaande gelde, beslis regter Large soos volg :

“Whilst there can be no objection to a council taking into account the financial position of debtors in deciding whether to allow them extended credit, or whether to sue them or not, such differentiation must be based on a policy that is rational and coherent . It goes

³⁷⁴ Sien Bower en Turner, 1977:141; Baxter, 1984:400; Joubert, 1993:472 Sien ook die verwysing na *Abbot Municipal Corporation in Roodepoort Settlement Committee v Retief* 1951(1) SA 73 (O) at 81 A-B.

³⁷⁵ Sien *Burghersdorp Municipality v Coney* 1936 CPD 305 op 307-8; *Commissioner for Inland Revenue v The Master* 1957(3) SA 693 (C) op 701 D en 702 G-703A; *Durban City Council v Glenmore Supermarket and Café* 1981(1) SA 470 (D) op 475 A – 479 (G).

³⁷⁶ 1990(1) SA 560 (W) op 566 F – 568 E.

without saying that a local authority is not obliged to sue every debtor. The Constitution requires only that its debt collection policy be rational and not constitute unfair discrimination.”³⁷⁷

Die verweerder het gepoog om aan te voer dat die hof se fokuspunt moes verskuif. Die hof moes nie uitsluitlik konsentreer op die nakoming van ’n statutêre verpligting nie, maar moes eerder ’n belange-opweging toepas. Dit moes verder in aanmerking neem dat indien estoppel nie toegelaat word nie, die verweerder benadeel sou word. In plaas daarvan om lukraak ’n hindernis daar te stel vir die toepassing van estoppel, moes die gemenerereg ontwikkel word om die billikheidsaard van die leerstuk van estoppel uit te brei.

Wanneer die uitspraak van die hof in bogemelde saak bestudeer word, is dit duidelik dat die hof geen meriete gevind het om die billikheidsaard van estoppel uit te brei nie.

Die korrekte benadering word sekerlik deur G.M. Ferreira soos volg verduidelik :

“Die werking van estoppel op publiekregtelike terrein behoort nie sonder meer afgewys te word nie, maar die afweging van individuele en openbare belange behoort deurslaggewend te wees in die beantwoording van die vraag of estoppel in ’n gegewe geval toepassing behoort te vind, al dan nie. Is dit duidelik dat die individuele belang die swaarste weeg, behoort erkenning aan die werking van estoppel verleen te word. In die afwegingsproses moet daar natuurlik deeglik rekening gehou word met die regte en belange van derdes.”³⁷⁸

Die voordeel van hierdie benadering is geleë in die buigsaamheid daarvan. In plaas van ’n streng legalistiese benadering word elke geval op meriete beoordeel, sonder om skuld as vereiste te stel. Daar moet egter in gedagte gehou word dat die *ultra vires*-geaardheid van die owerheidsoptrede vasstaan. Die werking van estoppel bring slegs mee dat die gevolge van die owerheid se optrede in besondere gevalle in stand gehou word. ’n Owerheidsorgaan sou dus nie op so ’n geval kan steun, ten einde voortaan vir homself kompetensies toe te eien, waaroor hy andersins nie sou beskik nie. Alhoewel hierdie benadering nie in alle gevalle daarin slaag om die nadeel wat deur die individu gelei word ongedaan te maak nie, lyk dit na die eenvoudigste en billikste oplossing vir die probleem.

³⁷⁷ *Eastern Metropolitan Substructure v Peter Klein Investments* 2001(1) ALL SA 187 (W) by 21.

³⁷⁸ Ferreira, 1991:398. Sien ook Cockrell, 1993:239.

Daar is 'n groot verskil tussen die meriete van die *Contractprops* en *Peter Klein Investments*-saak te bespeur. In die *Contractprops*-saak is estoppel nie toegepas nie, terwyl die meriete van die saak die platform daargestel het vir die suksesvolle toepassing van estoppel ten gunste van die eiser. Daar is geen meriete te vinde hoekom estoppel juis in die saak as 'n hindernis in die pad van die eiser geplaas moes word nie. Die gevoel kom by 'n mens op dat die staat in die foutiewe uitoefening van sy bevoegdhede, weer eens soos in die verlede, tot nadeel van die individu beskerm is. Administratiewe geregtigheid, veral uit die oogpunt van die eiser, het nou nie juis geseëvier nie.

Appèlregter Hoexter in die *Trust Bank van Afrika Beperk v Eksteen*-saak dui duidelik die belang van estoppel aan :

“The doctrine of estoppel is an equitable one, developed in the public interests, and it seems to me that whenever a representor relies on a statutory illegality it is the duty of the court to determine whether it is in the public interest that the representee should be allowed to plead estoppel. The Court will have regard to the mischief of the statute on the one hand and the conduct of the parties and their relationship on the other hand Having regard to the mischief of the act and the conduct of the parties, I have no doubt that considerations of equity and public policy operates strongly in favour of allowing the plaintiff to raise the estoppel which he has pleaded.”³⁷⁹

Administratiewe geregtigheid en die invloed daarvan op veral die kontraktereg, sal 'n groot knou kry waar die staat en die individu in die privaatregtelike hoedanigheid 'n ooreenkoms sluit, en die individu met die amptenary onderhandel, waar laasgenoemde nie by magte was om te kon onderhandel nie. Estoppel kan nie gedurigdeur ten gunste van die staat aangewend word, net om te verseker dat die amptenary nie *ultra vires*-besluite neem en uitvoer nie.³⁸⁰

Word daar gekyk na die meriete van die *Peter Klein Investments*-saak, kan berus word in die aspek dat estoppel nie toegepas is nie, aangesien die staat sy statutêre verpligting hier moes nakom.

³⁷⁹ 1964(3) SA 402 (A) op 415 H in fin tot 416 C.

³⁸⁰ In die saak van *Eastern Metropolitan Substructure v Peter Klein Investments* 2001(1) ALL SA 187 (W) word dit op bladsy 205(H) soos volg gestel : “Various grounds of justification have been advanced for maintaining the common-law principle even where this results in undue hardship to the individual. The principal reasons for denying an estoppel is the fear that it would threaten the ultra vires doctrine, it would allow public authorities to extend their powers by making representations outside the scope of their statutory or common-law powers which would be binding on them. The principle of legality would be undermined by giving such bodies powers which they do not in law possess. Thus, individual interests have always yielded to the higher rights and interests of the State (see *Hoisain v Town Clerk, Wynberg* 1916 AD 236 at 240; *Strydom v Die Land- en Landboubank van Suid-Afrika* 1972(1) SA 801 (A) at 815G-816B, 817D. Sien ook Baxter, 1984:400.”

Dit is 'n bejammerenswaardige feit dat die korrekte rekeninge vir so 'n lang tyd nie deur die eiser vir betaling aan die verweerder voorgelê is nie. Die verweerder verwerf egter die leser se empatie, aangesien die verweerder elke maand sy rekening ten volle vereffen het. Groter benadeling staan die verweerder in die gesig, aangesien hy nie meer die uitstaande gelde van die huurders vir so 'n lang tydperk kon verhaal nie, aangesien baie huurders verhuis het.

Sou die eis toegestaan word, sou daar van die hof/munisipaliteit verwag word, om aan die verweerder 'n soortgelyke tydperk van 3 jaar te verleen om die uitstaande bedrag pro-rata te betaal.

Wat die ontwikkeling van administratiewe geregtigheid betref, veral met die suksesvolle toepassing van estoppel, het die hof in die *Peter Klein Investments-saak*, ongetwyfeld die korrekte balans gehandhaaf, veral in ag genome die meriete van die saak.

Ooreenkomstig Artikel 39(2) van die Grondwet, het die hof die korrekte benadering gevolg.

In die *Peter Klein Investments-saak* beslis die hof :

“Regardless of its technical ambit in terms of section 33 of the Constitution, reasonable administrative action is a value to which expression must be given when developing the common law in terms of section 39(2) of the Constitution. A rule of law which permits an organ of State, through its own carelessness or neglect, to deprive the defendant of a statutory right of recourse and then to render itself immune from a defence to that deprivation, which estoppel would offer the defendant, is in my view inconsistent with the culture of justification of which the right to reasonable administrative action is an important part. To permit the plaintiff to take advantage of the established rule against the raising of an estoppel where there is no alleged or minimal countervailing benefit to the plaintiff, would to my mind be inconsistent with the entrenched constitutional value of reasonable public administration. I assume for present purposes that the defendant cannot establish or easily prove damages against the plaintiff.”³⁸¹

Die hantering van die meriete deur die hof in bogemelde twee sake is 'n duidelike bewys dat die toepassing van estoppel op die terrein van

³⁸¹ 2000(1) ALL SA 187 (W) : Sien bladsy 208 (A) van die saak.

administratiewe geregtigheid aan die ontwikkel is. Die staat sal nie, soos male sonder tal in die verlede die geval was, kan reken op die beskerming van die nie toepassing van estoppel nie. Administratiewe geregtigheid sal veral op die publiekregtelike terrein, meer ten gunste van die individu toegepas word, veral waar hy sy steun sal vind in die gebruik van die leerstuk van estoppel.

Daar kan met Raath³⁸²saamgestem word, dat die uitspraak in die saak van Contractrops 25 blyke gee van die mate waartoe die toepassing van billikheidsbeginsels (met insluiting van estoppel) in die Suid-Afrikaanse Reg agterweë gebly het, vergeleke met die ontwikkelinge in die Engelse Reg, met besondere verwysing na die rigting deur Lord Denning gevolg in gevalle van bevoegdheidsoorskreiding deur publieke organe.

In die toekoms sal die howe groter klem moet plaas op billikheid as regulatiewe beginsel in die Suid-Afrikaanse publiekreg.

Rakende bogemelde klemplasing, kom die volgende implikasies volgens Raath, na vore :

- “(a) Estoppel vorm deel van die oorkoepelende vereiste van billike optrede in die publieke sfeer, waarvan legitieme verwagtinge ’n belangrike faset uitmaak.
- (b) As sodanig impliseer die toepassing van die beginsels van estoppel in die publiekreg dat op grond van billikheidsoorwegings en met inagneming van alle relevante aspekte in elke gegewe geval, staatsorgane onder bepaalde omstandighede aanspreeklik gehou kan word vir ondernemings wat deur publieke ampsdraers en staatsinstellings gemaak word – nie op grond van die feit dat die betrokke orgaan se onregmatige optrede daarmee die skyn van regmatigheid verkry nie, maar op grond van die beginsel dat die organe van die staat op billikheidsgronde vir voorstellings deur hul gemaak aanspreeklik gehou behoort te word.
- (c) Vir doeleindes van die verantwoordelikstelling van staatsorgane behoort die beginsels van solidariteit in die gesagsfere van staatlke owerheidsinstansies gehandhaaf te word en die kollektiewe verantwoordelikheid van organe en persone wat namens sodanige instansies optree konsekwent toegepas te word – juis omdat staatsonderdane dikwels nie bewus is van die onderlinge verhoudinge tussen staatsorgane en hul bevoegdheidsperke nie.
- (d) Indien ’n staatsorgaan ’n onderneming maak of ’n ooreenkoms aangaan met die doel dat dit op die betrokke partye bindend is en die onderdaan op grond

³⁸² Raath, 2005:149.

daarvan handel, behoort die beginsel te geld dat die staat aan sodanige onderneming of kontrak gebonde is.

- (e) In die geval waar 'n staatlike ampsdraer die bevoegdheid toe-eien om bepaalde ondernemings of kontrakte namens die staat aan te gaan, is die onderdaan daarop geregtig om te aanvaar dat die betrokke persoon of instansie wel oor die bevoegdhede beskik wat dit voorgee om uit te oefen. Van die onderdaan kan nie verwag word dat dit weet of behoort te weet wat die perke van die bevoegdhede is wat die betrokke persoon of orgaan uitoefen nie. Gevolglik behoort die onderdaan nie op grond daarvan benadeel te word nie.
- (f) Die kern van die verantwoordelikheidstelling van die staat berus wesenlik op die vraag of die optrede van die betrokke owerheidsorgaan billik was al dan nie. Bykomend daartoe behoort die vraag gestel te word wat die aard van die betrokke onderneming teenoor die onderdaan was; tot welke mate partye hul vertroue op sodanige voorstellings geplaas het; wat die gesag was van die persoon wat die onderneming gemaak het; of daar 'n beleidsverandering deur die betrokke owerheidsliggaam gemaak is en of die gevolglike optrede van die owerheidsorgaan bloot die regstelling van 'n vergissing behels; indien wel, hoe spoedig die vergissing reggestel is. Met ander woorde, by bepaling van die vraag of die betrokke owerheidsliggaam billik opgetree het, moet alle relevante feite in aanmerking geneem word.
- (g) Howe behoort daarteen te waak om nie die statutêre vereistes wat in 'n gegewe geval ter sprake is as voldoende te beskou ten einde te bepaal of wesenlike billikheid geskied het nie. Die oorweging van die vraag na billikheid onder bepaalde omstandighede is afhanklik van verskeie faktore wat sinvol geïntegreer moet word.
- (h) Voorts behoort die howe daarteen te waak om nie die handhawing van die doel van die tersake wetgewing as uitsluitlike aanduiding te neem van die vereiste dat die publieke belang gedien is nie.
- (i) Die howe behoort nie gereidelik te aanvaar dat die beginsels van estoppel nie in die publiekreg geld nie, omdat van publieke owerheidsliggame verwag sou kon word om konsekwent en betroubaar te handel – sinvolle beplanning in die onderdaan se optrede met betrekking tot die owerheid sou baie bemoeilik (en in bepaalde omstandighede selfs onmoontlik) word indien private persone of instelling nie op die advies en ondernemings van publieke instansies sou kon handel nie.
- (j) Die handhawing van estoppel teen die owerheid op grond van billikheidsoorwegings geld uiteraard nie onder omstandighede waar die betrokke private instansie bewus is van die onregmatige optrede van die betrokke owerheidsliggaam en/of poog om ten spyte van die sodanige

onregmatige of *ultra vires* optrede die betrokke statutêre vereistes vir geldige optrede te sistap en die owerheid aan sy ondernemings gebonde te hou nie.

- (k) Die algemene benadering van die howe behoort te wees om die grondwetlike bepalings met betrekking tot administratiewe geregtigheid (Artikel 33) en effektiewe en betroubare staatsadministrasie (Artikel 195), saamgelees met Artikel 39 (ontwikkeling van die gemenerereg), op so 'n wyse toe te pas dat dit aan die gemeenregtelike beginsels van estoppel maksimale toepassing verleen waar onderdane deur slordige staatsadministrasie nadelig getref word.”³⁸³

3.1.2 OWERHEIDSORGANE EN REGMATIGE VERWAGTING

Die administratiefregtelike begrip “regmatige verwagting” beskik oor geen objektiewe korrelaat, indien dit by privaatregtelike toepassing kom nie. Dit is nie 'n kontraktuele term of 'n wanvoorstelling nie.³⁸⁴ Dit is dus duidelik dat regmatige verwagting toepassing vind buite die kader van privaatregtelike juridiese optrede, sodanig dat 'n voorstelling wat nie op die privaatreë van toepassing is nie, wel verpligtinge op die owerheidsorgaan plaas.

Die toepassing van die begrip “regmatige verwagting”, veral op die gebied van die privaatreë (kontraktereg), verlang deeglike oorweging van die kant van die howe. Die toepassing daarvan blyk veral van toepassing te wees op voor-kontraktuele verpligtinge, waar die privaatreë veral tradisioneel die kontrakpartye beskerm het teen regsverpligtinge. Die leerstuk van regmatige verwagting in die administratiefreg kan hierdie situasie drasties verander.

Veral op die gebied van die kontraktereg, kan die leerstuk van regmatige verwagting 'n al groter rol speel, veral wat betref die optrede van die owerheidsorgaan waar dit tot 'n kontrak toetree. Die leerstuk van regmatige verwagting sal saam met Artikel 33 van die Grondwet eng toegepas word. Dit sal veral slaan op die “billikeheidsaspek”, waar daar van die owerheidsorgaan billike optrede verlang word, indien dit 'n kontrak aangaan of uitvoer. Dieselfde graad van optrede wat van die owerheidsorgaan in die privaatregtelike situasie verlang word, sal geleidelik oorspoel na die kontraktuele verpligtinge, waar daar met privaat organisasies of private individue te doen gekry word. Die aspek van billikheid sal later onder die kontraktereg meer toegelig word.

³⁸³ Raath, 2005:150.

³⁸⁴ In *Gallagher v Norman's Transport Lines (Pty) Limited* 1992(3) SA 500 (W) at 506G-H word dit gestel: “Outside the field of administrative law, the distinction must be clear between a right created by actual consensus or the equivalent thereof and which may, therefore create expectations, and an expectation born of reasons other than the existence of a contractual term. When the ‘intent’, shared by the parties or vesting in the mind of one only, is elevated to the level of being enforceably binding, and only then, does it become a consensual ‘intention’.”

3.3 DIE VERMOË OM DIE TEORETIESE OP DIE PRAKTIESE TE KAN TOEPAS EN DIT AS SODANIG AAN DIE GEMEENSAP TE KAN VOORHOU

Tans leef ons in 'n snel veranderende wêreld waarin die druk dat geregtigheid moet plaasvind al meer en meer gevoel word. Die howe word skerp deur die gemeenskap oor hul uitsprake gekritiseer, veral waar die billikheidsgevoel vir die gemeenskap aandui dat geregtigheid nie heeltemal in die hofsaak geseëvier het nie.

Die hof kan in sy uitsprake oorredend en opbouend wees, maar die inhoud van die uitspraak sal van gener waarde wees, indien dit nie die gemeenskap oortuig nie. Verskeie buitefaktore het veral 'n invloed op die wysheid van die hof in sy uitspraak. Hier kan byvoorbeeld verwys word na die afskaffing van die doodstraf, wat groot teleurstelling by die gemeenskap teweeggebring het.

Artikel 11 van die Handves van Menseregte bepaal dat elkeen die reg op lewe het. In Suid-Afrika word daar daagliks moorde gepleeg. Dit verbaas geensins dat die gemeenskap skerp kritiek uitspreek teen die howe se uitspraak van lewenslange gevangenisstraf vir 'n moordenaar nie. Die gemeenskap is van mening dat die vonnis vir moord, indien skuldig bevind, nie meer enige afskrikmiddel vir die misdadiger inhou nie.

Die hof se uitspraak moet die nodige oortuigingskrag by die publiek inboesem. Een van die buitefaktore wat wel by hofuitsprake 'n rol speel, is die rol van die media en sy beriggewing. Wanneer kritiek wel deur die gemeenskap uitgespreek word rakende hofuitsprake, word gou agtergekom dat die grootste kritici meestal glad nie die uitspraak gelees het nie. Die kritiek word slegs gebaseer op wat die gemeenskap in die koerante rakende die uitspraak gelees het. Dit is dus duidelik dat die regter in sy uitspraak rekening moet hou met verdraaide beriggewing in koerante. Sowel die howe as die media het gevolglik 'n noemenswaardige rol om te speel in die skoling van die gemeenskap, veral op konstitusionele terrein.

Indien die inbreukmaking van die publiekreg op die privaatreg, en veral op die gebied van die kontraktereg, selfs vir die regslui 'n vreemde veld daarstel, sal dit ook vir die gemeenskap verrassings meebring. Die kontrak wat tussen my en my buurman gesluit is en ons albei as billik en regverdig beskou, word nie deur die hof as billik beskou nie.

Die hof het 'n opvoedingstaak, veral waar daar met die oningeligte gemeenskap te doen gekry word. Een van die vertrekpunte hiervan sal wees om die hof se uitspraak só deur te gee dat dit vir die publiek maklik verstaanbaar sal wees. Die media moet hierdie rol van die hof ondersteun, en nie heengaan en beriggewing daarstel wat verdraai en sensasioneel is nie. Beriggewing moet die korrekte uitspraak aan die publiek deurgee. Daar rus 'n groot taak op veral die

Konstitusionele Hof om die waardes gekoppel aan die Handves van Menseregte aan die gemeenskap te openbaar. Hierdie waardes moet meer bespreek en korrek verstaan word. Maar daar moet in gedagte gehou word dat belangrike konstitusionele uitsprake nie altyd die mediadekking verdien wat werklik benodig word nie.

In Kanada is opgemerk dat regters meer in die kollig verkeer. Die tendens word toegeskryf aan die daarstelling van die Kanadese Handves van Menseregte en Vryhede, die groter getalle van die gemeenskap wat direk deur hofuitsprake beïnvloed word en die feit dat die optrede van die staat deur die publiek gefynkam word. Artikel 33 van die Grondwet sal sekerlik in die toekoms al meer die geleentheid aan die gemeenskap bied om die optrede van die staat onder die vergrootglas te plaas. Die Handves van Menseregte bied aan die regters die morele regverdiging om te reageer, inderdaad beroering te veroorsaak, rakende die gewortelde behoefte van die gemeenskap om geregtigheid te laat plaasvind, selfs in gedeeltes van die gemeenskap waar hul stadig is om van die proses gebruik te maak.

In die *S v Makwanyane*-beslissing, stel regter Langa dit soos volg :

“The Constitution provides the setting in which the moral instruction must take place. It may well be that for millions in this country effect of the change has yet to be felt in a material sense. For all of us, though, a framework has been created in which a new culture must take root and develop. Implicit in the provisions and tone of the Constitution are values of a more mature society which relies on moral persuasion rather than force, on example rather than coercion.”³⁸⁵

Die stelling is reeds hierbo gemaak dat 'n enorme taak op die skouers van die Konstitusionele Hof rus. Dit moet nie alleen die gemenerereg uitbrei nie, maar moet ook die gemeenskap veral op die gebied van die Handves van Menseregte skool.

Rakende die opvoedingstaak van die Konstitusionele Hof teenoor die gemeenskap, kan die volgende oplossings voorgelê word :

- (1) Regters moet meer op die voorgrond tree ten opsigte van die gemeenskap en opleiding, uitsprake en toesprake daarstel waarvan die publiek voortdurend bewus kan word.
- (2) Die interaksie tussen die regters en die gemeenskap moet verbeter word. Nie almal weet wie die regters van die Konstitusionele Hof is nie, en hoe die Konstitusionele Hof nou werklik funksioneer nie.

³⁸⁵ 1995(3) SA 391 (CC) paragraaf 221-222.

- (3) Regters kan meer optree in debatvoering by skole en universiteite. Regters kan meer betrokke raak by skynhowe en werkswinkels by universiteite.
- (4) Meer aandag kan verleen word om hofsake direk op televisie uit te saai, indien moontlik, sodat die publiek die saak kan volg. Waar dit nie direk uitgesaai word nie, kan die hele saak wanneer dit afgehandel is, uitgesaai word. 'n Aparte kanaal kan op televisie geskep word om konstitusionele hofuitsprake deur veral die volgende rolspelers te bespreek:
 - (i) Die regter om sy uitspraak te substansieer,
 - (ii) die media en beriggewing daaroor, en
 - (iii) die akademië om kritiek en voorstelle deur te gee en om die gemeenskap, universiteite en skole op te lei.
- (5) Belangrike Konstitusionele Hofuitsprake moet op die internet geplaas word, met gepaste kommentaar hieroor en 'n verwysingsraamwerk wie gekontak kan word om die uitspraak te verduidelik en kommentaar te lewer. Hier kan veral verwys word na die *O.J. Simpson-saak* in Amerika en die wêreldwye publisiteit wat hieraan verleen is.
- (6) Gereelde skakeling tussen regters en die media moet maandeliks plaasvind. 'n Komitee kan in die lewe geroep word om beter skakeling met die media en regters daar te stel. Dit sal ook 'n verbetering van mediadekking meebring, indien artikels oor hofuitsprake aan die regter voorgelê word voordat dit gepubliseer word. Die media moet egter die vryheid van uitdrukking ingevolge Artikel 16(1)(a) van die Handves van Menseregte behou, waar dit kommentaar en kritiek lewer rakende die regter se uitspraak. 'n Gesamentlike spanpoging moet deur die regters en die media daargestel word, wanneer beriggewing oor regsangeleenthede plaasvind. Dit sal groter vertrouwe skep by die gemeenskap, wat dan nie op verdraaide feite sal reageer nie.
- (7) 'n Judisiële komitee kan in die lewe geroep word, waarvan een van die hoof funksies veral sou wees om 'n beter begrip by die gemeenskap te kweek rakende die rol van die hof en hul uitsprake rakende nasionale en morele aangeleenthede.

3.4 DIE ONDERSKEID TUSSEN REG EN GERECHTIGHEID

Kan daar 'n onderskeid getref word tussen reg en gerechtigheid, en hoe dra hierdie komplekse onderskeid by tot 'n meer regverdigde samelewing?

Die aanname word soms gemaak dat om die reg te gehoorsaam, tot gerechtigheid sal lei. Hierdie siening is wel vatbaar vir kritiek, ongeag daarvan dat reg en gerechtigheid hand aan hand gaan. Wanneer daar wel gelet word op die verskille

tussen reg en geregtigheid, sal ons nie anders kan as om met Derrida saam te stem dat daar nie so-iets bestaan as perfekte geregtigheid nie.³⁸⁶

Wanneer die howe die reg interpreteer en toepas, sal hulle deeglik bewus daarvan moet wees dat daar 'n onderskeid tussen die begrippe “reg” en “geregtigheid” bestaan. Wat die geregtigheidsaspek betref, gee die howe in moeilike omstandighede soms uitsprake, wat die gemeenskap nie altyd ten volle begryp nie.³⁸⁷

Die verandering van die morele behoeftes van die gemeenskap speel 'n groot invloed op die geregtigheidsaspek. 'n Beslissing wat tien jaar gelede as korrek beskou is, is nie noodwendig vandag volgens die veranderde gemeenskapsopvatting korrek nie. Geregtigheid blyk dus wel ook 'n veranderende konsep te wees.

Wat is dan die inherente verskille tussen reg en geregtigheid?

- (1) Die reg moet gesien word as 'n sisteem van reëls. Daardeur word die aanname van “algemeenheid” van die reël, die norm of die universele gebod gemaak. Die reg bestaan uit positiewe strukture, waaruit die judisiële sisteem bestaan en waarvolgens optrede as reg, regmatig of behoorlik goedgekeur getipeer word.

Geregtigheid kan nie tot 'n sisteem saamgebind word nie, aangesien dit die grense van die sisteem oorskry. Geregtigheid tree voortdurend dekonstruktief op, dit ontwig gedurig die reg deur die onmoontlike van die reg te verwag en geregtigheid is konstant besig om krities die grense van die regsisteem te verander. Die vertrouwe kan uitgespreek word dat die verandering ten goede sal wees, want geregtigheid sal nooit omskryf kan word as 'n sisteem van reg nie. Wette word afgedwing deur staatsanksies. Montaigne sê dat mense die Wet nakom, nie omdat die Wet as reg beskou word nie, maar omdat dit deur die staat by wyse van mag afgedwing word.

Andersyds is geregtigheid voortdurend besig om die reg te verbeter en te transformeer.

- (2) Wetgewing of reg se funksie is om 'n belange-opweging ten opsigte van kompeterende aansprake te maak. Dit oorweeg en lewer dan 'n uitspraak. Dit is 'n gekodifiseerde stelsel. Wetgewing kan presies ooreenkomstig 'n reël/reg bepaal dat 'n persoon 'n sekere straf of kompensasie moet kry. Hoewel dit korrek gemeet kan word, werk dit nog nie geregtigheid in die hand

³⁸⁶ Derrida, 1992 34.

³⁸⁷ Die Hugo-saak 1997(4) SA 1 (CC), kan hier as voorbeeld dien.

nie, aangesien geregtigheid die grense van opweging oorskry. Wanneer geregtigheid beskou word as 'n blote afmeting, sou dit nie in staat wees om erkenning te verleen aan die onmoontlikheid van 'n perfekte beslissing nie. Daar kan egter geen reg sonder geregtigheid wees nie. Geregtigheid is nie 'n mate van kennis of teoretiese vasstelling nie; dit is wel 'n beproewing wat ontloot word deur 'n etiese aanvraag.

- (3) 'n Verdere verskil tussen reg en geregtigheid lê in die feit dat wetgewing/reg fokus op die algemene en universele, op die eweredigheid tussen verskillende sake. Geregtigheid slaan weer op die enkelvoud, die spesifieke en die individuele.³⁸⁸
- (4) Die hoofdoel van die reg is om te orden, terwyl geregtigheid weer 'n beroep doen om op te tree (a call for action). Wetgewing is daar om die wêreld te orden, om die kompleksiteit van die wêreld hanteerbaar te maak en te voorkom dat die individu verswelg word. Ons wêreld word gestruktureer deur wetgewing waaraan ons nie kan ontsnap nie.³⁸⁹ Geregtigheid orden nie die wêreld nie, dit is 'n weskroep vir optrede. Geen perfekte geregtigheid bestaan nie, maar die hoofdoel is om optrede te verg. Geregtigheid transformeer, dit verbeter wetgewing by die dag. Dit strewer altyd na die beter, die korrekte, die volmaakte, indien daar so-iets sou bestaan. Geregtigheid, hoewel verskillend, staan onlosmaaklik teenoor reg/wetgewing. Die verantwoordelikheid om te verbeter sal altyd bestaan.

Wanneer daar verwys word na administratiewe geregtigheid, soos vervat in Artikel 33 van die Handves van Menseregte, kom die verskil tussen reg en geregtigheid altoos meer na vore. Die reg, soos vervat in Artikel 33, stel die norm of speelveld daar. Die staat as owerheidsorgaan moet in sy administratiewe optrede ag slaan op administratiewe optrede wat regmatig, redelik en prosedureel billik is. Die reg stel die sisteem van regsreëls daar. Geregtigheid moet toegepas word om te verseker dat administratiewe optrede aan die vereistes gestel in die wetgewing voldoen.

- (5) Nog 'n verskil tussen reg en geregtigheid, soos gesien deur die oë van die individu, is die feit dat wetgewing die optrede van die ander party beheer. Die ander party moet op 'n sekere manier optree en indien nie, word daar met die reg te doen gekry. Geregtigheid, andersyds, beheers nie net die individu self nie, maar plaas die individu in perspektief teenoor die ander party.

³⁸⁸ Derrida is van mening dat "law's focus on the general and universal, and justice's focus on the singular is reflected in the following difference on focus. Law's focus is on "the legal subject" and the "citizen", where the only difference allowed for is the difference between neatly compartmentalised categories, for example, "minor" and "major", "married" and "unmarried". Individuals, in the eyes of the law, are self-contained atomistic and symmetrical. In contrast, justice views individuals not as self-contained, nor atomistic, they stand in a network of complex relationships."

³⁸⁹ Davies, 1994:3 writes "Laws are necessary to existence - without them we would have no knowledge, no reason, no understanding of anything ... but this is not to say that we have to accept unquestioningly the laws we have, and nor does that mean that the laws we have are not real."

As voorbeeld kan hier dien die slagspreuk : “Doen aan ’n ander wat jy graag aan jousef gedoen wil hê”.

- (6) Plig (“duty”) en verantwoordelikheid (“responsibility”) dui verder op ’n verskil tussen reg en geregtigheid. Die reg het betrekking op ’n plig wat nagekom moet word, terwyl geregtigheid te doen het met verantwoordelikheid. Dit is ons plig om die wetgewing na te kom. Die omvangsgebied van verantwoordelikheid is egter veel wyer. Dit omvat in die geheel veral optrede teenoor jou medemens. Die fokus is nie universeel nie, maar op komplekse verhoudinge, veral teenoor die individu.

Bauman illustreer dit baie mooi in sy werk “*Postmodern Ethics*”, waar hy skryf:

“One may legislate universal rule-dictated duties, but moral responsibility exists solely in interpolating the individual and being carried individually. Duties tend to make humans alike, responsibility is what it makes them into individuals. Humanity is not captured by common denominators - it sinks and vanishes there. The morality of moral subject does not, therefore, have the character of a rule.”³⁹⁰

Wanneer die howe met die toepassing van administratiewe geregtigheid te doen kry, sal dit baie help om op die inherente verskille tussen reg en geregtigheid te let. Daar moet veral seker gemaak word dat reg en geregtigheid nie antagonisties teenoor mekaar te staan kom nie. Die een vul die ander aan en is maar net twee verskillende kante van dieselfde muntstuk. Geregtigheid het geen bestaansreg sonder wetgewing/reg nie. Tog kan reg ook nie die strewe na geregtigheid regeer nie, anders sal dit geheel en al ’n geslote stelsel word, onsensitief vir verandering en blind vir die einddoel wat dit vir homself daargestel het. Dit sluit veral ook aan by die wetgewer se opdrag aan die howe om waar nodig, die gemenereg te ontwikkel. Waar die gemeenskap, en selfs die howe, van oordeel is dat wetgewing nie tot geregtigheid sal lei nie, kan dit na die Konstitusionele Hof vir oorweging verwys word. Anders as in die verlede, kan die Konstitusionele Hof nou heengaan en wetgewing wat nie konstitusioneel verantwoordbaar is nie, tersyde stel of terug verwys na die wetgewer, met die opdrag om dit binne ’n sekere tydperk reg te stel of om ander, verbeterde wetgewing op die boek te plaas.

Dit is duidelik dat daar ’n komplekse verhouding tussen reg en geregtigheid bestaan. Tog dra dit gesamentlik by tot ’n geordende en regverdige samelewing.

³⁹⁰ Bauman, 1993:54.

3.5 'n KORREKTE BEGRIP VAN DIE OORBRUGGING VAN DIE ONDERSKEID TUSSEN DIE PUBLIEK- EN DIE PRIVAATREG

Die Handves van Menseregte maak verskeie deure oop vir 'n hof om die “onderskeid” wat daar bestaan, indien sodanige onderskeid enigsins geldig is, tussen die publiekreg en die privaatrek te oorbrug. By die toepassing van 'n bepaling van die Handves van Menseregte op 'n natuurlike of regspersoon ingevolge Artikel 8(3)(a) van die Grondwet moet 'n hof ten einde gevolg te gee aan 'n reg in die Handves, die gemenerreg toepas, of dit indien nodig ontwikkel, in die mate waarin wetgewing nie aan daardie reg gevolg gee nie.

Artikel 8(3) van die Handves van Menseregte sluit verder aan by Artikels 39(2) en (3) van die Grondwet, wat soos volg bepaal :

“(39)(2) By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemenerreg of gewoonterreg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking of oogmerke van die Handves van Menseregte bevorder.

(39)(3) Die Handves van Menseregte ontken nie die bestaan van ander regte of vryhede wat deur die gemenerreg , gewoonterreg of wetgewing erken of verleen word nie, in die mate waarin daardie regte of vryhede met die Handves bestaanbaar is.”

'n Korrekte uitleg en ontwikkeling van veral die gemenerreg gaan in die toekoms meebring dat die onderskeid wat tussen die publiekreg en die privaatrek bestaan, gaandeweg sal vervaag. Die eerste spore hiervan word reeds gevind in die beslissing van *Eastern Metropolitan Substructure v Peter Klein Investments*,³⁹¹ soos hierbo in besonderhede bespreek.

Die hof vermeld ook dat die gemenerreg in die vermeldde saak nie daarvoor voorsiening gemaak het om estoppel in werking te stel om te voorkom of te verhoed dat 'n statutêre plig nagekom of uitgevoer word nie. Die hof vra tereg die vraag of die gemenerreg nie ingevolge Artikel 39(2) van die Grondwet as sodanig uitgebrei kan word om die gees, doel en oogmerk van die Handves van Menseregte weer te gee deur die pleit van estoppel deur die verweerder te handhaaf nie.

Die hof stel dit duidelik dat die Grondwet 'n verandering aan die inhoud van die leerstuk van estoppel teweeggebring het, veral waar dit van toepassing was op die publiekreg. Binne die raamwerk van die Grondwet is dit nou vir die hof moontlik om die nodige uitbreidings rakende die gemenerreg aan te bring. Die aanwending van

³⁹¹ 2001(4) SA 661 (WLD).

die leerstuk van estoppel maak nie inbreuk op die bepalings van die Grondwet nie. Die blatante toepassing van estoppel, veral waar dit strek tot voordeel van die owerheidsorgaan om sy negering van statutêre voorskrifte na te kom of goed te keur, druis wel in teen die bepalings van die Handves van Menseregte en die gees van die Grondwet.

Die verweerder is benadeel deur die eiser se voorstelling om nie die nodige heffings betyds te verhaal nie. Die hof is deeglik bewus van hierdie benadeling en stel dit soos volg :

“To permit the plaintiff to take advantage of the established rule against the raising of an estoppel, where there was no alleged or minimal countervailing benefit to the plaintiff, would be inconsistent with the entrenched constitutional value of reasonable public administration. To allow the plea of estoppel in the limited and peculiar circumstances of the present case would prevent hardship and injustice and give content to the object of the Constitution and the basic values underlying it. Estoppel was after all an equitable doctrine which was pertinently concerned with questions of fairness in particular contests. One of its functions was to protect relationships of trust and confidence in the sense that it would hold parties to their representation to one another where there had been detrimental reliance.”³⁹²

Uit hierdie beslissing is dit duidelik dat die privaatregtelike leerstuk van estoppel wel ter sprake gebring kan word teen 'n owerheidsorgaan, veral waar hy nie die statutêre verpligting wat opgelê word na behore uitvoer nie en sodanige negering vir die onderdaan in die publiekregtelike verhouding benadeel.³⁹³

Is die Handves van Menseregte van toepassing op die privaatreë? Wat sê die buitelandse reg hieroor?

In Duitsland, die Verenigde State van Amerika en Kanada is daar verskeie grondwetlike bepalings toegepas om alternatiewe vir die direkte toepassing van die Grondwet op die privaatreë daar te stel.

In Duitsland is die siening van die regbank en skrywers dat regte vervat in die Handves van Menseregte slegs indirek op die gebied van die privaatreë toegepas kan word. Die argument word geopper dat die Grondwet nie 'n uitdruklike bepaling bevat wat vereis dat die Handves van Menseregte op privaat verhoudings toegepas

³⁹² 2001(4) SA 661 (WLD) by 665.

³⁹³ 2001(4) SA 661 (WLD) By bladsy 665 E-F beslis die hof soos volg: “Further, that the facts of the present case called for an indirect application of the fundamental rights provision embodied in the Constitution. The degree of development of the common law that was required was of a limited nature. What was required is not a setting aside of common law rule but an incremental change in its application, necessary to ensure that the underlying values and objectives of the Constitution were achieved. Instead of permitting a barrier to the raising of estoppel against a public authority exercising public power, the common law had to be developed to emphasise the equitable nature of estoppel, and its function as a rule allocating the incidence of loss. (Paragraph (40) at 685 F-H) The exception on the estoppel issue was dismissed.”

moet word nie. Die hoër gesag van die Handves van Menseregte word as sodanig geakkommodeer in verskeie leerstukke, sodat dit 'n objektiewe waardesisteem daarstel, wat as sodanig 'n indirekte glansryke effek op die privaatreë sal hê, veral waar oneweredige private verhoudings oorweeg word en waar algemene privaatreëtelike konsepte soos *boni mores* en *bona fides* van toepassing is.

Aangesien die bepalings van die Amerikaanse Handves van Menseregte verwys na grondwetlike verpligtings van die federale wetgewer en die federale state, is die Handves van Menseregte slegs op owerheidsoptrede van toepassing.³⁹⁴ Owerheidsoptrede word weer sodanig toegepas, dat sekere privaatreëtelike verhoudings ook ingesluit word.³⁹⁵

In Kanada is die Handves van Menseregte van toepassing op owerheidsorgane. Volgens die Handves sluit staatsorgane nie die howe in nie. Wetgewing wat private verhoudings reël, moet voldoen aan die bepalings van die Handves van Menseregte, maar in litigasie tussen privaatpartye mag die geldigheid van die gemeneereg nie ooreenkomstig die Handves van Menseregte in hersiening geneem word nie.

Wat Suid-Afrika aanbetref, het die Konstitusionele Hof reeds in *Du Plessis v de Klerk*³⁹⁶ beslis dat die Handves van Menseregte van toepassing is op die privaatreë.

Die onderskeid wat daar in die verlede tussen privaatreë en publiekreg gemaak is, is in ons regsisteem geworteld. Dit strek so ver terug as Justinianus se "Institute". "Public law is that which regards the government of the Roman Empire, private law, that which concerns the interests of individuals".³⁹⁷

Die idee word op die voorgrond geplaas dat 'publiekreg' die verhoudings tussen onderdane en die staat beheer, terwyl "privaatreë" van toepassing is op die verhouding tussen privaat partye. Uit hierdie Romeinsregtelike onderskeid het daar twee hoof regstemas na vore gekom. Een tema dui aan dat publiekreg anders hanteer moet word, aangesien die verhouding tussen staat en onderdaan een is van fundamenteel ongelyke partye. Daarmee sou dit dus stilswyend te kenne gegee het dat die verhouding tussen partye in die privaatreë 'n meer gelyke verhouding tussen

³⁹⁴ In die "Civil Rights Cases" 1883(109) US 11 is die volgende aangehaal aangaande die 14de amendement: "It is State Action of a particular character that is prohibited. Individual invasion of individual rights is not the subject matter of the Amendment." Hierdie siening word formeel steeds gehandhaaf. Diskriminasie in privaat verhoudings word nie as sodanig deur die Handves van Menseregte verbied nie, maar eerder deur verskeie sivielregtelike wette wat aangeneem is deur die Federale Wetgewer.

³⁹⁵ Die volgende dien as voorbeelde: *Marsh v Alabama* 1946(326) US 501, 'n Privaatmaatskappy in beheer van 'n dorp oefen openbare pligte uit; *Terry v Adams* 1953(345) US 461; Politieke partye wat vereistes vir verkiesings bepaal, doen dit asof hulle publieke organe is; *Burton v Wilmington Parking Authority* 1961(365) US 715; 'n Party wat 'n koffiekroeg in 'n munisipale parkeerarea huur, word ook beskerm deur die beskermingsklousule vervat in die veertiende amendement.

³⁹⁶ Die Handves van Menseregte is direk van toepassing wanneer op die Handves gesteun word in gedingvoering teen die Staat, of waar die ongeldigheid van die statute en administratiewe wette wat die private verhoudings reguleer en 'n dispuut hieroor ontstaan, en ook wanneer die Staatsorgane optree ingevolge die Gemeneereg (Paragraaf 49). Sekere bepalings mag direkte toepassing by noodsaaklike implikasie hê (Paragraaf 62 & 161). Die Handves van Menseregte word indirek toegepas wanneer 'n privaat persoon in privaat litigasie beweer dat die Gemeneereg teenstrydig met die Handves van Menseregte is. Sien ook die besprekings van die saak deur Cheadle and Davis:1997:44; Woolman and Davis:1996: 361.

³⁹⁷ Justinianus Institute, I 1.1.4 (Sandars's translation) (F also D 1.1.1.2).

hulle daargestel het. 'n Volgende tema stel die twee regstelsels naas mekaar om aan te dui dat die publiekreg indring op die gebied van "politiek". Privaatreg is dan heeltemal losstaande van sodanige politieke oorwegings.

In die hedendaagse regsteorieë word pogings aangewend om hierdie verouderde denkwyse, wat veral deur vroeëre regsgeleerdes vertroetel is, in die ban te doen. Die aanval rakende die onderskeid tussen kontrak en delik is welbekend.³⁹⁸ Teoretici het ook begin om die onderskeid tussen reg en beleid, of judisiële rol en wetgewende rol, of staat en gemeenskap te bevraagteken.³⁹⁹

Dit is gevolglik nie 'n verrassing dat die onderskeid tussen privaatrek en publiekreg ook onder skoot gekom het nie. Hierdie onderskeid word veral indringend deur Alfred Cockrell in sy artikel "*Can You Paradigm? - Another Perspective on the Public Law/Private Law Divide*" bespreek.⁴⁰⁰

Ter afsluiting van sy artikel maak Cockrell die volgende belangrike afleiding :

"Now although private law is not usually said to be concerned with these matters, the regulation of private disputes raise deeply political issues in its own right. It is too early to talk of participation and accountability in private law structures, but it would be possible to fasten onto values such as good faith and co-operation in the context of (for example) contract law. Perhaps, then, we should see public law and private law as two subtly nuanced paradigms which operate side-by-side within South African Legal discourse, and approach the prospect of 'paradigm leaps' with relish rather than with dread."

'n Aantal jare het verloop vandat hierdie stelling gemaak is. Daar kan reeds 'n verskuiwing van idees bespeur word rakende die verskil tussen Privaatreg en publiekreg wanneer die Handves van Menseregte van toepassing is. Die *Eastern Metropolitan Substructure-saak* hierbo bespreek, kan ongetwyfeld gesien word as voorloper van die nuansverskuiwing van die Konstitusionele Hof rakende die onderskeid tussen die privaat- en publiekreg.

³⁹⁸ Gilmore, 1974.

³⁹⁹ Kennedy, 1982:1349. Sien ook Shapiro, 1984:465.

⁴⁰⁰ Cockrell, 1993:227.

Hoofstuk 5

DIE INVLOED VAN DIE PUBLIEKREG OP DIE PRIVAATREG, MET SPESIFIEKE VERWYSING NA DIE KONTRAKTEREG

1. INLEIDING

In hierdie onderafdeling sal daar veral gekyk word na die invloed wat die toepassing van die Grondwet en veral die Handves van Menseregte het op die kontrak en die kontrakteervryheid van die kontrakpartye. Speel begrippe soos “geregtigheid” en “billikheid” ’n rol wanneer die kontrak gesluit en/of afgedwing word? Welke rol speel die howe om toe te sien dat die waardes vervat in die Grondwet gehandhaaf word?

Die aspek van die ontwikkeling van die gemenerereg en ’n moontlike weg beweeg van die beginsel van *pacta sunt servanda* word vervolgens ook ondersoek. Die horisontale-vertikale toepassing van die Handves van Menseregte en die invloed op die kontrak, word verder in oënskou geneem.

2. DIE TOEKOMS VAN DIE SUID-AFRIKAANSE KONTRAKTEREG

Wanneer ’n kontrak gesluit word, het die individu ’n verwagting dat die Grondwet nie net toegepas sal word om die kontrak te verbeter nie, maar dat billikheid en geregtigheid ook die norm sal wees, waarvolgens ’n kontrak gesluit en uitgeleef sal word.

Die terrein van die kontraktereg leen hom by uitstek daartoe dat die kontrakpartye, wanneer daar ’n ooreenkoms gesluit word, grootliks sal staatmaak op beide partye se eerlikheid om sodoende billikheid en geregtigheid te bewerkstellig.

Word daar egter gekyk na die Suid-Afrikaanse hofverslae, kom ’n mens gou tot die besef dat daar nie so-iets soos ’n foutlose ooreenkoms bestaan nie. Die ekonomiese bestel bring verder mee dat kontrakpartye dikwels op ongelyke voet met mekaar moet kontrakteer. Aan die ander kant kom ’n party te staan teen ’n magtige staatsorgaan, wat self sy funksies moet uitoefen en sekerlik van die kontrakvorm gebruik sal maak om sy doel te bereik.

In hoe ’n mate kan ’n kontrakparty, wat hom/haar verontreg voel ten opsigte van die uitoefening van die kontrakvoorwaardes, ’n beroep maak op die fundamentele regte waarvoor die Grondwet voorsiening maak? Die toekoms van die Suid-Afrikaanse kontraktereg sal ongetwyfeld afhang van hoe dit daarin gaan slaag om reg op gelykheid tussen kontrakpartye toe te pas. Die kontraktereg beheer opemark-ooreenkomste en substantiewe gelykheid bied die uitdaging om die verdelende skema wat deur die kontraktereg geskep is, te evalueer. Die herverdeling van rykdom en kennis word nie deur

die reg verbied nie, maar dit eis dat hierdie middele uitgeoefen word sonder uitbuiting van die swakkere party.

Wat die kontrak aanbetref, sal die gemenerereg, in opdrag van die Grondwet, hervorm moet word. Die reg op gelykheid kan veral hier 'n rol speel om die inhoud van soepele norme soos die goeie trou en die openbare belang te bepaal.

Daar bestaan verskeie faktore wat 'n rol kan speel in die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse kontraktereg.

2.1 PRIVAATREG EN DIE HANDVES VAN REGTE

Die invloed van die Handves van Menseregte op die gebied van die kontraktereg, is 'n aspek wat in die verlede nie veel aandag geniet het nie. Die vernaamste oogmerk van die Handves van Menseregte is om veral die basiese regte van die individu te beskerm teen ongevraagde inmenging deur die staat en sy instellings. Die bepalings van die Handves van Menseregte is derhalwe veral van toepassing op staatsoptrede, met ander woorde vertikale toepassing op die staat-onderdaanverhouding. Wat egter werklik van belang is, is die horisontale toepassing van die bepalings van die Handves van Menseregte op privaatregtelike verhoudings tussen kontrakpartye.

Dit moet egter nie uit die oog verloor word nie dat daar in die verlede veral gekonsentreer is op die verkryging van 'n grondwet wat die Handves van Menseregte sou insluit, en dat die groot doelwit was om die individu teen veral staatsoptrede te beskerm. Die fokuspunt het toe nie gehandel oor die invloed van die Grondwet op die gebied van die kontraktereg nie.

Baie mense is vandag van oortuiging dat die Handves van Menseregte slegs vertikaal toegepas kan word.

Die teendeel is egter waar, soos dit duidelik blyk uit die bespreking in die vorige hoofstuk. Voorheen is daar veral 'n streng onderskeid getref tussen publiek- en privaatrete. Uitgaande van hierdie filosofie is die toepassing van die bepalings van die Handves van Menseregte slegs beperk tot die owerheid-onderdaanverhouding.

Verskillende beredenerings rakende die horisontale toepassing van die Handves van Menseregte op veral die gebied van die kontraktereg, kan onderskei word. Die Duitse leerstuk van *Drittwirkung*, of indirekte horisontale toepassing, bepaal kortliks, indien nie andersins gespesifiseer nie, dat die bepalings van die *Grundgesetz* geen direkte toepassing op privaatregtelike verhoudings het nie. Privaatregtelike verhoudings word gereguleer deur die Duitse Siviele Kode en ander relevante wetgewing wat op 'n *ad-hoc* basis toepassing vind.

Indirekte horisontale toepassing is wel in die Duitse Reg op die volgende wyse te vinde : die sogenaamde algemene klousules in die Duitse Siviele Kode (BGB), wat die beginsels van goeie trou en goeie moraal omvat, welke beginsels 'n groot rol speel in die ontwikkeling en uitbouing van die siviele kode, moet vertolk en toegepas word. Hierdie beginsels speel 'n groot rol in die voortgesette ontwikkeling en toepassing van die bepalings van die BGB. Dit reflekteer ook die standarde wat vir die beskerming van basiese regte daargestel word, soos vervat in die *Grundgesetz*.

Wanneer die Duitse howe wetgewing interpreteer, veral wetgewing betreffende privaatregtelike verhoudings, moet daar maksimaal aandag bestee word aan 'n objektiewe sisteem van waardes soos vervat in die bepalings van die *Grundgesetz*, met ander woorde die indirekte onderwerping van alle privaatregtelike reëls en beginsels aan die basiese waardes vervat in die Grondwet.

Die Verenigde State het voorts 'n ander benadering tot die aspek van horisontale toepassing. Die betrokke grondwetlike bepalings is slegs van toepassing op staatsoptrede, en vind nie toepassing op die individu wat inbreuk maak op individuele regte nie. Dié bepalings het slegs vertikale toepassing. Horisontale toepassing van menseregtebeginsels word op 'n indirekte wyse deur middel van 'n aparte Civil Rights Act toegepas.

Wat die Suid-Afrikaanse Reg aanbetref, is dit veral merkbaar dat daar 'n beweging weg van die tradisionele siening van die skeiding tussen privaatreë en publiekereg is. Dit is veral die welsyn-staatmodel wat meebring dat 'n geleidelike erosie van die grense tussen die publieke- en privaatsfere ontstaan. 'n Goeie voorbeeld hiervan is die ontwikkeling van die moderne arbeidsreg, veral met die sluiting van die arbeidskontrak tussen werkgewer en werknemer. Op hierdie gebied is die staat by wyse van wetgewing voorskriftelik hoe die werkgewer-werknemerkontrak daar moet uitsien.

Die beskerming en erkenning van menseregte het nie slegs 'n impak gehad op internasionale verhoudinge nie, maar word ook tans gereflekteer in die private verhoudings tussen partye.

In teenstelling met die deliktereg, bevat die kontraktereg algemene beginsels van aanspreeklikheid. Hierdie beginsels van kontraktuele aanspreeklikheid bestaan hoofsaaklik uit spesifiek omskrewe reëls, met 'n vasgestelde gebied van toepassing. 'n Goeie voorbeeld is die howe se hantering van die leerstuk van *iustus error*, veral waar daar spesifieke reëls is hoe dit benader moet word. Dink veral aan die koopkontrak, waar vaste eiendom aangeskaf word. Wetgewing bepaal dat geen vervreemding van grond kan plaasvind, alvorens die kontrak op skrif vasgelê is.

Enige kontrak wat strydig aangegaan word met wetgewing, of die gemenerereg, is nietig. Dieselfde is ook van toepassing waar 'n kontrak gesluit word teenstrydig met die openbare belang of die goeie sedes van die gemeenskap (*contra bonos mores*). Dit is verder onduidelik welke bepalinge van 'n kontrak teen die goeie sedes sou indruis. Sulke bepalinge sal van land tot land verskil, aangesien wat vir die een land aanvaarbaar sal wees, nie sonder meer aanvaarbaar sou wees in 'n ander land nie. Die toekomstige geldigheid van kontrakte gaan baie daarvan afhang hoe die houe gaan aanpas by die nuwe wending wat die Grondwet, en veral die Handves van Menseregte, op die gebied van die privaatregtelike verhouding gaan bring. Die beginsels vervat in die Handves van Menseregte bring 'n heeltemal nuwe dimensie na vore. 'n Goeie voorbeeld is die toepassing en afdwinging van die "in restraint of trade"-klousule. In die *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Limited v Ellis*-saak⁴⁰¹ het die appèlhof 'n tradisionele benadering verander en besluit dat kontrakteervryheid groter gevolg gedra het as handelsvryheid in die bepaling van openbare beleid. Die hof het derhalwe beslis dat die "in restraint of trade"-klousule *prima facie* geldig was.

Nieteenstaande die moontlikheid dat indirekte horisontale toepassing op die gebied van kontraktereg kan plaasvind, lê daar egter, wat vernuwing aanbetref, 'n opdraande stryd voor. Kontraktereg is van nature 'n konserwatiewe en relatief rigiede area van die reg. Dit word tradisioneel nie getipeer as ontvanklik te wees vir vernuwing by veranderde omstandighede nie. Die kontraktereg pas nie maklik aan by veranderde sosiale en ekonomiese omstandighede nie. Die huidige kontrakteregdoktrine is gebaseer op die paradigma van 'n vrye mark. Hier sal vrywillige deelname deur individue op 'n gelyke grondslag in 'n wedyweringsproses, sonder die inmenging van die staat ten gunste van die gemeenskap meewerk. Die teendeel is egter waar. Sosiale en ekonomiese realiteit het die afgelope paar jaar drasties verander. Deelnemers aan die vryemarkstelsel kontrakteer selde op gelyke grondslag met mekaar. Die groot gevaar bestaan egter dat indien die oplossing nie deur houe daargestel word nie, ongelykheid deur middel van wetgewing deur die owerheid reggestel gaan word.

Die huidige gemeneregdoktrine rakende die kontraktereg kan wel die nodige verandering ondergaan wat slegs plaasvind deur die toepassing van die beginsels van goeie trou of *bona fides*.

'n Duidelike koersverandering het ook reeds in verskeie hofsake na vore getree. In *Sasfin (Pty) Limited v Beukes*⁴⁰² het die hof beslis dat ongelyke voorwaardes in die kontrak teenstrydig kan wees met die openbare belang. Derhalwe is dit ongeldig,

⁴⁰¹ 1984(4) SA 874 (A).

⁴⁰² 1989(1) SA 1 (A).

indien die voorwaardes nie aan die vereistes van eenvoudige geregtigheid tussen individu en individu voldoen nie. In *Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Limited v Hovis*⁴⁰³ het die hof die geleentheid gehad om die uitwerking van 'n statutêre verpligting in 'n kontrak op die basis van *bona fides* in oënskou te neem. Die beslissing in *Rand Rietfontein Estates Limited v Cohn*⁴⁰⁴ het gehandel oor 'n botsende interpretasie. Dit kan by wyse van *bona fides* wat tot 'n billike interpretasie sal lei, reggestel word. Die uitbreiding en toepassing van die huidige reëls van kontraktereg kan aan die hand van die basis van goeie trou plaasvind.⁴⁰⁵

'n Nuwe era het in die regspleging aangebreek, veral met die totstandkoming van die nuwe grondwet. Hierdie nuwe bedeling bring veral mee dat daar 'n breuk met die verlede plaasgevind het. Akademici het reeds baie geskryf oor die invloed wat die Grondwet op die privaatreëls sal hê en hoe private verhoudings benader moet word.⁴⁰⁶

Die volgende bepalings van die Grondwet sal 'n rol speel in die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse kontraktereg :

- Artikel 9(1) bepaal dat elkeen gelyk is voor die reg en die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg het.
- In Artikel 9(2) word daar rigting gegee hoe gelykheid benader moet word. Gelykheid sal ook insluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede.
- In Artikels 9(2) en 9(3) word onbillike diskriminasie aangespreek. Artikel 9(4) bepaal dat geen persoon regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand op een of meer gronde ingevolge Subartikel 3 mag diskrimineer nie. Dit is verder ook duidelik dat die wetgewer wetgewing in plek gebring het om diskriminasie te bekamp, en die voortou op die gebied van die arbeidsreg geneem het.
- 'n Beperting word ook gestel op die gronde van diskriminasie in Subartikel 9(5), wat vermeld dat diskriminasie onbillik is, totdat bewys word dat dit wel billik is.

Wanneer 'n hof die Handves van Menseregte aan die hand van die kontraktereg uitlê, moet daar ag geslaan word op die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing daarstel. Die samelewingsvereistes moet gebaseer word op menswaardigheid, gelykheid en vryheid.⁴⁰⁷

Dit lyk nie of die hof werklik ten volle daarin slaag om die nodige veranderinge, wat bogemelde waardes vergestalt, in hofuitsprake die lig te laat sien nie. Hieronder

⁴⁰³ 1980(1) SA 645 (A).

⁴⁰⁴ 1937 AD 317.

⁴⁰⁵ Sien *BK Tooling (Edms) Bepert v Scope Precision Engineering (Edms) Bepert* 1979(1) SA 391 (A) en *Plaaslike Boerdienste (Edms) Bepert v Chemfos Bk* 1986(1) SA 819 (A).

⁴⁰⁶ Sien in hierdie verband Van Aswegen, 1995:50; Visser, 1995:745; Carpenter en Botha, 1996:126; Sprigman en Osborne, 1999:25; Rautenbach, 2000:296; Van der Walt, 2000: 416 en 2000: 605.

⁴⁰⁷ Sien artikel 39 van die grondwet.

word 'n paar probleemareas wat verandering op die gebied van die kontraktereg demp, bespreek.

Die aanhef tot die Grondwet spel dit ook duidelik uit dat die Republiek van Suid-Afrika 'n soewereine, demokratiese staat is, gegrond op menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbou van menseregte en vryhede.⁴⁰⁸

Maar daar is ook beperkings op die toepassing van die Grondwet. Artikel 7(3) van die Grondwet bepaal dat die regte in die Handves van Menseregte onderworpe is aan die beperkings in Artikel 36, of waar dit elders in die Grondwet vermeld word.

Die waardes hierbo genoem, gesien in die lig van die Grondwet, dui sterk daarop dat die Handves van Menseregte horisontaal toegepas moet word, hetsy direk of indirek.

Sterk kritiek kan uitgespreek word oor die wyse hoe wetgewing saamgestel word. Soos in die vorige afdeling vermeld, word daar betoog dat die Grondwet wel horisontale werking geniet. Dit is 'n groot leemte dat die wetgewer lewensbelangrike aspekte, soos horisontale toepassing, nie eksplisiet in die Grondwet uit spel nie. Die indruk kan wel by die uitleg van die Grondwet en die toepassing van die bepalings van die Handves van Menseregte op die privaatreg gevorm word, dat 'n speletjie van raai-raai-ripa gespeel word. Is die bepaling van die Handves van Menseregte nou op die kontraktereg van toepassing, of nie. Die individu se regte in die nuwe Suid-Afrika moet nie deur die gooi van 'n dobbelsteen bepaal word nie. Groot regsonsekerheid word geskep by die persoon op straat as die howe nie 'n konsekwente benadering volg by die toepassing van menseregte, wanneer private regte in konflik met mekaar verkeer nie. Dit is veral op die gebied van die kontraktereg waar die probleem hoogty vier.

Die vraag kan tereg gevra word of die howe nie te veel vasklou aan die sekerheid wat in die verlede deur die gemene reg daargestel is nie. Kontrakteervryheid het vir jare lank aan die hand van die *pacta sunt servanda*-beginsel as anker in die kontraktereg gedien. Het die tyd nie miskien aangebreek om weg te beweeg van die bogenoemde sienswyse nie, veral nou dat 'n nuwe bedeling geld nie? Die *pacta sunt servanda*-beginsel kan nie meer gesien word as die *alfa* en die *omega* nie.

Maar 'n daadwerklike waarskuwing moet gerig word dat die toepassing van die bepalings van die Handves van Menseregte op die gebied van die kontraktereg uiters delikaat gedoen moet word. Groter onsekerheid oor die inhoud en toepassing van die bepalings in 'n kontrak moet ook nie na vore tree nie. Die howe het as't ware 'n groot opvoedingstaak, veral ten opsigte van die persoon op straat. Die

⁴⁰⁸ Artikel 1 van die grondwet.

boodskap moet duidelik tuisgebring word wat van partye verwag word, indien hulle met mekaar 'n ooreenkoms aangaan. Andersyds is kontrakpartye ook nie te verantwoordelik nie. Baie mense het reeds 'n goeie aanduiding van wat hulle menseregte behels, maar min moeite word gedoen om die nodige regsadvies te bekom, alvorens 'n kontrak, wat groot geldelike nagevolge kan hê, gesluit word.

By die uitleg van menseregte aan die hand van die kontrakreg, kan die howe ook verder steun put uit die bepalings van die Grondwet self. Hoofstuk 3 verskaf 'n sterk aanduiding dat horisontale toepassing wel moet plaasvind. Suid-Afrika beskik nie oor 'n *Civil Rights Act* wat voorsiening maak vir direkte horisontale toepassing van fundamentele regte nie. 'n Resultaat kan ook deur die howe verkry word, deur interpretasie op die grondslag van indirekte horisontale toepassing te laat geskied.⁴⁰⁹ Norme soos goeie trou en openbare belang kan veral groot stukrag verleen in gevalle waar probleme by die uitleg van die kontrak bestaan. Alle wetgewing, ook wetgewing wat private verhoudings beheer, moet sodanig uitgelê word om maksimale effek te verleen aan die waardes en beginsels in die Grondwet vervat. Dit sal meebring dat alle privaatregtelike reëls en beginsels indirek onderhewig gestel word aan die fundamentele waardes vervat in die Grondwet.

Indirekte horisontale toepassing kan ook deur die howe ingelees word in die bepalings van Artikels 8(2) en 8(3)(a) van Hoofstuk 2 van die Grondwet. 'n Bepaling van die Handves van Menseregte bind 'n natuurlike, of 'n regspersoon, in die mate waarin dit toepasbaar is, met inagneming van die aard van die reg en die aard van enige plig deur die reg opgelê. Die taak van die howe word ook verlig, deurdat die wetgewer dikwels na vore tree en wetgewing daarstel wat die privaatregtelike verhouding van partye reël. Die toepassing van die Handves van Menseregte op die gebied van die privaatrek gaan grootliks deur die howe op die grondslag van interpretasie geskied. Die grondwet lê verder 'n belangrike taak op die skouers van die howe. Ingevolge Artikel 8(3) van die Handves van Menseregte, moet die howe by die toepassing van 'n bepaling van die Handves van Menseregte op 'n natuurlike of regspersoon ingevolge Subartikel (2) -

- (a) gevolg gee aan 'n reg in die handves, die gemenerereg toepas, of indien nodig ontwikkel, in die mate waarin wetgewing nie aan hierdie reg gevolg gee nie; en
- (b) kan 'n hof reëls van die gemenerereg ontwikkel om die reg te beperk, mits die beperking in ooreenstemming met Artikel 36(1) is.

⁴⁰⁹ Artikel 7(4) van die Interim-Grondwet het 'n belangrike verandering ten opsigte van die gemeenregtelike begrip van *locus standi* teweeggebring. 'n Vereniging wat in belang van sy lede optree, 'n persoon wat optree ten behoeve van 'n ander persoon wat nie in staat is om op sy eie te ageer nie, 'n party wat optree as lid, of in belang van 'n groep of klas persone, of 'n persoon wat optree in openbare belang, is geregtig om enige bevoegde hof te nader vir 'n gepaste bevel, wanneer daar inbreuk gemaak word, of 'n dreigement daartoe, om enige van die regte in die Handves van Menseregte te skend. Ingevolge die gemenerereg moes 'n litigant 'n direkte belang in die saak kon aantoon, anders kon die saak nie aanhangig gemaak word nie. Die moontlikheid om 'n groep of klas te verteenwoordig en die herlewing van die *actio popularis* in publieke belang, het nuwe deure vir die afdwinging van menseregte geopen.

Die vertrou kan slegs uitgespreek word, dat die howe 'n positiewe benadering sal volg wanneer gemenerereg ontwikkel word en wanneer uitleg gegee word ten opsigte van die invloed wat die Handves van Menseregte op die gebied van die kontrakreg sal hê.

2.2 DIE BEHOUD VAN DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG

Die ontwikkeling van die kontraktereg en die uitbreiding van die gemenerereg moet grootliks geskied aan die hand van die Handves van Menseregte. Nog 'n faktor wat 'n rol sal speel in die ontwikkeling van 'n nuwe Suid-Afrikaanse kontrakteregstelsel, is in hoe 'n mate die howe gaan afstand doen van die behoud van die Romeins-Hollandse Reg. Die behoud van die Romeins-Hollandse Reg is egter nie onkontroversieel nie. Die kontrak in die Romeins-Hollandse Reg het die vryemarkbenadering as basis voorgestaan. Hierdie stelsel was egter jare gelede van toepassing op 'n ekonomie wat totaal en al verskil van ons hedendaagse komplekse ekonomie. Dit is duidelik dat die "ou" wêreld nie meer ten volle by die "nuwe" aanpas nie. Die Romeins-Hollandse Reg verskaf nie meer antwoorde op alle vrae nie.

Die vraag kan gevra word of 'n mens 'n totaal nuwe kontrakteregstelsel moet skep? Dit is egter nie nodig nie. Die gemenerereg moet aangevul word om by die eise van die hedendaagse lewe aan te pas. Die meriete waarop die howe moet let, sal bepalend wees in elke hofsaak wanneer daar gekom word by wetsuitleg en die ontwikkeling van die gemenerereg. Die feite van 'n bepaalde saak sal hom by uitstek daartoe leen om die partye streng te hou by die bepalings van die ooreenkoms (*pacta sunt servanda*). 'n Ander saak sal hom weer leen om die Handves van Menseregte ten volle toe te pas. 'n Goeie voorbeeld is die hantering van die howe en hul siening of die "in restraint of trade"-klousule toegepas moet word of nie. Die een party kan aanvoer dat dit dien as beskerming van sy reg tot vrye ekonomiese verkeer, terwyl die ander party kan aanvoer dat sy reg op handelsvryheid ingeperk word. Met hierdie botsende belange rakende die Handves van Menseregte, sal die hof tot 'n beslissing kom om te sien of die toepassing van die klousule in belang van die openbare orde is, al dan nie.

Die voorstel is dat sowel die Romeins-Hollandse beginsels as die beginsels van die Handves van Menseregte met mekaar versoen moet word en dat dit in geheel sal dien as 'n positiewe ontwikkeling van kontraktereg.

2.3 HERVORMINGSMETODES

Nog faktore wat 'n rol kan speel in die ontwikkeling van die kontraktereg, is verskeie hervormingsmetodes. Hier kan verwys word na kodifikasie, stuksgewyse wetgewende ingryping en judisiële hervorming.

2.4 HERVORMING DEUR WETGEWING

Indien die wetgewer nie tevrede is met die ontwikkeling van die kontraktereg nie, kan wetgewing daargestel word om effektiewe meganismes te skep om substantiewe geregtigheid binne die kader van die Romeins-Hollandse kontraktereg te verseker. Die tipe wetgewing is wel in die verlede met sukses toegepas, veral om verbruikerskrediet te beheer. Dit het grootliks gedien ter beskerming van die verbruiker.

Die rol wat die Regskommissie speel, moet ook nie uit die oog verloor word nie.⁴¹⁰

Die Regskommissie se toepassing is om wetgewing daar te stel om aan die howe 'n algemene diskresie van billikheid, gebaseer op *bona fides*, te verleen en toe te sien dat substantiewe geregtigheid in die skepping, inhoud en afdwinging van kontrakte sal plaasvind.

Wetgewing moet egter nie as die volledige antwoord beskou word nie. Daar moet voortdurend gekonsentreer word op die toepassing van bestaande kontraktereg-beginsels, met 'n spesifieke fokuspunt om die Romeins-Hollandse Reg te hervorm. Dit moet plooibaar genoeg wees om aan te pas by toekomstige veranderde sosiale behoeftes.

2.5 JUDISIËLE AKTIVISME

Judisiële aktivisme, as 'n faktor wat 'n rol tot die vernuwing van die kontraktereg kan speel, sal slegs suksesvol wees, indien daar 'n inherente begeerte by die howe bestaan om verandering te laat plaasvind. Judisiële aktivisme is belangrik vir die transformasie van die kontraktereg. Dit moet verseker dat 'n effektiewe, billike en regmatige kontrakteregsisteem tot stand gebring word.

⁴¹⁰ Suid-Afrikaanse Regskommissie (Verslag : Projek 48) 1998:213-223.)

3. DIE ONTWIKKELING VAN DIE KONTRAKTEREG EN DIE INVLOED WAT DIE HANDVES VAN REGTE KAN INHOU

In hierdie gedeelte word veral ag geslaan op aspekte wat die hof in gedagte moet hou, indien hulle met die ontwikkeling van die kontraktereg, aan die hand van die Handves van Menseregte, te doen kry.

3.1 DIE ONTWIKKELING VAN DIE GEMENEREG OM HANDVESREGTE IN PRIVATE VERHOUDINGS TE BESKERM

Indien 'n hof weens die toepassing van die Handves op die afweging van regte ingevolge Artikel 8(2) bevind dat die gemenerereg of wetgewing nie voldoende beskerming aan 'n reg verleen nie, moet die hof die gemenerereg ontwikkel om die nodige beskerming te verleen. Die Konstitusionele Hof, die Hoogste Hof van Appèl en die Hoë Hof het 'n inherente bevoegdheid om die gemenerereg te ontwikkel. Die oogmerk met veral Artikel 8(3) was waarskynlik om dit duidelik te stel dat hierdie inherente bevoegdheid uitgeoefen moet word, indien die gemenerereg of statutêre reg onvoldoende beskerming aan 'n reg verleen.

Die bepaling verleen uiteraard geen grondwetlike status aan die bestaande gemenerereg of wetgewing nie. Dit verorden slegs die min of meer vanselfsprekendheid dat dit onnodig is om nuwe reëls te ontwikkel, indien die gemenerereg of wetgewing voldoende beskerming aan 'n reg verleen. Omdat hierdie bepaling handel oor die ontwikkeling van die gemenerereg ten opsigte van private verhoudings, waarin die regte van ander partye ook ter sprake kom, sal dit dikwels gebeur dat die regte van ander deur die nuwe reël beperk word. Sulke beperkings moet egter, volgens Artikel 8(3)(b), aan die bepalings van die algemene beperkingsbepaling voldoen.

Artikel 8(3) verwys slegs na die gemenerereg en nie na die ontwikkeling van die gewoontereg nie.⁴¹¹ In Artikel 173 word ook nie na die inherente bevoegdheid wat bogemelde hof sou hê om die gewoontereg te ontwikkel, verwys nie.

Artikel 173 is duidelik waar dit bepaal dat die Konstitusionele Hof, die Hoogste Hof van Appèl en die Hoë Hof die inherente bevoegdheid het om, met inagneming van die belang van geregtigheid, hul eie prosesse te beskerm, te reël en die gemenerereg te ontwikkel. Hierdie weglatings affekteer uiteraard nie die toepassing van die Handves ingevolge Artikel 8(1) op reëls van gewoontereg en ingevolge Artikel 8(2) op private verhoudings nie. Ingevolge Artikel 8(1) kan 'n bevoegde hof 'n reël van die gewoontereg soos enige ander regsreël onkonstitusioneel verklaar en soos in die geval van enige ander reël ongeldigverklaring vir enige tydperk en op enige

⁴¹¹ Contra Wolhuter, 1996:526 wat uit die weglating aflei dat die Handves van Menseregte indirek op die gewoontereg van toepassing is. Artikel 8(3) reël egter hoegenaamd nie die toepassing van die Handves op die "reg" op private verhoudings nie. Dit word gedoen in Artikel 8(1) en (2).

voorwaarde opskort om die bevoegde gesag toe te laat om die gebrek reg te stel.⁴¹²

3.2 BILLIKHEID IN DIE KONTRAKTEREG

Die hedendaagse siening is dat daar groter stukrag deur die howe verleen moet word aan die billikheidsbegrip, veral met die toepassing by die uitleg van kontrakte. Howe moet tot billike gevolgtrekkings kom.

Wat die administratiewereg aanbetref, bepaal Artikel 33(1) dat elkeen geregtig moet wees op administratiewe optrede wat prosedureel billik sal wees. Daar sal later aandag gegee word aan die aspek van administratiewe optrede, waar staatsorgane ooreenkomste aangaan.

Dit is verder algemeen bekend dat die streng toepassing van die *pacta sunt servanda*-beginsel dikwels onbillike gevolge vir 'n kontrakparty inhou. In sommige lande word sulke nadelige gevolge statutêr teengewerk.⁴¹³

Steyn stel dit soos volg :

“It is a defensible position for a legal system to give predominance to the subjective *intentions* of the parties. Such a policy can claim to be committed to its ideal of perfect individualise justice. But that is not the English way. Our law is generally based upon objective theory of Contract. This involves adopting an external standard given life by using the concept of the reasonable man.”⁴¹⁴

Maatskaplike verandering is een van die groot redes waarom kontrakteervryheid elders in die buiteland anders benader is, as wat die benadering in Suid-Afrika was. Farlam and Hathaway merk tereg op dat “although social conditions and values have changed, the classified theory of contract and the principle of autonomy still inform the South African Law of Contract.”⁴¹⁵ Dit wil egter voorkom of tendense by howe grootliks verbygegaan het. Die rede hiervoor kan miskien daaraan toegeskryf word dat die sosialiseringproses hier ter lande miskien nie so sterk na vore gekom het soos dit die geval in die buiteland was nie.

Dit wil egter voorkom of die *pacta sunt servanda*-beginsel tog maar die wagwoord was in die kontraktereg. Maar dit beteken nie dat billikheid tot dusver geen rol in die kontraktereg gespeel het nie. In bepaalde situasies is wel beperkte ruimte

⁴¹² Sien in hierdie verband Artikel 172(1)(b)(ii) van die Finale-Grondwet en die min of meer ooreenstemmende artikel 98(5) van die Interim Grondwet, asook *S v Bhulwana*, *S v Gwadiiso* 1996(1) SA 388 (CC); 1995(12) BCLR 1579 (CC) paragraaf 30; *Coetzee v Government of the Republic of South Africa* 1995(4) SA 631 (CC), *Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison* 1995(10) BCLR 1382 (CC) pr 18, 41, 49 & 76; *S v Ntuli* 1996(1) SA 1207 (CC) 1996(1) BCLR 141 (CC) paragraaf 27 & 29.

⁴¹³ Anson en Beatson, 1998 verklaar dat “(Freedom of Contract) ... has ceased to have much idealistic attraction.”

⁴¹⁴ Steyn, 1997:433.

⁴¹⁵ Farlam *et al*, 1988.

gelaat vir sogenaamde “simple justice between man and man”⁴¹⁶, maar die houding van ons howe was deurgaans tot dusver dat ’n ooreenkoms nie aanvegbaar is bloot op grond van onbillikheid wat dit vir een van die partye mag inhou nie.⁴¹⁷

Daar is ook vroeër in hierdie proefskrif verwys na die stryd wat die billikheidsbegrip moes voer om ’n onafhanklike bestaansreg in die administratiefreg as hersieningsgrond te kan verkry.

In sommige uitsprake voor 1988 is aanvaar dat aansprake op die nakoming van verpligtings “which would cause some great inequity and would amount to unconscionable conduct” met die *exceptio doli generalis* afgeweer kan word. Dit is egter altyd beklemtoon dat die *exceptio* nie ingespan kan word bloot op grond van onbillikheid op sigself nie.⁴¹⁸

In die uitspraak in *Bank of Lisbon and South Africa Limited v De Ornelas*⁴¹⁹ bevind die Hoogste Hof van Appèl dat die *exceptio doli generalis* nie deel gevorm het van die Suid-Afrikaanse Reg nie. Die kroon is gespan toe die meerderheid van die hof te kenne gegee het dat ons howe op die huidige stand van sake van die reg nie bevoeg was om ’n kontrakparty op billikheidsgronde alleen vry te skeld van die nakoming van sy verpligtinge nie.

Ongeveer 10 jaar na die *Bank of Lisbon-saak* het die Regskommissie se verslag rakende “Unreasonable Stipulations in Contracts and the Rectification of Contracts” die lig gesien.⁴²⁰ In die verslag word wetgewing aanbeveel “to provide that a court may determine whether contractual terms are unreasonable, unconscionable or oppressive and to issue appropriate orders if contracts are unreasonable, unconscionable or oppressive.”⁴²¹

’n Algemene billikheidsvereiste sou derhalwe met “unreasonableness, unconscionableness or oppressiveness” as kriteria dien ten opsigte van alle ooreenkomste waarop die wetgewing van toepassing sou wees. Die kommissie het

⁴¹⁶ Volgens *Benson v S A Mutual Life Assurance Society* 1986(1) SA 776 (A) op 783D en *Van Zyl* 1986:110; *Van Zyl* 1988:272-290 bevat ’n insiggewende algemene uiteensetting van die rol van billikheid in die regspleging.

⁴¹⁷ In *Wells v South African Alumenite Co* 1927 AD 69 op 73 het hoofregter Innes onomwonde te kenne gegee dat “nou doubt the condition is hard and aërous, but if people sign such condition they must in the absence of fraud, be held to them. Public Policy so demands.”

⁴¹⁸ Die duidelikste uiteensetting van hierdie benadering verskyn in *Paddock Motors (Pty) Limited v Ingesund* 1976(3) SA 16 (A) 28 E-G waar Appèlregter Jansen opgemerk het: “We have been referred to no authority indicating that the *exceptio* could be employed to alter the terms of the true agreement validly entered into between the parties.”

⁴¹⁹ 1988(3) SA 580 (A).

⁴²⁰ Suid-Afrikaanse Regskommissie (Verslag : Projek 48) 1998:213-223.)

⁴²¹ Die voorgestelde Artikel 1, wat die nodige kontraktuele veranderinge statutêr moes aanbring, lui soos volg “

“If a court is of the opinion that

(a) the way in which a contract between the parties or a term thereof come into being; or (b) the form or the content of a contract; or (c) the execution of a contract; or (d) the enforcement of a contract, is unreasonable, unconscionable or oppressive, the court may declare that the alleged contract -

(aa) did not come into existence; or (bb) come into existence, existed for a period, and then, before action was brought, come to an end; or

(cc) is in existence at the time action is brought, and it may then -

(i) limit the sphere of operation and/or the period of operation of the contract, and/or (ii) suspend the operation of the contract for a specified period or until specified circumstances are present; or (iii) make such other order as may in the opinion of the court be necessary to prevent the effect of the contract being unreasonable, unconscionable or oppressive to any of the parties.”

ongeveer 30 afsonderlike faktore aan die howe voorgehou om te bepaal of 'n ooreenkoms of bepaling aan die billikheidsvereiste voldoen.⁴²²

Die *pacta sunt servanda*-beginsel word immers beskou as die hoeksteen van die Suid-Afrikaanse kontraktereg en het jare lank gedien as beginsel in die openbare belang. Maar dit is ook duidelik dat, indien selfs die howe nie die nodige aandag aan die billikheidsbeginsel in die uitleg van kontrakte gaan skenk nie, die wetgewer weldra wetgewing daar gaan stel wat hierdie leemte gaan aanspreek. In 'n nuwe demokrasie, wat binne 'n kort tydperk drastiese verandering teweeggebring het, bring die regstelsel sekerlik van tyd tot tyd aanpassings aan om tred te hou by 'n veranderde samelewing.⁴²³ Die groot vraag is nou of dit nie tyd geword het om die gemenerereg aan te pas by die hedendaagse ontwikkelings op die gebied van die kontraktereg nie.

Die Regskommissie was die mening toegedaan dat die verandering wat nou op die voorgrond getree het rakende die billikheidsbeginsel, nie vir die howe iets nuuts was, en veral dat kontrakteervryheid hierdeur genegeer kan word. Die Regskommissie was bewus van die feit dat 'n veranderde benadering reeds in ander lande plaasgevind het.

In Paragraaf 1.4 word die volgende gesê :

“It is therefore clear that the argument in favour of giving the courts the power to strike down unconscionable clauses is based on the principle of social control over private volition in the interests of public policy. Public policy, in more modern times, is more sensitive to justice, fairness and equity than ever before. This is borne out by recent developments in the English common law of contract. But it is also borne out by developments in Western Law.”

Bogenoemde veranderinge, veral wat die howe betref, bly maar egter 'n sensitiewe aangeleentheid. Indien partye se kontrakteervryheid deur sosiologiese sienswyses aan bande gelê sou word, kan dit tot probleme op die ekonomiese gebied lei. Die howe sal 'n fyn balans moet handhaaf tussen enersyds kontrakteervryheid en sosiale kontrole in belang van die openbare orde andersyds.

Daar sal veral gewaak moet word teen regsonsekerheid wat tussen kontrakpartye kan ontstaan wanneer hulle 'n ooreenkoms aangaan. Die laaste ding wat nie by die kontrakpartye mag ontstaan nie, is die vraag wanneer 'n kontrak gefinaliseer is, of 'n hof na ondersoek die ooreenkoms gaan oorskryf en derhalwe gebruik maak van vae terme soos “goeie trou”, “billikheid” en “onmenslikheid”.

⁴²² Die voorgestelde Artikel 2(c) bevat een voorvereiste: “A court shall not find a contract or term unreasonable, unconscionable or oppressive for the purposes of this act solely because it imposes onerous obligations on a party or the term or contract does not result in substantial or real benefit to a party, or a party may have been able to conclude a similar contract with another person on more favourable terms or conditions.”

⁴²³ Sien in hierdie verband *Feldman (Pty) Limited v Mall* 1945 AD 733 op 789.

Daar kan slegs voorgestel word dat 'n breë statutêre raamwerk deur die wetgewer aan die howe voorgelê sal word, wat moet dien as rigtingwyser wanneer die howe 'n ooreenkoms moet interpreteer. Die howe staan nie voor 'n maklike taak nie. In *Phillips Products Limited v Hyland*⁴²⁴ is daarop gewys dat die billikheid van 'n kontrak of bepaling oorweeg word ten opsigte van die kontrak in elke besondere geval en nie ten opsigte van dergelike kontrakte of bepalings in die algemeen nie.

Toekomstige regspraak sal 'n antwoord op dié onsekerheid moet lewer. Verskeie vrae kom na vore, soos aan welke norm redelikheid in kontrakverband moet voldoen? Verskil dit wel van “unconscionableness” en “oppressiveness”, wat tog ook maar onredelikheid impliseer. Die howe is huiwerig om kontraktuele billikheid aan te spreek. Dit het jare geneem om redelikheid as 'n onafhanklike hersieningsgrond in die administratiefreg te vestig, en dit sal sekerlik net so lank neem vir die howe om af te sien van die *pacta sunt servanda*-beginsel. Die antwoord hierop kan slegs wees dat dit regsonsekerheid in die hand gaan werk. Die duidelike mate van onbillikheid in die kontraktereg word deur die openbare belang bepaal. Ons howe het dit dekades lank in die openbare belang geag dat partye hulle verpligtinge wedersyds nakom. Die vraag kan egter gevra word -

- (1) of dit al die jare 'n verkeerde vertolking van die gemeenskapsgevoel was, en indien nie,
- (2) of plaaslike omstandighede intussen dermate verander het, dat die *pacta sunt servanda*-beginsel getemper behoort te word, en indien wel, tot watter mate dit gedoen moet word? Daar moet verder ook begryp word dat openbare belang immers veranderlik is, nie net van tyd tot tyd nie, maar ook van plek tot plek en van land tot land.

Ten slotte kan gesê word dat die howe sonder wetgewing genoep sal wees om die probleem van onbillikheid in die kontraktereg vierkant in die oë te kyk en 'n oplossing te vind. Groter billikheid moet in openbare belang oorweeg word.

Die sukses van die billikheidsbeginsel in die kontraktereg sal grootliks afhang van die korrekte toepassing deur die howe.

Slegs die toekoms sal bepaal welke sukses daar met die toepassing van die billikheidsbeginsel in die kontraktereg behaal sal word.

⁴²⁴ 1987(2) ALL ER 620 (CA) 628.

Hoofstuk 6

DIE IMPAK VAN DIE GRONDWET OP DIE KONTRAKTEREG

1. DIE HANDVES VAN MENSEREGTE : 'n BELANGRIKE REGSONTWIKKELINGSVELD

Wanneer die horisontale toepassing van fundamentele regte deur die Grondwet op privaatregtelike verhoudings toegepas word, lok dit veral besorgdheid en skeptisisme by die meeste regslui uit.⁴²⁵

Indien grondwetlike aspekte op sowel die terreine van kontraktereg as dié deliktereg sou opduik, moet die houe in die oplossing van die regsprobleem veral op die volgende artikels van die Grondwet let.

Wanneer die Grondwet toegepas word, is veral Artikel 8 van toepassing, wat soos volg bepaal :

“8(1) Die Handves van Menseregte is van toepassing op die totale reg en bind die wetgewende, die uitvoerende en die regsprekende gesag en alle staatsorgane.

8(2) 'n Bepaling van die Handves van Menseregte bind 'n natuurlike of 'n regspersoon indien, en in die mate waarin, dit toepasbaar is met inagneming van die aard van die reg en die aard van enige plig deur die reg opgelê.

8(3) By die toepassing van 'n bepaling van die Handves van Menseregte op 'n natuurlike of regspersoon ingevolge Subartikel 2 -

(a) moet 'n hof, ten einde gevolg te gee aan 'n reg in die Handves, die gemenerereg toepas of indien nodig ontwikkel, in die mate waarin wetgewing nie aan daardie reg gevolg gee nie; en

(b) kan 'n hof reëls van die gemenerereg ontwikkel om die reg te beperk, mits die beperking in ooreenstemming met Artikel 36(1) is.”

Artikel 36(1) stel die volgende beperking daar :

”36(1) Die regte in die Handves van Menseregte kan slegs kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore met inbegrip van -

(a) die aard van die reg,

(b) die belangrikheid van die doel van die beperking,

(c) die aard en omvang van die beperking,

(d) die verband tussen die beperking en die doel daarvan, en

⁴²⁵ Sien in hierdie verband Visser, 1995: 750; Van Aswegen, 1995: 55; Carpenter & Botha, 1996:126.

(e) 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik.”

Rakende die uitleg van die Handves van Menseregte bepaal Artikel 39 soos volg:

“39(1) By die uitleg van die Handves van Menseregte -

- (a) moet 'n hof, tribunaal of forum die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê, bevorder.
- (b) moet 'n hof, tribunaal of forum die volkereg in ag neem, en
- (c) kan 'n hof, tribunaal of forum buitelandse reg in ag neem.

39(2) By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemenerereg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Menseregte bevorder.

39(3) Die Handves van Menseregte ontken nie die bestaan van ander regte of vryhede wat deur die gemenerereg, gewoontereg of wetgewing erken of verleen word nie, in die mate waarin daardie regte of vryhede met die Handves bestaanbaar is.”

Veral die toepassing van Artikels 8(3) en 39(2), het gelei tot onsekerheid en was die besprekingspunt van vele akademiese debatte.⁴²⁶

In die saak *Carmichele v Minister of Safety and Security and Another (Centre for Applied Legal Studies Intervening)*⁴²⁷ stel die hof dit duidelik dat daar 'n regsplig op howe geplaas word om die gemenerereg te ontwikkel, veral ook waar die partye tot 'n regsgeding nie spesifiek verwys na die Handves van Menseregte nie.

Die howe openbaar ook uiteenlopende sienings rakende die uitbreiding en ontwikkeling van die gemenerereg. Hierdie houding sal ook grootliks afhang van die meriete van elke saak. In *Fose v Minister of Safety and Security*⁴²⁸ beslis die Konstitusionele Hof dat gemeenregtelike deliktuele remedies wel die nodige verligting bied rakende inbreukmaking op menseregte.

Die Grondwet is direk van toepassing op alle gemenerereg. In *Khumalo v Holomisa*⁴²⁹ was regter O'Regan die mening toegedaan dat Artikel 8(3) bepaal dat die Grondwet nie direk van toepassing was op die gemenerereg nie. Volgens dié regter is Artikel 8(2) van die Grondwet van toepassing op privaatpersone, waar Artikel 8(1) van toepassing is ten opsigte van staatsorgane, en dat Artikel 8(3) dan waardeloos sou wees, indien die Grondwet op die gemenerereg as geheel van toepassing was.

Laasgenoemde siening kan met respek nie korrek wees nie. Artikel 8(1) is van toepassing op alle reg. 'n Onderskeiding moet hier getref word tussen die Grondwetlikheid van

⁴²⁶ Wolhuter, 1996: 512; Woolman en Davis, 1996:361; Cheadle en Davis, 1997:44; Sprigman en Osborne, 1999:25; Rautenbach, 2000:296; De Waal *et al*, 2001:45 & 55.

⁴²⁷ 2001(4) SA 938 (CC).

⁴²⁸ 1997(3) SA 786 (CC).

⁴²⁹ 2002(5) SA 401 (CC).

regsreëls enersyds en die optrede van hetsy publieke of private partye andersyds, waar albei volgens wettige reëls optree .

Wanneer mag die hof die gemeneereg ontwikkel? Die antwoord lê opgesluit in Artikel 8(3), wat bepaal dat daar 'n reg bestaan in 'n privaatverhouding en dat die bestaande reg nie voldoende beskerming aan die reg in die verhouding verleen nie. In die *Khumalo-saak* het regter O'Regan beslis dat die aard van die saak (laster) meebring dat spraakvryheid direkte horisontale toepassing geniet soos bepaal deur Artikel 8(2). Sou daar in dié saak bevind word dat die gemeneereg ongrondwetlik was, sou dit 'n geleentheid bied aan die hof om die gemeneereg te ontwikkel om sodoende die nodige regsbeskerming aan die verontregte partye te verleen.

By die bespreking van die horisontale werking van die Grondwet hierbo, is verwys na die onsekerheid wat bestaan rakende die impak van die publiekereg op die privaatreg. Die mening is ook uitgespreek dat in die meeste van die gevalle genoeg gemeenregtelike remedies bestaan waarvolgens 'n verontregte party sy regte kan beskerm.

Dit is egter duidelik dat die Handves van Menseregte 'n belangrike regsontwikkelingsveld op veral die gebied van die privaatreg na vore gebring het.

Die vraag kan gevra word of die Handves van Menseregte met sy invloed en uitwerking op die gebied van die privaatreg sal voldoen aan die optimistiese verwagtinge wat daargestel word deur die akademici en die hof.

2. DIE INVLOED VAN DIE GRONDWET OP DIE KONTRAKTEREG

By die ontleding van die impak van die Grondwet op die gebied van die privaatreg, blyk die volgende aspekte belangrik te wees :

2.1 KONTRAKTEERVRYHEID EN OPENBARE BELEID

Die Suid-Afrikaanse kontraktereg is gebaseer op die beginsel van kontrakteervryheid. Dit stel 'n party, wat bevoeg is om hom/haar in 'n kontrak te verbind, vry om te besluit met wie gekontrakteer kan word en wat die bepalings van sodanige ooreenkoms sal wees. 'n Regsgeldige en 'n afdwingbare ooreenkoms word tot stand gebring. Die Hoogste Hof van Appèl het bevind dat kontrakteervryheid intrinsiek is tot twee fundamentele grondwetlike waardes, naamlik vryheid en menswaardigheid.

In *Brisley v Drotsky*⁴³⁰ word dit soos volg gestel deur appèlregter Cameron:

⁴³⁰ 2002(4) SA 1 (A).

"Contractual autonomy is part of freedom. Shorn of its obscene excesses, contractual autonomy informs also the constitutional value of dignity."⁴³¹

Appèlregter Cameron staaf die stelling deur na 'n passasie van Hart se "Concept of Law" te verwys.⁴³² In aansluiting hierby, kan verwys word na die klassieke beskouing van Kant rakende waardigheid.⁴³³

Volgens hom beskik die mens oor die vermoë om te kan redeneer. Hy sê dat elke volwassene die vermoë het om te onderskei tussen wat reg en verkeerd is en om morele oordele te fel. Die mens beskik ook oor morele outonomie. Hierdie morele outonomie verleen aan die mens 'n onvoorwaardelike en onvergelykbare waarde, wat bekend staan as waardigheid. Morele vryheid word in verband gebring met elke aksie wat die mens as verteenwoordiger van moraliteit daarstel. Dit sluit ook optredes rakende kontrakte in.

Wanneer daar inbreuk gemaak word op kontrakteervryheid, word dit ook gesien as inbreuk op morele vryheid, wat gevolglik ook die waardigheid skend.

Wanneer die aspek van goeie trou (*bona fide*) later bespreek word, sal verder uitgebrei word oor die waardigheidsaspek wat gekoppel word aan die persoon self, indien 'n ooreenkoms aangegaan word.

Die verontagsaming van kontrakteervryheid stel ook 'n verontagsaamheid van waardigheid daar. Voorheen is daar veral klem gelê op die feit dat kontrakpartye se eer op die spel is, wanneer 'n ooreenkoms aangegaan word. Dit het dan ook geleidelik tot die spreuk "*Pacta sunt servanda*" - die ooreenkoms moet nagekom word.

Appèlregter Cameron se uitspraak is verder met goedkeuring aangehaal deur die volbank in die saak van *Afrox Healthcare Beperk v Strydom*⁴³⁴. In laasgenoemde saak het die Hoogste Hof van Appèl by monde van appèlregter Brand uitgebrei oor die aspek van "grondwetlike waarde van kontrakteervryheid". In die saak word dit bevestig dat kontrakteervryheid die *pacta sunt servanda*-beginsel omvat. Appèlregter Brand verwys ook na 'n aanhaling van hoofregter Steyn in die saak van *SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Beperk v Shifren en Andere*⁴³⁵ as gesag vir hierdie standpunt: "die elementêre en grondliggende beginsel dat die kontrakte wat

⁴³¹ 2002(4) SA 1 (A) Paragraaf 94.

⁴³² *Brisley v Drotzky* 2002(4) SA 1 (A) by 35 paragraaf 94F-H verwysend na Hart, 1961:40-41: "If we look at the law simply from the point of view of the persons on whom its duties are imposed, and reduce all other aspects of it to the status of more or less elaborate conditions in which duties fall on them, we treat as something merely subordinate, elements which are at least as characteristic of law and as valuable to society as duty. Rules conferring private powers must, if they are to be understood, be looked at from the point of view of those who exercise them. They appear then as an additional element introduced by the law into social life over and above that of coercive control. This is so because possession of these legal powers makes of the private citizen, who, if there were no such rules, would be a mere duty-bearer, a private legislator. He is made competent to determine the course of the law within the sphere of his contracts, trusts, wills and other structures of rights and duties which he is enabled to build." Hart, 1961:41

⁴³³ Kant 2001; Kant 1996:1724.

⁴³⁴ 2002(6) SA 21 (A).

⁴³⁵ 1964(4) SA 760 (A) 767.

vryelik en in alle erns deur die bevoegde partye aangegaan is, in die openbare belang afgedwing moet word.”

Dit is uit bogenoemde duidelik dat wanneer kontrakpartye met mekaar 'n ooreenkoms sluit, voorwaardes daargestel word wat vir beide partye aanvaarbaar is, alvorens die ooreenkoms onderteken word. Tans is die meeste partye tot 'n ooreenkoms wel deeglik ingelig rakende die Handves van Menseregte. 'n Ooreenkoms deur partye sal nie aangegaan word met voorwaardes wat nie vir die partye aanneemlik is nie.

Die knelpunt is dat die *pacta sunt servanda*-beginsel in die spervuur geplaas word en die “benadeelde” party in 'n kontrakgeding hom/haar op die hof sal beroep en aanvoer dat een of meer handvesregte deur die ooreenkoms geskend is. Ons sien dus dat die publiekreg, by wyse van die Grondwet 'n groot impak op die privaatrek met sy gevestigde gemeneregbeginnels sal hê.

Die vraag is egter in hoe 'n mate kontrakteervryheid beperk moet word. Moet daardie inperking geskied voordat die ooreenkoms gesluit word, byvoorbeeld by die nakoming van statutêre wetgewing, of moet dit agterna by monde van die howe plaasvind?

Bovermelde situasie kan vorentoe groot probleme skep, nie net in die ekonomiese verkeer nie, maar as 'n teelaarde vir regsonsekerheid. Die kontrakpartye het konsensus ten opsigte van die voorwaardes van die ooreenkoms. As die ooreenkoms “suur” raak, word 'n beroep gedoen op openbare belang en die howe om die voorwaardes te wysig, of alternatiewelik, tersyde te stel. Indien hierdie plofbare situasie nie deeglik deur die howe beheer word nie, sal die hofrolle oorspoel word met hofsake waar partye poog om van die voorwaardes van ooreenkomste te probeer ontsnap.

Soos in die inleiding hierbo bespreek, speel die uitbreiding en die ontwikkeling van die gemenereg ook 'n groot rol. Een of twee verkeerde hofbeslissings rakende gemeenregtelike remedies en beginsels kan die Suid-Afrikaanse Regstelsel in die warm water laat beland en die verkeerde presedenteleer daarstel.

Appèlregter Steyn se redenasie vir die nakoming van 'n kontrak, naamlik die openbare belang, kan sekerlik ook tereg toegepas word vir die nie-nakoming van 'n kontrak.

'n Goeie voorbeeld vir die nie-nakoming van 'n ooreenkoms, of voorwaardes tot so 'n ooreenkoms, kan gevind word in die welbekende gewysde *Magna Alloys and Research (SA)(Pty) Limited v Ellis*.⁴³⁶ Normaalweg word 'n beroep op howe gedoen

⁴³⁶ 1984(4) SA 874 (A).

om die sogenaamde “restraint in trade”-klousules tersyde te stel. Die aangaan van so ’n klousule is regstegnies korrek, maar die vraag is of die klousule nie indruis teen die openbare belang (public interest) nie. Die Appèlhof (tans die Hoogste Hof van Appèl) het in bogemelde saak beslis dat onredelike beperkingsklousules op ’n party se vryheid om aan die ekonomie deel te neem, in sommige gevalle wel teen die openbare belang kan wees en as onafdwingbare klousule beskou moet word.

Openbare beleid word deur die Grondwet omvat, asook die fundamentele waardes wat by openbare beleid tuishoort. In die Brisley-saak verwys appèlregter Cameron soos volg na die aspek:

“It is not difficult to envisage situations in which contracts that offend these fundamentals of our new social compact will be struck down as offensive to public policy. They will be struck down because the constitution requires it, and the values it enshrines will guide the courts in doing so. The decisions of this Court that proclaim that the limits of contractual sanctity lies at the borders of public will therefore receive enhanced force and clarity in the light of the Constitution and the values embodied in the Bill of Rights.”⁴³⁷

Dit is egter duidelik dat die howe deeglik daarvan bewus is dat die nodige omsigtigheid en versigtigheid aan die dag gelê moet word wanneer ’n klousule in die kontrak teen die openbare beleid verklaar word. ’n Goeie riglyn vir die howe rakende versigtigheid word uitgespel deur appèlregter Smallberger in die saak van *Sasfin (Pty) Limited v Beukes*.⁴³⁸

2.1.1 DIE BEPERKING VAN KONTRAKTEERVRYHEID

Kontrakteervryheid kan wel beperk word, indien dit indruis teen openbare beleid, welke begrip se inhoud ook bepaal word deur grondwetlike waardes. Die kriterium om vas te stel of ’n kontrakgeding teen die openbare beleid is, is “wesentlike onteenseglike nadeel vir die openbare belang.”

Sekere akademië soos Hawthorne⁴³⁹ en Tladi⁴⁴⁰ val in twee opsigte kontrakteervryheid aan.

⁴³⁷ *Brisley v Drotzky* 2002(4) SA 1 (A) paragraaf 92.

⁴³⁸ 1989(1) SA 1 (A) Appèlregter Smallberger beslis soos volg : “No court should therefore shrink from the duty of declaring a contract contrary to public policy when the occasion so demands. The power to declare contracts contrary to public policy should, however, be exercised sparingly and only in the clearest of cases, lest uncertainty as to validity of contracts result from an arbitrary and indiscriminate use of power. One must be careful not to include that a contract is contrary to public policy merely because its terms (or some of them) offend one’s individual sense of propriety and fairness. In the words of Lord Atkin in *Fender v St John-Mildmay* 1938 AC 1 (HL) at 12... ‘The doctrine should only be invoked in clear cases in which the harm to the public is substantially inevitable, and does not depend upon the idiosyncratic inferences of a few judicial minds...’ In grappling with this often difficult problem it must be borne in mind that public generally favours the utmost freedom of contract, and requires that commercial transactions should not be unduly trammelled by restrictions of that freedom.” (SASFIN 9B-E).

⁴³⁹ Hawthorne, 1995:157.

⁴⁴⁰ Tladi, 2002:306.

Die eerste argument teen kontrakteervryheid is in wesenlik 'n bewering dat dit nie werklikheidsgetrou is nie en dat dit gegrond is op die onwerklike premis dat kontrakterende partye gelyke bedingingskrag het.

Dit is nou eenmaal 'n uitgemaakte saak dat partye selde gelyke bedingingskrag het. Kontrakteervryheid word nie gegrond op gelyke bedingingskrag nie. Die tweede argument wat geopper word, is dat ongelyke bedingingsposisies tot onbillike kontrakte lei.

Die siening word gehuldig dat indien die hof sulke onbillike kontrakte afdwing, die hof sy grondwetlike plig verloën om die oogmerk en strekking van die Handves van Menseregte te bevorder.⁴⁴¹ Die tweede argument is ook substansieloos, aangesien kontrakte tussen privaat persone nie gelykheid as uitkoms het nie. Om gelykheid in kontrakverband te verseker, blyk eerder 'n taak van die staat te wees, soos wel met die afdwinging van wetgewing gesien kan word.⁴⁴²

In die volgende gedeelte word veral gekonsentreer op die noodsaaklikheid vir 'n onafhanklike kontraktuele norm waaraan die inhoud van kontrakbedinge moontlik getoets kan word.

2.2 GOEIE TROU EN BILLIKHEID

Wat word verstaan onder die begrip “*bona fides*”, en welke rol, indien enige, speel dit op die gebied van die kontraktereg?

In 'n onlangse regsbeslissing is daar melding gemaak van die rol wat *bona fides* in die kontraktereg speel. Regter Davis het *bona fides* en billikheid in die saak van *Mort v Henry Shields-Chiat*⁴⁴³ beklemtoon, maar het versuim om in besonderhede in te gaan op die historiese agtergrond van hierdie konsepte.

Kan *bona fides* en billikheid beskou word as norme waaraan die inhoud van kontrakbedinge getoets kan word? In antwoord hierop sal daar gekyk word na die historiese ontwikkeling van die begrippe. Deur die eeue heen het hierdie begrippe meer en meer in regstelsels opgeduik, en verskeie filosofiese persepsies het in verskillende eras van die regsgeskiedenis die begrippe gedomineer, sodat dit moeilik sou wees om te verklaar dat dit enigsins 'n liniêre en koherente ontwikkeling beleef het.

⁴⁴¹ Die Grondwet plaas egter geen positiewe plig op privaatpersone om gelykheid te bevorder nie, maar slegs om nie onbillik te diskrimineer nie.

⁴⁴² Basic Conditions of Employment Act, 75 of 1997, the Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, 4 of 2000, and the Employment Equity Act, 55 of 1998.

⁴⁴³ 2001(1) SA 464 (C) 474-475.

Die taak kan vergemaklik word deur na te gaan welke betekenis aan die begrippe verleen is met verwysing na die verskillende tydperke van die geskiedenis.

2.2.1 DIE ROMEINSE TYDPERK

Die Romeinse Reg was aanvanklik beheers deur die *ius civile*, 'n formalistiese regsisteem toeganklik slegs vir die Romeinse burgers. Die oudste remedie in die Romeinse Reg (die *legis actio*) waarmee die *ius civile* afgedwing is, is gekenmerk deur streng formalisme en rituele gebruike. In die derde eeu voor Christus is daar meer afstand gedoen van die streng formalistiese gebruike en hoef 'n kontrakparty nie meer streng rituele gebruike na te kom nie. Daar kan gesteun word op 'n skriftelike daarstelling van die feite van 'n saak soos dit uitgespel was in die *formula*.⁴⁴⁴

Die *formula*-prosedure bestaan uit twee fases. Ingevolge die eerste fase nader die gedingspartye die Praetor om 'n *formula* te bekom. Die *formula* was 'n geskrewe dokument, wat 'n uiteensetting gebied het rakende die feite in geskil, waarop die regter in die tweede fase 'n uitspraak moes lewer. Die regter moes die saak wat deur die *formula* aan hom voorgelê is, onder oë neem en 'n beslissing maak gegrond op die verwere en aantygings deur die partye.

Toe daar egter met die *ius civile* te doen gekry is, kon aksies gebaseer word op goeie trou. Dit is nie duidelik wanneer die oorgangsfase van aksies gebaseer op die *ius civile*, na aksies gebaseer op *bona fides* plaasgevind het nie. Die *ratio iudicia bonae fidei* het gewoonlik geslaan op aksies wat nie binne die raamwerk van die *ius civile* ingestel is nie. Dit wil voorkom of die Praetor hierdie tipe aksies saamgegroep het in die 2de eeu voor Christus, om sodoende die aanspreeklikheid te reguleer wat gespruit het uit die praetoriese aanname van die formalistiese siviele reg. 'n Uitsonderlike kenmerk van die *iudicia* was die *clausula ex fide bona* in die *intentio* van die *formula*, wat die werking van *bona fides* in aksies beheer het.

Die *intentio* van die *formula* is toegepas om die omvang van 'n skuldenaar se verpligting vas te stel en die frase *ex fide bona* het die regter se bevoegdheid uitgebrei om die meriete van die saak te oorheers. Wanneer die regter dan 'n uitspraak moes gee, is hy nie gebind ten opsigte van die bestaan van sekere feite nie, maar kon hy in sy uitspraak ook oorweging verleen het aan

⁴⁴⁴ Johnston, 1999:113.

individuele omstandighede om te verseker dat die beslissing in ooreenstemming sou wees met verwagtinge soos billikheid en redelikheid.⁴⁴⁵

Hieruit is dit seker dat die Romeine deeglik begryp het wat die term *bona fides* behels. Die erkenning van aanspreeklikheid *ex fide bona* het nie hulle regsisteem ontwig nie, of veroorsaak dat regsonsekerheid en arbitrêre beslissings na vore sou tree nie.

Teen die agtergrond van die Romeinse samelewing is dit duidelik dat die begrip *bona fides* 'n spesiale aanklank gehad het. Hierdie deugsaamheid bevat standvastigheid, konstantheid en 'n besluit om jou woord te hou. *Fides* was 'n beginsel met godsdienstige, etiese en regsimplikasies, wat menige fasette van die Romeinse lewenswyse beïnvloed het. Die oorgang van *fides* in die vroeë Romeinse tydperk na *bona fides* in die kontraktereg, kan toegeskryf word vanweë wetgewing en internasionalisering van die begrip, moontlik vanweë die Griekse invloed of *pistis*, die Griekse begrip van *fides*.⁴⁴⁶

Die aard van regte en verpligtinge in die Romeinse Reg van verhuring het meegebring dat daar 'n voortdurende aanpassing gemaak moes word om die partye se belange te kan weergee. Wanneer daar in die Romeinse Reg met verpligtinge te doen gekry is, het die begrip *bona fides* gewoonlik gedui op die standaard wat by kontraktuele verhoudings vereis is. *Bona fides* het gefunksioneer as 'n kriterium of maatstaf wat gebruik is om te bepaal of een van die kontrakpartye inbreuk gemaak het op die verwagting van die redelike man in 'n kontraktuele verhouding. Dit het gedien as 'n standaard norm van eerlikheid en getrouheid in kontraktuele verbintenisse, soos neergelê in die *iudex*, met die gemeenskap se verwagtinge van billikheid en gelykheid. *Bona fides* in die vroeë klassieke Romeinse Reg was derhalwe 'n konsep met morele en regsfasette, wat deel gevorm het van die groter begrip van *aequitas*.

Gedurende die tweede eeu voor Christus, het die begrip *bona fides* opgehou om te dien as 'n hulpmiddel vir regters om die optredes van kontrakpartyte te meet. Die rede hiervoor kan stellig te wyte wees aan die daarstelling van die amp van die Praetor en sy aanpassings van die heersende reg op gronde van billikheid. Enersyds sou *bona fides* kontrakte beheers waar partyte konsensus gehad het, terwyl die regter andersyds kon inmeng in die kontraktuele regte en verpligtinge van die partyte deur bloot gebruik te maak van uitgebreide en regstellende funksies gebaseer op goeie trou (good faith).

⁴⁴⁵ Van Zyl, 1991:132.

⁴⁴⁶ Pringsheim, 1921:643; Wieacker Zum Ursprung 20; Pernice Labeo-römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit (1963) II 209; Van Zyl, 1991:132; Daube, 1996:132.

2.2.2 DIE MIDDELEEUSE TYDPERK

Kontraktuele billikheid wat in die Romeinse Reg bestaan het, is ook in die Middeleeuse Reg opgeneem, maar helaas kon die geleerdes van hierdie tydperk nie heeltemal die begrip onder die knie kry nie. Middeleeuse skolastici het 'n rasionele sisteem van reëls en uitsonderings, gebaseer op hul studie van die Romeinse Reg, voorgestaan. Hoewel die beginsels van billikheid en goeie trou in kontraktuele gedaante onversoenbaar was met die formalistiese benadering wat tydens die studie van die Romeinse Reg gevolg is, is die begrippe nogtans bestudeer deur geleerdes van die middeleeuse tydperk. Middeleeuse Reg het bestaan uit Romeinse Reg en Kanonieke Reg. Twee skole met verskillende denkrigtings het ontstaan, naamlik die ortodokse en die onortodokse. Die ortodokse skool het gehou by die tradisionele uitleg van teksgedeeltes. Die onortodokse skool het gepoog om 'n liberale uitleg toe te pas op die Romeinse Reg, sodat die toepassing kon aanpas by heersende gewoontereg of Kanonieke Reg. Verwysings na beginsels soos goeie trou en billikheid word veral in die werke van die onortodokse skool opgemerk. In die Middeleeuse Reg was daar egter nie gesaghebbende definisies van die begrippe *bona fides* en billikheid nie. Die juriste van dié tyd was aangewese op hulle eie definisies daarvan.

In die Romeinse Reg het die Glossators onderskei tussen twee vorme van die begrip billikheid in hulle glosse. *Aequitas constituta* het verwys na die billikheidsbegrip in die siviele reg, terwyl *aequitas rudis* weer verwys het na die billikheidsaspek wat verwant was aan die regter se oordeel. 'n Definisie van beide begrippe kan ook nie uit die werke van die Glossators afgelei word nie. Daar is geensins voorkeur verleen aan die begrippe wanneer die normale interpretasie van werke plaasgevind het nie.

Wat die Middeleeuse juriste wel ingesien het, is dat die begrippe “goeie trou” en “billikheid” verwys het na die standaard van optrede wat in 'n kontraktuele verhouding verwag sou word. Beide kontrakpartye moes hul woord hou, hulle weerhou om onregmatige voordeel te trek uit die kontrak tot nadeel van die ander party en moes getrou bly in die nakoming van die verpligtinge soos enige eerlike persoon in so 'n verhouding sou doen. Hierdie standaard optrede het maar slegs verwys na die funksionering van die begrip “goeie trou” en het dit nie juis gedefinieer nie. Ons merk ook op dat die Kanonieke Reg ook gesukkel het om goeie trou en billikheid te definieer.

Die kommentator Baldus was die eerste persoon wat, ingevolge die invloed van die herontdekte werke van Aristoteles, en soos aangepas deur Thomas Aquinas, 'n poging aangewend het om billikheid te definieer. Aristoteles het

onderskei tussen geregtigheid in die algemeen en besondere geregtigheid.⁴⁴⁷ In die algemeen sou billikheid tuishoort by die karaktereienskap van 'n goeie burger, met deugde soos durf, eerlikheid, lojaliteit en waardes van waardigheid en bedaardheid.

Aristoteles het tussen twee soorte besondere geregtigheid onderskei : Verdelerde/toedelerde geregtigheid (*dianemetikon aikaion*) is in werking in 'n gemeenskap en ken voordele en verpligtinge op 'n billikeheidsgrondslag toe, terwyl regstellende geregtigheid (*diorthotikon dikaion*) in werking is tussen twee partye en handhaaf of herstel 'n balans tussen hulle. In vrywillige transaksies soos kommersiële kontrakte het laasgenoemde meegebring dat elke party hom/haar by sy/haar deel van die ooreenkoms hou. Hierdie vorm van billikheid het regstelling van die reg daargestel, veral wanneer die algemenerereg in wetgewing gelei het tot onbillikhede. Die twee vorme van geregtigheid het derhalwe aanvullend tot mekaar plaasgevind, wanneer toepassing verlang was.

Toedelerde geregtigheid het voordele toegeken, terwyl regstellende geregtigheid hierdie toedeling gehandhaaf het. Thomas Aquinas se aanvaarding van Aristoteles se konsep van verwisselende geregtigheid is opgeneem in die middeleeuse begrip van gelykheid. Die begrip van gelykheid, soos deur Aristoteles voorgestaan, het vereis dat die waarde van die prestasie deur een party tot die kontrak gelyk is aan die teenprestasie van die ander party tot die kontrak.⁴⁴⁸

Laesio enormis was 'n produk van Justinianus as ideaal van 'n welsynstaat. Die Romeinse Reg het aan die verkoper 'n reg verleen om die ooreenkoms tersyde te stel, wanneer die aangebode koopprys minder as die helfte van die prys was wat as 'n billike koopprys beskou is (*ius pretium*). Die verkoper kon kansellasië van die ooreenkoms vermy, deur bloot die prys aan te pas.

Later is hierdie beginsel uitgebrei na verkoopsooreenkomste van grond, dog die Glossators het dit uitgebrei tot alle kontrakte wat op konsensus berus. Voordat Aristoteles se werke ontdek is, het die Romeinse Reg 'n algemene remedie verskaf, veral waar daar 'n groot ongelykheid tussen prestasie en teenprestasie te bespeur was.

⁴⁴⁷ Aristotle, 1953:10 1137-1143 : "The reason is that all law is universal but about some things it is not possible to make a universal statement which shall be correct. In those cases, then, in which it is necessary to speak universally, but not possible to do so correctly, the law takes the usual case, though it is not ignorant of the possibility of error. And it is none the less correct, for error is not in the law nor in the legislator but in the nature of the thing, since the matter of practical affairs is of the kind from the start. When the law speaks universally, then, and a case arise, on it which is not covered by the universal statement, then it is right, where the legislator fails us and has erred by over-simplicity, to correct the omission, to say what the legislator himself would have said had been present, and would have put into his law if he had known. Hence the equitable is just, and better than one kind of justice - not better than absolute justice, but better than the error that arises from the absoluteness of the statement. And this is the nature of the equitable, a correction of law where it is defective owing to its universality."

⁴⁴⁸ Dit is gebaseer op Aristoteles se begrip van verwisselende geregtigheid en die Romeinsregtelike remedie van *laesio enormis* soos beskryf in C4 44 2. Sien Gordley, 1981:1587.

Die Glossators kon nie 'n teorie daarstel om *laesio enormis* te omskryf nie, maar spesifieke omstandighede is opgeteken wanneer *laesio enormis* van toepassing sou wees. 'n Billike prys vir 'n voorwerp (*iustum pretium*) is beskou as 'n algemene markverwante prys.

Die Middeleeuse Reg is ook beïnvloed deur die *clausula rebus sic stantibus*, wat gefunksioneer het as 'n stilswyende voorwaarde, wat bepaal het dat 'n kontrak nie nagekom moes word nie, veral wanneer die omstandighede na kontraksluiting drasties verander het. Die *clausula* het sy ontstaan in die Kanonieke Reg gehad, en is deur die werke van Augustinus vervat in die *Decretum Gratiani*. Bartolus het verder die *clausula* op die siviele reg toegepas, en die dekreet beperk tot *renuntiatio*. Die *clausula rebus sic stantibus* is later uitgebrei om alle beloftes te omvat. Teen die vyftiende eeu is dit algemeen toegepas ten opsigte van alle ooreenkomste.⁴⁴⁹

Gedurende die 16de en 17de eeu het die Humaniste tydens die herontdekking van die etiese werke van Aristoteles die rol van die *epieikeia* en dié se verbintenis met *aequitas* geherevalueer. Soos in die Middeleeuse Reg, het die begrippe van “goeie trou” en “billikheid” vaag gebly, en die idees van regslui van dié tyd het werklik grootliks verskil. Die vader van die Franse regshumaniste beweging, Budaeus (1540), het die begrip *epieikeia* aan die humanistiese regswetenskap voorgestel. Hy het nie bloot die *epieikeia* aan die *aequitas* gelykgestel nie, maar het dit ook gekoppel aan die diskresie van die regter. In sy poging om goeie trou en billikheid te omskryf, het hy mildelik gebruik gemaak van bronne uit die Romeinse Reg, veral die *bona fidei iudicia* waardeur verwys is na beide *aequitas* en *bona fides*. Cujacius het weer *aequitas* as 'n eties-teologiese begrip gesien, wat toegepas kan word om die *ius strictum* reg te stel.

Dit is dus duidelik dat die Humaniste sowel *aequitas* as *bona fides* toegepas het om te dien as regstellende maatreël om die rigiditeit van die streng reg (strict law) reg te stel en om te dien as maatreël om die praktiese ontwikkeling van die reg te stimuleer.

2.2.3 ROMEINS-HOLLANDSE REG

Die Romeins-Hollandse Reg het 'n groot invloed gehad op die ontwikkeling van die begrippe “goeie trou” en “billikheid” veral op die gebied van die kontraktereg. Die Romeins-Hollandse Reg was uit en uit geskoei op 'n billikheidsgrondslag, maar die begrip “billikheid” het nooit as konsep die

⁴⁴⁹ Zimmermann, 1990:579. Sien ook Thomas, 2002:248.

bestaande reg vervang nie.⁴⁵⁰ In die toepassing van die reg het die howe deeglik daaraan aandag geskenk, maar slegs in die mate waar dit nie in botsing gekom het met die beginsels van die Romeinse Reg nie. Die Romeins-Hollandse skrywers het ryklik gebruik gemaak van die bronne oor billikheid, soos vervat in die Middeleeuse Reg en geskrifte van die Humaniste.

In Grotius se *Prolegomena Juri Hollandico Praemittenda* is billikheid in die Romeins-Hollandse Reg versigtig omskryf. Rakende Grotius se omskrywing van billikheid, het die heersende reg gedurig te kort geskied. Die reg sou dan slegs met die begrip “billikheid” reggestel kan word.⁴⁵¹ Grotius het billikheid beskou as ’n regulerende konsep, wat streng reg kan regstel en ’n inkorting daar kan stel vir reg wat in konflik sou wees met hoër reg. In navolging van Grotius het bekende Romeins-Hollandse Juriste soos Van der Keessel, Johannes Voet, Ulrik Huber en Johannes van der Linden van billikheid gebruik gemaak as ’n regulerende funksie en dit later op verskeie terreine van die Romeins-Hollandse Reg toegepas. Billikheid kan dus maklik toegepas word as ’n gesofistikeerde regulerende konsep met voorkomende en regstellende funksies om ongelykheid in prestasie reg te stel.

2.2.4 'n MOONTLIKE OPLOSSING IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

In die toekoms gaan die howe al hoe meer gekonfronteer word deur “benadeelde” kontrakpartye, wat hulle wil beroep op inbreukmaking van Handvesregte as ’n tipe verweer om voorwaardes in ’n kontraktuele verhouding tersyde te laat stel. ’n Balans sal moet gehandhaaf word tussen *pacta sunt servanda* en aspekte soos goeie trou en billikheid. Kontrakteervryheid bring mee dat kontrakpartye vry is om bedinge aan te gaan in die ooreenkoms wat vir beide partye billik blyk te wees. Ingevolge die voorwaardes van die ooreenkoms is deur die partye konsensus bereik op welke wyse hulle aan die ekonomie wil deelneem. Dit geskied op ’n vrye basis. Hoe regverdig is dit gevolglik as een van die partye nie die voorwaardes van die ooreenkoms gaan nakom nie, en hom/haar tot die howe beroep op grond van die Handves van Menseregte. Is dit inderdaad geregverdig dat die regbank nou moet toetree as ’n nuwe kontrakparty om ’n beter bedinging daar te stel? Kan dit dan nie gesien word as ’n skending van kontrakteervryheid nie? Wat sal die gevoel wees waar die regter ’n alternatiewe bedinging daarstel wat hy/sy sou goed vind om die probleem op te los, maar die oplossing een van die partye nie geval nie? Welke norm

⁴⁵⁰ Voet 116; Huber, *Praelectiones Iuris Civilis* 1 1 17, 18, 21, Van der Keessel, TH24 op Grotius, 1 2 22.

⁴⁵¹ “Proprie vero et singulariter aequitas est virtus voluntatis correptrix ejus in quo Lex deficit propter universitatem: aequum autem est ipsum quo ex corrigitur” Grotius *Prolegomena Juri Hollandico praemittenda* - Chapter 3 in Feenstra, 1967; Du Toit, 1976:43.

gaan die howe toepas om inbreukmaking op die Handvesregte ingevolge die kontrak te kan toets?

Bogemelde vrae dui sekerlik op die krisis wat die howe in die gesig staar - die hantering van die impak van die Grondwet op die gebied van die privaatreë, en veral op die gebied van die kontrakreë. Dit is derhalwe nie vreemd dat party akademiese skrywers skepties staan teenoor hierdie vraagstuk nie. Die oplossing vir die "nuwigheid" is nou eenmaal nie voor die handliggend nie. Hofsake en akademiese bydraes het in die verlede verwys na die aspek dat alle kontrakte in Suid-Afrika *bona fide* is en dat *bona fides* 'n onderliggende beginsel van die kontrakreë vorm.⁴⁵² Die rol van *bona fides* is egter nog nooit uitgespel, wat die kontrakreë aanbetref nie, aangesien *bona fides* gedurigdeur beskou is as moontlike inmenging met die kontrakpartye se vryheid om te kontrakteer. Kontrakteervryheid is algemeen beskou as die hoeksteen van die Suid-Afrikaanse kontrakreë. Die Suid-Afrikaanse howe het nog altyd oor die inherente bevoegdheid beskik om billikheid ingevolge hul diskresie toe te pas. In werklikheid is hierdie diskresie slegs toegepas in soverre dit nie in stryd was met die beginsels van die Suid-Afrikaanse gemenerë, gebaseer op die Romeins-Hollandse begrippe van goeie trou en billikheid nie.

Die vraag ontstaan of die howe die geleentheid wat Artikels 8 en 29 van die Grondwet bied, ten volle gaan benut om die gemenerë uit te brei, of te ontwikkel. Die Suid-Afrikaanse howe het in die verlede gebruik gemaak van die *exceptio doli* as remedie om goeie trou en billikheid in die Suid-Afrikaanse kontrakreë in te voer.⁴⁵³

'n Wending ten opsigte van die bestaansreë van die *exceptio doli* het plaasgevind in die *Bank of Lisbon-saak*.⁴⁵⁴ Hierin het die hof geweier om erkenning te verleen aan *bona fides* as onafhanklike regsnorm. Die rol van goeie trou in die Suid-Afrikaanse Reg is gevolglik hierdeur vertroebel. Die hof het bevind dat *bona fides* slegs 'n etiese norm was, wat die substantiewe regsreëls van die kontrakreë beïnvloed het.

Nadat *bona fides* nie as regsnorm erken is nie, moes ander weë gevind word om billikheid in die kontrakreë te kan tuisbring. Die hof was van mening dat die *exceptio doli* kan oorvleuel het met ander verwerre gebaseer op openbare beleid. In die saak *Sasfin (Pty) Limited v Beukes*⁴⁵⁵ het die hof bevind dat

⁴⁵² *Meskin NO v Anglo-American Corporation of South Africa Limited* 1968(4) SA 793 (W) 804; Cockrell, 1992:41.

⁴⁵³ Zimmermann en Visser 1996:218. "In Roman law the *exceptio doli* was a defence based on the considerations of equity, which was introduced by the Praetor to redress the injustice that arose from the enforcement of strict iuris contracts where considerations of equity did not apply."

⁴⁵⁴ *Bank of Lisbon and South Africa Limited v De Ormelas* 1988(3) SA 580 (A) 605-610.

⁴⁵⁵ 1989(1) SA 1 (A).

waar 'n ooreenkoms so onbillik was dat dit inbreuk gemaak het op die openbare beleid, regterlike inmenging noodsaaklik was om sodoende die kontrak se toepassing reg te stel. In die *Magna Alloys-saak*⁴⁵⁶ bevind Hoofregter Rabie dat openbare beleid 'n dinamiese konsep is wat die veranderende houdings van die gemeenskap weergee en wat as 'n noodsaaklike faktor in die bepaling van die regmatigheid van 'n ooreenkoms funksioneer.

Die verwantskap tussen goeie trou en openbare beleid is verder deur die hof toegelig in die *Eerste Nasionale Bank-saak*.⁴⁵⁷ Die hof bevind dat die rol van goeie trou was om die gemeenskap se uitdrukking weergee van wat in die kontraktereg billik en redelik is. *Bona fides*, as 'n komponent van die breër gemeenskapsbeleidskonsep, het 'n dinamiese rol, wat moet verseker dat die reg sensitief bly vir die behoeftes van die gemeenskap.

Uit bogemelde hofsake is dit duidelik dat daar 'n groot nood verkeer vir 'n normatiewe konsep, soos *bona fides*, wat aangeneem kan word om te kan inmeng in die afdwinging van 'n kontrak, waar veral die gemeenskapsbelang dit vereis. Die howe weier steeds om erkenning te verleen aan goeie trou as onafhanklike kontraktuele norm, wat tot die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse kontraktereg kan bydra in plaas van om regsonsekerheid en arbitrêre beslissings die lig te laat sien.

'n Meer moderne benadering word gevolg deur Neels.⁴⁵⁸ Sy benadering word gebaseer op die Nederlandse model van *redelijkheid en billijkheid*. Hy toon aan dat korrigerende en ondersteunende funksies van goeie trou wel in die Suid-Afrikaanse Reg bestaan, alhoewel *bona fides* nie as substantiewe kontraktuele norm erken word nie. Die ondersteunende funksie van goeie trou is hoofsaaklik ingespan deur die Suid-Afrikaanse howe om versweë kontraktuele terme in kontrakte te verander of in te voeg, terwyl die korrigerende funksie die regte van partye inkort, wanneer hulle in botsing is met die openbare beleid. Neels beveel egter nie aan dat in die Suid-Afrikaanse Reg goeie trou ontwikkel word soortgelyk aan die ontwikkeling in Nederland van 'n model wat gebruik word in 'n gekodifiserende sisteem van siviele reg nie.

Billikheid in die Nederlandse Reg is 'n uitgebreide konsep, wat sy inhoud vind in verskeie beginsels soos vervat in menige vertolkings van die reg. Wat die Verbintenisreg betref, manifesteer billikheid in die konsep van goeie trou. In

⁴⁵⁶ 1984(4) SA 874 (A).

⁴⁵⁷ *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Beperk v Saayman* NO 1997(4) SA 302 (SCA).

⁴⁵⁸ Neels, 1998:702.

die 1992-Nederlandse Siviele Kode is die term “goeie trou” ondervang deur die begrippe *redelijkheid en billijkheid*. Dit is veral ’n belangrike beginsel, wat deurgedring het tot elke aspek van die Nederlandse verbintenisreg.⁴⁵⁹

Die uitgebreide funksie van goeie trou in die Nederlandse siviele reg word beheer deur Artikel 6.248 van die Burgerlike Wetboek. Artikel een van 6.248BW bepaal dat enige ooreenkoms in die Nederlandse siviele reg nie slegs die regte en verpligtinge bevat wat uitdruklik deur die partye tot die ooreenkoms gesluit is nie, maar dat die hof ook ekstra regte en verpligtinge aan die partye mag oplê, indien goeie trou dit as sodanig noodsaak. Die korrigerende funksie van goeie trou moet werking vind binne ’n gesofistikeerde sisteem van regsreëls, wat veral poog om billikheid te bevorder, eerder as om te poog om kasuïstiese manifestasies van onbillikheid reg te stel. ’n Goeietrou-klausule is gewoonlik ’n oop normatiewe beginsel, waarvan die inhoud bepaal word deur die omstandighede van ’n gegewe saak. Dit verleen egter nie vrye teuels aan ’n regter om sy/haar diskresie uit te oefen soos hy/sy wil nie. Die meeste siviele regsisteme is so ontwikkel en geïmplementeer met die nodige metodes wat ingebou is om die aanvraag ten opsigte van billikheid te verminder.

’n Regter sal egter sy/haar diskresie spaarsamig en met die nodige oordeelkundigheid gebruik. Die regter sal slegs inmeng in die kontrakvoorwaardes, waar onbillikheid duidelik uit die resultaat sal voortspruit. Subartikel 2 van Artikel 6.248BW bepaal uitdruklik dat kontrakvoorwaardes beperk kan word, veral waar geregtigheid en billikheid dit so sou vereis. Selfs uitdruklike voorwaardes vervat in ’n ooreenkoms mag verander of beperk word, veral deur die korrektiewe funksie van goeie trou. Ons sien dat die korrektiewe funksie van goeie trou veral goed te pas kom om voorwaardes in ’n kontrak te verander, veral waar omstandighede na kontraksluiting drasties verander het.

Maar hoekom sal ’n kodifikasie soortgelyk aan die Burgerlike Wetboek nie ook vir die Suid-Afrikaanse kontrakteregstelsel tot hulp wees nie? Dit kan moontlik dien as ’n oplossing vir die probleem waarmee regters te kampe het, wanneer Handvesregte as verweer toegepas word om voorwaardes of ’n kontrak tersyde te stel. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het wel ’n model soortgelyk aan die Nederlandse model voorgestel in ’n poging om goeie trou tot die Suid-Afrikaanse kontrakteregstelsel toe te voeg. Daar is reeds in 1983 met die projek begin. Projek 47, Werksdokument 54(1994), het voorgestel dat aan howe die bevoegdheid verleen word om te weier om sekere

⁴⁵⁹ Van der Ginten, 1978; Van der Werf, 1982.

voorwaardes in 'n kontrak af te dwing, en dat hulle self die inhoud van die ooreenkoms mag verander, wanneer die voorwaardes in stryd is met goeie trou. 'n Ooreenkoms in die kontrak sou nie bogenoemde bevoegdheid van die howe kon uitsluit nie.

Die voorstel van die Regskommissie is nie entoesiasties aanvaar nie. 'n Moontlike rede kan wees dat die regterlike bevoegdheid om voorwaardes te verander beter werk, as wanneer te doen gekry word met 'n gekodifiseerde regstelsel.

Wat die aspekte van goeie trou en billikheid as normatiewe bronne tot die Suid-Afrikaanse kontrakteregstelsel betref, sal dit interessant wees om die ontwikkeling hiervan dop te hou. Is regter Davis se siening in die saak van *Mort v Henry Shields-Chiat*⁴⁶⁰ dalk die voorloper om die impak van die Handves van Menseregte op die gebied van die kontraktereg in Suid-Afrika verder te ontwikkel? Kan die norme van *boni mores* en *bona fides* binne die waardesistiem, soos vervat in die Grondwet, opgeneem word? Volgens regter Davis se siening het die Finale-Grondwet die rol en die funksie van *bona fides* in die Suid-Afrikaanse kontraktereg beïnvloed. Alle optredes moet in ooreenstemming met die huidige Grondwet voldoen aan die waardes van vryheid, gelykheid en waardigheid.

Wat die begrip "vryheid" betref, is dit in ooreenstemming met kontraktuele vryheid, maar wat gelykheid en waardigheid betref, sal dit moet geskied aan die hand van sosiale waardes wat tot voordeel van die gemeenskap sal werk. Hiervolgens is regter Davis van mening dat, indien 'n kontrak gesluit is met voorwaardes wat nie in ooreenstemming is met die waardes wat in die Grondwet weergegee word nie, die howe wel die bevoegdheid moet hê om die kontrakvoorwaardes te kan wysig, indien die voorwaardes teenstrydig is met die goeie trou of gemeenskapsopvattinge.

Dit gaan sekerlik nie lank duur alvorens die howe 'n koersverandering gaan inslaan en afwyk van die standpunte gehandhaaf in die *Bank of Lisbon-saak* nie. Openbare beleid en goeie trou gaan in die toekoms 'n al groter rol speel in die hantering van kontrakvoorwaardes. Die beginsel van billikheid in die kontraktereg sal al meer uitgelig word.

Dit sal miskien totaal ongevraag wees om weer eens sekere aspekte van die gemenerereg te kodifiseer om sodoende *bona fides* en openbare belang as norme in die Suid-Afrikaanse Reg uit te lig. Dit is reeds 'n rare verskynsel dat administratiewe geregtigheid in Artikel 33 in die Grondwet onder die

⁴⁶⁰ 2001(1) SA 464 (C).

menseregtehandves geïnkorporeer word. Die howe beskik oor volkome bekwaamheid om gemenerereg korrek toe te pas of uit te brei in kontraktuele gevalle, waar die meriete dit sou noodsaak.

2.3 'n MOONTLIKE OPLOSSING IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG MET VERWYSING NA REGSPRAAK

Dit is algemeen bekend dat die streng toepassing van die *pacta sunt servanda*-beginsel dikwels onbillike gevolge vir 'n kontrakparty inhou. In sommige lande word sulke gevolge statutêr teëgewerk. In Engeland het die Master of Rolls Jessel gedurende 1875 in *Printing and Numerical Registering Co v Sampson* te kenne gegee dat -

“if there is one thing which more than another public policy requires, it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice.”⁴⁶¹

Hierteenoor word in Anson's Law of Contract verklaar “[freedom of contract] ... has ceased to have much realistic attraction”.⁴⁶² In die vorige gedeelte is verwys na die Suid-Afrikaanse Regskommissie se poging om statutêre wetgewing daar te stel om redelikheid in die kontraktereg te hanteer.⁴⁶³

Wanneer daar na die Romeins-Hollandse en Engelse Reg gekyk word, kry 'n mens dadelik die indruk dat kontrakte en die hantering daarvan deur die howe, nie buite die konteks van die maatskaplike belang of openbare beleid staan nie. Laasgenoemde staan nie los van die sluiting en afdwinging van ooreenkomste nie. Die aspek wat eintlik na vore tree, is dat billikheid by die sluiting en afdwinging van ooreenkomste op die voorgrond moet tree. Vervolgens ontstaan daar in openbare belang twee pole wat kontrakte aanbetref. Die eerste is dat die partye vry moet wees om te kontrakteer, en dat die voorwaardes van die ooreenkoms nagekom moet word. Die tweede pool is dat kontrakte in openbare belang billik moet wees.

Kontrakteervryheid veronderstel ook kontrakgebondenheid, want dit word begrens deur algemene belang, wat veranderlik is na gelang van die maatskaplike omstandighede. Maatskaplike verandering was een van die redes waarom kontrakteervryheid ook anders benader is. In sy artikel “*Controlling unfair contract terms : Options for legislative reform*”⁴⁶⁴ stel Kötz dit soos volg:

“Contract involves free choice of the individuals concerned, and is therefore based on the idea of private autonomy. On the other hand, contract has also

⁴⁶¹ 1875(19) LR Eq 462 465.

⁴⁶² Anson en Beatson, 1998:4. Vlg Steyn, 1997:433.

⁴⁶³ Suid-Afrikaanse Regskommissie (Verslag : Projek 48) 1998:213-223.)

⁴⁶⁴ Kötz, 1986:405.

been justified in terms of economic purpose and social function. It has been explained as a mechanism by which scarce resources can be moved to what are considered the most valuable uses. Thus, contract enhances the mobility of the factors of production. It helps to maximise the net satisfaction realized in a given society. As a result, individuals by entering into contracts that serve their own interests are also serving the interests of society” “There is a little doubt that the evolution of modern contract law the principle of social control has steadily been on the increase.”⁴⁶⁵

Dit is ook duidelik dat kontrakteervryheid nie beskou kan word as die alfa en die omega nie. Molengraaff het meer as ’n eeu gelede reeds die volgende opmerking gemaak :

“Meer en meer wint de overtuiging veld dat het dogma der contractsvrijheid ... niet als de hoogste wijsheid mag gelden. Men is gaan inzien dat er hogere beginselen zijn dan het *pacta sunt servanda*, dat het recht slechts dan een ‘ars boni et aequi’ mag heeten, als het in overeenstemming is met etische beginselen en tot doorvoering daarvan heeft medegewerkt.”⁴⁶⁶

Farlam en Hathaway merk tereg op dat “although social conditions and values have changed, the classical theory of contract and the principle of autonomy still inform the South African law of contract.”⁴⁶⁷

Vir die aspek van billikheid in die kontraktereg, was appèlregter Toon van den Heever nogal uitgesproke in *Preller v Jordaan*⁴⁶⁸ en wys daarop dat regterlike goëddunke ’n belangrike prosesregtelike rol speel:

“Dit is egter ’n ander saak waar ’n regter inbreuk maak op die regsorde en die regte wat uit ooreenkoms vloei. Indien hy ’n regshandeling kan verydel sodra sy subjektiewe billikheidsgevoel dit veroordeel, sou daar geen regsekerheid wees nie. In sy voorwoord tot sy uitgawe van De Groot se Inleiding van 1767 sê Schorer dat ’n regter wat volgens sy gesonde verstand en sonder regsreëls kan oordeel meer te vrese is as honde en slange. Daarmee is ek dit roerend eens.”⁴⁶⁹

Selfs die ou skrywers soos Huber het oor die billikheidsaspek en die Regbank se hantering daarvan ’n waarskuwing gerig.⁴⁷⁰

⁴⁶⁵ Kötzt, 1986:406:Sien ook Cockrell, 1992:42.

⁴⁶⁶ Molengraaff, 1895(14) RM 365-376 soos aangehaal deur Van Huysteen, 1980:128.

⁴⁶⁷ Farlam *et al.*, 1988:26.

⁴⁶⁸ 1956(1) SA 483 (A) 500 F-H.

⁴⁶⁹ Kyk ook Molengraaff 1941:337.

⁴⁷⁰ Huber 1742:1.1.17-1.1.18 volgens Gane se vertaling : “de waarheit is, dat geen Rechters hoog of laeg van de algemene wet mogen afaen, om reden van billikheit in dit of dat geval, om dat alle Rechters, selfs die sonder appel wijsen, geen hooger eere hebben als Dienaers van die wetten te zijn, dewelke gansch los en onseker souden worden, indien de Rechters in alle bysondere gevallen mochten oordeelen, of sy gevolgt souden worden of niet.”

Dit beteken geensins dat billikheid tot dusver geen rol gespeel het in die kontraktereg nie. In bepaalde situasies is wel beperkte ruimte gelaat vir sogenaamde “simple justice between man and man”.⁴⁷¹ Die houding van ons howe was tot dusver deurgaans dat ’n ooreenkoms nie aanvegbaar is bloot op grond van onbillikheid wat dit vir een van die partye mag inhou nie.⁴⁷²

In *Wells v South African Alumenite Co*⁴⁷³ het hoofregter Innes onomwonde te kenne gegee dat “no doubt the condition is hard and onerous, but if people sign such conditions they must in the absence of fraud, be held to them. Public policy so demands”

Uit bogemelde is dit duidelik dat sterk stemme opgaan vir die erkenning van ’n maatstaf om onbillike gevolge van die *pacta sunt servanda*-beginsel te temper. Verskeie moontlikhede kan genoem word, soos die *bona fide*-beginsel, hetsy op sigself, of as komponent van openbare belang, billikheid *inter partes* in die openbare belang, die bevoegdheid van die howe om spesifieke nakoming te weier en ’n nuwe benadering tot die vertolking van ooreenkomste waarin die werklike bedoeling van die partye voorrang geniet.

Daar sal vervolgens, wat die billikheidsaspek aanbetref, gekyk word hoe die howe die aandrang op verandering hanteer. Moet die regstelsel aanpassings ondergaan om tred te hou by die vereistes van ’n veranderende samelewing?

Daar kan gelet word op die feit dat graadverskille bestaan in die rol wat billikheid in die Suid-Afrikaanse kontraktereg speel. As een uiterste speel billikheid geen rol nie, maar as ander uiterste, is billikheid die toetoegepaste beginsel in die kontrak en oorskadu alle ander oorwegings. Nie een van hierdie uiterstes is egter bevredigend nie. Tans bevind die Suid-Afrikaanse Reg hom meer by die eerste uiterste, met weinig beweegruimte vir billikheid as oorweging. Word daar gekyk na die Engelse Reg, wat gebombardeer word deur wetgewing, grens dit weer aan die ander uiterste.⁴⁷⁴ Volgens die wetgewing word die korrekte gevolg gekoppel aan die beginsels van billikheid, sodat dit nie ongeregverdigde voordeel bo ander oorwegings geniet nie. Dit wil voorkom of slegs wetgewing hierdie tipe balans kan bewerkstellig.

⁴⁷¹ Volgens *Jajbhuy v Cassim* 1939 AD 537, *Benson v SA Mutual Life Assurance Society* 1986(1) SA 776 (A) 783D-E, *SASFIN (Pty) Limited v Beukes* 1989(1) SA 1 (A), Van Zyl 1986:110 en 1988:272 bevat ’n uiteensetting van die van billikheid in die regspleging.

⁴⁷² Sien ook *Magna Alloys en Research (SA) (Pty) Limited v Ellis* 1984(4) SA 874 (A) 893 H-I; *Wynns Car Care Products (Pty) Limited v First National Industrial Bank Limited* 1991(2) SA 754 (A) 760A-B; *Commercial Business Brokers v Hassen* 1985(3) SA 583 (N) 585H-I; *Oatorian Properties (Pty) Limited v Maroun* 1973(3) SA 779 (A) 785C-D.

⁴⁷³ 1927 AD 69 op 73.

⁴⁷⁴ Voorbeelde van hierdie wetgewing wat die billikheidsbeginsel beliggaam, is die volgende: Unfair Contract Terms Act, 1977; Misrepresentation Act, 1967 (soos gewysig in 1977) en die Unfair Terms In Consumer Contracts Regulations, 1999.

Volgens die gemenerereg word 'n ooreenkoms nie tersyde gestel bloot omdat die voorwaardes in die ooreenkoms onbillik is nie.⁴⁷⁵ Die *exceptio doli generalis* bied tans ook geen oplossing nie. Carole Lewis is van oortuiging dat die *exceptio* maar sonder bedenking begrawe kan word.⁴⁷⁶ Lewis is 'n voorstander van die judisiële kreatiwiteit, wat te bespeur was in Engeland voor 1977.⁴⁷⁷

Kerr is egter weer die teenoorgestelde siening toegedaan.⁴⁷⁸ Die blote feit dat die *exceptio* nie toegepas kan word om die billikheidsbeginsel in die kontraktereg te bevorder nie, bring nie mee dat die verweer totaal waardeloos was nie.

In die *SASFIN-saak*⁴⁷⁹ is daar na openbare beleid gekyk om in te span as plaasvervanger vir die *exceptio*. Hierdie saak kan op meriete beskou, sekerlik as een van die mees gepaste gevalle beskou word, waar die kontrak tersyde gestel word as gevolg van die feit dat dit teen die openbare belang ingedruis het.

Kortliks het die saak gehandel oor 'n sessie in die ooreenkoms waarvolgens 'n dokter ten gunste van die finansiële maatskappy sy boekskuld gesedeer het. Daar is bevind dat die maatskappy ten volle in beheer van die dokter se verdienste geplaas is, wat geen leefwyse vir die dokter ingehou het nie. Die belange van die gemeenskap is hier op die voorgrond geplaas. Appèlregter Smallberger het egter met versigtigheid tot hierdie beslissing gekom.⁴⁸⁰

Uit hierdie uitspraak is dit duidelik dat 'n balanseringsfunksie plaasgevind het - sekerheid moet gebalanseer word met billikheid. Die openbare beleid vereis dat kontrakteervryheid gehandhaaf moet word, maar waar die meriete van 'n saak sodanig is dat afwyking kan plaasvind, sal dit normaalweg aan die hand van billikheid moet geskied.

Die broosheid van openbare beleid as 'n verweer teen die afdwinging van 'n geldige ooreenkoms, word goed geïllustreer met verwysing na "in restraint of trade"-klousule in die saak van *Roffey v Catterall, Edwards & Goudré (Pty) Limited*.⁴⁸¹ "In restraint of trade"-klousules is wel deur die gemenerereg erken. 'n Ooreenkoms is nie sommer tersyde gestel net vanweë die feit dat die ooreenkoms so 'n klousule bevat het nie. In die saak het 'n eiendomsagentskap 'n "in restraint of trade"-klousule in die ooreenkoms geplaas, wat sou verhoed dat 'n verkoopsvertegenwoordiger na sy

⁴⁷⁵ Sien die saak van *Burger v Central South African Railways*, 1903 TS 571 op 576 waar hoofregter Innes dit soos volg stel: "Our law does not recognise the right of a court to release a contracting party from the consequences of an agreement duly entered into by him merely because that agreement appears unreasonable."

⁴⁷⁶ Lewis, 1990: 29.

⁴⁷⁷ Similarly, Christie, 2001:15 concludes "that it is not worth bringing it (the *exceptio doli*) back to life 'because' the half life of the *exceptio* from 1925-1988 showed it to be so entangled in its history that it was not a satisfactory instrument for modern courts to use."

⁴⁷⁸ Kerr, 1991:583.

⁴⁷⁹ *Sasfin (Pty) Limited v Beukes* 1989(1) SA 1 (A).

⁴⁸⁰ 1989(1) SA 1 (A) : Op bladsy 9B-C van die hofsaak stel die Hof dit soos volg : "The powers to declare contracts contrary to the public interest, should, however, be exercised sparingly, and only in the clearest of cases, lest uncertainty as to the validity of contracts result from arbitrary and indiscriminate use of power. One must be careful not to conclude that a contract is contrary to public policy merely because its terms (or some of them) offered one's individual sense of propriety and fairness."

⁴⁸¹ 1977(4) SA 494 (N).

bedanking vir 'n tydperk van 12 maande huise in dieselfde omgewing sou verkoop. Die hof bevind dat die klousule geldig was. Regter Didcott bevind dat handelbeperkingsklousules nie *prima facie* ongeldig is nie. Indien dit wel teenstrydig is met die openbare beleid, moet bewys word dat die klousule onbillik is.⁴⁸²

Bona fides kan ook dien as alternatief tot openbare beleid om sodoende kontraktuele billikheid te verseker. Die oorsprong van hierdie leerstuk word gevind in die saak van *Van der Merwe v Meades*.⁴⁸³ Hier is beslis dat 'n voetstoots-klousule ("as it is") nie geag word bindend te wees nie. Die verkoper het geweet van die gebreke in die koopsaak, alvorens dit verkoop is. Die verkoper het hierdie defek hetsy opsetlik, bedrieglik of nalatig nie aan die koper vermeld nie.

Die afwesigheid van *bona fides* kan tot gevolg hê dat 'n klousule in 'n kontrak as nie-bindend verklaar word. Ondersteuning vir laasgenoemde word gevind in die saak van *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Beperk v Saayman NO*⁴⁸⁴. In hierdie saak het 'n ou siek dame by die bank ten behoewe van die verpligtinge van haar seun borg geteken. Die ou dame se dogter is aangestel as kurator *bonis* en laasgenoemde het 'n hofbevel verkry dat die kontrakte wat haar moeder gesluit het, onafdwingbaar was, aangesien die ou dame nie oor die vermoë beskik het om die ooreenkoms te sluit nie. Op grond van *bona fides* het appèlregter Olivier tot dieselfde konklusie gekom as sy kollega in die *Van der Merwe*-saak. Die regter is die siening toegedaan dat wanneer goeie trou dit so verlang, 'n hof wel by magte sou wees om 'n geldige kontrak nie af te dwing nie. Dit was duidelik dat die ou dame, toe sy borg geteken het, nie geweet het waarvoor sy die dokument onderteken nie. In die laasgenoemde saak sien ons 'n neiging van die hof om in die rigting van billikheid te beweeg.

Die saak van *Brisley V Drotsky*⁴⁸⁵ het egter hierdie tendens gekniehalter. Die geskrewe huurkontrak het 'n nie-wysigingsklousule (non variation clause) bevat, wat bepaal het dat enige wysiging, verandering of kansellering van die huurooreenkoms op skrif gestel moet word, en deur beide partye tot die ooreenkoms onderteken moes word. Alles in ag genome, kon die hof geen meriete vind waarop die klousule nie afdwinging moes word nie. Daar is bevind dat die breë beginsels van *bona fides*, naamlik onbillikheid of onredelikheid nie bestaan het nie, wat sou veroorsaak het dat die klousule nie-bindend sou wees. Die hof het in hierdie saak regsekerheid daargestel. Indien die klousule nie in die ooreenkoms was nie, kon kontrakparty

⁴⁸² 1977(4) SA 494 (N) by 505 F-G beslis Regter Didcott soos volg: "I am satisfied that South African law prefers the sanctity of contracts. The principle is firmly entrenched in our system, where it shows its head in so many places. Freedom of trade does not vibrate nearly as strongly through out jurisprudence. What is more, it is intrinsically the less commanding of the two ideas ... Commerce needs freedom to bargain and loyalty to contracts already concluded as much as freedom of trade, and the public has no larger interest in the maintenance of the latter than in preservation of the former The principle (sanctity of contracts) has a moral dimension too, which gives it a durability and universality beyond the norms of the market place. This consists of its simple requirement that people should keep their promises."

⁴⁸³ 1991(2) SA 1 (A).

⁴⁸⁴ 1997(4) SA 302 (SCA).

⁴⁸⁵ 2002(4) SA 1 (A).

maklik nadelige gevolge vrygespring het, deur aan te voer dat die ooreenkoms mondelings deur hulle gewysig is.

Die leerstuk van openbare belang met die fundamentele waardes daarin vervat, is na aanleiding van bogemelde verwysing, in die konstitusie veranker.⁴⁸⁶ In die *Mort-saak* word dit paslik gestel:⁴⁸⁷

“Like the concept of *boni mores* in our law of delict, the concept of good faith is shaped by the legal convictions of the community. While Roman-Dutch law may well supply the conceptual apparatus for our law, the content with which concepts are filled depends on an examination of the legal convictions of the community - a far more difficult task. This task requires that careful account be taken of the existence of our constitutional community, based as it is upon principles of freedom, equality and dignity. In short, the constitutional State which was introduced in 1994 mandates that all law should be congruent with the fundamental values of the Constitution”

Groter vryheid word deur die Grondwet aan howe verleen om kontrakbedinge wat teenstrydig is met die openbare beleid op te spoor, maar dit verskaf nie die bevoegdheid aan howe om die presedenteleer te ignoreer nie. Regter Cameron stel dit soos volg in die *Brisley-saak* :⁴⁸⁸

“What is evident is that neither the Constitution nor the value system it embodies give the courts a general jurisdiction to invalidate contracts on the basis of judicially perceived notions of unjustness or to determine their enforceability on the basis of imprecise notions of good faith.”

Daar is reeds hierbo aangetoon dat die verpligting aan die howe opgelê is om die gemenerereg te ontwikkel. Die taak wat die howe opgelê word, bring sekerlik nuwe velde van regsontwikkeling mee. Hutchison verwys in 'n onlangse artikel na die gebruikmaking van soortgelyke wye norme in die kontraktereg. Sy verwys hier na norme soos goeie trou, openbare beleid en rasionaliteit en verklaar dat die gebruik daarvan onseker is, aangesien die bestaan en omvang van die norme bevaagteken word.⁴⁸⁹ Nieteenstaande Hutchinson se siening, blyk dit dat die howe met groot

⁴⁸⁶ Sien in hierdie verband: Dyzenhaus, 1998:1. Dyzenhaus verduidelik hoe Mureinik die gemenerereg as 'n samehorende stel beginsels saamgevat het. “These principles are not merely coherent, they are also fundamental to both legal order and legitimate political order”; Sien ook Dugard, 1998:198; Leon, 1998:190; Smuts, 1998:197; Leon, 1998:201; Corder 1998:38.

⁴⁸⁷ 2001(1) SA 464 (C) by 474 J-575B en 475 D-E.

⁴⁸⁸ 2002(4) SA 1 (A) by 35 D-E.

⁴⁸⁹ Hutchison, 1999:213. By bladsy 229-231 word daar soos volg na die onsekerheid verwys: “It seems reasonably clear that South African law has no general doctrine of good faith. By that I mean that good faith is not an independent of free-floating principle that the courts can employ directly to justify intervention in contractual relationships on the grounds of unreasonableness or unfairness Good faith may be regarded as an ethical value or controlling principle, based on community standards of decency and fairness, that underlies and informs the substantive law of contract. It finds expression in various technical rules and doctrines, defines their form, content and field of application and provides them with a moral and theoretical foundation. Good faith thus have a creative, controlling and a legitimating or explanatory function. It is not, however the only value or principle that underlies the law of contract. The influence of good faith in the law of contract is merely of an indirect nature, in that the concept is usually if not always mediated by some other, more technical doctrinal device. Thus, for example, while good faith does not empower a court directly to supplement the terms of a contract, or to limit their operation, it might in appropriate cases enable the court to achieve these same results indirectly, through the case of devices such as implied terms and the public policy rule.”

mag gebruik maak van openbare belang om as norm diensbaar te wees in die kontrakereg.

In die *Sasfin-saak* sien ons dat die hof openbare belang wyd uittê om onbillike en ongrondwetlike kontrakvoorwaardes aan te spreek.⁴⁹⁰ Nieteenstaande Hutchinson se siening het die Hoogste Hof van Appèl in 2002 twee maal, te wete in die *Brisley*- en die *Eerste Nasionale Bank-sake*, bevestig dat openbare beleid, sowel as die fundamentele waardes wat dit omvat, in die kontrakereg geanker is deur die Grondwet. Dit is duidelik dat die hof nie Hutchinson se reëlsgebaseerde roete gaan navolg nie. Hutchinson het voorgestel dat die Shifren-beginsel beperk moet word, deur erkenning te verleen aan uitsonderlike omstandighede waar die beginsel nie toegepas word nie. Daar moet gebruik gemaak word van ontwikkelende konsepte soos afstanddoening, estoppel en die *pactum de non petendo* om sodoende grondwetlike waardes te implementeer. Regter Cameron het in die *Brisley-saak* ook die toepassing van die Grondwet op die gebied van die kontrakereg bevestig.⁴⁹¹

In die saak van *Afrox Healthcare Beperk v Strydom*⁴⁹² is 'n vrywaringsklousule in 'n hospitaalbehandelingsooreenkoms aangeval op grond daarvan dat dit teenstrydig was met die openbare beleid en goeie trou. Die pasiënt het na 'n operasie, onherstelbare skade gely as gevolg van die verpleegkundige se nalatigheid om die pasiënt se wonde reg te versorg. Die hof wys die eis van die hand en bevind dat die kontraktuele verhouding nie op 'n ongelyke grondslag berus nie, dat goeie trou nie op sigself 'n grond was waarop kontrakte ongeldig verklaar kan word nie, en dat die uitsluitingsklousule nie nalatigheid bevorder het, teenstrydig met die respondent se grondwetlike reg van toegang tot gesondheidsorg nie. Die vryheid van die partye se reg om 'n ooreenkoms aan te gaan, is ook deur die hof oorweeg.⁴⁹³ Die konstitusionele aanslag op die vrywaringsklousule in die *Afrox-saak* was gebaseer op Artikel 27(1)(a) van die Grondwet, wat bepaal dat elkeen die reg het op toegang tot gesondheidsorgdienste. Die hof bevind dat die bepaling horisontaal in werking was en dat die feit dat die respondent op die Grondwet gesteun het, die reg nie uitgesluit was deurdat die inbreukmaking op die reg plaasgevind het voordat die Grondwet in werking gestel was nie. Die hof bevind verder dat die vrystellingsklousule die respondent nie van sy reg van toegang tot mediese gesondheidsorg ontnem het nie. Die insluiting van die klousule het nie inbreuk

⁴⁹⁰ *Sasfin (Pty) Limited v Beukes* 1989(1) SA 1 (A) op 71-9G. "Our common law does not recognise agreements that are contrary to public policy ... Agreements which are clearly inimical to the interest of the community, whether they are contrary to law or morality, or run counter to social or economic expedience, will accordingly, on the grounds of public policy, not be enforced ... The power to declare contracts contrary to public policy should, however, be exercised sparingly and only in the clearest of cases, lest uncertainty as to the validity of contract result from an arbitrary and indiscriminate use of the power...."

⁴⁹¹ *Brisley v Drotzky* 2002(4) SA 1 (A), paragraaf 7 "The Constitution requires that its values be employed to achieve a useful balance between the unacceptable excesses of contractual 'freedom', and securing a framework within which the ability to contract enhances rather than diminishes our self-respect and dignity."

⁴⁹² 2002(6) SA 21 (HHA).

⁴⁹³ *De Beer v Keyser* 2002(1) SA 827 (SCA). In die saak is 'n bank se metode om uitstaande skuld, verskuldig deur kliënte, in te vorder deur direkte aftrekkings van salarisbetalings by die bank, nie as teenstrydig met die openbare belang aangemerkt nie. Die Grondwet is nie in die saak oorweeg nie.

gemaak op Artikel 27(1)(a) van die Grondwet nie.⁴⁹⁴ Die respondent het nie die bewering gemaak dat daar 'n direkte konflik tussen die vrystellingsklousule en Artikel 27(1)(a) van die Grondwet bestaan het nie. Die respondent se verweer was daarop gebaseer dat Klousule 2.2 inbreuk gemaak het op die gees, strekking en oogmerk van die reg van toegang tot gesondheidsorgdienste. Daarom moes dit gesien word teenstrydig te wees met die openbare beleid, in terme van Artikel 39(2) van die Grondwet, wat dit aan die howe opdra om die gees, strekking en oogmerk van die Handves van Menseregte te bevorder by die uitleg van wetgewing, of waar die gemenerereg en inheemse reg ontwikkel moes word.

In die lig van beslissings soos *Carmichele v Minister of Safety and Security and Another (Centre for Applied Legal Studies Intervening)*⁴⁹⁵ en die bevinding van regter Cameron in die *Brisley-saak*⁴⁹⁶ was appèlregter Brand in die *Afrox-saak* bereid om ingevolge Artikel 39(2) van die Grondwet te aanvaar, dat die bepaling of 'n kontrakvoorwaarde teenstrydig met die openbare beleid is, al dan nie, afgelei word uit die waardes van die Grondwet.

Met hierdie afleiding sluit regter Brand aan by Christie se siening⁴⁹⁷ van die belangrikheid wat openbare belang speel as 'n meganisme vir die daarstelling van Handvesregte.⁴⁹⁸ Aangesien begrippe soos “openbare beleid” en “onregmatigheid” geëtiketteer kan word as “black letter”-konsepte en dit tesame met meer spesifiek afgebeelde konsepte en reëls, die komponente van regsleerstellings daarstel, baan Artikel 8(3) met verwysing na die gemenerereg, die weg vir die toepassing van goeie trou, soos verwoord in die *Brisley-* en *Afrox-sake*. Die waardes vervat in die Handves van Menseregte, tesame met “uiterste onbillikheid... en ander beleidsoorwegings”, word nou die impule wat die kontoere vir gemenerereg-konsepte, soos openbare beleid, bepaal.

2.4 DIE ONTWIKKELING/UITBREIDING VAN DIE GEMENEREG MET VERWYSING NA DIE KONTRAKTEREG

Nadat die invloed van goeie trou en fundamentele regte in die *Afrox-saak* erkenning geniet het, word die hoop uitgespreek, dat dit die weg sal baan vir die ontwikkeling van nuwe substantiewe regsreëls in die Suid-Afrikaanse kontraktereg. Na 'n uitgebreide bespreking van die *stare decisis*-leerstuk in die *Afrox-saak*⁴⁹⁹, word bevind dat die hof daaraan gebonde is om gemeenregtelike reëls tersyde te stel, welke reëls in stryd is met grondwetlike beginsels, selfs indien die reëls reeds van

⁴⁹⁴ *Afrox-saak*, 2002(6) SA 21 (HHA), paragraaf 15 op 36C-E.

⁴⁹⁵ 2001(4) SA 938 (CC), paragraaf 35.

⁴⁹⁶ "... to the effect that in its modern guise 'public policy' is now rooted in our Constitution and the fundamental values it enshrines" by bladsy 9I-34G-H van *Brisley v Drotzky* 2002(4) SA 1 (A).

⁴⁹⁷ Christie, 1998:paragraaf 348.

⁴⁹⁸ *Afrox-saak*, 2001(4) SA 938 (CC) paragraaf 7 op 34I Vertaling:Extreme unfairness and other policy consideration!

⁴⁹⁹ *Afrox-saak*, 2001(4) SA 938 (CC), paragraaf 27 op 39B-C.

toepassing gemaak is deur die voormalige appèlafdeling voor die huidige Grondwet sy ontstaan gehad het. Die *lacunae* wat deur laasgenoemde optrede sou ontstaan, bring mee dat dit weer eens gevul moet word deur middel van die ontwikkeling van nuwe reg om gehoor te kan gee aan die toepaslike fundamentele reg. Volgens appèlregter Brand ontstaan daar derhalwe 'n behoefte tot judisiële regskepping. Waar openbare beleid ontwikkel word, sal dit ook 'n verandering ten opsigte van die gemenerereg teweeg bring. Nuwe reg sal ook ontstaan waar 'n bestaande regsreël, wat vantevore in plek was, wat vorige hofsake aanbetref (met ander woorde nie strydig met die huidige Grondwet nie), verder vernuwe of hervorm word om te voldoen aan die grondwetlike waardes. Die behoefte om regskeppend deur die howe op te tree vind slegs in beperkte en duidelik omskrewe gevalle plaas en is derhalwe nie vreemd nie. In menige Suid-Afrikaanse hofbeslissings word die bevoegdheid van die howe om regskeppend op te tree beklemtoon, aangesien verandering in die Suid-Afrikaanse regstelsel noodsaaklik is, veral waar dit kan weg beweeg van die geïkone Romeins-Hollandse regsbeginsels. *Janse van Rensburg v Grieve Trust CC*⁵⁰⁰ is 'n goeie voorbeeld waar daar verwys word na die aanhaling van Lord Tomlin in *Pearl Assurance Co. v Union Government*⁵⁰¹ rakende die Romeins-Hollandse gemenerereg :

“That law is a virile, living system of law, ever seeking, as every such system must to adopt itself consistently with its inherent basic principles to deal effectively with the increasing complexities of modern organised society.”

Die volgende vereistes word gestel vir die ontwikkeling en of uitbreiding van die gemenerereg:

'n Gemeenregtelike reël moet eerstens in stryd wees met die Handves van Menseregte. Die hof se inmenging word verlang, wanneer 'n reël van die gemenerereg in stryd met 'n grondwetlike bepaling is, of waar die hof verplig is om 'n nuwe houding in te neem rakende 'n aangeleentheid van openbare belang, aangesien die vorige houding van die howe onhoudbaar was met betrekking tot die invloed van die Grondwet.

In die *Carmichele*-saak word bogemelde vereiste 'n bietjie verder gevoer, waar dit duidelik gemaak is dat die verpligting van die howe om die reg te ontwikkel, ook ontstaan wanneer die gemenerereg gebrekkig is in die bevordering van Artikel 39(2) doelstellings⁵⁰².

Die volgende behoort toeligting te wees vir 'n hof hoe om behoorlik te kan optree:

⁵⁰⁰ 2000(1) SA 315 (C) op 324E-D.

⁵⁰¹ 1934 AD 560 op 563.

⁵⁰² *Carmichele v Minister of Safety and Security and Another (Centre for Applied Legal Studies Intervening)* 2001(4) SA 938 (CC) Artikel 39(1) : “By die uitleg van die Handves van Menseregte - (a) moet 'n hof, tribunaal of forum die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê, bevorder”.

“to consider whether the existing common law, having regard to the section 39(2) objectives, requires development in accordance with these objectives. This inquiry requires a reconsideration of the common law in the light of section 39(2). If this inquiry leads to a positive answer, the second stage concerns itself with how such development is to take place in order to meet the section 39(2) objectives.”⁵⁰³

Die literatuur rakende die privaatreë en fundamentele Handvesregte verskaf nie ’n omvattende uiteensetting welke tegnieke toegepas moet word om die gemene reg te ontwikkel, soos voorgeskryf deur die Grondwet nie. Daar is reeds hierbo verwys na Christie se siening dat openbare beleid “is likely to be the main instrument for applying or developing the common law under section 8(3)(a)” en dat die stelling in die *Afrox-saak* ondersteun is.⁵⁰⁴

Christie het wel die knelpunt duidelik belig. Daar bestaan ’n stryd tussen *pacta sunt servanda* en vryheid van kontraktering as sleutelemente van die openbare belang enersyds en die handhawing van die Handves van Menseregte andersyds. Hierdie tipe van “botsing” van regte kan nogal problematies wees. ’n Goeie voorbeeld is die saak van *Ryland v Edros*⁵⁰⁵, waar die moontlike konstitusionele aanval op die nie-afdwingbaarheid van ’n ooreenkoms ingevolge gevestigde kontraktuele leerstukke, nie buite rekening gelaat moet word nie.

Die moontlike invloed van fundamentele regte op ’n kontrak om sodoende die optrede van partye uit te beeld moet nie gesien word as noodsaaklik en beperk te wees tot die vraag na die afdwingbaarheid van die ooreenkoms nie. Christie het self aangedui dat in gepaste gevalle waar die partye nie ’n ooreenkoms het nie, die houe ’n ooreenkoms tussen die partye daar kan stel om sodoende uitvoering aan fundamentele regte te gee.⁵⁰⁶ Daar kan ook ’n moontlikheid bestaan dat konstitusionele regte tot stand gebring word by wyse van implikasie as voorwaardes in die ooreenkoms, of dat die uitleg van die uitdruklike bedoelings aan die hand van die Handves van Menseregte kan realiseer.⁵⁰⁷

’n Problematiese vraag is of daar toevlug geneem moet word na wye regsnorme soos openbare beleid, wat moontlik kan lei tot die ontwikkeling van die gemene reg, en of daar aan die anderkant byval gevind moet word by ’n bestaande oop standaard ooreenstemmend met die Handves van Menseregte. Die uitbeelding van openbare beleid as ’n feite-aangeleentheid, eerder as ’n regs-aangeleentheid, bring mee dat die fokus op die hantering van fundamentele regte in realiteit nie

⁵⁰³ *Carmichele v Minister of Safety and Security and Another (Centre for Applied Legal Studies Intervening)* 2001(4) SA 938 (CC) paragraaf 40 op 956A-B.

⁵⁰⁴ Christie 1998:paragraaf 3H6, 3H7, 3H12, 3H13-3H16.

⁵⁰⁵ *Ryland v Edros* 1997(2) SA 690 (C).

⁵⁰⁶ Christie, 1998:paragraaf 3H10. Sien die bespreking waar ’n aanbod diskriminerend van die hand gewys word; *Hoffmann v South African Airways* 2001(1) SA 1 (CC).

⁵⁰⁷ Sien in hierdie verband *Farr v Mutual and Federal Insurance Co Limited* 2000(3) SA 684 (C).

kontraktereg op sigself is nie, maar slegs handeling of optredes deur partye soos dit voorgestel is deur die partye in 'n ooreenkoms met 'n bepaalde betekenis. Dit beteken nie dat die gemenerereg mettertyd nie sal ontwikkel weens die toepassing van die Handves van Menseregte deur vrye norme nie. Dit beteken eerder dat die invloed van die Handves van Menseregte indirek sal plaasvind en dat substansiële regsontwikkeling wat daaruit voortvloei, sal toeneem. Uit die Duitse Reg kan ons hier meer te wete kom met die toepassing van die sogenaamde Fallgruppen-metodologie. Die ondervinding is dat die norme soos vervat in S242BGB meer hofsake gegenerer het. Om kompleksiteit te voorkom is hierdie beslissings op 'n los maat in sub-groepe geklassifiseer op grond van waarneembare feite wat algemeen voorgekom het. 'n Ontleding van hierdie voorlopige klassifikasieskemas bring mee dat sekere patrone en gebruike uitkristalliseer. Hierdie ontdekte onderskeidings bring weer regsbeginneels mee, wat dan die basis vorm van nuwe juridiese kategorieë en volledige regstegniese reëls.⁵⁰⁸ Hierdie Duitse-metodologie kan moontlik met groot vrug in die Suid-Afrikaanse regstelsel toegepas word, veral as gevolg van die produktiewe bron van substantiewe judisiële regsontwikkeling waaroor dit beskik. Die gemenerereg kan hiervolgens goed uitgebrei of ontwikkel word aan die hand van die Grondwet.

Daar is ook 'n moontlikheid dat die hof 'n sleutelrol sal speel in die herstel of verbetering van gemeenregtelike reëls, in teenstelling met die blote ontwikkeling en of uitbreiding daarvan. In die Engelse gewysde van *Kleinwort Benson v Lincoln City Council*⁵⁰⁹ het die House of Lords die Engelse Reg bevry van 'n regsverweer van teruggawe op grond van verryking, wat in die gemenerereg vir meer as 200 jaar van toepassing was. Die hof moes 'n oplossing vind vir die strikvraag waarvoor dit te staan gekom het waar bevind moes word of 'n regsfout begaan is as gevolg van regterlike diskresie wat toegepas is nadat teruggawe van betaling wat verlang was ingevolge die eis vir teruggawe geskied het. Indien die na-betalingsbesluit slegs verklarend van aard was, sodat vorige veronderstellings van die reg verkeerd was (die siening van die meerderheid regters in die saak), dan is betaling verkeerdelik gemaak, maar waar die beslissing die reg verander het (minderheidsbeslissing), dan is geen fout tydens betaling gemaak nie, maar slegs 'n verkeerde veronderstelling wat die korrekte reg ten opsigte van die onderwerp was toe die hof uitspraak gelewer het.

Die siening van die meerderheid regters volg die klassieke benadering ten opsigte van die vraag wat regters moet doen in die gemenerereg. Die siening van die minderheid regters karakteriseer die klassieke benadering as 'n feëverhaal in wie niemand meer glo nie, en hulle gee hulle eie begrip gebaseer op algemene kennis

⁵⁰⁸ Lubbe, 2003:80. Sien hieroor die ontleding van regterlike perspektief, met verwysing na spesifieke nakoming as remedie.

⁵⁰⁹ 1999(2) AC 349.

weer. In wese kom dit daarop neer dat die meerderheid regters retrospektiewe effek toegeken het aan regterlike vasstellings van die reg. Andersyds het die minderheid regters ooreengekom dat die foutiewe regsreël nie goed was nie en verander moes word, maar besluit het tog dat verandering deur die wetgewer gemaak moes word en nie die howe nie. Indien die howe dié funksie sou vervul, het die minderheid gevoel dat dit sou lei tot grootskaalse verwarring rakende die beperkingsperiode wat toegepas moes word en gevolgskaade in kommersiële en ander transaksies. Die uitwerking van die beslissing en die gevolge op soortgelyke sake wat nie op daardie stadium voor die howe gedien het nie, sou te kompleks wees om juis opgeneem te word in die regstelsel as suiwer juridisiële verandering van die reg.

Voormalige appèlregter Michael Corbett⁵¹⁰ het verwys na die behoefte van die regbank om die algemene norme en waardes van die gemeenskap te identifiseer en toe te pas. Waar die reg toegepas moet word, moet die regbank die “living voice of the people” in die ontwikkeling van die reg word. ’n Meer alledaagse benadering sal wees dat die regter wat soekend is in watter rigting die reg moet ontwikkel, eerder antwoorde hiervoor sal vind in die riglyne wat verskaf word deur regsbronne.

Ander bronne wat geraadpleeg kan word in die regters se pogings om die gemenerereg te ontwikkel of uit te brei, is te vinde in akademiese geskrifte en vergelykende reg in ander regstelsels. Die regters kan ook die werke van die wetgewers raadpleeg, waar huidige wetgewing veral die verlangde beleid uitspel, of werke van die Regskommissie, wat aanduidend is dat heersende reg hervorming moet ondergaan.

Verandering in die huidige norme kan ook ’n belangrike rol speel in die ontwikkeling van die gemenerereg. Erkenning moet verleen word aan die belangrike rol wat die sogenaamde “open-ended standards” speel as beweegrede om die gemenerereg te ontwikkel in antwoord op die vereistes gestel in die Grondwet. Ook moet oorwegings van billikheid en geregtigheid nie uit die oog verloor word nie, aangesien die norme ’n meer direkte en onmiddellike invloed kan hê op die substantiewe kontraktereg.

Die nakoming van die vereistes gestel in die Grondwet, sal nie sommer meebring dat die gemenerereg tersyde gestel word, waar dit in stryd met grondwetlike regte is nie. ’n Minder drastiese maar tog verwante vorm van ontwikkeling van die gemenerereg sal wees waar regters bestaande regte of beginsels uitbrei om voorsiening vir nuwe situasies te maak, om sodoende ’n onaanvaarbare inbreukmaking op fundamentele regte te verhoed.

⁵¹⁰ Sien Corbett, 1987:67; Du Bois, 2000:48.

'n Goeie verwysing om bogemelde te illustreer word gevind in die saak van *Janse van Rensburg v Grieve Trust CC*⁵¹¹ op gesag van *Wastie v Security Motors (Pty) Limited*.⁵¹² In die saak is die *actio quanti minoris* beskikbaar gestel aan 'n verkoper van 'n motorvoertuig. Die inruilartikel was minder werd as dit waarop die partye ooreengekom het. Die voorstelling oor die artikel, hoewel dit onskuldig gemaak was, was nie korrek nie en derhalwe kon die voorstelling nie as waarborg aangeneem word nie. Wastie se saak, soos dit beslis is, is ondersteun deur historiese bronne, wat dit goed gevind het om 'n analoog te trek tussen inruiltransaksies en ruilkontrakte, waar die *aediliese* remedies vir beide partye tot die ooreenkoms beskikbaar was. Ons sien hier dat die hof beslis het dat die uitbreiding van die remedie verlang word deur die beginsels van billikheid, geregtigheid, redelikheid en goeie trou in ons gemenerereg toe te pas en duidelik sigbaar te maak in ons kontraktereg. Bykomend het openbare beleid (die ou konsep van *boni mores* of goeie moraal) vereis dat die relevante reg uitgebrei en aangepas moes word om die behoeftes van moderne kommersiële praktyk aan te spreek.⁵¹³

Die Suid-Afrikaanse Reg verleen nie erkenning aan die sogenaamde "law of equity", soos van toepassing in die Engelse Reg nie. Die hof in die *Janse van Rensburg-saak*⁵¹⁴ was egter van mening dat billikeidsbeginsels, afkomstig van die Romeinse Reg, deel gevorm het van die Romeins-Hollandse en Romeins-Europese Reg, van waar dit dan ook in die Suid-Afrikaanse Reg neerslag gevind het. Behalwe om aanklank te vind by fundamentele billikheid van ons reg het regter Van Zyl die uitslag van die saak verdedig deur na Artikel 8(2) van die Grondwet te verwys. Hy beslis ook dat Artikel 9 van die Grondwet, wat handel oor gelykheid, ook horisontaal van toepassing was. Die uitbreiding van die *aediliese* aksies soos voorgestel, sou ooreenstem met die Grondwet se vereiste dat howe die gemenerereg moes ontwikkel, ooreenkomstig die Handves van Menseregte. Die beslissing is ook in ooreenstemming met die voorstel van die ontwikkeling van die gemenerereg, soos beslis in die *Afrox-Healthcare-saak*.

'n Hermeneutiese oefening moet uitgevoer word, veral waar die gemenerereg in gepaste gevalle ontwikkel word om sodanig uitvoering te gee aan die vereistes van die Grondwet. Hiervolgens moet howe 'n evaluasie doen van welgevestigde regsleerstukke deur die teleologiese lens van fundamentele waardes soos vervat in die Grondwet. Dit beteken nie dat die reg van vooraf ontwikkel moet word nie. Die inhoud van die swart letterreëls en konsepte moet, waar nodig, geherdefinieer word om aan te pas by die objektiewe waardesisteem van die Grondwet. Waar dit nodig blyk te wees, moet die kontoere van die gestruktueerde leerstellings van die

⁵¹¹ 2000(1) SA 315 (C).

⁵¹² 1972(2) SA 129 (C).

⁵¹³ 2000(1) SA 315 (C), P325C-D.

⁵¹⁴ 2000(1) SA 315 (C), 323I.

relevante gedeeltes van die privaatregstelsien dien ooreenkomstig hervorm word. Ons gemenerereg is geskoei op bronne van leerstellings, soos byvoorbeeld die historiese bronne en judisiële beslissings, wat tot 'n groot mate die gemenerereg in Suid-Afrika omvat. Dit bied 'n wye reeks tegniese oplossings, waarvolgens keuses gemaak kan word sodat dit ooreenstem met die vereistes van die Grondwet en die konseptuele struktuur van ons reg.

Hierdie laasgenoemde benadering is duidelik te bespeur in die *Janse van Rensburg-saak*, asook in die saak van *Phame (Pty) Limited v Paizes*,⁵¹⁵ waar daar 'n uitgebreide en omvattende studie gedoen is met betrekking tot die historiese bronne en uitgewysde gesag. Op grond van billikheidsoorwegings baseer appèlregter Holmes uitdruklik die hof se siening op die wyer begrip van die *dictum et promissum*-konsep. Hier was daar 'n duidelike bewys dat 'n behoefte ontstaan het om die historiese bronne te ontwikkel, sodat daar weg beweeg kan word van die histories-positivistiese benadering na 'n plaaslike benadering.

Waar die gemenerereg ontwikkel word, moet die howe dit net nie só doen dat dit regsonsekerheid bewerkstellig nie. Voorgestelde oplossings moet eerder getoets word aan die hand van die deeglik gevestigde *caveat* teen jaloerse judisiële regskepping en die noodsaak om sulke probleemgebiede eerder na die wetgewer te verwys, veral waar regulering deur wette noodsaaklik is.

2.5 DIE IMPAK VAN DIE HANDVES VAN REGTE OP DIE KONTRAKTEREG.

Uit bostaande besprekings is dit duidelik dat alle aspekte van kontraktuele leerstukke nie verder ontwikkel moet word nie. 'n Stap vorentoe is gegee nadat die hof in die *Afrox-saak* beslis het dat die gemenerereg self op die gebied van die kontraktereg ontwikkel moes word. Die indruk kan wel geskep word dat die ontwikkeling van die gemenerereg, veral waar privaat partye in 'n kontraktuele verhouding tot mekaar te staan kom, in 'n geringe mate ontwikkel het. Die resultaat van die bogemelde gewysdes dui daarop dat kontraktuele gemenerereg weldra die konstitusionele monsterring deurstaan het. Die stelling kan egter gemaak word dat die rol van Artikel 9(1) van die Grondwet, wat handel oor gelykheid, egter gering behoort te wees aangesien min ooreenkomste aangegaan word waar die partye op 'n gelyke voet met mekaar meeding. 'n Voorbeeld hiervan is die welbekende verbruikersooreenkomste.

Christie is wel van mening dat die probleem van gelyke onderhandeling tussen partye oorkom kan word met stelreëls soos *caveat subscriptor*, die reëls wat handel oor vrywaringsklousules, asook die aangaan van kontrakte *contra preferentem*.⁵¹⁶

⁵¹⁵ 1973(3) SA 397 (AD).

⁵¹⁶ Christie, 1998:paragraaf 3H11. Sien ook *Goldberg v Carstens* 1997(2) SA 854(C) op 860B-E in verband met Artikel 35(3) van die Interim-Grondwet.

Dit wil egter voorkom of die riglyne in die *Afrox-saak*, wat leiding moet verskaf aan die hoewe hoe die gemenerereg op die gebied van die kontraktereg ontwikkel moet word, tog nie so duidelik uitgespel is nie. Hier kan veral verwys word na goeie trou (good faith) en algemene beleidsoorwegings as bepalende faktore tot openbare beleid. Die hof het wel in die *Afrox-saak* beslis dat ongelykheid in onderhandelingsvermoë, tesame met ander ondersteunende faktore, wel 'n rol daarin kan speel om te bepaal of 'n kontrak teenstrydig sou wees met die openbare beleid. Dit is wel bevind dat ongelykheid op sigself nie aanduidend kan wees dat 'n klousule tersyde gestel moes word bloot omdat dit ten gunste van die sterker party gewerk het nie.

Daar is in die *Afrox-saak* nie voldoende getuienis voor die hof geplaas om aan te dui dat ongelykheid ten gunste van een van die partye gewerk het nie. Die respondent in die saak kon ook nie bewys dat daar beswaar teen die werking van Klousule 2.2 van die ooreenkoms gemaak is nie. Die ooreenkoms was wyd genoeg om die appellant te beskerm teen growwe nalatigheid rakende die optredes van verpleegpersoneel, veral waar die appellant se normale kontraktuele verpligtinge was om professionele en deeglike mediese dienste te verskaf. In die gewysde is beslis dat, indien daar ook bevind kan word dat die vrywaringsklousule teenstrydig was met die openbare beleid, daar nie afdoende bewys gelewer was dat meriete bestaan om in dié spesifieke geval die klousule van regs aanspreeklikheid te ontbloot nie.

In die *Wells-saak*⁵¹⁷ is beslis dat vrywaringsklousules beperkend uitgelê moes word, om voorwaardes sodanig te beperk dat dit met openbare beleid moes ooreenstem. In die *Afrox-saak* kon die respondent derhalwe nie bewys dat die vrywaringsklousule strydig met die openbare beleid was nie. Wat die basis vir hierdie beslissing was, is egter nie seker nie.⁵¹⁸ 'n Beter perspektief word verkry wanneer daar gekyk word na die riglyne neergelê deur die Hoogste Hof van Appèl in die *Brisley-saak* en die verwysings daarin na die *Magna-Alloys-saak*. In die *Brisley-saak* is beslis, nadat oorweging geskenk is aan beginsels van goeie trou, dat 'n klousule wat bepaal dat enige verandering in die ooreenkoms op skrif moet wees, nie teenstrydig is met die openbare belang nie. In die *Brisley-saak* het die hof die benadering van openbare beleid in die *Magna Alloy-saak* onderskryf. Die hof was bereid om te aanvaar dat die Sasfin-beginsel, waar 'n voorwaarde op sigself inherent ongeldig was, toegepas moes word. Die hof beslis dat die voorwaarde ook tersyde gestel kon word waar dit nie op sigself teenstrydig was met openbare beleid nie. Die hof het ook beslis dat die nie-veranderingsklousule nie strydig was met openbare beleid nie.

⁵¹⁷ 1927 AD 69 op 72 tot 73.

⁵¹⁸ Was dit die goeietrou-normkompleks, of meer algemene duidelik uitgespelde beleidsoorwegings?

Die hof spel dit wel duidelik uit dat daar 'n plig op die hof rus om 'n afweging te maak tussen beginsels van goeie trou en *pacta sunt servanda*, veral waar die beginsels in konflik met mekaar was. Hierdie plig verskaf nie aan howe 'n *carte blanche* om kontraktuele beginsels te verontagsaam wanneer hulle dit as onredelik en onbillik beskou nie.⁵¹⁹ Die *pacta sunt servanda*-beginsel kan nie deur die howe verontagsaam word, bloot op grond van afdwingbaarheid van kontraktuele bepalings, wat sal afhang van wat bepaalde regters in omstandighede as redelik en billik beskou nie. Die kriteria sal dan nie meer die reg wees nie, maar wie die regter is. Die korrekte benadering is dat, wanneer howe onderliggende konflikterende oorwegings in sake opweeg, hulle geleidelik en met verdrag aanpassings maak wanneer dit nodig blyk te wees.⁵²⁰ Die hof bevind dat die huurder nie onbillikheid, soos neergelê in die *Sasfin-saak*, kon bewys nie. Die groot voordeel waarop die verhuurder kon staatmaak ten opsigte van die nie-veranderingsklousule, was die feit dat 'n dispuut uitgeskakel is dat die huurder hom kan berus op 'n mondelinge voorwaarde deur die partye aangegaan tot die huurooreenkoms.

Dit is te betwyfel of die howe ooit sal beslis dat die "non variation"-klousule teenstrydig met die gemenerereg of Grondwet sou wees, aangesien die oogmerk van die klousule is om regsekerheid daar te stel. Dit maak derhalwe ook die howe se plig makliker, omdat dit enige dispuut oor mondelinge verandering deur die partye tot die ooreenkoms aangegaan, summier uitskakel. Hoekom sal die howe die gemenerereg en die Grondwet toepas om regsonsekerheid te bevorder? Die huurder se verweer dat die verhuurder in die verlede afgewyk het van die voorwaardes deur laat betalings te ontvang, kan ook nie meriete daarstel vir die tersydestelling van die nie-veranderingsklousule nie.

'n Derde aanval op die geldigheid van Klousule 2.2 van die *Afrox-saak* is geloods vanuit die standpunt dat die klousule strydig was met openbare beleid, aangesien die appellant 'n verskaffer was van mediese dienste. Die hof moes hier oorweging skenk aan die grondwetlike implikasies van 'n vrywaringsklousule in verhouding tot professionele aanspreeklikheid. Was Artikel 27(1)(a) van die Grondwet die enigste grondwetlike aspek waarop die respondent gesteun het, vatbaar vir horisontale toepassing? Die hof wys daarop dat al waarop die klousule slaan, die feit is dat elkeen die reg tot mediese behandeling het. Die hof beslis dat Klousule 2.2 nie strydig was met Artikel 27(1)(a) nie, aangesien die voorwaarde nie verhoed het dat die respondent toegang kon verkry tot mediese behandeling nie.

Al wat Klousule 2.2 van die ooreenkoms probeer bewerkstellig het, was om voorwaardes daar te stel op welke basis die hospitaal bereid was om mediese

⁵¹⁹ *Brisley v Drotzky* 2002(4) SA 1 (A), paragraaf 24 op 16B.

⁵²⁰ *Brisley v Drotzky* 2002(4) SA 1 (A), paragraaf 24 op 16A.

dienste te verskaf. Laasgenoemde voorwaardes het ook nie inbreuk gemaak op die respondent se reg tot mediese sorg nie. Gesien uit die hoek van Artikel 39(2), was die waarde vervat in Artikel 27(1)(a) nie uitsluitlik toegang tot mediese behandeling nie, maar het dit mediese dienste omvat, wat op 'n professionele en deeglike manier verskaf sou word. Die respondent het beweer dat Klousule 2.2 die sanksie verwyder het en onprofessionele en nalatige optrede deur verpleegpersoneel aangewakker het. Dit sou dienooreenkomstig teenstrydig met openbare beleid wees, siende dat dit ingedruis het teen die gees van Artikel 27(1)(a) van die Grondwet. Die hof het hierdie argument summier verwerp en beslis dat onprofessionele gedrag voldoende aangespreek word deur ekstra-regssanksies. Die hospitaal het 'n plig om mediese nalatigheid tot die minimum te beperk om die hospitaal se goeie naam te verseker. Die verpleegpersoneel kan aangespreek word wanneer klagtes by professionele liggeme ingedien word. Die respondent se argument hierbo was egter self-vernietigend, aangesien dit 'n teenstrydige resultaat geopenbaar het, deur aan te voer dat verpleegpersoneel weens die aanwesigheid van die vrywaringsklousule nou opsetlik of nalatig en onprofessioneel sou optree.⁵²¹

Dit is tans van groter belang dat die hof, ongeag die meriete van bogemelde oorwegings, die grondwetlike betragting van die vrywaringsklousule buite die grense van Artikel 27(1)(a) gevoer het. In aansluiting hiermee, beslis appèlregter Cameron in die *Brisley-saak* soos volg:⁵²²

“the Constitutional values of dignity and equality and freedom require that the courts approach their task of striking down contracts or declining to enforce them with perceptive restraint contractual autonomy is part of freedom. Shorn of its obscene excesses, contractual autonomy informs also the constitutional value of dignity”

Gesteun deur bogemelde beslissing, verklaar appèlregter Brand soos volg in die *Afrox-saak*:

“Die grondwetlike waarde van kontrakteervryheid omvat, op sy beurt weer die beginsel wat in die stelreël *pacta sunt servanda* uitdrukking vind. Hierdie beginsel word deur Hoofregter Steyn in *SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Beperk v Shifren en Andere*⁵²³ saamgevat as synde:

‘die elementêre en grondliggende algemene beginsel dat kontrakte wat vryelik en in alle erns deur bevoegde partye aangegaan is, in die openbare belang afgedwing word.’

⁵²¹ *Afrox-saak*, 2001(4) SA 938 (CC), paragraaf 21 op 38A.

⁵²² *Brisley v Drotzky* 2002(4) SA 1 (A), Paragraaf 94 op 35A, soos gesitêr in die *Afrox-saak*, 2001(4) SA 938 (CC), paragraaf 22 op 38C.

⁵²³ 1964(4) SA 760 (A) op 767A.

Die afdwinging van die *pacta sunt servanda*-beginsel in die kontraktereg is 'n duidelike voorbeeld in die *Afrox-saak*, hoe die hof gaan reageer wanneer 'n party hom/haar beroep op die Grondwet en waar daar met hierdie beroep gepoog gaan word om te bewys dat 'n kontraktuele voorwaarde strydig met die openbare beleid is. In die *Afrox-saak* kon die respondent geensins bewys dat die klousule teenstrydig was met die Grondwet nie, en hoekom daar 'n verskuiwing moes plaasvind ten opsigte van die publieke belang dat kontrakte en hul voorwaardes nagekom moes word nie. Die naklanke van die goeie trou beginsel, sowel as die Grondwet is hier duidelik in die *Brisley-saak* te bespeur, veral wat die meerderheidsbeslissing betref.⁵²⁴

Dit is duidelik dat wanneer 'n ongelukkige kontrakparty hom/haar op die tersydestelling van 'n ooreenkoms of kontrakbepaling wil beroep, dit nie moontlik sal wees om te verwys na 'n vae en algemene strekking van die bepalings van die Grondwet nie. Die hof sal in hul ondersoek eerstens 'n gemeenskapswaarde identifiseer, waarop inbreuk gemaak sal word deur die strenge toepassing van die *pacta sunt servanda*-beginsel, soos uitgespel in die *Shifren-saak*. Die hof sal nie steun vind in die aanvaarding van die 'special equity theory' nie. Die hof is dit ook met mekaar eens dat 'n vrye regterlike diskresie ook nie gesien moet word as 'n grondwetlike reg nie.

Uit hierdie beslissing is dit duidelik dat die Hoogste Hof van Appèl ondersteuning verleen aan 'n model van regsontwikkeling wat erkenning verleen aan fundamentele regte soos vervat in die Grondwet, en indien dit dienoreenkomstig kan bydra tot die uitbreiding van komponente van 'n bepaalde regsleerstuk. Wanneer waardes egter in konflik met mekaar verkeer, sal 'n belange afwegingsproses plaasvind. Openbare beleid kan dan toegepas word om aanpassings tot die waardesisteem te weeg te bring.

Uit die meriete van die meeste van bogemelde sake kan afgelei word dat dit nie enige regverdiging verleen het waarom die hof die gemenerereg moes uitbrei of verder moes ontwikkel het nie, al sou die partye in welke mate ookal gesteun het op die Grondwet. Die hof was ook nie van plan om enige aanpassings ten opsigte van die normatiewe waardesisteem aan te bring nie.

Die uitsprake in die *Afrox*- en *Brisley*-sake is 'n duidelike toonbeeld dat die hof hou by die tradisionele siening dat openbare beleid ten gunste is van die handhawing en afdwinging van kontrakte (*pacta sunt servanda*). Hierdie houding van die hof

⁵²⁴ *Brisley v Drotzky* 2002(4) SA 1 (A), Paragraaf 24 op 16(e) "n Hof kan nie skuiling soek in die skaduwee van die Grondwet om vandaar beginsels aan te val en omver te werp, wel in die lig van die Grondwet kan en moet die reg aangepas word. In hierdie konteks is vaagweg na konstitusionele waarde verwys sonder om spesifiek te wees. 'n Vrye regterlike diskresie is nie so 'n waarde nie en ons is ook nie in staat 'to discern any societal value which is imperilled' (with reference to *Thoroughbred Breeders Association v Price Waterhouse* 2001(4) SA 551(SCA) 604 F-G) deur die handhawing van Shifren en die weiering om 'n 'Special Equity-teorie' in die kontraktereg in te voer nie."

moet verwelkom word. Die resultaat hiervan sal verseker dat dit nie nodig sal wees vir die wetgewer om kodifikasies daar te stel in welke gevalle die howe die gemenerereg moet ontwikkel of aanpas nie, of waar daar op die gebied van die kontraktereg bepalings van die Grondwet afgedwing moet word nie. Bogemelde hofbeslissings dui op die feit dat die howe daartoe opgewasse is om hul grondwetlike taak deeglik na te kom.

Wanneer daar te doen gekry word met grondwetlike uitleg, ontstaan die vraag in welke mate daar 'n beperking op judisiële aktivisme aan die hand van die *starre decisies*-leerstuk geplaas word. Voortspruitende uit bogemelde is die knelpunt rakende die verskuiwing van 'n gesag-gebaseerde benadering na 'n substantiewe beredeneringsbenadering, wat met die totstandkoming van die Grondwet na vore getree het.

Eerstens is daar 'n nypende behoefte tot 'n beter verstandhouding oor die aard van die argumente wat verlang word, wanneer daar na die Handves van Menseregte of ander onderliggende beginsels verwys word en welke bewyse benodig word om dit te handhaaf. Partye wat die kontrak of kontrakvoorwaardes tersyde wil stel, sal met substantiewe bewyse na vore moet kom. Dit is in die *Afrox-saak* duidelik gestel dat daar nie voldoende bewyse was vir die respondent om, ingevolge die Grondwet, op ongelykheid as verweer te steun nie.⁵²⁵

'n Volgende knelpunt is die kompleksiteit van die geskilpunte wat aangespreek moes word in die *Brisley-saak*. Verwarring is veroorsaak rakende die korrekte benadering wat gevolg moes word. Wanneer moet dryfvere soos openbare belang ingespan word om te dien as norme om fundamentele regte af te dwing? Die moeilikheidsgraad slaan op die impak van die fundamentele regte wanneer dit geaktiveer word, en meer op die aard van sulke konsepte. Die meerderheidsbeslissing in die *Brisley-saak* verwys na die kommer wat bestaan dat die neiging na openbare belang 'n versteuring sal veroorsaak ten opsigte van die *pacta sunt servanda*-beginsel. Kontrakte wat met die nodige erns gesluit is, moet in beginsel afgedwing word. Judisiële regskepping mag nie te ver gevoer word nie.

Die kommer in die *Brisley-saak* om die omvang van evaluerende judisiële regskepping te beperk, soos verskaf deur die wye standaard, manifesteer self in die poging om die Sasfin-beslissing slegs ten opsigte van kontraktuele voorwaardes wat inherent ongeldig is toe te pas. Dit is belangrik dat die hof in die *Brisley-saak* verwys na die *caveat* waar die uitbreiding van die Sasfin-beginsel slegs van toepassing sal wees in sake wat analoog is tot die beginsel. Die meerderheidsbeslissing in die *Brisley-saak* dui daarop dat Sasfin nie net

⁵²⁵ *Afrox-saak*, 2001(4) SA 938 (CC), paragraaf 12 op 35C.

ongrondwetlikheid erken as vasstelling van openbare beleid nie, maar dat daar reeds 'n waarde-afweging gemaak is tussen *pacta sunt servanda* en goeie trou (ten opsigte van 'n ongedifferensieerde verwysing na onbillikheid).

Riglyne het vir howe gekristalliseer om in soortgelyke gevalle na te volg, behalwe waar daar omstandighede bestaan wat op verdere aanpassing dui. Die *Brisley-saak* bevestig, na aanleiding van Sasfin, dat dié beginsel 'n fondasie daargestel het vir die hantering deur die howe van 'n ongedifferensieerde beginsel van goeie trou of onderlinge billikheid, en dat die howe op analoë sake waar feitlike veranderlikes ingevolge die kontraktereg voorkom dieselfde beginsel kan toepas om tot 'n korrekte beslissing te kom. Gevolglik sal daar nie verskillende beslissings deur die howe gegee word waar veral te doen gekry word met 'n nie-veranderingsklousule nie. 'n Vraagstuk wat uit die *Brisley-saak* na vore gekom het, was die feit dat die hof nie goeie trou gedefinieer het nie, maar dit slegs as onderliggende waarde erken het. Die hof het slegs beslis dat howe hulle moet verlaat op grond van billikheid en geregtigheid in die loop van regskepping. Die regter se individuele persepsies sal hier 'n belangrike rol speel. Die fundamentele regte soos vervat in die Handves van Menseregte, is ook in die algemeen en ongedefinieerd geformuleer. Dit vereis steeds dat die howe in meer besonderhede die regte sal vorm en ontwikkel.

Van insiggewende belang is die steun in die *Afrox-saak* vir appèlregter Cameron se stelling in die *Brisley-saak* aangaande die funksionering van die regte tot gelykheid, vryheid en waardigheid as steunpilare vir die algemene erkenning in ons kontraktereg vir die vryheid en afdwinging van die ooreenkoms. Die Grondwet verlang nie net die erkenning van kontraktuele vryheid nie, maar ook dat die kontraktereg 'n raamwerk daar sal stel waarvolgens die bevoegdheid om te kontrakteer sal bydra om ons selfrespek en waardigheid uit te brei, eerder as om dit te verminder. Wanneer waardigheid in oënskou geneem word, kan daar tereg na Immanuel Kant se beskouing verwys word.⁵²⁶ Waardigheid omvat die inherente waarde van die individu, asook die voortvloeiende beginsel dat 'n mens nie as 'n blote voorwerp hanteer moet word nie. Nieteenstaande die waarde wat daar in die kontraktereg aan waardigheid verleen word, moet ons konsep van waardigheid self bepaal word, deurdat 'n individu nie sal "act contrary to the equally necessary self esteem to others, as human beings, that is, he is under obligation to acknowledge, in a practical way, the dignity of humanity in every other human being".⁵²⁷ Die uitbouing van die implikasies wat die grondwetlike reg tot waardigheid in die kontraktereg inhou, is egter nie 'n maklike aangeleentheid nie.

⁵²⁶ Kant, 1996:209. Sien ook Kant se formulering van die Kategoriese Imperatief: "Act in such a way that you always treat humanity, whether in your own person or in the person of any other, never simply as a means, but always as a means to an end".

⁵²⁷ Kant, 1996:209.

Ten slotte kan daarop gewys word dat die houe se konklusies verkry in die *Brisley v Drotsky en Afrox Health Care Beperk v Strydom*-sake, gebaseer was op hul persepsies dat in beide gevalle daar nie omstandighede bestaan het waar grondwetlike waardes of onderliggende oorwegings van billikheid wat kan opweeg teenoor en moontlik die openbare belang kon troef dat ooreenkomste streng nagekom moes word nie. In bogemelde gesag het die houe vasgeklou aan die beginsels van kontraktevryheid en die *pacta sunt servanda*-beginsel. Daar sal egter 'n deeglike analise moet plaasvind van wat die grondwetlike waardes behels, aangesien dit van essensiële belang sal wees om te weet op welke maniere die gemenerereg uitgebrei en ontwikkel moet word. In Afdeling D is veral verwys na wat verstaan moet word onder kontraktevryheid en die openbare belang, aangesien dit veral wat openbare belang betref, aspekte is waarna houe verwys, sonder dat dit duidelik omskryf is. Uit die gemenerereg is dit duidelik hoe die houe in geval van die strenge nakoming van ooreenkomste, probleemsituasies hanteer het.

Die Konstitusionele Hof was korrek in sy beklemtoning dat die behoorlike waardering van beide die Grondwet en ons gemenerereg noodsaaklik is om gevolg te gee aan die verpligting om die gemenerereg te ontwikkel. Hierdie ontwikkeling moet in so 'n mate geskied, dat dit die optimale realisering van die objektiewe normatiewe waardesisteem vervat in die Grondwet, sal verseker.⁵²⁸

3. DIE SKEIDSLYN TUSSEN PUBLIEK- EN PRIVAATREG, MET VERWYSING NA STAATSKONTRAKTE

3.1 STAATSKONTRAKTE

Hierbo is spesifiek verwys na ooreenkomste aangegaan tussen privaat partye en hoe die gemenerereg ontwikkel of uitgebrei moet word, om indien moontlik, moontlike oplossings te bied, vir benadeelde partye wat glo dat hul Handvesregte aangetas is.

Vervolgens word gekyk na kontrakte wat die staat met privaat instansies sluit. Die staatsverpligtinge word dan uitgeoefen deur 'n privaat organisasie namens die staat. Die staat behou steeds 'n kontrolebevoegdheid deur wetgewing opgelê. Welke remedies, ingevolge bogemelde kontraktuele verhouding, is beskikbaar vir 'n benadeelde derde party en moet hy/sy hom/haar op privaat of publiekregtelike remedies beroep?

Wat die staatkundige ontwikkeling van die Republiek van Suid-Afrika betref, het drastiese veranderinge in die afgelope aantal jare plaasgevind. Ons sien dat die 19de-eeuse nagwag-staat, wat gemik was om die veiligheid en sekuriteit van sy

⁵²⁸ *Carmichele v Minister of Safety and Security* 2001(4) SA 938(CC), paragraaf 54 en 55.

mense te verseker, verander het in 'n 20ste-eeuse sosiale staat. Dit was inderdaad 'n verandering vanaf 'n kontroleerder- na 'n verskaffer-verhouding met die onderdane. Hierdie verandering het groter laste op die staat geplaas. Om te voldoen aan die groter verpligtinge wat opgelê word, het owerhede en veral plaaslike owerhede besluit om 'n meer markverwante benadering ten opsigte van hul administrasie na te volg, wat verder meegebring het dat sekere verpligtinge geprivatiseer en ander uitgekonnekteer is.

Waar bogemelde verandering deur regeringsinstansies gemaak word, benodig dit sekerlik weer veranderinge, veral op die gebied van die administratiefreg. In Amerika is die *First National Performance Review* in September 1993 vrygestel, wat met 'n plan gekom het waarvolgens owerheidsinstansies beter diens aan die publiek kan lewer en om die leiding te neem in die wêreld, veral in 'n era van globalisering. Volgens Aman Jr. het dit veral groot veranderinge op die gebied van die Amerikaanse administratiefreg teweeggebring,⁵²⁹ te wete :

- Nuwe soorte publieke en private sektore op alle vlakke van regering.
- 'n Herdefinisie van wat publiek en privaat is.
- Groter vertroue ten opsigte van bedinging en onderhandeling in die uitvoering van die diskresionêre bevoegdhede.
- Groter vertroue ten opsigte van privatisering en die delegasie van publieke funksies aan privaat instansies.

In lande soos Australië en die Verenigde Koninkryk, waar ekonomiese vertroue die dryfveer was agter die herstrukturering van die staat deur privatisering en uitkontraktering, het administratiefregseleerdes die vraag begin vra of regterlike hersiening die beste wyse was om oor hierdie nuwe regeringstruktuur kontrole uit te oefen.

3.1.1 PRIVATISERING

Die privatisering of verkoop van staatsbates is 'n alledaagse gebeurtenis in demokratiese lande. Privatisering kan gedefinieer word as die algehele onttrekking van die staat en die oormak van bates en verpligtinge aan die privaatsektor. In die Verenigde Koninkryk is telekommunikasie, water, elektrisiteit en gas geprivatiseer. In Australië is een derde van die telekommunikasienetwerk geprivatiseer. In Suid-Afrika word daar gekyk na die privatisering van dienste soos elektrisiteit, vervoer en telekommunikasie.

⁵²⁹ Aman, 1997:97.

3.1.2 UITKONTRAKTERING

Nog 'n wyse waarvolgens 'n meer mark-georiënteerde staatsdiens verseker kan word, is by wyse van uitkontraktering. In Engels staan dit as "outsourcing" bekend. Uitkontraktering geskied waar die staatsorgaan van 'n privaat party gebruik maak om goedere of dienste te verskaf. Holland, Duitsland en Engeland maak van uitkontraktering gebruik en het ooreenkomste gesluit met privaat instansies om die direkte en indirekte nakoming van sekere owerheidsfunksies te reguleer.

Uitkontraktering kom ook in Suid-Afrika voor en is besig om toe te neem. Waar ons nou met 'n uitgekонтakteerde ooreenkoms te doen kry, kan die aanname gemaak word dat dit 'n administratiefregtelike kontrak is, veral waar die administratiewe liggaam (staat) die staatsbeheer oor die verhouding behou en die verhouding tussen die partye op ongelykheid gebaseer is. In hierdie geval kan geredeneer word dat die kontrak onderhewig is aan die beginsels van die Publiekreg. Onder watter omstandighede is die staat kontraktueel en deliktueel aanspreeklik waar met 'n uitgekонтakteerde ooreenkoms te make gekry word? Val sulke kontrakte binne die sfeer van die privaat- of publiekreg?

3.2 STAATSAANSPREEKLIKHEID

3.2.1 KONTRAKTUELE AANSPREEKLIKHEID

Ingevolge die Staatsaanspreeklikheidswet, Wet 20 van 1957, is die staat aanspreeklik vir enige eise wat voortspruit uit regmatige ooreenkomste, soos aangegaan deur hom. Waar staatsorgane in die alledaagse handelsverkeer kontrakteer soos privaat partye, word dit beskou as 'n privaat kontrak, en kan die staat aanspreeklik gehou word vir kontraktbreuk soos enige privaat party.

Andersyds gaan die staatsorgaan ook administratiefregtelike ooreenkomste aan. In hierdie tipe ooreenkoms oefen die staatsorgaan sy gesag uit. Die staatsorgaan beklee ook die hoër posisie in die ooreenkoms, maar dit is nog steeds onderhewig aan die magtigende Wet wat die ooreenkoms beheer. In die kontraktuele verhouding mag die owerheidsorgaan nie sy bevoegdhede oorskry nie, nie sy magte toepas vir 'n ongeoorloofde doel nie, asook sy bevoegdhede beperk nie. Die administratiefregtelike ooreenkoms is nog nooit werklik ten volle deur ons regstelsel erken nie, nieteenstaande die feit dat van hierdie ooreenkomste reeds aangegaan en/of afgehandel is.

Die belangrike vraag is of hierdie uitgekonnekteerde ooreenkoms beskou moet word as 'n gewone kommersiële ooreenkoms, wat onderhewig is aan die beginsels van die privaatreg en die voorwaardes van die Wet op Staatsaanspreeklikheid, en of hierdie kontrakte onderhewig is aan aparte publiekregtelike reëls.

3.2.2 DELIKTUELE AANSPREEKLIKHEID

Die Wet op Staatsaanspreeklikheid maak ook voorsiening vir deliktuele aanspreeklikheid van die staat, waar "the claim arises out of any wrong committed by any servant of the state acting in his capacity and within the scope of his authority as such servant". Om enigins suksesvol te wees met 'n deliktuele eis teen die staat, moet die eiser kan bewys dat die optrede van die Staat onregmatig was, dat die Staat skuld gehad het, dat die onregmatige handeling deur 'n amptenaar in die uitvoering van sy pligte in diens van die staat verrig was, en dat die onregmatige administratiewe handeling die eiser skade of verlies berokken het.

'n Plaaslike owerheid sluit 'n ooreenkoms met 'n privaat instansie, waarvolgens die privaat instansie die owerheidsfunksie vir die lewering van vullisverwydering oorneem ingevolge 'n kontrak wat uitgekonnekteer is. Die privaat instansie se vullisverwyderingsvoertuig strooi vullis van mnr. A, 'n inwoner in die munisipale jurisdiksiegebied van die plaaslike owerheid, in die strate. Welke remedie is daar tot beskikking van mnr. A onder hierdie omstandighede en wie is verantwoordelik vir die kompensasië van die skade.

Indien hy alle elemente van die delik kan bewys, kan mnr. A in die algemeen 'n suksesvolle deliktuele eis teen die privaat instansie instel. Die probleem ontstaan egter wanneer die privaat instansie, wat die owerheidsfunksie uitgevoer het, nie in staat is om die skade te vergoed nie. Mnr. A kan, omdat hy nie 'n party tot die uitgekonnekteerde ooreenkoms was nie, nie vir kontraktuele skade dagvaar nie. Nou van wie moet mnr. A nou sy skade verhaal? Word daar geredeneer dat vullisverwydering 'n noodsaaklike diens is, bly die plaaslike owerheid verantwoordelik vir die funksie of die funksie nou aan 'n privaat instansie uitgekonnekteer is, aldan nie.

Ons sien dat hierdie situasie reeds in die Engelse Reg deur middel van die *Crown Proceedings Act* van 1947 aangespreek is. Hierdie Wet het spesifiek voorsiening gemaak vir die aanspreeklikheid van onafhanklike kontrakteurs, deurdat Artikel 38(2) daarvoor voorsiening maak dat die definisie van "agent" ook 'n onafhanklike kontrakteur insluit. As gevolg hiervan is die staat middellik aanspreeklik vir die delikte van die onafhanklike kontrakteurs, waar sodanige aanspreeklikheid tuis behoort onder die algemenerereg.

Artikel 239 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika definieer 'n staatsorgaan soos volg :

“Staatsorgaan

- (a) enige staatsdepartemente of administrasie in die nasionale, provinsiale of plaaslike regeringsfeer, of
- (b) enige ander funksionaris of instelling-
 - (i) wat ingevolge die Grondwet of 'n Provinsiale Grondwet 'n bevoegdheid uitoefen of 'n funksie verrig, of
 - (ii) ingevolge wetgewing 'n openbare bevoegdheid uitoefen of 'n openbare funksie verrig, maar nie 'n hof of regterlike beampte nie.”

Die implikasie van hierdie definisie is dat die privaat instansies of instellings wat namens die staatsorgaan funksies uitvoer, onderhewig is aan die bepalinge van die publiekreg, en veral die administratiefreg. Dit wil dus blyk dat 'n privaat instansie wat 'n owerheidsfunksie ingevolge 'n uitgekondekteerde ooreenkoms verrig, wel binne die kader van die definisie val.

Die vraag is nou egter of die howe, wat hulle grondwetlike plig moet nakom, wel so 'n wye en kreatiewe uitleg aan Artikel 239 van die Grondwet gaan verleen? Sal die howe die definisie wyd interpreteer om ook privaat instansies wat owerheidsfunksies uitvoer, onder die publiekreg insluit? Volgens bogemelde definisie van Artikel 239 wil dit egter voorkom of die dun skeidslyn tussen privaat- en publiekreg verbreek is.

Daar kan ook geredeneer word dat, wanneer 'n eiser met 'n deliktuele eis, ingevolge die Wet op Staatsaanspreeklikheid teen die staat wil slaag, laasgenoemde vereis dat bewys gelewer word dat die optrede verrig is deur 'n dienaar van die staat wat in die uitvoering van sy pligte opgetree het. Aangesien 'n privaat instansie nie binne die definisie van 'n “dienaar van die Staat” val nie, en aangesien daar geen statutêre wetgewing is wat hierdie aanspreeklikheid beheer nie, wil dit voorkom of die staat nie aanspreeklik gehou sal word vir die delikte gepleeg deur privaat instansies in 'n uitgekondekteerde ooreenkoms nie.

3.2.3 OOREENKOMSTE WAT UITGEKONTRAKTEER IS, VEROORSAAK 'n DILEMMA

'n Inherente probleem wat veroorsaak word deur uitgekondekteerde ooreenkoms is dat persone wat deur swak dienslewering deur 'n privaat instansie benadeel word, nie enige kontraktuele remedies het nie. Mnr. A in

die voorbeeld hierbo, het nie enige remedie nie, en dit wil voorkom of publiekregtelike remedies ook nie veel van hulp sal wees nie.

'n Goeie voorbeeld om bogenoemde dilemma mee te illustreer word gevind in Australië waar 'n pensioenaris probleme ondervind het om sy skade te verhaal. 'n Privaatinstansie het namens *Australia Post* briewe afgelewer en die posbus van die pensioenaris beskadig. Die privaat kontrakteur se polis se bybetaling was groter as die skade aangerig, en die privaat instansie het geweier om die skade te betaal. Die pensioenaris was te arm om die privaat instansie te dagvaar, en die *Australia Post* het geweier om vir die skade te betaal aangesien hulle nie middellik aanspreeklik was nie. Gelukkig vir die pensioenaris het die ombudsman tot sy redding gekom en is die saak suksesvol teen *Australia Post* afgehandel.

Hierdie voorbeeld toon duidelik aan die dilemma waarin die benadeelde party hom/haar bevind, indien skade opgedoen word weens optrede deur 'n privaat instansie, wat ingevolge 'n uitgekonnekteerde ooreenkoms owerheidsfunksies verrig. Die ombudsman het bevind dat die owerheid en privaat instansie daadwerklik voorsiening moes maak het rakende die verantwoordelikheid om eise en klagtes te hanteer.

Aronson vra tereg die vraag hoekom die privaat kontrakteur aanspreeklikheid moet aanvaar, waar dit optree in die mark waar dit nie van sy mededingers verwag word om sodanige aanspreeklikheid te aanvaar nie. Hy is van mening dat wetgewing daargestel moet word om te verseker dat die benadeelde party toegang verleen word tot die howe, om of die kontrak af te dwing, of om vir kontrakbreuk te dagvaar, 'n tipe derde party-afdwinging. In die alternatief kan 'n party soos 'n reguleerder of agentskap of publieke belangegroep in die lewe geroep word, wat namens die benadeelde, 'n tipe groepaksie kan instel.⁵³⁰

Volgens Aronson dui uitgekonnekteerde ooreenkomste op die broosheid wat bestaan tussen die publiekreg-/privaatregonderskeiding.

3.2.4 DIE ONDERSKEID TUSSEN PUBLIEKREG EN PRIVAATREG

Woolf en Jowell wys daarop dat die regsverhoudings wat as gevolg van uitkontraktering ontstaan en wat hulle 'living off' van die sentrale departementele verpligtinge na nuwe agentskappe noem, nie geheel en al, of publiek of privaat van aard is nie.⁵³¹ Ter erkenning van die vervanging van

⁵³⁰ Aman, 1997:40-41; Aronson 1997

⁵³¹ De Smith *et al*, 1995:165.

die onderskeid tussen publiek en privaat, beklemtoon die skrywers die behoefte om 'n onderskeid te maak tussen publiekreg en privaatreëg :

“The role of the State has expanded enormously over the twentieth century ... These changes make it all the more desirable to have clear criteria for identifying the kinds of official decision that are subject to public law and a clear vision in a modern state as to what constitutes the ‘public’ and the ‘private’ realm. ... As the exercise of distinguishing between the public and private exercise of power becomes more complex, in order to avoid the danger of technical procedural barriers crediting unnecessary obstacles to the redress of legitimate complaints by those aggrieved by unlawful, unfair or unreasonable decisions, it becomes increasingly important that the activities governed by public law should be clearly defined.”⁵³²

In Suid-Afrika is die onderskeid tussen publiekreg en privaatreëg lankal die onderwerp van bespreking in regsgeledere en 'n aantal kriteria is aan die hand gedoen om die onderskeid te illustreer, maar nie een was bevredigend nie. Die indringing van die publiekreg op die gebied van die privaatreëg, het ontstaan as gevolg van die verhoogde publieke beheer oor private aktiwiteite, die private nakoming van publieke verpligtinge en die groei van korporatisme.⁵³³

Alfred Cockrell bespreek die uitdagings vir die skeiding tussen publiek-/privaatreëg onder twee hoofde, naamlik die openbaarmaking van privaatreëg en andersyds die uitbreiding van die grense van regterlike hersiening. Hy wys daarop dat die aanspraak wat gemaak word dat die privaatreëg gemoeid is met die verhoudings tussen individue wat oor ewe veel mag beskik, geneutraliseer word deur te fokus op die aspek van die verskil in die besit van materiële bronne.⁵³⁴

Partykeer word die argument geopper dat die verskil tussen Publiekreg en Privaatreëg gebaseer is op die ongelykheid/gelykheid van die verhouding. In die publiekregtelike verhouding is ten minste een van die partye tot die verhouding altyd 'n owerheidsinstansie, wat met gesaghebbende mag beklee is.

⁵³² De Smith *et al*, 1995:163, 167.

⁵³³ Baxter, 1984:62.

⁵³⁴ Cockrell, 1992:229 se argument lui soos volg: “the rules of ‘private law’ are doctrinal artefacts by means of which the state regulates and oversees all civil society, and as such might especially qualify to be categorised as a matter of ‘public law’. That is to say the community as a whole has a legitimate interest in the manner in which ‘private’ transactions are regulated, and this interest extends far beyond the minimalist enforcement of rules to which individuals have given their prior consent. The law of contract provides (ironically enough) the best example of this shift in emphasis. A long tradition of legal scholarship has sought to portray the rules of contract as being no more than the natural expression of the wills of the contracting parties. But this idea was subjected to a process of corrosive critique in the early part of the century by American Realists, who sought to show that the real concern of contract law centred on the circumstances in which the sovereign power of the state would be put at the disposal of one party in order to coerce another. Seen in this light, the rules governing contractual liability begin to look remarkably like part of public law.”

Die verhouding is een van ongelykheid, aangesien die uitoefening van staatsgesag die staat in 'n hoër posisie *vis-a-vis* die individu, administratiewe liggaam of orgaan plaas. In teorie bring dit mee dat die publiekregtelike verhouding beheer voer oor die staatsorgane en individue of tussen regeringsinstansies *inter se*. Die privaatreghverhouding is andersins een van gelykheid.

Daar is reeds hierbo vermeld dat die grondwetlike reg van gelykheid in 'n privaatreghelike kontraktuele verhouding nie veel hond haar-af gemaak het as 'n verweer wat deur 'n "benadeelde" party tot die kontrak geopper word nie. Wat die argument van gelykheid/ongelykheid van die publiek-/privaatreghverhouding behels, strook dit veral nie waar daar met die sogenaamde administratiewe kontrak, ofte wel staatskontrak, te doen gekry word nie.

Dit is algemene praktyk dat die staat ook privaatreghelike ooreenkomste kan sluit, waar beide partye tot die ooreenkoms op gelyke voet met mekaar verkeer. Hier word die ooreenkoms op konsensus tussen die partye gesluit en die staat oefen geen staatsgesag uit nie. Die administratiewe ooreenkoms openbaar egter privaat-en publiekregtelike eienskappe. Die ooreenkoms neem 'n privaatreghvorm aan, maar besit nog 'n publiekregtelike element, aangesien die staat met 'n mate van gesag optree. 'n Belangrike vraag kan nou gevra word of die administratiewe ooreenkoms ook onderhewig is aan regterlike hersiening op dieselfde manier as waaraan administratiewe handeling onderhewig is.

Tradisioneel het hersiening nog altyd te doen gehad met die vasstelling of die administratiewe handeling geldig is. Dit is soos om vir die howe te vra of die administratiewe handeling regmatig was, of om te bepaal of die handeling prosedureel billik en redelik was.

'n Duidelike voorbeeld ter illustrasie hiervan word gevind by die dienskontrakte in die arbeidsreg. Hier het die howe aanvaar dat sekere publiekregtelike beginsels, veral die toepassing van die reëls van natuurlike geregtigheid (*procedural fairness*), van toepassing was op die dienskontrak tussen die staat en die werknemers.⁵³⁵

⁵³⁵ Sien in die verband *Administrator Transvaal v Zenzile* 1991(1) SA 21 (A); *Administrator Natal v Sibiyi* 1992(4) SA 532 (H); *Toerien v De Villiers No 1995(2) SA 879 (C)* en *Claude Neon Limited v Germiston City Council* 1995(3) SA 710 (W), waar die howe 'n wyer benadering gevolg het ten opsigte van die toepassing van die administratiewe beginsels op ooreenkomste gesluit deur die Staat.

3.2.5 DIE VERSKIL TUSSEN STAATSKONTRAKTE EN ANDER KONTRAKTE

Die hedendaagse tendens is dat in 'n moderne demokratiese staat al meer van privatisering gebruik gemaak word, waar die staat sy funksies uitkontraakteer. Die funksies en die uitvoering daarvan word gedelegeer aan privaat liggame en die vraag is hoe hierdie funksies in die reg gereguleer word. Is die reëls van natuurlike geregtigheid van toepassing op die privaat liggaam wat owerheidsfunksies uitvoer en is hierdie uitvoering van die funksies onderhewig aan regterlike hersiening?

Om hierdie vraag te beantwoord, moet eerstens gekyk word wat die verskil is tussen 'n staatskontrak en ander vorme van kontrakte.

Seddon, 'n Australiese regsgeleerde, is van mening dat 'n ekstra lagie van die reg van toepassing moet wees, waar te doen gekry word met kommersiële staatskontrakte. Hierdie siening is dat staatskontrakte om drie redes uniek is:⁵³⁶

- (1) Die staat moet 'n goeie voorbeeld stel en moet die toepassing van gesag beperk.
- (2) Toegang tot staatskontrakte moet versigtig gemonitor word om te verseker dat burgers ewe veel geleentheid gebied word om staatsbesigheid te bekom.
- (3) Besigheid moet openlik en op 'n billike grondslag plaasvind.

Hier vind ons die groot verskil tussen staatskontrakte en gewone kommersiële kontrakte. Hierdie toegangsoogmerk onderskei die staat van ander privaat kontrakteurs. 'n Privaat kontrakteur hoef hom/haar nie te bekommer oor die eweredige verspreiding van kooppotensiaal nie en hoef ook nie toe te sien dat daar 'n eweredige verspreiding van bronne is nie. Die staat bevind homself in 'n monopolistiese situasie aangesien dit in beheer is van staatsbronne en die plig het om toe te sien dat dit billik en gelykmatig versprei word. Om dan billikheid en gelykheid te verseker, moet regsmechanismes ingestel word, waardeur die toegangsdoelwit nagegaan kan word.

Die staat het ook 'n plig om na publieke bronne om te sien en te bewaar. Omdat die staat gemeenskapsfondse toepas, moet die staat as trustee, beskermheer of voog namens die publiek, die beste waarde vir geld bekom, of alternatiewelik die beste prys bekom vir bates wat verkoop word. Waar 'n

⁵³⁶ Seddon, 1995:16; "Governments are expected to set a good example and are therefore required to exercise restraint in exercising power. Since the balance between fair dealing and best value for money is not an easy one, the government may be equated with a trustee in the sense that it controls public funds on behalf of the people. However, the government unlike a trustee, not only has to look after the interest of the beneficiary (the people in this instance) but must look after the interests of the contractor (a citizen). He acknowledges that achieving fair trading and the best value for money is a delicate balance."

privaat instansie aangestel word om funksies van die staat te verrig, moet die staat toesien dat die funksies beter geskied as wat dit sou plaasvind indien hy dit self sou verrig.

Indien daar enige waarde in Seddon se bogemelde argument steek dat staatskontrakte beter beheer en reguleer moet word as ander kommersiële kontrakte, moet ons van die standpunt uitgaan dat die beginsels van publiekreg tesame met die beginsels van die kontrakreg, sal voldoen aan die taak om algemene staatskontrakte en uitgekonnekteerde kontrakte in die besonder te reguleer. Indien kontrakte geklassifiseer kan word as 'n administratiewe handeling, sal dit onderhewig wees aan regterlike hersiening.

3.2.5.1 STATUTÊRE MAGTIGING

Die algemene reël bestaan dat alle administratiewe magtiging en bevoegdheid uitgeoefen en uitgevoer moet word binne die grense van die relevante statutêre wetgewing, met ander woorde die magtigende wet of statuut. Hiervolgens word die kwalifikasies neergelê van die party wat mag optree en die omvang van die statutêre magtiging. Tree staatsinstansies buite hierdie kader op, is die handeling(e) *ultra vires* en vatbaar vir hersiening.

In die praktyk is dit soms moeilik om te bepaal welke Wet die magtigende een is. 'n Vraag wat beantwoord moet word, is of administratiewe gebruik, met ander woorde, die praktyk om kontrakte met diensverskaffers te sluit, die bron van administratiewe bevoegdheid geword het. In Australië vind ons drie bronne wat staatsbevoegdheid om te kontrakteer daarstel, te wete gemenereg, statute en die uitvoerende gesag. Aanvanklik is die houding ingeslaan dat die regering nie kontrakte kan sluit nie, behalwe wanneer die bevoegdheid eksplisiet deur statutêre wetgewing verleen is. Australiese akademici het hierdie siening egter verwerp, aangesien hulle die uitvoerende gesag beskou het as die bron wat bevoegdheid verleen het om kontrakte te kan sluit. Tans word die uitvoerende gesag ingevolge Artikel 6(1) van die Grondwet aanvaar as die bron wat bevoegdheid verleen om kontrakte te sluit, indien dit nie in wetgewing vervat is nie.⁵³⁷

⁵³⁷ *New South Wales v Bardolph* 1934(52) CLR 455, 509.

3.2.5.2 'n STAATSORGAAN MAG NIE SY TOEKOMSTIGE DISKRESIONÊRE BEVOEGDHEID AAN BANDE LÊ NIE.

Dit is 'n algemene beginsel in die Suid-Afrikaanse administratiefreg dat 'n administratiewe gesagsorgaan nie sy diskresionêre bevoegdheid aan bande mag lê nie, maar wel die vryheid moet behou om sy diskresionêre bevoegdheid uit te oefen. Dit bring mee dat die administratiewe liggaam nie 'n rigiede houding kan inslaan hoe sy diskresie uitgeoefen moet word nie, aangesien dit sou meebring dat die liggaam nie sy aandag aan die saak bestee het nie. Hierdie algemene beginsel is ook op kontrakte van toepassing. 'n Owerheidsorgaan mag nie 'n kontrak aangaan wat nie versoenbaar is met die behoorlike uitvoering van die owerheidsorgaan se bevoegdheid en verpligtinge nie. Die orgaan mag nie sy bevoegdheid aan bande lê nie, want dié moet altyd in openbare belang optree.

Wat is die uitwerking indien die staat wel sy diskresionêre bevoegdheid aan bande gelê het? Die Engelse Reg stel dit duidelik :

“where a substantial part of the consideration provided by a public body under a contract is a promise which is an unlawful fetter on its discretion, in case of statutory authorities the whole contract is void. It is unenforceable against the authority⁵³⁸ and it is unenforceable by the authority.”⁵³⁹

Ons howe het ook bevind dat 'n gesagsorgaan nie kontraktueel sy diskresionêre bevoegdheid aan bande mag lê nie. In *Southern Metropolitan Substructure v Thompson*⁵⁴⁰ is beslis dat 'n plaaslike owerheid homself nie kontraktueel aan bande mag lê nie, om te verhoed dat sy diskresie uitgeoefen word soos deur wetgewing bepaal. Die uitsluitlike doel van 'n plaaslike owerheid is om sy eie vryheid te bewaar om in elke saak te beslis soos die openbare belang dit vereis.

Alhoewel die algemene reël is dat staatsinstansies nie bevoeg is om hul diskresionêre bevoegdhede aan bande te lê nie, is daar geen twyfel dat daar wel staatskontrakte aangegaan word wat die staat se diskresionêre bevoegdheid aan bande lê. Daar kan egter ook

⁵³⁸ *Ayr Harbour Trustees v Oswald* 1883(8) AC 623.

⁵³⁹ *Triggs v Staines Urban District Council* 1969(1) CH 10.

⁵⁴⁰ 1997(2) SA 799 (W) 803.

met Baxter saamgestem word dat al hierdie kontrakte nie nietig is nie.

3.2.5.3 DIE ADMINISTRATIEWE HANDELING MOET 'n REGMATIGE DOEL BEVORDER

Rakende bogemelde hersieningsgrond verklaar Baxter :

“It is a ‘well-established principle’ of South African law that powers given to a public body for one purpose cannot be used for ulterior purposes which are not contemplated at the time when powers were conferred.”⁵⁴¹

Amptenare in diens van die staat moet hul kontraktuele bevoegdhede in ooreenstemming met die magtigende wetgewing uitvoer. Indien dit nie die geval is nie, kom dit neer op 'n misbruik van die bevoegdhede. 'n Amptenaar wat deur wetgewing gemagtig is om namens die staat 'n kontrak met 'n privaat instansie in te stel vir die lewering van watervoorsieningsdienste, kan byvoorbeeld nie 'n kontrak sluit met 'n privaat instansie om elektrisiteitsdienste te verskaf nie. Indien dit wel plaasvind, het die staat sy bevoegdheid uitgeoefen vir 'n verkeerde doel, aangesien hy nie statutêre magtiging daarvoor gehad het nie.

Daar kan geredeneer word dat die vereiste dat 'n statutêre bevoegdheid vir 'n regmatige doel uitgeoefen word, soortgelyk is aan die plig om ter goedere trou (in good faith) op te tree, wat dan ook 'n beginsel van die kontraktereg is. Hierdie plig is duidelik van toepassing op staatskontrakte. Die staat moet 'n voorbeeld stel vir sy onderdane en sy optrede moet bo verdenking wees. Die staat tree op as trustee of bewaarder van publieke bronne en moet dit net ter goeder trou toepas.

5.2.5.4 PROSEDURELE BILLIKHEID

Die reëls van natuurlike geregtigheid (prosedurele billikheid) is van toepassing tussen die staat en sy werknemers en tussen universiteite en studente. Alhoewel die verhouding tussen bogemelde partye deur die kontrak beheers word, is die kontrak tog gebaseer op die een of ander wetgewende ondertoon, wat die status van die werknemer of student bepaal, en verseker dat daar 'n reg tot 'n billike verhoor bestaan.

⁵⁴¹ Baxter, 1984:422.

Ons howe bevestig hierdie standpunt dat die beginsels van natuurlike geregtigheid van toepassing is op dienskontrakte tussen die staat en sy werknemers. In die saak van *Administrator Transvaal v Zenzile*⁵⁴² het die voormalige Transvaalse Administrasie 'n diensoreenkoms gesluit met drie skoonmakers. Die kontrak was onderhewig aan die Staatsdienswet, Wet 111 van 1984, asook 'n kode wat ingevolge die Wet afgekondig is. Die respondente is summier afgedank, aangesien hulle aan 'n verbode staking deelgeneem het en 'n opdrag om terug te keer werk toe, geïgnoreer het. Appèlregter Hoexter⁵⁴³ verwerp die argument dat die verhouding van suiwer privaatregterlike aard is en dat regterlike hersiening nie van toepassing was nie.

Die Appèlhof (nou Hoogste Hof van Appèl) het derhalwe beslis dat die verhouding wat voortvloei uit 'n dienskontrak wat deur statutêre wetgewing gereguleer word, kan nie getipeer word as van suiwer privaatregtelike aard nie. Die reëls van natuurlike geregtigheid was derhalwe van toepassing voordat die skoonmakers ontslaan is.

'n Goeie voorbeeld wat hierby aansluit, is die saak van *Administrator Natal v Sibiyi*.⁵⁴⁴ Die applikante was in diens van die Natalse Provinsiale Administrasie en die dienskontrak was ook gereguleer deur die Staatsdienswet en kode-afgekondig ingevolge die wet. Die werkers is afgedank, toe die konstruksieprogram waarvolgens werk aan hulle toegeken is, gestaak is. Hulle is nie 'n geleentheid gebied om hulle saak te stel nie. Die applikante het op hersiening gegaan, aangesien die besluit nie voldoen het aan die beginsel van die reëls van natuurlike geregtigheid nie. Die hof het in sy uitspraak gesteun op die Zenzile-beslissing en bevind dat, aangesien die werkgewer 'n owerheidsliggaam is, wie se besluit om af te dank die uitvoering van openbare gesag behels, die uitvoering van dié gesag ooreenkomstig die beginsels van natuurlike geregtigheid moes plaasvind.

Dit is onbelangrik dat bogemelde siening van die Hoogste Hof van Appèl slegs beperk sal word tot die gebied van die arbeidsreg.

⁵⁴² 1991(1) SA 21 (A).

⁵⁴³ 1991(1) SA 21 (A) By bladsy 32 beslis Hoexter soos volg: "One is here concerned not with mere employment under a contract of service between two private individuals, but with a form of employment which invests the employee with a particular status which the law will protect. Here the employer and decision maker is a public authority whose decision to dismiss involved the exercise of a public power. The element of public service injected by statute necessarily entails, so I consider, that the respondents were entitled to the benefit of the application of the principle of natural justice before they could be summarily dismissed for misconduct. Where an employee has this protection, legal remedies are available to him to quash the dismissal not carried out in accordance with the principles of natural justice. It appears to me that in the present case it is the specific protection accorded to a member of the public service which must prevail."

⁵⁴⁴ 1992(4) SA 532 (H).

Hierdie reëls van natuurlike geregtigheid kan sekerlik ook van toepassing gemaak word op ander staatskontrakte, waar die omstandighede dit daartoe verleen.

Word daar terug verwys na Artikels 24 en 33 van die Interim en Finale-Grondwette, is dit nie moeilik om in te sien dat die reëls van natuurlike geregtigheid vereis dat administratiewe optrede prosedureel billik moet wees nie. Indien 'n mens uitgekonnekteerde ooreenkomste klassifiseer as “administratiewe optrede”, moet die vereistes van prosedurele billikheid nagekom word. Dit bring *inter alia* mee dat 'n werknemer die geleentheid gebied word om aangehoor te word, dat partye ingelig word van besluite wat teen hulle sal tel, en dat 'n administratiewe orgaan sy diskresionêre bevoegdhede onbevooroordeeld sal uitoefen.

5.2.5.5 REDELIKHEID

Artikel 33 van die Grondwet vereis dat administratiewe optrede billik moet wees. Waar die uitgekonnekteerde ooreenkoms geklassifiseer sal word as ‘administratiewe optrede’, is daar geen twyfel dat die vereistes van geregtigheid en redelikheid van toepassing sal wees nie. Aangesien hierdie twee konsepte die nakoming van faktore soos rasionaliteit, legaliteit en proporsionaliteit vereis, kan die vraag gevra word of dit toepaslik sal wees in die kader van die uitgekonnekteerde ooreenkomste?



Hoofstuk 7

DIE IMPAK VAN DIE GRONDWET OP DIE DELIKTEREG

1. GRONDWETLIKE HERVORMING

Met die nuwe demokratiese bestel in Suid-Afrika, was dit duidelik dat die Suid-Afrikaanse deliktereg ook nie grondwetlike hervorming sou vryspring nie. Grondwetlike hervorming op die gebied van die deliktereg het 'n mindere impak gehad as op die gebied van die kontraktereg. Dit kan sekerlik toegeskryf word aan die feit dat die billikheidsaspek meer sentraal na vore tree op die gebied van die kontraktereg, waar twee partye met mekaar onderhandel en dan 'n ooreenkoms sluit.

Die howe kan egter nie lukraak wysigings op die gebied van die deliktereg aanbring, bloot om grondwetlike hervorming te handhaaf nie. Die nodige versigtigheid sal nog steeds aan die dag gelê word.

Die Hoogste Hof van Appèl is weldra voor die toets van grondwetlike hervorming geplaas in die saak van *Loriza Brahman v Dippenaar*.⁵⁴⁵ Een van die oudste aksies in die Suid-Afrikaanse deliktereg, naamlik die *actio de pauperie*, het onder skoot gekom.⁵⁴⁶

2. DIE ACTIO DE PAUPERIE EN GRONDWETLIKE ONTWIKKELING

Speel die *Actio De Pauperie*, wat uit die vroegste tydperk van die Romeinse Reg dateer, vandag nog 'n rol as basis vir vordering wat spruit uit die gedrag van huisdiere of mak diere? Hierdie aksie is in die verlede deeglik deur verskeie skrywers gedebatteer.⁵⁴⁷

Hierdie aksie het een groot voordeel deurdat die eiser nie enige van die sogenaamde “delikselemente” aan die kant van die verweerder hoef te bewys nie. Hierdie regsmiddel dank sy ontstaan en voortbestaan aan die behoefte om eienaarskap, eerder as skuld (waarby onregmatigheid by implikasie inbegrepe is), as aanspreeklikheidsbasis te aanvaar – 'n gegewe wat daarop dui dat ons hier met een van die vroegste vorms van risiko – aanspreeklikheid te make het.⁵⁴⁸ Die aanpassing waarvan Van der Merwe gewag maak, is die feit dat die “moderne” *Actio de Pauperie* van die moderne Romeins-Hollandse Reg nie meer, soos vroeër, 'n sogenaamde “noksale” aksie is nie⁵⁴⁹ en dat die eienaar van die dier

⁵⁴⁵ 2002(2) SA 477 (HHA).

⁵⁴⁶ Die feite van die saak was dat die respondent by 'n veiling deur 'n Brahmanvers, genaamd Alicia, wat aan die eerste appellant ('n stoetboerdery) behoort het, onderstebo geloop en beseer is. Die respondent het die eerste appellant in 'n provinsiale afdeling met die *actio de pauperie* aangespreek vir die skade wat hy na bewering as gevolg van Alicia se optrede, gely het. Die respondent (eiser) se been is gebreek. Die hof *a quo* het 'n verklarende bevel in die respondent se guns gemaak. Dit het geblyk dat die respondent 'n veilingskraal binnegegaan het en dat Alicia deel was van 'n kudde van ongeveer 25 verse wat in die kraal was. Die respondent wat besig was om na 'n katalogus te kyk, het nie die verse gesien nie en was glad nie van hul teenwoordigheid in die kraal bewus nie. Nie een van die ander verse het die respondent stormgeloop nie.

⁵⁴⁷ Sien by Neethling *et al*, 2002:392 ev; Burchell, 1993:250 ev; Van der Merwe & Olivier, 1989:486 ev, sien ook Van der Merwe & Rabie, 1993:232 ev.

⁵⁴⁸ Vgl hieroor Van der Merwe, 1970:58 wat na aanleiding van die uitspraak in *O'Callaghan v Chaplin* 1927 AD 310, tot die slotsom kom: “Blote eienaarskap van die dier word as basis vir aanspreeklikheid aanvaar. Hierdeur word die historiese ontwikkeling van die aksie bevestig en by moderne omstandighede aangepas”.

⁵⁴⁹ Hier moes die eienaar van die dier wat skade veroorsaak het, sy skadevergoedingspelig vermy deur oorhandiging van die betrokke dier aan die eiser – sien in besonder Zimmerman, 1990:1099 en verder.

ten tyde van skadevergoeding, en nie op die tydstip van *litis contestatio* nie, aanspreeklik gehou word.⁵⁵⁰

Om vandag suksesvol met die *Actio de Pauperie* te kan ageer, moet die benadeelde die volgende kan aantoon dat :

- (a) die verweerder die eienaar van die dier was op die tydstip van skadeveroorsteking;
- (b) die dier *contra naturam sui generis* (anders as 'n "ordentlike dier van sy soort) opgetree het;
- (c) die dier *sponte sua feritate commota* (uit innerlike boosaardigheid) opgetree het; en
- (d) dat die benadeelde of sy beskadigde eiendom regmatig aanwesig was op die plek waar skade aangerig is.

Dit is 'n uitgemaakte saak dat die hantering van die *actio de pauperie* deur die primêre en sekondêre Suid-Afrikaanse bronne relatief probleemloos geskied het.

In die *Loriza Brahman-saak* is die Hoogste Hof van Appèl die geleentheid gebied om opnuut te besin oor die sinvolheid van een van die oudste aksies van ons reg insake onregmatige daad. Die appellant sou van meet af met 'n unieke aanslag kom om hierdie stewig gevestigde gemeenregtelike regsraiddel te laat kantel.

2.1 VERWERE DEUR DIE APPELLANT GEOPPER

Op appèl na die Hoogste Hof van Appèl is namens die appellant beweer dat die *actio de pauperie* geen bestaansreg meer in ons reg gehad het nie, onder andere omdat dit 'n primitiewe vorm van absolute aanspreeklikheid behels het, die vereiste van *contra naturam sui generis* tot groot verwarring en teenstrydighede gelei het, dit nie logies verantwoordbaar was nie en dit tot onbillike resultate kon lei. Die appellant se tweede verweer was dat Alicia nie *contra naturam* opgetree het nie, omdat haar optrede nie met alle ander verse van die *genus* beeste vergelyk moes word nie, maar met dié van die gemiddelde Brahmanvers, wat 'n meer senuweeagtige ras as ander beesrasse is.

2.2 DIE HOF SE HANTERING VAN DIE VERWERE

Appèlregter Olivier bevestig dat die *actio de pauperie* die toepaslike aksiegrond is en gee dan 'n bondige oorsig van die moderne Suid-Afrikaanse literatuur en resente regspraak, wat die toepassing van hierdie regsraiddel te lande bevestig. Hy meld dat die regsraiddel figuurlik gesproke so oud soos die berge is, want dit het sy oorsprong in die Romeinse Twaalfafelwet van ongeveer 450 v C. Van die vroegste tye af het menige juris van die Romanistiese tradisie die geleentheid aangegryp om die *actio de pauperie*, of aspekte daarvan, te bespreek.

⁵⁵⁰ Sien ook Van der Merwe, 1970:53, na aanleiding van die *O'Callaghan-saak* 1927 AD 310 op 322.

Appèlregter Olivier meld dat die grondslag van die aksie en die vereistes vir 'n geslaagde beroep daarop juriste van toentertyd tot vandag met ywerige nuuskierigheid vervul.

In die saak stel Appèlregter Olivier 'n duidelike basis daar waarteen die verweerder (respondent) se verwerre gemeet kan word. Die aanspreeklikheidsvereistes is duidelik in die deliktereg uitgetrap, naamlik :

- die aksie is beskikbaar “teen die eienaar van 'n klas diere wat om die beurt huisdiere, mak diere of makgemaakte diere genoem word”;
- die diere moes *contra naturam sui generis* opgetree het; en
- die diere moes *sponte sua feritate commota* die nadeel veroorsaak het.

Appèlregter Olivier bespreek die eerste verweer soos volg :

“Die eerste verweer ...is 'n frontale aanval op die bestaansreg van die *actio de pauperie* in ons reg. Hy (Appellant se advokaat) het aangevoer dat die Suid-Afrikaanse Reg ontwikkel het tot 'n stadium waar die *actio de pauperie* as regsmedium, nie meer 'n bestaansreg het nie en aanspreeklikheid van die eienaar slegs op die beginsels van die *actio legis acquilliae* fundeer moet word”.⁵⁵¹

Om hierdie stelling te maak, dat die langs gevestigde aksie in die Suid-Afrikaanse deliktereg uitgedien is, is een ding, maar dit is 'n perd van 'n ander kleur om die stelling te kan bewys. Het dit nie miskien die Hoogste Hof van Appèl se wenkbroue laat lig nie?

Die hof verwerp die verweer dat die beginsels van die *actio de pauperie* nie meer 'n bestaansreg het in 'n moderne regsbestel soos die huidige Suid-Afrikaanse een nie. Eerder as om die appellant se argumente punt vir punt te oorweeg, verkies appèlregter Olivier om oorsigtelik sy steun vir die behoud van hierdie regsmedium uit te spreek.⁵⁵²

Die hof gaan nie *mero muto* veranderinge aan die Romeins-Hollandse regstelsel aanbring, net om kwansuis hul grondwetlike opgelegde taak te vervul nie. Die meriete van elke saak sal deeglik oorweeg word, soos wat ons reeds hierbo by die kontraktereg met die *pacta sunt servanda*-beginsel gesien het.

Die kerngesonde gedagte wat deur die moderne Romeins-Hollandse Reg na vore tree, is om spaarsaam te wees met wysigings en die afskaffing van gevestigde

⁵⁵¹ Sien bladsye 482J – 483A van die *Loriza Brahman*-saak.

⁵⁵² 1927 AD 310 by bladsy 484C-E verklaar A R Olivier soos volg: “Dit kan toegegee word dat die vereistes van die *actio*, veral die gedrag wat *contra naturam* is, deur die eeue omstrede was. Die punt is dat die aksie reeds vir 24½ eeue bestaan. Dit vorm deel van ons reg. Dat dit skuldlose aanspreeklikheid daarstel, is as sodanig geen rede om dit in die ban te doen nie, die verskynsel van risiko-aanspreeklikheid brei in die moderne wêreld uit en vervul op gepaste terreine 'n nuttige funksie. Aanspreeklikheid vir skade aangerig deur diere is so 'n gebied. Waar 'n omstrede aksiegrond nie ongrondwetlik of *contra bonos mores* deur onbruik verval het nie, sal hierdie hof dit nie *sito-sito* afskaf nie, sy taak is eerder om waar nodig, aan te pas, reg te skaaf en na gelang van die geval uit te brei of in te kort.”

regsreëls, m.a.w. regsekerheid moet ten alle koste behou word. Die teenpool is dat daar tog ruimte gelaat moet word om wysigings aan te bring waar dit absoluut noodsaaklik sou blyk te wees.⁵⁵³

Byna 75 jaar gelede het appèlregter Kötz in die saak van *O'Callaghan NO v Chaplin*⁵⁵⁴ die volgende gesê :

“It is satisfactory to find that the *actio de pauperie* still forms part of our law I think the conclusion is a sound and just one, for if a man chooses to keep an animal, and injury or damage is caused by it to an innocent person, he must make adequate compensation. The owner of the animal and not the person injured must bear the loss After all, the result arrived at is but the natural development of a doctrine which, as we learn from eminent jurists, such as Wesenbeck, Vinnius, Matthaëus, Huber and others, had already been accepted in most places, notwithstanding the reception of the Roman Law. These masters and expounders of the law rightly saw nothing unjust in the view that, as the roman law regarded *noxae deditio* as merely an alternative mode of solution at the election of an owner, that is of discharging his liability for *pauperies*, the fact of its disappearance did not deprive an injured plaintiff of his right to full compensation to be paid to him by the defendant. The doctrine, therefore, which they state was observed in actual practice in their time, has since been accepted by the more modern and maturer jurisprudence, and still prevails as existing law in several civilised European countries as well as in our own.”

Die *dicta* hierbo aangehaal, spreek oorsigtelik die effek van die eiser se argumente aan. Appèlregter Olivier het ook nie elke punt van kritiek deur die appellant teen die *actio de pauperie* behandel nie.

Daar kan verder daarop gelet word dat die moderne verskyningsvorm van die *actio de pauperie* die produk is van sowel praktykaanpassing as dogmatiese ondersoek, en nie bloot die primitiewe regsmiddel van die jaar 450 v C nie.

Die *actio de pauperie* moet nie geredelik as 'n “primitiewe” regsmiddel afgemaak word nie.

⁵⁵³ Op bladsy 484 van die hofverslag verwerp appèlregter Olivier die appellant se verweer en beslis hy dat die *actio* wel binne die breë beginselraamwerk van die deliktereg geakkommodeer kan word :

“As dit 'n mens se dogmatiese vertrekpunt is dat alle 'deliktuele' aanspreeklikheid op die skuldbeginsel moet berus, dan kom die *actio de pauperie* natuurlik as onelegant en anomalies voor. As die vertrekpunt daarenteen 'n breër visie van 'deliktuele' aanspreeklikheid is, wat verdienstelike gevalle van risiko-aanspreeklikheid kan insluit, dan is die vraag slegs of die *actio de pauperie* vanuit 'n praktiese oogpunt 'n verdienstelike rol speel. Geen sodanige praktiese redes wat op die feite van hierdie geval van toepassing is en wat 'n ontkenning van die aksie in hierdie geval verg, is aan ons voorgelê nie. Die tyd om die *actio de pauperie*, ondanks sy eerbiedwaardige ouderdom, grafwaarts te dra, het nog nie aangebreek nie.”

⁵⁵⁴ 1927 AD 310; Sien veral die saak van *Jajbhay v Cassim* 1939 AD 537 op 542 waar Hoofregter Stratford dit soos volg stel: “Now the Roman-Dutch Law, which we must apply, is a living system capable of growth and development to allow adoption to the increasing complexities and activities of modern civilised life. The instruments of that development are our own courts of law. In saying that of course, I do not mean that it is permissible for a court of law to alter the law, its function is to elucidate, expound and apply the law. But it would be idle to deny that in the process of the exercise of those functions rules of law are slowly and beneficially evolved. The evolution, to be proper, must come from, and be in harmony with, sound first principles, which are binding upon us.”

Feenstra verwys byvoorbeeld na die rol wat Hugo de Groot (Grotius) in die teoretiese begronding van hierdie *actio* in die reg van sy tyd (eerste helfte van die 17de eeu) gespeel het :

*“besonderes Verdienst, dass es ihm zum ersten male gelingt, die actio de pauperie und die in Justinians Institutionem gennanten Quasi-Delikte unter einem einheitlichen dogmatischen Gesichtspunkt zu erfassen, indem er für ein einheitlichen dogmatischen Gesichtspunkt zu erfassen, indem er für sämtliche Tatbestände eine objective qualifizierte, auf Beweisschwierigkeiten beruhende Haftung annimmt.”*⁵⁵⁵

De Groot het dus die vordering van 'n benadeelde teen die eienaar van skadeveroorsoekende mak diere in dieselfde kategorie geplaas as die vordering wat afgedwing kon word deur die toepassing van die aksie teen *die iudex qui litem suam fecit, die actio de deiectionibus vel effusis, die actio de posito vel suspensio en die actio de damno aut furto adversus pautas caupones stabularios*. Hierdie klassifikasie spreek verder boekdele oor die teoretiese grondslag wat De Groot aan die aanspreeklikheid van die eienaar van die dier wou toedig.

Hochstein wys daarop dat mens hier met risiko-aanspreeklikheid te make het, wat geregtig word deur die bewysnood van iemand wat skade gely het weens die handeling en gebeure wat as “quasi-delikte” bekendstaan.

'n Tweede verweer wat geopper is, was dat Alicia, die Brahmanvers, nie *contra naturam sui generis* opgetree het nie, omdat hierdie vereiste sou beteken dat die betrokke bees se optrede vergelyk moet word met dié van die gemiddelde Brahmanvers, naamlik die beeras waaraan sy behoort, en nie met dié van verse van beeste in die algemeen nie. Getuienis is gelei dat die Brahmanras meer senuweeagtig is as ander rasse. Die logika agter hierdie argument is voor die hand liggend.⁵⁵⁶

Die hof bevestig die gevestigde reël soos dit in ons regspraak neerslag vind, naamlik dat die toets immers nie afgestem is op 'n spesifieke spesie van die *genus* nie, maar op normale optrede van diere behorende tot die betrokke *genus*.⁵⁵⁷

Die appellans het ook op akademiese kritiek gesteun.⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ Feenstra, 1971:100.

⁵⁵⁶ 1927 AD 310 by 485 G-H van die hofverslag. “Wat kan u sê oor die temperament van 'n Brahman, veral in vergelyking en met betrekking tot ander beerasse? Die Brahman, al wil ons dit nie as Brahmantelers die woord, ons gebruik glad nie die woord nie, ons wil dit nie eers hoor nie, die woord “wild”. Daardie woord “wild” is verkeerdelik na vore gebring, want die Brahman is 'n senuweeagtige bees, 'n baie meer intelligente bees as ander rasse, veral as jou Bostaurusse, want hy is 'n bos *indicus* en jou bos *indicusse* in die algemeen is beeste met meer intelligensie en meer van 'n senuweestelsel, 'n gevoelige senuweestelsel”.

⁵⁵⁷ Hierdie reël berus op onaanvegbare gesag soos *O'Callaghan v Chaplin* 1927 AD 310; *SAR&H v Edwards* 1930 AD 3; *Solomon and Another NNO v De Waal* 1972(1) SA 575 (A) 582 A-E.

⁵⁵⁸ Van der Merwe, 1967 bevestig die bestaan van hierdie uitleg van die *Contra Naturam*-vereiste in ons regspraak, dog spreek hom krities daaromtrent uit: “What this boils down to, effectively, is the judicial creation of the ‘reasonable cow’ or ‘reasonable duck’ as a criterion to determine the owner’s liability. The absurdity inherent in this form of anthropomorphism hardly needs to be elaborated upon.”

Die enigste regverdigingsgrond vir hierdie vereiste blyk dat die skynbare onbillikheid van die bestaande reël vervaag indien die risiko – of gevaarskeppingsgrondslag vir die *actio* as uitgangspunt geneem word.

Ten slotte is ook aangevoer dat die eiser/respondent se toestemming tot die risiko van benadeling sy vordering belemmer. Indien daar toestemming teenwoordig sou wees, beteken dit dat die eiser geen regskenking gely het nie, ofskoon daar wel op 'n regtens beskermde belang van hom inbreuk gemaak is. Die hof beslis dat daar geen bewys van sodanige toestemming gelewer is nie.

Dit is weliswaar so dat regslui ook in die verlede die komiese raakgesien het met betrekking tot die *actio de pauperie*. Tong in die kies kan die volgende tog aangehaal word, aansien dit sekerlik aan Pres F.W. Reitz van die Oranje Vrystaat en vroeëre hoofregter genot verskaf het :

“DIE PROKUREUR SIJ HOND

“Goei more, Prokureur – geef mij tog bietjie raad. Mij is 'n ding gebeur, hier buite op die straat. Daar kom 'n slegte hond, net vlak hier voor jou deur, en bijt mij in die been; mij broek is glad verskeur.

Dit was 'n nuwe broek, en ik wil jou nou vra' of dit nie molik is, so 'n kerel an te kla wat sulke slegte goed laat los loop op die straat, om mij somar te bijt, as ik hier langes gaat”.

“Welseker, mij vrind – dit staat jou altijd vrij om van de hond sij Baas die skade weer te krij.” “Wat denk meneer daarvan : sal dit te baing wees om 10 sielings te vra ver skade van die baas?”

“Wel al te seker niet – die eienaar moet beskou dat 10 sielings is min, as hij so 'n hond wil hou.”

“Wel, Baas, dan raak jij oek nou net 10 sielings kwijt, dit was jou ei'e hond, die het mij so gebijt.”

“Mij hond! Mij Pollo dan, het hij jou so gekrij; “Mar as jij seker is, dan sal ik oek niet strij”, Dê, vat dan mar jou geld – wat reg is moet bestaan, Al sou die wêreld oek daaronder moet vergaan.”

*Die Boer die moet to skater van die lag;
Hij vat die geld heel vrolik, want hy dag :
'n Prokureur mag glad wees met sij bek;
Tog kijk 'n domme Boer hom in die nek.*

So stap hÿ weg, mar kom net bÿ die deur :

“Stop, vrind, wag, stop!” seg toe die Prokureur,
 “Di’s alles goed en wel, die skade van mij hond;
 Mar ik moet jou vertel, mij raad die kos ’n pond.

So geef mij hier mar gou mij 10 sielings nou weer,
 Dan skuld jij mij voor raad nog net een half pond meer;
 Want dit is tog mar waar – wat reg is moet bestaan,
 Al sou die wêreld oek daaronder moet vergaan.”⁵⁵⁹

Al sou die wêreld ook daaronder moet vergaan, kan daar ongetwyfeld saamgestem word met die hof se bevindings ten aansien van al drie die verwere wat namens die appellant aangevoer is. Die *actio legis acquiliae* kon nie hedendaags aan die behoefte voldoen wat die geval by die *Actio de Pauperie* is nie.

Dit wil voorkom of hierdie sogenaamde “primitiewe regs middel” in wese weens die afwesigheid van die skuldvereiste vir aanspreeklikheid meer byderwets blyk te wees as die aquiliese aksie met sy skuldgrondslag. Die vraag wat gevra moet word, is of daar nie algemeen aanvaar kan word dat die verknogtheid aan skuld as aanspreeklikheidsgrondslag nie eerder as uitgedien beskou moet word nie.

Met verwysing na die bogemelde aanslag wat geloods is op die voortbestaan van die Romeins-Hollandse aksiegrond, naamlik die *actio de pauperie*, is dit duidelik dat die howe nie somer sal torring en verander aan ’n gevestigde regsgrondslag nie. Indien die hof sou beslis het dat daar in ons moderne Suid-Afrikaanse Reg geen plek meer sou bestaan vir die *actio de pauperie* nie, sou ons nie net uit pas gewees het met die meeste ander moderne regstelsels, soos veral die Duitse Reg nie, waar skuldlose aanspreeklikheid vir nadeel deur huisdiere veroorsaak, erken word, maar sal daar vars aanslae na vore kom teen ander gemeenregtelike deliksremedies wat nie op ’n skuldgrondslag berus nie.

Hierdie uitspraak moet gesien word as ’n oorwinning vir die behoud van die Romeins-Hollandse gemenereg en nie as sulks sleg vir die behoud van die *actio de pauperie* nie.

3. ’n VERDERE TOEPASSING VAN DIE GRONDWET OP DIE DELIKTEREG : DIE REG OM VRY TE WEES VAN PUBLIEKE OF PRIVATE GEWELD

In teenstelling met die deliksremedie – die *actio de pauperie*, soos hierbo bespreek - is daar tog gebiede in die deliktereg waar die Grondwet ’n positiewe impak sal hê. As toeligtig hiervan sal vervolgens gekyk word na die beslissing van *Carmichele v Minister of*

⁵⁵⁹ Reitz, 1916.

Safety and Security (Centre for applied Legal Studies Intervening).⁵⁶⁰ Maar daar moet eers 'n vergelyking getref word tussen die Suid-Afrikaanse Reg en Buitelandse Reg.

Die regsplig van die staat om die reg op die fisiek-psigiese integriteit van die publiek teen aantasting deur derdes te beskerm, het reeds voorheen aandag geniet.⁵⁶¹ Voor die uitspraak van die Konstitusionele Hof in die Carmichele-saak, is daar twee teenstrydige uitsprake in die Transvaalse Provinsiale Afdeling van die Hooggeregshof gelewer.⁵⁶²

Die howe het in die Van Eeden- en Seema-sake die geleentheid gebied om die regsplig wat daar rus op amptenare in diens van die staat van naderby te beskou. Vandag sou dit ondenkbaar wees om enigiets oor die onderwerp te sê of te beslis sonder om – afgesien van wat in vorige sake van waarde kan wees - die beginsels en riglyne wat aldaar aan die hand gedoen is, deeglik in ag te neem.⁵⁶³

Op die gebied van die privaatrek het die Grondwet veral ten opsigte van die kontraktereg en die deliktereg 'n groot rol gespeel. Op die gebied van die deliktereg het menige litigasie gevolg, veral ten opsigte van die aanspreeklikheid van openbare liggame en ook ten opsigte van laster.

Dit wil voorkom of Van Aswegen se kommentare rakende die Interim-Grondwet by verre die duidelikste verklaring verskaf ten opsigte van die posisie in beide Suid-Afrika en die Verenigde Koninkryk.⁵⁶⁴

Twee gewysdes vind aansluiting by Van Aswegen se bogemelde kommentaar :

In *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* het die Hoogste Hof van Appèl soos volg beslis :

“The ‘convictions of the community’ must necessarily now be informed by the norms and values of our society as they have been embodied in the 1996 Constitution. The Constitution is the supreme law, and no norms and values that are inconsistent with it

⁵⁶⁰ 2001(4) SA 938 (CC).

⁵⁶¹ Sien in hierdie verband byvoorbeeld Neethling, 2000:150 en Neethling, 2001:489.

⁵⁶² *Van Eeden v Minister of Safety and Security* 2001(4) SA 646; (T); *Seema v Lid van die Uitvoerende Raad vir Gesondheid, Gauteng* 2002(1) SA 771 (T).

⁵⁶³ Sien by *Minister van Polisie v Ewels* 1975(3) SA 590 (A); *Mtati v Minister of Justice*, 1958(1) SA 221 (A); *Nkumbi v Minister of Law and Order*, 1991(3) SA 29 (OK); *Mpongwana v Minister of Safety and Security*, 1999(2) SA 794 (K); *Moses v Minister of Safety and Security* 2000(3) SA 106 (K).

⁵⁶⁴ Van Aswegen, 1995:60; “Obviously, legal rules formulated with reference to policy considerations furnish the most effective method of incorporating the values underlying the protection of fundamental rights in a bill of rights into the fabric of private law. It can be accepted that the bill of rights reflects the fundamental legal values accepted in a society, and as such it represents a crystallised form of public policy. The policy considerations determining the contents and application of open-ended rules can therefore to a significant extent be extracted from the provisions of the bill of rights. The South African law of delict is based on general principles of liability, and of the five general requirements for liability, to consist of open-ended standards and a third encompasses elements of policy. The tests for wrongfulness and legal causation or remoteness are text-book examples of open-ended standards: objective reasonableness in the light of the boni mores or legal convictions of the community in the first instance and the flexible criterion of a sufficiently close connection in the light of reasonableness, fairness and justice between conduct and harm in the second. The test for negligence, based on the conduct of the reasonable man in the circumstances, also incorporates policy in the determination of reasonable conduct. Indirect horizontal application should in principle be accomplished quite easily by utilising the values underlying fundamental rights as important policy considerations in the determination of wrongfulness, remoteness and negligence in delict cases..... The law of contract, unlike the law of delict, does not consist mainly, or even to any significant degree, of general principles of liability in the form of open-ended standards. In fact the general principles of contractual liability consist for the most part of very precise, detailed rules with a fixed area of application.... Moreover, different types of contracts are regulated by a legion of specific additional rules.”

can have legal validity – which has the effect of making the Constitution a system of objective, normative values for legal purposes.”⁵⁶⁵

Met 'n byvoeging en 'n herhaling van bogemelde het die hof die volgende te sê gehad in *Van Eeden v Minister of Safety and Security* :

“The Constitution cannot, however, be regarded as the exclusive embodiment of the delictual criterion of the legal convictions of the community, nor does it mean that this criterion will lose its status as an agent in shaping and improving the law of delict to deal with new challenges”⁵⁶⁶

Uit bogemelde wil dit dus voorkom of die Hoogste Hof van Appèl, op die spesifieke gebied van die deliktereg, ten volle aanvaar het dat die Grondwet hier 'n rol speel in die ontwikkeling van die deliktereg, sonder om grootskaals afstand te doen van die suiwer gemeenregtelike omvang van die toets vir onregmatigheid. Daar moet verder in gedagte gehou word dat die gemeenregtelike toets vir onregmatigheid 'n dinamiese en goed ontwikkelde toets is, wat wel vir moontlike ontwikkeling in die toekoms voorsiening sal maak. Die howe se plig is egter eers om die gemenerereg te oorweeg, alvorens hulle sal oorgaan om die versoenbaarheid met die Grondwet op teweeg. Waar daar egter twyfel of konflik bestaan, sal die Grondwet voorrang geniet bo enige ander faktor in die toets vir onregmatigheid.

In *Saaiman and Others v Minister of Safety and Security and Another*⁵⁶⁷ word dit duidelik gestel dat bogemelde nou nie beteken dat die polisie outomaties aanspreeklik is vir elke geval waar 'n slagoffer deur misdaad getref word nie. In die gewysde is geen aanspreeklikheid bevind toe persone beseer is, nadat skote afgevuur is tydens 'n transitoroof nie.

Wat is die stand van sake rakende polisie-sake in die Verenigde Koninkryk? Die toonaangewende saak is *Hill v Chief Constable of West Yorkshire*⁵⁶⁸ Die moeder van die laaste slagoffer toe baie vroue deur die berugte reeksmoordenaar, Peter Sutcliffe (ook beter bekend as die Yorkshire Ripper), vermoor is, het 'n eis ingestel. Hier is beslis dat die Polisie nie aanspreeklik gehou kan word vir die gevolge van hul onvermoë om die verdagte moordenaar te identifiseer en aan te keer, voordat die laaste moord gepleeg is nie, alhoewel hul ondersoekwerk veel te wense oorgelaat het. Die House of Lords was die mening toegedaan dat dit nie billik, regverdig en redelik sou wees om so 'n swaar las op die Polisie te plaas nie, aangesien hulle nie verhinder moes word deur siviele eise vir aanspreeklikheid, om sodoende hul plig in die oplos en bekamping van misdaad te kan nakom nie.

⁵⁶⁵ 2002(6) SA 431 (SCA), op Paragraaf 17.

⁵⁶⁶ 2001(4) SA 646 (T) Voetnoot 16, Paragraaf 12.

⁵⁶⁷ 2003(3) SA 496 (O).

⁵⁶⁸ 1989 AC 53.

In navolging van bogemelde uitspraak was die bevinding van die Engelse appèlhof een van geen deliktuele aanspreeklikheid nie in die saak van *Osman v Ferguson*⁵⁶⁹. Soortgelyk aan die *Carmichele*-saak, was die misdadiger in die saak ook bekend aan die Polisie, waar die misdadiger 'n groot bedreiging vir die slagoffer ingehou het. Hierdie saak is egter na die Europese Hof van Menseregte geneem. Die hof beslis dat die regte van die slagoffer se familie aangetas is. Daar moet ag geslaan word op die feit dat Artikel 2 van die Europese Hof van Menseregte nie gebruik was om die saak te beveg nie (reg tot lewe) (alhoewel hierdie Artikel aanleiding kon gee tot 'n positiewe regsplig om voorkomende operasionele maatreëls te tref om die slagoffer te beskerm, wie se lewe in gevaar gestel is). Daar is wel gesteun op Artikel 6 van die Europese Hof van Menseregte, te wete die reg van toegang tot 'n hof of 'n billike verhoor.

Die reël in die *Hill*-saak was immunititeit van die Polisie, wat verhoed het dat die Howe ondersoek kan instel teen die Polisie se optredes.

Bogemelde hofuitspraak was egter hoogs omstrede. Daar is aangevoer dat Artikel 6 verkeerdelik toegepas is. Die verkeerde toepassing van Artikel 6 was gedeeltelik te danke aan 'n misverstand oor die toepassing van die Engelse prosedurele reëls "on striking out cases", asook die misverstand oor wanneer daar 'n regsplig (duty of care) bestaan en dat hierdie reël aangemerkt is as 'n immunititeit waarvoor die Polisie sou beskik.

Die beswaar is ook geopper dat die beslissing nie bloot gehandel het oor die toegang tot geregshowe nie, maar eerder moes handel oor die inhoud van die substantiewe regte en verpligtinge wat as sodanig afdwing moes word. Laasgenoemde uitspraak was in stryd met vorige uitsprake wat deur die Europese Hof van Menseregte gelewer was.⁵⁷⁰

Maar dit is nie net die Polisie wat 'n regsplig het om na te kom nie. Verskeie ander Staatsdiensorganisasies, soos plaaslike besture het ook regspligte om na te kom. Indien dit nie na behore uitgevoer word nie, kan aanspreeklikheid volg. In *Z and Others v United Kingdom*⁵⁷¹ en *T P en KM v United Kingdom*⁵⁷² het die Europese Hof in hulle voetspore omgedraai, veral ten opsigte van Artikel 6. In die saak het dit gehandel oor die aanspreeklikheid van die plaaslike owerheid X vir die late om statutêre magte uit te voer om kinders te red van die misbruik van ouerlike gesag en verwaarlosing. In 'n soortgelyke geval in *X v Bedfordshire County Council*⁵⁷³ het die House of Lords bevind dat daar nie op gronde van billikheid, regverdigheid en redelikheid 'n regsplig opgelê kon word op 'n plaaslike owerheid om bogemelde statutêre magte uit te voer nie. Die Europese Hof van Menseregte het egter bevind dat dit nie 'n inbreukmaking van Artikel 6 was nie, maar wel van Artikel 3 (die reg tot beskerming teen onmenslike en vernederende behandeling).

⁵⁶⁹ 1993(4) ALL ER 344 (CA).

⁵⁷⁰ Vir 'n omvattende bespreking, sien McKendrick, 2001:331, *Barrett v Enfield LBC* 2001(2) AC 550 op 559-560 deur Lord Browne-Williamson.

⁵⁷¹ 2002(34) EHRR 97.

⁵⁷² 2001(2) FLR 549 op 612; 2002(34) EHRR 42.

⁵⁷³ 1995(2) AC 633.

Laasgenoemde benadering is soortgelyk aan die benadering wat in Suid-Afrika gevolg word, maar net in 'n ander konteks.

Wat Suid-Afrika betref, wys die saak van *Z*, hierbo vermeld, in hoe 'n mate sosiale welsynverskaffing ook 'n konteks is waar aspekte rakende 'n reg tot lewe, sekuriteit en waardigheid aanleiding kan gee tot deliktuele aanspreeklikheid waar regeringsinstansies versuim om hul pligte na te kom.⁵⁷⁴

Daar moet ook in gedagte gehou word dat deliktuele aanspreeklikheid, deur byvoorbeeld die Polisie, opgedoen kan word buite die kader van die alledaagse verpligting van misdaadvoorkoming. In die Skotse saak van *Gibson v Strathclyde Police*⁵⁷⁵ het die hof beslis dat die polisie wel 'n regsplig sou hê in die uitvoering van hulle siviele/burgerlike pligte. In dié geval het die polisie nagelaat om die veiligheid van padgebruikers te verseker, waar 'n polisiebeampte veiligheidsbeheer toegepas het by 'n brug wat deur 'n rivier weggespoel is, en die wag toe onttrek is. As gevolg van die onttrekking van die polisiebeampte, het 'n motoris in die rivier beland en verdrink.

Wanneer die Suid-Afrikaanse posisie vergelyk word met verwysing na Carmichele, met die van die Verenigde Koninkryk en Europa, kan die vraag gevra word of Artikel 2 (reg tot lewe) van die Europese Hof van Menseregte nie tog in die *Osman*-saak toegepas moes gewees het nie? Na die *Osman*-saak blyk dit dat die Engelse hof tog ook 'n verandering in benadering teweeggebring het. Dit was vir hulle makliker haalbaar om 'n regsplig te plaas op Polisie en plaaslike owerhede, veral in deliktuele eise waar fisieke leed voortgespruit het weens nalatigheid aan die kant van die amptenary. Hiervolgens lyk dit of die *Osman*-saak vandag deur die Engelse Hof anders beslis sou word.

Hierdie siening word veral ondersteun deur die Engelse Hof van Appèl in die saak van *D v East Berkshire Community Health NHS Trust*.⁵⁷⁶ Die hof volg die beslissing in die *Z*-saak en bevind dat daar ingevolge Artikel 6 van die Europese Hof van Menseregte nie 'n regsplig gerus het op die gesondheidsowerheid nie. Daar word verder beslis dat die House of Lords se bevinding in *X v Bedfordshire County Council* voldoende beperk was deur daaropvolgende gesag en die verpligting wat daar jeens kinders bestaan, maar dat die feite gedui het op aanspreeklikheid ingevolge die Human Rights Act van 2 Oktober 2000.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ Hier dink ons veral aan Artikels 28(1)(b),(c) en (d) van die Grondwet – Elke kind het die reg – (b) op gesinsorg of ouerlike sorg, of op gepaste alternatiewe sorg wanneer die kind uit die gesinsomgewing weggeneem word; (c) op basiese voeding, skooling, basiese gesondheidsorgdienste en maatskaplike dienste; (d) om teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering beskerm te word.

⁵⁷⁵ 1999 SC 429.

⁵⁷⁶ 2003(4) ALL ER 796 (CA).

⁵⁷⁷ Lord Phillips bevind: "Given the obligation of the local authority to respect a child's convention rights, the recognition of a duty of care to the child on the part of those involved should not have a significantly adverse effect on the manner in which they perform their duties. In the context of suspected child abuse, breach of duty of care in negligence will frequently also amount to a violation of Article 3, or Article 8. The difference of course, is that those asserting that wrongful acts or omissions occurred before October 2000, will have no claim under the Human Rights Act. This cannot, however, constitute a valid reason of policy for preserving a limitation of the common-law duty of care which is not otherwise justified. On the contrary, the absence of an alternative remedy for children who were victims of abuse before October 2000 militates in favour of the recognition of a common-law duty of care once the public policy reasons against this have lost their force. It follows that it will no longer be legitimate to rule that, as a matter of law, no common-law duty of care is owed to a child in relation to the investigation of suspected child abuse and the initiation and pursuit of care proceedings. It is possible that there will

In Kanada het die hof die houding ingeslaan dat 'n groter mate van aanspreeklikheid toegedig word aan die Polisie, wat versuim het om hulle pligte getrou uit te voer. 'n Goeie voorbeeld hiervan is die saak van *Doe v Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioner of Police*.⁵⁷⁸ Die feite was soos volg : Die eiser was 'n slagoffer van 'n reeksverkrachter, wie se fokus ingestel was op enkelopende wit vroue met donker hare, wat in 'n spesifieke gebied woonagtig was en in 2de- of 3de-verdieping eenhede wat deur balkonne toeganklik was, gebly het. Die Polisie het hierdie profiel van die verkrachter saamgestel, maar versuim om die inligting deur te gee aan potensiële slagoffers. Die hof bevind dat die Polisie 'n regsplig gehad het om lewens te beskerm en eiendom op te pas, asook misdaad te voorkom en dat die Polisiebeamptes gefaal het om hul plig as ondersoekbeamptes om sodoende die vroue, wat gevaar geloop het, te waarsku. Die Polisie kon nie die verweer opper dat daar 'n inherente verkrachtingsgevaar bestaan het in die gebied nie, en dat die vroue voorkomende maatreëls moes tref nie. In hierdie geval was die Polisie bewus van 'n spesifieke gevaar/risiko ten opsigte van 'n spesifieke groep vroue en het hulle 'n regsplig gehad om 'n waarskuwing aan die eiser te rig dat sy 'n potensiële slagoffer mag gewees het en welke voorsorgmaatreëls sy moes tref. Die *Doe*-saak was maar een van baie beslissings oor die afgelope 10 tot 15 jaar in Kanada waar die Polisie deliktueel aanspreeklik gehou is vir 'n versuim om hulle regsplig na te kom.⁵⁷⁹

'n Ander dimensie wat na vore kom, is die aanspreeklikheid van openbare gesagsorgane rakende die nie-fisieke belange van diegene met wie hulle in 'n gesagsverhouding te staan kom. In *Premier Western Cape v Fair Cape Property Developers (Pty) Limited*⁵⁸⁰ het 'n eiendomsontwikkelaar pogings toegepas om skade te verhaal vir finansiële verliese gely, wat veroorsaak is deur die nalatige besluitneming van die beplanningsafdeling. Alhoewel die Hoogste Hof van Appèl die eis afgewys het, is daar besluit dat die Grondwet wel 'n belangrike rolspeler was in die bepaling van onregmatigheid van die owerhede se optrede :

“the duties imposed on all organs of government by the Constitution, and in particular in the light of the positive obligations imposed by Section 7 (the state must ‘respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights’) and Section 41(1) (‘all spheres of government and organs of state must provide’ effective, transparent, accountable and coherent government’)”.⁵⁸¹

Dit is egter nie duidelik in watter mate hierdie aanroeping van die Grondwet in hierdie saak enigets van waarde bygevoeg het tot die beredenasie voor die hof nie.

be factual situations where it is not fair, just or reasonable to impose a duty of care, but each case will fall to be determined on its individual facts. In reaching this decision we do not suggest that the common-law duty of care will replicate the duty not to violate Articles 3 and 8. Liability for breach of the latter duty and entitlement to compensation can arise in circumstances where the tort of negligence is not made out. The area of factual enquiry where branches of the two duties are alleged are, however, likely to be the same.”

⁵⁷⁸ 1998(39) or (3RD) 487 (Gen Div).

⁵⁷⁹ 1998(39) or (3RD) 487 (Gen Div) paragraaf 37 per Lewis AJA.

⁵⁸⁰ 2003(6) SA 13 (SCA).

⁵⁸¹ *Premier, Western Cape v Fair Cape Property Developers (Pty) Limited* 2003(6) SA 13 (SCA) op 29 pragraaf 37(E)

'n Goeie waarneming van bogemelde Suid-Afrikaanse, Engelse, Europese en Kanadese gewydes dui daarop dat dit almal 'n sterk vertikale dimensie vertoon, aangesien eise veral ingestel is teen die owerheidsorgane soos die Polisie en plaaslike besture (munisipaliteite), en is daar geen horisontale toepassing van die Grondwet, rakende menseregte en deliktuele aanspreeklikheid nie. Net tyd sal in die toekoms leer in hoe 'n mate hierdie sake 'n rol sal speel, wanneer daar met die horisontale toepassing van die Grondwet te doen gekry word, waar veral deliktuele aanspreeklikheid tussen privaat persone ter sprake kom.

Sake wat teen owerheidsliggame uitgewys is, het in die verlede 'n leidende rol gespeel vir beslissingsdoeleindes ingeval van algemene deliktuele aanspreeklikheid⁵⁸².

Sake rakende mediese nalatigheid is goeie voorbeelde wat binne óf die horisontale óf die vertikale sone kan val, aangesien verweerders (dokters) óf in privaat hospitale óf staatshospitale werksaam mag wees. Sulke sake sal altyd draai om menslike regte soos die reg op lewe of gesondheid. Hier mag menseregte wel 'n groot rol speel as die howe tot 'n beslissing moet kom.

Die slotsom waartoe 'n mens kom, nadat bogemelde sake bestudeer is en die uiteenlopende uitsprake in oënskou geneem word, is dat elke saak sal afhang van die meriete of die hof gaan beslis dat daar 'n regsplig geplaas is op die Polisie of owerheidsinstansies om menseregte te beskerm. Indien die regsplig nie nagekom is nie, sal deliktuele aanspreeklikheid volg.

Met dit as vertrekpunt kan gekyk word wat die Konstitusionele Hof se benadering was rakende die regsplig wat bestaan het in die *Carmichele-saak* en hoe die Grondwet op die gebied van die deliktereg toegepas word.

Die feite in die saak was die volgende :

A is brutaal deur C aangerand, terwyl sy by haar moeder (B) gekuier het. C was vantevore skuldig bevind aan huisbraak en onsedelike aanranding op grond waarvan hy beboet en tot opgeskorte gevangenisstraf gevonnissen is. Ten tyde van die aanranding was daar ook 'n klag van verkragting hangende teen hom, maar hy is deur die landdros op aanbeveling van die ondersoekbeampte op eie verantwoordelikheid vrygelaat. Kort na sy vrylating het B die polisie versoek om C hangende sy verhoor aan te hou. Die polisie het die saak met die aanklaer bespreek, maar het B meegedeel dat tensy C 'n verdere misdaad pleeg, niks gedoen kon word nie. Kort hierna – na 'n selfmoordpoging en 'n onderhoud met die aanklaer waaruit ernstige seksuele afwykings geblyk het – word C gearresteer en vir waarneming na 'n psigiatriese hospitaal verwys. Die verslag van die hospitaal het C nóg

⁵⁸² Sien in hierdie verband *Ans v Merton LBC* 1978 AC 728, *Murphy v Brentwood DC* 199(1) AC 398 met betrekking tot aanspreeklikheid vir suiwer ekonomiese verlies, en wat Suid-Afrika betref – *Minister van Polisie v Ewels* 1975(3) SA 590 (A) vir 'n late (ommissio) en *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Beperk* 1979(3) SA 824 (A) (nalatige wanvoorstelling).

as gevaarlik vir die gemeenskap bestempel, nóg aanbeveel dat hy hangende die verkrachtingsverhoor aangehou moes word.

Hierbenewens het die Prokureur-Generaal, wat in besit was van die dokumentêre bewyse van die erns van die verkrachting en die omvang van C se seksuele afwykings, nie die aanklaer opdrag gegee om borgtog teen te staan nie. Gevolglik word hy weer deur die landdros op eie verantwoordelikheid vrygelaat. Hierna het onder andere A en B nogmaals op verskeie geleenthede tevergeefs gepoog om die polisie en aanklaer te oorreed om C in aanhouding te plaas. Weens C se aanranding van A terwyl hy op vrye voet was, stel sy 'n eis teen die staat in op grond daarvan dat die polisie en aanklaer 'n regsplig gehad het om haar teen C te beskerm, welke plig op onregmatige en nalatige wyse verbreek is.

Sowel die hof *a quo* as die Hoogste Hof van Appèl beslis dat die polisiebeamptes en die aanklaers nie onregmatig gehandel het nie, omdat daar in die betrokke omstandighede nie 'n regsplig op die betrokkenes gerus het om die applikant te beskerm nie. Die Hoogste Hof van Appèl was van mening dat, omdat die besluit om C hangende die verhoor vry te laat by die landdros berus het, die regsplig wat die polisie en aanklaers na bewering teenoor A verskuldig was, oënskynlik beperk was tot die plig van die polisie om volle inligting oor die saak aan die aanklaers te verskaf, en die plig van die aanklaers om borgtog teen te staan en die hof van alle inligting omtrent C in hierdie verband te verskaf. Appèlregter Vivier besluit dat die polisie bedoelde plig nagekom het.

Volgens die regter was die volgende feite bepalend met betrekking tot die vraag na die bestaan van 'n regsplig op die aanklaers :

C het net een vorige veroordeling van onsedelike aanranding - sonder gepaard gaande fisieke beserings – teen hom gehad. Die psigiatriese verslag het C nóg as 'n gevaar vir die gemeenskap bestempel, nóg aanbeveel dat hy hangende die verkrachtingsverhoor aangehou moet word; die Prokureur-Generaal het nie die aanklaers opdrag gegee om borgtog teen te staan nie. Die Prokureur-Generaal se instruksie was dat alle verhoorafwagende gevangenes die reg het om vrygelaat te word, tensy vrylating “contrary to the interest of justice” sou wees. Appèlregter Vivier kom tot die slotsom dat dit nie onredelik van die aanklaers was om C se vrylating teen te staan nie, omdat die aanklaers nie 'n regsplig teenoor A gehad het om borgtog teen te staan of C se herarrestasie te bewerkstellig nie. Hierdie slotsom word volgens die hof gerugsteun deur die feit dat daar nie 'n “spesiale verhouding” tussen die aanklaers en A bestaan het nie.

Die eiseres het appèl aangeteken na die Konstitusionele Hof. Haar eisosaak baseer sy op deliksgronde. Op bladsy 950 van die Carmichele-saak, word dit soos volg uiteengesit :

“The direct cause of the damages she suffered was the assault by C. However, the applicant wishes to hold the respondents liable because of the alleged wrongful acts or omissions of the police officer (Klein) or the prosecutors (Louw and Olivier) at times

when they were acting in the course and scope of their employment with the State. In order to succeed, the applicant would have to establish at the trial that :

- (1) Klein or the prosecutors respectively owed a legal duty to the applicant to protect her;
- (2) Klein or the prosecutors respectively acted in breach of such a duty and did so negligently;
- (3) There was a causal connection between such negligent breach of the duty and the damage suffered by the applicant.”

In wese maak die eiseres beswaar teen die feit dat beide die verhoorhof en die Hoogste Hof van Appèl nagelaat het om relevante bepalings van die Interim-Grondwet en die Finale-Grondwet (met ander woorde die reg wat haar regte op lewe, menswaardigheid, vryheid en sekuriteit, privaatheid en vryheid van beweging verskans) toe te pas by die bepaling of die polisie en aanklaers 'n regsplig om haar te beskerm, aan haar verskuldig was.

Daar rus 'n grondwetlike verpligting op beide houe om die gemenerereg in hierdie verband te ontwikkel, met inagneming van die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Menseregte. Die eiseres het aangevoer dat beide houe moes beslis dat daar 'n regsplig was om haar te beskerm. Sodoende moes die gemenerereg ontwikkel word.

Vir hierdie standpunt steun die eiseres op Artikel 215 van die Interim-Grondwet, wat onder andere 'n plig op lede van die polisie plaas om misdaad te voorkom, asook op die verpligting wat op die staat rus om vroue teen geweldsmisdade, veral verkragting, te beskerm⁵⁸³.

Die Konstitusionele Hof bevind dat sowel die Verhoorhof as die Hoogste Hof van Appèl nie die bepalings van Artikel 39(2) van die Finale-Grondwet nagekom het, om te verseker dat die gemenerereg ontwikkel moet word met inagneming van die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Menseregte nie. Andersyds moet daar nie uit die oog verloor word dat dit veral die wetgewer is wat 'n plig het om regshervorming daar te stel deur nuwe wetgewing die lig te laat sien nie.⁵⁸⁴

Aansluitend hierby verklaar die hof dat die algemene verpligting om die gemenerereg te ontwikkel, nie beteken dat 'n hof in elke geval waar die gemenerereg ter sprake is, 'n onafhanklike ondersoek moet loods, of die gemenerereg ontwikkel moet word, of nie (955H).

⁵⁸³ Hoofregter Mahomed verklaar in *S v Chapman* 1997(3) SA 341 (HHA) 344-345 soos volg: "Rape is a very serious offence, constituting as it does a humiliating, degrading and brutal invasion of the privacy, the dignity and the person of the victim. The rights to dignity, to privacy and the integrity of every person are basic to the ethos of the Constitution....and to any defensible civilisation. Women in this country are entitled to the protection of these rights."

⁵⁸⁴ "The Major engine for law reform should be the Legislature and not the Judiciary. In this regard it is worth repeating the dictum of Lacobucc J in *R v Salituro* 1992(8) CRR (2D) 173, which was cited by Kentridge A J in *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* 1996(3) SA 850 (CC) PARAGRAAF 61: 'Judges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country. Judges should not be quick to perpetuate rules whose social foundation has long since disappeared. Moretheless there are significant constraints on the power of the judiciary to change the law ... In a constitutional democracy such as ours, it is the Legislature and not the Courts which has the major responsibility for law reform. The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society'."

Indien 'n party tot 'n geding egter aanvoer (soos *in casu*) of die hof uit eie beweging bevind dat sodanige ondersoek nodig is, het 'n mens met 'n tweeledige proses te make, naamlik eerstens of die bestaande gemenereg in die lig van grondwetlike oogmerke hersiening verg, en indien wel, hoe sodanige ontwikkeling moet plaasvind (956A-B).

Aangaande die eerste vraag vind die vasstelling van 'n regsplig om benadeling vir 'n ander te vermy, volgens geykte deliktereg plaas deur 'n opweging van die belange van die partye in die lig van die openbare belang.⁵⁸⁵

Hierdie is 'n proporsionaliteitstoets, waarby verskeie faktore 'n rol kan speel. Regters Ackermann en Goldstone reageer soos volg :

“It follows that there is a duty imposed on the state and all of its organs not to perform any act that infringes these rights. In some circumstances there would also be a positive component which obliges the state and its organs to provide appropriate protection to everyone through laws and structures designed to afford such protection”

“Fears expressed about the chilling effect such delictural liability might have on the proper exercise of duties by public servants are sufficiently met by the proportionality exercise which must be carried out and also by the requirements of foreseeability and proximity. This exercise in appropriate cases will establish limits to the delictural liability of public officials. A public interest immunity excusing the respondents from liability that they might otherwise have in the circumstances of the present case, would be inconsistent with our Constitution and its values. Liability in this case must thus be determined on the basis of the law and its application to the facts of the case, and not because of an immunity against such claims granted to the respondents.”⁵⁸⁶

Die Konstitusionele Hof se gevolgtrekking was dat die deliktereg aanpassing verg. Die vraag is egter op welke wyse sodanige ontwikkeling moet geskied ten einde grondwetlike oogmerke te verwesenlik.⁵⁸⁷

Wat verlang word is nie bloot 'n deeglike waardering van die Grondwet en die objektiewe normatiewe waardesisteem nie, maar ook 'n behoorlike begrip van die gemenereg. Die Konstitusionele Hof het vantevore gewaarsku teen 'n oorjaloerse vorm van judisiële hervorming. Daar is egter baie maniere waarvolgens die gemenereg ingevolge artikel 39(2) van die Grondwet ontwikkel kan word, almal wat eenvormig sou wees tot die bepalings van die Grondwet.

Almal sal egter nie tot voordeel van die gemenereg wees nie. Voor die totstandkoming van die Interim-Grondwet, is die gemenereg aangepas deur middel van beleidsbepalings en waarde-uitsprake, op welke wyse daar ook uiting gegee is aan die gevoel van die mense.

⁵⁸⁵ Sien hieroor *Minister of Law and Order v Kadir* 1995(1) SA 303 by 318 en Neethling *et al*, 2002:41.

⁵⁸⁶ Op 957B-F, 959-960B van die *Carmichele*-saak.

⁵⁸⁷ Sien bladsye 961H-962A; 962A; 962C-963B van die *Carmichele*-saak.

Daar moet egter 'n balans gehandhaaf word tussen die belange van die partye en die botsende belange van die gemeenskap, ooreenkomstig die bepaling wat die hof oor sou besluit wat die gemeenskap se siening sou wees oor geregtigheid.

Die hof vervolg verder :

"Under Section 39(2) of the Constitution concepts such as 'policy decisions and value judgements' reflecting 'the wishes ...and the perceptions ...of the people and society's notions of what justice demands' might well have to be replaced, or supplemented and enriched by the appropriate norms of the objective value system embodied in the Constitution.

Following this route, it might be easier to cast the net of unlawfulness wider because constitutional obligations are now placed on the state to respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of rights and, in particular the right of women to have their safety and security protected. However, it is by no means clear how these constitutional obligations on the state translate into private law duties towards individuals. A consequence of such an approach might be :

- (a) to accentuate the objective nature of unlawfulness as one of the elements of delictual liability, particularly in the context of a bail hearing where the roles and general duties of investigating officers and prosecutors are more clearly defined than would normally be the case;
- (b) to define it more broadly; and
- (c) to allow the elements of fault and remoteness of damage to play the greater role in limiting liability".

Dit is verder duidelik dat die Hoogste Hof van Appèl nie *absolusie van die instansie* kan toestaan nie. Die Konstitusionele Hof antwoord deur aan te voer dat daar bepalings in sowel die Interim Grondwet (Art 215) as die Polisie wet 7 van 1958 (Art 5) is wat pligte op lede van die polisiemag plaas om misdaad te voorkom, insluitend 'n plig om die aanklaer volledig in te lig oor feite wat vir 'n landdros by sy borgbeslissing van belang kan wees. Voorts rus daar 'n plig op aanklaers om alle toepaslike inligting rakende borgverlening, al dan nie, voor die hof te plaas.⁵⁸⁸

Die Konstitusionele Hof was van mening dat, indien volledige inligting oor C se agtergrond en seksuele probleme voor die landdros geplaas sou gewees het, borg moontlik geweer kon gewees het. In die lig hiervan en van die grondwetlike bepalings ter beskerming van die regte van die individu, en Suid-Afrika se plig ingevolge internasionale reg om in die besonder vroue en kinders teen aantasting van hul fundamentele regte deur geweldsmisdade te beskerm, moes die hof *a quo* volgens die Konstitusionele Hof nie

⁵⁸⁸ Sien bladsy 967C-968F van die *Carmichele*-saak.

absolusie van instansie verleen het nie. Gevolglik word die saak na die hof terug verwys sodat die verhoor kon voortgaan.

Die verskansing van fundamentele regte in die Handves van Menseregte versterk hierdie regte se beskerming (wat byvoorbeeld kan bestaan in die verhoging van die vergoedingsbedrag) vir die aantasting van 'n fundamentele reg, soos die reg op die goeie naam.⁵⁸⁹ Artikels 7(2) en 205(3) van die Grondwet verplig die staat, waarvan die Polisie diens en die Departement van Justisie bepaalde organe is – om die regte in die Handves van Menseregte te eerbiedig, te beskerm, te bevorder en te verwesenlik. Ter toeligting kan die reg op sekerheid van die persoon geneem word. Verskeie skrywers het reeds verklaar dat die verskoning van die reg sterk aanduidend is van 'n regsplig wat op die Polisie rus om redelike stappe te doen ten einde die aanranding van 'n persoon deur derdes te verhinder.⁵⁹⁰

Die gevolgtrekking is dus dat die direkte werking van die Handves voldoende regverdiging bied vir die Konstitusionele Hof se beslissing dat die gemenerereg ontwikkel moet word ten einde beter beskerming te verleen aan die verskanste regte wat in Carmichele ter sprake was.

Met die indirekte werking van die Handves van Menseregte word bedoel dat alle privaatregtelike beginsels, reëls en norme – inbegrepe dié wat die delikterereg beheers, - onderworpe is aan, en daarom inhoud gegee moet word aan die hand van die basiese waardes vervat in Hoofstuk 3 van die Grondwet. Die howe moet by die ontwikkeling van die gemenerereg die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Menseregte bevorder. Uiteraard speel die regte wat uitdruklik in die Handves verskans word, 'n belangrike rol by hierdie proses, soos dan ook in Carmichele gebeur het.

Die indirekte werking geld in die besonder by die toepassing van die sogenaamde “open-ended” of soepele deliktsbeginsels, te wete die *boni mores* – toets vir onregmatigheid, die toerekenbaarheidstoets vir juridiese kousaliteit en die redelike man toets vir nalatigheid, waar beleidsoorwegings en faktore soos redelikheid, billikheid en regverdigheid 'n belangrike rol kan speel. Die basiese waardes wat hoofstuk 2 onderlê, sou dus belangrike beleidsoorwegings by die bepaling van onregmatigheid, juridiese kousaliteit en nalatigheid geïmplementeer kon word.⁵⁹¹

⁵⁸⁹ Vgl *Afrika v Metzler* 1997(4) SA 531 (NmHc) 539.

⁵⁹⁰ Sien Visser, 1997:499; Carpenter, 1998:146; Jones, 1997:369; Neethling, 1998:152, gee die volgende voorbeeld: “Dit is duidelik dat as die polisie byvoorbeeld weet dat talle aanrandings in 'n bepaalde straat plaasvind, die staat waarskynlik deliktueel aanspreeklik kan wees as dit blyk dat X skade gely het wat waarskynlik voorkom sou gewees het indien die polisie nie versuim het om binne hulle vermoë redelike stappe te doen (bv deur patrolling ens.) om misdadigers beter af te skrik.”

⁵⁹¹ Hierdie benadering word reeds in die regspraak gevolg. Voorbeelde is *Marais v Groenewald* 2001(1) SA 634 (T) 646 waar die hof bevind dat die erkenning van nalatighedsaanspreeklikheid vir laster ter bevordering van die gees en oogmerke van die Handves van Menseregte dien omdat dit 'n gesonde balans tussen die grondwetlik beskermde persoonlikheidsreg op die goeie naam en die reg op die vryheid van spraak bewerkstellig; *Ntamo v Minister of Safety and Security* 2001(1) SA 830 (TKHC) 841 waar die hof onomwonde met betrekking tot doodslag in noodweer verklaar dat die “new constitutional dispensation certainly has a bearing on the *boni mores* of society. Surely, the legal convictions of the community on the issue under discussion are, at present, informed by, inter alia, the sanctity of life, a fundamental right enshrined in s11 of the Constitution; en *Olitzi Property Holdings v State Tender Board* 2001(3) SA 1247 (SCA), 1256-1257 1263 [Sien ook *Faircape Property Developers (Pty) Limited v Premier, Western Cape* 2000(2) SA 54 (K) 64-67].

In *Faircape Property Developers (Pty) Limited v Premier, Western Cape* stel die hof dit soos volg aangaande 'n verbreking van 'n statutêre verpligting :⁵⁹²

“It is well established that in general terms the question whether there is a legal duty to prevent loss depends on a value judgement by the Court as to whether the plaintiff's invaded interest is worthy of protection against interference by culpable conduct of the kind perpetrated by the defendant. The imposition of delictual liability (as Prof Honore has pointed out) thus required the Court to assess not broad or even abstract questions of responsibility, but the defendant's liability for conduct described in categories fixed by the law.

This process involves the Court applying a general criterion of reasonableness, based on considerations of morality and policy, and taking into account its assessment of the legal convictions of the community and now also taking into account the norms, values and principles contained in the Constitution. Overall, the existence of the legal duty to prevent loss 'is a conclusion of law depending on consideration of all the circumstances of the case' In deciding whether a statutory provision grounds a claim in damages the determination of the legal convictions of the community must take account of the spirit, purport and objects of the Constitution”

Hierdie benadering word uitdruklik ook in die *Carmichele*-saak toegepas.⁵⁹³ Die hof doen aan die hand dat die toepassing van die Handves van Menseregte op die deliktereg *in casu* tot gevolg kan hê dat dié element duideliker en wyer omskryf sal word. Skuld en juridiese kousaliteit sal ook 'n belangriker aanspreeklikheidsbegrensiingsrol behoort te speel. Maar 'n behoorlike toepassing van die delikselemente, soos regters Ackermann en Goldstone uitwys, behoort ook die vrees vir die ongebreidelde uitbreiding van veral Staatsaanspreeklikheid (Polisie en staatsaanklaers) te besweer.

Die herwaardering van veral die inhoud van onregmatigheid kan volgens die Konstitusionele Hof tot gevolg hê dat bestaande begrippe en norme óf vervang óf uitgebrei en verryk word deur die waardesisteen wat in die Grondwet beliggaam word. Die proses van vervanging en verryking van bestaande norme moet egter met omsigtigheid hanteer word. Daarom word aan die hand gedoen dat by die uitoefening van hierdie vervangingsproses, die algemene beginsels wat reeds met betrekking tot die redelikeids – of *boni mores* (regsoortuigings van die gemeenskap)-kriterium vir deliktuele onregmatigheid uitgekristalliseer het, steeds ook in die lig van dié gees, strekking en oogmerke van die Handves – as *prima facie*-aanduiding beskou kan word van die redelikeid al dan nie van 'n handeling.⁵⁹⁴ *National Media Limited v Bogoshi*⁵⁹⁵ is 'n goeie voorbeeld vir hierdie standpunt, waar die Hoogste Hof van Appèl strikte aanspreeklikheid

⁵⁹² 2000(2) SA 54 (K) 64-67.

⁵⁹³ Sien bladsy 963A-B van die *Carmichele*-saak.

⁵⁹⁴ Vgl Neethling *et al*, 2002:23; Neethling, 1998:69.

⁵⁹⁵ 1998(4) SA 1196 (HHA).

van die pers weens laster deur nalatigheidsaanspreeklikheid vervang het. Die vervanging het nie in die eerste plek plaasgevind omdat grondwetlike waardes die vervanging genoodsaak het nie, maar omdat die gemeenregtelike lasterreg deur die invoer van nalatigheidsaanspreeklikheid op sigself 'n behoorlike balans bewerkstellig tussen die reg op die goeie naam en die reg op vryheid van uitdrukking, selfs al word hierdie regte ook as grondwetlike waardes beskou.

In die lig hiervan behoort die beginsels wat reeds in die regspraak met betrekking tot byvoorbeeld die vasstelling van die regspil wat op die staat kan rus om persone teen aanranding deur derdes te beskerm, steeds as vertrekpunt te dien.

Die Konstitusionele Hof het sekerlik die korrekte benadering in die *Carmichele*-saak gevolg. Die toepassing van die Handves van Menseregte op die deliktereg kan ondersteun word. Dit verskaf die grondslag vir die gesonde wisselwerking tussen *de lege lata* delikte-regsbeginsele en die *de lege ferenda*-rol wat die gees, strekking en oogmerke van die Handves op hierdie regsgebied moet speel.

Dit is dus duidelik dat die toepassing van Menseregte horisontale sowel as vertikale toepassing geniet. Aan die begin van die afdeling is daar na die aanhaling van Marinus Wiechers verwys, waar hy verklaar dat die bestaan en die groei van die publiekreg gesien moet word as 'n inbreukmaking op die grondslae van gelykheid en wilswysheid waarop die privaatrek berus en dat die publiekreg beskou word as 'n uitsonderingsreg, of erger, 'n bedreiging vir die privaatrek.

Dit is duidelik dat die ontwikkeling van die publiekreg, en veral administratiewe geregtigheid, 'n groot impak het op die gebied van die privaatrek.

Die rol wat billikheid op die gebied van die kontraktereg speel, en veral die aanval op die *pacta sunt servanda*-beginsel, wat vir eeue al in die kontraktereg toegepas is, is 'n sprekende voorbeeld van hoe die publiekreg in die afgelope paar jare ontwikkel het. Die impak van die administratiefreg op die gebied van privaatrek is duidelik te bespeur.

Op die gebied van die kontraktereg, werk die staat en die privatektor tans nou saam en kom gesamentlike aksies in verskeie vorme voor. Verally op die gebied van die kontraktereg speel regmatigheid, redelikheid en prosedurele billikheid 'n groot rol. Op die gebied van die deliktereg, sal die ontwikkeling van die gemeneereg wel plaasvind. Met die uitgewysde gesag wat reeds die lig gesien het, is dit egter duidelik dat die howe nie lukraak net sommer die gemeneereg sal ontwikkel nie. 'n Voorbeeld hiervan is die hantering van die *actio de pauperie* as deliksremedie. Groter ontwikkeling sal wel plaasvind ten opsigte van onregmatigheid. Norme soos *boni mores* sal deeglik deur die Howe oorweeg moet word. Billikheid, redelikheid en regmatigheid sal op die voorgrond geplaas word waar deliktuele eise teen die staat ingestel word, verally waar partye in hulle Handvesregte benadeel is. Op die gebied van die deliktereg moet in gedagte gehou word dat Artikel 33 ook self met groot

vrug toegepas kan word, aangesien dit ook 'n verskanste reg ingevolge Hoofstuk 2 van die Grondwet is. Hoewel tans gekonsentreer word op Handvesregte soos die reg op lewe, vryheid, menswaardigheid, gelykheid en vele meer, kan die benadeelde individu in die regte feitesituasie met groot vrug gebruik maak van Artikel 33 om administratiewe geregtigheid tot sy voordeel toe te pas, veral waar die staat inbreuk sou maak op hierdie Handvesreg.

Dit is duidelik dat wat die publiekreg/privaatregheskieding aanbetref, daar inderdaad paradigmasprong plaasvind. "Participation and accountability in private law structures" sal nou al meer na vore tree, veral op die gebied van die kontraktereg.

Om af te sluit, kan die bewering gemaak word dat moeilike vrae rakende die administratiewe reg tans beantwoord kan word met verwysing na 'n oorgrote raamwerk van konstitusionele waardes. Aspekte rakende die administratiewe reg, wat veral die publieke administrasie, die howe en regslui hoofbrenke besorg, is die volgende :

- Die omvang van administratiewe reg en die bedoeling van administratiewe handeling.
- Die vraag na die verhouding tussen die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid en die bedoeling van administratiewe handeling in Artikel 33 van die Grondwet.
- Die vraag na prosedurele billikheid en die vasstelling van beginsels om te bepaal wat prosedurele billikheid in gegewe omstandighede behels.
- Die vereiste van "billike" administratiewe optrede, en die vraag na geskikte judisiële ondersoek rakende administratiewe besluitneming.
- Die verhouding tussen die standarde gestel deur die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid en konstitusionele standarde.
- Die mate waarvolgens die vereistes van prosedurele billikheid en redelikheid besluitnemers sal bind, waar hulle nie staatsorgane is nie.
- Die omvang van staatsoptredes in kontraktuele verband en die feit dat dit nie aan administratiewe handeling soos vereis deur die Grondwet en die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid voldoen nie.

Dit is derhalwe ook waar, soos die Konstitusionele Hof dit duidelik in die verlede uitgespel het, dat die beginsels van die gemenerereg sal voortbestaan om van waarde te wees in die bepaling van ons nuwe administratiewe reg. Die waarde van die gemenerereg moet egter ook nie oor- of onderbektoon word nie. Die fondasie van administratiewe geregtigheid lê vervat in die beginsels en waardes van ons grondwet. Die gemenerereg mag nie toegepas word om 'n kortsluiting te veroorsaak en om oorweging te verhoed in hoe 'n mate

administratiewe geregtigheid ten beste aan die hand van die Grondwet ontwikkel kan word nie.

Daar moet verhoed word dat ons vertroudheid met die gemenereg sal lei tot 'n ontduiking van ons grondwetlike verpligting.



Afdeling E

DIE WET OP DIE BEVORDERING VAN ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID, WET 3 VAN 2000 : 'n KRITIESE ANALISE VAN DIE BEGRIP “ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID” AAN DIE HAND VAN ARTIKEL 33 VAN DIE FINALE-GRONDWET

Na die inwerkingtreding van die Interim-Grondwet, Wet 200 van 1993 en die Finale-Grondwet, 108 van 1996, het die Suid-Afrikaanse Reg, en veral die administratiefreg 'n nuwe era betree. Wat artikels 24 en 33 van die onderskeie grondwette betref, is die klem veral op die beskerming van menseregte, administratiewe toerekenbaarheid en gerechtigheid geplaas.

Die hoofdoel van veral Hoofstuk 2 van die Finale-Grondwet is om aan die onderdaan die nodige beskerming te verleen en sy regte as individu te beskerm. In die verlede is uiteenlopende standpunte oor die beskerming van die individu se regte en die handhawing van administratiewe gerechtigheid deur teoretici en die howe ingeneem.

Met die oog op die beskerming van die regte van die individu in die administratiefregtelike verhouding huldig Wiechers in sy artikel “*Administrative Law and the Benefactor State*” die volgende siening :

“In order to achieve the objectives of a benefactor state, an entrenched constitution, a justifiable bill of rights and a full judicial review are essential. However, what is even more important is that an open and accountable administration, which acts in this spirit of betterment, and an imaginative and innovative judiciary, become the order of the day”⁵⁹⁶

Aangaande die verhouding tussen die Individu en die staat, huldig De Waal, Currie en Erasmus die volgende standpunt :

“Traditionally, a bill of rights regulates the relationship between the individual and the state. This is not a relationship of equality. The state is far more powerful than any individual, and is endowed with ‘state authority’ which gives it a monopoly on the legitimate use of force within that state’s territory. State authority allows the state to enforce its commands through the criminal law. If not protected by a bill of rights against abuse of the state’s powers, the individual would be in an extremely vulnerable position. The 1996 Bill of Rights performs this traditional task of protecting individuals against the state by compelling all three branches of state to respect its provisions.”⁵⁹⁷

Baxter is van mening dat 'n effektiewe administratiewe besluitnemingsproses met die versekering van gerechtigheid teenoor die onderdaan wel moontlik is.

⁵⁹⁶ Wiechers, 1993:248.

⁵⁹⁷ De Waal *et al.*, 2001:45-46.

“A genuinely participatory, responsive, accountable, affordable and efficient system of administrative decision making is attainable in South Africa, and every South African, no matter how poor or disadvantaged, is entitled to nothing less. The new system of government must of course be tailored to the limited resources available. But those multitudes of South Africans, who have too long had to endure the insult of social and third class administrative justice and accountability.”⁵⁹⁸

Met die oog op die versoening/integrering van administratiewe geregtigheid en administratiewe doelmatigheid heers daar tans groot regsonsekerheid en verskeie probleme moet nog uit die weg geruim word.

Hoexter en Lyster huldig die volgende standpunt :

“The reforms brought about in South African administrative law since 1994 are certainly extensive. The question is, are they sufficient. At the risk of sounding ungrateful, we would say that they are not. In relation to some of the reforms, such as the introduction of notice and comment procedures and public inquiries, it is admittedly too soon to tell what sort of impact they will have on the administrative system - or even whether they will be used at all, since both procedures are purely voluntary. Nevertheless, there remains much to be done. As we have indicated above, the system of administrative appeals, which is an important adjunct and alternative to judicial review, has not been reformed at all yet. Some of the legislative controls, such individual ministerial responsibility and the scrutiny of delegated legislation are so weak as to be almost meaningless. The performance of some institutions like the office of the Public Protector, has proved rather disappointing on the whole, a reminder, perhaps that reform needs to be backed by sufficient funding if it is to be really effective.”⁵⁹⁹

Een van die belangrike vrae wat beantwoord moet word, is of die Wet wel administratiewe geregtigheid bevorder en of dit die nodige beskerming ingevolge Artikel 33 van die Finale-Grondwet aan die onderdaan verleen?



⁵⁹⁸ Baxter, 1993:196.

⁵⁹⁹ Hoexter, 2002:60.

Hoofstuk 1

DIE VERHOUDING TUSSEN DIE GRONDWET EN DIE WET OP DIE BEVORDERING VAN ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID

1. ADMINISTRATIEWE TOEREKENBAARHEID VOOR DIE INTERIM-GRONDWET

Voor die promulgasie van die Interim-Grondwet het daar by wyse van parlementêre of judisiële kontrole slegs 'n beperkte vorm van administratiewe toerekenbaarheid bestaan.

Ingevolge die vorige konstitusionele bedeling, het administratiewe verantwoordelikheid slegs via parlementêre kontrole ingevolge die regeringsstelsel plaasgevind : Die kabinet en individuele lede was verantwoordelikheid verskuldig aan die parlement vir hulle administratiewe optrede. Die geskiedenis het egter gou aangedui dat hierdie wyse van kontrole oneffektief was.

Judisiële kontrole uitgeoefen deur die hof was egter meer suksesvol, aangesien dit 'n gesaghebbende en finale metode van administratiewe dispuutoplossing was. Dit word geboekstaaf deur 'n omvattende aantal hofbeslissings wat handel oor administratiewe organisasie, magte en handeling. Hierdie beginsels het via die *stare decisis*-leerstuk deel van ons reg geword, op grond van die basis wat deur die legaliteitsbeginsel van praktiese administrasie gestel is.

Ingevolge die legaliteitsbeginsel is hersieningsgronde duidelik deur die hof uitgespel. 'n Beroep op die hof, ingevolge 'n hersieningsaansoek, kon by nie-nakoming die volgende doen :

- Die vereistes rakende die kwalifikasies en toeskrywings van administratiewe organe en die omvang en aard van die orgaan se statutêre bevoegdheid.
- Die statutêre en gemeenregtelike regsreëls rakende die vorm en prosedure van die wet.
- Die reëls van natuurlike gerechtigheid.
- Die reëls rakende die doel van die wet, met ander woorde die Wet moes 'n gemagtigde doel dien.
- Die reël rakende die gevolge van die wet, met ander woorde billike administratiewe optrede.

Geregtelike hersiening van administratiewe optrede het ook in die meeste gevalle daarin geslaag om 'n effektiewe metode van administratiewe kontrole en toerekenbaarheid daar

te stel. Dit het ongelukkig nie altyd daarin geslaag om individuele regte teen inbreukmaking deur die staat te beskerm nie.

Eerstens het die Parlement, as die hoogste vorm van gesag, vrylik die bevoegdheid gehad om die howe se hersieningsbevoegdheid deur veral die “ouster clauses” aan bande te lê. Die staat het grootliks van die “ouster clauses” gebruik gemaak gedurende die noodtoestand wat tydens die 1980's plaasgevind het. Fundamentele regte, waarvan vroeër in die proefskrif melding gemaak is, is hewig aan bande gelê. Hier dink ons veral aan die vryheid van spraak, vryheid van assosiasie en vryheid van beweging.

Tweedens is dit 'n algemene kenmerk van 'n moderne demokratiese bestel dat die wetgewer aan die administrasie (uitvoerende gesag) sekere diskresionêre magte verleen.⁶⁰⁰ In die meeste gevalle word hierdie magte uitgeoefen deur amptenary met deskundige bevoegdhede, sowel as eerstehandse kennis van administratiewe beleid. Die huidige grondwet laat nie ruimte vir die uitsluiting van kontrole van handeling van die uitvoerende gesag nie.

In talle gevalle van geregtelike kontrole van administratiewe handeling gaan dit oor die onbehoorlike uitoefening van die diskresionêre bevoegdhede van die amptenary. Die probleem waarmee die howe in die verlede mee te kampe gehad het, is dat die howe in die hersieningsproses moes verseker het dat die individu se regte nie onregmatiglik aangetas was nie. Die howe se rol was egter maar beperk tot die oorhoofse nagaan van die uitoefening van diskresionêre magte.

'n Groot probleem was ook die feit dat die regters nie altyd deskundiges op die gebied van die administratiefreg was nie. Hulle kon maklik die gewig wat aan 'n bepaalde aspek toegeken moes word, onderskat of heeltemal misgekyk het. Hierdie administratiewe diskresie, waarna soms verwys is as “scourge of justice”, is partykeer geassosieer met onvoorspelbaarheid, eensydigheid, onsekerheid en onkonsekwentheid. Hierdie onkonsekwentheid in die uitoefening van administratiewe bevoegdhede bots met die konsep van geregtigheid, aangesien die individu verhoed word om sy optrede in ooreenstemming met 'n voorspelbare en sekere administratiewe optrede te reguleer.

In hierdie afdeling sal ondersoek word of Artikel 33 en die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid daarin geslaag het om administratiewe toerekenbaarheid in ag te neem by die uitoefening van diskresionêre bevoegdhede en openlikheid, veral via die konstitusionele vereistes vir prosedurele billike administratiewe optrede en die verskaffing van redes en bevoegdhede wat in verhouding daarmee regverdigbaar is.

Laastens kan 'n hersieningshof nie sy opinie vervang met dié van die administratiewe orgaan nie. Indien die hof sou bevind dat die diskresionêre bevoegdheid van die

⁶⁰⁰ Sien as voorbeeld Hendrik VIII-klausules. Wiechers gee 'n duidelike uiteensetting van dié tipe klausules in sy werk van 1984.

onderdaan verkeerdlik uitgeoefen is, sal die hof nie die besluit hervorm nie, maar die aangeleentheid terug verwys na die orgaan om dit te heroorweeg.

Streng gesproke kom administratiewe geregtigheid ter sprake by die nie-judisiële sy van die regering, naamlik staatsdepartemente, statutêre tribunale en rade. Die 1983-Grondwet het geen verwysing bevat rakende administratiewe geregtigheid nie. Alhoewel administratiewe geregtigheid nie pertinent vermeld is nie, moet onthou word dat administratiewe geregtigheid in die verlede, deel uitgemaak het van die administratiefreg en wel deur interne wyses van kontrole. Dit is duidelik dat geregtigheid wel bevorder was by wyse van die reëls van natuurlike geregtigheid.

Sommige skrywers, soos L. Boule, was van mening dat administratiewe geregtigheid onderskeidelik 'n prosedurele en 'n substantiewe kant vertoon het. Volgens Boule omvat administratiewe geregtigheid reëls vir billikheid en die nakoming van die reëls van natuurlike geregtigheid (analogaan aan die *American due process*). Wat die substantiewe sy betref, het administratiewe geregtigheid te doen met billikheid en rasionaliteit.⁶⁰¹

Boule is van mening dat dit grootliks aanvaar word dat politieke en administratiewe prosesse en nie die howe nie, die kern moet vorm om publieke administrasies meer toerekenbaar te maak.⁶⁰²

Andersyds stel Baxter die beginsels van natuurlike geregtigheid gelyk aan die plig om billik op te tree. Hy is voorts van mening dat sowel die reëls van natuurlike geregtigheid as die plig om billik op te tree, in prosedure vervat moet word. Dit moet nie uitgebrei word na die kern van 'n besluit nie, aangesien dit billikheid met redelikheid sal verwar.⁶⁰³

Daar is reeds op die wyses van administratiewe verantwoordelikheid (administrative accountability) voor die inwerkingtreding van die huidige Grondwet gewys. Hoewel daar geen Wet bestaan het wat administratiewe verantwoordelikheid georden het nie, is die nodige resultate tog bewerkstellig, veral deur regterlike hersiening en die toepassing van die reëls van natuurlike geregtigheid.

2. GEREGETELIKE HERSIENING INGEVOLGE DIE FINALE-GRONDWET

Dit is duidelik dat die rol wat regters as “waghonde” ten aansien van administratiewe optrede speel, 'n drastiese verandering ondergaan het na die inwerkingtreding van die Interim en Finale-Grondwette.

⁶⁰¹ Sien Boule, 1986: 137 & 1993:138.

⁶⁰² Boule, 1986:139.

⁶⁰³ Baxter, 1984:596.

In die saak van *Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison*⁶⁰⁴ het regter Froneman, in die nuwe konstitusionele bedeling die volgende te sê gehad rakende die ortodokse siening van die judisiële funksie en die nuwe rol wat regters moet uitoefen :

“The values and principles contained in the Constitution are, and could only be, formulated and expressed in wide and general terms, because they are to be of general application. In terms of the Constitution, the courts bear the responsibility of giving specific content to those values and principles in any given situation. In doing so, judges will invariably ‘create’ law. For those steeped in the tradition of parliamentary sovereignty, the notion of judges creating law, and not merely interpreting and applying the law, is an uncomfortable one. Whether the traditional view was ever correct is debatable, but the danger exists that it will inhibit judges from doing what they are called upon to do in terms of the Constitution. This does not mean that judges would now suddenly enter into an orgy of judicial law-making, but that they should recognise that their function of judicial review, based on the supremacy of the Constitution, should not be hidden under the guise of simply seeking and giving expression to the will of the majority in Parliament. Judicial review has a different function, but it is still subject to important constraints. And recognition of those constraints is the best guarantee or shield against criticism that such a system of judicial review is essentially undemocratic.”⁶⁰⁵

Uit bogemelde aanhaling is dit duidelik dat daar ’n nuwe era aangebreek het rakende die rol wat regters by judisiële hersiening speel. In die afdwinging van die regte wat beskerm word deur die administratiewe geregtigheidsklousule vervat in Artikel 33 van die Finale-Grondwet, sal howe ferm moet optree om die beginsels van die administratiefreg te handhaaf. Daar moet afstand gedoen word van die beskouing van die apartheids-era. Die feit dat regte nou in die Grondwet, veral onder die Handves van Menseregte, vervat is, beteken dat regters al meer gekonfronteer sal word met die beregting van sosiale en ekonomiese beleidsbeginsels.

Die hoofdoel van alle administratiefregstelsels sal sekerlik wees om die korrekte balans tussen die twee doelstellings van administratiefreg, naamlik die bemagtiging van amptenary en die kontrole oor die bevoegdhede, te handhaaf. Regterlike hersiening is ’n belangrike en prominente metode van kontrole.

Cora Hoexter som dit soos volg op :

“Unbridled judicial activism is just as damaging to an administrative system as the extreme judicial restraint we suffered from in the past. It is just as unhelpful to the courts to intervene whenever they can, and as much as they can, as it is for them to

⁶⁰⁴ 1994(4) SA 592 (SE).

⁶⁰⁵ 1994(4) SA 592 (SE) p.597-598.

intervene only when and to the extent that they cannot avoid it. It is now, as section 33 begins to bite and as the Act begins to be applied, that the Courts must set the right tone and achieve the right balance ... and that means constructing an appropriate theory of defence.”⁶⁰⁶

Dit is duidelik dat parlementêre soewereiniteit nou iets van die verlede is. In die plek daarvan is daar 'n Grondwet met 'n Handves van Menseregte en Artikel 33 wat administratiewe geregtigheid waarborg. In 'n groot mate sal bogemelde daartoe bydra om regverdiging te verleen aan administratiefregtelike hersiening.

Artikel 33, net soos Artikel 24 van die Interim-Grondwet, verskaf 'n nuwe grondslag op grond waarvan regters die bevoegdheid verkry om in administratiewe besluitneming in te meng. Die howe hoef nie meer terug te val op gemeenregtelike hersieningsgronde, soos handeling wat *ultra vires* gepleeg is nie. Regters beroep hulle nou op die grondwetlike leerstuk van legaliteit en op grondwetlike verpligtinge om gewaarborgde regte in die Grondwet te interpreteer, toe te pas en te handhaaf. 'n Mandaat vir regterlike hersiening word aan regters verleen deur Artikel 33(3) van die Grondwet, asook die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid. Gevolg word aan grondwetlike regte (die Engelse weergawe stel dit as “to give effect to”) gegee deur voorsiening te maak vir hersiening deur die howe, of onafhanklike en onpartydige tribunale.⁶⁰⁷

Voor die verskyning van beide grondwette, het die howe inherente jurisdiksie ingevolge die gemenerereg gehad om administratiewe besluite tersyde te stel of dit te korrigeer. Die howe het ook die bevoegdheid gehad om verklarende bevels, sowel as interdikte, toe te staan. Die gevolge van die Finale-Grondwet (en so ook die Interim-Grondwet) is die konstitusionalisering van regterlike hersiening.

Daar kan veral verwys word na Artikel 38 van die Grondwet, wat onder die op skrif “Afdwinging van Regte” soos volg bepaal :

“Iemand in hierdie Artikel genoem, het die reg om 'n bevoegde hof te nader en aan te voer dat daar op 'n reg in die Handves van Menseregte inbreuk gemaak is of dat so 'n inbreukmaking dreig, en die hof kan gepaste regshulp verleen, met inbegrip van 'n verklaring van regte.”

Artikel 172(1) verskaf riglyne aan die howe wanneer 'n grondwetlike aangeleentheid oorweeg word. Artikel 172(2) bepaal soos volg :

⁶⁰⁶ Hoexter, 2002:28-29.

⁶⁰⁷ Henderson, 1998:346 beskryf die nuwe grondwetlike leerstuk van *ultra vires* soos volg: “By expressly empowering the courts to control administrative action the Constitution explains why the courts are entitled to control that action. The ultra virus doctrine lends a logical explanation of that empowerment by explaining how the courts control administrative action. A court is liable to recognise a ground of judicial control where an administrative actor has not respected, protected, promoted or fulfilled a requirement of the constitutionality principle, whether reflected in the Administrative Justice Act or not. Such recognition occurs only where the administrative actor has operated outside the law and the Constitution and the administrative action is ultra vires. The doctrine is as comprehensive as the Constitution will allow, and although it is the Constitution itself which now provides the courts with the political ‘licence for judicial review’, the doctrine still provides a logical explanation of how the courts control administrative action.”

“Wanneer ’n hof ’n grondwetlike aangeleentheid binne sy bevoegdheid beslis -

- (a) moet die hof verklaar dat enige regsvoorskrif of optrede wat met die Grondwet onbestaanbaar is, ongeldig is in die mate waarin dit onbestaanbaar is, en
- (b) kan die hof enige bevel gee wat regverdig en billik is, met inbegrip van -
 - (i) ’n bevel wat die terugwerkendheid van die ongeldigverklaring beperk, en
 - (ii) ’n bevel wat die ongeldigverklaring vir enige tydperk en op enige voorwaardes opskort ten einde die bevoegde gesag toe te laat om die gebrek reg te stel.”

Afgesien van Artikel 33, word die beginsels van regverdige administratiewe optrede ook deur ander bepalinge van die Finale-Grondwet gerugsteun. Artikel 1 verklaar dat verantwoordingspligtigheid, ’n responsiewe ingesteldheid en openheid die kern van ’n veelparty-demokrasie in Suid-Afrika is. Dit geld ook vir die openbare administrasie as deel van ’n veelparty-demokrasie. Artikel 195 bepaal dat die openbare administrasie beheer word deur die waardes en beginsels wat in die Grondwet verskans is. Die verwesenliking van die individuele reg op regverdige administratiewe optrede en die gevolglike konkretisering van die beginsels in Artikel 195, is in belangrike opsigte afhanklik van die voorskrifte van Artikel 32, ingevolge waarvan elkeen oor die reg op toegang tot inligting wat deur die staat en deur privaatpersone gehou word, beskik.

Artikel 195 bevat ’n uitgebreide lys van beginsels waaraan die openbare administrasie moet voldoen. Die bevordering van billikheid, deursigtigheid, verantwoordelikheid en deelname in die openbare administrasie kan as die kern van hierdie beginsel geïdentifiseer word. Daar word voorts in Hoofstuk 9 van die Grondwet voorsiening gemaak vir ’n aantal staatsinstellings ter ondersteuning van grondwetlike demokrasie. Hierdie liggame sluit onder andere die Openbare Beskermer, die Menseregtekommissie en die Ouditeur-Generaal in. Al hierdie instellings oefen in ’n mindere of meerdere mate ’n kontrolefunksie oor die funksionering van die openbare administrasie uit.

Moet die gemenerereg of die konstitusionele reg ingevolge Artikel 33 afgedwing word?

Hierdie vraag is beantwoord in die saak van *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA : In Re : Ex parte President of the Republic of South Africa*.⁶⁰⁸ Wanneer beheer uitgeoefen moet word oor publieke administrasie, is daar nie twee regsisteme wat onafhanklik van mekaar toegepas kan word nie. Die gemenerereg en die konstitusionele reg fungeer nie elk in hul eie sfeer nie.

Die gevolgtrekking wat hieruit gemaak kan word, is dat alle sake wat oor kontrole van publieke magte handel, konstitusionele sake is, selfs wanneer dit sake is wat nie tuisgebring kan word onder die Handves van Menseregte, met ander woorde wat binne die

⁶⁰⁸ 2000(2) SA 674 (CC).

kader van Artikel 38 val nie. Dit is dus duidelik dat die kategorie van nie-konstitusionele administratiewe-regsaangeleenthede tot die minimum beperk is. Selfs sake wat nie oor “administratiewe optrede” handel nie, is grondwetlik van aard, solank as wat dit oor publieke kontrole handel.

3. DIE VERBAND TUSSEN DIE GRONDWET EN DIE WET OP DIE BEVORDERING VAN ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID

Wet 3 van 2000 is in die lewe geroep om te voldoen aan die vereistes soos vervat in Artikel 33(3) van die Finale-Grondwet.⁶⁰⁹ Wat is nou die verband tussen Artikel 33 en die Wet op die Bevordering van Administratiewe Gerechtigheid?

Kan 'n party wat in sy regte deur owerheidsoptrede benadeel word, hom slegs beroep op Artikel 33 van die Grondwet, of vorm die Wet op die Bevordering van Administratiewe Gerechtigheid en die Grondwet 'n eenheid? Om dié vraag te beantwoord, moet veral gekyk word na die sleutelwoorde vervat in Artikel 33(3), naamlik “om aan hierdie regte gevolg te gee”.

Die wetgewing wat kragtens Artikel 33(3) vereis word ten einde aan die regte vervat in Artikel 33(3) gevolg te gee, is in die vorm van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Gerechtigheid, Wet 3 van 2000, gepromulgeer. Die hoofdoel van die Wet is om uitvoering te gee aan die reg op regverdige administratiewe optrede, ten einde 'n effektiewe administrasie en goeie regering te bevorder en om voorts 'n kultuur van verantwoordelikheid, openheid en deursigtigheid in die openbare administrasie en in die uitoefening van 'n openbare bevoegdheid of in die verrigting van 'n openbare funksie te bevorder.⁶¹⁰

Om terug te keer na die beantwoording van die vraag na die verband tussen Artikel 33 en die Wet op die Bevordering van Administratiewe Gerechtigheid, is daar twee moontlike oplossings wat aan die hand gedoen kan word.

Die eerste is dat die Wet in sy geheel uitdrukking gee aan die Handvesregte in Artikel 33 vervat. Die Wet handel dus oor die reg op administratiewe gerechtigheid. Gevolglik sal dit nie meer moontlik wees om direk te steun op die konstitusionele reg van administratiewe gerechtigheid nie. Dit sal so wees, indien die woorde “give effect to” in die Engelse teks en “om aan hierdie regte gevolg te gee” in die Afrikaanse teks beteken om regte te “skep”.

⁶⁰⁹ Artikel 33(3) lees soos volg: “Nasionale wetgewing moet verorden word om aan hierdie regte gevolg te gee, en moet -

a) voorsiening maak vir die hersiening van administratiewe optrede deur 'n hof of, waar dit gepas is, 'n onafhanklike en onpartydige tribunaal;

b) die staat verplig om aan die regte in sub-artikels (1) en (2) gevolg te gee; en

c) 'n doeltreffende administrasie bevorder.”

⁶¹⁰ Sien in die verband die aanhef van Wet 3 van 2000.

Die ander moontlikheid is dat die Wet gevolg gee aan die regte in die sin dat dit die regte effektief maak. Die Wet moet dus 'n uitgebreide en 'n omvattende uitdrukking van die regte in Artikel 33 verskaf en ook voorsiening maak vir remedies om die regte af te dwing.

Die belangrike verskil is dat die konstitusionele reg ingevolge Artikel 33, onafhanklik bestaan van die Wet op Bevordering van Administratiewe Geregtigheid wat aan die konstitusionele regte gevolg moet gee.

Die Wet moet gevolglik beskou word as ondergeskikte wetgewing. Ingevolge die tweede moontlike oplossing is dit dus moontlik om direk te steun op die konstitusionele reg vervat ingevolge Artikel 33. Dit kan ook moontlik wees dat sekere gedeeltes van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid ongrondwetlik kan wees rakende die konstitusionele reg van administratiewe geregtigheid.

Daar bestaan sekerlik verskeie redes waarom die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid eerder los moet staan van Artikel 33 van die Grondwet. Dit is ook die geval as met hierdie probleem by ander wetgewing te doen gekry word, asook by die toepassing van Artikel 32 van die Grondwet en die Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting. De Waal, Currie en Erasmus⁶¹¹ wys byvoorbeeld daarop dat daar twee moontlikhede bestaan betreffende die aanneme van die Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting.⁶¹²

Nog 'n rede vir die onafhanklike voorbestaan van die wetgewing en hul skeiding met die regte wat in die Grondwet vervat is, kan gemaak word in die toepassing van die twee stelle wetgewing, met ander woorde die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid en die Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting. Dit blyk dat die wetgewer self die skeiding bewerkstellig het, aangesien elke Wet oor sy eie hersieningsgronde beskik en onafhanklik van mekaar toegepas moet word.⁶¹³

Die wetgewer het die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting waarskynlik uitgesluit, omdat gemeen is dat die prosedures waarvoor dit voorsiening maak, billik genoeg is.

Artikel 1(b)(hh) van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid bepaal juis dat enige besluit geneem, of die nalate om 'n besluit te neem ingevolge 'n bepaling van

⁶¹¹ Vir 'n bespreking van artikel 24 van die Interim-Grondwet vgl. De Ville, 1995:264; De Waal, 1997:228; Corder, 1997:28; Ferreira, 1999:285; Burns, 1999:182.

⁶¹² De Waal et al, 2001. "As in the case with the similarly worded section 33 (just administrative action), there are two possibilities. The first is that the Promotion of Access to Information Act is the entire expression of the rights (i.e. the Act is the right of access to information) and there is no possibility of relying directly on the constitutional right. This would be the position if 'give effect to' the rights meant 'create' the rights. The other possibility is that the Act gives effect to the rights in the sense of making the right effective (i.e. providing an elaborated and detailed expression of access right and providing for remedies to indicate it) The important difference is that, on the second reading, the constitutional right continues to exist independently of the statute and gives effect to it. It is still possible on this interpretation to rely directly on the constitutional right. It is also possible that the Promotion of Access to Information Act may be unconstitutional to the extent that is incompatible with the positional right of access to information. This is not possible on the first interpretation."

⁶¹³ De Waal et al 2001:505 (2002) wys daarop dat "the exclusion of decisions taken under the Promotion of Access to Information Act 2 van 2000 is aimed at immunising decisions under that Act from review under the AJA as well as exempting decisions by information officers from the procedural requirements of the Administrative Justice Act. The Information Act contains its own specific review mechanisms and procedure for the consideration of requests for information and it therefore simplifies matters considerable to exclude the AJA from operating additionally in respect of these."

die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting 2 van 2000 van die definisie van administratiewe optrede uitgesluit is.

Artikel 3(5) van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid bepaal :

“Where an administrator is empowered by any empowering provision to follow a procedure which is fair but different from the provisions of subsection (2), the administrator may act in accordance with that different procedure.”

Verder kan daar ten opsigte van die uitsluiting van die Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting twee moontlike standpunte geformuleer word.

- (i) Dit kan geargumenteer word dat hierdie uitsluiting tot gevolg het dat Artikel 33 van die Finale-Grondwet waaraan uitvoering gegee word deur die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, nie toegepas kan word om 'n besluit ingevolge die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting juridies te bevraagteken nie.
- (ii) Die standpunt kan ook gehuldig word dat, ten spyte daarvan dat die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid nie op besluite geneem kragtens die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting van toepassing is nie, daar nog steeds 'n beroep op Artikel 33 gedoen kan word. Dit word aan die hand gedoen dat laasgenoemde argument eerder ondersteun behoort te word.

Kragtens Artikel 8(1) van die Finale-Grondwet is die Handves van Menseregte bindend op die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag en alle staatsorgane. Artikel 33 is 'n belangrike instrument om die optrede van die uitvoerende gesag mee te kontroleer. Dit sal derhalwe 'n moontlike ondermyning van die gesag van die Grondwet tot gevolg hê, indien optrede van die uitvoerende gesag uitgesluit word van die werking van Artikel 33. Die howe sal dus noodsaak wees om 'n eie inhoud van Artikel 33 buite-om die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid te verskaf, ten einde optrede van die uitvoerende gesag ingevolge die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting te kontroleer.

Nog 'n rede wat aangevoer kan word dat daar onafhanklik gesteun kan word op die regte verleen ingevolge Artikel 33 van die Grondwet, kan gevind word in die *Rechtstaat*-begrip. Dit was vroeër nie aan die Suid-Afrikaanse Reg bekend nie, dog nie heeltemal onbekend aan regsakademics nie.⁶¹⁴

Op 27 April 1994 het Suid-Afrika 'n metamorfose ondergaan. Die Interim-Grondwet het veral vir die begrip “regstaat” voorsiening gemaak. Die aanhef van Wet 200 van 1993 lui soos volg :

⁶¹⁴ Verskeie artikels het in die verlede die lig gesien. Sien hieroor Hiemstra 1985: 152; Van Wyk 1985:152; Van Wyk 1982: 152; Wiechers:1984:3 17; Henning 1968:913; Van Eikema Hornmes 1978: 42.

“Nademaal daar ’n behoefte bestaan om ’n nuwe bestel te skep waarin alle Suid-Afrikaners geregtig sal wees op ’n gemeenskaplike Suid-Afrikaanse burgerskap in ’n soewereine en demokratiese regstaat waarin daar gelykheid tussen mans, vroue en mense van alle rasse is sodat alle burgers in staat is om hulle fundamentele regte en vryhede te geniet en uit te oefen.”

Die Finale-Grondwet van 1996 maak nie pertinent melding van die woord “regstaat” nie. Artikel 2 bepaal soos volg :

“Hierdie Grondwet is die hoogste reg van die Republiek, enige regsvoorskrif of optrede daarmee onbestaanbaar, is ongeldig en die verpligtinge daardeur opgelê, moet nagekom word. Die Grondwet dien as die hoogste reg in Suid-Afrika, wat meebring dat enige wetgewing wat in stryd is met die Grondwet nie langer van krag mag wees nie.”⁶¹⁵

Die Grondwet het ook ten doel dat owerheidsoptrede met die bepalings van die Grondwet moet ooreenstem. Seker die belangrikste aspek van die Grondwet is dat ’n Handves van Menseregte daarin vervat is. In die Handves van Menseregte word die regte van alle individue uiteengesit, waarvan die meeste teen die staat afdwingbaar is.

Met die veranderinge wat binne die Suid-Afrikaanse Regstelsel teweeggebring is, word daar as uitgangspunt aanvaar dat Suid-Afrika in die ware sin van die woord ontwikkel as ’n regstaat het. Veral die Konstitusionele Hof huiwer nie om die begrip regstaatlikheid as grondslag in Suid-Afrika te gebruik nie. Die volgende hofsake dien as gesag hiervan :

In *Ferreira v Levin NO and Others*, *Vryenhoek v Powell NO and Others* sê die Grondwetlike Hof die volgende :

“Besides resulting in a denial of equal protection of the law, considerations of certainty, being a central consideration in a constitutional state, militate against the adoption of subjective approach ...”⁶¹⁶

In *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly : In re Certification of the Republic of South Africa*⁶¹⁷ het die Konstitusionele Hof die volgende gesê oor die waardes wat die Grondwet onderlê in die nuwe regstaatlike bedeling waarin Suid-Afrika homself bevind :

“It is appropriate that the provisions of the document which are foundational to the new constitutional state be less vulnerable to amendment than ordinary legislation.”⁶¹⁸

⁶¹⁵ Sien *S v Makwanyane* 1995(3)SA 391(CC). Hier is bevind dat Artikel 277(1)(a) van die Strafproseswet 51 van 1977 indruis teen sekere bepalings in die Handves van Menseregte en daarom die genoemde bepaling as ongrondwetlik bestempel. Sien ook *S v Manamela A.A. (Director of Justice Intervening)* 2000(3) SA 1 (CC); *S v Zuma* 1995(2) SA 642 (CC).

⁶¹⁶ 1996(1) SA 984 (CC) paragraaf 26.

⁶¹⁷ 1996(4) SA 744 (CC).

⁶¹⁸ 1996(4) SA 744 (CC) paragraaf 55. In die saak van *Prinsloo v Van der Linde* 1997(3) SA 1012 (CC) paragraaf 25 word die beginsel van regstaatlikheid in Suid-Afrika ook bevestig “... for that would be inconsistent with the rule of law and the fundamental premises of the constitutional state.” Sien ook *Pretoria City Council v Walker* 1998(2) SA 363 (CC) op paragraaf 92 en *Advance Mining Hydraulics (Pty) Limited v Botes* 2000(1) SA 815, (T) op 824: “In a Constitutional State laws are made for the people. The Constitution itself is the supreme law of the Republic. Law or conduct inconsistent with it is invalid.”

Hieruit is dit dus duidelik dat wetgewing wat in stryd is met die Grondwet, ongeldig is. Enige wetgewing in stryd met Artikels 32 en 33 van die Grondwet is dus ongeldig.

Die individu kan direk steun op Artikels 32 en 33 van die Finale-Grondwet. Die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid en die Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting moet nie gesien word om 'n geheel met Artikels 32 en 33 te vorm nie, soos hieronder sal blyk.

3.1 DIE WET OP DIE BEVORDERING VAN ADMINISTRATIEWE GEREGTIGHEID 3 VAN 2000 ⁶¹⁹

Hierdie Wet handel oor regverdige administratiewe optrede. Dit het ten doel om aan Artikel 33 van die Grondwet inhoud te verleen, om die administrasie te bevorder en toe te sien dat alle persone die reg op regverdige administratiewe optrede het.⁶²⁰

Veral Artikel 33(2) is van besondere belang. Dit bepaal soos volg :

“Elkeen wie se regte nadelig geraak is deur administratiewe optrede het die reg op die verskaffing van skriftelike redes.”

Gemeenregtelik bestaan daar geen definitiewe beginsel wat administratiewe amptenare verplig om redes vir hulle besluite te verskaf nie. Die howe het die benadering gevolg dat 'n administratiewe orgaan wat 'n wye diskresie uitoefen, nie redes vir sy besluit hoef te verskaf nie. Dit spreek vanself dat hierdie situasie slegs not nadeel van die burger gestrek het. Die versuim van 'n administratiewe funksionaris om redes vir 'n administratiewe besluit te gee, het egter in sommige gevalle 'n negatiewe afleiding deur die howe tot gevolg gehad.⁶²¹

Met die inwerkingtreding van die Interim en Finale-Grondwette het die funksionaris nie meer 'n “diskresie” wat hy kan uitoefen om redes te verskaf al dan nie, omrede daar 'n grondwetlike verpligting op hom/haar geplaas word om 'n persoon wie se regte nadelig geraak is, deur 'n administratiewe besluit van skriftelike redes te verskaf. Dit is egter steeds vir die administratiewe funksionaris moontlik om skriftelike redes te weier, mits sodanige weiering redelik en regverdigbaar is in terme van Artikel 36 van die Grondwet.

Artikel 5 van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid gee inhoud aan die reg op die verskaffing van skriftelike redes. Ingevolge Artikel 5(1)

⁶¹⁹ Die teks van die Wet is nie in Afrikaans gepromulgeer nie, maar die Engelse opskrif is deurgaans hierbo in Afrikaans vertaal. Daar sal verder hierna verwys word as die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid of die Engelse afkorting van PAJA.

⁶²⁰ Voordat die Wet in werking getree het, moes regverdige administratiewe optrede bepaal word aan die hand van Artikel 33 van die grondwet. Artikel 33 van die Finale-Grondwet moet egter nie in isolasie geïnterpreteer word nie, maar saam met Artikel 24 van die Interim-Grondwet gelees word. Hierdie artikel is ook in Bylaag 6 item 23 van die Finale-Grondwet vervat.

⁶²¹ In *Greyling WC and Erasmus (Pty) Limited v Johannesburg Local Road Transportation Board* 1982(4) SA 427 (A) op 448 B-D word dit soos volg gestel: "It has repeatedly been held that a body like the Commission is not obliged to give reasons for its decision. By not giving reasons, it may run the risk of an adverse inference being drawn... Whether or not to give reasons is a matter which it must make out for itself in the circumstances of each particular case. Where as, here, the only evidence presented is impressive and acceptable, remains unchallenged in cross-examination and uncontradicted by other evidence, then the failure to give reasons does tend to support an inference that the evidence was ignored."

van die Wet kan enige persoon wie se regte materieel en nadelig deur administratiewe optrede geraak is, die verskaffing van redes vir die optrede versoek.

Die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid voeg die term “materieel” by die formulering van die reg op skriftelike redes. Die woord materieel kom nie in Artikel 33(2) voor nie.

De Waal, Currie en Erasmus wys daarop dat hierdie toevoeging ’n beperking op die individu se reg op skriftelike redes plaas.⁶²² Volgens dié skrywers sal die beperking slegs regverdigbaar wees, indien die bepaling soos volg uitgelê word:

“A duty to give reasons for every conceivable action or decision would place an enormous burden on administrators. The addition of the term ‘materially’ will allow administrators to avoid giving reasons for a number of decisions that fall within the category of administrative action, but that are trivial and mundane in their effect.”

Volgens Artikel 5(4) van die Wet is dit vir die funksionaris moontlik om af te wyk van die bepaling dat skriftelike redes verskaf moet word. Die bepaling beklee dus die administratiewe funksionaris met ’n diskresie om te versuim om voldoende skriftelike redes te verskaf.⁶²³

Die bepaling ondersteun egter De Ville se standpunt dat die versuim om redes te verskaf nie sonder meer die ongeldigheid van die betrokke administratiewe optrede tot gevolg het nie.⁶²⁴ Ingevolge Artikel 5(3) van die Wet lei ’n versuim om redes te verskaf tot ’n vermoede dat die administratiewe optrede onregmatig was. Die bepaling stel dit duidelik dat hierdie vermoede by die afwesigheid van bewyse tot die teendeel en in enige verrigtinge vir judisiële hersiening in werking tree. Die vermoede is weerlegbaar. Voorts sal die versuim om redes te verskaf getuieniswaarde mag hê by die bewys van die nie-nakoming van ’n geldigheidsvereiste, naamlik die afwesigheid van ’n goeie rede vir die optrede.

Dit is dus duidelik dat vrye diskresie aan die funksionaris verleen word om te besluit of daar redes vir besluite verskaf sal word, al dan nie, solank hy/sy slegs van mening is dat daar regverdigingsgronde vir die optrede is. Dit mag in die praktyk tot groot nadeel van die individu/onderdaan se regte wees. Teenstrydig met Artikel 33(2) van die Handves van Menseregte word daar nou aan die soms onervare amptenaar die geleentheid gebied om nie redes te verskaf nie.

⁶²² De Waal *et al*, 2001:522.

⁶²³ Artikel 5(4): “An administrator may depart from the requirement to furnish adequate reasons if it is reasonable and justifiable in the circumstances, and must forthwith inform the person making the request of such departure.”

⁶²⁴ De Ville, 1995:264

Die benadeelde onderdaan sal gevolglik veel eerder moet steun op Artikel 33(2) van die Grondwet. Hier het die amptenaar geen keuse as om die redes vir sy besluit te verskaf nie. Indien hy/sy nie redes verskaf nie, kan Artikel 36 van die Grondwet as uitsluitingsklousule in werking tree. Dit wil dus voorkom asof Artikels 5(3) en 5(4) dit vir die amptenaar/funksionaris net te maklik maak om onkonstitusioneel op te tree en nie redes vir sy besluit te verskaf nie.⁶²⁵ Die kans is goed dat hierdie artikels en hul werking in die toekoms as gevolg van ongrondwetlikheid ingevolge Artikel 33(2) aangemerkt kan word.

Ingevolge Artikel 5(4) van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, kan 'n administratiewe funksionaris afwyk van die verpligting om voldoende redes te verskaf, indien sodanige afwyking onder die omstandighede redelik en regverdigbaar is. Ten einde dit vas te stel, identifiseer die Wet sekere faktore wat deur die administratiewe funksionaris in ag geneem moet word.

Artikel 5(4)(b) bepaal soos volg :

“In determining whether a departure as contemplated in paragraph (a) is reasonable and justifiable, an administrator must take into account all relevant factors, including-

- (i) the objects of the empowering provision;
- (ii) the nature, purpose and likely effect of the administrative action concerned;
- (iii) the nature and the extent of the departure;
- (iv) the relation between the departure and its purpose’
- (v) the importance of the purpose of the departure; and
- (vi) the need to promote an efficient administration and good governance.”

Dit is duidelik dat hierdie regsvoorskrif die fundamentele reg op die verskaffing van skriftelike redes beperk. Dit sal sekerlik nie lank neem alvorens die Konstitusionele Hof gaan beslis dat Artikel 5 of sekere gedeeltes daarvan ongrondwetlik is nie. 'n Ernstige beperking word daardeur op die individu se Handvesregte gemaak.

Wat wel in die praktyk gaan ontstaan, is dat die individu wie se regte benadeel word, in 'n hersieningsaansoek na die Hoë Hof gaan steun op sy/haar grondwetlike reg soos ingevolge Artikel 33(2) verleen. Volgens Artikel 2 van die Finale-Grondwet, is die Grondwet die hoogste reg in die Republiek. Om redes te verskaf vir sy besluit om dit nie te doen nie, gaan die amptenaar weer eens gebruik maak van Artikel 5 van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid,.

⁶²⁵ Soos reeds hierbo gewys, moet redes wat verskaf word, voldoende wees. Wat die omvang van die redes aanbetref, het die hof in *Moletsane v Premier of the Free State* 1996(2) SA 95 (O) soos volg beslis: “The more drastic the action taken, the more detailed the reasons which are advanced should be. The degree of seriousness of the administrative act should therefore determine the particularity of the reasons furnished.”

Die praktiese sy bewys dus dat Artikel 33(2) voorkeur gaan geniet as 'n grondwetlike reg wat die individu teen owerheidsoptrede moet beskerm. In die toekoms is dit dan ook nie uitgesluit dat, indien die Konstitusionele Hof Artikel 5 nie as grondwetlik verklaar nie, die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid totaal en al nutteloos sal word. Dit is derhalwe duidelik dat Artikel 33 losstaande van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid beskou moet word.

'n Ander vraag wat egter ook na vore kom, is in welke mate hierdie beperking in Artikel 5(4) van die wet, met die algemene beperkingsbepaling in Artikel 36 van die Grondwet versoenbaar is.⁶²⁶ Alhoewel die faktore in Artikel 5(4) van die Wet in 'n groot mate met die faktore in Artikel 36 van die Grondwet ooreenstem, blyk dit dat Subartikel (4)(b) 'n uitbreiding van die faktore in Artikel 36 van die Grondwet daarstel. Dit spreek vanself dat die bepalings van die Grondwet, as hoogste gesag van die Republiek, nie deur nasionale wetgewing uitgebrei kan word nie. Die grondwetlikheid van Artikel 5(4)(b) is dus verdag. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie bepaling deur die Konstitusionele Hof as ongrondwetlik verklaar moet word.

'n Verdere argument wat aangevoer kan word rakende ongrondwetlikheid van Artikel 5(4)(b) van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid is daarin geleë dat 'n fundamentele reg slegs ingevolge 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk mag word. In die geval van Artikel 5(4)(b) is daar nie sprake van 'n algemeen geldende regsvoorskrif nie, maar eerder 'n administratiewe handeling. Artikel 36 van die Grondwet maak nie voorsiening vir 'n administratiewe handeling om 'n reg in die Handves van Menseregte te beperk nie, maar maak slegs voorsiening vir 'n algemeen geldende regsvoorskrif. 'n Administratiewe handeling is *nie* 'n algemeen geldende regsvoorskrif nie. Dit is debatteerbaar of sodanige handeling 'n fundamentele reg sal mag beperk. Artikel 5(4)(b) kan maar gerus deur die Konstitusionele Hof vir grondwetlikheid getoets word.

Dit is gevolglik duidelik dat deur die toevoeging van Artikel 5(4)(b) van die Wet daar nou 'n deur oopgemaak is vir die amptenaar om deur sy administratiewe optrede die Grondwet en gevolglik ook die idee van die regstaat te ondermyn.

⁶²⁶ Artikel 36(1) van die Finale-Grondwet bepaal soos volg :

"36(1) Die regte in die Handves van Menseregte kan slegs deur 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore, met inbegrip van -

- a) Die aard van die reg;
- v) Die belangrikheid van die doel van die beperking;
- c) Die aard en omvang van die beperking;
- d) Die verband tussen die beperking en die doel daarvan; en
- e) 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik."

Word die meeste hofuitsprake bestudeer waar daar te doen gekry word met PAJA, sal opgemerk word dat daar eers bepaal moet word of daar met 'n administratiewe handeling te doen gekry word. Daar is hofuitsprake wat oor die aspek handel.⁶²⁷

In die *Gamevest (Pty) Limited v Regional Land Claims Commissioner, Northern Province and Mpumalanga and Others*⁶²⁸-saak betwis die appellant 'n besluit van die streek grondeisekomsmissaris om ingevolge die Wet op Herstel van Grondregte, Wet 22 van 1994 (Restitution of Land Rights Act 22 of 1994), 'n eis van die vyfde respondent te aanvaar. Ingevolge Artikel 11 van die Wet moes die volgende stappe geneem word :-

- (a) Die aansoeker stel die eis in.
- (b) Sodra dit ontvang word, word dit in die staatskoerant afgekondig.
- (c) Die kommissaris ondersoek die aangeleentheid.
- (d) Die saak word ingevolge Artikel 14 na die Grondeisehof verwys.

In bogemelde saak is die eis op 3 Augustus 2000 ingedien en PAJA het eers op 30 November 2000 in werking getree. Die Hoogste Hof van Appèl moes derhalwe op die gemenerg terugval. Die hof beslis soos volg :-

“What is an administrative act for the purpose of justiciability? There is no neat, ready-made definition in our case law, but in *Hira and Another v Booyesen and Another*, 1992 (4) SA69(A); *Corbett CJ at 93A-B* required, for common law review, the non-performance or wrong performance of a

⁶²⁷ *Gamevest (Pty) Limited v Regional Land Claims Commissioner, Northern Province and Mpumalanga and Others*, 2003(1) SA 373 (SCA); *Despatch High School v Head, Department of Education Eastern Cape and Others*, 2003(1) SA 246 (CK); *LOGBRO Properties CC v Bedderson NO and Others* 2003(2) SA 460 (SCA); *Pretoria Portland Cement Co Limited and Another v Competition Commission and Others*, 2003(2) SA 385 (SCA); *Nontenja v Director of Prosecutions, Umtata and another* 2003 JOL 10614 (TK); *JAYIYA v MEC for Welfare, Eastern Cape Provincial Government and Another* 2003(2) ALL SA 223 (SCA); *Richie and Another v Government of the Northern Cape Province and Others* 2003(2) ALL SA 573 (NC); *Nephawe v Premier of Limpopo Province and Another* 2003 JOL 10972 (T); *Minister of Home Affairs v Eisenberg & Associates in re Eisenberg & Associates v Minister of Home Affairs and Others* 2000(8) BCLR 838 (CC); *Awumey and Another v Fort Cox Agricultural College and Others*, 2003(8) BCLR 861 (CK), 2003 JOL 11162; *Hayes & Another v Minister of Finance and Development Planning, Western Cape and Others*, 2003(4) SA 598 (C); *Schoon v MEC, Department of Finance, Economic Affairs and Tourism, Northern Province and Another* 2003(9) BLLR 963 (T); *HAMATA and Another v Chairperson, Peninsula Technikon Internal Disciplinary Committee and Others*, 2002(5) SA 449 (SCA); *Nephawe v Premier of Limpopo Province and Another* 2003 JOL 10972 (T); *Van Zyl v New National Party and Others* 2003(3) ALL SA 737 (C); 2003 JOL 11360; *Netherburn Engineering CC t/a Netherburn Ceramics v Mudau and Others* 2003(24) ILJ 1712 (LC); *Minister of Correctional Services v Tobani* 2003(5) SA 126 (ECD); *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA and Another, In Re : Ex Parte President of Republic of South Africa and Others*; 2000(2) SA 674 (CC), 2000(3) BCLR 241; *Patensie Sitrus Beherend Beperk v Competition Commission and Others*, 2003(6) SA 474 (CAC), *Bullock NO and others v Provincial Government of North West Province and Another* (2004) 2 ALL SA 249 (SCA); 2004 Jol 12570, 2004(5) SA 262; *Bester v Sol Plaatje Municipality and Others* 2004(2) ALL SA 31 (NC); *Manong & Associates v Director-General Public Works and Others* 2003 JOL 12347 (C); *Pieterse NO and Another v The Master and Another* 2004(3) SA 593 (C); *Noupoort Christian Care Centre v Minister of the National Department of Social Development and Another* 2004(3) ALL SA 475 (T); *Greys Marine Hout Bay (Pty) Limited and Others v Minister of Public Works and Others* 2004(3) ALL SA 446 (C); *Sasol Oil (Pty) Limited and Another v Metcalfe NO* 2004(5) SA 161 (W); *South African Jewish Board of Deputies v Sutherland NO and Others* 2004(4) SA 368 (W); *New Clicks South Africa (Pty) Limited v Tshabalala-Msimang NO and Another*; *Pharmaceutical Society of South Africa and Six Others v Minister of Health and Another*, 2005(2) SA 530 (C) (New Clicks CPD); *Pharmaceutical Society of South Africa v Tshabalala-Msimang and Another NNO*; *New Clicks South Africa (Pty) Limited v Minister of Health and Another*, 2005(3) SA 238 (SCA); 2005(6) BCLR 576 (SCA); *New Clicks SCA*; *Minister of Health and Another v New Clicks South Africa (Pty) Limited and Others* (2006) (2) SA 311 (CC) (New Clicks); *Nel and Another NNO v The Master (ABSA Bank Limited and Others intervening)* 2005(1) SA 276 (SCA); *Zondi v MEC for Traditional and Local Government Affairs and Others*, 2005(3) SA 25; *Earthlife Africa (Cape Town) v Director General: Department of Environmental Affairs and Tourism and Another*, 2005(3) SA 156 (C); *Reed and Others v Master of the High Court of SA and Others* 2005(2) ALL SA 429 (E); *MEC, Department of Finance Economic Affairs and Tourism, Northern Province v Mahumani* 2005(2) ALL SA 479(SCA); *Greys Marine Hout Bay (Pty) Limited and Others v Minister of Public Works and Others* 2005 ALL SA 33 (SCA); *Gold Fields Limited v Connellan NO and Others* 2005(3) ALL SA 142 (W); *NALA Local Municipality and Another v Lejweleputswa District Municipality and Others* 2005(3) ALL SA 571 (O); *Johannesburg Municipal Pension fund and others v City of Johannesburg and others* 2005(6) SA 273 (WLD); *Mzamba Taxi Owners' Association and Another v Bizana Taxi Association and others* 2006(2) SA 154 (SCA); *Law Society, Northern Provinces (Incorporated as The Law Society of the Transvaal) v Maseka and another* 2005(6) SA 372 (B); *Phenithi v Minister of Education and others* 2006(1) ALL SA 601 (SCA); *Maleka v Health Professionals Council of SA and another* 2005(4) ALL SA 72 (ECD); *Van Zyl and others v Government of Republic of South Africa and others* 2005(4) ALL SA 96 (T); *Chairperson:Standing Tender Committee and others v JFE Sapela Electronics (Pty) Limited and others* 2005(4) ALL SA 487 (SCA); *Trend Finance (Pty) Limited and another v Commissioner for SARS and another* 2005(4) ALL SA 657 (C); *Sebenza Forwarding and Shipping Consultancy (Pty) Limited v Petroleum Oil and Gas Corporation of SA (Pty) Limited t/a Petro SA and another* 2006(2) SA 52 (C); *Dunn v Minister of Defence and others* 2006(2) SA 107 (T).

⁶²⁸ 2003(1) SA 373 (SCA) sien Paragraaf 17.

statutory duty or power, where the duty/power is essentially a decision making one and the person or body concerned has taken a decision, a review is available.”⁶²⁹

Regter Olivier sê in bogemelde saak die volgende rakende die eerste fase van die aansoekproses :-

“At the first stage of the process, the duties of the Commissioner or its representatives are formal in nature.... It is clear that the Commissioner or its representatives does not take any administrative decision, nor does it perform any administrative action which may prejudicially affect any right of the present land owner.... It has no discretion to refuse receipt of a claim at this stage, hence it takes no administrative decision in receiving the claim.”⁶³⁰

In *The New Clicks South Africa (Pty) Limited v Tshabalala-Msimang NO and Another; Pharmaceutical Society of South Africa and six others (New Clicks CC)*⁶³¹; was die eerste vraag wat deur die hof beantwoord moes word, of die PrysKomitee (Pricing Committee) ’n administratiewe handeling verrig het. Regter Yekiso beslis soos volg :

“For the Conduct of the Pricing Committee to constitute an administrative action as against the applicants, there ought to exist an administrative law relationship based in authoritative power. This relationship encompasses an element of subordination on the object of such administrative law relationship which, in the instance of these proceedings, ought to be the applicants. Use of the authoritative power presupposes the administrative relationship between the organ of state, as the subject of the administrative law relationship and the object, which could either be an individual or a group of individuals as the objects of such relationship.”⁶³²

Die hof kom tot die volgende belangrike beslissing :-

“To the extent that the applicants seek to have the recommendations to be reviewed and set aside in terms of the provisions of the Promotion of Administrative Justice Act, the applicant’s challenge on this ground cannot succeed for the simple reason that the conduct of the Committee, culminating in the recommendations, does not constitute an administrative action within the meaning of the Promotion of Administrative Justice Act.”⁶³³

⁶²⁹ 2003(1) SA 373 (SCA) sien Paragraaf 12.

⁶³⁰ 2003(1) SA 373 (SCA) sien Paragraaf 7.

⁶³¹ 2005(2) SA 530 (C)

⁶³² 2005(2) SA 530 (C) sien Paragraaf 30.

⁶³³ sien bladsye 318-319 van die *New Clicks CC*-saak vir die beslissing dat die optrede van die PrysKomitee nie ’n administratiewe handeling daarstel nie.

3.2 DIE WET OP DIE BEVORDERING VAN TOEGANG TOT INLIGTING, 2 VAN 2000

Die vorige grondwetlike bedeling is gekenmerk deur die groot mate van geheimhouding wat op grond van parlementêre wetgewing ten opsigte van 'n wye verskeidenheid aangeleenthede gegeld het.⁶³⁴

Baxter spel die implikasies van die regsposisie soos volg uit :

“Secrecy is an undoubted cause of maladministration, yet it still permeates many facets of the administrative process. The perennial avalanche of official reports and statistics tends to conceal the fact that much information of real importance is withheld from the public. This is particularly true in South Africa.”

635

Beide Artikel 23 en Artikel 32 van die Interim en Finale-Grondwet het hierdie posisie ingrypend verander.

Die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting is ingevolge Artikel 32(2) van die Finale-Grondwet aangeneem. Die vraag wat gevra kan word, is of hierdie Wet grondwetlik verantwoordbaar is. Wanneer na laasgenoemde gekyk word, is daar basies drie aspekte waarvan die regstaatlikheid debatteerbaar is.

- (i) Is daar 'n mate van terugwerkendheid in die Wet te bespeur?
- (ii) Het die Wet 'n reg aan die staat verleen om inligting van 'n privaatliggaam te bekom, en wat is die gevolge van sodanige “reg”?
- (ii) Wat is die rede waarom die Wet nie op sekere liggame van toepassing is nie.

3.2.1 TERUGWERKENDHEID

Artikel 3 van die Wet bepaal soos volg “

“Hierdie Wet is van toepassing op -

- a) 'n rekord van 'n openbare liggaam; en
 - b) 'n rekord van 'n privaatliggaam,
- ongeag wanneer die rekord ontstaan het.”

Die implikasie van hierdie bepaling is tweeledig. In die eerste plek het hierdie bepaling tot gevolg dat Artikel 32 van die Grondwet direkte horisontale toepassing geniet.⁶³⁶ In die tweede plek is dit uit die bewoording van hierdie

⁶³⁴ Vergelyk in dié verband Du Plessis, 1986:288 vir 'n ontleding van die toepaslike statutêre voorskrifte wat destyds van toepassing was.

⁶³⁵ Baxter, 1984:233.

⁶³⁶ Sien die vroeëre hantering van die horisontale/vertikale toepassing van die grondwet.

bepaling duidelik dat daar wel 'n element van terugwerkendheid aanwesig is. Artikel 7 moet egter ook saam met Artikel 3 gelees word.⁶³⁷

Daar kan geredeneer word dat, alhoewel die Wet 'n element van terugwerkendheid openbaar, 'n persoon nie aanspreeklik gehou kan word op grond van die rekords wat aangevra word nie. Die feit dat 'n rekord aangevra word en op 'n gebeurtenis in die verlede betrekking het, maak die Wet egter nie terugwerkend van krag nie. Daar is wel 'n "element" van terugwerkendheid te bespeur. Die rede word gevind in Artikel 3, wat bepaal dat die Wet van toepassing is op 'n rekord, ongeag wanneer dit ontstaan het. Dit is verder duidelik dat die invoeging van die woord "ongegag" dui op 'n rekord, selfs voor die inwerkingtreding van die Wet.

Alhoewel 'n persoon nie aanspreeklik gehou kan word op grond van 'n rekord wat in die verlede ontstaan het nie, tensy 'n hof van mening is dat dit in belang van geregtigheid sal wees dat 'n persoon wel aanspreeklik is, verhinder dit nogtans nie 'n persoon om aanspraak te maak op sodanige rekord nie. Die implikasie hiervan is dat die rekord wat aangevra word, 'n party nadelig kan raak.

Daar word geargumenteer dat alhoewel dié Wet nie heeltemal terugwerkend is nie, daar wel 'n mate van terugwerkendheid voorkom. Daar kan vele probleme ontstaan indien 'n persoon kan aanspraak maak op vroeëre rekords, omrede dit inligting kan openbaar wat 'n persoon in 'n ongewenste situasie kan plaas.

Die regstaat plaas 'n verbod op terugwerkendheid. Die strekking van hierdie bepaling is wyd genoeg om ook verbied en as ongrondwetlik aangemerkt te word. So beskou, druis Artikel 3 van die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting teen regstaatlikheid in.

3.2.2 INLIGTING VANAF 'n PRIVAATLIGGAAM BEKOM

Ingevolge die woordomsrywing van die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting is dit nie net natuurlike persone wat toegang tot die rekords van 'n privaatliggaam kan verkry nie, maar ook regspersone, openbare liggame en privaatliggame.

⁶³⁷ Artikel 7 van die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting bepaal :

"(1) Hierdie wet is nie van toepassing nie op 'n rekord van 'n openbare liggaam of privaatliggaam indien -

(a) daardie rekord vir doeleindes van straf- of siviele verrigtinge aangevra word;

(b) dit aldus versoek word na die aanvang van daardie straf- of siviele verrigtinge, na gelang van die geval; en

(c) Die voorlegging van of toegang tot daardie rekord vir die doeleinde bedoel in paragraaf (a) in enige ander reg gereël word.

(2) 'n rekord verkry op 'n wyse wat in stryd is met sub-artikel (1), is nie as getuieis toelaatbaar in die straf- of siviele verrigtinge in daardie subartikel bedoel nie tensy die uitsluiting van daardie rekord deur die betrokke hof na sy mening nadelig vir die belange van geregtigheid sal wees."

Artikel 2(3) van die Wet bepaal soos volg :

“Vir doeleindes van hierdie Wet is die Suid-Afrikaanse Inkomstediens wat by Artikel 2 van die Wet op die Suid-Afrikaanse Inkomstediens, 1997 (Wet No 34 van 1997), ingestel is en in Artikel 35(1) bedoel, ’n openbare liggaam.”

Dit is derhalwe duidelik dat enige departement of orgaan van die staat toegang tot die rekords van ander privaatliggame kan verkry⁶³⁸, solank hulle kan bewys dat daar in die openbare belang opgetree word.⁶³⁹

Daar is reeds daarop gewys dat Artikel 3 van die Wet direkte horisontale werking aan Artikel 32 van die Grondwet verleen. Hierdie bepaling, alhoewel vanweë Artikel 8 nie strydig met die Grondwet nie, het sekere gevolge wat in ag geneem behoort te word.

’n Orgaan van die staat is nou ook in staat om ingevolge die Wet vanaf ’n privaatliggaam toegang tot inligting te verkry. Die implikasie van hierdie bepaling is dat ’n departement of orgaan van die staat nou ook ’n “fundamentele reg” het om inligting vanaf ’n privaatliggaam te verkry. So gesien, word die tradisionele opvatting van die doel van ’n Handves van Menseregte verydel. Die tradisionele opvatting kom daarop neer dat die Handves van Menseregte ten doel het om die individu teen die staat te beskerm, welke staat met gesag bekleed is. Ingevolge hierdie Wet is dit nou ook vir die staat moontlik om aanspraak te maak op Artikel 32 van die Grondwet, indien die staat inligting van ’n privaatliggaam wil bekom. So gesien dra hierdie Wet by tot die ongelyke vertikale verhouding tussen die staat as gesagdraer en die individu.

Indien hierdie artikel deur die Konstitusionele Hof onder oë geneem word, sal dit hoogs waarskynlik as ongrondwetlik verklaar word.

Ter staving van hierdie stelling is dit duidelik dat ’n gewone parlementêre Wet nie die staat met grondwetlike regte kan bekleed wat individue toekom nie. Die doel van die Grondwet, en meer spesifiek die Handves van Menseregte, is om individue teen die staat wat met owerheidsgezag bekleed is, te beskerm. Hierteenoor is die doel van die Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting om inhoud aan Artikel 32 van die Grondwet te gee, en nie om die toepassing van die Grondwet te wysig nie. Deur so ’n reg aan die staat te verleen, beteken dat die wetgewer die Grondwet ondermyn deur dit nie as

⁶³⁸ Gaum, 2001:154.

⁶³⁹ Sien artikel 50(2) van die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting.

hoogste reg van die Republiek te erken nie. So is die Wet in stryd met die regstaatbeginsel.

Dit sal derhalwe ook vir die individu, waar sy regte deur owerheidsoptrede benadeel word, en waar die funksionaris nie korrek opgetree het nie, beter wees om slegs op Artikel 32 van die Grondwet te steun, as om enigsins gebruik te probeer maak van enige bepalings van die Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting.

3.2.3 HOEKOM IS DIE WET NIE VAN TOEPASSING OP SEKERE STAATSORGANE NIE?

Artikel 12 van die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting is kommerwekkend en kontroversieel.

Artikel 12 bepaal soos volg :

“Hierdie Wet is nie van toepassing op ’n rekord van -

- (a) die Kabinet en sy komitees;
- (b) die regterlike funksies van -
 - (i) ’n hof in Artikel 166 van die Grondwet bedoel;
 - (ii) ’n Spesiale Tribunaal ingestel ingevolge Artikel 2 van die Wet op Spesiale Ondersoekenhede en Spesiale Tribunale, 1996 (Wet No 74 van 1996); of
 - (iii) ’n regterlike amptenaar van sodanige Hof of spesiale Tribunaal; of
- (c) ’n individuele lid van die Parlement of van ’n Provinsiale wetgewer in daardie hoedanigheid.”

Dit is onverklaarbaar waarom die wetgewer hierdie organe van die staat uitgesluit het, sodat die Wet nie op hulle van toepassing is nie. ’n Moontlike rede is dat die regering nie die onderliggende waardes van ’n oop demokrasie wil aanvaar nie. Hulle wil ’n agterdeur ooplaat om op arbitrêre wyse te kan optree.⁶⁴⁰ Die stelling “They’ve got a hidden Agenda” is dalk toepaslik!⁶⁴¹

Daar word akkoord gegaan met White se standpunt dat die Kabinet van die Wet gebruik maak om voort te gaan om inligting in die geheim te hou, sodat die individue wat ’n reg het op sodanige inligting nie toegang daartoe kan

⁶⁴⁰ White, 1998:73 stel dit soos volg: “Constitutionally, of course, Cabinet cannot isolate itself like this, and a denial of access by Cabinet could well give rise to a court ruling of invalidity unless Cabinet could justify the withholding of access to the information sought in terms of the limitation clause (section 36). The failure to include Cabinet within the ambit of the Cabinet-approved Draft could be interpreted as government’s unwillingness to embrace the underlying principles of open democracy and its desire to carve out secret areas of unaccountability within which to operate away from the public gaze ...” Let daarop dat die skrywer se opinie betrekking het op die Draft Open Democracy Bill, wat verskyn het as GK 1514 van 1997 gepubliseer in Staatskoerant No 1838, gedateer 18 Oktober 1997.

⁶⁴¹ De Waal *et al*, 1999:539, Voetnoot 28, maak die volgende stelling: “The most likely justification for the Cabinet exemption is to ensure that the long standing tradition of Cabinet secrecy in government is maintained.”

verkry nie. Dit bring mee dat die uitvoerende gesag van skuiwergate in die Wet gebruik kan maak om hul gesag op 'n onregmatige manier uit te oefen. Sodanige gesagsuitoefening kan op arbitrêre gesagsuitoefening uitloop wat die regstaatlikheid van Suid-Afrika moontlik kan aantas.

4. DIE VERHOUDING TUSSEN DIE GEMENEREG, ARTIKEL 33 VAN DIE GRONDWET EN DIE WET OP DIE BEVORDERING VAN ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID

Die *Pharmaceutical Manufacturers-saak* (hierbo vermeld) het vir die administratiefreg verrykende implikasies ingehou. Volgens die uitspraak is die gemeenregtelike beginsels van die administratiefreg om kontrole uit te oefen oor publieke optrede nou grondwetlik vervat.

Die hof verklaar :

“the common law principles that previously provided the grounds for judicial review of public power have been subsumed under the Constitution, and in so far as they might continue to be relevant to judicial review, they gain their force from the Constitution.”⁶⁴²

Judisiële hersiening is nou afgelei van die Grondwet om administratiewe optrede te kontroleer en nie meer afkomstig van die gemenerereg nie. 'n Aanval op die regsgeldigheid van administratiewe optrede is nou gebaseer op 'n bewering dat een of meer van die grondwetlike regte tot regmatige, redelike en prosedureel billike administratiewe optrede, geskend is.

Die *Pharmaceutical Manufacturers-saak* het dit ook duidelik gemaak dat, waar die uitoefening van publieke bevoegdheid nie binne die definisie van administratiewe optrede (administrative action) val nie, die optrede van die funksionaris nog steeds ingevolge die bepaling van die Grondwet (andersins as ingevolge die administratiewe geregtigheidsklousule), of as 'n oortreding van die grondwetlike beginsel van legaliteit, aangeval kan word.⁶⁴³

Die eerste vraag wat gevra moet word, is of ons met owerheidsopptrede (public power) te doen het. Die uitoefening van 'n private bevoegdheid/mag (private power) is nie

⁶⁴² *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA . In Re : Ex Parte President of the Republic of South Africa* 2000(2) SA 674 (CC) paragraaf 46, 50. “The exercise of all public power must comply with the Constitution which is the supreme law, and the doctrine of legality which is part of that law. The question whether the President acted *intra vires* or *ultra vires* in bringing the Act into force when he did, is accordingly a constitutional matter. The finding that he acted *ultra vires* is a finding that he acted in a manner that was inconsistent with the Constitution. The common law is not a body of law separate and distinct from the Constitution. There are not two systems of law, each dwelling with the same subject matter, each having similar requirements, each operating in its own field with its own highest court. There is only one system of law. It is shaped by the Constitution which is the supreme law, and all law, including the common law, derives its force from the Constitution and is subject to constitutional control. What would have been *ultra vires* under the common law by reason of a functionary exercising a statutory power, is invalid under the Constitution according to the doctrine of legality. In this respect, at last, constitutional law and common law are intertwined and there can be no difference between them.”

⁶⁴³ Ingevolge 'n sisteem van grondwetlike oppergesag en die feit dat geregtelike hersiening van administratiewe optrede nou afgelei word van die Grondwet en nie meer die gemenerereg nie, beteken dit dat wetgewing nie meer voorsiening kan maak vir vertrekweë buite die fundamentele beginsels van legaliteit, billikheid en redelikheid nie.

onderhewig aan die administratiefreg nie. Voor 1994 was die uitoefening daarvan wel onderhewig aan die administratiefreg, byvoorbeeld die dissiplinêre verrigtinge van privaatinstellings in die lewe geroep deur kontrak (Indiensnemingssooreenkoms in die arbeidsreg). Die uitoefening van die magte is nie owerheidsoprede nie. Die magte word nie tuisgebring en gekontroleer deur die nuwe grondwetlike administratiefreg nie, en val dit nog steeds vir hersieningsdoeleindes onder die gemenerereg. Die gemenerereg bly dus in laasgenoemde gevalle van toepassing.⁶⁴⁴

Die gemenerereg het steeds 'n groot rol te speel, hoewel indirek, in die uitleg van administratiewe geregtigheidsregte. Hier kan verwys word na die begrip "legitimate expectation" (Artikel 3[1]) wat slegs verstaan kan word, wanneer daar teruggekeer word na die hantering van die begrip in die gemenerereg.

In die meer onlangse beslissing van *Pennington v Friedgood and Others*⁶⁴⁵ het die Hoë Hof die beginsels soos neergelê in die *Pharmaceutical Manufacturers-saak* bevestig:

"Judicial review under the Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996 (the Constitution) and under the common law are not different concepts. Prior to the new constitutional dispensation, the control of public power by the Courts by judicial review was exercised through the application of common-law constitutional principles. Under the new constitutional dispensation such control is regulated by the Constitution. The common-law principles that previously provided the grounds for judicial review of public power have been submitted under the Constitution and, insofar as they might continue to be relevant to judicial review, they gain their force from the Constitution. In the judicial review of public power, the two are intertwined and do not constitute separate concepts."

Dit is dus duidelik dat die praktyk dit noodsaak dat daar 'n onafhanklike onderskeid moet wees tussen Artikels 32 en 33 van die Finale-Grondwet en dié twee stellingwetgewing, naamlik die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid en die Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting.



⁶⁴⁴ Hierdie groepering van die reg is in die verlede geklassifiseer as administratiefreg, maar hierdie geheel van die gemenerereg kan na die *Pharmaceutical Manufacturers-saak* eerder beskou word as deel te vorm van die kontraktereg. Sien hierbo die bespreking van die administratiewe geregtigheidsbeginsel en die horisontale werking van die Grondwet, veral met verwysing na die kontrak.

⁶⁴⁵ 2002(1) SA 251 (CPD) op 252.

Hoofstuk 2

ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID EN ADMINISTRATIEWE OPTREDE

Administratiewe optrede (“administrative action”) kan beskou word as die sleutel tot die bepaling van die bestek van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid. Hierdie aspek kom weer eens voor in beide die Finale-Grondwet en die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid. Daarom sou dit goed wees om oor dié definisies duidelikheid te verkry.

Die opskrif van Artikel 33 verwys eerstens na “regverdige” administratiewe optrede, en nie slegs na administratiewe optrede nie.

1. ARTIKEL 33 : REGVERDIGE ADMINISTRATIEWE OPTREDE

“33(1) Elkeen het die reg op administratiewe optrede wat regmatig, redelik en prosedureel billik is.

33(2) Elkeen wie se regte nadelig geraak is deur administratiewe optrede het die reg op die verskaffing van skriftelike redes.”

Dit is verder insiggewend dat die wetgewer geen definisie van die term “administratiewe optrede” in Artikel 239 (Woordomsnywing) van die Grondwet gee nie. “Staatsorgaan” word wel omskryf.

Die definisie vir administratiewe optrede in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, is egter hoogs gekompliseerd. Dit omskryf eerstens nie net wat onder administratiewe optrede verstaan word nie, maar sluit ook ’n hele aantal handelingte uit wat nie as administratiewe optrede beskou kan word nie.

Artikel 1 van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid 3 of 2000 bepaal soos volg :

- “(i) ‘Administrative Action’ means any decision taken, or any failure to take a decision, by -
 - (a) an organ of state; when -
 - (i) exercising a power in terms of the Constitution or a provincial constitution; or
 - (ii) exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation; or
 - (b) a natural or juristic person, other than an organ of state, when exercising a public power or performing a public function in terms of an

empowering provision, which adversely affects the rights of any person and which has a direct, external legal effect, but does not include -

- (aa) the executive powers or functions of the National Executive, including the powers or functions referred to in sections 79(1) and (4), 84(2)(a), (b), (c), (d), (g), (h), (i) and (k), 85(2)(b), (c), (d) and (e), 91(2), (3), (4) and (5), 92(3), 93, 97, 98, 99 and 100 of the Constitution.
 - (bb) the executive powers or functions of the Provincial Executive, including the powers or functions referred to in sections 121(1) and (2), 125(2)(d), (e) and (f), 126, 127(2), 132(2), 133(3)(b), 137, 138, 139 and 145(1) of the Constitution.
 - (cc) the executive powers or functions of a municipal council;
 - (dd) the legislative functions of Parliament, a provincial legislature or a municipal council;
 - (ee) the judicial functions of a judicial officer of a court referred to in section 166 of the Constitution or of a Special Tribunal established under section 2 of the Special Investigating Units and Special Tribunals act, 1996 (Act No 74 of 1996), and the judicial functions of a traditional leader under customary law or any other law;
 - (ff) a decision to institute or continue a prosecution;
 - (gg) a decision relating to any aspect regarding the appointment of a judicial officer, by the Judicial Service Commission;
 - (hh) any decision taken, or failure to take a decision, in terms of any provision of the Promotion of Access to Information Act, 2000; or
- (ii) any decision taken, or failure to take a decision, in terms of section 4(1)... “

Die vraag is of ons nie hierdeur in 'n doolhof beland het nie.

Artikel 33(1) van die Grondwet bestee slegs 14 woorde om 'n grondwetlike reg op administratiewe optrede, wat uit die kernelemente van “regmatigheid”, “redelikheid” en “prosedurele billikheid” bestaan, aan persone toe te staan.

Die woordskrywing in Artikel 1 van die Wet op Bevordering van Administratiewe Geregtigheid bevat egter 'n legio vereistes, uitsluitings en beperkings wat op administratiewe optrede geplaas word. 'n Mens wonder of daar in Artikel 33 enigsins sprake is van 'n grondwetlike reg.

Word die opskrif van die Wet, naamlik “Die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid”, vergelyk met die definisie van administratiewe optrede, is die vraag of jy nie hier met 'n *contradictio in terminus* te make het nie.

Du Plessis en Corder⁶⁴⁶ huldig die mening dat die begrip “administratiewe optrede” in sowel Artikel 24 van die Interim-Grondwet as Artikel 33 van die Finale-Grondwet toegepas word om uitdrukking te gee aan die wydste moontlike reeks van administratiewe optrede.⁶⁴⁷ Voor die promulgering van die *Promotion of Administrative Justice Act* het die howe nie ’n eenvormige standpunt ten opsigte van die inhoud van administratiewe optrede gehuldig nie.

Die wydste reeks van administratiewe optrede word egter nie deur die definisie van administratiewe optrede in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtheid daargestel nie.

Barrie maak die volgende stelling :

“Section 1 of the Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000 facilitates the exercise in determining what constitutes an administrative act by providing a definition. However, definitions in acts still have to be interpreted and applied to dissimilar facts. The debate as to what constitutes an administrative act for purposes of section 33 of the constitution is far from over. It can be expected that the courts will increasingly find themselves involved in questions related to defining ‘administrative action’.”⁶⁴⁸

2. DIE GEMENEREG EN DIE HANTERING VAN ADMINISTRATIEWE HANDELINGE

Prominensie word in beide die Grondwette, asook die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtheid verleen aan die begrip “administratiewe handeling”. Waar daar nou te doen gekry word met judisiële hersiening van owerheidsoptrede, hang dit baie daarvan af of die onregmatige owerheidsoptrede tuisgebring kan word onder die begrip “administratiewe optrede”, soos dit in veral die Wet op Bevordering van Administratiewe Geregtheid omskryf word.

Maar hoe het die gemenereg die begrip in die verlede gehanteer? In die gemenereg is daar nie spesifiek klem gelê op die begrip “administratiewe optrede” nie. Die fokuspunt was nie *per se* die handelingselement nie, maar die feit dat die owerheidsoptrede onregmatig was en dit by wyse van hersiening deur die howe, wat as waghonde opgetree het, reggestel moes word. Die howe kon die handeling óf tersyde stel, óf na die owerheidsorgaan terug verwys om dit reg te stel.

⁶⁴⁶ Du Plessis en Corder, 1994:168.

⁶⁴⁷ Vgl ook De Waal *et al*, 1999:457: “Administrative action is therefore, put at its simplest and narrowest, the conduct of the administration. However, for the purposes of the constitutional right to administrative justice, administrative action should be interpreted expansively so as to improve the constitutional duty to act lawfully, reasonably and with fair procedure on the widest possible variety of actions and actors. This requires an institutional test, is the institution (the person of the entity) whose conduct is in question part of the administration? If yes, then its conduct is administrative action.” Die skrywers huldig derhalwe die mening dat die begrip “administratiewe optrede”, die optrede is van sowel openbare liggame as dié van privaate persone of entiteite, wat ’n openbare bevoegdheid uitoefen, of ’n openbare funksie verrig.

⁶⁴⁸ Barrie, 2002:562.

In die gemenerereg is daar 'n wyer interpretasie verleen aan die begrip “administratiewe handeling”. Die gemenerereg het die klem laat val op die orgaan wat die handeling uitgevoer het. Indien dit nie 'n administratiewe orgaan was nie, is daar ondersoek ingestel of die handeling wat die liggaam uitgevoer het, nie juis aan hersiening blootgestel moes word nie. Dit het veral plaasgevind in die dissiplinêre proses van veral sportliggame.

Wat die gemenerereg aanbetref, sou enige van die volgende handeling daarop dui dat 'n owerheidsorgaan die handeling uitgevoer het en dat dit aan hersiening deur die howe onderwerp moes word :

- Word die liggaam in die lewe geroep en beheer deur middel van wetgewing?
- Voer die liggaam wetgewende handeling uit?
- Is publieke befondsing een van die bronne van die liggaam?
- Hoort die liggaam tuis onder die beheer van 'n erkende openbare gesag?
- Rus daar 'n verpligting op die liggaam om in publieke belang op te tree?

Dit is derhalwe duidelik dat die gemenerereg 'n wye betekenis aan die begrip “administratiewe handeling” verleen het. In die verlede, voor die inwerkingtrede van die Interim-Grondwet in 1994, is die hersiening van owerheidsopptrede as belangrik geag, en is die beginsels van hersiening so wyd as moontlik toegepas. Owerheidsopptrede is al hoe meer deur die howe onder die vergrootglas geplaas. Selfs die optrede van privaatligeame het nie die aandag van die howe ontglip nie. Die howe het selfs so ver gegaan as om ook prerogatiwe magte te hersien.⁶⁴⁹

Maar hoe ver het die hersieningsbevoegdheids van die howe nou eintlik gestrek? Die howe se beperkingsmeganisme was nie om die definisie van hersieningsbevoegdheid te verklein nie, soos wat duidelik na vore gekom het uit die hersiening van selfs die handeling van privaatligeame. Die howe het gebruik gemaak van die klassifikasieproses van die funksies, om seker te maak dat hersieningsgronde verskillend, of glad nie, toegepas is, afhangende met welke administratiewe optrede 'n mens te doen gehad het.

Administratiewe handeling was gekategoriseer as wetgewend, judisieel, quasi-judisieel en suiwer administratiewe handeling. Die klassifikasieproses is ook hewig gekritiseer.⁶⁵⁰ Daar was byvoorbeeld geen gronde vir hersiening van onredelikheid vir suiwer administratiewe handeling nie. Redelikheidstoetse is vuriglik toegepas op “wetgewende” en “judisiële” administratiewe handeling. So kon slegs “quasi-judisiële” handeling op grond van die reëls van natuurlike geregtigheid aan hersiening onderwerp word.

Die twee grondwette en die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid het egter vir ons 'n totale klemverskuiwing wat “administratiewe optrede” betref,

⁶⁴⁹ Sien in die verband Hoexter, 2000:501-2.

⁶⁵⁰ Baxter, 1984:344. Schreiner Judge of Appeal in *Pretoria North Town Council v A1 Ice Cream Factory* 1953(3) SA 1 (A) 11A-B warned against such categorisation. Corbett Chief Justice in *Administrator Transvaal v Traub* 1989(4) SA 731 (A) questioned the effectiveness of such categorisation. Milne Judge of Appeal in *South African Roads Board v Johannesburg City Council* 1991(4) SA 1 (A) 12B-D declared that this categorisation exercise is not an easy one.

teweegbring. Die reg op administratiewe geregtigheid het nie meer so 'n wye omvang soos wat dit in die verlede gehad het nie. Die Handves van Menseregte verleen nou direkte regte aan die onderdaan/individu. Dit is nie nodig om handeling soos onregmatige diskriminasie vir hersiening na die howe te verwys nie. Wetgewing is aangeneem en in die lewe geroep om met hierdie probleemareas te handel.⁶⁵¹

Die blote feit dat daar in die gemenereg 'n wye interpretasie aan administratiewe optrede verleen is, regverdig nie die eng definisie van administratiewe optrede soos dit vervat word in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid nie.

Twee aspekte kom na vore. Eerstens kan administratiefregtelike hersiening 'n groot demper plaas op die optrede van die owerheidsorgaan. Tweedens kan die eng definisie van administratiewe optrede in die Wet vervat, lui dat die owerheid in sy optrede, wat onregmatig kan wees, te veel beskerm word en die onderdaan grootliks verhoed om sy grondwetlike reg soos vervat in Artikel 33 van die Grondwet, ten volle te kan uitoefen.

Die vraag kom onmiddellik by 'n mens op wat die wetgewer nou werklik probeer bereik het met die definisie van "administratiewe optrede"? Gaan dit werklik in die toekoms 'n bydrae lewer om administratiewe geregtigheid te bevorder, of gaan dit eerder 'n meulsteen om die nek van die individu wees, wat ingevolge Artikel 33 sy grondwetlike reg tot regverdigde administratiewe optrede wil probeer afdwing?

Dit is 'n uitgemaakte saak dat ná die Interim-Grondwet se inwerkingstelling en toe Suid-Afrika 'n demokratiese bestel betree het, daar wesentlike veranderinge in die Staatsdiensorganisasie plaasgevind het. Baie owerheidsonderdane is in nuwe poste aangestel en verrig tans administratiewe funksies. Hoe gaan hierdie amptenare daarin slaag om die definisie van administratiewe optrede te interpreteer en seker maak dat die uitoefening van die staatsfunksies in ooreenstemming met die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid is. Dit gaan 'n opdraande stryd meebring, aangesien veral die definisie van administratiewe optrede sekerlik van die omvattendste is, wat ooit in wetgewing teëgekomp is.

3. WELKE BETEKENIS HEG DIE HOWE AAN DIE BEGRIP "ADMINISTRATIEWE OPTREDE"?

Volgens Van Wyk⁶⁵² is die uitdrukking "administratiewe optrede" vatbaar vir wye interpretasie. Hy wys daarop dat die Konstitusionele Hof tot op hede egter 'n beperkte uitleg daaraan verleen het. In *Bernstein and Others v Bester and Others NNO*⁶⁵³ huldig regter Ackermann die mening dat Artikels 24(a) en (b) van die Interim-Grondwet impliseer

⁶⁵¹ Sien byvoorbeeld dié Wet – "Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act", 4 of 2000.

⁶⁵² Van Wyk, 1997:249.

⁶⁵³ 1996(4) BCLR 449 (CC).

dat regte, belang of regmatige verwagtings wat geraak of bedreig word, 'n voorvereiste vir regsgeldige en prosedureel billike administratiewe optrede is. Derhalwe beslis die Konstitusionele Hof dat 'n ondersoek ingevolge Artikels 417 en 418 van die Maatskappywet 61 van 1973 waarskynlik nie as administratiewe optrede geklassifiseer kan word nie.⁶⁵⁴

Van Wyk meen dat hierdie argument tot gevolg het dat administratiewe optrede afhanklik gestel word aan faktore wat selfs nie in die gemenereg op die definisie van toepassing was nie. Die benadering van die hof in Bernstein laat dit lyk asof die gemeenregtelike betekenis van administratiewe optrede kragtens die Grondwet van die betekenis daarvan verskil.

Currie, Hoexter en Lyster⁶⁵⁵ doen 'n eenvoudige toets aan die hand, maar dit blyk ook nie 'n finale oplossing te bied nie en stel hulle dit soos volg :

“The simplest way to approach the Constitutional meaning of ‘administrative action’ is by means of an institutional test informed by the doctrine of separation of powers. Our reasoning might go something like this : Parliament, the provincial legislatures and local authorities are original legislators, so laws made by them will not be administrative action-Courts are part of the judiciary, so their decisions are not administrative action. But all executive organs except the Cabinet (and sometimes the President) are regarded as part of the public administration, so everything done by these organs is administrative action.”

Hierdie benadering blyk voor die handliggend te wees.

In die *Fedsure Life Assurance Limited and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council and Others*-saak⁶⁵⁶ het die Konstitusionele Hof verklaar dat wetgewende organe wat oor oorspronklike, beraadslagende, wetgewende bevoegdheids beskik, is nie by “administratiewe optrede” betrokke nie, en dat daar 'n sfeer van judisiële optrede is, wat ook nie-administratiewe optrede daarstel nie.⁶⁵⁷

In die *President of the Republic of South Africa v South African Rugby Football Union*⁶⁵⁸ saak het die Konstitusionele Hof beslis dat lidmaatskap van die uitvoerende afdeling van die regering in die klassifikasieproses nie 'n uitgemaakte toets is nie. Die frase soos vermeld in Artikel 24 (en tans Artikel 33) is nie “uitvoerende” optrede nie, maar inderdaad “administratiewe” optrede.

⁶⁵⁴ Die hof merk soos volg op: “I have difficulty in seeing how the enquiry in question can be characterised as administrative action. It forms an intrusive part of the liquidation of a company. I have difficulty fitting this into the mould of ‘administrative action. . . it is hard to envisage an administrative action taken by the commissioner in respect whereof it would make any sense to furnish reasons. The enquiry is to gather information to facilitate the liquidation process. It is not aimed at making decisions binding on others.”

⁶⁵⁵ Currie *et al.* 2002:93.

⁶⁵⁶ *Fedsure Life Assurance Limited and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council and Others* 1998(2) SA 1115 (SCA) paragraaf 59.

⁶⁵⁷ In *Nel v Le Roux* NO 1996(3) SA 562 (CC) paragraaf 24 beslis regter Ackermann dat die summere vonnisprosedure in Artikel 189 van die Strafproseswet 51 van 1977 gereguleer van aard was en nie “administratiewe optrede” tot gevolg gehad het nie. Dit is uitgevoer deur 'n judisiële amptenaar en was onderhewig aan die normale reëls van strafregtelike appèlle.

⁶⁵⁸ 2000(1) SA 1 (CC) paragraaf 148 (SARFU III).

Die hof beslis verder :

“What matters is not so much the functionary as the function. The question is whether the task itself is administrative or not. It may well be ... that some acts of a legislature may constitute ‘administrative action’. Similarly, judicial officers may, from time to time, carry out administrative tasks. The focus of the enquiry as to whether conduct is ‘administrative action’ is not the arm of government to which the relevant actor belongs, but on the nature of the power he or she is exercising.”⁶⁵⁹

Hiervolgens is dit inderdaad vir regtelike amptenare moontlik om ook administratiewe funksies te vervul. Die uitreik van ’n lasbrief is ’n goeie voorbeeld. Dit is ook moontlik vir oorspronklike wetgewers (parlement, provinsiaal en plaaslike owerheid) om administratiewe funksies te vervul, soos byvoorbeeld waar ’n parlementêre komitee dissiplinêre stappe teen ’n lid neem.

Die belangrike vraag wat tog gevra moet word, is of administratiewe geregtigheid (met die klem op geregtigheid) nie maar op die voorgrond geplaas kan word nie, in stede daarvan om die klem te laat val op wat presies onder administratiewe optrede verstaan word. Daar moet nie uit die oog verloor word nie wat die doel met die grondwetlike reg ingevolge Artikel 33 werklik is nie. Die reg is in die Grondwet opgeneem, sodat dit maksimaal aan die individu wat in ’n ongelyke verhouding met die staat as owerheidsorgaan in die uitoefening van sy owerheidsfunksies staan, beskerming kan verleen.

Proklamasies is ’n vorm van gedelegeerde wetgewing, wat tipies geassosieer word met die implementering van wetgewing. As sodanig pas dit goed in by die gemeenregtelike benadering van wat in die administratiewe reg as hersienbaar beskou kan word. In die *Pharmaceutical Manufacturers-saak* het die hof egter ’n beknopte uitleg aan die woord “implementering” verleen. Die hof steun op die verskil tussen die implementering van die Wet en die voorafgaande besluit wat die Wet in die lewe moet bring. Word implementering beskou as die omvatting van die meganiese optrede vir die promulgering van ’n proklamasie. Die probleem lê daarin dat die promulgasie op sigself inderdaad die enigste bewys is van die voorafgaande besluit. Die besluitnemende proses en die blote implementering kan sekerlik beskou word as so naby aan mekaar te wees, dat dit vir hersieningsdoeleindes as een optrede beskou kan word.

Die Konstitusionele Hof is nou opgesaal met die onbenydenswaardige taak om te besluit wat nou eintlik administratiewe optrede daarstel, al dan nie. Die eindresultaat sal dan wees om elke feitestel op sy eie meriete te beoordeel, alvorens besluit sal word of daar met administratiewe optrede te doen gekry word.

Maar welke betekenis heg die hof nou eintlik aan die begrip “administratiewe optrede”?

⁶⁵⁹ 2000(1) SA 1 (CC) paragraaf 141.

Verskeie Konstitusionele Hofbeslissings het die afgelope tyd die lig gesien. Hy bevind in *SA Metal Machinery Company Limited v Transnet Limited*⁶⁶⁰ dat die tenderprosedure in die onderhawige geval nie administratiewe optrede daarstel nie. In die *Aquafund Pty Limited v Premier of the Western Cape-saak*⁶⁶¹ en die *ABBM Printing and Publishing (Pty) Limited v Transnet Limited-saak*⁶⁶² huldig die Hof egter telkens die standpunt dat die tenderprosedure wel as administratiewe optrede beskou moet word.

Daar kan saamgestem word daarmee dat regsekerheid nie in die hand gewerk word waar die Konstitusionele Hof teenstrydige interpretasies aan die begrip administratiewe optrede toedig nie. Of sal daar aangevoer kan word dat die feite van bogemelde sake so drasties van mekaar verskil het, dat dit verskillende interpretasies geregverdig het?

In die *Claude Neon Limited v Germiston City Council-saak*⁶⁶³ het die Hof weer bepaal dat die oorweging van die meriete van 'n tender deur die stadsraad 'n "purely administrative function" was. In *Bushbuck Ridge Border Committee v Government of the Northern Province*⁶⁶⁴ is die Hof van mening dat politieke partye nie aan die reëls van administratiewe geregtigheid gebonde is nie en dus by implikasie nie 'n administratiewe handeling verrig nie. Daar word egter aan die hand gedoen dat daar in so 'n geval vasgestel sal moet word wat die politieke en beleidsinhoud van die betrokke optrede is. Die howe is normaalweg nie geneë om met politieke beleidsformulering in te meng nie.

Thornton⁶⁶⁵ meen dat die aard van die reg op regverdige administratiewe optrede afhanklik is van die betekenis van administratiewe optrede. Sy stel voor dat die begrip verbreed moet word om sowel openbare as private administratiewe optrede in te sluit. Volgens haar maak die aard van administratiewe optrede daarvoor voorsiening dat die reg ook teenoor politieke partye afdwingbaar is. Hierdie standpunt kom ooreen met die definisie van administratiewe optrede in die *Promotion of Administrative Justice Act* wat uitdruklik bepaal dat ook 'n regspersoon wat nie 'n staatsorgaan is nie, administratiewe optrede kan verrig.

In *Premier, Mpumalanga v Executive Committee, Association of State-Aided Schools, Eastern Transvaal*⁶⁶⁶ het die hof beslis dat die besluit van 'n provinsiale lid van die Uitvoerende Komitee om beurse van staatsondersteunde skole te onttrek, op administratiewe optrede neerkom.

In *Janse van Rensburg NO and Another v Minister of Trade and Industry NNO NO and Another*⁶⁶⁷ het die hof beslis dat die bevoegdhede wat deur die *Consumer Affairs Act, 71 van 1988* aan die Minister van Handel en Nywerheid verleen word om die aktiwiteite van 'n

⁶⁶⁰ 1999(1) BCLR 58 (W) 65J-66D.

⁶⁶¹ 1997(7) BCLR 907 (C) 915H-915I.

⁶⁶² 1997(10) BCLR 1429 (W) 1436E-1436G.

⁶⁶³ 1995(3) SA 710 (W) 720I-721A.

⁶⁶⁴ 1999(2) BCLR 193 (T).

⁶⁶⁵ Thornton, 1999:356.

⁶⁶⁶ 1999(2) SA 91 (CC) paragraaf 38.

⁶⁶⁷ 2001(1) SA 29 (CC) paragraaf 24.

maatskappy op te skort om sy bates te vries, onderhewig is aan die bepalings van Artikel 33. Sodoende is dit indirek as administratiewe handeling geklassifiseer.

In *Permanent Secretary, Department of Education and Welfare, Eastern Cape v Ed-U-College (PE) (Section 21) Inc*⁶⁶⁸ het die hof beslis dat 'n provinsiale lid van die Uitvoerende Komitee se besluit om 'n subsidieformule vir onafhanklike skole en 'n formule hoe die subsidie toegestaan moet word aan te neem, inderdaad administratiewe optrede was.

In hierdie saak het regter O'Regan geredeneer dat die toekenning van 'n bedrag geld aan onderwys deur die provinsie wel 'n wetgewende handeling was, soos uitgevoer ingevolge die *Provincial Appropriation Act 4* van 1997. Die toekenning van 'n kleiner bedrag (binne die groter bedrag) aan onafhanklike skole was ook wetgewende optrede. Maar die vasstelling van 'n bepaalde formule hoe die geld toegeken moes word, was natuurlik nie 'n wetgewende handeling nie. Dit was nie 'n aangeleentheid wat deur die wetgewer oorweeg of gedebatteer is nie, en het ook nie voortgespruit uit die wetgewing self nie. Dit was 'n diskresionêre bevoegdheid wat ingevolge wetgewing aan die LUK verleen was.

In hierdie hofsaak het die Konstitusionele Hof weer eens sy onderskeid tussen naby verwante besluite met die formulering van besluite (wat nie gewone administratiewe optrede is nie) en besluite wat verwant is aan die uitvoering van wetgewing, herbevestig.

Verwysende na die faktore wat in die *SARFU-saak* oorweeg is, tref regter O'Regan die onderskeid soos volg :

“Policy may be formulated by the Executive outside of legislative framework. For example, the Executive may determine a policy on road and rail transportation or on tertiary education. The formulation of such policy involves a political decision and will generally not constitute administrative action. However, policy may also be formulated in a narrower sense where a member of the Executive is implementing legislation. The formulation of policy in the exercise of such powers may often constitute administrative action.”⁶⁶⁹

Die besluit van die LUK in hierdie saak het op beleidsformulering in die eng sin neergekom, oftewel binne die raamwerk van wetgewing. Dit was derhalwe administratiewe optrede binne die kader van die Konstitusie.

Dit is duidelik dat die Konstitusionele Hof en die Hoër Howe steeds besig is met die definiëring van die begrip “administratiewe optrede”. Dit is veral duidelik, indien daar gekyk word na elke maand se Suid-Afrikaanse Hofverslae. Meer tyd word deur die hofe gespandeer om administratiewe optrede te bepaal, as om aandag te skenk aan die begrip “administratiewe geregtigheid”. Kritiek word ook gelewer ten opsigte van die proses

⁶⁶⁸ 2001(2) SA 1 (CC) paragraaf 21

⁶⁶⁹ 2001(2) SA 1 (CC) Paragraaf 18.

waarvolgens die foute by die amptenaar op grondvlak tuisgebring word. Die foute wat in die Konstitusionele Hof en Hoër Howe uitgewys word, word nie deurgedra na die amptenaar op grondvlak nie.

Indien die definisie van administratiewe optrede so omvattend is en dit soveel deskundigheid kos om te bepaal of dit wel tuisgebring kan word onder die definisie vervat in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtheid, hoe kan daar van 'n amptenaar verwag word dat hy/sy sal weet wanneer sy/haar administratiewe optrede regmatig sal wees?

'n Aantal jare het reeds verstryk na die inwerkingtreding van die Wet. Tog is daar nog nie veel verrig betreffende Artikel 10 nie. Die nodige leiding is nog nie aan die amptenaar verskaf nie. Miskien kan dit egter, positief gesien, as 'n bedekte seën beskou word, aangesien vele probleme rakende dié Wet eers opgelos moet word.

Die hantering van tenders op staatsdepartementele vlak kan as voorbeeld dien. 'n Spesifieke kode kan saamgestel word hoe om tenders te hanteer, wat ook in die nodige opleiding aan die voorsittende amptenare wat besluite moet neem oor die toekenning van tenders insluit. Dit is nou maar eenmaal een van die mees omstrede vorms van administratiewe optrede, aangesien dit male sonder tal tot ongerymdhede soos bedrog en omkoperij lei. Daar kan as't ware 'n onafhanklike tribunaal aangestel word om alle tenders vir administratiewe korrektheid na te gaan. Ongelukkig kan die tydsverloop waarby tenders toegeken en afgehandel moet word, die hersieningsbevoegdheid kniehalter.

Die Hoë Hof het in *Umfolozi Transport (Edms) Beperk v Minister van Vervoer*⁶⁷⁰ beslis dat die toekenning van 'n staatstender administratiewe optrede was. In *Transnet Limited v Goodman Brothers (Pty) Limited*⁶⁷¹ het die Hoogste Hof van Appèl hierdie redenasie uitgebrei en beslis dat die aanvra van en die toekenning van tenders, ook administratiewe optrede daarstel.⁶⁷²

In die *Cape Metropolitan Council v Metro Inspection Services-saak*⁶⁷³ het die hof beslis dat die kansellasie van 'n agentskapsooreenkoms tussen 'n plaaslike raad ('n staatsorgaan) en 'n beslote koöperasie nie administratiewe optrede daarstel nie. Die kansellasie van die ooreenkoms het plaasgevind op grond van bedrog en nie statutêre wetgewing nie. Die staatsorgaan bevind hom hier in 'n privaatregtelike verhouding, met die ander party, naamlik die kontrak. Die kansellasie van die ooreenkoms is privaatregtelik en nie publiekregtelik van aard nie.

⁶⁷⁰ 1997(2) ALL SA 548 (SCA); 553B-C (Howe JA).

⁶⁷¹ 2001(1) SA 853 (SCA) paragraaf 7.

⁶⁷² Sien ander sake oor tenders, soos bv. *National and Overseas Modular Construction Limited v Tender Board, Free State Provincial Government and Another* 1999(1) SA 701 (O) (toekenning van tender); *Aquafund (Pty) Limited v Premier of Western Cape* 1997(7) BCLR 907 (C) (oorweging van tenders deur Provinsiale Tenderraad); *ABBM Printing and Publishing (Pty) Limited v Transnet Limited* 1998(2) SA 109 (W); (die aanvra van en toekenning van tenders deur Transnet).

⁶⁷³ 2001(3) SA 1013 (SCA).

Groot kommer heers dat selfs die howe foute maak met die definiëring van die begrip “administratiewe optrede”. In die *Shoprite Checkers (Pty) Limited v Ramdaw NO and Others-saak*⁶⁷⁴ het die arbeidshof ’n definisie van die Arbeidsappèlhof reggestel. In die saak het die vraag ontstaan of ’n arbitrasietoekenning deur ’n kommissaris van die Kommissie vir Konsiliasie, Mediasie en Arbitrasie (KKMA), ingestel ingevolge die Wet op Arbeidsverhoudinge, Wet 66 van 1995 (WAV), neergekom het op administratiewe optrede vir doeleindes van Artikel 33 van die Grondwet.

Die hof moes dus beslis of die arbitrasiebevel of toekenning, rakende ’n onregmatige afdanking deur die arbitrator, soos aangestel ingevolge die WAV deur die KKMA op administratiewe optrede neerkom. Waarnemende regter Wallis het beslis dat dit nie die geval is nie.⁶⁷⁵

In die *Shoprite Checkers-saak* het Wallis geen keuse gehad as om die beslissing in die *Carephone (Pty) Limited v Marcus NO-saak*⁶⁷⁶ reg te stel nie. In laasgenoemde saak is beslis dat ’n arbitrasie voor die KKMA neerkom op administratiewe optrede, aangesien die KKMA ’n staatsorgaan was wat bekleë is met judisiële magte. Wallis bevind tereg dat die Carephone-beslissing nie in ooreenstemming was met die beslissing van die Konstitusionele Hof in die saak van *Fedsure Life Assurance Limited and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council and Other-saak*⁶⁷⁷ nie.

Die Konstitusionele Hof en Hoër Howe het nie altyd ’n maklike taak om administratiewe optrede te definieer nie. Interessante feite kan opduik wat dit nogal moeilik kan maak om te bepaal of dit met administratiewe optrede te make het, soos in die saak van *Steele v South Peninsula Municipal Council*.⁶⁷⁸ In die saak het die Plaaslike Raad eerstens ’n verslag van verkeerskonsultante ingewin, ’n publieke vergadering gehou, ’n vraelys aan die publiek oor hul opinies verkry, betoë van belangegroepes aangehoor en vergaderings met die Uitvoerende Komitee gehou. Hierna is besluit om die helfte van die aantal spoedhobbels in twee versamelroetes te verwyder. Die applikante, wat met die besluit ontevrede was, het in die Provinsiale Afdeling aansoek gedoen vir die hersiening en tersydestelling van die besluit.

Die applikante het aangevoer dat die besluit ’n administratiewe handeling daargestel het en dat dit ingevolge Artikel 33 van die Grondwet hersienbaar was. Die eerste respondent het

⁶⁷⁴ 2001(3) SA 68 (LC).

⁶⁷⁵ 2001(3) SA 68 (LC) Paragraaf 90 Waarnemende Regter Wallis beslis: “Other than the fact that the CCMA is an organ of State acting in terms of statutory authority and exercising statutory powers, neither of which is decisive on the Constitutional Court has made clear, I can find no reason to characterize the work of a commissioner of the CCMA presiding over an arbitration in terms of sections 136, 138, 139 or 141 of the LRA as being administrative action. In my view, it clearly is not administrative action. The fact that the commissioner is not performing judicial functions under the Constitution and does not form part of the judicial arm of the State or come within the judicial process is neither here nor there. The questions is whether the conduct of such arbitration is administrative action and the answer is that it is not.”

⁶⁷⁶ 1999(3) SA 304 (LAC).

⁶⁷⁷ 1999(1) SA 374 (CC). In hierdie saak is beslis dat nie elke handeling van ’n staatsorgaan uitgeoefen ingevolge statutêre bevoegdhede, neerkom op administratiewe optrede vir grondwetlike doeleindes. Dit is noodsaaklik in elke hofsaak om ooreenkomstig die feite van die saak te bepaal of die optrede onder bespreking wel voldoen aan die vereistes van optrede soos bepaal deur die Wet. Waarnemende-Regter Wallis beslis dat die Carephone-beslissing gebaseer was op ’n verkeerde interpretasie van die begrip “administratiewe optrede” soos gebruik in die Grondwet, en kan derhalwe nie meer beskou word as gesaghebbend nie (paragraaf 85).

⁶⁷⁸ 2001(3) SA 640 (C).

aangevoer dat, hoewel die administratiewe handeling nie algeheel as wetgewend van aard gesien moes word nie, dit ook nie administratief van aard was nie.

Dit is verder interessant om daarop te let dat die Verkeerswet (National Road Traffic Act, Act 93 of 1996) ook nie voorsiening maak vir die spoedhobbels nie, maar dat dit afkomstig is uit 'n verkeersgids vanaf Australië, wat hier te lande aangepas is vir spoedkalmering, om sodoende beter verkeersveiligheid te probeer verseker.

Die hof beslis dat die Raad se beslissing, afgesien van die gedeelte wat verwys na uitgawes, nie behoorlik inpas as wetgewend van aard nie, maar ook nie inpas as administratiewe optrede nie.⁶⁷⁹

Hierdie saak is 'n sprekende voorbeeld daarvan dat die fokus van die hof so vasgenael is op die korrekte definiëring van administratiewe optrede ingevolge die wet, dat dit totaal tred verloor het met die aspek van administratiewe geregtigheid. Die vraag moes eerder gevra word of die besluit regmatig was, al dan nie. Dit het neergekom op administratiewe optrede wat regmatig, redelik en prosedureel billik was.

In die saak van *Gamevest (Pty) Limited v Regional Land Claims Commissioner, Northern Province and Mpumalanga and Others* laat die Hoogste Hof van Appèl hulself soos volg uit oor die definisie van administratiewe optrede :

“What is an administrative act for purpose of justiciability? There is no neat, ready made definition in our case law, but in *Hira and Another v Booysen and Another 1992(4) SA69(A)* Corbett C.J. at 93A-B required, for common law review, the non-performance or wrong performance of a statutory duty or power, where the duty/power is essentially a decision-making one and the person or body concerned has taken a decision, a review is available.”⁶⁸⁰

Volgens Henderson⁶⁸¹ bied die uitspraak in *Cekeshe v Premier for the Province of the Eastern Cape*⁶⁸² 'n oplossing vir dié onsekerheid. Regter Van Zyl beslis dat dit onnodig is om 'n uitgebreide of presiese definisie te formuleer.

In die lig van hierdie uitspraak meen Henderson dat die aard en effek van die betrokke optrede bepalend is vir die vraag of dit administratiewe optrede is. Die aard van die

⁶⁷⁹ Die besluit geneem deur die Raad het eerder die uitvoering van die Raad se grondwetlike bevoegdhede daargestel asook die 'reg om die sake van die Plaaslike Regering vir die Gemeenskap te hanteer', soos in Artikel 10C(3) van die Oorgangswet op Plaaslike Owerhede, Wet 209 van 1993 gelees met Artikels 6 en 7 van Skedule 2A van die Wet (welke wet bevoegdhede opgelê het aan die Raad rakende verkeersveiligheid). (P.643 Paragraaf A-B van die saak).

⁶⁸⁰ 2003(1) SA 373 (SCA) op 382 Paragraaf C-D.

⁶⁸¹ Henderson, 1998:635.

⁶⁸² 1997(12) BCLR 1746 (TK) op 1766D-1766F verklaar die hof soos volg: “In my opinion, and bearing in mind that it would be undesirable to attempt to provide any precise test by which in every instance of the distinction between 'legislative action' and 'administrative action' can be determined for purposes of section 33, the question may be answered with reference to the nature of the function and the nature and the effect of the decision under the statutory scheme. It is not to be determined by having regard to the authority exercising the power of the instrument used to publish the action or decision. It is the substance and not the form or name that matters. Accordingly, the fact that the statutory power, as in the instant matter, was exercised by the Premier and issued by way of proclamation is in itself insufficient to conclude that it is legislative action.”

liggaam wat die optrede uitvoer en die aard van die instrument wat gevolg gee aan die optrede, word dus nie as riglyn gebruik nie.

Die onderliggende rasionaal van die uitspraak deur regter Van Zyl is dat administratiewe optrede geïdentifiseer word met verwysing na die mate waarin die optrede onderhewig is aan kontrole deur die wetgewer. Indien die wetgewer 'n geringe rol speel met betrekking tot die omskrywing en die magtiging van die betrokke optrede, sal 'n hof dit waarskynlik as administratiewe optrede klassifiseer.

Die begrip “administratiewe optrede”, soos vermeld in Artikel 1 van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, is ongetwyfeld heeltemal te kompleks vir sowel die individu wie se grondwetlike reg geskend is, as die amptenaar wat sy administratiewe optrede daarvolgens moet verrig.

Die omskrywing van “administratiewe optrede” en die uitsluitings in die Wet dra nie net tot onsekerheid by nie, maar plaas wel 'n demper op die grondwetlike reg tot regmatige administratiewe optrede soos vervat in Artikel 33 van die Grondwet. Die mening van die woorde “give effect to this rights” beteken nie dat 'n Wet daargestel moet word wat 'n definisie van administratiewe optrede bevat om die individu se grondwetlike reg tot regmatige, redelike en prosedurele billike administratiewe optrede deur die staat grootliks aan bande moet lê nie.

Verdere onduidelikheid bestaan oor die begrippe “openbare bevoegdheid” en “openbare funksie” en wat die verskil tussen administratiewe en uitvoerende optrede is.

Barrie is reg as hy sê :

“Seeing the important constitutional implementation to the individual of having administrative action that affects him classified as being an ‘administrative act’, it can be expected that a plethora of litigation on this subject still awaits us.”⁶⁸³

Groter aandag kan aan administratiewe geregtigheid geskenk word, in plaas daarvan om te veel klem op die begrip “administratiewe optrede” te plaas. Die wetgewer moet meer aandag daaraan skenk om die definisie van “administratiewe optrede” te vereenvoudig, sodat dit aanklank kan vind by die bepalings van Artikel 33 van die Grondwet en nie die grondwetlike reg van die individu beperk nie.

4. KNELPUNTE RAKENDE DIE BEGRIP “ADMINISTRATIEWE OPTREDE”

Daar is reeds hierbo aangedui dat die definisie van “administratiewe optrede” kompleks van aard is en dat dit nie bydra tot 'n beter fokus op die tegniese aspekte rakende administratiewe geregtigheid nie. 'n Meer doelgerigte uitleg van veral die definisie aan die

⁶⁸³ Barrie, 2002:566.

hand van die volledige wet, kan dalk 'n bydrae lewer om van die onsekerheid uit die weg te ruim. Groter fokus moet ook geplaas word op die inhoudelike van Artikel 33 van die Grondwet.

Artikel 1 sluit egter ook die volgende omskrywing in die definisie van “administratiewe optrede” in :

- i. Decision/Besluit
- ii. Empowering provision/Magtigende bepaling
- iii. Failure/Nie-nakoming.

Volgens die definisie vroeër aangehaal, bevat onder andere besluit as komponent. Dit verwys na besluite van administratiewe aard ingevolge 'n magtigende bepaling. Daarom moet “magtigende bepaling” ook van nader beskou word en aangesien besluit ook 'n nie-besluit insluit, moet nie-nakoming as definisie oorweeg word.

Asof dit nie reeds ingewikkeld genoeg is nie, moet hierdie definisies ook aandag geniet.

“Decision” word soos volg gedefinieer :

“‘decision’ means any decision of an administrative nature made, proposed to be made, or required to be made, as the case may be, under an empowering provision, including a decision relating to -

- (a) making, suspending, revoking or refusing to make an order, award or determination;
 - (b) giving, suspending, revoking or refusing to give a certificate, direction, approval, consent or permission;
 - (c) issuing, suspending, revoking or refusing to issue a licence, authority or other instrument;
 - (d) imposing a condition or restriction;
 - (e) making a declaration, demand or requirement;
 - (f) retaining or refusing to deliver up, an article; or
 - (g) doing or refusing to do any other act or thing of an administrative nature,
- and a reference to a failure to take a decision must be construed accordingly.”

“Empowering decision” word soos volg gedefinieer :

“‘Empowering provision’ means a law, a rule of common law, customary law, or an agreement, instrument or other document in terms of which an administrative action was purportedly taken.”

“Failure” word soos volg gedefinieer :

“‘failure’ in relation to the taking of a decision, includes a refusal to take the decision.”

Uit die definisie van administratiewe optrede tree sewe elemente na vore, volgens Currie en Klaaren.⁶⁸⁴

'n Handeling of optrede sal kwalifiseer as administratiewe handeling of optrede indien dit aan die volgende vereistes voldoen :

- (a) Dit moet 'n besluit of voorgenome besluit wees;
- (b) dit moet van administratiewe aard wees;
- (c) dit moet ingevolge 'n magtigende bepaling gemaak word;
- (d) wat nie spesifiek uitgesluit word deur die lys van uitsluitings in die Wet nie;
- (e) welke besluit geneem word deur 'n staatsorgaan of deur 'n privaatpersoon wat owerheidsfunksies uitvoer;
- (f) wat regte nadelig kan affekteer; en
- (g) wat 'n direkte, eksterne regseffek kan hê.

4.1 'n BESLUIT OF VOORGENOME BESLUIT

Hiemstra en Gonin omskryf "decision" (besluit) in die Drietalige Regswoordeboek soos volg :

"Decision : besluit, beslegting, beslissing, uitspraak, gewysde (sien decided case); come to a decision; 'n beslissing (of slotsom) bereik; tot 'n beslissing geraak; the court on its own decided; die hof het uit eie beweging besluit..."⁶⁸⁵

Bosman, Van Der Merwe en Hiemstra definieer "decision" (besluit) soos volg :

"decision - beslissing, uitspraak, besluit, uitlegging, vertolking, uitslag, beslistheid; give a decision; 'n beslissing gee, make (take) a decision; 'n besluit of beslissing neem; reach a decision; tot 'n besluit kom of geraak."⁶⁸⁶

Beide bronne, dui 'n positiewe handeling vir besluit aan, maar nie dat 'n besluit as 'n late beskou word nie, met ander woorde 'n nie-besluit wat geneem word nie. Op geen stadium word besluit as 'n handeling/doen geneem nie, met ander woorde, dit omvat nie doen (*administrative conduct/administratiewe optrede*) nie.

Wanneer die woord "besluit" op sigwaarde beoordeel word, sal niemand daaraan dink dat dit administratiewe optrede as begrip vervat nie.

Om die begrip "besluit" te vervolmaak, bevat dit ook verder 'n hele aantal uitsluitings wat nie gesien kan word as 'n besluit, of administratiewe optrede nie.

⁶⁸⁴ Currie en Klaaren, 2001:101.

⁶⁸⁵ Hiemstra en Gonin, 1986:36.

⁶⁸⁶ Bosman *et al*, 1998:803.

Die uitsluitings is van gemeenregtelike oorsprong, waar administratiewe optrede in die verlede nie beleidsformulerende uitvoerende funksies, oorspronklike wetgewing en judisiële funksies van die onafhanklike regbank ingesluit het nie.

Die Regskommissie het blykbaar 'n wyer betekenis daaraan verleen, terwyl die parlement die begrip “eng” geïnterpreteer het, en dit so in die wetgewing ingevoeg het.

Wat egter nie uit die definisie duidelik na vore kom nie, is die feit dat die begrip ontleen is aan die *Australian Administrative Decisions [Judicial Review] Act 1977* (hierna die ADJR genoem). Hierdie Wet se definisie van besluit is egter so wyd, dat dit nie van veel waarde is nie. Enige tipe handeling kan daaronder tuisgebring word, wat insluit uitsluitings van enige aard, aangesien 'n 'late' om 'n besluit te neem ook gedefinieer word as 'n 'weiering' om 'n besluit te neem.

Hierdie definisie van “administratiewe optrede”, wat afskop met die Australiese eweknie van besluit, gaan in die toekoms lei tot groot regsonsekerheid. Dit wil lyk of daar gedurigdeur by ander lande wetgewing oorgeneem word, wat dan in Suid-Afrikaanse wetgewing vervat word, sonder dat daar sekerheid bestaan of dit sal inpas of aanpas by ons eie wetgewing, konstitusie en sosiale bestel.⁶⁸⁷

Dit wil ook voorkom of die wetgewer die definisie van “besluit” in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid ingevoeg het, wat in 'n beslissing in *Lamb v Moss*⁶⁸⁸ gedefinieer is, maar wat later deur die Australiese Hof omvergewerp is in die saak van *Australian Broadcasting Tribunal v Bond*⁶⁸⁹

Dit is duidelik dat hierdie definisie handelinge insluit wat Wiechers eensydige administratiewe handelinge of beskikkings noem, naamlik belastende of begunstigende beskikkings of beskikkings, wat aan die individue status verleen. Kwasi-judisiële administratiewe handelinge word ook ingesluit, so ook administratiewe judisiële (regsprekende) handelinge.

Daar is geen bepaalde verwysing na administratiewe wetgewende optrede (ondergeskikte wetgewing) in die omskrywing nie en die vraag ontstaan of hierdie tipe handelinge ingesluit kan word. Soos ons sal sien, ressorteer ondergeskikte wetgewing onder die “algemene”, eerder as die “individuele” administratiewe verhouding in dié sin dat die ondergeskikte wetgewing algemeen en onpersoonlik op die regsobjekte in die groep van toepassing is. Ons sal sien dat daar 'n onderskeid gemaak word tussen die algemene en die individuele administratieweregtelike verhouding, aangesien dié reg spesifieke gevolge aan hierdie algemene

⁶⁸⁷ Vir 'n volledige uiteensetting van die vergelyking van die ADJR en die AJA (Administrative Justice Act), sien Currie & Klaaren, 2001:42 tot 46.

⁶⁸⁸ *Lamb v Moss* 1983(76) FLR 296.

⁶⁸⁹ *Australian Broadcasting Tribunal v Bond* 1990(170) CLR 321.

verhoudings heg. Algemene verhoudings wat deur wetgewing geskep is, kan byvoorbeeld slegs deur algemene middele beëindig of gewysig word. Ondergeskikte wetgewing kan met ander woorde slegs beëindig of gewysig word deur wetgewing af te kondig wat die betrokke wetsinstrument herroep of wysig.

Tradisioneel het ondergeskikte wetgewing nog altyd binne die bestek van die administratiefreg geval en was dit dus onderworpe aan die beginsels van die administratiefreg. In die vorige bestel het verordeninge onder die kategorie “ondergeskikte wetgewing” geressorteer en was dit dus eweneens onderworpe aan administratiefregtelike beginsels. In die *Fedsure Life Assurance Limited and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council and Others-saak*⁶⁹⁰ het die Konstitusionele Hof egter beslis dat die nuwe Grondwet die posisie verander het deurdat ’n wetgewende funksie, verrig deur ’n verkose wetgewende liggaam (soos ’n munisipale raad), nie ondergeskikte wetgewing daarstel nie. Die afkondiging van verordeninge deur so ’n verkose wetgewende liggaam is derhalwe nie onderworpe aan die beginsels van die administratiefreg nie.⁶⁹¹

Dit lyk onwaarskynlik dat daar met die omskrywing van “decision” in die Wet beoog is om ondergeskikte wetgewing van die beginsels van administratiewe geregtigheid uit te sluit. Dit sou in stryd wees met die gees en oogmerke van die beginsels van administratiewe geregtigheid, naamlik om die individu teen die mag van die staat te beskerm. Die insluiting van ondergeskikte wetgewing by die omskrywing van administratiewe optrede en besluit moet dus bepleit word, veral in die lig daarvan dat ondergeskikte wetgewing waarskynlik die deel van die administratiefreg is waar diskresie die meeste ter sprake is. Die uitoefening van hierdie owerheidsgezag (die afkondiging van ondergeskikte wetgewing) het ernstige implikasies vir die individu.

Daar word aan die hand gedoen dat die voorbeelde wat by die omskrywing van “decision” in Artikel 1 van PAJA ingesluit is, nie ’n *numerus clausus* sal wees nie, omdat die bewoording spesifiek lui dat die gevalle genoem onder (a) tot (g) by ’n besluit ingesluit word.

4.2 VAN ’n ADMINISTRATIEWE AARD

Die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid beperk administratiewe optrede tot “besluite van ’n administratiewe aard”. Laasgenoemde beperking word ook ontleen aan die ADJR. Die beperking handel veral oor die begripsonderskeiding in die gemenereg van judisiële hersiening tussen staatsfunksies van ’n wetgewende, uitvoerende en regtelike aard. In die saak van

⁶⁹⁰ 1999(1) SA 374 (CC).

⁶⁹¹ Tans sluit ondergeskikte wetgewing ministeriële regulasies en ander lasgewings en bevelen in, maar nie munisipale verordeninge nie.

*Ridge v Baldwin*⁶⁹² het die *House of Lords* afstand gedoen van die siening. Dié beslissing is ook intussen deur die Australiese Hof nagevolg.⁶⁹³

Die Australiese hof het aan bogemelde begrip 'n betekenis gegee wat so min as moontlik van die gemenerereg verskil. Hersiening ingevolge die ADJR kon nie op twee tipes van publieke bevoegdhede plaasvind nie, naamlik hofbeslissings en gedelegeerde wetgewing. Daar moenie te veel gewag gemaak word van die Australiese hofbeslissings en definisie nie, aangesien daar belangrike strukturele verskille tussen die Australiese en die Suid-Afrikaanse Reg bestaan.

Daar moet gelet word op die feit dat “administratiewe optrede” wel oorvleuel met terme soos “exercising public power” en “performing a public function” in die definisie. Ingevolge die AJA sal slegs besluite gemaak in die verloop van die uitoefening van administratiewe magte en funksies as optrede kwalifiseer.

Wat beteken die term “van 'n administratiewe aard”. Die optrede moet van 'n publieke aard wees. Besluite van private aard sal nie kwalifiseer nie. Die uitoefening van private magte is nie administratiewe optrede vir doeleindes van die AJA nie. Dit sal soms moeilik wees om 'n lyn te trek tussen publieke en private optrede.

In *Transnet Limited v Goodman Brothers (Pty) Limited* stel appèlregter Olivier dit soos volg :

“The identification of an administrative action in contrast to an act regulated by private law, has become more difficult with the increasing use by the state of private law institutions, notably contract, to perform its duties. This takes place by privatisation, delegation, outsourcing etc...”⁶⁹⁴

Besluite van administratiewe optrede sluit ook uit die definisie uit, besluite wat in die uitvoering van wetgewende en regterlike magte gemaak word.

Besluite uitgeoefen in die uitvoering van wetgewende funksies van die Parlement, Provinsiale Wetgewer of munisipale rade en die judisiële funksies van regterlike amptenare in Sub-paragrafe (dd) en (ee) word uit die definisie van administratiewe optrede uitgesluit. Die rationale vir dié uitsluiting word verkry vanaf die leerstuk van die skeiding van magte.

Die vertroue kan net uitgespreek word dat die inperking van die definisie nie weer aanleiding gaan gee tot 'n omslagtige herhaling van die leerstuk van die skeiding van magte nie. Almal is bewus van hoeveel energie in die verlede verspil is om te

⁶⁹² [1964] AC 40 (HL)

⁶⁹³ *R v Toohy, Ex parte Northern Land Council* 1981(151) CLR 170 op 225.

⁶⁹⁴ 2001(1) SA 853 (SCA).

bepaal of administratiewe optrede nou eintlik “suiwer administratiewe”, judisiële of quasi-judisiële funksies was.

’n Sleutelement wat wel in die definisie van administratiewe optrede vasstaan, is die uitvoering van wetgewing. Optrede wat dus in verband staan met die uitvoering van wetgewing, val wel binne die kader van die AJA.

Daar moet ook op gelet word dat Artikel 85(2)(a) van die Grondwet, nie in Artikel 1(i)(b)(aa) van die AJA uitgesluit word nie.

Artikel 85(2)(a) lees soos volg :

“Die President oefen die uitvoerende gesag gesamentlik met die ander lede van die Kabinet uit, deur -
(a) nasionale wetgewing uit te voer, behalwe waar die Grondwet of ’n parlementswet anders bepaal.”

Dit is onseker hoekom Artikel 85(2)(a) nie ook uitgesluit is nie, maar die vertroue word seker daarin gestel dat die Grondwet of wetgewing vir die nodige beskerming kan sorg. Wanneer na die definisie van administratiewe optrede gekyk word, moet ’n fyn onderskeid getref word tussen die daarstelling van beleid en die uitvoering van wetgewing.

Op die oog af lyk die onderskeid tussen die daarstel van beleid en die implementering daarvan eenvoudig van aard, maar in ’n praktiese situasie is dit egter nie so eenvoudig nie. Feitestelle doen hul partymaal voor wat regters laat kopkrap om te bepaal of daar met administratiewe optrede te doen gekry word, soos waarvan die *Ed-U-College-saak*⁶⁹⁵ ’n goeie voorbeeld is. Baiekeer vind dit plaas dat die amptenare wat die beleid bepaal, ook verantwoordelik is vir die uitvoering van daardie beleid.

In dié saak beslis die hof dat ’n Provinsiale LUR se aanneming van ’n subsidieformule vir onafhanklike skole en toekennings wat in terme van die formule gemaak moes word, administratiewe optrede was. Regter O’Regan beslis dat die toewysings van ’n bedrag geld aan onderwys deur die provinsie ’n wetgewende handeling was, soos verleen deur die Provinsiale Toewysingswet, Wet 4 van 1997.⁶⁹⁶ Die toekenning van ’n kleiner bedrag (’n gedeelte van die globale bedrag) aan onafhanklike skole was ook ’n wetgewende handeling. Maar die bepaling van ’n bepaalde formule was nie een nie. Dit was nie ’n aspek wat deur die wetgewer oorweeg of gedebatteer was nie, en ook nie direk afkomstig van wetgewing nie. Dit was ’n diskresionêre bevoegdheid wat deur Artikel 48(2) van die Skolewet, Wet 84

⁶⁹⁵ *Permanent Secretary, Department of Education and Welfare, Eastern Cape v Ed-U-College (PE)* (Section 21) Inc 2001(2) SA 1 (CC) Paragraaf 21.

⁶⁹⁶ 2001(2) SA 1 (CC) Paragraaf 12.

van 1996 aan die LUR verleen was. In bogemelde saak bevestig die Konstitusionele Hof sy vorige standpunt ten opsigte van besluite naby verwant aan die formulering van beleid, welke optrede nie gewone administratiewe optrede is nie, maar optrede wat handel oor die inwerkingstelling van wetgewing, welke handeling wel administratiewe optrede/handeling daarstel.

Verwysende na die *SARFU-saak*, verduidelik regter O'Regan die verskil tussen beleidsformulering in die breë sin (polities) en in die enger sin. (administratief van aard)

“Policy may be formulated by the Executive outside of a legislative framework. For example, the Executive may determine a policy of road and rail transportation or on tertiary education. The formulation of such policy involves a political decision and will generally not constitute administrative action. However, policy may also be formulated in a narrower sense where a member of the Executive is implementing legislation. The formulation of policy in the exercise of such powers may often constitute administrative action.”⁶⁹⁷

Die besluit van die LUR in die saak het neergekom op beleidsformulering in die enger sin, of binne die raamwerk van wetgewing. Dit was derhalwe 'n administratiewe handeling binne die bedoeling van die Grondwet.

Die Hoogste Hof van Appèl en die Hoër Hof het almal 'n hand bygesit betreffende die formulering van 'n definisie van administratiewe handeling. In *Umfoloji Transport (Edms) Beperk v Minister van Vervoer*⁶⁹⁸ het die Hoogste Hof van Appèl beslis dat die toekenning van 'n staats tender 'n administratiewe handeling was, en in *Transnet Limited v Goodman Brothers (Pty) Limited*⁶⁹⁹ is hierdie redenasie uitgebrei na die oproep vir tenders en die toekenning daarvan.

In die *Cape Metropolitan Council-saak*⁷⁰⁰ is beslis dat die kansellering van 'n agentskapsooreenkoms tussen 'n plaaslike bestuur (staatsorgaan) en 'n beslore korporasie nie administratiewe handeling was nie. Die kansellering het plaasgevind weens bedrog en nie ingevolge wetgewing nie. Dit was die uitoefening van kontraktuele (privaat) magte en nie publieke magte nie.

Daar is al beslis dat “administratiewe optrede” arbitrasieverrigtinge by die Kommissie vir Konsiliasie, Mediasie en Arbitrasie (CCMA)⁷⁰¹ en 'n ondersoek met betrekking tot die bedrywighede van 'n maatskappy⁷⁰² omvat, maar nie ten opsigte

⁶⁹⁷ 2001(2) SA 1 (CC) Paragraaf 18.

⁶⁹⁸ 1997(2) ALL SA 548 (SCA), 553 b-c (Howie JA).

⁶⁹⁹ 2001(1) SA 853 (SCA) Paragraaf 7 - beslissing van Appèlregter R Shultz.

⁷⁰⁰ *Cape Metropolitan Council v Metro Inspection Services Western Cape* CC 2001(3) SA 1013 (SCA).

⁷⁰¹ *Kynoch Feeds (Pty) Limited v CCMA* 1998(4) BCLR 384 (LC) Paragraaf 46; *Carephone (Pty) Limited v Marcus* NO 1998(19) ILJ 1425 (LAC) paragraaf 15-18.

⁷⁰² *Jeeva v Receiver of Revenue, Port Elizabeth* 1995(2) SA 433 (SE) 443 I-J.

van 'n besluit om dagvaardings uit te reik om 'n ondersoek ingevolge die Insolvensiewet by te woon nie.⁷⁰³

In *Lebowa Granite (Pty) Limited v Lebowa Mineral Trust*⁷⁰⁴ het die Transvaalse Provinsiale Afdeling die toekenning van 'n myn lisensie beskou as soortgelyk aan die toekenning van 'n tender. Dit was derhalwe 'n administratiewe handeling, en in *Association of Chartered Certified Accountants v Chairman, Public Accountants and Auditor's Board*⁷⁰⁵ is deur die Witwatersrandse Afdeling beslis dat die besluit om nie die eksamens wat deur die applikant afgeneem is, te erken nie, maar te mag beskou as administratiewe optrede.

In *Steele v South Peninsula Municipal Council*⁷⁰⁶ het die Plaaslike Raad 'n besluit geneem om spoedhobbels van twee strate in die jurisdiksiegebied te verwyder. Regter Conradie bevind dat die besluit nie suiwer van wetgewende aard was nie, maar ook nie as administratiewe optrede nie. Geen wetgewing is uitgevoer nie. Dit was slegs 'n besluit deur die polities verkose vergadering, welke individuele lede nie verplig was om enige rede te verskaf vir die besluit en die manier hoe hulle tot so 'n stemming gekom het nie.

Bogemelde bespreking het slegs gehandel ten opsigte van administratiewe optrede/handeling waar met staatsorgane te doen gekry is. Word die horisontale toepassing van die Grondwet in gedagte gehou, kom die vraag onwillekeurig na vore wat die posisie ten opsigte van privaatliggame behels. By die bespreking van die kontraktereg, is daar gesien dat privatisering, oftewel "uitkontraktering" deur die staat wel plaasvind.

Die toets watter instelling die besluit geneem het, sal onvoldoende blyk te wees, aangesien privaatliggame onbevoeg is om administratiewe handeling uit te voer. Daar bestaan wel organisasies wat nie deel uitmaak van die publieke administrasie nie, maar wat presies dieselfde tipe handeling as die publieke administrasie uitvoer. Hierdie privaat organisasies is tans sterk aan die toeneem.

In die Engelse gewysde *R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin PLC and Another (Norton Opax PLC and Another Intervening)*⁷⁰⁷ het die hof die oorsprong van die mag as hulpmiddel geïgnoreer, en die publieke aard van die mag wat deur die *Take-over Panel*, 'n nie statutêre liggaam, uitgeoefen is in berekening geneem.

⁷⁰³ *Podlas v Cohen and Bryden* NNO 1994(4) SA 662 (T), 675 D-G.

⁷⁰⁴ 1999(8) BCLR 908 (T), 915C-E.

⁷⁰⁵ 2001(2) SA 980 (W); 996G - 997D.

⁷⁰⁶ 2001(3) SA 640 (C).

⁷⁰⁷ 1987(1) ALL ER 564; 1987(2) WLR 600, 1987 QB 815.

Hierdie paneel het geen regulasies gehad nie, en het ook nie beskik oor statutêre, prerogatiwew of gemeenregtelike magte nie. Dit het egter oor verreikende magte beskik en het ook 'n belangrike publieke rol vertolk. Die paneel was verder net 'n verlengstuk van die regering.

Een van die regters in die saak het die situasie beskryf as : “an implied devolution of power” van die regering na die paneel. Die regering het die paneel gebruik om publieke funksies te verrig. Derhalwe hoef die regering nie self die paneel aan te wys nie.

'n Soortgelyke situasie het ook in Suid-Afrika die lig gesien in *Dawnlaan Beleggings (Edms) Bepark v Johannesburg Stock Exchange*⁷⁰⁸ waar regter Goldstone die beslissing van die aandeelbeurs, ook 'n nie-statutêre instelling, hersien het op gronde daarvan dat die privaat liggaam onder 'n statutêre verpligting verkeer het om in publieke belang te moes optree. Die hof het ook in die saak beslis dat die aandeelbeurs 'n belangrike publieke funksie verrig het.⁷⁰⁹

Aan die hand van bogemelde judisiële benaderings, kan geargumenteer word dat die term “administratiewe optrede” in Artikel 33 van die Grondwet so uitgelê moet word dat dit ook optredes insluit van veral sekere privaatorgane (nie-statutêre liggame) wat wel publieke magte ingevolge wetgewing uitvoer, selfs al vorm hulle nie deel van die publieke administrasie nie. Dit is veral belangrik om daarop te let dat die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid spesifiek voorsiening maak vir die insluiting van hierdie tipe rolspelers. Daar word nie verlang dat hulle optrede ingevolge wetgewing uitgevoer word nie.

Dit behoort dus duidelik te wees dat dit nie veel bydra tot die definisie van “administratiewe optrede” nie, behalwe as om te verwys na die identifisering van die sleutelemente, te wete die uitvoering van wetgewing, die insluiting van gebreke om 'n besluit te neem, en die uitsluiting van private optrede.

Dit wil dus voorkom of dit die doel van die frase is om ongetwyfeld te verseker dat privaatregtelike aangeleenthede, soos die aangaan van 'n verkoopskontrak tussen 'n munisipaliteit en 'n private persoon, nie binne die sfeer van die administratiefreg val nie. Die besluit moet dus van 'n publiekregtelike aard wees - die verhouding moet een van ongelykheid of ondergeskiktheid wees en nie die privaatregtelike verhouding van gelykheid nie.

⁷⁰⁸ 1983(3) SA 344 (W).

⁷⁰⁹ Op bladsy 364H – 365A van die hofsak, beslis die Hof soos volg : “Strictly speaking, a stock exchange is not a statutory body. However, unlike companies or commercial banks or building societies formed under their respective statutes, the decisions of the committee of a stock exchange affect not only its own members or persons, in contractual privity with it, but the general public and indeed the whole economy. It is for that reason that the Act makes the public interest paramount. To regard the JSE as a private institution would be to ignore commercial reality and would be to ignore the provisions and intention of the Act itself. It would also be to ignore the very public interest which the legislature has sought to protect and safeguard in the Act.”

4.3 DIT MOET GEMAAK WORD INGEVOLGE 'n MAGTIGENDE BEPALING

Ingevolge Artikel 1 van die Wet beteken “magtigende bepaling” (empowering provision) ’n wetsvoorskrif, ’n gemeenregtelike of gewoonteregtelike reël, of ’n ooreenkoms, stuk, of ander dokument waarkragtens ’n administratiewe handeling verrig word (“a law, a rule of common law, customary law of which an administrative action was properly taken”).

Dit is ’n bekende administratiefregtelike beginsel dat die uitoefening van die administratiewe gesag ’n magtigingsbasis moet hê. In die hedendaagse staat spruit hierdie owerheidsgesag feitlik uitsluitlik voort uit statute soos parlementêre, provinsiale en plaaslike-owerheidswetgewing, en uit ondergeskikte wetgewing. So, byvoorbeeld, kan die bevoegdheid van ’n beampte van die Departement van Binnelandse Sake om ’n tydelike of permanente verblyfpermit uit te reik, na die magtigende Wet teruggevoer word.

Die omskrywing van ’n “magtigende bepaling” is wyd en strek verder as ’n wetsbepaling en gemeenregtelike of gewoonteregtelike reëls. Dit sluit ook ’n ooreenkoms, stuk of ander dokument in waarkragtens administratiewe optrede sou geskied het. ’n Voorbeeld van administratiewe optrede kragtens ’n ooreenkoms sal na alle waarskynlikheid ’n uitbestedingsooreenkoms “outsourcing agreement” wees, soos die ooreenkoms tussen ’n plaaslike owerheid en ’n private maatskappy om ’n openbare diens soos elektrisiteitsvoorsiening of vullisverwydering te lewer. Die insluiting van die woord purportedly (“heet te ..”) het betrekking op ’n ooreenkoms, stuk, of ander dokument en sal verseker dat die beginsels van administratiewe geregtigheid vir handeling verrig deur staatsorgane geld, selfs wanneer sodanige ooreenkoms, stuk, of dokument op grond van ongeldigheid, betwis kan word, omdat dit byvoorbeeld in stryd is met die Grondwet of ’n magtigende wet.

Om as administratiewe optrede aangemerkt te kan word, moet die besluite ingevolge ’n magtigende bepaling geneem word. Artikel 1(vi) beskryf ’n magtigende bepaling as ’n wet, ’n gemeenregtelike reël, inheemse reg of ’n ooreenkoms of ’n instrument, of dokument waarvolgens administratiewe optrede na bewering geneem is. Hierdie element van die definisie van administratiewe optrede verwys na die aard van die administratiewe optrede en nie na die persoon wat die handeling uitgevoer het, of die gevolge of effek van die handeling nie.

Die wetgewer het dus aan die definisie ’n wye betekenis verleen. Dit word nie uitsluitlik beperk tot wetgewing nie, maar sluit ook ooreenkomste, instrumente en dokumente in. Dit is duidelik dat die wetgewer die net so wyd as moontlik wou span oor die daaglikse bedrywighede van die regering, om sodoende ook die optrede van privaat individue en entiteite in te sluit wanneer laasgenoemde publieke gesag uitvoer.

4.4 GEMAAK DEUR 'n STAATSORGAAN OF DEUR 'n PRIVAAT PERSOON/ENTITEIT IN DIE UITVOERING VAN STAATSMAGTE

Wanneer administratiewe optrede ontleed word, moet daar eerstens bepaal word welke entiteite bevoeg is om administratiewe optrede uit te voer.

Daar moet op hierdie element van die definisie gelet word, aangesien dit verwys na die persoon wat die administratiewe optrede uitvoer, en nie na die aard van die administratiewe optrede, of na die gevolge of effek daarvan nie.⁷¹⁰

Dit is verder 'n ooreenvoudiging om te sê dat administratiewe optrede die handeling van die publieke administrasie is. Administratiewe optrede kan ook deur persone/entiteite geleë buite die kader van 'n publieke orgaan of publieke administrasie uitgevoer word. Dit is egter duidelik dat administratiewe optrede nagekom moet word deur 'n staatsorgaan, of 'n natuurlike juridiese persoon in die uitvoering van publieke magte of die nakoming van publieke funksies.

In die gemenerereg kan 'n aantal vrae gevra word om te bepaal of 'n liggaam of orgaan as 'n staatsorgaan geklassifiseer kan word, en sluit byvoorbeeld die volgende vrae in :

- Ontleen die liggaam sy bevoegdhede aan wetgewing?
- Is die liggaam of orgaan deel van 'n staatsdepartement, soos byvoorbeeld die Departement van Finansies of Onderwys?
- Verrig die liggaam of orgaan openbare pligte en funksies?
- Het die liggaam of orgaan die bevoegdheid om hierdie openbare pligte en funksies te verrig?

Die probleme wat uit die gebruik van verskillende terme ten opsigte van "staatsorgaan" voortspruit, is grotendeels deur Artikel 239 van die Finale-Grondwet uit die weg geruim.

Hierdie omskrywing lui soos volg :

"Staatsorgaan beteken -

- (a) enige staatsdepartement of administrasie in die nasionale, provinsiale of plaaslike regeringsfeer, of
- (b) enige ander funksionaris of instelling -
 - (i) wat ingevolge die Grondwet of 'n provinsiale Grondwet 'n bevoegdheid uitoefen of 'n funksie verrig, of

⁷¹⁰ Die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid definieer "administratiewe optrede" soos volg: "any decision ... by (a) an organ of state, when - (i) exercising a power in terms of the Constitution or a provincial constitution, or (ii) exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation; or (b) a natural or juristic person, other than an organ of state, when exercising a public power or performing a public function".

- (ii) wat ingevolge wetgewing 'n openbare bevoegdheid uitoefen of openbare funksie verrig, maar nie ook 'n hof of 'n regterlike beampte nie.”

Die volgende word gevind wanneer Artikel 239 van die Finale-Grondwet ontleed word :

- Paragraaf (a) van die omskrywing verskaf geen probleme nie. Op nasionale vlak dek dit departemente soos die Departement van Landbou, die Departement van Justisie en ander staatsdepartemente. In die provinsiale sfeer sluit dit 'n owerheidsdepartement in wat gemoeid is met provinsiale beplanning, provinsiale kultuuraangeleenthede, provinsiale sport en dergelike meer. In die sfeer van plaaslike owerhede sal staatsorgane die beamptes, organe of liggame insluit wat gemoeid is met die sake van plaaslike owerhede soos die regulering van munisipale parke en ontspanningsfasiliteite, verkeer en parkering, die verkoop van sterk drank aan die publiek, ens.
- Die President is 'n staatsorgaan wanneer hy of sy administratiewe handeling verrig - sien Artikel 84(2)(e).
- Die premier van 'n provinsie, as hoof van die uitvoerende gesag van die provinsie, is ook 'n “staatshoof”.
- Die term “staatsorgaan” kan na 'n hele departement of slegs na een beampte verwys.
- Die terme “funksionaris” en “instelling” in Artikel 239(b) bedoel, word geklassifiseer in dié sin dat die bevoegdheid of funksie 'n grondwetlike of wetsoorsprong moet hê. Hierdie twee liggame moet dus óf
- ingevolge die Grondwet of 'n provinsiale Grondwet 'n bevoegdheid uitoefen of 'n funksie verrig, óf
- ingevolge wetgewing 'n openbare bevoegdheid uitoefen, of 'n openbare funksie verrig.

Die PAJA bevestig dat 'n staatsorgaan die betekenis het wat in Artikel 239 van die Grondwet daaraan toegeken is. Die Wet omskryf ook “administrateur” as 'n staatsorgaan of enige natuurlike of regspersoon, wat administratiewe handeling verrig.

Die kabinet (wat deel is van die uitvoerende regeringstak) is 'n staatsorgaan. Die handeling van die Kabinet word tradisioneel nie as administratiewe optrede beskou nie en val nog altyd buite die omvang van die administratiefreg. Hierdie tradisionele benadering is behou, deurdat die werksaamhede van die Kabinet spesifiek van die trefwydte van administratiewe optrede uitgesluit word.

Hoekom is dit so belangrik om te bepaal of 'n persoon, liggaam, organisasie of instansie 'n staatsorgaan is?

Eerstens is die Handves van Menseregte van toepassing op die totale reg. Dit bind die wetgewende, die uitvoerende en die regsprekende gesag en alle staatsorgane. Dit beteken dat alle staatsorgane die regte vervat in die Handves van Menseregte, met inbegrip van die reg op administratiewe geregtigheid, moet beskerm, bevorder en verwesenlik. Indien enigiemand meen dat 'n staatsorgaan (of die wetgewende, uitvoerende of regsprekende gesag) op een of meer van sy of haar regte vervat in die Handves van Menseregte inbreuk gemaak het, kan hy of sy 'n bevoegde hof om regshulp nader.

Tweedens, is die beginsels van die administratiefreg van toepassing op alle administratiewe optrede deur staatsorgane (dit wil sê in die uitvoering van hulle owerheidsgesag).

In ten minste een Hoë Hof-beslissing is gesê dat die bevoegdheid wat deur 'n natuurlike of juridiese persoon uitgeoefen word, nie onderhewig was aan 'n administratiewe geregtighedsreg nie. In die saak van *Bushbuck Ridge Border Committee v Government of the Northern Province*⁷¹¹ het die hof beslis dat politieke partye nie ondergeskik is aan die reëls van administratiewe geregtigheid nie.

L Thornton is in sy artikel "The Constitutional Right to Just Administrative Action - are Political Parties Bound"⁷¹² van mening dat in sekere gevalle politieke partye wel gebonde sal wees aan die reëls van administratiewe geregtigheid, aangesien hulle in sekere omstandighede as staatsorgane getipeer word, en in ander gevalle, as juridiese persone, waar die Grondwet op hulle van toepassing is.

In *Cape Metropolitan Council v Metro Inspection Services Western Cape CC*⁷¹³ het die Hoogste Hof van Appèl beslis dat die beëindiging van 'n kontrak deur 'n publieke orgaan die uitoefening van 'n privaat bevoegdheid is en dus nie onderhewig aan administratiewe geregtighedsregte nie.

Administratiefreg is in die verlede menigmaal toegepas op die sogenaamde "huishoudelike tribunale", soos byvoorbeeld die Jockey Club-sake⁷¹⁴

Die basis vir die toepassing van administratiewe hersiening kan gevind word in die howe se gemeenregtelike hersieningsbevoegdheid en die bepaling van die ooreenkoms wat vrywillig deur die partye aangegaan is.

Na die *Pharmaceutical Manufacturers-saak* sal bogemelde beslissings heroorweeg en hergeklassifiseer moet word. Van die sake sal sekerlik tuisgebring kan word onder die grondwetlike reg van administratiewe geregtigheid. Dit sal egter nie op

⁷¹¹ 1999(2) BCLR 193 (T).

⁷¹² Thornton, 1999:351.

⁷¹³ 2001(3) SA 1013 (SCA).

⁷¹⁴ Sien *Marlin v Durban Surf Club* 1942 AD112, *Turner v Jockey Club of SA* 1974(3) SA 633 (A), *Jockey Club of SA v Forbes* 1993(1) SA 649 (A).

alle gevalle van toepassing wees nie. Die Wet op Administratiewe geregtigheid is slegs van toepassing op natuurlike en juridiese persone, wanneer laasgenoemde openbare funksies verrig, of openbare magte uitvoer ingevolge die bepalings van magtigende wetgewing. Die openbare aard van die magte wat uitgevoer word, is dus van belang. Daar het derhalwe 'n verskuiwing plaasgevind vanaf die ondersoek van die private of publieke aard van die persoon na die private of publieke aard van die magte of funksies wat uitgevoer word. Die vraag wat gevra kan word, is of die magte of funksies wat uitgeoefen word, van openbare of publieke aard is. Indien wel, is dit onderhewig aan die PAJA-Wet.

4.5 WAT DIE REGTE VAN ENIGE PERSOON NADELIG RAAK

Volgens hierdie vereiste moet administratiewe optrede regte nadelig raak. Dit is een van die mees belangrikste aspekte in die definisie van administratiewe handeling in die Wet. Die wetgewer het 'n spesifieke rede gehad hoekom dit nou juis die woord "regte" gekies het, bo terme soos regmatige verwagtings of belange.

Dit blyk verder dat "nadelige uitwerking" dieselfde betekenis as "belastende uitwerking" het. Die administratiewe optrede moet dus 'n las op die individu plaas. Wanneer 'n verkeersbeampte byvoorbeeld 'n motoris beboet, is die betrokke administratiewe handeling 'n las, of is dit belastend? Andersins bewerkstellig die toestaan van 'n lisensie of permit vir 'n individu 'n voordeel. Die vraag is nou of hierdie optrede vir doeleindes van die Wet as "administratiewe optrede" beskou sal word. Dit is ook duidelik dat 'n handeling wat vir een individu voordelig is, heel moontlik 'n belastende uitwerking op 'n ander party kan hê. Wanneer twee mense byvoorbeeld om dieselfde lisensie aansoek doen en dit aan een toegestaan word, kan die ander aansoeker heel moontlik meen dat sy of haar regte nadelig geraak word.

'n Persoon se regte kan op een van twee maniere geraak word : die beslissing kan die persoon sy of haar regte ontnem, byvoorbeeld wanneer die administrateur 'n lisensie of tender intrek. Daarteenoor kan 'n persoon se regte geraak word, wanneer dit vasgestel word. Bogenoemde voorbeeld van die besluit van 'n administrateur om nie 'n lisensie of tender toe te staan nie, het die uitwerking dat 'n persoon se regte vasgestel word, in dié sin dat die aansoeker om 'n lisensie of tender nie die regte sal ontvang, wat met die toestaan van die betrokke lisensie of tender gepaard gaan nie.

Mureinik⁷¹⁵ wys daarop dat die Suid-Afrikaanse Administratiefreg dekades lank gehuiwer het tussen die ontnemingsteorie van natuurlike geregtigheid en die vasstellingsteorie.⁷¹⁶

In die ontwikkeling van die leerstuk van regmatige (geregverdigde) verwagting het die hofe daarin geslaag om die middeweg te vind, "(by attaching) the right to be heard not only to decisions which deprive one of a legal right, but also to those which deprive one of an expectation resembling a legal right". Die leerstuk van regmatige verwagting aanvaar die kernidee van die ontnemingsteorie, waarvolgens die reg om deel te hê aan 'n besluit verleen moet word aan dié wat die gevaar loop om deur die besluit van iets ontnem te word. Die leerstuk brei egter die klas belange wat teen ontneming beskerm word, uit van "strictly legal rules to the near rights that the doctrine recognizes as legitimate expectations" - dit wil sê, die leerstuk brei deelname uit na diegene wat die gevaar loop om van hulle "near rights" ontnem te word.

Daar word aan die hand gedoen dat indien die betekenis van "regte nadelig raak" beperk word tot die ontnemingsteorie, 'n aansienlike aantal administratiewe aktiwiteite van administratiewe optrede, soos omskryf, en die toepassing van Artikel 33 van die Grondwet uitgesluit sal wees. 'n Persoon wat byvoorbeeld vir die eerste maal om 'n lisensie, permit, konsessie of ander voordeel aansoek doen, sal dan nie deur die beginsels van administratiewe geregtigheid beskerm word nie, aangesien sy/haar regte dan nog nie gevestig of vasgestel is nie. So, byvoorbeeld, is die toestaan van 'n tender 'n administratiewe handeling en moet die beginsels van prosedurele billikheid ook hier toegepas word.

Artikel 33(1) van die Grondwet verwys nie na óf die ontnemingsteorie óf die vasstellingsteorie nie - dit sê bloot dat elkeen die reg het op administratiewe optrede wat regmatig, redelik en prosedureel billik is. Artikel 33(2) bepaal egter dat elkeen wie se regte nadelig geraak is deur administratiewe optrede, die reg op die verskaffing van skriftelike redes het. Daar kan dus geredeneer word dat die feit dat Artikel 33(1) nie spesifiek van "administratiewe optrede wat regte nadelig raak" melding maak nie, beteken dat 'n breë benadering gevolg moet word. Sowel die vasstellings- as die ontnemingsteorie moet ingesluit word. Dit wil egter voorkom of die ontnemingsteorie op Artikel 33(2) van toepassing is.

Daar kan dalk geredeneer word dat administratiewe optrede tot die ontnemingsteorie beperk behoort te word deur jou op Artikel 33(3)(c) te beroep. Die

⁷¹⁵ Mureinik, 1993:35.

⁷¹⁶ Die ontnemingsteorie was te eng gewees om geregtigheid in die hand te werk : dit het uitgebreide administratiewe besluitneming toegelaat sonder enige vorm van deelneming aan die besluitnemingsproses en sonder die openbaarmaking van die saak waarop die teenparty hom/haar moet verweer. Hierteenoor is die vasstellingsteorie letterlik te wyd toegepas en sou dit prosedurele beperkings bewerkstellig, wat op sy beurt effektiewe regering in die wiede sou ry.

Artikel bepaal dat nasionale wetgewing wat verorden word om aan die reg op administratiewe geregtigheid gevolg te gee, doeltreffende administrasie moet bevorder. Daar kan verder geredeneer word dat die hersiening van administratiewe optrede (waarvoor Artikel 33(3)(a) voorsiening maak) beperk moet word tot gevalle waar regte weggeneem of nadelig geraak is en dat die bevordering van 'n doeltreffende administrasie slegs kan geskied deur die hersiening van aangeleenthede wat binne die vasstellingsteorie val, uit te sluit. Daar word aan die hand gedoen dat die howe nie hierdie benadering met betrekking tot prosedurele billikheid sal aanvaar nie, omdat die leerstuk van regmatige verwagting nou 'n aanvaarde regsnorm in die administratiefreg geword het.⁷¹⁷

Artikel 3 van PAJA, wat handel oor prosedurele billikheid ten opsigte van individue, bepaal spesifiek dat administratiewe optrede wat die regte of regmatige verwagting van enige persoon wesenlik en nadelig raak, prosedureel billik moet wees. Hierdie Artikel maak prosedurele billikheid op meer as net regte van toepassing, sodat dit regmatige verwagtings insluit - die vasstellingsteorie.

Die vasstellingsteorie het egter sy eie probleemareas. Daar is diegene wat van mening is dat die teorie te wyd strek en daarvolgens 'n groot las plaas op die regeringsinstansies. Die regering sal sukkel om die beginsel van redelikheid en billikheid van toepassing te maak op alle administratiewe optrede. Dit is verder moeilik om te stry met die waarheid van bogemelde standpunt. Ettienne Mureinik was 'n sterk voorstander van die vasstellingsteorie, maar hy het ook gou uitgewys dat die howe perke moes stel om te verhoed dat die teorie te wyd toegepas word.

4.6 REGTE

In 1994 het Mureinik⁷¹⁸ die gedagte geopper dat die Interim Grondwet 'n brug daargestel het van 'n gesagskultuur na 'n regverdigingskultuur, waar daar verwag word dat elke uitoefening van mag geregverdig moet word.⁷¹⁹ Hy wys daarop dat die Handves van Menseregte die regte standaard van regverdiging verorden - "standards against which to measure the justification of the decision challenged under them."

Die debat oor regte in die administratiefreg word gewoonlik gekoppel aan die teorieë van ontneming en vasstelling. Soos gesien, is die ontnemingsteorie feitlik selfverklarend - regte word nadelig geraak eers wanneer 'n persoon die een of ander bestaande voordeel of reg ontnem word. Die gevolg van die vasstellingsteorie is

⁷¹⁷ Sien in die verband *Jenkins v Government of the Republic of South Africa* 1996(3) SA 1083 (TK).

⁷¹⁸ Mureinik, 1994:31.

⁷¹⁹ Hy het die volgende gesê: "If the Constitution is to be a bridge in this direction, it is plain that the Bill of Rights, must be its chief strut. A Bill of Rights is a compendium of values empowering citizens affected by laws or decisions to demand justification. If it is ineffective in requiring governors to account to people governed by their decisions, the remainder of the Constitution is unlikely to be very successful. The point of the Bill of Rights is consequently to spearhead the effort to bring about a culture of justification."

weer dat 'n persoon wat sonder sukses aansoek doen om 'n permit of voordeel wat hy of sy nie voorheen gehad of geniet het nie, nie daarop aanspraak kan maak dat sy of haar regte nadelig geraak is nie.

Hierdie twee teorieë is veral ten opsigte van die sosio-ekonomiese regte (soos vervat in die Handves van Menseregte) van besondere belang. Ingevolge die nuwe grondwetlike bedeling is die individu geregtig op 'n aantal sosio-ekonomiese regte, met inbegrip van die reg op 'n omgewing wat nie skadelik vir 'n mens se gesondheid of welsyn is nie, die reg op toegang tot grond, die reg op onderwys, die reg op behuising en die reg op gesondheidsorg, voedsel, water en maatskaplike sekerheid. Ten einde toegang tot hierdie sosio-ekonomiese regte te verkry, of hulle te verwezenlik, moet die individu op die vasstellingsteorie kan steun om voorsiening te maak vir die doeltreffende afdwinging van dit waarop hy of sy geregtig is.

Die Wet op Maatskaplike Bystand, 59 van 1992, stel 'n stelsel daar waarvolgens maandelikse betalings gedoen word aan armes, met inbegrip van bejaarde persone, gestremde persone en kinders. Daar is 'n probleem in die sin dat die omskrywing van "administratiewe optrede" uitdruklik vereis dat regte nadelig geraak moet word. 'n Aansoeker ingevolge die Wet op Maatskaplike Bystand het gewoonlik geen substantiewe reg op 'n toelae nie. Artikel 27(1)(c) van die Grondwet maak egter voorsiening vir 'n reg op toegang tot maatskaplike bystand, indien mense nie in staat is om hulself en hul afhanklikes te onderhou nie. Wat is dan die uitwerking van Artikel 27(1)(c)? Dit wil voorkom of die Artikel 'n aansoeker se prosedurele belange beskerm - sy of haar aansoek moet oorweeg word. Wanneer die aansoeker se grondwetlike "reg op toegang tot maatskaplike bystand" oorweeg word, val die besluit binne die omskrywing van administratiewe optrede.

In die saak van *Government of the Republic of South Africa v Grootboom*⁷²⁰ het die Konstitusionele Hof aandag aan die sosio-ekonomiese regte skenk, en meer spesifiek aan die reg op toegang tot geskikte behuising.

Die hof het die volgende gesê:

"The term 'progressive realisation' (in Section 26(2) of the Constitution) shows that it was contemplated that the right could not be realised immediately. But the good of the Constitution is that the basic needs of all in our society be effectively met and the requirement of progressive realisation means that the State must take steps to achieve this goal. It means that accessibility should be progressively facilitated : legal, administrative, operational and financial hurdles should be examined and, where possible, lowered over time."

⁷²⁰ 2000(11) BCLR 1169 (CC).

Daar is dus geen twyfel nie dat hierdie toenemende verwesenliking (progressive realisation) van die reg op toegang tot geskikte behuising slegs behaal kan word, wanneer die breër vasstellingsteorie toegepas word. Dieselfde argument kan met betrekking tot die ander sosio-ekonomiese regte gebruik word.

Die term “regte wat in die omskrywing van administratiewe optrede gebruik word, sluit nie net die regte in wat spesifiek in die Handves van Menseregte opgeneem word nie, maar ook gemeenregtelike regte en regte wat uit die gewoontereg en wetgewing voortspruit. Die motivering vir hierdie argument kan in Artikel 39(3) van die Grondwet gevind word, wat soos volg lui :

“Die Handves van Menseregte ontken nie die bestaan van ander regte of vryhede wat deur die gemenerereg, gewoontereg of wetgewing erken of verleen word nie, in die mate waarin daardie regte of vryhede met die Handves bestaanbaar is.”

4.7 WAT REGSTREEKSE EKSTERNE REGSGEVOLGE HET

“Wat regstreekse eksterne regsgevolge het” is ’n laat toevoeging tot die Wet. Die doel van hierdie konsep, wat uit die Duitse Reg⁷²¹ afkomstig is, is om ’n balans te verkry tussen die regte van die individu en die verpligtinge van die staat. Enersyds moet die regte van die individu, wat in die administratiefregtelike verhouding in ’n ondergeskikte posisie met betrekking tot die staat is, beskerm word. Andersyds moet die publieke administrasie toesien dat regering doeltreffend geskied en moet dit dus nie onnodig in die uitvoering van sy funksies en pligte belemmer word nie.

Pfaff en Schneider is die mening toegedaan dat die bepaling die volgende in gemeen het :

“As a general principle, the term ‘direct, external legal effect’ means that the decision may not only have an effect internally, i.e. within the sphere of the public administration. Instead, the decision is required to have a direct effect on a person’s right by determining the scope of a specific individual right. The purpose is to avoid legal disputes with regards to measures and actions of public authorities, which may well influence the final decision, but do not determine individual rights in a binding way.”⁷²²

Hoexter en Currie is van mening dat die Duitse frase nie veel bydra tot regsekerheid nie :

⁷²¹ Die frase is afgelei van Artikel 35 van die German Federal Law of Administrative Procedure Act van 1976 (VWVFG); Die Duitse gedeelte lees soos volg: “Administrative Act is every order, decision or other sovereign measure taken by an authority for the regulation of a particular use in the sphere of public law and directed at immediate external legal consequences.”

⁷²² Sien Pfaff en Schneider, 2001:14.

“This is all well and good in German Law. In the South Africa context, however, the inclusion of the phrase certainly raises more questions than it answers, and one of these questions is why parliament saw fit to include it. If the German meanings are followed by our courts, the words ‘legal’ and ‘external’ add little or nothing : the former fails to solve the deprivation/determination puzzle, and the latter seems spurious in the sense that applications of an ‘internal’ nature are a non-issue in our administrative law. Indeed, our common law seems to have managed quite satisfactorily without such a rule for more than a century.”⁷²³

4.7.1 REGSTREEKSE GEVOLGE

Meer duidelikheid kom uit die frase na vore wanneer dit gelees word in die konteks van PAJA. Daarmee word bedoel dat dit die idee omvat om administratiewe handelings meer volledig te omskryf, sodat dit ’n direkte invloed op ’n party se regte sal hê. Om laasgenoemde te bewerkstellig, moet dit drie komponente bevat, naamlik dat die besluit ’n direkte regsgevolg sal hê, dat die besluit ’n direkte invloed sal hê en dat die besluit ’n eksterne gevolg teweeg sal bring. Vir ’n administratiewe handeling om ’n regstreekse uitwerking te hê, moet dit die persoon regstreeks eerder as onregstreeks raak.

Currie en Klaaren⁷²⁴ meen dat dié term beteken dat dit ’n finale besluit moet wees. Volgens dié skrywers kan slegs die laaste stap in die administratiewe proses as administratiewe optrede beskou en vir hersiening hof toe geneem word. ’n Administratiewe handeling kan dus nie gedurende die voorbereidende stadium betwis word nie.

Die argument dat “regstreekse gevolge” beteken dat die besluit ’n finale een moet wees, is enigszins problematies. In die verhouding van dekonsentrasie is die algemene reël dat interne remedies uitgeput moet word, alvorens ’n hof om hulp genader word. Dit was egter nog altyd ’n administratiefregtelike beginsel dat, in ’n verhouding van dekonsentrasie, indien ’n hoër orgaan ’n aangeleentheid benadeel het, of ’n laer orgaan *mala fide* opgetree het, die aangeleentheid in geregtelike hersiening geneem kan word, voordat die interne regsmiddele uitgeput is.

In ’n verhouding van desentralisasie het die verontregte persoon ’n keuse, naamlik om die aangeleentheid na die beherende orgaan, of na die siviele hof te neem.⁷²⁵ Dit is uit bogenoemde duidelik dat wanneer daar benadeling deur

⁷²³ Currie *et al.*, 2002:108.

⁷²⁴ Currie en Klaaren, 2001:82.

⁷²⁵ *Jamile v African Congregational Church* 1971(3) SA 836 (D).

'n hoër orgaan of *mala fide*-optrede deur 'n laer orgaan is, 'n benadeelde persoon onmiddellik die hof vir geregtelike hersiening kan nader. Dit sal verseker dat 'n proses wat reeds by stap een onsuiver is, nie deur verskeie stadia van interne hersiening of appèl voortgesit word nie. In sulke omstandighede kan daar nie van 'n persoon verwag word om te wag totdat al die interne middele uitgeput is, voordat hy of sy die aangeleentheid in hersiening laat neem nie, veral nie in gevalle van ernstige finansiële of ander ontbering wat deur die benadeling of *mala fides* meegebring word nie.

Daar kan aangevoer word dat een van die doelwitte van hierdie frase is om te verseker dat minder belangrike kwessies nie voor die howe dien nie, en veral om 'n doeltreffende staatsadministrasie te verseker. Dit is egter duidelik dat hierdie frase deur die opstellers van die Wet by ons reg ingelyf is, sonder dat daar behoorlike oorweging geskenk is aan die implikasies van die insluiting.

4.7.2 REGSGEVOLGE

Currie en Klaaren⁷²⁶ is van mening dat die besluit 'n regtens bindende vasstelling van individuele regte moet wees : die besluit moet regte vestig, verander of intrek. Hierdie benadering is eweneens problematies, aangesien sekere kategorieë, of aktiwiteite, van die omskrywing van administratiewe optrede uitgesluit kan word. So, byvoorbeeld, sal die voorstelle of aanbevelings van ondersoekliggame van die omskrywing uitgesluit wees en dus ook die toepassing van die beginsels van administratiewe geregtigheid. Die uitsluiting van die aanbevelings van sulke liggame moet bevraagteken word, aangesien hulle gevolgtrekkings en aanbevelings ernstige implikasies vir die individu kan inhou.

4.7.3 EKSTERNE GEVOLGE

Die uitwerking van hierdie woorde is dat die besluit 'n ander persoon as die persoon wat in sy of haar hoedanigheid van 'n staatsorgaan optree, moet raak. 'n Beampte of staatsamptenaar kan byvoorbeeld die onderwerp van sodanige "eksterne gevolge" wees, indien hy of sy in sy of haar werk geskors word, of indien hy of sy teen sy of haar wil na 'n ander stad verplaas word. Wanneer die regte van die individu deur administratiewe optrede geraak word, kan ons ook van eksterne gevolge praat.

⁷²⁶ Currie en Klaaren, 2001:82.

4.8 WAT NIE SPESIFIEK DEUR DIE WET UITGESLUIT WORD NIE

Artikel 1(i)(b)(aa) – (ii) sluit 9 tipes uitvoerende bevoegdhede of funksies van die definisie van administratiewe optrede en van die omvang van PAJA uit. Hierdie uitsluitings word geklassifiseer volgens die aard van die optrede, in stede van klassifisering volgens die persoon wat die handeling uitvoer, of met verwysing na die gevolge of effek van die administratiewe optrede.

So, byvoorbeeld, maak die funksies van die President en die premier van 'n provinsie wat die bekragting van wetsontwerpe en die terug verwysing van wetsontwerpe na die betrokke liggame, of die verwysing van 'n wetsontwerp na die Konstitusionele Hof vir 'n beslissing oor die Grondwetlikheid daarvan, nie administratiewe handeling uit nie.⁷²⁷

Die uitsluitings kan, volgens Currie en Klaaren,⁷²⁸ in twee kategorieë verdeel word. Die eerste vyf uitsluitings, naamlik (aa) – (ee) verwys na die Grondwet se verdeling, enersyds administratiewe optrede, en andersyds, wetgewende en regterlike optrede. Die oorblywende uitsluitings (ff) – (ii) omsluit 4 spesifieke wetgewende beleidskeuses wat tydens die parlementêre proses gemaak word, om sodoende sekere tipes van besluite van die Wet uit te sluit.

Ons sien ook dat die meeste vroeëre prerogatiwe nou by Artikel 84 van die Grondwet ingesluit is. Hierdie prerogatiwe, wat nou statutêre bevoegdhede geword het, word van die omskrywing van administratiewe optrede uitgesluit en is dus nie onderworpe aan geregtelike hersiening met die oog op administratiewe legaliteit nie. Die begenadiging van, of die verlening van grasia aan oortreders, en die kwytskelding van boetes, strawwe of verbeurings maak egter wel administratiewe optrede uit. Dit is dus aan geregtelike hersiening onderworpe.

Vervolgens word verwys na die bevoegdhede wat by Artikel 1 van PAJA uitgesluit word :

- (aa) Die uitvoerende bevoegdhede of funksies van die nasionale uitvoerende gesag, met inbegrip van die bevoegdhede en funksies beoog in Artikels 79(1) en (4), 84(2)(a), (b), (c), (d), (f), (g), (h), (i) en (k), 85(2)(b), (c), (d) en (e), 91(2), (3), (4) en (5), 92(3), 93, 97, 98,99 en 100 van die Grondwet.
- (bb) Die uitvoerende bevoegdhede of funksies van die provinsiale uitvoerende gesag, met inbegrip van die bevoegdhede en funksies beoog in Artikels 121(1) en (2), 125(2)(d), (e) en (f), 126, 127(2), 132(2), 133(3)(b), 137, 138, 139 en 145(1) van die Grondwet.

⁷²⁷ Sien artikels 79(1) en (4) en 121(1) en (2) van die Finale-Grondwet.

⁷²⁸ Currie en Klaaren, 2001:54.

- (cc) Die uitvoerende bevoegdheede of funksies van 'n plaaslike raad (munisipaliteit).
- (dd) Die wetgewende funksies van die Parlement, 'n provinsiale wetgewer of 'n munisipale raad (munisipaliteit).
- (ee) Die regsprekende funksies van 'n regterlike beampte van 'n hof, beoog in Artikel 166 van die Grondwet, of van 'n spesiale tribunaal ingestel kragtens Artikel 2 van die Wet op Spesiale Ondersoekenhede en Spesiale Tribunale, 1996 (Wet No 74 van 1996), en die regsprekende funksies van 'n tradisionele leier, ingevolge die gewoontereg of 'n ander regsvoorskrif.
- (ff) 'n Besluit om 'n vervolging in te stel of voort te sit.
- (gg) 'n Besluit met betrekking tot enige aspek van die aanstelling van 'n regterlike beampte deur die Regterlike Dienskommissie.
- (hh) 'n Besluit geneem, of versuim om 'n besluit te neem, kragtens 'n bepaling van die *Promotion of Access to Information Act, 2000* (Wet No 2 van 2000).
- (ii) 'n Besluit geneem, of versuim om 'n besluit te neem, kragtens Artikel 4(1).

Daar word vervolgens voortgegaan met 'n bespreking van die uitsluitings.

4.8.1 DIE UITVOERENDE BEVOEGDHEDE OF FUNKSIES VAN DIE NASIONALE UITVOERENDE GESAG

Wanneer 'n mens Artikel 84 aan die hand van Artikel 1 van PAJA van nader beskou, merk jy op dat die grootste gedeelte van Artikel 84 buite die trefwydte van die omskrywing van administratiewe optrede val. So word wetgewende funksies uitgesluit, asook aanstellings deur die President, byvoorbeeld die aanstelling van kommissies van ondersoek, die uitroep van 'n nasionale referendum, die ontvangs en erkenning van buitelandse diplomatieke en konsulêre verteenwoordigers en die aanstelling van ambassadeurs.

Wanneer die President 'n aanstelling doen soos vereis deur die Grondwet of wetgewing en hy of sy nie in die hoedanigheid van Hoof van die Nasionale Uitvoerende Gesag handel nie, val daardie handeling nie binne die omskrywing van administratiewe optrede nie.⁷²⁹ Slegs handeling wat die President in sy of haar hoedanigheid as Hoof van die Nasionale Uitvoerende Gesag uitvoer, kwalifiseer, met ander woorde, as administratiewe optrede, onderworpe aan geregtelike hersiening.

Die uitvoering van wetgewing, die ontwikkeling en uitvoering van nasionale beleid, die koördinering van die funksies van staatsdepartemente en administrasies, die opstel en inisiëring van wetgewing, en die verrigting van

⁷²⁹ Sien artikel 84(2)(e) van die grondwet.

uitvoerende funksies⁷³⁰ behels nie administratiewe optrede nie. Die bevoegdhede vermeld in Artikels 91(2) tot (5) met betrekking tot die aanstelling van die adjunkpresident en die kies en aanstelling van kabinetslede ressorteer nie onder administratiewe optrede nie. Dit is uitvoerende funksies met betrekking tot die kabinet en die lede daarvan. Hierdie funksies wat op uitvoerende vlak verrig word, is tradisioneel altyd van die sfeer van administratiewe optrede uitgesluit.

Die bevoegdhede vermeld in Artikels 93 (die aanstelling van adjunkministers), 97 (die oordrag van werksaamhede), 98 (die tydelike opdra van funksies), 99 (die opdra van funksies), en 100 (die nasionale toesig oor die provinsiale administrasie) behels nie administratiewe optrede nie.

Dit is duidelik dat bogemelde uitsluitings, wat ook van toepassing is op provinsiale en plaaslike uitvoerende uitsluitings, die tradisionele benadering navolg waar die toepassing van administratiefreg op administratiewe funksies van die regering plaasvind en nie slaan op die beleidmakende (politieke) bevoegdhede en funksies wat deur die Grondwet aan verkose uitvoerende amptenary verskaf word nie.

Ingevolge die gemenerereg het judisiële hersiening van administratiewe optrede nie gedui op die monitering van politieke en beleidmakende aangeleenthede van die regering nie. Daar eerder gefokus op die beskerming van regte, wanneer die beleid in individuele gevalle tot uitvoering gebring is. Die uitvoering van uitvoerende bevoegdhede en funksies ingevolge die Finale-Grondwet dui op die uitvoering van openbare magte. Die Grondwet het ingeboude meganismes om te verseker dat optredes soos hierbo genoem, regsgeldig (wat rasionaliteit insluit) korrek en verantwoordbaar is, wanneer dit deur die amptenary tot uitvoering gebring word. Gesag hiervoor word gevind in die *Pharmaceutical Manufacturers - saak*⁷³¹ en die beslissing van die Federale Hof van Australia in *Minister for Arts, Heritage and Environment v Peko – Wallsend Limited*⁷³²

'n Duidelike onderskeid moet gemaak word, wanneer uitvoerende bevoegdhede en funksies geanaliseer word. Afgesien van suiwer politieke beleidmakende bevoegdhede en funksies, gebeur dit ook dat verkose amptenary van tyd tot tyd in 'n administratiewe hoedanigheid optree. In

⁷³⁰ Sien artikel 85(2)(a) – (e) van die grondwet.

⁷³¹ *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA . In Re : Ex Parte President of the Republic of South Africa 2000(2) SA 674 (CC).*

⁷³² 1987(15) FCR 274. 'n Kabinetsbesluit om 'n gedeelte van 'n nasionale park te oormerk vir insluiting by die Verenigde Nasies se Wêreld Erfenis Lys, is 'n politieke besluit en is nie onderworpe aan die plig tot prosedurale billikheid nie. By bladsy 278 maak Hoofregter Brown die volgende opmerking: "This is not to say that Cabinet should decide matters without considering all relevant material, but there are recognised channels for communicating arguments or submissions. Each Minister has the support and advice of a department of State. Representations may be made to the relevant department or in appropriate cases to the Minister. Every citizen has access to a Local Minister of Parliament or a Senator in the particular State, who can assist in the advancement of the individual citizen's point of view."

laasgenoemde geval sal hierdie optrede onderhewig wees aan die PAJA. Waar die President en ministers optree ingevolge gedelegeerde bevoegdhede, tree hulle op as parlementêre onderdane en administratiewe amptenary.⁷³³

Die lys van grondwetlike bevoegdhede en funksies in (aa) is nie 'n geslote en volledige lys nie. Die optrede deur die parlement en die ministers sal elke keer nagegaan en ontleed moet word om te bepaal of die funksies en bevoegdhede uitvoerende of administratiewe optrede daarstel. Enersyds word breë beleidsformulering aangetref en andersyds die implementering en toepassing van wetgewing.

Die Grondwetlike Hof het self agtergekom dat bogemelde onderskeid nie eenvoudig van aard is nie, veral waar dit te doen gekry het met die onderskeid in die *SARFU-saak* :

“Determining whether an action should be characterised as the implementation of legislation or the formulation of policy may be difficult. It will, as we have said above, depend primarily upon the nature of the power. A series of considerations may be relevant to deciding on which side of the line a particular action falls. The source of the power, though not necessarily decisive, is a relevant factor. So, too, is the nature of the power, its subject matter, whether it involves the exercise of a public duty and how closely it is related on the one hand to policy matters, which are not administrative, and on the other hand to the implementation of legislation, which is. While the subject-matter of a power is not relevant to determine whether constitutional review is appropriate, it is relevant to determine whether the exercise of the power constitutes administrative action for the purposes of section 33. Difficult boundaries may have to be drawn in deciding what should and what should not be characterised as administrative action for purposes of section 33. These will need to be drawn carefully in the light of the provisions of the Constitution and the overall constitutional purpose of an efficient, equitable and ethical public administration. This can best be done on a case by case basis.”⁷³⁴

Die blote feit dat 'n besluit deur hoë politieke gesag geneem of goedgekeur is, beteken nie dat die besluit nie miskien van administratiewe aard mag wees

⁷³³ Sien ter illustrasie *Permanent Secretary, Department of Education and Welfare, Eastern Cape and Another v Ed-U-College (PE) (Section 21) Inc* 2001(2) SA 1 (CC). Waar 'n senior uitvoerende amptenaar betrokke is by die uitvoering van wetgewing, stel dit suiwer administratiewe optrede daar. Waar ministers hul grondwetlike verantwoordelikhede nakom deur beleid te ontwikkel en wetgewing voor te stel, stel hierdie optrede nie administratiewe optrede daar nie.

⁷³⁴ *SARFU v President of the Republic of South Africa* 2000(1) SA 1 (CC), Paragraaf 143 by67.

nie. Die *Ed-U-College-saak* hierbo vermeld, is 'n goeie voorbeeld hiervan. Die feit dat 'n besluit politieke gevolge het, beteken nie noodwendig dat dit nie 'n administratiewe besluit binne die kader van Artikel 33 is nie. Die hof het in hierdie saak bevind dat die besluit rakende 'n befondsing-toewysingsformule deur 'n provinsiale lid van die Uitvoerende Komitee wel administratiewe optrede daargestel het.

Dit is verder opmerklik dat die meeste van die uitvoerende bevoegdhede en funksies, wat in die definisie van administratiewe handeling uitgesluit is, slegs uitgevoer kan word deur die President. Daar is egter ook uitsonderings, soos vroeër bespreek, waar die President ingevolge Artikel 85(2) van die Grondwet saam met ander lede van die parlement optree. Die uitvoering hiervan geskied in verskillende vorme, byvoorbeeld om (a) nasionale beleid te ontwikkel en uit te voer; (b) die funksies van staatsdepartemente en – administrasies te koördineer; (c) wetgewing op te stel en te inisieer; en (d) enige ander uitvoerende funksies te verrig waarvoor in die Grondwet of in nasionale wetgewing voorsiening gemaak word.

Artikel 92(3) van die Grondwet verwys ook na lede van die Nasionale Uitvoerende Gesag, anders as na die President. Dit bepaal dat die lede van die Kabinet (a) ooreenkomstig die Grondwet moet optree; en (b) die Parlement van volledige en gereelde verslae oor aangeleenthede onder hulle beheer moet voorsien. Artikel 99 van die Grondwet reël weer die opdra of delegering van funksies. 'n Lid van die Kabinet kan enige bevoegdheid of funksie wat ingevolge 'n parlements-wet uitgeoefen of verrig moet word, aan 'n lid van die Provinsiale Uitvoerende Raad of 'n Munisipale Raad opdra.

'n Opdrag –

- (i) geskied ingevolge 'n ooreenkoms tussen die betrokke Kabinetslid en die lid van die Uitvoerende Raad of die Munisipale Raad;
- (ii) moet bestaanbaar wees met die parlements-wet, ingevolge waarvan die betrokke bevoegdheid of funksie uitgeoefen of verrig word; en
- (iii) tree by proklamering deur die President in werking.

Artikel 100 handel weer oor die nasionale toesig oor die provinsiale administrasie.

Sommige van die uitsluitings, al sou dit nie administratiewe optrede behels nie, is egter kwesbaar, veral ten opsigte van 'n grondwetlike aanslag waar dit beskou kan word as onregverdige beperkings ten opsigte van die reg op administratiewe geregtigheid. Die grootste sukses vir hierdie aanval sal gevind word waar lede van die uitvoerende gesag betrokke is, en nie ten opsigte van die President nie. Hoewel die uitvoerende gesag nie deur die

Grondwet gedefinieer word nie, maak Artikels 83 en 84 van die Grondwet dit duidelik dat die President die Hoof van die Uitvoerende Gesag is.

Daar moet gelet word op die feit dat die term “Nasionale Uitvoerende Gesag”, verskil van en breër is as die begrip “Kabinet”, soos dit by verskeie geleenthede in die Grondwet vermeld word. Anders as in verhouding met die President, bepaal die Grondwet die optrede van die Nasionale Uitvoerende Gesag in Artikel 100, met ander woorde, die tussentrede van die gesag by aangeleenthede van die provinsiale regering, en waar die Nasionale Uitvoerende Gesag ingevolge Artikel 231 betrokke is by die bespreking en ondertekening van internasionale ooreenkomste.

PAJA se uitsluiting van die uitvoerende bevoegdhede en funksies ingevolge Artikel 85(2) van die Grondwet, moet in harmonie met die res van die Grondwet gelees word. Twee interpretasies moet egter vermy word :

Eerstens kan dit geïnterpreteer word dat die uitsluiting uit die definisie van administratiewe handeling die uitvoering is van uitvoerende gesag by wyse van Artikel 85(2)(b) – (e) van die Grondwet deur al die lede van die Nasionale Uitvoerende Gesag. Sodanige interpretasie moet vermy word, veral waar daar in Subparagraaf (aa) na Uitvoerende Gesag in plaas van na Kabinet verwys word.

Artikel 85(1) verwys na die Uitvoerende Gesag van die Republiek wat by die President berus. Die mandaat word nie deur Artikel 85(2) op sigself verskaf nie, aangesien die subartikel slegs verwys na die Kabinet en nie na die Nasionale Uitvoerende Gesag nie. Dit sou ook teenstrydig wees met die doelstellings van PAJA om presies daardie laer vlak amptenary van die Nasionale Gesag, wat nie verkose is nie uit te sluit, wat ingesluit moet word, aangesien dit juis hulle is wat administratiewe geregtigheid aan die hand moet werk.

’n Tweede uitleg van Subparagraaf (aa) moet ook ten alle koste vermy word. Indien letterlik beskou, blyk dit dat die uitsluiting aandui dat dit net die vorm van die uitoefening van uitvoerende gesag, soos in Artikel 85(2)(a) van die Grondwet na verwys is wat deur PAJA gedek word, naamlik die uitvoering van uitvoerende gesag deur die toepassing van nasionale wetgewing. Hierdie interpretasie sou dan uitsluit alle ander uitoefening van uitvoerende gesag vanuit die kader van administratiewe handeling. In besonder sou dit dan ook die uitoefening van nasionale beleid uitsluit. Die bevoegdheid om nasionale beleid te ontwikkel en toe te pas, kan uitgebreid wees en ook inbreuk maak op administratiewe geregtigheid.

Die toepassing van nasionale beleid word geredelik gebruik as 'n tipe staatsoptrede, veral in gebiede waar prosedurele billikheid van kardinale belang is, soos byvoorbeeld lisensiëring en privatisering. Die omvang van dié onaantasbaarheid verleen aan kabinetslede deur die uitsluiting van die definisie van administratiewe handeling van die bevoegdheede en funksies na verwys in Artikel 92(3), sal ook deeglik geïnterpreteer moet word.

Artikel 92(3) bepaal dat lede van die Kabinet -

- (i) ooreenkomstig die Grondwet moet optree; en
- (ii) aan die parlement volledige en gereelde verslae oor aangeleenthede onder hulle beheer verskaf.

Die uitsluiting kan ook wyd geïnterpreteer word, om aan te dui dat enige uitvoering van uitvoerende gesag deur kabinetslede (wat ooreenkomstig die Grondwet moet geskied), nie ingevolge die begrip van administratiewe handeling, soos gedefinieer deur PAJA, aangeveg kan word nie. Dit bring prakties mee dat immuniteit verskaf word aan kabinetslede van hersieningsverrigtinge ingevolge PAJA. Daar is egter nog steeds die geleentheid om grondwetlike hersiening van hierdie optrede aanhangig te maak op die beginsel van legaliteit.

Die vraag kan egter tereg gevra word of dit nie te ver strek nie. Dit is tog duidelik wat die doel van die uitsluiting is, naamlik om deur PAJA beskerming te verleen van hersieningsoptrede teen die kabinetslede, wanneer hulle grondwetlike verpligtinge nakom.

4.8.2 DIE UITVOERENDE BEVOEGDHEDE OF FUNKSIES VAN DIE PROVINSIALE UITVOERENDE GESAG

Met betrekking tot die uitvoerende bevoegdheede of funksies van die Provinsiale Uitvoerende Gesag vind 'n mens dat die wetgewer se benadering dieselfde was as dié ten opsigte van die Nasionale Uitvoerende Gesag.

Die volgende uitvoerende bevoegdheede of funksies wat nie administratiewe optrede is nie, sluit in :

- Die bekragtiging van wetsontwerpe en die verwysing van 'n wetsontwerp na die Konstitusionele Hof (Artikels 121(1) en (2)).
- Die ontwikkeling en uitvoering van provinsiale beleid en die koördinerings van die funksies van die provinsiale administrasie en sy departemente (Artikels 125(2)(d) en (e)).
- Die opdra van werksaamhede (Artikel 126).

- Die Premier se funksies ten opsigte van die ondertekening en bekragtiging van wetsontwerpe.
- Die verwysing van wetsontwerpe vir heroorweging, die byeenroeping van die wetgewer vir 'n buitengewone sitting, die aanstelling van kommissies van ondersoek en die uitroep van 'n referendum (Artikel 127(2)).
- Die aanstel van die lede van die Uitvoerende Raad deur die Premier (Artikel 132(2)).
- Die voorsiening van volledige en gereelde verslae deur die Uitvoerende Raad aan die wetgewer (Artikel 133(3)(b)).
- Die oordrag van werksaamhede (Artikel 137).
- Die tydelike opdra van werksaamhede (Artikel 138).
- Provinsiale toesig oor Plaaslike Regering (Artikel 139).
- Die bekragtiging en ondertekening van 'n provinsiale Grondwet deur die Premier (Artikel 145(1)).

Dit blyk dat, wanneer die President sekere parlementêre wetgewende funksies verrig (en so ook die Premier ten opsigte van die Provinsiale Wetgewer), daardie funksies nie as administratiewe optrede gekategoriseer word nie.

4.8.3 DIE UITVOERENDE BEVOEGDHEDE OF FUNKSIES VAN 'n MUNISIPALE RAAD (MUNISIPALITEIT)

Dit is interessant dat die uitvoerende bevoegdheede of funksies van 'n munisipale raad nie administratiewe optrede geag word nie. Dieselfde erkenning word met ander woorde aan die uitvoerende gesag van 'n munisipale raad verleen as aan die nasionale of 'n provinsiale uitvoerende gesag. Wat uitvoerende optrede en wat administratiewe optrede is, sal ooreenkomstig die omstandighede van elke geval bepaal moet word.

Artikel 151(2) van die Grondwet bepaal dat uitvoerende en wetgewende gesag van 'n munisipaliteit by die munisipale raad berus.

Artikel 156 van die Grondwet spel die bevoegdheede en funksies van munisipaliteite uit. 'n Munisipaliteit het uitvoerende gesag ten opsigte van, en het die reg op die administrasie van –

- (a) die plaaslike regeringsaangeleenthede wat in Deel B van Bylae 4 en Deel B van Bylae 5 vermeld word; en
- (b) enige ander aangeleentheid wat deur nasionale of provinsiale wetgewing aan hom opgedra word.

Groot onsekerheid heers en wye kritiek kan hieroor uitgespreek word, waar die definisie van administratiewe handeling spesifiek die uitvoerende bevoegdhede en funksies van 'n munisipale raad uitsluit. Dit blyk dat PAJA spesifiek alle optredes van munisipaliteite uitsluit.

Hierdie uitsluiting sal eersdaags sekerlik tot litigasie lei, veral in die Konstitusionele Hof. Wanneer daar gekyk word na veral die optredes van munisipaliteite in die Oos-Kaap en die aantal hersieningsaansoeke wat uit veral dié streek, in die Suid-Afrikaanse hofverslae gerapporteer is, is dit net 'n kwessie van tyd voor die soeklig helder sal skyn op hierdie uitsluiting. Hier word te doen gekry met derdevlak-regering. As daar gekyk word na die noue kontak op vele terreine tussen die plaaslike rade en die inwoners, veral waar dienslewering van kardinale lewensbelang is, is dit ondenkbaar dat uitvoerende bevoegdhede en funksies wat inwoners direk nadelig raak, nie hersienbaar kan wees nie.

Hierdie uitsluiting het nie in enige van die konsep-wetsontwerpe voorgekom nie, en is deur die parlementêre komitee ingevoeg. Daar word geargumenteer dat dit 'n uitdruklike uitsluiting van die definisie van administratiewe handeling was, om alle administratiewe optrede van munisipaliteite buite die kader van PAJA te plaas. Dit is egter sterk te betwyfel of die administratiewe optrede wat hier deur die definisie spesifiek uitgesluit word, wel buite die trefwydte van Artikel 33 van die Grondwet sal val.

Die vraag tree na vore of die uitsluiting nie gelees moet word sodat dit die patroon van Subparagrafe 4.8.1 en 4.8.2 hierbo vermeld, sal volg nie, naamlik dat "uitvoerende" (beleidmakende) bevoegdhede en funksies van munisipaliteite nie administratiewe optrede daarstel nie, terwyl administratiewe (die uitvoering van wetgewing) bevoegdhede en funksies wel administratiewe handeling uitmaak.

Word daar gekyk na die min bronne en die lae vlak van administratiewe vernuf in die munisipale sfeer, moet die handeling van munisipaliteite waar dit uitvoering aan wetgewing gee, binne die definisie van administratiewe handeling val, ten einde te kan verseker dat daar gehoor gegee word aan administratiewe geregtigheid soos vervat in Artikel 33 van die Grondwet en die uitbreiding van die begrip, soos dit vervat is in PAJA.

Dit is duidelik dat derdevlak-regering nasionale en provinsiale regering navorolg, waar die administratiewe geregtigheidsklousule nie van toepassing is veral ten opsigte van politieke optrede deur die munisipaliteite nie. Voorbeelde wat buite die definisie van administratiewe handeling val, is die

maak van by-wette ten opsigte van kindersorg, fasiliteite, of die privatisering van sleuteldienste, soos vullisverwydering, soos gelewer deur die munisipaliteite.

Die grootste deel van munisipale werk word wel in PAJA se definisie van administratiewe handeling ingesluit. Hierby word ingesluit die uitvoering van nasionale, provinsiale en plaaslike wetgewing. Die besluite van munisipale administrateurs ten opsigte van Deel B van plaaslike regeringsfunksies en die implementering van wetgewing word in die definisie van administratiewe handeling ingesluit.

4.8.4 DIE WETGEWENDE FUNKSIES VAN DIE PARLEMENT, 'n PROVINSIALE WETGEWER OF 'n MUNISIPALE RAAD (MUNISIPALITEIT)

Die rede vir hierdie uitsluiting kan gevind word in die leerstuk van die skeiding van magte. Die wetgewende funksies en administratiewe prosesse hieraan verwant, kan die regering aanbetref, uitgesonder word, aangesien dit aan verskeie ander kontrolemeganismes onderworpe is. Die administratiewe geregtigheidsklousule se hoofmerk is om te dien as 'n kontrolemeganisme vir handelinge verrig deur amptenary, maar by wetmakende handelinge is dit die definisie van administratiewe handeling uitgesluit.

In die *Fedsure-saak* hierbo genoem, het die Konstitusionele Hof beslis dat begrotingsbesluite geneem deur 'n munisipale raad 'n wetgewende handeling daargestel het en nie 'n administratiewe handeling soos deur Artikel 24 van die Interim-Grondwet voorgeskryf nie. Die rede vir dié besluit word gevind in die feit dat dit geneem is deur 'n verkose wetgewende liggaam, wat self deur die Grondwet in die lewe geroep is. Die administratiewe geregtigheidsklousule was nie hier van toepassing nie, aangesien dit oorspronklike en nie gedelegeerde wetgewing was wat ter sprake gekom het. Die *Fedsure-saak* tref 'n duidelike onderskeid tussen daardie besluite wat wetgewend van aard is, en beraadslaging verg van die wetgewer soos deur die Grondwet opgelê en die besluite wat nie hieronder tuisgebring word nie. Dieselfde redenasie is in die *Ed-U-College-saak* gevolg, waar begrotingswetgewing die lig gesien het, wat bepaal het hoe publieke fondse toegeken en verdeel moes word. Die handeling is as wetgewend van aard gesien en het derhalwe nie onder die definisie van administratiewe handeling geval nie.

4.8.5 DIE REGSPREKENDE FUNKSIES VAN 'n REGTERLIKE BEAMPTTE VAN 'n HOF BEOOG IN ARTIKEL 166 VAN DIE GRONDWET OF VAN 'n SPESIALE TRIBUNAAL INGESTEL KRAGTENS ARTIKEL 2 VAN DIE WET OP SPESIALE ONDERSOEKEENHEDE EN SPESIALE TRIBUNALE, 74 VAN 1996, EN DIE REGSPREKENDE FUNKSIES VAN 'n TRADISIONELE LEIER INGEVOLGE DIE GEWOONTEREG OF 'n ANDER REGSVOORSKRIF

Die rede vir bogenoemde uitsluiting kan weer gevind word in die skeiding van magte. Die reg op administratiewe geregtigheid is nie noodsaaklik, of van toepassing om te verseker dat regsgeldigheid, billikheid en redelikheid in die uitvoering van judisiële gesag moet plaasvind nie. Hierdie waardes word deur ander grondwetlike en regsmechanismes verseker.⁷³⁵

In *Nel v Le Roux NO*⁷³⁶ het die Grondwetlike Hof beslis dat die prosedure rakende summere vonnis, soos vervat in Artikel 205 van die Strafproseswet, 51 van 1977 “wetgewend” anders dan “administratiefregtelik” van aard is. Die hof het bevind dat die prosedure deur 'n regsamptenaar uitgevoer word en dat dit onderhewig was aan grondwetlike kontrole deur die toepassing van die gewone reëls rakende strafregtelike appèlle, eerder as deur die proses van administratiewe geregtigheid.

Tradisionele leiers het die bevoegdheid om in siviele gedinge te beslis, wat hul ontstaan het in Inheemse Reg en om ook geringe oortredings ingevolge Gemene of Inheemse Reg te verhoor. Item 16(1) van Bylae 6 van die Finale-Grondwet bepaal soos volg :

“Elke Hof met inbegrip van die howe van tradisionele leiers, wat bestaan het toe die nuwe Grondwet in werking getree het, gaan voort om te funksioneer en om jurisdiksie uit te oefen ingevolge die wetgewing wat daarop van toepassing is en enigiemand wat die amp van regterlike beampte beklee, gaan voort om die amp te beklee ingevolge die wetgewing wat op daardie amp van toepassing is, behoudens –

- (a) enige wysiging of herroeping van daardie wetgewing; en
- (b) die bestaanbaarheid met die nuwe grondwet.”

Daar is 'n aantal onlangse beslissings wat handel oor die vraag of die beslissings van die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie (KVBA) administratiewe optrede behels.⁷³⁷

⁷³⁵ Sien in die verband *Carephone (Pty) Limited v Marcus NO* 1999(3) SA 304 (LAC).

⁷³⁶ 1996(3) SA 562 (CC) Paragraaf 24.

⁷³⁷ *Carephone (Pty) Limited v Marcus NO* 1999(3) SA 304 (LAC); *Shoprite Checkers (Pty) Limited v Ramdau NO and Others* 2001(22) ILJ 1603 (AAH); en *Volkswagen SA (Pty) Limited v Brand NO and Others* 2001(22) ILJ 993 (AH).

In die *Volkswagen-saak* het die Arbeidshof beslis dat 'n arbitrasietoekenning van die KVBA nie administratiewe optrede was nie. Gevolglik sal die beginsels van administratiewe geregtigheid nie op die betrokke toekenning van toepassing wees nie. Hierdie beslissing is, met respek gesê, oop vir kritiek. Dit word aan die hand gedoen dat die arbitrasietoekenning deur 'n administratiewe regsprekende liggaam (dit is nie 'n hof nie) gelewer word, wie se prosedures nie so formeel soos dié van 'n gereghof is nie. Hoewel die beslissing deur die KVBA met 'n regterlike beslissing ooreenkom, val dit op die terrein van die administratiefreg : die handeling van die KVBA is onderworpe aan hersiening kragtens Artikel 33 van die Grondwet.

In die *Carephone-saak* in Paragrafe 18 en 19 het die hof (by monde van waarnemende regter-president Froneman) die volgende gesê :

“..... although the commission or other organs of State may perform functions of a judicial nature they are not courts of law and thus have no judicial authority under the Constitution (ss 165; 166 and 239 of the Constitution). Their judicial functions do not transform them into part of the judicial arm of the State, nor does it make them part of the judicial process.”

Die Carephone-uitspraak is, met respek, die korrekte en daar word gehoop dat beslissings met betrekking tot KVBA-arbitrasiebeslissings en –vasstellings in die toekoms as administratiewe optrede beskou sal word.

4.8.6 'n BESLUIT OM 'n VERVOLGING IN TE STEL OF VOORT TE SIT

Die rasionaal vir hierdie uitsluiting is pragmaties. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie voer die volgende in hul verslag rakende administratiewe geregtigheid aan :

“This exemption, though controversial, is designed to avoid a multiplicity of hearings about the 'merits' of criminal charges, which must be determined at the trial and through the contecedent steps envisaged by the Criminal Procedure Act, 51 of 1977.”⁷³⁸

Die effek van die uitsluiting is om staatsaanklaers te onthef van die spesifieke nakoming van die verpligtinge genoem in Artikel 3 van PAJA. Die uitsluiting is een van die beleidskeuses wat deur die Parlement in die verordening van PAJA daargestel is.

⁷³⁸ SA Law Commission Report on Administrative Justice (August 1999) on 17. Sien in hierdie verband die Kommissie se verwysing na *Wiseman v Bornman* 1971 AC 297 (HL) en *Park-Ross v Director:Office for Serious Economic Offences* 1998(1) SA 108 (C) paragraaf 14-25. Pfaff en Schneider, 2001:59 stel dit soos volg:“the law commission had it in mind to exclude those decisions that were scrutinised by a court in the course of a criminal trial anyway.”

Hoewel die besluite geneem deur die Nasionale Vervolgingsgesag nie onderhewig is aan administratiewe geregtigheid nie, is die nodige kontrolemaatreëls wel ingevolge Artikel 179(2) – (5) deur die Grondwet ingebou. Hierdie artikel omskryf verskeie reëls en prosedures vir die uitoefening van die vervolgingsfunksie en kan tereg beskou word as 'n alternatiewe bron van grondwetlike verantwoordbaarheid in verhouding met die reg op administratiewe geregtigheid.

Besluite om te vervolg is dus nie geheel en al buite die bestek van hersiening geplaas nie. Daar is aparte wetgewing wat hierdie hersieningsproses hanteer. Die *National Prosecuting Authority Act*, 32 of 1998 verleen 'n hersienbare diskresie aan aanklaers. Dit word duidelik toegelig deur die saak van *Highstead Entertainment (Pty) Limited t/a "The Club" v Minister of Law and Order*. Die hof beslis :

“It is not, however, a discretion which is beyond the jurisdiction of the Court. Thus, if the Attorney-General has exercised his discretion in a way which would be regarded, in terms of *Shidiack v Union Government (Minister of Interior) 1912 AD 642*, as improper, that exercise of discretion is assailable in the Supreme Court.”⁷³⁹

Beslissings deur aanklaers kan wel vir legaliteit hersien word as 'n direkte grondwetlike aangeleentheid, eerder as 'n aangeleentheid ingevolge PAJA. Die hoofmerk was nie om besluite van aanklaers om te vervolg onhersienbaar te maak nie, maar om dit wel nie aan hersiening ingevolge PAJA bloot te stel nie.

4.8.7 'n BESLUIT MET BETREKKING TOT ENIGE ASPEK VAN DIE AANSTELLING VAN 'n REGTERLIKE BEAMPTTE DEUR DIE REGTERLIKE DIENSTEKOMMISSIE

Dit is onseker hoekom hierdie uitsluiting voorkom. Dit kan dalk wees dat die besluit gemotiveer was, omdat besluite wat deur die beamptes geneem sal word, naby aan judisiële bevoegdheid grens. Dit is slegs maar 'n onoortuigende bespiegeling. Die Regterlike Dienstekommissie is 'n staatsorgaan, wat sy bevoegdhede aan wetgewing ontleen. Sommige van hierdie kommissieledede is wel regters, maar hierdie kommissie vervul nie judisiële funksies nie.

Kritiek kan uitgespreek word oor hierdie besluit. Regterlikedienskommissie-besluite is wel administratiewe optrede, ingevolge Artikel 33 van die Grondwet

⁷³⁹ 1994(1) SA 387 (C).

en die blatante uitsluiting daarvan in PAJA vernou die omvang van administratiewe geregtigheid. Hierdie uitsluiting moet so ver as moontlik beperkend uitgelê word. Terwyl die beraadslagingsproses van hierdie kommissie beskerm moet word en onderhewig gestel word aan die beveiliging van legaliteit soos verskaf in die Grondwet, moet ander handeling van die kommissie wel onderhewig gestel word aan die reg tot administratiewe geregtigheid.

Indien die uitsluiting slegs van toepassing is op die aanstelling van regters, kan daarmee saamgeleef word. Besluite van die Regterlike Dienstekommissie, ingevolge Artikel 177 van die Grondwet rakende die gedrag en onvermoë van regters, sal sekerlik aan PAJA onderhewig wees.

4.8.8 'n BESLUIT GENEEM, OF VERSUIM OM 'n BESLUIT TE NEEM, KRAGTENS 'n BEPALING VAN DIE *PROMOTION OF ACCESS TO INFORMATION ACT*, 2000 (WET NO 2 VAN 2000)

Hierdie uitsluiting spreek egter vanself. Besluite ingevolge die *Promotion of Access to Information Act* geneem, is nie ingevolge PAJA hersienbaar nie. Dié Wet bevat sy eie hersieningsmeganismes, vereistes vir die verskaffing van redes en prosedures vir die oorweging van besluite om inligting te verskaf. Besluite ingevolge hierdie Wet geneem, moet voldoen aan regmatigheid, redelikheid en prosedurele billikheid en hoef dus ingevolge PAJA nie hersienbaar te wees nie.

Daar word ingevolge Artikel 32 van die Grondwet apart gehandel met die verskaffing van inligting. Die Wet kan onafhanklik staan, en die hersienbaarheid van besluite, soos PAJA, hanteer.

4.8.9 'n BESLUIT GENEEM, OF VERSUIM OM 'n BESLUIT TE NEEM KRAGTENS ARTIKEL 4(1) VAN DIE WET (PAJA)

Artikel 4(1) van PAJA gee aan amptenary 'n diskresie om te besluit welke prosedure gevolg moet word, wanneer 'n besluit geneem word wat nadelig vir die publiek mag wees. Hierdie uitsluiting is gemik om hersienings van die besluite oor prosedures te beperk.

Die uitsluiting van Artikel 4(1) van PAJA se definisie van administratiewe handeling vrywaar nie die amptenary van die grondwetlike verpligting wat hulle opgelê word om wel 'n besluit te neem welke prosedure gevolg gaan word nie. Die uitsluiting beteken slegs dat daar nie 'n hersieningsremedie beskikbaar is deur PAJA aan verontrefde partye ingevolge besluite geneem in terme van Artikel 4(1) nie, of om aan hulle redes vir sodanige besluite te verskaf nie.

Hoofstuk 3

PROSEDURELE BILLIKHEID : DIE INVLOED VAN ADMINISTRATIEWE OPTREDE OP DIE ONDERDAAN

1. INLEIDING

In die vorige hoofstuk is daar in besonderhede gekonsentreer op die aspek van administratiewe optrede en wat dit behels. Dit is duidelik dat die bestek en toepassing van die beginsels van regverdige administratiewe optrede (administratiewe geregtigheid) bepaal word deur die vraag of die handeling administratiewe optrede behels, al dan nie en of die betrokke handeling deur 'n staatsorgaan verrig is.

Die definisie van “administratiewe handeling” speel 'n sleutelrol in die toepassing van grondwetlike regte, ingevolge Artikel 33 van die Finale-Grondwet en die toepassing van PAJA. Wat veral Artikel 33 aanbetref, het die howe die gemeenregtelike siening rakende administratiewe handeling drasties ingeperk of verenig. Een rede vir hierdie houding, is dat daar nie meer so 'n groot behoefte aan administratiewe hersiening bestaan, soos dit die geval was voor die inwerkingtrede van die Interim en Finale-Grondwette nie.

Ter illustrasie hiervan, word dit soos volg in die *SARFU-saak* gestel.⁷⁴⁰

“In the past, under the doctrine of parliamentary supremacy, the major source of constraint upon the exercise of public power lay in administrative law, which was developed to embrace the exercise of public power in fields which, strictly speaking, might not have constituted administration. Now, under our new constitutional order, the constraints are to be found throughout the Constitution including the right, and corresponding obligation, that there be just administrative action.”

Daar kan tereg gevra word wat die howe se benadering tot die bestek van administratiewe optrede was, voordat PAJA in werking getree het. Die volgende gewysdes is van toepassing :

In *Directory Advertising Cost Cutters v Minister for Posts Telecommunications and Broadcasting* beslis regter Van Dijkhorst soos volg :

“The concept (organ of state) as used in section 7(1) of the Constitution had to be limited to institutions which are an intrinsic part of government, that is part of the public service or consisting of government appointees at all levels of government – national,

⁷⁴⁰ SARFU v President of the Republic of South Africa 2000(1) SA 1 (CC) op 71 Paragraaf 148.

provincial, regional and local – and those institutions outside the public service which were controlled by the State, viz where the majority of the members of the controlling body are appointed by the State or where the functions of that body and their exercise is prescribed by the State to such an extent that it is effectively in control. The test, in short, was whether the State was in control.”⁷⁴¹

In hierdie saak het die hof bevind dat Telkom 'n uitvoerende staatsorgaan is en dat die beginsels van die administratiefreg van toepassing is op die Telkom se werksaamhede.

In *Claude Neon Limited v Germiston City Council*⁷⁴² het die hof bevind dat die weiering om 'n tender te oorweeg op 'n suiwer administratiewe handeling neerkom.

In *Inkhata Freedom Party v Truth and Reconciliation Commission*⁷⁴³ het die hof beslis dat 'n staatsorgaan, vir doeleindes van Artikel 32(1) van die Grondwet (die reg op inligting), funksionaris en instellings insluit wat, hoewel hulle nie deel van die regering is nie, bevoegdhede uitoefen wat geag word van 'n openbare aard te wees. Die hof het voorts beslis dat hoewel die Kommissie vir Waarheid en Versoening nie onder die regstreekse beheer van die sentrale regering gestaan het nie, dit weens wetgewing ingestel is en ten doel gehad het om die oogmerke te bereik wat in die naskrif van die Interim Grondwet en in die aanhef van die Wet op die Bevordering van Nasionale Eenheid en Versoening 34 van 1995 gestel is.

Regter van Zyl het homself ook uitgelaat oor die term “administratiewe optrede” in die saak van *Cekeshe v Premier for the Province of Eastern Cape*.⁷⁴⁴

In *Bernstein and Others v Bester and Others NNO*⁷⁴⁵ moes die Konstitusionele Hof egter die vraag beantwoord of 'n ondersoek gedurende die likwidasië van 'n maatskappy deur die Meester van die Hoë Hof deur 'n hof self, of deur kommissies aangestel kragtens die Maatskappywet 61 van 1973, op administratiewe optrede neerkom. Regter Ackermann het die volgende gesê (Paragraaf 97) :

“I have difficulty in fitting this (the enquiry) into the mould of administrative action. I also have some difficulty in seeing how Section 24(c) of the Interim Constitution can be applied to the enquiry, because it is hard to envisage an ‘administrative action’ taken by the commission in respect whereof it would make any sense to furnish

⁷⁴¹ 1996(3) SA 800 (T) op 810.

⁷⁴² 1995(3) SA 710 (W). By720 stel die hof dit soos volg: “In my view there is an obvious similarity between the award of a tender by an organ of State and the award of a licence or permit to competing applications by an organ of State. The proposition that the award of a licence is an administrative act, is not only to be found in constitutional law, as the award of a licence has been reviewable at common law prior to the Constitution. (See *South African Roads Board v Johannesburg City Council* 1991(4) SA 1 (A) en *Corium (Pty) Limited and Others v Myburgh Park Langebaan (Pty) Limited and Others*, 1995(3) SA 51 (C). Consequently in my view the first respondents decision can be classified as an administrative act.”

⁷⁴³ 2000(5) BCLR 534 (C) / 2000(3) SA 119 (C).

⁷⁴⁴ 1997(12) BCLR (TK) op 1766 “In my opinion, and bearing in mind that it would be undesirable to attempt to provide any precise test by which in every instance the distinction between ‘Legislative action’ and ‘administrative action’ can be determined for the purposes of Section 33, the question may be answered with reference to the nature of the function and the nature and the effect of the authority exercising the power or the instrument used to publish the action or decision. It is the substance and not the form or the name that matters. Accordingly, the fact that the statutory power, as in the instant matter, was exercised by the Premier and issued by way of proclamation is in itself insufficient to conclude that it is legislative action.”

⁷⁴⁵ 1996(2) SA 751 (CC).

reasons. The enquiry after all is to gather information to facilitate the liquidation process.”

Nóg hierdie beslissing, nóg die meerderheidsbeslissing van die Konstitusionele Hof in die *De Lange v Smuts NO-saak*⁷⁴⁶ het juis lig gewerp op die betekenis van “administratiewe optrede”.

In *Fedsure Life Assurance Limited and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council and Others*⁷⁴⁷ het RP Chaskalson die volgende gesê (Paragraaf 41) :

“Whilst Section 24 of the interim Constitution no doubts applies to the exercise of powers delegated by a Council to its functionaries, it is difficult to see how it can have any application to by-laws made by the Council itself. The Council is a deliberative legislative body whose members are elected. The legislative decisions taken by them are influenced by political considerations for which they are politically accountable to the electorate”

Die hof het derhalwe bevind dat die wetgewende funksies (die afkondiging van munisipale verordeninge) verrig deur ’n verkose wetgewende liggaam soos ’n raad, nie administratiewe optrede is nie en gevolglik nie onderworpe is aan die administratiefregtelike beginsels nie.”

Die beslissing van die hof in die *SARFU-saak*⁷⁴⁸ gee meer insig in die betekenis van “administratiewe optrede”. Die hof lig die volgende aspekte uit :

- Die administrasie is die deel van die owerheid, wat primêr met die uitvoering van wetgewing gemoeid is.
- Die toets om te bepaal of optrede administratief van aard is, is nie die vraag of die optrede verrig word deur ’n lid van die uitvoerende regeringstak nie.
- Wanneer oor die aangeleentheid beslis moet word, is die fokus in elke geval die funksie, eerder as die funksionaris – die vraag is of die taak self administratief is, al dan nie.
- Oor die algemeen is die uitvoering van wetgewing ’n administratiewe funksie, maar die formulering van beleid nie, hoewel dit moeilik kan wees om die skeidslyn tussen die twee terreine te bepaal.
- Daar moet van saak tot saak aan die hand van die bepalings van die Grondwet en die oorkoepelende grondwetlike oogmerk van doeltreffende, billike en etiese openbare administrasie bepaal word wat administratiewe optrede behels.⁷⁴⁹

⁷⁴⁶ 1998(3) SA 785 (CC).

⁷⁴⁷ 1998(12) BCLR 1458 (CC); 1999(1) SA 374 (CC).

⁷⁴⁸ 1999(10) BCLR 1059 (CC) op 1766.

⁷⁴⁹ Dit is interessant dat die hof a quo (*SARFU v President of the Republic of South Africa*, 1998(10) BCLR 1256 (T)) ’n ander benadering gevolg het. Die hof het beslis dat in die uitoefening van ’n bevoegdheid kragtens Artikel 84 van die Grondwet die President se handeling onderworpe is aan geregtelike hersiening. Die uitoefening van ’n presidensiële bevoegdheid is dus hersienbaar, as dit ongeldig is weens strydigheid met die Grondwet of weens versium om ’n Grondwetlike verpligting na te kom. (Artikel 2 gelees met Artikel 8(1) van die Finale-Grondwet).

Uit die bogemelde gewysdes, is dit duidelik dat die howe nie 'n maklike taak gehad het om eerstens te bepaal of daar met 'n administratiewe handeling te doen gekry is nie. Alvorens daar enigsins aandag gegee kan word aan die bepalings van PAJA, moet dit duidelik vasgestel word of dit administratiewe optrede is.

Gesien teen die breë agtergrond van administratiewe geregtigheid, wil dit voorkom of die definisie ietwat vereng is. Regverdiging kan slegs verkry word vir die feit dat die begrip "administratiewe handeling" in PAJA vereng is, as daar in gedagte gehou word dat verskeie veiligheidsmeganismes, veral in die Grondwet ingebou is wat magsmisbruik deur owerheidsorgane aan bande lê. Die administratiewe handelingsbegrip moet ook beskou word as in aansluiting te wees by die hoofoogmerk van administratiewe geregtigheid soos uitgespel in Artikel 33 van die Grondwet. Die hoofdoel is tog vir die definisie om in samehang met PAJA en Artikel 33 'n effektiewe administrasieproses te bevorder.

Dit is verder duidelik dat die bogemelde definisie direk moet aansluit by die aanhef van die Wet (PAJA). Die vraag is watter rol die definisie wel gaan speel om 'n meer effektiewe administrasie daar te kan stel en sodoende te verseker dat administratiewe geregtigheid aan die hand van Artikel 33 tot sy doel sal kom.

Daar moet egter daarteen gewaak word dat wanneer daar 'n balans geskep moet word tussen inhoudelike effektiwiteit van 'n staatsadministrasie en billikheid as grondwetlike reg van die individu, die lewensvatbaarheid van administratiewe geregtigheid nie ingeboet word nie.

'n Indiese hoofregter het eenmaal die volgende gesê :

"Administrative justice can be purposeful and effective only when judges are single-minded in their insistence on fairness in the wielding of public power. The judges can and must imbue the exercise of public power with a culture of justice. Only when justice or fairness is seen to be an integral part of the value of efficiency can we generate a new ethic of power accountable and responsive to the basic values of democracy and the rule of law."⁷⁵⁰

In aansluiting tot die begrip "effektiewe administrasie" verklaar Currie en Klaaren die volgende :

"It could be read 'downwards' to mandate the reduction of legal burdens on the administration to promote cost effectiveness and simplicity of procedures. It could also be read 'upwards' to require an administration that is accountable and participatory, promoting rational effective and responsive (and thus, ultimately, more efficient) decision making."⁷⁵¹

⁷⁵⁰ Toespraak gelewer deur regter B N Bhagwati en aangehaal deur Corder, 1993:14.

⁷⁵¹ Currie en Klaaren, 2001:paragraaf 1.29.

Kritiek kan andersyds uitgespreek word teenoor die PAJA se komplekse en ineengestremgelde definisie van administratiewe handeling. Die artikel dra in geheel nie eintlik daartoe by om regsekerheid te bevorder nie, aangesien die inhoudelike van veral die definisie van administratiewe handeling kompleks en onduidelik is. Die gebruikers van die wet, die amptenary in die uitvoering van hulle pligte en individue wat op hul grondwetlike reg wil steun, sal meer dronkgeslaan word deur die inhoudelike van die definisie, as dat hulle die nodige regsleiding sal verkry. Dit is onverskoonbaar dat daar steeds onsekerheid bestaan of wetgewende administratiewe handelinge onder die Wet tuisgebring word, al dan nie. Dit is verder opvallend dat PAJA in die lewe geroep is om as Wet meer stukrag en uitbreiding aan Artikel 33 van die Grondwet te verleen, maar dat die wetgewer meer vasberade was om die begrip “administratiewe handeling” te beperk. Die wetgewer het miskien verkeerdelik geoordeel dat daar voldoende voorsorgmaatreëls in die Grondwet self ingebou is om administratiewe geregtigheid te verseker en dat die definisie maar net as ’n vae aanduiding aan amptenary moet dien.

Die definisie poog om die fokus te plaas op konsepte soos besluite, regte en direkte eksterne regseffek. Wanneer daar op hierdie konsepte staatgemaak word om antwoorde te verskaf rakende fundamentele kwessies van toepassing, moedig dit eerder regters en regslui aan om hulle tyd te spandeer om die inhoud van hierdie konsepte uit te werk, in plaas daarvan om die faktore wat relevant is tot tussentrede en nie-tussentrede, waar administratiewe geregtigheid nie nagekom word nie, uit te werk.

Hoexter stel dit so :

“Worse, because the section apparently aims to confine judicial scrutiny to the narrowest category of cases, it may well encourage judges to interfere as much as they can when and where they can. As is suggested by the treatment of *ouster clauses* in the past, judges tend to behave perversely when they feel that their jurisdiction has been unduly curtailed.”⁷⁵²

Dit is nou meer duidelik wat die omvang van die begrip “administratiewe handeling” inhou en die leemtes wat dit bevat om administratiewe geregtigheid aan die hand te werk.

2. DIE TOEPASSINGSTERREIN VAN ARTIKEL 3

Artikel 3 bepaal soos volg :

“Procedurally fair administrative action affecting any person”

3(1) Administrative action which materially and adversely affects the rights or legitimate expectations of any person must be procedurally fair,

(2) (a) A fair administrative procedure depends on the circumstances of each case.

⁷⁵² Hoexter, 2000:517.

- (b) In order to give effect to the right of procedurally fair administrative action, an administrator, subject to subsection (4), must give a person referred to in subsection (1) –
 - (a) Adequate notice of the nature and purpose of the proposed administrative action;
 - (b) A reasonable opportunity to make representations;
 - (c) A clear statement of the administrative action;
 - (d) Adequate notice of any right of review or internal appeal, where applicable; and
 - (e) adequate notice of the right to request reasons in terms of section 5.
- (3) In order to give effect to the right to procedurally fair administrative action, an administrator may, in his or her or its discretion, also give a person referred to in subsection (1) an opportunity to –
 - (a) obtain assistance and, in serious or complex cases, legal representation;
 - (b) Present and dispute information and agreements; and
 - (c) appear in person.
- (4) (a) If it is reasonable and justifiable in the circumstances, an administrator may depart from any of the requirements referred to in subsection (2);
 - (b) In determining whether a departure as contemplated in paragraph (a) is reasonable and justifiable, an administrator must take into account all relevant factors, including –
 - (i) the objects of the empowering provision;
 - (ii) the nature and purpose of, and the need to take the administrative action;
 - (iii) the likely effect of the administrative action;
 - (iv) the urgency of taking the administrative action or the urgency of the matter; and
 - (v) the need to promote an efficient administration and good governance.
- (5) Where an administrator is empowered by an empowering provision to follow a procedure which is fair but different from the provisions of subsection 2, the administrator may act in accordance with that different procedure.”

2.1 DIE VERHOUDING TUSSEN ARTIKELS 1 EN 3

Wat die gemenerereg aanbetref, het die regs wetenskap veral met twee vrae rakende die *audi alteram partem*-beginsel gestoei. Die eerste vraag was altyd : Wanneer is die *audi alteram partem*-reël van toepassing? Die tweede vraag het gehandel oor die inhoud : Wat verlang die beginsel in 'n bepaalde geval? Die vraag na die

toepassing van die reël was soms kompleks. Vroeëre uitsprake het beslis dat die reël van toepassing was op gevalle waar die administratiewe handeling nadelig ingewerk het op 'n persoon se eiendom of vryheid, die sogenaamde kwasi-judisiële besluite.⁷⁵³

Latere besluite het 'n uitbreiding van die omvang van die toepassing van die reël daargestel. Reg tot die aanhoor van 'n persoon is toegestaan veral waar daardie persoon 'n regmatige verwagting gehad het dat hy sy saak kan stel, alvorens 'n besluit geneem is wat tot sy nadeel sou strek.

Die verwagting word gekoester dat die prosedurele billikheidsbepalings van PAJA die behoefte aan 'n antwoord op die eerste vraag sou uitkakel, of ten minste die vraag sou verskuif na die ondersoek wat administratiewe handeling vir doeleindes van die Wet daarstel. Ingevolge Artikel 33 van die Finale-Grondwet is daar 'n verpligting op die howe om toe te sien dat prosedurele billikheid nagekom moet word, veral waar daar met 'n administratiewe handeling te doen gekry is. Wanneer daar eers bepaal is dat 'n administratiewe handeling van toepassing is, verskuif die klem en moet dit prosedureel korrek wees. Die samestelling verskuif die aandag vanaf die vraag van die toepassing van die verpligting tot prosedurele billikheid na die vraag oor die inhoud daarvan.

Dit blyk egter of Artikel 3 sy eie, unieke toepassingsprobleme het. Die trefwydte van Artikel 3(1) verskil op tweërlei wyse van die definisie van administratiewe handeling, soos vervat in Artikel 1. Dit wil voorkom of Artikel 3 slegs van toepassing sal wees op administratiewe handeling wat wesenlik en nadelig inwerk op regte en regmatige verwagtings. Artikel 1 verwys slegs na 'n administratiewe handeling wat regte nadelig beïnvloed. Artikel 3 voeg 'n wesenlike element by en brei die aard van die effek uit om sodoende regmatige verwagting in te sluit.

Die definisie van administratiewe handeling in Artikel 1 verskil daarvan in Artikel 3 van PAJA. Dit is moeilik om die omvangsgebied van die twee soorte definisies te interpreteer. Dit blyk of Artikel 3 wyer is as Artikel 1, aangesien dit ook verwys na regmatige verwagtings. Dit wil voorkom of die Parlementêre Komitee gepeuter het aan die aanvanklike definisie van Artikel 1, soos voorgestel deur die Regskommissie. Nou pas die definisie nie gemaklik in by dié vermeld in Artikel 3 nie.

Dit is egter duidelik dat die toepassing van die begrip “administratiewe handeling” in Artikel 3 nie wyer kan wees as die definisie soos vervat in Artikel 1 nie. Die oogmerk van die begrip “administratiewe handeling” in Artikel 3 beoog nie om die

⁷⁵³ Sien in hierdie verband *R v Ngwenya*, 1954(1) SA 121 (A).

begrip te herdefinieer, om sodoende 'n wyer klas administratiewe handeling te inkorporeer, as wat in Artikel 1 vermeld word nie.

Ingevolge PAJA is slegs administratiewe handeling, wat 'n "wesentlike effek" op regte het, veronderstel om prosedureel billik te wees.

2.2 DIE INHOUD VAN ARTIKEL 3

Currie en Klaaren⁷⁵⁴ verdeel die inhoud van Artikel 3 in sleutel- en nie-sleutelemente. Rakende die Grondwetlikheid van hierdie elemente, verklaar hulle (Paragraaf 96) :

"As we have seen, to give effect to the constitutional right to procedural fairness the act requires a minimum set of procedures to be followed in every case of administrative action materially and adversely affecting the rights or legitimate expectations of any person. It also sets out a list of additional procedures, the following of which is a matter of discretion. Characterising the choice of procedures necessary to give effect to the right to fairness as a matter of discretion is a limitation of the constitutional right. As we have seen, the Constitution grants a right to administrative action that is procedurally fair. Whether the procedures followed are fair depends on the circumstances and not on administrative discretion."

Die volgende sleutelemente kom in Artikel 3 voor :

- Voldoende kennis van die aard en doel van die voorgestelde administratiewe optrede.
- 'n Billike geleentheid om voorstelle te maak.
- 'n Duidelike uiteensetting van die administratiewe handeling.
- Voldoende kennis van regte ten opsigte van hersiening of interne appèl.
- Voldoende kennis ten opsigte van die reg om redes te versoek, soos in Artikel 5 na verwys.

2.2.1 VOLDOENDE KENNIS VAN DIE AARD EN DOEL VAN DIE VOORGESTELDE ADMINISTRATIEWE OPTREDE

Ingevolge die gemenerereg het 'n billike verhoor meegebring dat 'n party wat benadeling in die gesig gestaar het, ingelig moes word van die voorgenome optrede en dat hy/sy 'n geleentheid moes kry om aangehoor te word. Artikel 3(2)(b)(a) kodifiseer hierdie voorvereiste. 'n Party wat nadelig beïnvloed kan word deur administratiewe optrede, moet eerstens voldoende kennis daarvan kry. Hierdie aspek is veral van belang in die veld van die arbeidsreg, waar

⁷⁵⁴ Currie en Klaaren, 2001:94.

dissiplinêre ondersoekes gehou word. Ten einde 'n party die geleentheid te bied om homself/haarself teen 'n dissiplinêre aanklag te kan verweer, moet hy/sy oor voldoende inligting beskik. 'n Klagstaat wat vaag en verwarrend is, voldoen nie aan hierdie vereiste nie. Die omvang van die woorde “voldoende en volledig”, sal veral bepaal word deur die erns van die aangeleentheid. Indien 'n werknemer die moontlikheid om sy werk te verloor in die gesig staar, sal die werkgewer voldoende inligting in die klagstaat moet verskaf.

Die term “voorgestelde (proposed) administratiewe handeling”, dui op die feit dat voordat optrede geneem word, die party wat benadeel kan word, vooraf kennis moet kry.

2.2.2 'n REDELIKE GELEENTHEID OM VOORSTELLE/AANBIEDINGS TE MAAK

Volgens die gemenerereg beteken die reg om gehoor te word nie die reg om 'n verhoor te hou nie. Skriftelike verhoë blyk wel voldoende te wees om aan die reël te voldoen. Daar bestaan definitief nie in elke geval 'n reg op 'n mondelinge verhoor nie.

Gesag vir hierdie aspek word gevind in die saak van *Premier, Mpumalanga v Executive Committee of the Association of State Aided Schools : Eastern Transvaal*, waar Regter Kate O'Regan die volgende sê :

“The question that arises is whether the second applicant acted procedurally fairly in die context of the legitimate expectation that the respondent and its members entertained. It needs to be emphasised that Section 24(b) requires that administrative action which affects or threatens legitimate expectations be procedurally fair. That does not mean that in all circumstances a hearing will be required. It is well established in our legal system and in others that what will constitute fairness in a particular case will depend on the circumstances of the case.”⁷⁵⁵

Die Wet tref 'n duidelike onderskeid tussen “voorleggings” en “die geleentheid om in persoon aangehoor te word”. Eersgenoemde is deel van die minimum inhoud van prosedurele billikheid ingevolge die Wet en laasgenoemde is een van die opsionele prosedures vermeld in Artikel 3(3).

⁷⁵⁵ 1999(2) SA 91 (CC) op Paragraaf 39.

2.2.3 'n DUIDELIKE UITEENSETTING VAN DIE ADMINISTRATIEWE HANDELING

Waar Artikel 3(2)(b)(a) en (b) van die Wet handel oor kennisgewing en verhoorvereistes, voordat 'n besluit geneem word, beteken die vereiste van "clear statement" dat die benadeelde persoon ten volle ingelig sal word rakende die voltooide besluitnemingsproses. Hierdie vereiste spreek eintlik vanself en het nie veel aandag geniet in die gemenereg nie.

Dit is belangrik om daarop te let dat hierdie vereiste van 'n duidelike uiteensetting nie identies is aan die plig om redes vir besluite te verskaf nie. Om redes vir besluite te verskaf, word hanteer in Artikel 5 en word in werking gestel deur 'n spesifieke versoek daarvoor. Artikel 3(2)(b)(e) is tog duidelik waar dit bepaal dat benadeelde persone ingelig moet word van hul reg om ingevolge Artikel 5 redes te versoek.

2.2.4 VOLDOENDE KENNISGEWING AANGAANDE REGTE RAKENDE HERSIENING OF APPÈL

Hierdie element moet as positief beskou word. 'n Verpligting word opgelê op die administratiewe orgaan om benadeelde partye rakende hulle remedies in te lig en moet beskou word as innoverend tot die proses van prosedurele billikheid. Genoeg inligting moet verskaf word om te voldoen aan die effektiewe uitvoering van 'n benadeelde se reg tot interne appèl of hersiening. Die kennisgewing sal nie voldoende wees as die inligting onvolledig, verwarrend en misleidend is nie, of waar die kennisgewing so laat gegee word, dat dit geensins genoeg tyd laat vir die benadeelde om sy remedies uit te voer nie. Hierdie vereiste kan tegelyk met die vereiste in Artikel 3(2)(b)(c) hierbo vermeld, nagekom word.

2.2.5 VOLDOENDE KENNISGEWING VAN DIE REG OM REDES TE VERSOEK INGEVOLGE ARTIKEL 5

Om aan die vereiste te voldoen, moet kennis gegee word van die reg om ingevolge Artikel 5 van PAJA redes te versoek. Hierdie vereistes is ook 'n nuwigheid, waar daar met prosedurele billikheid te doen gekry word. Die insluiting van die vereiste sal meer volledigheid verleen aan prosedurele billikheid om sodoende die amptenary te dwing om aan die hele administratiewe ketting te voldoen en sodoende deursigtigheid daar te stel.

3. NIE-KERNELEMENTE VAN PROSEDURELE BILLIKHEID

Die nakoming van nie-kernelemente val ingevolge Artikel 3(3) summier binne die diskresie van die amptenary. Daar sal, indien die amptenary nie uitvoering gee aan hierdie nie-kernvereistes nie, geen oortreding ten opsigte van prosedurele billikheid wees nie.

Daar bestaan wel 'n plig op die amptenary om oorweging te skenk aan 'n versoek tot die toestaan daarvan. Diskresie moet nog steeds toegepas word om te bepaal of prosedurele billikheid dit noodsaak om aan die nie-kernelemente te voldoen.

Hersiening ingevolge Artikel 6 rakende die regmatigheid en redelikheid van 'n besluit om die nie-kernelemente toe te laat of nie, is steeds tot die benadeelde party se beskikking.

3.1 'n GELEENTHEID OM BYSTAND TE BEKOM, EN IN ERNSTIGE GEVALLE, REGSVERTEENWOORDIGING

Die Wet voeg hier egter min by tot die gemenereg .

Baxter som die gemeenregterlike posisie soos volg op :

“Where oral hearings are granted, legal representation is not an essential requirement. In unusually complex cases involving evidence or legal issues, legal representation might be regarded as a *sine qua non* of a fair hearing, and the flexibility of natural justice would seem to accommodate this.”⁷⁵⁶

Daar is egter 'n groot verskil tussen bystand en regsverteenvoordiging. Bystand kan verleen word in gevalle van jeugdigheid, ongeletterdheid, gebreklikheid en gebrek aan kundigheid, terwyl regsverteenvoordiging wel verleen word in meer komplekse gevalle.

3.2 'n GELEENTHEID OM INLIGTING EN ARGUMENTE AAN TE BIED OF TE BETWIS

Hierdie aspek van prosedurele billikheid het in die verlede 'n goeie teelaarde geskep vir litigasie. Dit is uiters belangrik om getuienis voor te lê om 'n applikant se aansoek te substansieer, veral rakende billike verhore.

3.3 'n GELEENTHEID OM PERSOONLIK TE VERSKYN

Die gemenereg het sterk wal gegooi teen mondelinge verrigtinge, veral waar skriftelike verhoë as voldoende beskou is. Prakties gesproke is verhore op papier goedkoper en vinniger as mondelinge aanbiedinge. Mondelinge verrigtinge dra ook die risiko om administratiewe tribunale in howe te verander.

⁷⁵⁶ Baxter, 1984:555. Sien ook *Dladla v Administrator, Natal*, 1995(3) SA 769 (N).

Dit mag andersins ook onbillik wees om van swak geskoolde of ongeletterde persone te verwag om hulle self uit te druk deur 'n geskrewe voorlegging te verlang. In sommige gevalle sal dit meer effektief wees om mondelinge aanbiedinge aan te hoor, veral waar dit eenvoudige aangeleenthede behels.

4. ANDER ELEMENTE VAN PROSEDURELE BILLIKHEID

4.1 VRYSTELLINGS : DRIE VERTREKROETES

PAJA verleen aan die administrateur drie vertrekroetes om die plig om gehoor te gee aan die kern- en nie-kernelemente van prosedurele billikheid te vermy. In sekere gevalle hoef die amptenaar nie die vereistes van Artikel 3(2)(b) en 3(3) na te kom nie. Hierdie vertrekroetes verhoog die afstand tussen die deelname in die inhoud van die wet, en vrystelling wat deur Artikel 3(4) verleen word om nie ingevolge die Wet op te tree nie. Laasgenoemde optrede buite die wet, waar vrystelling verleen word, moet nog steeds billik wees, volgens die magtigende bepaling van Artikel 3(4) van PAJA.

Ingevolge Artikel 3(4) mag die amptenaar afwyk van die bepalings van Artikel 3(2) van PAJA, solank die prosedures wat nagekom word, billik is. Die afwyking wat gemagtig word, het wel betrekking op die kernelemente soos vervat in Artikel 3(2), terwyl daar geensins na die nie-kernelemente, vervat in Artikel 3(3) verwys word nie, aangesien dit wel diskresionêre optrede behels.

Voordat PAJA in werking getree het, het die Konstitusionele Hof reeds sy houding geopenbaar aangaande die beperking van die konstitusionele reg op billike prosedurele administratiewe handeling in die saak van *Janse van Rensburg NO and Another v Minister of Trade and Industry NO and Another*.⁷⁵⁷ Dit het gehandel oor die bepalings van die *Unfair Business Practices Act*, 71 van 1998. Ingevolge dié Wet het die Minister van Handel en Nywerheid wye bevoegdhede om tydelik besigheidspraktyke te verbied wat ondersoek word, veral waar dit teenstrydig is met die bepalings van die Wet. Daar kan dan ook beslag gelê word op die bates van die onwettige besigheid.

Ingevolge hierdie wye magte wat aan die Minister verleen word, het die Minister bykans 'n vrye hand om drasties op te tree. Daar word gevolglik inbreuk gemaak op die grondwetlike reg tot billike prosedurele administratiewe optrede. Die Minister hoef geensins kennis van sy voorgenome optrede te gee nie.

⁷⁵⁷ 2001(1) SA 29 (CC).

Die hof was egter van mening dat 'n alternatiewe wetsbepaling, wat korrek gestruktureer is, hierdie wye bevoegdheid van die Minister kan inperk. Dis is egter duidelik dat Artikel 8(5) van die Wet (*Unfair Businesses Practices Act*) wel 'n verrassingselement moet bevat, want dit sou geen doel dien om 'n persoon eers in kennis te stel van die voorgenome optrede nie. Eerstens moes die besigheid totaal verbied word om voort te gaan en tweedens moes die eienaars van die besighede verhoed word om van die bates ontslae te raak, of weg te steek om sodoende die voorgenome eise deur die publiek ingestel, te verydel. Die optrede deur die Minister moes derhalwe met verrassing en met die nodige spoed gepaard gaan. Om kennis te gee sou die hele oefening frustreer en neutraliseer.

Die Konstitusionele Hof het sekere wysigings voorgestel, waaronder die Minister ingevolge Artikel 8(5) kan voortgaan met optrede.

Die Konstitusionele Hof verlang derhalwe dat billike prosedurele optrede in Artikel 8(5) ingebou word en deur die Minister nagekom moet word, alvorens die Minister voortgaan met sodanige drastiese optrede. Die voorstelle wat tot verbetering van die Artikel sal lei, is soos volg deur die Konstitusionele Hof uitgespel :

- (a) Die Minister kan slegs ingevolge Artikel 8(5)(a) optree, indien hy/sy 'n redelike suspisie gehad het dat 'n onbillike besigheidspraktyk bestaan, wat die persoon ook by die ondersoek insluit.
- (b) Die Minister moet redelikerwys van oordeel wees dat, sonder die nodige drastiese optrede sou die publiek onherstelbare skade ly.
- (c) Daar moet nie 'n alternatiewe remedie tot beskikking van die Minister wees nie.
- (d) Wanneer hierdie faktore oorweeg word, moet die moontlikheid bestaan dat die skade wat die publiek sou ly, indien die bevel nie verleen word nie, veel groter sou wees as wat die skade sou wees wat die besigheidspersone sou ly, indien die bevel wel toegestaan word.

Hierdie saak is beslis vóór die inwerkingtreding van PAJA. Die beslissing kon dalk anders gewees het, indien PAJA in werking was. Die Konstitusionele Hof het bevind dat Artikel 8(5) van die *Unfair Business Practices Act* wel ongrondwetlik was, aangesien dit aan die Minister die bevoegdheid verleen om die reg op prosedurele billikheid in te perk. Die magte ingevolge Artikel 8(5) moes in ooreenstemming gebring word met die riglyne vervat in Artikels 3(2) en 3(3) van PAJA. Met die nodige vereistes nagekom, soos hierbo vermeld, kan die Minister wel van die neergelegde bepalings van Artikel 3(2) afwyk. Artikel 8(5) moes net dienooreenkomstig grondwetlik korrek aangepas word. Na die handeling sou die Minister nog steeds die vereistes van Artikels 3(2)(b), (c), (d) en (e) van PAJA moes

nakom. Terwyl Artikel 3(2)(b)(b) verlang dat 'n geleentheid aan 'n potensieële benadeelde gegee moet word om voorleggings/voorstelle in te dien, alvorens die administratiewe handeling tot uitvoer gebring word, kan daar nadat optrede ingevolge Artikel 8(5) plaasgevind het, aan die benadeelde die geleentheid gebied word om voorstelle vir oorweging ter tafel te plaas.

4.2 ARTIKEL 3(5) – BILLIK MAAR VERSKILLEND

Artikel 3(5) van PAJA maak daarvoor voorsiening dat administrateurs steeds kan voldoen aan prosedurele billikheid, deur gebruik te maak van 'n alternatiewe prosedure wat by wyse van ander wetgewing gemagtig is, maar verskillend van die bepalings van PAJA. PAJA se voorskrifte en bepalings kan derhalwe geïgnoreer word, mits die ander wetgewing se prosedures en bepalings voldoen aan die vereistes van billikheid.

Kritiek kan uitgespreek word teenoor hierdie bepaling in PAJA. Hierdie en soortgelyke bepalings waarvan die fokus ingestel is op “billik maar verskillend”, is kontroversieel, aangesien daar vir die amptenaar die geleentheid geskep word om te ontkom aan die bepalings en vereistes van PAJA. Wat vir die een amptenaar blyk “billik maar verskillend” te wees, sal nie vir 'n ander amptenaar, of die benadeelde “billik maar verskillend” wees nie. PAJA kan hierdeur geïgnoreer word, solank daar slegs aangevoer kan word dat die vereistes van PAJA ingevolge ander wetgewing nagekom is.

Konstitusionele uitleg sal weer gegee moet word rakende die woorde “fair but different”. Slegs prosedures in alternatiewe wetgewing kan aan die bewoording “fair but different” voldoen.

'n Magtigende bepaling kan omskryf word as 'n wet, 'n gemeenregtelike reël, inheemse reg, 'n ooreenkoms, 'n instrument of dokument, ingevolge waarvan administratiewe optrede aanvanklik geneem word. 'n Magtigende bepaling moet vir die publiek vrylik toeganklik wees om te voldoen aan die “fair but different”-vereiste.

Gesien in die lig van die grondwetlike status wat daar aan PAJA verleen word, beteken dit dat die woord “billik” (fair) voorrang sal geniet ten opsigte van die taalgebruik in ander magtigende bepalings en wetgewing. Wanneer daar beoordeel moet word of 'n prosedure in ander wetgewing “fair but different” is en sodoende voldoen aan prosedurele billikheid, sal 'n hof voorrang verleen aan die begrip “billikheid” (fairness) soos dit in PAJA voorkom, en nie soos in ander wetgewing (magtigende bepaling) nie.

4.3 UITSONDERINGS VERLEEN DEUR ARTIKEL 2 VAN PAJA

Algehele vrystellings van die bepalings en vereistes van PAJA word verleen deur Artikel 2 van die Wet. Dit is ironies genoeg, teenstrydig met die dominante tema van prosedurele billikheid vervat in Artikel 33 en PAJA.

Die hof in die Jansen van Rensburg-saak hierbo genoem, was duidelik in sy bevinding dat dit hier handel oor die aard van die bevoegdheid wat uitgeoefen word en dat dit nie gaan oor die identiteit van die party wat optree nie. Die Departement van Justisie het egter 'n ferm standpunt ingeneem teen die verlening van vrystellings van die bepalings van PAJA. Aansoeke om vrystellings word nie aangemoedig nie.

'n Toegangsroete vir die vermyding van PAJA is reeds ingevolge Artikel 3(4) van PAJA geskep. Dit is verstaanbaar hoekom die Departement van Justisie hierdie houding inneem, aangesien vrystellings wat buite die trefwydte van Artikel 3(4) val, slegs in uitsonderlike gevalle toegestaan sal word. Indien Artikel 3(4) korrek toegepas word, is dit onverstaanbaar waarom daar enigsins van die uitsonderingsklousule gebruik gemaak moet word.

4.4 PROSEDURELE BILLIKHEID MET VERWYSING NA REGSPRAAK

Wanneer die regspraak rakende Artikel 3 van PAJA van naderby beskou word, is dit duidelik dat die howe aandag gegee het aan verskeie vereistes.

In die saak van *Mafongosi and Others v United Democratic Movement and Others*⁷⁵⁸ is die applikante ontslaan as raadslede van die United Democratic Movement. Hierdie ontslag is deur die raadslede teengestaan. Die applikante het sonder 'n regsverteenwoordiger by die verhoor opgedaag. Die verhoor is gevolglik deur die voorsittende beampte vir slegs 'n week uitgestel, wat volgens die applikante prosedureel onbillik was. Die kort uitstel van die verhoor het 'n groot invloed gehad op die applikante se vermoë om verteenwoordig te word.

Waarnemende hoofregter Jafta beslis soos volg :

“It is axiomatic that the presiding officer was bound to adopt and follow a procedure that comply with constitutional standards of administrative justice based on the well-known common law principles. Although the common law does not confer a right to legal representation upon those affected by an administrative decision, where such right has been given common sense dictates that the beneficiary of such right would be entitled to its full enjoyment without hindrance from the decision-maker who should afford the affected party the opportunity to exercise the right. The right to legal representation is

⁷⁵⁸ 2003(1) ALL SA 441 (TK); 2003 JOL 10607.

extremely important in any proceedings and therefore the decision-maker is bound not to pay lip – service thereto.”

Die hof het ook bevind dat die applikante onbillik behandel is in hulle appèl en stel die ontslag tersyde. In die gewysde het die hof egter nie na PAJA verwys nie.

In *Ndindwa v Mnquma Local Municipality*⁷⁵⁹ het die appellant 'n hersieningsaansoek gebring om die besluit om haar as uitvoerende burgemeester te ontslaan, tersyde te stel. Die hof beslis dat die vraag wat hier na vore kom, is of die appellant 'n billike verhoor gehad het. 'n Billike verhoor omvat 'n kennisgewing wat betyds aan die appellant oorhandig is. Dit moes die bewerings teen die appellant uitvoerig uiteensit soos dit in Artikel 3(2)(b)(i) vereis word.

In hierdie saak is die appellant net drie dae kennis gegee om vir die verhoor voor te berei. Die hof beslis soos volg :

“I am of the opinion that the complexity of the issues and the particularity of the charges also have an effect on the time needed to prepare. It might be that it is possible to prepare at short notice, if the charge relates to a single incident on a particular day. In this instance it is clear that the allegations against the appellant relate to alleged transgressions committed during an undisclosed timeframe and without a particular date that the appellant is alleged to have transgressed or for which she is supposed to be held accountable. I am of the opinion that under the circumstances, the notice given was too short to prepare properly.”

In die hantering van die openbaring van die klagtes, het die hof ook verwys na die volgende gesag, naamlik *Bechler and Others v Minister of the Interior*,⁷⁶⁰ *Beier v Minister of the Interior and Others*,⁷⁶¹ *Turner v Jockey Club of South Africa*.⁷⁶² Die aard van die aantygings teen 'n party moet duidelik geformuleer wees, sodat dit die party in staat kan stel om hom/haar daarop te verweer. In die saak het die klagstaak teen die uitvoerende burgemeester slegs 'n lys van haar verpligtinge vervat, sonder om aan te dui in hoe 'n mate sy dit nie nagekom het nie, asook 'n bewering teen 'n ander party. Nie een hiervan was duidelik genoeg geformuleer nie.

Die hof het ook in die volgende hofsaak verwys na die belangrikheid om 'n verhoor toe te staan, asook die feit dat in sekere omstandighede 'n party op regsverteenvoording geregtig moet wees.

⁷⁵⁹ 2003 JOL 11026 (TK).

⁷⁶⁰ 1948(3) SA 806 (A).

⁷⁶¹ 1948(3) SA 409 (A) op 451-452.

⁷⁶² 1974(3) SA 633 (A).

In *SA National Defence Union and Another v Minister of Defence and Others* : In *Re SA National Defence Union v Minister of Defence and Others*⁷⁶³ is daar verwys na verskeie regulasies wat die Minister van Verdediging ingevolge die Wet op Verdediging, Wet 44 van 1957 die lig laat sien het. Die hof het van hierdie regulasies ongrondwetlik laat verklaar en beslis soos volg :

“Regulation 25(b) envisages that conduct on the part of the Minister or the department that impacts on a member will in certain circumstances constitute ‘administrative action’. In such circumstances the member has a right to ‘procedurally fair’ administrative action in terms of section 33 of the Constitution. Procedural fairness requires in appropriate cases that a member must have the opportunity to be represented by a military union (see section 3(3)(a) of the Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000 and *Hamata and Another v Chairperson, Peninsula Technikon Internal Disciplinary Committee and Others* 2002 (5) SA 449 (SCA) at paragraph 12.”

Uit bogemelde wil dit voorkom asof die hof nie PAJA direk toegepas het nie, maar die Wet slegs as riglyn toegepas het.

Regulasie 53 het die Registrateur van die Militêre Arbitrasie Raad gemagtig om die registrasie van militêre vakbonde terug te trek. Die applikante het aangevoer dat die proses kan plaasvind sonder dat ’n verhoor toegestaan sou word. Die hof het soos volg beslis :

“The Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000 is the legislation envisaged in section 33(3) of the Constitution. Section 3(2) of the Act provides that, in order to give effect to the right to procedurally fair administrative action, an administrator must generally afford a hearing to the affected person. Section 3(5) provides that an administrator may act in accordance with a procedure that deviates from section 3(2) as long as the relevant empowering provision ‘is fair’.”

Die hof kom tot die beslissing dat die wetgewer se doel nie was om die *audi alteram partem*-reël in Regulasie 53 uit te sluit nie. Dit was egter die minister en nie die wetgewer nie, wat verantwoordelik was vir die daarstelling van regulasie 53.

In *Premier Mpumalanga v Association of State-aided Schools, Eastern Transvaal*⁷⁶⁴ wys die hof op die balans wat in ag geneem moet word rakende die optrede van die staat en die regte van die individu :

⁷⁶³ 2003 JOL 11263 (T).

⁷⁶⁴ 1999(2) SA 91 (CC) / 1999(2) BCLR 151 (CC).

“In determining what constitutes procedural fairness in a given case, a court should be slow to impose obligations upon government which will inhibit its ability to make and implement policy effectively..... As a young democracy facing immense challenges of transformation, we cannot deny the importance of the need to ensure the ability of the Executive to act efficiently and promptly. On the other hand, to permit the implementation of retroactive decisions without, for example, affording parties an effective opportunity to make representations would flout another important principle, that of procedural fairness.”

Die hof het die volgende beslis ten opsigte van Artikel 3 van PAJA :

“The gravity of the issue called and calls for a formal hearing. The applicant requested a formal hearing from the outset and motivated why such a hearing was necessary The first respondent, by denying the applicant a formal hearing, denied it access to a forum to challenge and debate a matter of considerable gravity (*of Islamic Unity Convention v Independent Broadcasting Authority and Others* (supra paras [45] – [50] at 312-314)). In these circumstances, the refusal to convene a formal hearing violated applicant’s right to procedurally fair administrative action.”

In *Zondi v MEC for Traditional and Local Government Affairs and Others*⁷⁶⁵ het die hof beslis dat die skut van vee ingevolge die Skut Ordonnansie 32 van 1947 (KZN) neerkom op ’n administratiewe handeling, en dat dit onderhewig is aan die vereistes vir billike prosedure soos gedefinieer in Artikel 3 van PAJA.

Die hof het beslis dat die bevoegdheid wat verleen word aan grondeienaars om te besluit of ’n ander party se vee wat die grondeienaar se grond betree het, te skut, van kant te maak of te verkoop inbreuk maak op die grondwetlike reg ingevolge Artikel 34 van die Grondwet. Die artikel bepaal dat elkeen die reg het om enige dispuut wat opgelos kan word deur die toepassing van die reg, kan laat beslis in ’n billike verhoor voor ’n hof, of waar toepaslik, ’n onafhanklike en onpartydige tribunaal of forum.

Op 321 – J beslis die hof soos volg :

“The landowner acts as judge and prosecutor or lawyer or party or witness. It follows that section 16(1) of the ordinance is inconsistent with section 33 of the Constitution read with sections 3(1) and (2) of PAJA and inconsistent with section 34 of the Constitution.”

⁷⁶⁵ 2005(3) SA 25 (A).

In *Maleka v Health Professionals Council of SA and Another*⁷⁶⁶ is die applikant deur die registrateur van die rol van mediese praktisyns verwyder, sonder dat die applikant daarvan in kennis gestel is, of die geleentheid aan die applikant gebied was om aangehoor te word, voordat die drastiese stap geneem is. Regter Jones beslis dat dit onbillike administratiewe optrede daargestel het. Die regter verwys nie spesifiek na Artikel 3 van PAJA nie, hoewel die artikel hier direk van toepassing was. Artikels 3(2)(b)(i) en (ii) bepaal dat billike administratiewe optrede verlang dat 'n administrateur 'n party voldoende kennis moet gee aangaande die aard en doel van die voorgenome administratiewe aksie en 'n redelike geleentheid om voorleggings (verdediging) aan die administrateur te maak.

Wanneer die hof die hersiening van handelinge aan die hand van billike administratiewe optrede meet, word elke saak op eie meriete beslis. Met verwysing na die bepalings van Artikel 3(2)(a) van PAJA en die hersieningsaspek hieraan gekoppel, kom die hof tot die volgende gevolgtrekking in die saak van *Chairperson : Standing Tender Committee and Others v JFE Sapela Electronics (Pty) Limited and Others*.⁷⁶⁷

“In the present case, what in effect occurred is that Nolitha’s tender, with the latter’s written consent, was adjusted by the reallocation of an amount over-quoted for one, or rather two items, to most of the remaining maintenance items for installation A-P for which Nolitha had under-quoted. The effect was apparently to convert a tender from one regarded by the engineer as unbalanced and a financial risk to one which was acceptable. But the offer made by Nolitha, as embodied in its tender, was not the one ultimately accepted. What was accepted was in truth an offer made on 7 November 2003, some two months after the closing date for tenders. In my view this was enough to trim the tender process of the element of fairness which requires the equal evaluation of tenders. It follows that the acceptance of the Nolitha tender and the award of the contracts were correctly held by the Court a quo to be reviewable.”

In *Dunn v Minister of Defence and Others*⁷⁶⁸ het die applikant 'n hersieningsaansoek gebring vir die tersydestelling van die aanstelling van ene Coetzee. Dunn het aansoek gedoen vir die pos van Hoof van die Teenbedrog Afdeling (Anti Fraud Division) van die Departement van Verdediging.

Nadat die hof bevind het dat dié aanstelling neerkom op 'n administratiewe handeling ingevolge PAJA, gaan regter Van Rooyen voort deur te bepaal dat die

⁷⁶⁶ 2005(4) ALL SA 72 (ECD).

⁷⁶⁷ 2005(4) ALL SA 487 (SCA) by paragraaf 19.

⁷⁶⁸ 2006(2) SA 107 (TPD).

applikant geregtig was op prosedurele billikheid in die aanstellingsproses, en op hersiening van die proses waar op die applikant se regte inbreuk gemaak word.

Die hof beslis soos volg :⁷⁶⁹

“The procedure that was in fact followed, i.e. according to the reasons, deviated from both the formal and informal processes set out in the interim measures and materially and adversely affected Dunn’s aforementioned rights. As stated above, the decision of the Minister is based on a multi-phased process, comprising a nomination phase, an evaluation and selection phase and finally the appointment phase. During the crucial evaluation phase, Dunn was deprived of the opportunity to enjoy any of the benefits attached to his aforementioned rights. This failure constitutes procedural unfairness as contemplated in section 3 of PAJA. The deprivation of such opportunities cannot be said to be immaterial. Self-evidently it also had an adverse effect on Dunn.”

Bogemelde sake is slegs ’n paar voorbeelde van hoe die howe Artikel 3 van PAJA toepas om administratiewe geregtigheid te kan bewerkstellig.⁷⁷⁰

⁷⁶⁹ 2006(2) SA 107 (TPD) Paragraaf 27.

⁷⁷⁰ Vir verdere gesag rakende artikel 3 van PAJA, sien die volgende: *Smith v Minister of Environmental Affairs and Tourism, Republic of South Africa and Another* 2003(1) ALL SA 628 (C); *Minister of Safety and Security v Mashogo and Others* 2003(6) BLLR 578 (LC); *Magingxa v National Commissioner, SA Police Service and Others* 2003(4) SH101 (TK); *Logbro Properties CC v Bedderson NO and Others* 2003(2) SA 460 (SCA); *Radio Pretoria v Chairman of ICASA and Another* 2003 JOL 10732 (T); *Ndindwa v Mnguma Local Municipality* 2003 JOL 11026 (TK); *Smith v Minister of Environmental Affairs and Tourism, Republic of South Africa and Another* 2003(1) ALL SA 628 (C); *Minister of Environmental Affairs and Another v Pepper Bay Fishing (Pty) Limited; Minister of Environmental Affairs and Another v Smith* 2003(4) ALL SA 1 (SCA); 2003 JOL 11448; 2004(1) SA 308 (SCA); *Metro Projects CC and Another v Klerksdorp Local Municipality and Others*, 2004(1) ALL SA 504 (SCA); 2003 JOL 11590; 2004(1) SA 16; *Schoon v MEC, Department of Finance, Economic Affairs and Tourism, Northern Province and Another* 2003(9) BLLR 963 (T); *SA National Defence Union and Another v Minister of Defence and Others: In re SA National Defence Union v Minister of Defence and Others* 2003 JOL 11263 (T); *Mhlambi v Matjhabeng Municipality and Another* 2003(5) SA 89 (O); *Van Zyl v New National Party and Others* 2003(3) ALL SA 737 (C); 2003 JOL 11360; *Boesak v Chairman Legal Aid Board and Others* 2003(6) SA 382 (T); *Radio Pretoria v Chariman of ICASA and Another* 2003 JOL 10732 (T); *De Beer v Health Professions Council of South Africa* 2004 JOL 12606 (T); *SA National Defence Union and Another v Minister of Defence and Others* 2004(4) SA 10 (T); *South African Jewish Board of Deputies v Sutherland NO and Others* 2004(4) SA 368 (W); *Minister of Safety and Security and Another v Nombungu and Others* 2004(4) SA 392 (T); *SA National Defence Union and Another v Minister of Defence and Others*. *In re SA National Defence Union v Minister of Defence and Others* 2003 JOL 11263 (T); *Earthlife Africa (Cape Town) v Director-General: Department of Environmental Affairs and Tourism and Another* 2005(3) SA 156 (C); *Minister of Environmental Affairs and Tourism and Another v Scenematic Fourteen (Pty) Limited* 2005(2) ALL SA 239 (SCA); *Commissioner, South African Revenue Service v Hawker Aviation Services Partnership and Others* 2005(5) SA 283 (T); *MEC: Department of Finance, Economic Affairs and Tourism, Northern Province v Mahumani* 2005(2) ALL SA 479 (SCA); *Greys Marine Hout Bay (Pty) Limited and Others v Minister of Public works and Others* 2005(3) ALL SA 33 (SCA); *Trend Finance (Pty) Limited and Another v Commissioner for SARS and Another* (2005) 4 ALL SA 657 (C); *Seodin Primary School and Others v MEC of Education, Northern Cape and Others* (2006) 1 ALL SA 154 (NC).

Hoofstuk 4

PROSEDURELE BILLIKHEID : ADMINISTRATIEWE OPTREDE WAT DIE PUBLIEK RAAK

1. ARTIKEL 4 – ADMINISTRATIEWE OPTREDE WAT 'n INVLOED HET OP DIE PUBLIEK. VOLDOEN DIE OPTREDE AAN PROSEDURELE BILLIKHEID?

Artikel 4 van PAJA bepaal soos volg :

- “(4)(1) In cases where an administrative action materially and adversely affects the rights of the public, an administrator, in order to give effect to the right to procedurally fair administrative action, must decide whether –
- (a) to hold a public inquiry in terms of subsection (2);
 - (b) to follow a notice and comment procedure in terms of subsection (3);
 - (c) to follow the procedures in both subsections (2) and (3);
 - (d) where the administrator is empowered by any empowering provision to follow a procedure which is fair but different, to follow that procedure, or;
 - (e) to follow another appropriate procedure which gives effect to section 3.
- (2) If an administrator decide to hold a public inquiry :
- (a) the administrator must conduct the public inquiry or appoint a suitably qualified person or panel of persons to do so; and
 - (b) the administrator or the person or panel referred to in paragraph (a) must –
 - (i) determine the procedure for the public inquiry, which must –
 - (aa) include a public hearing; and
 - (bb) comply with the procedures to be followed in connection with public inquiries, as prescribed;
 - (ii) conduct the inquiry in accordance with that procedure;
 - (iii) compile a written report on the inquiry and give reasons for any administrative action taken or recommended; and
 - (iv) as soon as possible thereafter –
 - (aa) publish in English and in at least one of the other official languages in the Gazette or relevant Provincial Gazette a notice containing a concise summary of any report and the particulars of the places and times at which the report may be inspected and copied; and
 - (bb) convey by such other means of communication which the Administrator considers effective, the information referred to in item (aa) to the public concerned.

- (3) If an administrator decides to follow a notice and comment procedure, the administrator must –
- (a) take appropriate steps to communicate the administrative action to those likely to be materially and adversely affected by it and call for comments from them;
 - (b) consider any comments received;
 - (c) decide whether or not to take the administrative action, with or without changes; and
 - (d) comply with the procedures to be followed in connection with notice and comment procedures, as prescribed.
- (4) (a) If it is reasonable and justifiable in the circumstances, an administrator may depart from the requirements referred to in subsections (1)(a) to (e), (2) and (3).
- (b) In determining whether a departure as contemplated in paragraph (a) is reasonable and justifiable, an administrator must take into account all relevant factors, including –
- (i) the objects of the empowering provision;
 - (ii) the nature and purpose of, and the need to take, the administrative action;
 - (iii) the likely effect of the administrative action;
 - (iv) the urgency of taking the administrative action or the urgency of the matter; and
 - (v) the need to promote an efficient administration and good governance.”

1.1 PROSEDURELE BILLIKHEID : DIE TREFWYDTE VAN ARTIKEL 4

Artikel 4 van PAJA bepaal algemene prosedures vir administratiewe optrede wat 'n invloed kan hê op die publiek. In die gemenerereg is daarna as wetgewende optrede verwys. Aangesien dit gegaan het oor die toepassing van administratiewe optrede wat 'n groot deel van die publiek geraak het, is daar in die gemenerereg besluit om af te sien van die *audi alteram partem*-beginsel. In *Pretoria City Council v Modimola*⁷⁷¹ word dit soos volg gestel :

“In those statutes, for example, where a public authority is authorised to take a decision prejudicially affecting the property or liberty of the members of the whole community e.g. to levy taxation on them or their property, or to restrict their movements, no principle of natural justice is violated by a decision taken under the statute without affording an opportunity to every individual member of

⁷⁷¹ 1966(3) SA 250 A op 261.

the community to be heard before the decision, which obviously prejudicially affects his property or liberty, is taken.”

Die oogmerk van Artikel 4 is om aan administratiewe optrede meer deursigtigheid, 'n konsultasieproses en weldeurdagte besluitneming te verleen. Deelname deur die publiek word hierdeur verseker. Beter wetgewing, veral waar daar 'n samewerkingsproses met die publiek is, kom na vore. Die publiek het ook 'n beter begrip hoekom wetgewing daargestel is. Bydraes van die publiek, wat oor die nodige praktiese kennis beskik, kan van onskatbare waarde wees in die wetmakingsproses.

Swak punte kan ook in die administratiewe optrede opgelos of verhoed word. Vir so 'n proses van deelname moet die party wat administratiewe optrede daar wil stel, beter daarop voorbereid wees om vrae te kan beantwoord.

Probleme bestaan egter met die interpretasie van die prosedures soos vervat in Artikel 4, veral waar dit gaan oor verskillende uitoefening van die prosedures. 'n Probleem bestaan ten opsigte van die inhoud van die sentrale teks van Artikel 4, wanneer dit vergelyk word met Artikel 3. Eerstens kan 'n onderskeid getref word tussen administratiewe optrede betreffende individuele gevalle en die feite wat op die individue van toepassing is, in teenstelling waar administratiewe optrede op 'n eenvormige wyse gerig is teenoor 'n groep persone, wat soms nie eens identifiseerbaar is nie.

Bogemelde onderskeid gee aanleiding tot 'n hele aantal vrae rakende uitleg. Een van die belangrikste is of Artikel 4 totaal los staan, of by Artikel 3 moet inskakel. Indien wel, hoe moet dit geskied? Dus: verskaf Artikel 4 voldoende riglyne om die administratiewe optrede te reguleer. Dit wil lyk of Artikel 4 los staan van Artikel 3, die Wet stel dit nie duidelik nie.⁷⁷²

1.2 WAT VERSTAAN ONS ONDER DIE BEGRIP “ADMINISTRATIEWE OPTREDE” WAT 'n UITWERKING OP DIE PUBLIEK KAN HÊ?

As gevolg van die skeiding wat ontstaan het tussen Artikels 3 en 4, bring dit mee dat die administrateur elke keer wanneer hy te doen het met administratiewe optrede wat 'n invloed mag hê, eers sal moet bepaal of dit op 'n enkele persoon of op die algemene publiek betrekking het. Afhangende van die kategorisering, sal daar verskillende prosedures nagekom moet word en verskillende gevolge sal gekoppel word indien nagelaat word om die vereistes van die twee stelle prosedures na te kom.

⁷⁷² Sien as moontlike antwoord op die probleem, die bespreking van Currie en Klaaren 2001:P110-113, waar die huidige artikel met die wetsontwerp van die Regskommissie vergelyk word.

Currie en Klaaren op bladsy 114 van hul werk, stel die volgende toets voor om te bepaal wanneer te doen gekry word met “administrative action materially and adversely affecting the rights of the public” :

- (a) Die administratiewe optrede moet ’n algemene impak hê.
- (b) Die algemene impak moet ’n noemenswaardige invloed op die publiek hê.
- (c) Die grondwetlike, statutêre of gemene regte van lede van die publiek moet in die gedrang kom.

Die saak van *South African Roads Board v Johannesburg City Council*⁷⁷³ is ’n goeie voorbeeld om aan te dui hoe moeilik dit is om administratiewe optrede ingevolge Artikels 3 en 4 te kategoriseer.

1.3 DIE INHOUD VAN ARTIKEL 4

Artikel 4 beskik oor ’n gemaklike en duidelike inhoud. Die administrateur moet ’n besluit neem welke van vyf opsionele prosedures gevolg moet word, soos vervat word in Artikel 4(1)(a) – (e). Artikels 4(2) en 4(3) verdeel die prosedures weer in twee kategorieë, naamlik die gevalle waar kennis gegee word en kommentare ingewag word, asook die openbare navraeprosedure. Artikel 4(4) verleen alternatiewe roetes, wat buite die trefwydte van die artikel val.

1.3.1 DIE ARTIKEL 4(1)-BESLUIT

’n Verpligting word deur Artikel 4 op die administrateur geplaas om oorweging te skenk aan watter roete hy/sy gaan volg om gevolg te gee aan prosedurele billikheid. ’n Besluit moet ingevolge Artikel 4(1) geneem word welke statutêre keuse uitgeoefen gaan word. Een van vyf keuses moet derhalwe gevolg word :

- Die openbare navrae prosedure ingevolge Artikel 4(2),
- die kennisgewing en kommentaarprosedure,
- beide die kennisgewing en kommentaar en openbare navraeprosedure,
- ’n billike maar verskillende prosedure, of
- ’n ander gepaste prosedure, wat gevolg gee aan die effek van Artikel 3.

Hoewel die nakoming van hierdie vereiste verpligtend is, is daar geen remedie in PAJA te vind indien die inhoud van die Artikel nie nagekom word nie.

’n Besluit oor welke Artikel 4(1)-prosedure gevolg moet word, is in Artikel 1 totaal uitgesluit van die definisie van administratiewe handeling. Geen remedie ingevolge PAJA bestaan om ’n administrateur aan te spreek, indien

⁷⁷³ 1991(4) SA 1 (A).

hy/sy versuim om 'n besluit te neem, of om die redelikheid en billikheid van die keuse teen te staan. Geen redes word ook verlang om aan te dui hoekom 'n bepaalde besluit geneem is nie.

Die Wet gee ook geen riglyne hoe om 'n besluit te neem nie. Meer leiding kan dalk verskaf word, deur regulasies ingevolge Artikels 10(1)(a) of 10(1)(b) en (c) uit te vaardig.

1.3.2 OPENBARE ONDERSOEK/NAVRAE

Die openbare-ondersoekmetode pas netjies in by die Suid-Afrikaanse administratiewe kultuur, wat natuurlik sterk beïnvloed is deur die Engelse Reg. In die Verenigde Koninkryk het openbare ondersoek meesal die doel gedien om meganismes te verskaf vir appèlle en ook om te dien as 'n platform waarvan besware teen voorstelle geopper kon word, veral in plaaslike bestuursgevalle, waar die plasing van 'n pad ter sprake gekom het.

Artikel 4(2) bepaal die raamwerk vir die prosedure wat deur die openbare ondersoekmetode gevolg moet word. Dit bestaan uit drie stappe, naamlik :

- Die voor-ondersoekstadium,
- die ondersoekstadium en
- die na-ondersoekstadium

1.3.2.1 DIE VOOR-ONDERSOEK PROSEDURE

Hierdie prosedure word deur PAJA in twee fases verdeel.

Eerstens bepaal Artikel 4(2)(a) dat die administrateur die ondersoek self moet behartig, of 'n geskikte, gekwalifiseerde persoon of paneel van persone aanwys om dit te behartig. Hoewel daar geen aanduiding bestaan dat die persoon of persone onpartydig en onbevooroordeeld moet wees nie, kan die reël egter gesien word as ingegrepe by die begrip "suitably qualified".

Hierdie partye moet self die prosedure vasstel waarvolgens die openbare ondersoek gaan plaasvind. Dit moet natuurlik geskied in die voor-ondersoekstadium. Volgens Artikel 4(2)(b)(i)(aa) moet hierdie prosedure 'n openbare verhoor/ondersoek insluit. Dit is die kernelement van 'n openbare ondersoek.

Artikel 4(2)(b)(i)(bb) gelas dat die persoon moet voldoen aan die voorgeskrewe vereistes wat daar vasgestel is vir die hou van openbare ondersoek. 'n Spanningslyn bestaan inherent tussen Artikel 4(2)(b)(i) se bevoegdheid om 'n prosedure vir die ondersoek vas te stel en die vereiste ingevolge Artikel 4(2)(b)(i)(bb), wat gelas

dat aan 'n sekere voorgeskrewe prosedure rakende openbare ondersoeke voldoen moet word. Die regulasies wat sal volg, sal sekerlik hierdie spanningslyn breek, wanneer die prosedure meer volledig beskryf gaan word.

In konsepvorm blyk die regulasies die prosedure in die fynste besonderhede te beskryf en poog dit om oor die hele Suid-Afrika eenvormigheid in die administrasieproses mee te bring.

Dit sal groot gevare vir 'n effektiewe administrasie meebring, indien die voorgeskrewe prosedure te voorskriftelik sal wees. Die amptenaar sal gou agterkom dat dit te veeleisend is om self die bul by die horings te pak. Daar kan goedsmoeds besluit word om die ondersoek in die veilige hande te laat van 'n deskundige, wat miskien nie so geredelik in voeling is met die spesifieke gebied van die staatsadministrasie nie.

Daar kan aangevoer word dat die begrip “nakom” (“comply”) in Artikel 4(2)(b)(i)(bb) uitgelê moet word om te beteken “substansieel nakom”. So 'n interpretasie sal Artikels 4(2)(b)(i) en 4(2)(b)(i)(bb) saamlees. So 'n doelbewuste interpretasie sal administrateurs eerder aanmoedig, as afskrik, om prosedurele billikheidspakkette wat deur PAJA aangebied word, eerder te aanvaar as om die spesifieke roete van Artikel 4(1) te volg. Hierdie gemakliker alternatiewe roete sal egter meer byval vind, wat verder sal lei tot die uitbreiding en verbetering van die reg op administratiewe geregtigheid. Die belangrikste bepalings kom tog in PAJA self voor, en nie in die regulasies nie.

1.3.2.2 ONDERSOEKPROSEDURES

Net soos by die geval van die kennisgewing- en kommentaarprosedure, word die ondersoekprosedure nie in besonderhede deur PAJA geregleer nie. Artikel 4(2)(b)(ii) bepaal slegs dat die persoon wat die openbare ondersoek hou, dit ingevolge 'n bepaalde prosedure moet doen. Dit is die prosedure wat deur die administrateur, ingevolge die bepalings van Artikel 4(2)(b)(i), vasgestel moet word. Dit verwys nie na die voorgeskrewe prosedure nie.

Om die daarstelling van administratiewe geregtigheid aan te moedig, moet die statutêre begrip “in accordance with that procedure” dus

uitgelê word om te beteken "substantially in accordance with that procedure".

1.3.3.3 DIE NA-ONDERSOEKPROSEDURE

Artikel 4(2) gelas twee na-onderzoekprosedures wat deur die party wat die ondersoek gelas, nagekom moet word.

Eerstens bepaal Artikel 4(2)(b)(iii) dat die party wat die ondersoek hou, 'n geskrewe verslag moet voltooi aangaande die ondersoek en redes moet verskaf vir enige administratiewe optrede wat beoog word, of wat geneem is. Daar is geen vereiste dat die verslag gepubliseer moet word nie. Hierdie vereiste moedig slegs die kultuur van regverdigheid aan. Die verslag sal inderdaad redes bevat vir voorgenome of daadwerklike optredes. Daar sal ook gevalle wees waar 'n verslag eers sal volg en optredes daarna sal volg, of waar die verslag sal verskyn, nadat reeds opgetree is. Voldoende redes wat ingevolge hierdie verslag verskaf moet word, sal sekerlik soortgelyk wees as dié wat in Artikel 5 van PAJA vereis word.

'n Volgende na-onderzoek verpligte prosedure wat nagekom moet word, word vervat in Artikel 4(2)(b)(iv). Die verpligting word geplaas op die party wat die ondersoek hou om spoedig nadat die geskrewe verslag opgestel is (aa) in Engels en in ten minste een van die ander amptelike tale 'n kennisgewing in die staatskoerant of relevante provinsiale koerant te plaas, wat 'n beknopte opsomming bevat van die verslag na die ondersoek en die besonderhede van die plek en tyd waar die verslag geïnspekteer en gefotokopieer kan word. Die party moet ook ingevolge (bb) die verslag in (aa) aan die publiek voorhou op enige ander wyse as wat die party dienstig ag.

Dit is onseker wat onder die begrip "beknopte opsomming" verstaan moet word. Die doel moet egter in gedagte gehou word : dit moet voldoende inligting bevat om aan die leser die geleentheid te bied om die verslag te verstaan, te wete die omvang, die getuienis, rasionaal en bevindings van die verslag. Laasgenoemde inligting sal verskil na gelang van die erns van die ondersoek.

Ingevolge Artikel 4(2)(b) moet die administrateur of die aangestelde deskundige party alle verpligtinge van die verskillende fases van die ondersoek ten volle behartig. Die administrateur, waar hy/sy 'n ander party aanstel om die verpligtinge na te kom, is nie gevrywaar van die nakoming van alle vereistes van die Wet nie. Waar die aangestelde

party nie 'n verslag voorberei nie, moet die administrateur hierdie funksie nakom.

2. KENNISGEWING EN KOMMENTAAR

Die inhoud van die kennisgewing- en kommentaarprosedure (Artikel 4(1)(b)) word in Artikel 4(3) van PAJA uiteengesit. 'n Minimum prosedure moet hier nagekom word, indien dit vergelyk word met die prosedure gevolg in Artikel 4(2).

Vier prosedures word hier voorgeskryf :

- Die oordra van inligting rakende die administratiewe optrede,
- die aanvra vir kommentaar by wyse van 'n kennisgewing,
- die oorweging van die kommentare ontvang en
- besluitneming of die administratiewe handeling uitgevoer gaan word, al dan nie, en indien wel, hoe dit uitgevoer gaan word.

2.1 DIE OORDRAG VAN DIE INLIGTING

Artikel 4(3)(a) bepaal dat 'n administrateur voldoende stappe moet neem om inligting oor te dra rakende die voorgenome administratiewe handeling wat 'n wesentlike en nadelige effek kan hê op die regte van 'n individu. Drie elemente kom hier na vore :

- (a) Watter inligting moet gekommunikeer word,
- (b) hoe dit gedoen moet word, asook
- (c) aan watter partye dit gekommunikeer moet word.

Artikel 4(3)(a) verwys bloot na kommunikasie van die administratiewe handeling self. 'n Duidelike uiteensetting daarvan moet gegee word, soos verwys in Artikel 3(2)(b). Dit is duidelik dat voldoende inligting verskaf moet word om die individu die geleentheid te bied om kommentaar te lewer. Om enigsins van waarde te wees, moet dit genoeg inligting oor die administratiewe handeling verskaf.

Die manier van kommunikasie is ook belangrik. Artikel 4(3)(a) bepaal dat die nodige stappe deur die administrateur geneem moet word. Hierdie vereiste moet uitgelê word om die administrateur volledige bewegingsruimte te gee hoe om te bepaal watter effektiewe metode toegepas moet word om die administratiewe handeling oor te dra.

Die gehoor aan wie die kommunikasie deurgegee word, is net so belangrik as wat die inhoud en omvang van die inligting moet wees. Gedurende die kennisgeetydperk sal die potensiële gehoor nie die algemene publiek wees nie. Om die publiek in geheel by die kommentaarproses in te sluit, sal in baie gevalle oneffektief, sowel as potensieel onvoldoende wees. Daarom bepaal Artikel 4(3)(a) dat die gehoor wat moet reageer en kommentaar lewer, diegene moet wees wat die meeste

deur die administratiewe handeling beïnvloed sal word. Hoe kleiner die teikengroep, hoe beter die resultate op kommentaar. Daar sal byvoorbeeld van die administrateur verlang word om op besondere wyse kommentaar van die publiek te verkry, indien daar met meesal ongeletterde persone te doen gekry word.

Artikel 4(3)(a) bepaal dat kommentaar aangevra moet word. Die kennisgewing wat kommentaar verlang, moet veral vir die publiek aandui waar, hoe en teen watter datum die kommentaar gelewer moet word. Die naam en kontakbesonderhede van die administrateur moet ook verskaf word. Die sluitingsdatum moet duidelik aangedui word. PAJA verlang geen spesifieke tydperk vir kommentaar nie, alhoewel die voorgestelde regulasies 'n minimum van 21 dae tussen die begin- en eindtyd vir die kommentaar verlang. Daar moet genoeg tyd wees om kommentaar te kan lewer en sal sekerlik wissel na gelang van die omvang en die moeilikheidsgraad daarvan.

2.2 OORWEGING VAN KOMMENTAAR

Artikel 4(3)(b) bepaal dat 'n administrateur die kommentaar deeglik moet oorweeg. Die blote feit dat die oorweging van kommentaar in 'n aparte bepaling/Artikel aangespreek word, dui op die erns daarvan. "Any comments received" dui op die aspek dat alle relevante kommentaar oorweeg moet word. PAJA verlang nie kommentaar wat nie gemik is op die administratiewe handeling nie. Dit word ook nie oorweeg as dit laat is, of volg nadat die administratiewe handeling reeds uitgevoer is nie.

'n Sluitingsdatum vir die kommentaar se indiening help om die publiek en dié van die administrateur se aandag op die administratiewe handeling te fokus. Wat word bepaal met die woord "consider", nadat die kommentaar ontvang is? Die sleutelaspek hier is dat die kern van die kommentaar deur die besluitnemer aangebied word of deurgegee word. Dit beteken nie dat elke kommentaar deur 'n besige kabinetsminister gelees en hanteer word nie. Dit beteken ook nie dat die *crux* van die saak aan die besluitnemer deurgegee moet word nie. Soortgelyke kommentaar kan ook gekategoriseer en saam hanteer word. Die essensiële aspekte van die kommentaar moet op 'n bepaalde wyse aan die administrateur vir besluitneming deurgegee word. 'n Samestelling of opsomming van die kommentaar of indeksering van die inligting moet gemaak word. Nadat die kommentaar aangebied is, moet dit deeglik oorweeg word.

2.3 'n BESLUIT OM DIE ADMINISTRATIEWE HANDELING TE NEEM OF NIE TE NEEM NIE

Artikel 4(3)(c) plaas 'n verpligting op die administrateur om die administratiewe besluit te neem of nie, met of sonder verordeninge. Gewoonlik sal 'n gedeelte van

hierdie vereiste egter oorbodig wees. In die meeste van die gevalle sal die magtigende wetgewing bepaal dat 'n besluit rakende die administratiewe handeling geneem moet word. Dit is egter nie altyd die geval nie. PAJA, in vergelyking met ander wetgewing, is streng voorskriftelik dat 'n besluit geneem moet word, in teenstelling met ander wetgewing wat dit nie altyd vereis nie. Die bepaling van Artikel 4(1) om 'n besluit te neem na 'n kennisgewing- en kommentaarsessie, plaas die administrateur ingevolge Artikel 4(3)(c) onder verpligting om 'n besluit te neem om die administratiewe handeling uit te voer, of daarvan af te sien.

Die administrateur kan na oorweging van die kommentaar steeds besluit om die administratiewe handeling uit te voer, maar eerder in gewysigde vorm. Dit is 'n besluit wat volg, nadat die kommentaar oorweeg is. Hierdie besluit behels ook nie 'n ratifikasie van 'n vorige besluit nie.

2.4 NAKOMING VAN VOORGESKREWE PROSEDURES

Die inhoud van die statutêre vereiste ingevolge PAJA rakende die kennisgewing- en kommentaarprosedure wat gevolg moet word, kan in 'n groot mate betwis word, indien die benadering van die konsepreulasies nagevolg word. Ekstensiewe aanvulling van PAJA se eie vereistes vir die kennisgewing- en kommentaarprosedure is op twee gronde onderworpe aan kritiek.

Eerstens, indien uitgebreide regulasies sal volg, sal dit die doel van PAJA meer bemoelik. Oorbeklemtoning van die kennisgewing- en kommentaarprosedure sal verder lei tot 'n gaping tot die toegang van die prosedure. Die oogmerk vir die nakoming van PAJA se doelwitte sal verydel word, veral waar die publiek in die proses belangstelling verloor. PAJA poog om effektief te wees; 'n oorbeklemtoning in die regulasies sal tot 'n gebrek aan belangstelling lei.

Tweedens, sal die eenvormigheid in die regulasies bydra tot die onbewuste gevolg om die proses te bemoelik en om sodoende nie PAJA se doelwitte te verwesenlik nie. Eenvormigheid deur die regulasies sal van toepassing wees oor die hele staatsadministrasie. Dit sal veral meebring dat administrateurs belangstelling verloor in die kennisgewing- en kommentaarprosedure. Wat sal byvoorbeeld die geval wees waar die regulasies nie aan 'n spesifieke behoefte van die administrateur voldoen nie, waar hy 'n bepaalde kennisgewing- en kommentaarprosedure verlang? Sal die administrateur kan afwyk van die voorskriftelike regulasies? Daar bestaan 'n goeie kans dat eenvormigheid in die voorgenome regulasies die effektiwiteit van PAJA sal verminder.

Dit wil egter voorkom of daar tog 'n uitkomst vir die administrateur bestaan, waar hy van die uitsonderings ingevolge Artikel 4(4), en "another appropriate procedure", soos vervat in Artikel 4(1)(e), gebruik kan maak.

2.5 'n ANDER GEPASTE PROSEDURE

Artikel 4(1)(e) bepaal dat 'n administrateur 'n ander gepaste prosedure kan volg, wat aan Artikel 3 gevolg kan gee.

Artikel 4(1)(e) kan op twee verskillende maniere uitgelê word. Dit kan gebruik word vir voorgenome besluite, waar die administrateur van mening is dat beide algemene en spesifieke gevolge verlang word. Artikel 4(1)(e) sal hiervolgens die administrateur toelaat om prosedures saam te voeg, wat voldoende sal wees tot die algemene aspekte van die administratiewe handeling, met spesifieke kennisgewing- en verhoorprosedures vir daardie persone wat direk geraak word deur die voorgenome aksie.

'n Tweede uitleg kan oorvleuel met die eerste, of dit kan apart staan. Artikel 4(1)(e) se verwysing na Artikel 3 is logies, indien jy dit lees as 'n verwysing na die statutêre reg tot prosedurele billikheid, uitgespel in Artikel 3(1). Dit kan dus van pas wees by die gebruik van prosedures anders as dié vermeld in Artikel 4 om gevolg te gee aan die reg tot prosedurele billikheid. Alhoewel hierdie interpretasie teenstrydig met die doelwit en taal van die Wet kon wees, sal vir die herlewing van die regskommissie se oorspronklike beplanning vir Artikel 4(1)(e) meriete inhou. Dit sal vergunning verleen vir die toepassing van billike prosedures, wat gepas sal wees by die administratiewe handeling, veral waar dit nie in Artikel 4 vermeld word nie. Sulke alternatiewe prosedures is byvoorbeeld konsultasie, mediasie, 'n onderhandelde wetgewingsproses en ander gepaste prosedures.

2.6 ALTERNATIEWE WEË : BILLIK MAAR VERSKILLEND, VERTREKPUNTE EN UITSONDERINGS

PAJA maak dit wel moontlik vir die administrateur om alternatiewe roetes te volg, indien die vereistes soos voorgeskryf in Artikels 3 en 4 nie nagekom word nie. Artikel 4(1)(d) laat toe dat 'n prosedure gevolg kan word waar die administratiewe handeling nadeel kan inhou vir die publiek, mits sodanige prosedure billik, maar verskillend van die prosedure voorgeskryf in Artikel 4 is. Net soos die geval was by Artikel 3(5), moet hierdie ander prosedure, steeds billik wees. Grondwetlike uitleg word verlang om te bepaal of die alternatiewe prosedure "fair but different" is. Artikel 4(1)(d) maak voorsiening vir alternatiewe prosedures, wat drasties mag afwyk van dié vermeld in Artikels 4(2) en (3). Dit is belangrik dat slegs prosedures vermeld in wetgewende bepalings as billik maar verskillend kan kwalifiseer. Dit voorsien 'n belangrike formele beperking ten opsigte van die gebruik van die billik maar verskillend ontsnaproete.

Gesien in die lig van die belangrikheid van Artikel 33 en die bepalings van PAJA, is dit belangrik dat die woord “billik” voorrang geniet ten opsigte van enige ander bepaling in ander wetgewing waar ’n alternatiewe prosedure toegepas word.

Artikel 4(4) laat afwykings toe ten opsigte van die vereistes soos vermeld in Artikels 4(1)(a) – (e), sowel as Artikels 4(2) en (3). Dit verleen ’n algemene afwykingsroete van die hele artikel, wat handel oor administratiewe optrede wat die publiek kan benadeel.

Daar kan aangevoer word dat Artikel 4(4)(a) nie so uitgelê moet word dat dit sou bepaal dat die administrateur gemagtig word om af te wyk van Artikel 4(1) se vereistes om te besluit welke prosedure om te volg nie. Waar Artikel 4(4)(a) se bedoeling is om af te wyk van die besluit, verwys Artikel 4(4)(a) in die algemeen na Artikel 4(1) en nie spesifiek na Subartikels (a) – (e) van Artikel 4(1) nie. Waar dit uitgelê word dat toestemming verleen word om slegs ten opsigte van spesifieke prosedures, of aspekte van die prosedures af te wyk, bepaal Artikel 4(4)(a) slegs dat toestemming verleen word om af te wyk om die prosedure te volg soos spesifiek deur die Wet neergelê, byvoorbeeld die kennisgewing- en kommentaarprosedures. Die inhoudelike kriteria vervat in Artikel 4(4)(b) waaraan ’n afwyking getoets word, is identies dieselfde as dié vermeld in Artikel 3(5) van PAJA.

Nieteenstaande die bogemelde afwykende prosedures, wat billik maar verskillend moet wees, staan dit natuurlik die minister ingevolge Artikel (2)(1)(a) van die Wet vry om sy/haar eie bevoegdheid uit te oefen om vrystelling te verleen aan ’n administrateur vir enige administratiewe optrede of groep of klas administratiewe optredes, wat nie hoef te voldoen aan die vereistes neergelê in Artikel 4 nie. Die minister is by magte om ingevolge Artikel 2(1)(b) toestemming te verleen om af te wyk van die vereistes soos vermeld in Artikels 4(1) – (3).

2.7. ARTIKEL 4 VAN PAJA EN HOFUITSPRAKE

Artikel 4 van PAJA is toegepas in die saak van *Minister of Home Affairs v Eisenberg and Others*⁷⁷⁴. Die respondent het beweer dat die nodige prosedure nie deur die minister nagekom is met die afkondiging van regulasies ingevolge die Immigrasiewet, Wet 13 van 2002 nie. Die Kaapse Hooggeregshof het die regulasies ongeldig verklaar. Die respondent het aangevoer dat die minister versuim het om te voldoen aan die vereistes van die konsultasieproses, soos uiteengesit in Artikel 7 van die Wet.

In dié saak het die respondent gepoog om die argument te opper dat die Immigrasiewet saamgelees moet word met PAJA en dat die minister verplig was om

⁷⁷⁴ 2003(8) BCLR 838 (CC).

die prosedure ingevolge Artikel 4(1) van PAJA na te volg. Die hof beslis dat die respondent nie direk op PAJA gesteun het in die funderende eedsverklaring nie. Die respondent het egter gepoog om dit indirek te doen, om sodoende die voorskrifte van PAJA toe te pas om steun te vind vir sy argument rakende die samestelling van die Immigrasiewet.

Die hof het sy twyfel uitgespreek oor die korrektheid om PAJA toe te pas om ander wetgewing te interpreteer.⁷⁷⁵

“It is not at all clear that using PAJA as an interpretive tool to assist in interpreting other legislation, as the respondent contends, is appropriate. PAJA regulates the manner in which certain powers are to be exercised. If the power under question is one within the scope of PAJA it must be exercised consistently with PAJA. If it is not such a power, PAJA has no application. Questions may arise as to whether legislation may by necessary implication oust the requirements of PAJA, but they do not arise here. Be that as it may, I shall nevertheless consider whether section 4 of PAJA can assist the respondent.”

Met die toepassing van Artikel 4(4), het die hof aangedui dat die voorskrifte van Artikel 4(1) omseil kan word, indien dit blyk redelik en regverdig te wees. Indien die konsultasieproses tot 'n oponthoud sou lei, sou dit meebring dat die regulasies nie gereed sou wees wanneer die Immigrasiewet in werking tree nie. Sonder die regulasies sou die Wet nie effektief van toepassing wees nie. Die respondent het egter nagelaat om die proklamasie wat die Wet die lig laat sien het, aan te val.

Hoofregter Chaskalson beslis soos volg:⁷⁷⁶

“Counsel for the respondent correctly accepted that the Act would be unworkable without its own regulations and that the old regulations could not fill that void. They also accepted that the section 7 process is a time consuming process which could not possibly have been complied with prior to 12 March when the operative provisions of the Act came into force. The validity of the Proclamation was not challenged. Thus, even if section 4(1) of PAJA is applicable to the making of regulations and it is open to the respondent to challenge the Minister's failure to comply with its provisions, it would in the light of these facts have been reasonable and justifiable for the Minister to depart from the notice and comment provisions when he made the regulations.”

⁷⁷⁵ 2000(8) BCLR 838 (CC) Paragraaf 50.

⁷⁷⁶ 2000(8) BCLR 838 (CC) Paragraaf 58.

In *Earthlife Africa (Cape Town) v Director-General : Department of Environmental Affairs and Tourism and Another*⁷⁷⁷ het die hof die *obiter*-opmerking gemaak dat die aksie geneem deur die respondent, ook gedui het op administratiewe optrede wat die publiek beïnvloed het, hoewel die argument geslaan het op Artikel 3 van PAJA. Die vereiste van prosedurele billikheid ingevolge Artikel 4 was dus ook van toepassing.

Prosedurele billikheid wat die publiek raak, het ook ter sprake gekom in *Chairperson's Association v Minister of Arts and Culture and Others*⁷⁷⁸. Die saak het gehandel oor die prosedure wat gevolg is met die naamsverandering van die dorp, Louis Trichardt, na *Makhado Town*, ingevolge Artikel 10 van die *South African Geographical Council Act*, Wet 118 of 1998. Die applikante se argument was gegrond op Artikel 10 van die Wet. Alhoewel dit nie spesifiek verwys na 'n konsultasieproses wat nagekom word, indien 'n naamsverandering sou plaasvind nie, was die aard van die handeling as sodanig dat dit konsultasie met die publiek vereis het.

Die verdediging in die saak het egter aangevoer dat die liggaam wat die naamsverandering voorgestel het, 'n liggaam was wat saamgestel was as raadslede wat deur die publiek verkies is, die publiek afkomstig was vanuit die geografiese gebied van die inwoners sodat daar op die raad geen verpligting gerus het om die publiek te konsulteer oor die naamsverandering nie.

Bogemelde argument het die hof egter glad nie beïndruk nie. Die hof reageer hierop soos volg:⁷⁷⁹

“Whilst the Act may not specifically state consultation as a requirement, the subject matter, being the change of a town name, is a national and sensitive matter. Because of the nature of the subject matter, I do not think, first, that the first respondent could or would have been expected to take such a decision without considering the issue of consultation. Secondly, in my view the same should be applicable when the application is laid before the second respondent for recommendation. Lastly, one would expect at least that the first respondent be satisfied that consultation was conducted. Whilst the councillors of the third respondent might have been elected into office by the people on a national issue like the change of name of a town, one would expect them to consider the sensitivity of the matter and to revert to those who had elected them into office for a proper mandate.”

⁷⁷⁷ 2005(3) SA 156 (C).

⁷⁷⁸ 2006(2) SA 32 (T).

⁷⁷⁹ 2006(2) SA 32 (T) Paragraaf 23.

Die regter het vervolgens die bepalings van Artikel 4 van PAJA oorweeg, en beslis dat, alhoewel die administrateur wat die administratiewe handeling uitvoer wat die regte van die publiek nadelig kan beïnvloed en hy/sy die stappe moet oorweeg om prosedurale billikheid te bewerkstellig, die vereistes van die Wet wel in dié geval vereis dat deelname van die publiek sekerlik moes plaasvind.

Oor Artikel 4(1) van PAJA is die hof die volgende mening toegedaan :

“I may well add that in terms of section 4(1) of PAJA where an administrative action adversely affects the rights of the public, an administrator, being the first respondent in the instant case, in order to give effect to the right to procedurally fair administrative action, must decide, amongst other things, whether to hold a public inquiry in terms of subsection 2 or to follow a notice and comment procedure in terms of subsection (3) or where the administrator is empowered by any enabling provision to follow a procedure which is fair but different, to follow that procedure. However, because of the nature of the matter, in my view, the first respondent and correctly so, considered consultation. In a way, subsections (3) and (4) of section 10 envisage some sort of participation by interested or aggrieved parties.”⁷⁸⁰

Na aanleiding van die meriete van die saak was die hof van mening dat voldoende konsultasie met die publiek plaasgevind het en dat die aansoek om die naamsverandering ter syde te stel, van die hand gewys word.



Hoofstuk 5

REDES VIR 'n ADMINISTRATIEWE HANDELING

1. DIE VERSKAFFING VAN REDES: 'n NUWE WENDING

'n Wetgewende reg tot die verskaffing van redes vir 'n administratiewe handeling wat geneem word, is 'n nuwe wending in die Suid-Afrikaanse Administratiefreg. Hierdie reg is eerstens in 1994 na vore gebring deur Artikel 24(1C) van die Interim-Grondwet. Dit word tans vervat in Artikel 33(2) van die Finale-Grondwet. Artikel 5 van PAJA maak nou voorsiening vir die verskaffing van “voldoende redes”, waar dit aangevra word deur 'n persoon wie se regte wesentlik en nadelig geraak is deur die administratiewe handeling. Dit is die eerste keer dat 'n algemene statutêre verpligting geplaas word op die administrateur om redes te verskaf vir besluite geneem, alhoewel sekere ander wetgewing ook in die verlede van administrateurs verlang het om redes te verskaf.⁷⁸¹

Rakende die verskaffing van redes bepaal Artikel 5 van PAJA soos volg :

- “5 (1) Any person whose rights have been materially and adversely affected by administrative action and who has not been given reasons for the action may, within 90 days after the date on which that person became aware of the action or might reasonably have been expected to have become aware of the action, request that the Administrator concerned furnish written reasons for the action.
- (2) The Administrator to whom the request is made must, within 90 days after receiving the request give that person adequate reasons in writing for the administrative action.
- (3) If an administrator fails to furnish adequate reasons for an administrative action, it must, subject to subsection (4) and in the absence of proof to the contrary, be presumed in any proceedings for judicial review that the administrative action was taken without good reason.
- (4) (a) An administrator may depart from the requirement to furnish adequate reasons if it is reasonable and justifiable in the circumstances, and must forthwith inform the person making the request of such departure.
- (b) In determining whether a departure as contemplated in paragraph (a) is reasonable and justifiable, an administrator must take in account all relevant factors, including –
- (i) the objects of the empowering provision;
 - (ii) the nature, purpose and likely effect of the administrative action concerned;
 - (iii) the nature and the extent of the departure;

⁷⁸¹ Sien Baxter, 1984:226 voetnoot 239 vir verskeie voorbeelde van hierdie wetgewing.

- (iv) the relation between the departure and its purpose;
 - (v) the importance of the purpose of the departure; and
 - (vi) the need to promote an efficient administration and good governance.
- (5) Where an administration is empowered by any empowering provision to follow a procedure which is fair but different from the provisions of subsection (2), the Administrator may act in accordance with that different procedure.
- (6) (a) In order to promote an efficient administration, the Minister may, at the request of an administrator by notice in the Gazette publish a list specifying any administrative action or a group or class of administrative actions in respect of which the administrator concerned will automatically furnish reasons to a person whose rights are adversely affected by such actions; without such person having to request reasons in terms of this section.
- (b) The Minister must within 14 days after the receipt of a request referred to in paragraph (a) and at the cost of the relevant administrator, publish such list, as contemplated in that paragraph.”

2. DIE DOEL EN OMVANG VAN ARTIKEL 5

’n Praktiese behoefte bestaan om die doel van Artikel 5 en die vereiste om redes te verskaf, te ontleed. Alhoewel dié Wet voorsiening maak vir “voldoende redes” (adequate reasons), bied dit geensins enige kriteria waarvolgens besluit kan word wat voldoende redes nou werklik is nie. Hierdie oop formulering van die verskaffing van voldoende redes, los die keuse by die administrateurs en hersieningshowe om te besluit of ’n spesifieke aantal redes voldoende was in antwoord op die navraag. Die redes sal egter voldoende wees, as die redes voldoen aan die oogmerke soos gestel deur die Grondwet en PAJA.

Die hoofdoel vir die verskaffing van redes is veral om die administratiewe optrede te regverdig en om sodoende die oogmerke van verantwoordbaarheid, openlikheid en deursigtigheid in die gebruik van publieke mag na te kom. Redes verskaf aan die gegriefde onderdaan ’n verduideliking en regverdiging vir die besluit wat tot die administratiewe handeling gelei het. Redes verskaf natuurlik ook aan die benadeelde party die geleentheid om te bepaal of ’n saak op hersiening of op appèl geneem moet word.

In *Transnet Limited v Goodman Brothers (Pty) Limited*⁷⁸² word dit soos volg gestel :

“Reasons given may tell a tenderer that his goods did not comply with the specification. He, knowing that they did comply, would then be able to take the matter further. Without reasons he might be without remedy.”

⁷⁸² 2001(1) SA 853 (SCA) te Paragraaf 10.

Die waardes wat die verskaffing van redes inhou, is die volgende :

- Dit verhoog die kwaliteit van besluitneming,
- verhoog die vertroue van die publiek in die administratiewe proses en
- verleen aan die howe bystand om makliker geregtelike hersiening toe te pas.

Die verskaffing van redes het ook 'n positiewe invloed op die effek van rasionaliteit en die kwaliteit van besluite wat geneem word. Wanneer 'n administrateur weet hy/sy moet na die tyd redes vir die administratiewe handeling verskaf, sal die besluitneming meer deurdag plaasvind. Die besluit moet dus meer gestruktureerd en rasioneel wees.

Daar kan ook sekere nadele verbonde wees aan die verskaffing van redes. Op die korttermyn kan dit groter koste meebring, aangesien dit sowel tyd as mannekrag in beslag neem om aan sodanige versoek om redes te verskaf te kan voldoen. Wanneer die verskaffing van redes aangevra word, het die koste-implikasie tot gevolg dat die toekomstige administratiewe opsies in soortgelyke gevalle beperk word. Waar administratiewe eenvormigheid verhoog word deur die verskaffing van redes, kan dit tot 'n mate ook meebring dat administratiewe buigbaarheid beperk of verminder word.

Die woord “voldoende” word nie deur die artikel omskryf nie, maar sal sekerlik afhang van die omvang en moeilikheidsgraad waarvolgens die administratiewe handeling of besluit geneem is. Die doel agter die plig om redes te verskaf verskil van die doel agter die verskaffing van inligting waarop die besluit gebaseer is. Die verskaffing van inligting deur 'n administrateur, of dit vrywillig of as gevolg van 'n versoek is, is onderhewig aan die grondwetlike reg op die toegang tot inligting (Artikel 32) en die *Promotion of Access to Information Act 2 of 2000*.

Ingevolge die Interim-Grondwet is daar voorsiening gemaak vir 'n wye groep persone wat 'n reg gehad het om van redes verskaf te word, te wete enigeen wie se *regte en belange* deur die administratiewe handeling nadelig geraak is. Ingevolge die Finale-Grondwet is hierdie omvangsgebied van die groep persone wat redes moes verkry, uitermate beperk. Die grondwetlike reg tot redes (Artikel 33(2)) word beperk tot persone wie se regte (en nie belange) nie nadelig geraak word deur die administratiewe handeling.

PAJA volg die bewoording van Artikel 33(2) van die Grondwet na, maar Artikel 5(1) bepaal dat administratiewe handeling wesentlik 'n benadeling vir die regte van die benadeelde party moes inhou. Net soos dit die geval was met Artikels 3 en 4 hierbo vermeld, beperk die woord “materially affect” die benadeelde persoon se grondwetlike reg tot die verskaffing van redes. As daar streng gekyk word na die toepassing van die woord “materially”, beteken dit 'n “logiese verbinding”, in hierdie geval, tussen die administratiewe optrede en die uitwerking op die regte. Indien dit waar is, sal die byvoeging van die woord “materially”, die geleentheid aan administrateurs bied om die noodsaaklikheid van die

verskaffing van redes te vermy, veral waar dit volgens hulle oordeel nie binne die kategorie van administratiewe handeling val nie, maar waar dit fundamenteel onbelangrik is in die uitwerking op die regte. Indien die administrateur van oordeel is dat die regte nie wesentlik beïnvloed is nie, verskaf hy/sy dus net nie redes nie, omdat die Wet aantoon dat dit “materially affected” moet wees.

Die woord “materially and adversely affected” stel ’n beperking van die grondwetlike reg daar, aangesien dit ’n beperking plaas op die klas administratiewe handeling ten opsigte waarvan daar ’n plig tot redes bestaan.

3. DIE BEPERKING OP DIE REG OM REDES TE VERSOEK

Artikel 5(2) se verpligting om redes te verskaf vir die administratiewe optrede tree slegs in werking, indien daar ’n voorafgaande versoek vir die verkryging van die redes ingevolge Artikel 5(1) ingedien is. PAJA verskaf nie ’n reg tot redes nie, dit verskaf ’n reg om redes aan te vra, en ’n ooreenstemmende plig om redes te verskaf, indien dit aangevra is. Dit is nog ’n addisionele beperking, gelees aan die hand van die beperkings wat hierbo bespreek is. Nie elkeen kan volgens die Wet redes aanvra nie, maar slegs diegene wie se regte “materially and adversely” deur die administratiewe optrede benadeel is.

Artikel 5(1) verskaf die reg om redes te versoek slegs aan ’n persoon vir wie daar nie reeds redes verskaf is nie. Waaraan ’n persoon alreeds redes verskaf is, is daardie persoon nie geregtig om weer daartoe ’n versoek te rig nie. Redes hoef nie meer as een maal verskaf te word nie. Daar is *twee redes vir hierdie vereiste* :

- (1) *Om effektiwiteit te bewerkstellig* deur die vermyding van ’n onnodige duplisering van administratiewe pligte en
- (2) om administrateurs aan te moedig om pro-aktief op te tree, en voor die versoek gerig word, reeds die redes te verskaf.

Artikel 5(1) verwys slegs na redes (“reasons”), terwyl Artikels 5(2) en 5(3) verwys na voldoende redes (“adequate reasons”). Die kwalifikasie van “adequate” kan tereg ingelees word in die bewoording van Artikel 5(1). Daar bestaan dus nie ’n moontlikheid vir ’n administrateur om die doel van die redegewende komponent te omseil deur pro-aktief redes te verskaf, maar wanneer dit moet antwoord op ’n spesifieke versoek, dit gesien word as onvoldoende (inadequate) nie.

Sekere uitlegprobleme ontstaan egter. Indien redes mondelings verskaf word tydens die besluitnemingsproses, weerhou dit ’n persoon van die reg om skriftelik redes aan te vra? Die antwoord is nee. Die statutêre vereiste dat redes skriftelik verskaf moet word, dui aan dat die plig om redes te verskaf steeds bestaan en dat daar nie aan die vereiste voldoen word deur die informele verskaffing daarvan op enige tydstip nie.

Hoe openbaar moet die voor-versoekredes wees om te voldoen aan die versoek om redes?

Die bepalings van die Interim-Grondwet verleen 'n reg om redes te verskaf in verhouding tot die neem van 'n administratiewe handeling, behalwe wanneer die redes daarvoor openbaar gemaak is. Volgens Artikel 5 van PAJA, moet die omvang van die openbaarmaking sodanig wees dat daar aangevoer kan word dat die inligting konstruktief van aard was. Die inligting moet derhalwe vir "hulself" spreek. Publikasie in die staatskoerant is nie voldoende om gesien te word as redes wat verskaf is nie, veral waar dit handel oor vrae wat deur gewone onderdane gevra word.

4. DIE PLIG OM REDES TE VERSKAF

Die teenkant van die reg in Artikel 5(1) om redes te versoek, word in Artikel 5(2) opgevolg met 'n plig om redes te verskaf. Indien gekyk word na die ander vereistes van PAJA en ook die grondwetlike reg om redes te verskaf, omvat die plig om dit te verskaf ook die verpligting om persone in kennis te stel van hulle reg om daarom te vra. Om 'n billike prosedure daar te stel, bepaal Artikel 3(2)(b)(e) dat daar op 'n administrateur 'n plig rus om voldoende kennis te gee dat daar 'n reg bestaan om redes ingevolge Artikel 5 te versoek. Waar 'n party byvoorbeeld skriftelik van 'n besluit ingelig word, rus daar 'n plig op die administrateur om aan die party kennis te gee van sy/haar reg om redes te kan versoek.

Artikel 5(2) omvat 3 prosedurele elemente :

- (a) 'n Spertydperk van 90 dae, waarbinne redes verskaf moet word,
- (b) 'n vereiste dat die redes voldoende moet wees en
- (c) 'n vereiste dat redes skriftelik verskaf moet word.

Moet 'n administrateur redes verskaf hoekom 'n versoek om redes te verskaf van die hand gewys is? Daar word aan die hand gedoen dat die gewone beginsels van administratiewe geregtigheid en PAJA dit verlang, en dat redes wel verskaf moet word, aangesien die weiering of afwysing om dit te doen op sigself ook 'n administratiewe handeling is wat "material and adverse effects" inhou en waarvoor redes verskaf moet word.

Maar wat is die verhouding van Artikel 5(2) tot ander wetgewing?

Die verpligting wat ingevolge Artikel 5(2) opgelê word om redes te verskaf, sal ook van toepassing wees rakende ander wetgewing buite PAJA. Waar ander wetgewing verlang dat "redes verskaf moet word", maar niks meer as dit sê nie, sal die prosedures ingevolge Artikel 5(2) van PAJA net so van toepassing wees en moet dit nagevolg word. Die administrateur sal 'n periode van 90 dae hê om skriftelik redes te verskaf. Dit moet voorts aan PAJA se vereiste van "adequacy" voldoen. Die versoekvereiste is 'n beperking op die grondwetlike reg om van redes verskaf te word. Terwyl die beperking gesien moet word as

'n redelike en regverdigbare beperking aan die hand van PAJA, moet sodanige beperking nie gereedelik oorgedra word op die werking van ander wetgewing nie. PAJA se toepassing van Artikel 5(2), moet nie inmeng met ander wetgewing en so meer beperkend wees nie, veral waar die ander wetgewing outomaties voorsiening maak vir die verskaffing van redes.

Die verskaffing van die pakket prosedures in Artikel 5(2) is logies, veral waar ander wetgewing wel bepaal dat redes verskaf moet word, maar nie bepaal welke prosedures nagekom moet word nie. PAJA moet hier egter as aanvullend beskou word.

Wat nou gemaak, indien die situasie ontstaan waar ander wetgewing voorsiening maak vir hulle eie groep prosedures wat nagekom moet word, wanneer redes verskaf moet word?

Artikel 5 van PAJA spreek die vraag gedeeltelik aan, deur te verwys na die bepaling van "fair but different". Artikel 5(5) bepaal dat waar 'n magtigende bepaling aan 'n administrateur magtiging verleen om 'n prosedure te volg wat steeds billik maar verskillend is as die prosedure vermeld in Subartikel 2, mag die administrateur in ooreenstemming met daardie prosedure wat verskil, optree. Dit beteken dat, solank as wat die alternatiewe groep statutêre voorwaardes voldoen aan die vereistes van "billikheid" soos vereis deur PAJA, kan die administrateur daardie alternatiewe voorwaardes in die ander wetgewing nakom.

Wat staan die administrateur te doen indien die pakket redegewende vereistes in ander wetgewing meer ekstensief en beswarend is, as die vereistes wat in PAJA voorgeskryf word? Mag die administrateur die normale gebruik van die "fair but different"-vereiste toepas en argumenteer dat hy/sy gebruik mag maak van die minder beswarende Artikel 5(2) prosedure? Dit word aan die hand gedoen dat PAJA se prosedures nie die meer beswarende prosedures van die ander wetgewing ondervang nie. Die administrateur sal byvoorbeeld nie van die vereiste kan ontkom, waar dit vra dat 'n spesifieke statutêre bepaling vereis dat redes vir 'n besluit outomaties verskaf moet word nie.

5. DIE TYDPERK WAARBINNE DIE VERSOEK GERIG MOET WORD

Ingevolge Artikel 5(1) moet versoeke vir skriftelike redes ingedien word binne 90 dae na die datum waarop die persoon bewus geword het van die handeling, of wanneer redelikerwys vermoed word die persoon kennis gedra het van die besluit. Die bepaling van die 90 dae tydperk val derhalwe saam met die kennisname van die party wat die versoek rig.

Artikel 9 van PAJA maak voorsiening vir 'n afwyking/verandering van die tydperk, beide vir die aanvra én vir die verskaffing van redes, waar geregtigheid dit vereis. Die tydperk kan verminder of verleng word. Artikel 9(1)(a) bepaal dat die tydperk van 90 dae waarna in Artikel 5 verwys word, verkort kan word, terwyl Artikel 9(1)(b) bepaal dat dit verleng kan

word. Die vasgestelde-tydperkvereiste is slegs van toepassing op verlengings van die tydperk.

Verlenging of vermindering van tydperke geskied by wyse van ooreenstemming tussen die partye. Slegs 'n redelike poging moet toegepas word om verlenging of vermindering te verkry. Indien konsensus tussen die partye nie verkry word nie, kan 'n hof of tribunaal die versoek aanhoor. Volgens Artikel 9(2) kan die versoek ingevolge Artikel 9(1) toegestaan word, mits dit in die belang van geregtigheid sal wees.

6. FORMELE VEREISTES VIR DIE VERSOEK

PAJA verlang nie dat die versoek om redes aan sekere voorgeskrewe vereistes moet voldoen nie. Artikel 5(1) verwys slegs daarna dat 'n persoon "may request". Enige formele vereiste wat toegevoeg word waaraan die versoek om redes moet voldoen, sal derhalwe 'n lae standaard van regverdiging verlang.

Die regulasies mag vereis dat die versoek op skrif moet wees. Dit kan wel moontlik wees dat hierdie ekstra vereiste onderhewig sal wees aan 'n suksesvolle uitdaging dat dit nie binne die trefwydte van PAJA val nie, of dat dit 'n onkonstitusionele beperking op die reg om redes te verskaf sal wees.

In die algemeen moet daar nie formele vereistes gestel word, waaraan die versoek vir redes aan moet voldoen nie, aangesien so 'n versoek nie 'n moeilike en formele projek moet wees, waaraan 'n party wat die redes verlang, aan moet voldoen nie. Daar word geen regverdiging in PAJA gevind vir die nakoming van formele vereistes waaraan 'n versoek om redes moet voldoen nie, aangesien dit beskou kan word as uit pas te wees met die grondwetlike reg van administratiewe geregtigheid.

7. VOLDOENDE/GEPASTE REDES

Nie PAJA, of die voorgestelde regulasies omskryf die begrip "voldoende/gepaste redes op skrif", soos bepaal in Artikel 5(2) van die Wet nie. Daar is derhalwe nie 'n voorgeskrewe standaard, waaraan voldoen moet word nie. Voldoening aan enige standaard sal derhalwe bepaal moet word aan die hand van verskillende aspekte. Dit sal met ander woorde van saak tot saak verskil. Sekere standarde sal wel gestel moet word, om eenvormigheid te verseker.

Daar sal moet vasgestel word uit wie se oogpunt die begrip "voldoende" na waarde geskat word en op grond van welke doeleindes daar bepaal kan word wat "voldoende" is. Daar kan voorgestel word dat dit bepaal moet word deur verwysing na die doel van die redegewende vereistes. Redes sal dus voldoende wees, indien dit die vereistes gestel deur PAJA en die Grondwet nakom, wat bepaal dat die doel vir die verskaffing van redes as verpligting bevorder sal word.

Die redegewende vereiste in PAJA vervat, bevorder die regverdigingsvereiste, om sodoende aan die benadeelde publiek en in besonder die benadeelde party te verduidelik hoekom 'n spesifieke handeling juis geneem is. 'n Verklaring van redes is voldoende, wanneer dit verstaanbaar is vir persone wat die redes verlang en die redes van die nodige omvang is om aan die publiek/party 'n helder begrip te verleen waarom 'n spesifieke handeling geneem is.

Regter Woodward verduidelik laasgenoemde duidelik in die Australiese beslissing van *Ansett Transport Industries (Operations) (Pty) Limited v Wraith*⁷⁸³ waar hy verklaar :

“The duty to give reasons, requires the decision maker to explain his decision in a way which will enable a person aggrieved to say in effect : ‘Even though I may not agree with it, I now understand why the decision went against me. I am now in a position to decide whether that decision has involved an unwarranted finding of fact, or an error of law, which is worth challenging”.

Onder andere kan die volgende kernelemente aan die hand gedoen word, wat in die verklaring vir die verskaffing van redes vervat moet word :

- Die besluit moet uiteengesit word,
- dit moet die bevindings rakende deurslaggewende feitevrage bevat,
- die verklaring moet verwys na die bewyse of ander materiaal waarop hierdie besluite gebaseer is en
- die verskaffing van die werklike redes vir die besluit.

Om verduidelikende waarde te hê, moet 'n verklaring van redes meer bevat as slegs die afleidings of gevolgtrekkings wat bereik is. Die feite en die gevolgtrekking na aanleiding van die feite hoe tot hierdie besluite gekom is, moet ook verskaf word. Volgens PAJA en die Grondwet is “redes verskaf” meer as net die blote besluite wat geneem is. Die lengte en omvang van die redes vir 'n besluit word ook nie in Artikel 5 nie bepaal. Die redes verskaf hoef egter nie lank en uitgereg te wees nie, behalwe waar die onderwerp dit as sodanig verlang. Dit moet voldoende wees om 'n persoon in staat te stel om te bepaal of 'n besluit vir 'n spesifieke doel geneem is, of die besluit 'n regsdwaling bevat, of die party wat die besluit geneem het, gereageer het op relevante oorwegings en of die besluitnemers sekere belangrike en relevante oorwegings buite rekening gelaat het.

Daar word aangevoer dat bogemelde benadering eerder gevolg moet word, as die benadering wat die hof in die saak van *Moletsane v Premier of the Free State*⁷⁸⁴ uitgespel

⁷⁸³ 1983(48) ALR 500.

⁷⁸⁴ 1996(2) SA 95 (O).

het. In hierdie saak oor die reg om redes te bekom soos grondwetlik bepaal in die Interim-Grondwet, bepaal die hof soos volg :

“The level of detail in a statement of reasons was linked to the effect of the administrative action in question : ‘The more drastic the action taken, the more detailed the reasons which are advanced should be. The degree of seriousness of the administrative act should therefore determine the particularity of the reasons furnished.”

Volgens hierdie benadering bepaal die gevolgtrekking en die effek van ’n administratiewe handeling die graad van volledigheid van die redes wat verskaf moet word. Indien dit goed genoeg is om ’n besluit te neem, moet dit goed genoeg wees om voldoende redes vir die besluit te gee, ongeag die ernstigheidsgraad en uitwerking van die besluit. Daar is geen noodsaaklike verbinding tussen die “graad van ernstigheid” van ’n besluit en die redes wat verlang word om regverdiging vir die besluit te verskaf nie.

Vanuit ’n praktiese oogpunt gesien, veral ten opsigte van administrateurs wat besluite neem na aanleiding van weldeurdagte voorstelle wat aan die administrateurs deur ondergeskiktes verskaf is, sal ’n samestelling van hierdie aanbevelings deur amptenary meestal voldoende wees om skriftelik as redes aan te voer hoekom ’n besluit geneem is. Administrateurs moet egter bewus wees van die feit dat bogemelde aanbevelings op sigself die nodige beskerming geniet teen toegang tot inligting – versoeke ingevolge Artikel 44 van die *Access to Information Act*, 2 of 2000.

Artikel 44(1) bepaal soos volg :

- “(1) Subject to subsections 3 and 4, the information officer of a public body may refuse a request for access to a record of the body –
- (a) if the record contains –
- (i) an opinion, advice, report or recommendation obtained or prepared, or
- (ii)
- for the purpose of assisting to formulate a policy or take a decision in the exercise of a power or performance of a duty conferred or imposed by law, or
- ”

7.1 IN ANTWOORD OP

Wanneer redes vir ’n besluit aangevra word, wat spesifieke vrae stel om beantwoord te word, moet daardie vrae beantwoord word?

Daar word aan die hand gedoen dat nie op alle vrae wat direk gestel word, gereageer word in die verklaring wat redes bevat om as voldoende beskou te word nie. Die vrae wat gevra word, mag irrelevant blyk te wees, ontoepaslik wat die

redes vir die administratiewe handeling blyk te wees, of mag in die gewone loop van die beantwoording as vrae beantwoord word.

Wanneer spesifieke vrae, wat relevant is tot die redes vir die neem van 'n administratiewe handeling, gevra word, en die vrae nie beantwoord is in die normale beantwoording van die vrae nie, moet daar spesifiek op daardie vrae gereageer word.

8. ONTSNAPROETES : VERTREKPUNTE, BILLIK MAAR VERSKILLEND, UITSONDERINGS

Artikel 5(4)(a) maak voorsiening vir afwykings van die vereiste om voldoende redes te verskaf. Dit is nie 'n algemene bepaling vir afwyking van die vereistes van die hele Artikel 5 nie, maar slegs van die vereiste om voldoende redes te verskaf. Daar kan nie van afgewyk word van die vermindering of vermeerdering van die 90-dae-spertydperk, (Artikel 9), asook die feit dat voldoende redes op skrif gestel moet word nie.

Daar is sekere vereistes waaraan 'n administrateur, wat van Artikel 5(4)(a) gebruik wil maak, aan moet voldoen.

Artikel 5(4)(a) van PAJA bepaal dat 'n persoon wat die versoek om redes rig, vroegtydig deur die administrateur ingelig moet word van die afwyking van die prosedures in Artikel 5(4)(a).

Artikel 5(4)(b) verskaf sekere substantiewe kriteria, waarvolgens bepaal kan word of die afwyking van die vereistes vir die verskaffing van voldoende redes in die omstandighede billik en regverdig blyk te wees.

Hierdie kriteria blyk in ooreenstemming te wees met Artikel 36 - die beperkingsklousule in die Grondwet, se vereistes vir beperkings. Hierdie afwykingsklousule voldoen in 'n groter mate aan die analise van die grondwetlike struktuur van beperkings in die Grondwet, as wat die geval is met die afwykings in Artikels 3(4) en 4(4).

Artikel 5(5) maak ook voorsiening vir 'n billike, maar verskillende prosedure wat gevolg kan word, wanneer afgewyk word van die bepalings van Artikel 5(2) wanneer 'n versoek om redes beantwoord word. Hierdie "fair but different"-klousule moet egter vervat wees in 'n magtigende bepaling van wetgewing. Die begrip "fair" moet nie meer beswarend uitgelê word as die geval in Artikel 5(2) nie.

Ten slotte maak Artikel 5(6) voorsiening vir die moontlikheid om redes te verskaf, sonder dat 'n versoek nodig was. Artikel 5(6)(a) magtig die minister, op versoek van 'n administrateur, om 'n lys van administratiewe optredes of klasse van administratiewe optrede, waarby redes outomaties verskaf moet word goed te keur, sonder dat dit vir enige persoon nodig is om 'n versoek daartoe te rig. Artikel 5(6)(b) vereis dan van die minister om binne 14 dae van die ontvangs van die versoek vanaf die administrateur, wat die koste

moet dra, so 'n lys te publiseer. Volgens Artikel 5(6)(a) is die doel van hierdie optrede spesifiek daarop gemik om 'n effektiewe administrasiesetel daar te stel. Die hoofrede vir die daargestelling van Artikel 5(6) is om met die versoek administrateurs aan te moedig om outomaties redes vir hulle besluite en administratiewe handelinge te verskaf.

9. REMEDIES VIR DIE NIE-NAKOMING OM VOLDOENDE REDES TE VERSKAF

Ingevolge die wet, is die vernaamste remedie vir die versuim om redes te verskaf, regterlike hersiening. Ten einde 'n administrateur te verplig om redes te verskaf, sal 'n party hom moet wend tot 'n PAJA-hof vir verligting. Die redes sal óf direk, óf indirek verskaf word.

Redes sal indirek in 'n hof wat deur PAJA daargestel word verskaf word. Wanneer 'n party daarom aansoek gedoen het, maar redes nie binne die 90-dae-tydperk verskaf is nie, sal daar ingevolge Artikel 5(3) by die hof 'n vermoede bestaan dat daar geen goeie rede verskaf kan word vir die neem van 'n administratiewe handeling nie. Die hof oordeel dan dat die administratiewe handeling onredelik was. Hierdie oordeel sal dan deur die administrateur weerlê moet word. Om te kan slaag, sal die administrateur seer sekerlik 'n verklaring met beter (voldoende) redes moet verskaf.

Die hof kan ook beveel dat redes verskaf moet word. Ingevolge Artikel 8(1)(a)(i) kan die hof gelas dat 'n administrateur redes moet verskaf.

'n Alternatiewe administratiewe roete kan ook gevolg word, deurdat die Wet 'n plig op staatsdepartemente oplê om prosedures voor te stel op welke manier hulle amptenary moet optree, wanneer 'n skriftelike versoek om redes ontvang word. Dit sal die noodsaaklikheid vir die instelling van 'n hof verminder.

Enige handeling wat verrig word om regverdigbaarheid vir administratiewe optrede daar te stel, moet sekerlik verwelkom word. Suid-Afrika is nou deel van 'n demokratiewe bestel en daar is nie meer plek vir staatsdepartemente en amptenary met verskuilde agendas nie. Enige administratiewe optrede moet met die nodige deursigtigheid uitgevoer word en 'n bydrae lewer om werkstrots daar te stel. Staatsoptrede moet altyd teenoor die publiek verantwoordbaar wees.

Die administratiewe proses moet soos 'n ouer-kindverhouding wees. Die ouer weet reeds vóór die tyd dat, wanneer 'n handeling geneem word, 'n goeie antwoord reeds gereed moet wees. Die kind weet waar dat hy/sy die vrymoedigheid moet hê om "hoekom" te kan vra. Indien die vraag soms nie na die kind se wense beantwoord word nie, gaan dit definitief weer opgevolg word met 'n "hoekom"-vraag, totdat 'n bevredigende antwoord verskaf is.

10. DIE GEREGTELIKE BENADERING TOT DIE VERSKAFFING VAN REDES

Hoewel die gemene reg nie uitdruklik erkenning gegee het aan 'n reg op redes vir administratiewe besluite nie, het die hof by geleentheid ongunstige afleidings gemaak uit die weiering om dit te verstrek.⁷⁸⁵

Die saak van *ABBM Printing and Publishing (Pty) Limited v Transnet Limited*⁷⁸⁶ het byvoorbeeld gehandel oor die vraag of skriftelike redes verskaf moet word vir 'n besluit deur die tenderraad om die applikant se tender te verwerp. Die applikant het gedurende die voorafgaande 16 jaar werk verrig waarvoor tenders aangevra moes word. Die hof het bevind dat die applikant geregtig was op skriftelike redes waarom sy tender verwerp en die kontrak aan 'n derde party toegeken is. In hierdie geval het die applikant ook aansoek gedoen om blootlegging van al die ander tenders. Die hof het toegegee dat dit heel begryplik was dat die ander tenderdokumente vertroulike inligting bevat het. Die Hof bevind egter volgens bladsy 1440 van die hofverslag :

“It is counter productive and contrary to the Constitution to allow the respondents to hide behind an unsubstantiated blanket claim to confidentiality on behalf of tenderer or the express undertaking of confidentiality given to all tenderer.”

Die hof het dus die taak gehad om 'n balans te vind tussen die mededingende belange van toegang en vertroulikheid. Op grond van die getuienis voor hom kon die hof nie bepaal of die betrokke dokumente wel vertroulike inligting bevat het nie. Hy het dus beveel dat die applikant toegang verkry tot alle dokumente waarvoor hy gevra het, met dien verstande dat alle vertroulike dele teruggehou word.

In *Goodman Brothers (Pty) Limited v Transnet Limited*⁷⁸⁷ was die applikant 'n onsuksesvolle tenderaar om sekere goedere aan Transnet te lewer. Vir twee jaar voor die aansoek was die applikant met sodanige tenders suksesvol en die lewering van goedere aan Transnet. Transnet het geweier om redes te verskaf vir die verwerping van die tender en het gesteun op die ooreengekome voorwaardes, naamlik dat “the company does not bind itself to accept the lowest or any tender, nor will it assign any reason for the rejection of a tender”.

Die applikant het toe mosievernietiging ingestel, waarin 'n bevel gevra is wat die woorde “the company does not bind itself to accept the lowest or any tender, nor will it assign any reason for the rejection of a tender” as deel van die tender ongrondwetlik verklaar word. 'n Bevel is ook gevra wat Transnet sou verplig om redes vir die afkeuring van die tender te verskaf. Die hof het bevind dat Transnet, as 'n staatsorgaan, gebind word deur die bepalinge van die Grondwet oor fundamentele regte, en deur Artikel 217 van die Finale-

⁷⁸⁵ *Sien Greyling WC en Erasmus (Pty) Limited v Johannesburg Local Road Transportation Board*, 1982(4) SA 427 (A).

⁷⁸⁶ 1997(10) BCLR 1429 (W).

⁷⁸⁷ 1998(8) BCLR 1024 (W).

Grondwet, wat handel oor die verkryging van goedere en dienste deur staatsorgane. Hierdie Artikel vereis dat 'n staatsorgaan (by die verkryging van goedere en dienste) ooreenkomstig 'n stelsel wat regverdig, billik, deursigtig, mededingend en kostedoeltreffend is moet handel.

Volgens bladsy 1034 het die hof die volgende gesê met betrekking tot die verskaffing van redes :

“..... it seems to me that the respondent is obliged to furnish the applicant with its reasons for rejecting its tender. Not only is it enjoined to do so in terms of the relevant section of the Constitution, but it is also enjoined to do so in accordance with the requirements of fairness and transparency as stated in Section 217 of the Constitution.”

Met betrekking tot die applikant se versoek om verskaf te word van afskrifte van al die tenders wat deur die respondent ontvang is, asook ander dokumentêre inligting met betrekking tot die eintlike toekenning van die tender, beslis die hof op bladsye 1035 – 1036 soos volg :

“..... it is clear that a substantial amount of the information which the respondent requires to be contained in the documents is of a confidential nature to anyone who is a tenderer. The documents concerned require details of not only a description of the watches tendered, the price for such watches, In my view this kind of information is by its very nature confidential to every tenderer. To allow a competitor such as the applicant sight thereof must cause the relevant tenderer prejudice”.

Die hof het dus die bevel om die konkurrente se tenderdokumente te oorhandig geweier op grond daarvan dat die konkurrente 'n regstreekse en wesenlike belang daarby gehad het dat die inhoud van hulle tenderdokumente nie aan die applikant bekendgemaak word nie.

In *S A Metal Machinery Company Limited v Transnet Limited*⁷⁸⁸ het die hof bevind dat versuim deur 'n administratiewe liggaam om redes vir sy besluit te verstrek, as sodanig nie kan meebring dat die afleiding gemaak kan word, dat daar onbehoorlikheid of onreëlmatigheid was nie. In 'n gepaste geval kan dit hoogstens meebring dat 'n ongunstige afleiding oor 'n liggaam gemaak word, indien sodanige versuim nie verklaar word nie.

In *Rèan International Supply Company (Pty) Limited v Mpumalanga Gaming Board*⁷⁸⁹ het die hof weer die reg op die verskaffing van redes vir administratiewe optrede beskou. Die

⁷⁸⁸ 1999(1) BCLR 58 (W). Op 66 beslis regter Heher soos volg: “In these circumstances why should his ‘interest’ in the tender adjudication process be regarded as deserving protection under section 33 of the Constitution? That section is not concerned with the public interest element of the administrative action, for example transparency or absence of corruption, but in the claim of the individual to lawful treatment. Unless and until his tender is accepted, a person in the position of the applicant is effectively a stranger to the tender process and therefore to the administrative action. The applicant’s interest, such as it may be, does not in my view possess the qualities which merit constitutional protection against unlawful administrative action such as to bring it within Section 33(1). For the same reasons the award of a tender in the circumstances under consideration to Interline Investment Corporation does not entitle the applicant to reasons, either for the granting of a tender or for its own lack of success in that regard.”

⁷⁸⁹ 1999(8) BCLR 918 (T).

hof het bevind dat, hoewel daar nie van 'n administratiewe liggaam verwag word om 'n gegriefde party wat redes verlang, met die lepel te voer nie, die liggaam ook nie kan verwag dat die party self die redes uit 'n groot aantal dokumente moet vind, as dit nie sonder moeite uit daardie dokumente vasgestel kan word nie. Daar word ook nie van 'n administratiewe liggaam verwag om die ekwivalent van 'n konsep-uitspraak deur 'n hof aan die partye voor te lê nie. Die redes moet verstaanbaar en omvattend wees, wanneer dit teen die agtergrondomstandighede beskou word. Wanneer 'n gegriefde party egter redes aanvra, is dit nie vir hom of haar geoorloof om 'n onregverdigbare versoek om meer besonderhede te rig, of om 'n administratiewe liggaam te ondervra nie.

In *Moletsane v The Premier of the Free State*⁷⁹⁰ bevind die hof die volgende, (Bladsy 1888 van die hofverslag) : "... the more drastic the action taken, the more detailed the reasons which are advanced should be. The degree of seriousness of the administrative act should therefore determine the particularity of the reasons furnished." (Sien die negatiewe opmerking oor die hof se siening hierbo bespreek).

In hierdie saak is 'n onderwyser wat van wangedrag aangekla is, geskors. 'n Brief wat aan die applikant gerig is, het verklaar dat sy onmiddellik met behoud van salaris uit diens geskors is, hangende 'n departementele ondersoek na haar beweerde wangedrag. Die enigste kwessie waaraan die hof aandag geskenk het, is die vraag of redes vir die administratiewe besluit om haar te skors, aan haar verskaf is. Die respondent het aangevoer dat dit wel in die brief aan haar gedoen is. Die hof het bevind dat die redes voldoende was.

In *Xu v Minister van Binnelandse Sake*⁷⁹¹ het die applikante aansoek gedoen om 'n bevel om die Minister te dwing om redes te verskaf vir sy weiering om hulle aansoeke om 'n tydelike verblyfpermit en verlenging van 'n tydelike permit goed te keur. Die Minister het aangevoer dat hy nie onder 'n wetlike verpligting was om redes te verskaf nie, aangesien die weiering van permitte op generlei wyse hulle belange of regte geraak het nie. Die hof het beslis dat die applikante nie verblyfregte gehad het, wat deur die weiering om redes te verskaf, geraak is nie. Voorts het die applikante ook nie 'n regmatige verwagting van verblyf of voortgesette verblyf gehad nie, aangesien hulle van die begin af ingelig is dat enige permitte tydelik was en dat dit by verstryking sou verval. Die *XU*-saak is ook hierna met goedkeuring aangehaal in *Naidenov v Minister of Home Affairs*,⁷⁹² waarin appèlregter Spoelstra bevind het dat 'n "belang" in die vorm van 'n begeerte om in die Republiek van Suid-Afrika aan te bly, of om nie na 'n mens se land van herkoms teruggestuur te word nie, nie 'n "belang" soos beoog in Artikel 24(c) is nie.

⁷⁹⁰ 1995(9) BCLR 1885(O).

⁷⁹¹ 1995(1) SA 185 (T).

⁷⁹² 1995(7) BCLR 891 (T).

In *Maharaj v Chairman, Liquor Licensing Board*⁷⁹³ het die applikant redes vir die weiering van sy dranklisensie aangevra. Die hof het bevind dat redes verskaf moet word, selfs al het die raad gemeen dat daar twyfel was oor die vraag of die lisensie in die openbare belang was. Dit kan nooit as juis, regverdig en billik beskou word om eenvoudig die aansoek te weier, sonder om die aansoeker oor die twyfel in te lig en hom die geleentheid te bied om die aansoek aan te vul nie.

Dit is interessant om te sien dat die verskaffing van redes, wat deel is van die reg op administratiewe geregtigheid (Artikel 33), ten nouste in verband gebring word met die grondwetlike reg op inligting (Artikel 32). Die applikante het dikwels op sowel die reg op administratiewe geregtigheid, as die fundamentele reg op inligting gesteun, wanneer die geldigheid van administratiewe optrede betwis word.

In *Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others v Phambili Fisheries and Another*⁷⁹⁴ het die hof gehandel met die vereiste om voldoende redes te verskaf, soos voorgeskryf deur Artikel 5(3) van PAJA. Die hof verwys na 'n stelling in Cora Hoexter : "The New Constitutional and Administrative Law 11 (2002) op bladsy 244 :⁷⁹⁵

"It is apparent that reasons are not really reasons unless they are properly informative. They must explain why action was taken or not taken, otherwise they are better described as findings or other information."

Die hof beslis dat die redes wat verskaf moet word, inderdaad die redes vir die besluit om 'n sekere tonnemaat aan elke vissery toe te ken, moet wees. Volgens feite voor die hof, is daar voldoende redes verskaf vir die besluit. Om substansie aan sy beslissing te verleen, verwys die hof na die *dictum* van regter Woodward in *Ansett Transport Industries (Operations) (Pty) Limited v Wraith*⁷⁹⁶, waar hy met die begrip "voldoende redes" omskryf en bepaal dat die volgende belangrik is :

"Decision-maker to explain his decision in a way which will enable a person aggrieved to say, in effect : 'Even though I may not agree with it, I now understand why the decision went against me. I am now in a position to decide whether that decision has involved an unwarranted finding of fact, or an error of law, which is worth challenging.'

This requires that the decision-maker should set out his understanding of the relevant law, any findings of fact on which his conclusions depend (especially if those facts have been in dispute), and the reasoning processes which led him to those conclusions. He should do so in clear and unambiguous language, not in vague generalities or the formal language of legislation. The appropriate length of the

⁷⁹³ 1997(1) SA 273 (N).

⁷⁹⁴ 2003(2) ALL SA 616 (SCA).

⁷⁹⁵ 2003(2) ALL SA 616 (SCA) Paragraaf 40.

⁷⁹⁶ 1983(48) ALR 500 op 507.

statement covering such matters will depend upon considerations such as the nature and importance of the decision, its complexity and the time available to formulate the statement. Often those factors may suggest a brief statement of one or two pages only.”

In *Commissioner for the SAPS v Maimela and Another*⁷⁹⁷ oorweeg die hof die begrip “voldoende redes” en kom tot die volgende gevolgtrekking :

“The adequacy of reasons will depend on a variety of factors such as the factual context of the administrative action, the nature and complexity of the action, the nature of the proceedings leading up to the action and the nature of the functionary taking the action. Depending on the circumstances, the reasons need not always be ‘full written reasons’, the briefest pro forma reasons may suffice. (See [C] Hoexter (with R Lyster *The New Constitutional and Administrative Law II (2002)*] 246; *Rèan International Supply Company (Pty) Limited and other v Mpumalanga Gambling Board* 1999 (8) BCLR 918 (T) at 927A-B.) Whether brief or lengthy, reasons must, if they are read in their factual context, be intelligible and informative. They must be informative in the sense that they convey why the decision-maker thinks (or collectively think) that the administrative action is justified.”⁷⁹⁸

Die hof behandel ook die vraag of ’n hof kan gelas dat ’n administratiewe besluitnemer meer voldoende redes vir sy/haar besluit aan die party aan wie reeds redes verskaf is, moet verskaf. Volgens bladsy 304 A-C van hierdie saak beslis die hof soos volg :

“To the extent that the working of the prayer conveys that the court can direct an administrative decision-maker who has furnished reasons, to give further or better reasons, an order could not have been made in those terms. A court can make an order for reasons to be furnished only if it concludes that the decision-maker did not give reasons at all or that what are purported to be ‘reasons’ do not in law constitute reasons. A court cannot prescribe to an administrative decision-maker what his/her/its reasons should be. Should the person whose rights or interest are affected by an administrative decision contend that the reasons do not justify the action, the appropriate remedy is to have the decision reviewed. (My emphasis)”

In *JFE Sapela Electronics (Pty) Limited and Another v Chairperson: Standing Tender Committee and Others*⁷⁹⁹ het die hof hom uitgelat oor die toestaan van tenders en die inligting verskaf, as redes vir die administratiewe handeling. Die hof bepaal uitdruklik dat ’n

⁷⁹⁷ (2003) 3 ALL SA 298 (T).

⁷⁹⁸ (2003) 3 ALL SA 298 (T) 303 b-c.

⁷⁹⁹ (2004) 3 ALL SA 715 (C).

tendervoorwaarde, wat bepaal dat geen redes verskaf word vir die toekenning van 'n tender nie, in stryd is met die vereistes gestel in Artikel 33 van die Grondwet.⁸⁰⁰

Die plig wat opgelê word om redes te verskaf, dra ook 'n verpligting om inligting en dokumentasie te verskaf. In die *ABBM Printing-saak* stel die hof dit volgens bladsy 119C, soos volg :

“The applicant clearly requires the documents referred to in the notice of motion in order to determine whether the tender process complied with the requirements of section 33 of the Constitution. Until it has had sight thereof, it cannot decide whether it has any claim to relief against the respondents. Sight of the documents could well result in forestalling any further litigation which is in itself good reason for ordering their production at this stage ...”

In die saak van *Trend Finance (Pty) Limited and Another v Commissioner for SARS and Another*⁸⁰¹ het regter Van Reenen aandag geskenk aan Artikel 5(3) van PAJA, wat die vermoede ten gunste van persone wat onderhewig is aan administratiewe optrede, daarstel. Waar die administrateur versuim of weier om redes vir die administratiewe handeling te verskaf, word daar by die afwesigheid van bewyse tot die teendeel vermoed dat die administratiewe handeling sonder goeie rede geneem is.

Met verwysing na Artikel 5 en die verskaffing van redes, kan die volgende gewysdes geraadpleeg word, naamlik *Lategan and Others v Lategan NO and Others*⁸⁰²; *MEC, Public Works, Roads and Transport, Free State and Another v Morning Star Minibus Hiring Services (Pty) Limited and Others*,⁸⁰³ *Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others v Phambili Fisheries (Pty) Limited*⁸⁰⁴; *Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others v Bato Star Fishing (Pty) Limited*⁸⁰⁵; *Bullock NO and Others v Provincial Government of North West Province and Another*⁸⁰⁶ en *Kemp NO and Others v Van Wyk and Others*.⁸⁰⁷



⁸⁰⁰ Sien in die verband *ABBM Printing and Publishing (Pty) Limited* 1998(2) SA 109 (W), *Goodman Brothers (Pty) Limited v Transnet Limited* 1998(4) SA 989(W); *Transnet Limited v Goodman Brothers (Pty) Limited* 2001(1) SA 853 (SCA).

⁸⁰¹ 2005(4) ALL SA 657 (C).

⁸⁰² 2003(3) ALL SA 204 (D).

⁸⁰³ 2003(4) SA 429 (O).

⁸⁰⁴ 2003(2) ALL SA 616 (SCA).

⁸⁰⁵ 2003(6) SA 407 (SCA).

⁸⁰⁶ 2004(2) ALL SA 249 (SCA); 2004 JOL 12570; 2004(5) SA 262 (SCA).

⁸⁰⁷ 2004(2) ALL SA 286 (T); 2004 JOL 12621.

Hoofstuk 6

GEREGTELIKE HERSIENING VAN ADMINISTRATIEWE OPTREDE AAN DIE HAND VAN ARTIKEL 6 VAN PAJA

1. GEREGETELIKE HERSIENING

Artikel 6 van PAJA handel oor die geregtelike hersiening van administratiewe optrede. Dit stel altesaam twintig afsonderlike gronde daarvoor vas. Dié wet, wat die meeste of al die gemeenregtelike vereistes vir administratiewe legaliteit insluit, volg nie die algemene sistematiesing van die administratiefreg soos wat dit tradisioneel die geval was nie. In plaas daarvan, word die hersiening van administratiewe optrede in die volgende nege hoofkategorieë (met 'n aantal subkategorieë) verdeel :

- Die optrede verrig deur die administrateur (Artikel 6(2)(a)).
- Die nie-nakoming van formele vereistes met betrekking tot administratiewe optrede (Artikel 6(2)(b)).
- Prosedureel onbillike administratiewe optrede (Artikel 6(2)(c)).
- Optrede wat wesenlik beïnvloed word deur 'n regsdwaling (Artikel 6(2)(d)).
- Die wyse waarop die optrede verrig is (Artikel 6(2)(e)).
- Hersieningsgronde met betrekking tot die optrede self (Artikel 6(2)(f)).
- Versuim om 'n besluit te neem (Artikel 6(2)(g)).
- Die onredelikheid van die optrede (Artikel 6(2)(h)).
- Optrede wat andersins ongrondwetlik of onregmatig is (Artikel 6(2)(i)).

Die hoofkategorieë wat verder verdeel is, is Artikel 6(2)(a), (e) en (f).

By die volgende bespreking van die hersieningsgronde word ook op ooreenstemmende regmatige administratiewe optrede gekonsentreer.

Die doel van PAJA is om gevolg te gee aan die algemene beginsels vervat in Artikel 33 van die Grondwet, te wete dat administratiewe optrede regmatig, redelik en prosedureel billik moet wees. Alhoewel dit hierdie konsepte nie in besonderhede verduidelik nie, sal iemand wat Artikel 6 van die Wet moet uitleë, gou besef dat die hersieningsgronde gestipuleer in hierdie artikel die beginsels van regmatigheid, redelikheid en prosedurele billikheid omvat. Die Wet sit die besonderhede van prosedurele billikheid redelik omvattend in Artikels 3 en 4, soos hierbo bespreek, uiteen. Dit maak voorsiening vir nege hersieningsgronde, waarvan drie verder onderverdeel word. Hierdie hersieningsgronde verteenwoordig nie 'n *numerus clausus* nie, aangesien Artikel 6(2)(i) spesifiek voorsiening

maak vir die hersiening op grond daarvan dat administratiewe optrede andersins ongrondwetlik of onregmatig is. Dit maak dit vir 'n persoon moontlik om die geldigheid van 'n administratiewe handeling te betwis weens redes wat nie uitdruklik in Artikel 6(2) genoem word nie.

Kritiek kan egter teen bogemelde hersieningsgronde en die samestelling van Artikel 6 van PAJA uitgespreek word, aangesien dit herhalend en swak gestruktureer is. Dit wil voorkom of die kort tydperk waarbinne die Wet ingevolge Artikel 33 gepromulgeer moes word, die wetgewer verhoed het om oorwoë formulering in die hersieningsgronde daar te stel.

Artikel 33(3) bepaal dat nasionale wetgewing verorden moet word om ingevolge Artikel 33 aan hierdie regte, gevolg te gee. Daar moet vir die hersiening van administratiewe optrede deur 'n hof, of waar dit gepas is, 'n onafhanklike en onpartydige tribunaal voorsiening gemaak word.

Daar is byvoorbeeld nie minder nie as vier verwysings na magtiging. Subartikel (2)(d) verwys twee keer na die magtiging van die administrateur, Subartikel (2)(e) verwys na optrede verrig om 'n rede wat nie by die magtigende bepaling gemagtig word nie en Subartikel (2)(f), wat met die optrede self gemoeid is, verwys na gevalle waar die optrede nie deur die magtigende bepaling gemagtig is nie. Daar kan dus gevra word of hierdie hersieningsgronde met mekaar oorvleuel en of hulle as afsonderlike hersieningsgronde vertolk sal word. Dit word voorgestel dat die howe laasgenoemde benadering sal volg.

In aansluiting hierby, is dit duidelik dat die howe wat die toepassing van administratiewe geregtigheid betref, 'n spesifieke rol het om te speel. Dit is die funksie van die howe om die beginsels vervat in die Wet, te vertolk en te bepaal of hulle binne die bestek van Artikel 33 val. Party van die bepalings van die Wet kan op grond van ongrondwetlikheid betwis word, soos vroeër in Afdeling E bespreek, omdat hulle die grondwetlike reg op administratiewe geregtigheid (regmatigheid, redelikheid en prosedurele billikheid) beperk. So, byvoorbeeld, kan die omskrywing van administratiewe optrede as 'n ongrondwetlike beperking van dié bepaalde reg beskou word, omdat dit vereis dat 'n besluit iemand se regte nadelig moet raak.

By die uitoefening van sy uitlegfunksie sal die hof hom ongetwyfeld op die gemenerereg verlaat. Hierdie gemeenregtelike beginsels bly voortbestaan in soverre hulle die toets van grondwetlikheid deurstaan.⁸⁰⁸

⁸⁰⁸ *In Pharmaceutical Manufacturers Association of SA: In Re : Ex Parte President of the Republic of South Africa* 2000(2) SA 674 (CC); 2000(3) BCLR 241 (CC) het regterpresident Chaskalson, in Paragraaf 33, dit heel duidelik gemaak dat die gemeenregtelike beginsels wat voorheen die gronde vir geregtelike hersiening was, onder die Grondwet gesubsumeer (tuisgebring) is. Die beginsels van die gemenerereg is steeds wesenlik. Daar is slegs een regstelsel. Wanneer die legaliteit van administratiewe optrede dus betwis word, moet dit berus op die Grondwet en nie op die vroeëre gemeenregtelike hersieningsgronde nie. PAJA het die saak verder gevoer deur die gronde vir die geregtelike hersiening van administratiewe optrede duidelik uiteen te sit.

Voorheen het die geregtelike hersiening van administratiewe optrede binne die sfeer van die Hoë Howe en die Hoogste Hof van Appèl geval. Die Wet maak egter voorsiening vir hersiening deur aangewese landdroshowe. Voorts bepaal Artikel 10(2)(iii) dat die minister regulasies kan uitvaardig met betrekking tot die gepastheid daarvan om onafhanklike en onpartydige tribunale in te stel om administratiewe optrede te hersien en appèlle aan te hoor en daaroor te beslis. Daar bestaan dus 'n moontlikheid dat daar mettertyd 'n spesiale stelsel van administratiewe tribunale tot stand gebring kan word.

2. DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2) VAN PAJA

Artikel 6(2) lui soos volg :

“A court or tribunal has the power to judicially review an administrative action if –

- (a) the administrator who took it –
 - (i) was not authorised to do so by the empowering provision;
 - (ii) acted under a delegation of power which was not authorised by the empowering provision; or
 - (iii) was biased or reasonably suspected of bias;
- (b) a mandatory and material procedure or condition prescribed by an empowering provision was not complied with;
- (c) the action was procedurally unfair;
- (d) the action was materially influenced by an error of law;
- (e) the action was taken –
 - (i) for a reason not authorised by the empowering provision;
 - (ii) for an ulterior purpose or motive;
 - (iii) because irrelevant consideration were taken into account or relevant considerations were not considered;
 - (iv) because of the unauthorised or unwarranted dictates of another person or body;
 - (v) in bad faith; or
 - (vi) arbitrarily or capriciously;
- (f) the action itself –
 - (i) contravenes a law or is not authorised by the empowering provision; or
 - (ii) is not rationally connected to –
 - (aa) the purpose for which it was taken;
 - (bb) the purpose of the empowering provision;
 - (cc) the information before the administrator; or
 - (dd) the reasons given for it by the administrator;
- (g) the action concerned consists of a failure to take a decision;
- (h) the exercise of the power on the performance of the function authorised by the empowering provision, in pursuance of which the administrative action was

- purportedly taken, is so unreasonable that no reasonable person could have so exercised the power or performed the function; or
- (i) the action is otherwise unconstitutional or unlawful.”

3. DIE BEPALING VERVAT IN ARTIKEL 6(2)(a)(i)

Die eerste hersieningsgrond wat op die administrateur fokus, toon dat die wetsopstellers drie spesifieke hersieningsgronde ingesluit het, naamlik ongemagtigde optrede, ongemagtigde delegasie van bevoegdhede en vooroordeel. Twee hiervan het betrekking op regmatige administratiewe optrede, terwyl die derde (vooroordeel) tradisioneel as deel van prosedurele billikheid beskou is.

Dit is belangrik om daarop te let dat PAJA van die “administrator” praat, eerder as van die “outeur van ’n handeling”. Die Wet omskryf ’n “administrator” as ’n staatsorgaan, of enige natuurlike, of regspersoon wat administratiewe optrede verrig.

Dit is opvallend dat die Wet vooroordeel by hierdie Artikel insluit. In die gemenerereg word vooroordeel of partydigheid gewoonlik volgens die reëls van natuurlike geregtigheid hanteer; meer spesifiek die *nemo iudex in sua propria causa* – reël. Dit is egter duidelik dat dit gewoonlik op die subjektiewe gemoedstoestand, of die pligsversuim van die administrateur betrekking het en dat dit dus heel gemaklik in hierdie kategorie (die optrede deur die administrateur) inpas.

Drie spesifieke hersieningsgronde word in Artikel 6(2)(a) vermeld.

3.1 ARTIKEL 6(2)(a)(i)

’n Hof, of tribunaal, is volgens dié artikel daartoe bevoeg om administratiewe optrede geregteelik te hersien indien die administrateur wat dit verrig het nie ingevolge die magtigende bepaling gemagtig was om dit te doen nie.

Dit sluit gevalle in wanneer ’n administrateur sonder enige magtiging hoegenaamd handel, of die gevalle wanneer die administrateur die bevoegdheid ingevolge ’n magtigende bepaling verleen, oorskry of misbruik. Volgens Artikel 1 van die Wet beteken “magtigende bepaling” ’n wetsvoorskrif, ’n gemeenregtelike of gewoonteregtelike reël, of ’n ooreenkoms, stuk of ander dokument waarkragtens ’n administratiewe handeling verrig word (“a law, a rule of common law, customary law, or an agreement, instrument or other document in terms of which an administrative action was purportedly taken”). Beteken dit dat die magtigende bepaling bloot ’n ooreenkoms, of die een of ander soortgelyke dokument hoef te wees?

Dit word gesuggereer dat die korrekte uitleg van die term die volgende is : Wanneer ’n natuurlike of regspersoon byvoorbeeld ’n openbare bevoegdheid uitoefen, of ’n openbare funksie verrig, moet sodanige administratiewe optrede kragtens bevoegdhede verleen by kontrak, verrig word. Die verrigting van elke

administratiewe handeling moet gevolglik herlei kan word na 'n gesagsbasis (die oorspronklike magtigende bepaling).

Gebrek aan mag of bevoegdheid kan aan enigeen van 'n aantal faktore toegeskryf word. In die gemenerereg is hierdie faktore soos volg geïdentifiseer :

3.1.1 PERSOONLIKE KWALIFIKASIES OF EIENSKAPPE

Alle administratiewe bevoegdhede of gesag word aan 'n Wet (byvoorbeeld parlementêre of provinsiale wetgewing), of aan ondergeskikte wetgewing (presidensiële proklamasies en ministeriële regulasies) ontleen. Die "magtigende" wetgewing stel gewoonlik 'n aantal vereistes met betrekking tot die administrateur, te wete sy kwalifikasies en die bestek van die statutêre gesag. Indien die administrateur nie oor die nodige kwalifikasies beskik nie, kan hy nie geldige administratiewe optrede verrig nie, selfs al voldoen sy optrede aan al die ander statutêre vereistes. Wanneer gesê word dat die administrateur binne die perke van sy "jurisdiksie" moet handel, beteken dit dat hy "binne die perke van sy amptelike statutêre gesag" moet handel.

Die Wet kan vereis dat 'n administrateur of lede van 'n administratiewe liggaam oor sekere spesifieke professionele kwalifikasies beskik. Die Drankwet van 1989 vereis byvoorbeeld dat die voorsitter van die raad 'n landdros of regter moet wees, daarsonder is die handeling van die raad ongeldig. 'n Magtigende Wet veronderstel dikwels die bestaan van 'n bepaalde status, voordat bevoegdhede of regte aan 'n administratiewe orgaan verleen word.

In *Bolandse Eksekuteurskamer Beperk v Dorpsraad van Gouda*⁸⁰⁹ is bevind dat, aangesien die sekretaris van die dorpsraad nie dieselfde status as 'n stadsklerk het nie, hy of sy nie dieselfde bevoegdhede as 'n stadsklerk kan uitoefen nie.

Hoewel die magtigende Wet gewoonlik die kwalifikasies en die bestel en omvang van 'n administrateur se bevoegdheid voorskryf, moet daar in gedagte gehou word dat gemeenregtelike reëls gebruik word om hierdie bevoegdhede te vertolk. Met verloop van tyd het die houe die reëls met betrekking tot statutêre mag ooreenkomstig die algemene beginsels van die administratiefreg toegepas en ontwikkel. Om dié redes kan gesê word dat die inhoud en omvang van administratiewe gesag (bevoegdhede en funksies) van die volgende afhang :

⁸⁰⁹ 1973(1) SA 592 (K).

- Die betrokke Wet (en die Grondwet, aangesien dit die raamwerk bied waarbinne alle administratiewe bevoegdheid uitgeoefen word),
- die toepaslike reëls van wetsuitleg,
- die algemene beginsels van die administratiefreg en
- die algemene beginsels van die administratiefreg soos deur die howe toegepas en ontwikkel.

3.1.2 DIE BEDOELING MET MAGTIGENDE BEPALING

Die gronde vir hersiening vervat in Artikel 6(2)(a)(i), handel veral met die administrateur se bevoegdheid om ingevolge 'n magtigende bepaling (“empowering provision”) administratiewe handelinge uit te voer. Met die eerste oogopslag blyk dit 'n eenvoudige stelling te wees, wat veral die gemeenregtelike gronde van hersiening navolg.

Soos reeds hierbo gestel, leen die definisie van “magtigende bepaling” hom nie tot so 'n eenvoudige uitleg nie. Soos dit in PAJA weergegee word, is meer uitvoerig as wat dit in die gemenerereg beteken het.

Artikel 1(vi) definieer “magtigende bepaling” as 'n wet, 'n reël van die gemenerereg, inheemse reg, 'n ooreenkoms, instrument of ander dokument waarvolgens 'n administratiewe handeling na bewering uitgevoer word. As die definisie goed oordink word, bepaal Artikel 6(2)(a)(i) dat 'n administrateur 'n gemagtigde handeling ingevolge 'n ooreenkoms, reël, instrument of dokument kan uitvoer.

Indien dit die werklike bedoeling van die Artikel is, beteken dit dat die Artikel ongrondwetlik is. Regmatigheid vereis dat 'n administratiewe handeling deur 'n magtigende wet gemagtig word en nie deur 'n dokument of reël, ens. nie.

Dieselfde redenasie moet gevolg word ten opsigte van die bepaling vervat in Artikel 6(2)(a)(ii), wat 'n verbod op subdelegasie plaas, indien dit nie by wyse van wetgewing plaasvind nie. Enige delegasie of subdelegasie kan slegs by wyse van wetgewing geskied.

Hierdie wye definisie van die wet rakende magtigende bepaling (wet) het ook 'n groot invloed, soortgelyk as hierbo vermeld, op die ander gronde van hersiening. Die gevolg van die uitgebreide definisie van “magtigende bepaling” sal wees dat die lasgewende prosedures en voorwaardes by wyse van ooreenkoms, 'n instrument of dokument voorgeskryf kan word. Dit sluit dié wetgewende komponent uit.

Die enigste moontlike verklaring wat vir hierdie wye definisie gegee kan word, is die insluiting van individue en privaat instansies wat rolspelers binne die

trefwydte van die Wet is. Dit blyk voorsiening te maak vir die horisontale toepassing van die Grondwet.

Artikel 1 definieer die begrip “administratiewe handeling” as om in te sluit ’n besluit geneem deur ’n natuurlike of juridiese persoon, wanneer publieke bevoegdheid uitgeoefen word, of wanneer ’n openbare funksie ingevolge ’n magtigende bepaling uitgeoefen word.

Met verwysing na die relevansie van die kontraktereg is in Afdeling D hierbo vermeld dat die staat al hoe meer van sy funksies na privaatinstanties oordra (“outsource”) en dat hulle die tipiese staatsfunksies namens die staat verrig. ’n Meer uitgebreide definisie van “magtigende bepaling” sou nodig wees om privaat magte in te sluit.

Artikel 6 verwys na die definisie vir “magtigende bepalings”. Aan die hand hiervan moet opdragte ooreenkomstig die wetgewende bepalings uitgevoer word.

3.1.3 DIE PLEK WAAR DIE ADMINISTRATEUR DIE BEVOEGDHEID MOET UITOEFEN

Wanneer aan ’n administratiewe owerheid die bevoegdheid verleen word om binne ’n bepaalde geografiese gebied op te tree, mag hy/sy nie die grense daarvan oorskry nie.⁸¹⁰ Die geografiese gebied van ’n administratiewe owerheid word gewoonlik in die magtigende Wet vasgestel.

In *Birch v Klein Karoo Agricultural Co-op Limited*⁸¹¹ het die hof (na ’n ondersoek van die geskiedenis van die statutêre instrumente) tot die gevolgtrekking gekom dat die term “any area” die hele republiek omvat. ’n Administratiewe liggaam wat nie in ’n bepaalde geografiese gebied *locus standi* het nie, het nie die bevoegdheid om bevele in daardie gebied uit te reik nie. In *S v Peter*⁸¹² het die hof bevind dat, aangesien die administrasieraad nie die status van eienaar of okkupeerder van die plakkerskamp gehad het nie, hy nie die bevoegdheid gehad het om die verwydering van die plakkers te beveel nie. Insgelyks sal ’n lisensie-owerheid wat die gesag het om slegs een lisensie uit te reik, buite sy bevoegdhede handel as hy meer as een lisensie vir ’n bepaalde gebied uitreik.⁸¹³

⁸¹⁰ *Herbst v Dittmar* 1970(1) SA 238 (T).

⁸¹¹ 1993(3) SA 403 (A).

⁸¹² 1976(2) SA 513 (K).

⁸¹³ *Mutavdzic v Schrader* 1966(4) SA 678 (SWA).

'n Padvervoerraad wat gemagtig is om in 'n bepaalde gebied, byvoorbeeld die Gauteng-gebied permitte toe te staan, mag nie permitte buite die grense van die Gauteng-gebied toestaan nie.

3.1.4 DIE TYD WAARBINNE DIE ADMINISTRATEUR DIE BEVOEGDHEID MOET UITOEFEN

Hierdie vereiste het spesifiek betrekking op die tyd waarbinne die administrateur of administratiewe owerheid die funksie wat aan hom of haar opgedra is, moet verrig. Wanneer 'n Wet 'n sekere tydperk bepaal waarbinne byvoorbeeld 'n lisensie toegestaan moet word en die owerheid 'n lisensie ná verstryking van die tydperk uitreik, is die optrede ongeldig.⁸¹⁴

'n Algemene vereiste wat ook hieronder ressorteer, is dat administratiewe handeling vooruitwerkend en nie terugwerkend nie moet wees, dit wil sê, dit moet slegs vir die hede en die toekoms geld. 'n Administratiewe handeling sal slegs terugwerkende krag hê, wanneer die outeur ingevolge wetgewing gemagtig is om dit terugwerkend te maak. Die rede hiervoor is dat 'n administratiewe handeling wat van terugwerkende krag is, bestaande regte, voorregte en vryhede raak. In die saak van *Sarahbibe v Principal Immigration Officer* het die hof die gevestigde reg erken van die applikant, wat aansoek gedoen het om verlof dat sy verloofde die land mag binnekom dit toegestaan het.⁸¹⁵

3.1.5 DIE OBJEK (ONDERWERP) VAN DIE OWERHEIDSGESAG

Hierdie vereiste het betrekking op die onderwerp van die administrateur se bevoegdheid of gesag, dit wil sê, die rede waarom die bevoegdheid uitgeoefen word, of die doel waarvoor die bevoegdheid verleen is. As 'n algemene reël word die onderwerp van die bevoegdheid (byvoorbeeld om 'n lisensie uit te reik of 'n bevel te gee) presies in die magtigende Wet beskryf. In *Mokoena v Commissioner of Prisons*⁸¹⁶ was die kommissaris gemagtig om aktiwiteite in gevangnisse te reël, met inbegrip van besoeke aan gevangenes deur hulle regsverteenvoerders. Hoewel die administrateur (die kommissaris) die bevoegdheid gehad het om te reël en te beheer, het hy nie oor die bevoegdheid beskik om te verbied nie. Die kommissaris was dus nie by magte om sulke besoeke te verbied nie.

⁸¹⁴ *Landmark Investments (Pty) Limited v Port Elizabeth Municipality* 1968(2) SA 693 (OK).

⁸¹⁵ *Sarahbibi v Principal Immigration Officer* 1957(2) SA 175 (N).

⁸¹⁶ 1985(1) SA 368 (W).

3.1.6 DIE GEBRUIK VAN IMPLISIETE/VERSWEË BEVOEGDHEDE

Daar is gesê dat 'n administratiewe liggaam nie 'n administratiewe funksie by afwesigheid van uitdruklike bevoegdhede kan verrig nie (Artikel 6(2)(a)(i) van PAJA). Aangesien uitdruklike bevoegdhede gepaard kan gaan met versweë, of aanvullende bevoegdhede wat die omvang en inhoud van die uitdruklike bevoegdhede uitbrei, kan die administrateur se bevoegdhede groter wees as wat met die eerste oogopslag blyk.

Om die bestek en omvang van administratiewe bevoegdhede te bepaal, maak die hof dikwels op die reëls van wetsuitleg staat.⁸¹⁷ Hierdie reëls, wat die bestek en omvang van administratiewe bevoegdheid bepaal, is nie vas en bindend nie, maar bloot reëls van logiese afleiding wat die hof in 'n bepaalde geval kan gebruik, of nie, om die bestaan van versweë bevoegdhede vas te stel. Dit moet altyd in die konteks van die algemene beginsel van administratiewe legaliteit gesien word, wat beteken dat die versweë bevoegdhede nie deur die Grondwet, die magtigende wet, of PAJA verbied moet word nie en dat dit ook nie in stryd met enige gemeenregtelike bepaling mag wees nie. 'n Versweë bevoegdheid moet byvoorbeeld nie 'n onredelike gevolg meebring, of 'n onbillike uitwerking hê nie, aangesien dit dan in stryd sal wees met die fundamentele reg op redelike administratiewe optrede.

Dit kan nie ontken word nie dat die erkenning van aanvullende of versweë bevoegdhede (soms simplistiese bevoegdhede genoem) die hof al dikwels voor probleme te staan gebring het. In *Aluchem (Pty) Limited v Minister of Mineral and Energy Affairs*⁸¹⁸ het die hof die delegering van 'n bevoegdheid by noodwendige implikasie bespreek.

'n Hof kan op die volgende riglyne staatmaak om die bestek van administratiewe bevoegdheid en die toepassing van aanvullende bevoegdhede te bepaal:

- Die taal van die magtigende Wet moet noukeurig ontleed word.
- Die owerheidsgesag moet binne konteks gesien word, wat beteken dat die Wet as geheel en die oogmerk waarmee dit afgekondig is, bestudeer moet word om vas te stel of aanvullende bevoegdhede 'n rol te speel het. Daar word gewoonlik aanvaar dat daar 'n versweë

⁸¹⁷ Sien *Administrator, Transvaal v Bryden* 1993(3) SA 1 (A).

⁸¹⁸ 1985(3) SA 626 (T).

bevoegdheid is, wanneer die hoofogmerk van die Wet nie daarsonder bereik kan word nie.⁸¹⁹

- Die aard van die administratiewe bevoegdheid moet bestudeer word. In *Lipschitz No v SA Pharmacy Board*⁸²⁰ het die hof bevind dat die bevoegdheid om die bestuur van sake en die heffing van gelde te reël, nie die bevoegdheid ingesluit het om aptekers te verbied om sekere goedere te verkoop nie.
- Die erkenning van versweë (aanvullende) bevoegdhede moet altyd binne die raamwerk van die algemene beginsel van administratiewe legaliteit of administratiewe geregtigheid geskied.

Wiechers⁸²¹ sê dat wanneer 'n mens van die versweë bevoegdhede van die administrasie praat, dit onder meer die volgende insluit :

- Bevoegdhede wat *ex consequentibus* ontstaan. Wanneer wetgewing 'n sekere resultaat verbied, is dít wat die resultaat veroorsaak, by implikasie ook verbode.⁸²² Wanneer wetgewing daarenteen 'n sekere resultaat of optrede vereis of toelaat, volg dit vanselfsprekend dat die wetgewing ook alles wat redelikerwys nodig is om die resultaat te weeg te bring of die optrede doeltreffend te verrig, vereis of toelaat – *quando lex aliquid, concedit conceditur et id sine quo res ipsa esse non potest*.
- Bevoegdhede wat *ex accessario eius, de quo verba loquuntur* ontstaan. As wetgewing iets verbied of toelaat, is daarmee verbandhoudende sake ook verbode of toegelaat. Dit wil sê, dat wanneer 'n magtigende Wet 'n bevoegdheid verleen, dit by implikasie ook die bevoegdhede verleen wat redelikerwys nodig is om die hoofogmerk te bereik. So, byvoorbeeld, is die bevoegdheid om stormwater weg te voer so uitgelê dat dit die bevoegdheid insluit om 'n sekere mate van skade aan private eiendom toe te laat weens die wegvoering.⁸²³

3.2 ARTIKEL 6 EN DIE VERWYSING NA HOFSAKE

In *Bester v Sol Plaatje Municipality and Others*⁸²⁴ is die applikant deur 'n dissiplinêre komitee en appèlkomitee van die Sol Plaatje Munisipaliteit uit sy pos ontslaan. Die munisipaliteit het die bevoegdheid om die appèlkomitee aan te wys gedelegeer aan die tweede respondent, wat die bevoegdheid om as appèlkomitee op te tree aan die

⁸¹⁹ Sien *Johannesburg Municipality v Davies* 1925 AD 395 en *Moult v Minister of Agriculture and Forestry*, Transkei, 1992(1) SA 688 (TK). In hierdie saak bevind die hof dat die prokureur-generaal die versweë bevoegdheid het om 'n vervaldatum te verleng, omdat dit 'n bevoegdheid is wat redelikerwys beskou kan word as 'n bevoegdheid wat voortspruit uit sy of haar bevoegdheid om namens die staat op te tree.

⁸²⁰ 1985(2) SA 702 (K).

⁸²¹ Wiechers, 1984:218.

⁸²² *Middelburg Municipality v Gertzen* 1914 AD 544, *Bloemfontein Town Council v Richter* 1938 AD 195.

⁸²³ Sien *Johannesburg Municipality v African Realty Trust Limited* 1927 AD 163.

⁸²⁴ 2004(2) ALL SA 31 (NC).

derde respondent gedelegeer het, en wat as enkel voorsittende beampte van die appèlkomitee moes sitting inneem. Die applikant het aangevoer dat die delegasie van die bevoegdhede *ultra vires* was, aangesien die raad op self moes besluit het om die applikant te ontslaan.

Die hof het die volgende beslis :⁸²⁵

“The power to delegate must be clearly provided for, either expressly or impliedly : Baxter, Administrative Law at 432. There is a rebuttable common-law presumption against implied power of delegation (*delegates non protest delegare*) – Baxter at 433; See also Hoexter, The New Constitutional and Administrative Law (2002) Vol II at 134. Delegation of power without express authority is *prima facie* indicative of the unlawful abdication of power : Baxter at 434. Where there is no express authority to delegate, as is the case in the matter before us, it falls upon the delegator (the first respondent) to show that it is clothed with the power of delegation by necessary implication *ex facie* the empowering legislation (*in casu* the collective agreement); See *Attorney-General, OFS v Cyril Anderson Investments (Pty) Limited* 1965(4) SA 628 (A) at 639.”

Nadat die hof die meriete van die applikant se saak oorweeg het, is die aansoek op die volgende gronde van die hand gewys :⁸²⁶

- “11.1 Section 59 of Act 32 of 2000 confers a general power of delegation upon municipalities – the power to delegate the authority to hear an appeal is not included among the matters specifically excluded from being delegated in that section.
- 11.2 The prevailing legislation (the collective agreement) contains no express or implied prohibition on delegation in clause 7.2.8 [the clause upon which the applicant relied].
- 11.3 Taking into account all the relevant factors, the probabilities, are overwhelmingly in favour of a finding that delegation of the power to hear the appeal is permitted.”

In *Scenematic Fourteen (Pty) Limited v Minister of Environmental Affairs and Tourism and Another*⁸²⁷ het die applikant aansoek gedoen om die tersydestelling van 'n besluit om nie-kommersiële visvangregte aan hom toe te staan. Die tweede respondent moes sy diskresie uitoefen of visvangregte toegeken gaan word, al dan

⁸²⁵ (2004(2) ALL SA 31 (NC), paragraaf 10:1 – 10:2.

⁸²⁶ 2004(2) ALL SA 31 (NC), Paragraaf 11.

⁸²⁷ 2004(4) BCLR 430 (C); Vir verdere verwysing na die delegasie van bevoegdhede, sien ook *Kimberley Girls' High School v Head of Department of Education, Northern Cape Province and Others* 2005(1) ALL SA 360 (NC).

nie. Die tweede respondent het toe 'n advieskomitee aangestel om hom in die uitoefening van die besluit behulpsaam te wees.

Die hof laat hom soos volg uit oor die feit dat die 2de respondent nie sy diskresie uitgeoefen het nie⁸²⁸ :

“Having regard to the system used by second respondent and applied to applicant’s application it appears to me that the conclusion is inescapable, or at the very least appears on a balance of probability, that second respondent did not exercise his discretion as he was required to do in terms of section 18 of the Marine Act either because such discretion as he was required to exercise was exercised, not by him, but by the advisory committee to whom he was not permitted to delegate such discretion, or because he accepted the work done by the advisory committee and did not bring his own independent discretion to bear on the decision that he was required to make.”

Bogemelde saak is op appèl geneem in *Minister of Environmental Affairs and Tourism and Another v Scenematic Fourteen (Pty) Limited*.⁸²⁹ Aangaande die gedelegeerde bevoegdheid van 'n funksionaris en die uitoefening van sy/haar diskresie, beslis die hof soos volg :⁸³⁰

“A functionary in whom a discretionary power is vested must himself exercise that power in the absence of the right to delegate. In Hofmeyr v Minister of Justice 1992 (3) SA 108 (C) at 117F-G King J formulated the rule thus :

‘It is well established that a discretionary power vested in one official must be exercised by that official (or his lawful delegate) and that, although where appropriate he may consult others and obtain their advice, he must exercise his own discretion and not abdicate it in favour of someone else; he must not, in the words of Baxter Administrative Law (at 443), ‘pass the buck’ or act under the dictation of another and, if he does, the decision which flows there from is unlawful and a nullity.”

3.3 DIE BEPALING VERVAT IN ARTIKEL 6(2)(a)(ii) – ONGEMAGTIGDE DELEGERING VAN BEVOEGDHEID

Die doel van die delegasie van administratiewe bevoegdhede is om die verdeling van arbeid te vergemaklik, aangesien administratiewe liggame en amptenare dikwels nie al hulle administratiewe funksies kan hanteer nie. Dit is 'n primêre administratiefregtelike reël dat 'n diskresionêre bevoegdheid nie aan 'n ander

⁸²⁸ 2004(4) BCLR 430 (C), P442 B-1.

⁸²⁹ 2005(2) ALL SA 239 (SCA).

⁸³⁰ 2005(2) ALL SA 239 (SCA), Paragraaf 20.

liggaam of persoon gedeleger mag word nie, behalwe wanneer daar uitdruklike of implisiete statutêre magtiging daarvoor is.

PAJA bepaal dat daar geregtelike hersiening mag wees, wanneer 'n administrateur gehandel het kragtens 'n delegasie van bevoegdheid wat nie deur die magtigende bepaling gemagtig is nie. Hierdie statutêre verbod stem ooreen met die gemeenregtelike verbod op delegering van bevoegdheid, vervat in die reël *delegatus delegare non potest*⁸³¹

Die reël behels die volgende :

- Wanneer 'n administratiewe orgaan gemagtig is om 'n handeling te verrig en die verrigting van daardie handeling gepaard gaan met 'n diskresionêre bevoegdheid, mag die funksie of taak nie aan 'n ander orgaan gedeleger word nie, tensy eersbedoelde orgaan uitdruklik gemagtig is om dit te doen. In *G v Superintendent, Groote Schuur Hospital*⁸³² bevind die hof dat die gelyktydige delegering aan vier gedelegeerdes geldig was, aangesien uitdruklike statutêre voorsiening daarvoor gemaak is.
- 'n Administratiewe orgaan kan sy diskresie uitoefen en 'n ondergeskikte liggaam of amptenaar gelas om sy (eersgenoemde orgaan se) besluit uit te voer. Sodanige optrede is nie strydig met die reël nie.
- Die verbod op die verdere delegering van 'n reeds gedelegeerde bevoegdheid impliseer dat die administratiewe orgaan hom nie in die posisie mag stel dat hy lasgewings of opdragte van 'n ander liggaam aanvaar nie.⁸³³
- Die gesagsliggaam beklee met 'n diskresionêre bevoegdheid kan 'n komitee of groep aanstel om sekere feite vas te stel of te ondersoek, maar moet self die diskresionêre bevoegdheid uitoefen.
- Implisiet in die reël teen die herdelegering van bevoegdheid is die reël dat die houer van 'n diskresionêre bevoegdheid hom nie mag onderwerp aan die lasgewings/opdragte van 'n ander liggaam of amptenaar nie en nie 'n streng beleid mag volg waardeur hy weier om elke geval op meriete te beoordeel nie.⁸³⁴

In *Chairman, Board on Tariffs and Trade v Teltron (Pty) Limited*⁸³⁵ het die hof bevind dat, hoewel die raad daarop geregtig was om die bevoegdheid wat ingevolge Artikel

⁸³¹ Sien *Foster v Chairman, Commission for Administration* 1991(4) SA 403 (K).

⁸³² 1993(2) SA 255 (K) op 635. Sien ook *Transvaal Agricultural Union v Minister of Land Affairs* 1997(2) SA 621 (CC).

⁸³³ *Veldsman v Overberg Regional Services Council* 1991(2) SA 651 (K).

⁸³⁴ *Opperman v Uitvoerende Komitee van die Verteenwoordigende Owerheid van die Blankes en andere* 1991(1) SA 372 (SWA); *Government of the Province of Kwa Zulu-Natal v Ngwane* 1996(4) SA 943 (A). *Southern Metropolitan Substructure v Thompson* 1997(2) SA 799 (W). Die beperking van 'n diskresionêre bevoegdheid het voor die hof gekom in *Yenuico Limited v Minister of Trade and Industries* 1995(11) BCLR 1453 (T) waar aangevoer is dat die Minister, toe hy oor die uitwerking van permitte besluit het, sy bevoegdheid beperk het deur hom aan 'n kabinetsbesluit en 'n "tee-ooreenkoms" te hou. Daar is aangevoer dat die frase "whenever he deems it necessary or expedient in the public interest" 'n onbeperkte diskresie aan die Minister verleen, wat onaantwoordbaar is in 'n demokratiese, konstitusionele staat. Regter Van Dijkhost het bevind dat "the public interest" 'n konsep is wat met verloop van tyd verander. Die parlement kan nie besluit wat in die onafsienbare toekoms in die openbare belang sal wees nie en "that decision will have to be delegated to the man on the spot – the Minister or his delegate". Soos ons sal sien in Artikel 6(2)(e)(iv) kan 'n hof administratiewe optrede hersien wanneer die optrede verrig is vanweë die ongemagtigde of ongeregtigde voorskrifte van 'n ander persoon of liggaam.

⁸³⁵ 1997(2) SA 25 (A).

4 van die Wet op die Raad op Tariewe en Handel, 107 van 1986 aan hom verleen word, aan 'n komitee te deleger, hy nie enige ander bevoegdhede kan deleger nie. Die raad kan byvoorbeeld nie sy bevoegdheid om 'n aangeleentheid wat die handel en nywerheid van die Republiek kan raak, te ondersoek, of die bevoegdheid om 'n verslag aan die minister voor te lê of verhoë tot die minister te rig, deleger nie.

Dit is duidelik dat die *delegatus delegare non potest*-reël nie oortree word wanneer 'n Wet uitdruklik voorsiening maak vir die delegering van 'n bevoegdheid nie. 'n Wet kan egter onduidelik wees oor presies aan wie die bevoegdheid gedeleger kan word. Ter wille van regsekerheid moet die wetgewer hierdie onbevredigende posisie vermy, deur uitdruklik te stipuleer presies watter bevoegdheid gedeleger mag word en aan wie dit gedeleger kan word.

Daar is reeds gesê dat die "administrateur" sy of haar bevoegdheid aan veral wetgewing ontleen. Daar is ook genoem dat die invloed van die gemeneereg en die regsprekende gesag aansienlik is. Wanneer die administrateur se owerheidsbevoegdhede vertolk word, moet gemeenregtelike reëls wat deel van die reëls van wetsuitleg uitmaak gebruik word. Hierdie reëls is deurslaggewend by die bepaling van die omvang en inhoud van statutêre owerheidsbevoegdhede. Met verloop van tyd het die hoewe die reëls met betrekking tot statutêre gesag toegepas en ontwikkel ooreenkomstig die algemene beginsels van die administratiefreg.

Die inhoud en omvang van administratiewe bevoegdheid hang dus van die volgende af :

- Die betrokke Wet (met inbegrip van die Grondwet).
- Die toepaslike reëls van wetsuitleg.
- Die algemene reëls van die administratiefreg soos toegepas en ontwikkel deur die hoewe.

3.4 DIE BEPALING VERVAT IN ARTIKEL 6(2)(a)(iii). DIE ADMINISTRATEUR WAT DIE HANDELING VERRIG HET, WAS BEVOORDEELD OF KAN REDELIKERWYS VAN BEVOORDEELING VERDINK WORD

Bogenoemde statutêre bepaling omvat die gemeenregtelike reël teen vooroordeel, te wete *nemo iudex in sua propria causa* (letterlik vertaal "niemand kan in sy of haar eie saak as regter optree nie")

Die wese van die gemeenregtelike reëls is dat die administrateur wat die besluit neem, redelikerwys as onpartydig gesien moet word. Dit staan as die reël teen vooroordeel bekend. Vooroordeel neem twee vorme aan : werklike vooroordeel (*actual bias*) en skynbare vooroordeel (*perceived bias*); en die aanwesigheid van enigen van die twee sal die administratiewe handeling ongeldig maak.

Dit is gewoonlik betreklik maklik om werklike vooroordeel te bewys, maar 'n redelike suspisie van vooroordeel is meer ingewikkeld.

Dit is egter duidelik dat selfs wanneer 'n administrateur nie 'n werklike vooroordeel ten gunste van 'n bepaalde besluit het nie, die handeling ongeldig sal wees indien daar 'n redelike suspisie van vooroordeel is. Die toets is of 'n redelike lid van die samelewing sou dink dat die administrateur bevooroordeel is. Indien die antwoord bevestigend is, is die besluit ongeldig, aangesien daar nie aan die vereiste van prosedurele billikheid voldoen is nie.

Die algemeenste voorbeelde van vooroordeel is die volgende :

- Die aanwesigheid van geldelike (finansiële) belang.
- Die aanwesigheid van persoonlike belang (bv wanneer die besluit 'n persoonlike of familieverwantskap raak).
- Vooroordeel in die vorm van die vooruit beoordeling van 'n aangeleentheid.

Baxter⁸³⁶ waarsku daarteen dat die kwessie van skynbare vooroordeel nie te ver gevoer moet word nie. Hy noem die volgende voorbeeld : die feit dat 'n besluitnemer ook 'n lid van die DBV is, hom of haar nie noodwendig daarvan sal diskwalifiseer om 'n oordeel te fel oor aangeleenthede wat met die wreedheid teenoor diere te doen het nie. Daar is ook geen twyfel nie dat administrateurs wat deel van 'n staatsdepartement uitmaak, hulle aan die beleide van hulle departemente hou nie. Na sy mening verhoed departementele of institusionele vooroordeel nie noodwendig die amptenaar om billik en objektief te wees wanneer hy of sy oor bepaalde aangeleenthede besluit nie. Trouens, hy sê dat sodanige vooroordeel dikwels vir goeie administrasie wenslik is. Die vraag of institusionele vooroordeel in die lig van die grondwetlike beskermde reg sal neerkom op ongeldige administratiewe optrede, is iets waaroor die howe moet beslis. Wat egter duidelik is, is dat hierdie institusionele vooroordeel nie die regte van die betrokke individu nadelig moet raak nie. Indien dit wel die geval is, sal die optrede ongeldig wees.

Tradisioneel ressorteer die reël teen vooroordeel onder die gemeenregtelike reëls van natuurlike geregtigheid, saam met die *audi alteram partem*-reël. (“Hoor die anderkant”). Die reël teen vooroordeel berus op die beginsel dat geregtigheid nie slegs moet geskied nie, maar ook sigbaar moet wees. Die opstellers van die Wet het dit goed gedink om die reël onder “gebrek aan magtiging” in te sluit as 'n afsonderlike hersieningsgrond. Daar sou geredeneer kan word dat daar twee gronde vir die hersiening van vooroordeel is, te wete Artikel 6(2)(a)(iii) en Artikel 6(2)(c).

⁸³⁶ Baxter, 1984:566.

Die toepassing van Artikel 6(2)(a)(iii) van PAJA het ter sprake gekom in die saak van *Gold Fields Limited v Connellan NO and Others*⁸³⁷

Op bladsy 167(b-c) kom die hof tot die volgende gevolgtrekking :

“The wording used in Section 6(2)(a)(iii) of PAJA is ‘reasonably suspected of bias’, a phrase similar to that used in the case(s) quoted in relation to recusal applications. The test stated in the present context is that the onus is on Gold Fields to show that, on the facts a reasonable person in the position of Gold Fields would reasonably apprehend or suspect that the Executive Director is biased against it.”⁸³⁸

4. DIE BEPALINGS VERVAT IN ARTIKELS 6(2)(b), (c), (d) EN (e) VAN PAJA

4.1 DIE UITOEFENING VAN DISKRESIONÊRE BEVOEGDHEDE

Dit is 'n kenmerk van die moderne demokratiese staat dat die wetgewer die administrasie met diskresionêre bevoegdhede beklee ten einde hom (die administrasie) in staat te stel om sy hoogs gespesialiseerde en uiteenlopende take in verband met die bestuur van die staat uit te voer. Gewoonlik word 'n spesifieke diskresionêre bevoegdheid aan 'n administrateur verleen vanweë sy of haar spesifieke kwalifikasies, bepaalde kundigheid of eerstehandse kennis van administratiewe aangeleenthede. By die uitoefening van 'n diskresionêre bevoegdheid is die administrasie daaraan gebonde om die openbare belang, regeringsbeleid en administratiewe dienstigheid in ag te neem.

Hoewel die praktyk om diskresionêre bevoegdhede aan die staatsadministrasie te verleen universeel aanvaar word en hoewel daar erken word dat die administrasie hierdie bevoegdhede nodig het om doeltreffend en doelmatig te funksioneer, is die uitoefening van 'n diskresionêre bevoegdheid nie vry van regsbeheer nie. 'n Administratiewe diskresionêre bevoegdheid moet dus ooreenkomstig die grondwetlike bepalings, magtigende bepalings, PAJA en die gemenerereg, waar van toepassing, uitgeoefen word. Openbare bevoegdhede is onderworpe aan beheer deur die ander regeringstakke oor die algemeen en deur die regsprekende tak in die besonder.

Die wetgewer erken die probleme wat inherent aan beheer oor diskresionêre bevoegdhede is, en het 'n aantal gronde vir die geregtelike hersiening van die uitoefening van hierdie bevoegdhede in Artikels 6(2)(b), (c), (d) en (e) ingesluit.

⁸³⁷ 2005(3) ALL SA 142 (W).

⁸³⁸ Oor bevooroordeeldheid of 'n redelike vermoede van bevooroordeeling, wat nie slegs na PAJA verwys nie, sien ook *Ruyobeza and Another v Minister of Home Affairs and Others* 2003(2) ALL SA 696 (C); *Clan Court CC v Gauteng Provincial Liquor Board and Others* 2003 JOL 11223 (T); en *SA National Defence Union and Another v Minister of Defence and Others: In re SA National Defence Union v Minister of Defence and Others* 2003 JOL 11263 (T).

4.2 DIE BEPALING VERVAT IN ARTIKEL 6(2)(b) : GEBIEDENDE EN WESENLIKE PROSEDURES OF VOORWAARDES VOORGESKRYF BY DIE MAGTIGENDE BEPALING

Artikel 6(2)(b) maak voorsiening vir die geregtelike hersiening van administratiewe optrede, wanneer gebiedende prosedures of voorwaardes nie nagekom is nie. Die uitoefening van 'n statutêre bevoegdheid vereis die nakoming van sogenaamde jurisdiksionele feite.

D'Oliveira gebruik die term "conditions precedent" wanneer hy na jurisdiksionele feite verwys. Hy beskryf dit as die verbandhoudende feite en omstandighede waaraan voldoen moet word, voordat 'n diskresionêre bevoegdheid in werking tree.⁸³⁹ Oor die algemeen word die term "jurisdiksionele feite" of "jurisdiksiebepalende feite" in hierdie konteks gebruik.

Die volgende is enkele voorbeelde van jurisdiksionele feite :

- (i) Die eerste is dié van 'n statutêre bepaling wat lui dat sekere feite aanwesig moet wees en dan bepaal dat die amptenaar die een of ander handeling "verrig" of "moet verrig". Die uitwerking van so 'n wetsbepaling is dat, as die objektiewe voorwaardes (jurisdiksionele feite) aanwesig is, die administrateur die funksie moet verrig. Dan het hy of sy nie 'n diskresie nie. 'n Wetsvoorskrif bepaal byvoorbeeld dat 'n amptenaar 'n voertuig moet registreer sodra hy of sy die nodige padwaardigheidsertifikaat, sertifikaat van eiendomsreg, en so meer, ontvang het. Die amptenaar het geen diskresie nie – sodra hy of sy in besit van hierdie geldige registrasiedokumente is, moet hy of sy die voertuig registreer.

Normaalweg sal die besluit van 'n administratiewe owerheid regsgeldig wees, indien aan die objektief bepaalbare vereistes vir die behoorlike uitoefening van daardie diskresie voldoen is. Wanneer daar nie aan hierdie jurisdiksionele feite voldoen is nie, is die administratiewe handeling ongeldig op grond daarvan dat die administratiewe owerheid sy bevoegdhede oorskry het.

- (ii) Nog 'n voorbeeld is dié van 'n statutêre bepaling wat lui "die amptenaar kan" 'n sekere funksie verrig sodra sekere feite aanwesig is. Die posisie word goed geïllustreer deur te verwys na Artikel 147(1)(a) van die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995, wat soos volg lui :

⁸³⁹ D'Oliveira, 1967:150. Die term "conditions precedent", oftefel "jurisdiksiebepalende (voorafgaande) voorwaardes", word nie dikwels deur ons howe en outeurs gebruik nie.

“Indien dit in enige stadium nadat ’n geskil na die kommissie verwys is, blyk dat die geskil oor die interpretasie of toepassing van ’n kollektiewe ooreenkoms handel, kan die kommissie –

- (i) die geskil verwys vir beslegting
- (ii) ’n kommissaris aanstel”

In hierdie voorbeeld het die jurisdiksiebepalende feite of jurisdiksiebepalende (voorafgaande) voorwaardes betrekking op ’n geskil rakende die interpretasie of toepassing van ’n kollektiewe ooreenkoms. Indien daar bepaal word dat die geskil handel oor die interpretasie of toepassing van die kollektiewe ooreenkoms, kan die kommissie sy diskresionêre bevoegdheid uitoefen : Die kommissie kan ’n sekere optrede beveel, of die geskil vir beslegting verwys, of ’n kommissaris aanstel.

- (iii) ’n Laaste voorbeeld is dié van ’n bepaling wat lui dat die minister die regulasies kan uitvaardig wat hy of sy nodig ag om gesondheid te beheer. Hier word wye diskresionêre bevoegdheid verleen, wat aan die minister die uitsluitlike diskresie gee om te besluit wanneer en in watter omstandighede die regulasies uitgevaardig kan word. Die opskortende voorwaardes waarop die diskresionêre bevoegdheid uitgeoefen kan word, is dus onomskrewe. Ondanks hierdie wye en onomskrewe diskresie is die minister se bevoegdheid altyd onderworpe aan regsbeperkings in die sin dat hy of sy altyd binne die bestek van die Grondwet en ander toepaslike wetgewing moet handel en ag moet slaan op die regeringsbeleid deur ekonomiese, maatskaplike, politieke en kulturele kwessies en so meer te oorweeg.

Bogenoemde voorbeelde toon dat die jurisdiksiebepalende feite wat met die uitoefening van ’n diskresie saamhang, duidelik, of minder duidelik omskryf kan wees. In sommige gevalle word die jurisdiksiebepalende feite glad nie omskryf nie. Daar word algemeen aanvaar dat jurisdiksiebepalende feite in twee kategorieë verdeel word : Objektiewe jurisdiksionele feite en subjektiewe jurisdiksionele feite.

Objektiewe jurisdiksionele feite is dié wat in ’n objektiewe sin moet bestaan, voordat die wetgewende bevoegdheid uitgeoefen kan word. ’n Hof van hersiening sal bepaal of hierdie feite aanwesig was, voordat die diskresie uitgeoefen is. Subjektiewe jurisdiksionele feite is dié wat na die mening van die administrateur bestaan of nie. In hierdie geval sal die hersieningshof nietemin bepaal of die mening van die administrateur vir objektiewe staving vatbaar is.

Dit word aan die hand gedoen dat die volgende prosedure deur administratiewe owerhede gevolg moet word, voordat ’n diskresionêre bevoegdheid uitgeoefen word :

- Die amptenaar moet die jurisdiksiebepalende feite wat deur die magtigende Wet voorgeskryf word, oorweeg. So, byvoorbeeld, sal die uitreiking van 'n dranklisensie die oorweging behels van kwessies soos hoe mense om 'n lisensie aansoek kan doen, of daar nog 'n drankwinkel in die gebied is, die karakter van die aansoeker, en so meer.
- Die uitoefening van die diskresie moet op die jurisdiksionele feite berus. Nie-nakoming of verontagsaming van die jurisdiksionele feite sal die uitoefening van die diskresie ongeldig maak.
- Die staatsorgaan moet sy bevoegdhede korrek vertolk.
- Die orgaan mag nie ontoepaslike en onbehoorlike kwessies in ag neem nie en mag nie deur ongemagtigde persone beïnvloed word nie.

Hierdie Artikel van die Wet (Artikel 6(2)(b)) stem ooreen met die gemeenregtelike vereiste vir administratiewe legaliteit, wat handel oor voldoening aan die vorm en prosedure van die statutêre bepaling. Hierdie reëls, wat ook onder die vereistes rakende die administrateur bespreek kan word, het betrekking op die prosedure wat gevolg moet word, wanneer 'n administratiewe handeling verrig word. Die reëls word gewoonlik duidelik in die toepaslike magtigende wet, bylae van die wet, proklamasie, regulasie of ander ondergeskikte wetgewing omskryf.

In *Sutter v Scheepers*⁸⁴⁰ het die hof sekere riglyne gestel wat in hierdie omstandighede gebruik kan word om te bepaal of 'n administratiewe bevoegdheid gebiedend is, of nie. Hoewel die riglyne hieronder vermeld, niks meer as pragmatiese oplossings is wat op logika berus nie, sal die houe hulle ongetwyfeld tot hierdie reëls wend, wanneer hulle moet beslis of 'n prosedure of voorwaarde gebiedend is, al dan nie.

Die volgende riglyne word aan die hand gedoen :

1. Die woorde “shall” en “must” (in Afrikaans “sal” of “moet”) in 'n wet, word geag gebiedend te wees, tensy ander omstandighede die konstruksie negeer. Nie-nakoming van so 'n gebiedende reël sal beteken dat die administratiewe optrede nietig is.
2. 'n Bepaling wat in die ontkennde vorm geformuleer is (byvoorbeeld “niemand mag”), word as 'n gebiedende eerder as 'n aanwysende bepaling beskou.
3. 'n Bepaling wat in positiewe taal geformuleer is, sonder enige gepaard gaande sanksie vir nie-nakoming, word geag aanwysend te wees.

⁸⁴⁰ 1932 AD 165.

4. Indien daar gevind word dat streng toepassing van die vorm- en prosedurereëls tot ongeregtigheid en bedrog sal lei, en daar geen uitdruklike stelling is ten effekte dat nie-nakoming tot ongeldigheid sal lei nie, of indien geen sanksie bygevoeg word nie, word die bepaling geag aanwysend te wees. Nie-nakoming van 'n aanwysende bepaling lei nie tot die ongeldigheid van die optrede nie.
5. Die geskiedenis van die wetgewing kan in ag geneem word om te bepaal of geldigheid of ongeldigheid die bedoeling was.
6. Waar 'n openbare liggaam 'n plig opgelê word, kom dit neer op 'n gekwalifiseerde aanduiding van geldigheid.

Daar moet egter gelet word op die feit dat hierdie voorbeelde uit die gemenerereg teen die vroeëre leer van parlementêre soewereiniteit vertolk moet word en dat hulle moontlik nie toepassing sal vind in die leer van die oppergesag van die Grondwet nie.

In die volgende gewysde is daar nie spesifiek verwys na Artikel 6(2)(b) van PAJA nie, maar het die feite in wese gehandel oor gebiedende en wesenlike prosedures of voorwaardes voorgeskryf deur 'n magtigende bepaling, en die feit dat dit nie deur die administrateur nagekom is, alvorens 'n besluit geneem is nie.

In *Paolo v Jeeva NO and Others*⁸⁴¹ het die appellant sy eiendom in 'n spesifieke gebied ontwikkel om 'n bepaalde uitsig te hê. Die appellant het sy eiendom ontwikkel, nadat die eiendomme van die eerste en tweede respondente met 'n goeie uitsig reeds opgerig was. Ingevolge die stadsbeplanningsregulasies van toepassing in die area van ontwikkeling, moet die stadsraad, voordat bouplanne goedgekeur word vir die ontwikkeling van eiendom, eers 'n bou-inspekteur aanstel, wat die nodige aanbevelings moet maak. Die stadsraad het egter tot 'n besluit gekom sonder die aanstelling van 'n bou-inspekteur nie en kon derhalwe nie die voorgeskrewe aanbevelings nakom nie.

Die hof beslis die volgende⁸⁴² :

“The appellant’s counsel submitted that the appointment of a building control officer and the recommendation by such officer to the local authority are necessary preconditions to the exercise by the local authority of its powers to approve or reject building plans. They contended that each of these preconditions constitutes a jurisdictional fact, the existence of which is a necessary prerequisite to the exercise of the statutory power, and relied in this

⁸⁴¹ 2004(1) SA 396 (SCA).

⁸⁴² 2004(1) SA 396 (SCA) Paragraaf 11

regard on the judgment of *Corbett J in South African Defence and Aid Fund and Another v Minister of Justice* 1967 (1) SA 31 (C), which, as the Constitutional Court pointed out in *President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others* 2000 (1) SA 1 (CC) remains the leading case in our law on jurisdictional facts.”

Die advokaat vir die verdediging het aangevoer dat die nie-aanstelling van 'n bou-inspekteur 'n mindere onreëlmatigheid van geringe belang was. Die hof antwoord hierop dat die bevoegdheid om bouplanne goed te keur, uitgeoefen is deur die stadsraad, sonder die nakoming van die voorgeskrewe jurisdiksionele feite, naamlik die aanbeveling van die aangestelde bou-inspekteur. Daar was derhalwe geen geldige goedkeuring van die bouplanne nie.⁸⁴³

4.3 DIE BEPALING VERVAT IN ARTIKEL 6(2)(c) : PROSEDURELE BILLIKHEID

Artikels 6(2)(a) en (b) van PAJA is hierbo bespreek. Die grondwetlike reg op prosedurele billikheid, wat spesiale erkenning geniet in sowel die Interim as die Finale-Grondwette (onderskeidelik Artikels 24(b) en 33(1)) en in PAJA – Artikel 6(2)(c) word vervolgens kortliks bespreek, aangesien daar reeds onder die bespreking van Artikels 3 en 4 van PAJA, volledig na hierdie bepaling verwys is. Dit dui ook op die oorvleueling waarna verwys is.

Hierdie hersieningsgrond moet uitgelê word in ooreenstemming met die prosedurele billikeidskomponent van die reg op administratiewe geregtigheid. Die hersieningsgrond kan óf wyd, óf eng uitgelê word.

Verwysend na die wye interpretasie, verleen die hersieningsgrond jurisdiksie aan die PAJA-hof om enige hersiening ten opsigte van 'n administratiewe handeling gebaseer op 'n algemene reg tot prosedurele billike administratiewe optrede ooreenkomstig die grondwetlike reg, te oorweeg en daaroor te beslis. Met ander woorde, die hersieningsgrond in Artikel 6(2)(c) bepaal wat prosedurele billikheid vereis. Dit bevat presies dieselfde inhoud as die grondwetlike reg.

Die eng uitleg van hierdie hersieningsgrond ten opsigte van prosedurele billikheid sal PAJA-howe beperk om slegs argumente aan te hoor waar die administrateurs nie voldoen het aan die spesifieke vereistes vir prosedurele billikheid, soos vereis deur Artikels 3(2), 3(3) en 4 van PAJA nie. Ten einde uitvoering te gee aan die riglyne van die Grondwetlike Hof, word aan die hand gedoen dat die wye benadering gevolg word.

⁸⁴³ Sien ook *Despatch High School v Head Department of Education Eastern Cape and Others* 2003(1) SA 246 (CKH); *Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others v Phambili Fisheries and Another* 2003(2) ALL SA 616 (SCA); *Awumey and Another v Fort Cox Agricultural College and Others* 2003(8) BCLR 861 (CK), *Hayes and Another v Minister of Finance and Development Planning, Western Cape and Others* 2003(4) SA 598 (C) en *Minister of Justice v Firstrand Bank Limited and Others* 2003(6) SA 636 (SCA).

Hoe vertolk die howe die grondwetlike reg op prosedurele billikheid

Daar kan geargumenteer word dat Artikel 24 van die Interim-Grondwet in die algemeen, en paragrawe (b), (c) en (d) daarvan in die besonder, die gemeenregtelike posisie rakende die toepassing van die reëls van natuurlike geregtigheid tot en met die beslissing in *Administrator, Transvaal v Traub* bevestig.

Artikel 24(b) maak voorsiening vir prosedureel billike administratiewe optrede, wanneer enige regte of regmatige verwagtings geraak of bedreig word, en dat “belange” nie ingesluit is nie. Die rede vir hierdie uitsluiting van “belange”, soos hierbo bespreek, is moeilik om te begryp, gesien in die lig van die Traub-uitspraak, wat skynbaar ’n regmatige verwagting effens laer klassifiseer as ’n belang.⁸⁴⁴

Daar moet op gelet word dat die Finale-Grondwet geen melding van regmatige verwagtings of belange maak nie. Dit sê eenvoudig dat elkeen die reg op administratiewe optrede het, wat regmatig, redelik en prosedureel billik is. Daarteenoor bied PAJA prosedurele billikheid aan diegene wat ’n regmatige verwagting het.

Oor die geregtelike vertolking van die grondwetlike reg op prosedurele billikheid moet ook besin word.

In *Kotzé v Minister of Health*⁸⁴⁵ is die Direkteur-Generaal van Gesondheid voorsien van mediese opsies ten effekte dat die applikant ongeskik was vir verdere diens in die staatsdiens. Die hersieningshof het bevind dat die redes wat aangevoer is vir die optrede wat in hersiening was, nie deur die feite of die reg gesteun is nie. Die hof het ook bevind dat die oorweging deur die Direkteur-Generaal van Inligting wat nie deel van die applikant se aansoek was nie, daarop neergekom het dat hy (die applikant) prosedureel billike administratiewe optrede ontsê het. Die applikant moes die geleentheid gegun gewees het en om aandag te gee aan enige ander inligting wat nie deel van sy aansoek was nie, maar by die oorweging van sy aansoek in ag geneem is.

Om die geleentheid om aangehoor te word, te weier aan ’n persoon wat geregtig is op die voordeel van die *audi alteram partem*-reël is ’n onherstelbare onreëlmatigheid, ongeag hoe sterk die saak teen so ’n persoon is.⁸⁴⁶

⁸⁴⁴ In *SA Metal Machinery Company Limited v Transnet Limited* 1999(1) BCLR 58 (W) is die betekenis van die woord belange (“interests”) in Artikel 24 van die Interim Grondwet oorweeg. Die hof het bevind dat dit nóg moontlik, nóg wenslik is om die aard van die belange wat deur dié bepaling beskerm word, presies af te baken. Daar moet in die lig van die omstandighede van elke saak bepaal word of die persoon wat aanspraak op die reg maak, redelikerwys ten opsigte van sy of haar persoon, eiendom of aansien benadeel word deur die administrasie in ’n mate wat beskerming verg ten einde sy of haar belange te beveilig.

⁸⁴⁵ 1996(3) BCLR 417 (T).

⁸⁴⁶ Dit word geïllustreer deur *Frazer v Children’s Court, Pretoria North* 1996(8) BCLR 1085 (T). Die applikant was die vader van ’n buite-egtelike kind. Die verwagte moeder, wat besluit het om die kind te laat aanneem, het gesê haar besluit het berus op die applikant se aanvanklike weiering om met haar te trou, haar onvermoë om die kind as enkel ouer groot te maak, en haar mening dat die applikant nie toegang tot die kind behoort te hê nie, omdat hy eienskappe getoon het wat toegang onwenslik sou maak. Aannemingsprosedures is begin en die applikant het probeer om die beoogde aanneming ter syde te stel. Die applikant het gepoog om die aannemingsverrigtinge te laat opskort en het ook teenaannemingsverrigtinge ingestel. Die kommissaris het

Die howe pas die beginsels van billikheid toe op die voorlopige en suiwer ondersoekende verrigtinge van administratiewe liggame. 'n Goeie byvoorbeeld is die saak van *Du Preez v Truth and Reconciliation Commission*,⁸⁴⁷ waar die hof bevind het dat daar 'n verpligting op die kommissie rus om billik te handel teenoor persone wat in die loop van sy ondersoek getuienissittings by sake betrek kon word. In *Van der Merwe and Others v Slabbert NO and Another*⁸⁴⁸ is dieselfde benadering gevolg.

In *Bushbuck Ridge Border Committee v Government of the Northern Province*⁸⁴⁹ het Kirk-Cohen met die volgende *dictum* in die Traub-saak saamgestem :

“A person whose legitimate expectation has not been considered is limited to a procedural right to be heard and not a legal right to seek specific performance. In this regard I refer to Traub’s case in the Court a quo (1989)(1) SA 397(W) at 403D-E where Goldstone J said the following :

‘I understand the law, if a person is wrongly denied a hearing in a case where he should have been given one, no matter how strong the case against him, the denial of the hearing is a fatal irregularity.’

..... A legitimate expectation therefore only creates a procedural right to be heard and not a right to seek compliance with the act or commission complained of.”⁸⁵⁰

Die vraag rakende vooroordeel is deur regter Conradie in *Financial Services Board v Pepkor Pension Fund*⁸⁵¹ oorweeg.

Hieruit is die volgende duidelik :

- (a) Prosedurele billikheid het ingevolge die Grondwet 'n breër toepassing as die gemeenregtelike reëls van natuurlike geregtigheid.
- (b) Prosedurele billikheid ingevolge die Grondwet is nie bloot 'n kodifisering van die bestaande (gemene) reg nie.

die saak beslis sonder om mondelinge getuienis aan te hoor, die kind aan aanneemouers toegeken en beslis dat dit in die beste belang van die kind was om hom by aanneemouers te laat. Die applikant het toe hersieningsverrigtinge ingestel met die oog daarop om die aannemingsbevel tersyde te laat stel. Een van die gronde vir hersiening was dat die applikant, as 'n ouer binne die betekenis beoog in die Wet op Kindersorg, 74 van 1983, daarop geregtig was om oor die kwessie van aanneming aangehoor te word.

⁸⁴⁷ 1997(4) BCLR 531 (A).

⁸⁴⁸ 1998(6) BCLR 697 (N).

⁸⁴⁹ 1999(2) BCLR 193 (T) op 200.

⁸⁵⁰ 1999(2) BCLR 193 (T) By bladsy 199 het hy ook gesê: “Circumstances giving rise to a legitimate expectation depend upon the facts of each case”.

⁸⁵¹ 1999(1) SA 167 (C) “.... I ask myself whether a substantial number of reasonable and informed users of the Appeal Board would think that there was a risk of partial decisions being made because of the one member’s connection with the Board and the Board’s relationship with the Registrar. In assessing the reaction of the reasonable and informed user of the Appeal Board, I bear in mind that the composition of the Appeal Board is quite clearly designed to draw together in one tribunal the expertise of a lawyer, an accountant and auditor and someone with knowledge of the practical application of several esoteric acts dealing with complex financial matters.the philosophy behind the composition of the Appeal Board does not differ from that underlying the composition of other expert tribunals. There is in principle nothing offensive about appointing to the Appeal Board someone who is sensitive to the broad policy concerns of the Board.....

I contend therefore that the presence of a member of the Board does not taint the structure or composition of the Appeal Board. It is, in my judgement, an independent tribunal as envisaged by section 34 of the Constitution.

I should say in passing that I think it would weak havoc with our system of administrative adjudication if internal appeals to a higher authority within the same hierarchy were to be impermissible simply because a member of the appeal tribunal has some measure of general supervision or control over the conduct of a member of the lower Tribunal”.

- (c) Die reg op prosedureel billike administratiewe optrede moet 'n ruim vertolking geniet. Die vertolking moet so wees dat dit aan die individue die volle omvang van hulle fundamentele regte verleen.⁸⁵²
- (d) Die beginsels van billikheid moet in ooreenstemming met die gees van die Grondwet toegepas word.⁸⁵³

In die saak *Governing Body Mikro Primary School and Another v Minister of Education, Western Cape and Others*⁸⁵⁴ het prosedurele billikheid aan die hand van Artikel 6(2)(c) van PAJA onder bespreking gekom. Die applikant was die beheervoerende liggaam van die Mikro Primêre Skool, waar besluit is om 41 skoolkinders weg te wys, aangesien die skool 'n Afrikaansmedium skool was. Na die besluit geneem is, het die tweede respondent, die Hoof van die Onderwysdepartement van die Wes-Kaapse Administrasie, 'n direktief uitgereik waarin die skool versoek is om die skoliere in Engels te onderrig. Appèl is aangeteken na die eerste respondent, wat die appèl afgewys het. Die applikante bring toe 'n hersieningsaansoek en versoek die hof om die tweede respondent se direktief ongeldig te verklaar. Die direktief is deur die applikant, met verwysing na PAJA op twee gronde teëgestaan. Een van die gronde van die aansoek is gebaseer op die feit dat die afwysing van die appèl prosedureel onbillik was.

Die struikelblok was dat die eerste respondent geweier, of versuim het om die applikant se prokureurs die geleentheid te bied om verdere getuienis en meriete vir oorweging voor die eerste respondent te plaas. Nieteenstaande die versoeke tot voorlegging, en sonder kennisgewing aan die prokureurs en die applikant om hulle appèl te versterk, het die eerste respondent die appèl van die hand gewys. Die respondente se argument was dat die appèl nie uitgebrei kon word nie, aangesien daar 'n tydsprobleem was, omdat die skole in Januarie moes heropen.

Die hof was van mening dat die dringendheid wat geskep is, naamlik dat die skole sou heropen, aan die administrateur (1ste respondent) se eie toedoen te wyte was, en dat dringendheid nie in die pad van prosedurele billikheid moes staan nie.

Volgens bladsy 522 E – H van hierdie saak, beslis die hof soos volg :

“Had [the relevant information] been allowed to be placed before the first respondent before he had decided against the appeal, he might have decided

⁸⁵² Sien *Van Huysteen No v Minister of Environmental Affairs and Tourism* 1995(9) BCLR 1191 (K). Hierdie vertolking “(should) avoid the austerity of tabulated legalism” (1214). Die hof het, met ander woorde, bevind dat howe by die vertolking van die reg op prosedurele billikheid nóg geforseer nóg beperk (“constrained”) word deur vroeëre beslissings met betrekking tot die bestek van natuurlike geregtigheid (1212 J-1213A). Die hof het dit soos volg verduidelik op 1212: “Apart from the fact that I do not agree that the rules of natural justice in our law are limited to the audi alteram partem and the nemo iudex in sua causa rules, I do not think that one can regard section 24(b) (of the interim Constitution) as codifying the existing law.... It is not entirely clear in England whether natural justice is “but a manifestation of a broader concept of fairness” or whether natural justice” applies to “judicial decisions” and “a duty to act fairly” exists in “administrative or executive determinations”.

⁸⁵³ In *Jenkins v Government of the Republic of South Africa* 1996(8) BCLR 1059 (TK) het die regter akkoord gegaan met die beslissing van *Van Huysteen NO v Minister of Environmental Affairs and Tourism* 1996(1) SA 283 (K), 1995(A) BCLR 1191 (K) dat die uitleg van die reg op prosedureel billike administratiewe optrede ruim vertolk moet word.

⁸⁵⁴ 2005(3) SA 504 (C).

it differently. He says, and it was argued, that he could not wait for this material because the schools were due to open on 19 January 2005, and finality was urgently required. The answer to this contention is that the urgency was of the Education Department's own making..... Had the directive been issued at an earlier stage, the appeal against it could have been disposed of less summarily and with less haste. I find that the first respondent's action in dismissing the appeal as he did was procedurally unfair (s 6(2)(c) of the Promotion of Administrative Justice Act)."

Die uitspraak van die hof is ook op appèl herbevestig.⁸⁵⁵

4.4 DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(d) VAN PAJA : DIE OPTREDE IS DEUR 'n REGSDWALING WESENLIK BEÏNVLOED

Artikel 6(2)(d) maak voorsiening vir die hersiening van administratiewe optrede, wat wesenlik deur 'n regsdwaling beïnvloed is. Gewoonlik word gesê dat Subartikel (d) asook Subartikels (e) tot (h), oor die misbruik van administratiewe diskresionêre bevoegdheid handel.

Weer eens moet 'n mens vra of hierdie hersieningsgrond die howe se bevoegdheid om skendings van Artikel 33 van die Grondwet te hersien, beperk het. Artikel 33 bepaal eksplisiet dat elkeen die reg op regmatige administratiewe optrede het en dat dit die taak van die howe sal wees om te bepaal of daar 'n regsdwaling was of nie. Dit kan nie aanvaar word dat 'n administratiewe handeling wat op 'n regsdwaling berus, regmatig (of redelik) is soos deur die Grondwet vereis nie. As 'n mens jou aan hierdie benadering hou, is dit duidelik dat PAJA die howe se hersieningsbevoegdheid beperk het, deur die hersiening tot wesenlike regsdwalings te beperk.

Hoewel dit vanselfsprekend is dat die howe, eerder as die administrasie, die laaste woord oor regskwessies moet spreek, was die geregtelike benadering tot dusver tradisioneel dat 'n regsdwaling hersienbaar is, slegs indien die amptenaar nie die aard van die diskresie reg begryp het nie weens 'n wanvertolking van die Wet wat die diskresie verleen.⁸⁵⁶

In *Hira and Another v Booysen and Another*⁸⁵⁷ het die hof egter 'n ander benadering gevolg. Die beslissing was dat wanneer die klagte is dat die tribunaal 'n wesenlike regsdwaling begaan het, die hersienbaarheid van die besluit afhang van die vraag of

⁸⁵⁵ *Western Cape Minister of Education and Others v Governing Body of Mikro Primary School* 2005(3) ALL SA 436 (SCA). Sien ook *Gold Fields Limited v Cornellan NO and Others* 2005(3) ALL SA 142(W); *Earthlife Africa (Cape Town) v Director General:Department of Environmental Affairs and Tourism and Another* 2005(3) SA 156 (C) en *Trend Finance (Pty) Limited and Another v Commissioner for SA RS and Another* 2005(4) ALL SA 657(C).

⁸⁵⁶ *Union Government (Minister of Mines and Industries) v Union Steel Corporation (South Africa) Limited* 1928 AD 220, 234.

⁸⁵⁷ 1992(4) SA 69 (A).

dit die wetgewer se bedoeling was dat die tribunaal die eksklusiewe (uitsluitlike) gesag het om oor die regspraak te beslis. Dit is 'n kwessie van die vertolking van die Wet, wat die bevoegdheid aan die tribunaal verleen.

In die saak *Laerskool Middelburg en 'n ander v Departementshoof Mpumalanga Departement van Onderwys en andere*⁸⁵⁸ was die applikant die eerste skool in die omgewing wat uitsluitlik Afrikaans-medium-onderdig verskaf het. Ingevolge Artikel 6(1) van die Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996, het die Minister van Onderwys sekere regulasies afgekondig rakende die beheer van toegang en die hantering van die taalbeleid. Die respondente het die regulasies verkeerdelik toegepas deurdat hulle dit geïnterpreteer het om magtiging te verleen om die eerste applikant te dwing om skoliere in Engels te onderrig, selfs voordat ander skole in die omgewing wat Engelse onderrig verskaf het, vol was. Nieteenstaande die feit dat nog skoliere tot die Engels-mediumskole in die omgewing toegelaat kon word, het die respondent die applikant gelas om die skoliere toe te laat. Die applikante was die mening toegedaan dat die Afrikaans-mediumskool slegs gelas kon word om Engelstalige skoliere in te neem, indien die Engelse skole in die omgewing vol was.

Die hof het die applikant gelyk gegee, sonder om na PAJA, of die optrede wat deur 'n regspraak beïnvloed is, te verwys.

Volgens bladsy 171 A-B van hierdie saak beslis die hof soos volg :

“Die respondente betoog dat die korrekte uitleg van die hier bovermelde regulasies daarop neerkom dat dit die eerste respondent vrystaan om van 'n Afrikaansmedium skool te verwag om 'n Engelse baan te open selfs voordat die getalverhouding van 40 tot een in ander skole wat Engels as voertaal gebruik, bereik is; en selfs al is daar minder as 40 leerders vir die voorgestelde nuwe graad in die nuwe baan by die applikant.

Hierdie uitleg strook hoegenaamd nie met die uitdruklike bewoording van die regulasie nie.”

Die saak het egter 'n interessante nadraai gehad. Aangesien die applikante lank gewag het om die hersieningsaansoek te bring, het die Engelstalige skoliere hulle self ingegrawe en gewoon geraak aan die omstandighede by die Afrikaans-mediumskool. Die hof het toe 'n belange afweging gemaak rakende die reg op billike administratiewe optrede, spesifiek gefokus op die belange van die skoliere (sien Artikel 28(2) van die Grondwet) en gelas dat die skoliere in die skool moes aanbly om in Engels onderrig te word, nieteenstaande die inbreukmaking op die applikante se regte ingevolge die administratiefreg.

⁸⁵⁸ 2003(4) SA 160 (T).

Die hof laat hom op bladsy 178(h) soos volg uit :

“Hoe onbevredigend die resultaat dus ook uit die oogpunt van die applikante, die administratiefreg en enkelmedium skole in die algemeen mag wees, moet die aansoek van die hand gewys word.”

In *Liberty Life Association of Africa Limited v Kachelhoffer NO*⁸⁵⁹ moes die hof ook sy beslissing vel oor 'n regsdwaling. Die hof het, voordat die saak oorweeg is, eers aandag bestee aan akademiese oorwegings.⁸⁶⁰

4.5 DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(e) VAN PAJA : DIE OPTREDE IS VERRIG OM 'n REDE WAT NIE DEUR DIE MAGTIGENDE BEPALING GEMAGTIG IS NIE

Nieteenstaande die feit dat die howe, wanneer aandag geskenk word aan hersieningsgronde, 'n onderskeid moet tref tussen verskillende hersieningsgronde, gebeur dit ook dat sake onder 'n spesifieke hersieningsgrond aangehoor word, maar ook onder ander aangehoor kan word.

In *Kimberley Girls' High School and Another v Head, Department of Education, Northern Cape Province and Others*⁸⁶¹ het die feitstel ingevolge Artikel 6(2)(e)(i), perfek ingepas by 'n hersieningsgrond. Die hof het nie PAJA oorweeg nie. Die Hoof van die Onderwysdepartement het geweier om twee onderwysers by die skool aan te stel, aangesien die beheerraad van die skool nagelaat het om hul verpligting ingevolge die beleid op regstellende aksie in die aanstelling van die onderwysers na te kom. Die skool het geadverteer vir die pos van Senior Engelse Onderwyser en het aansoek ingewag. Drie kandidate is op die kortlys geplaas; maar nie een was van voorheen benadeelde agtergrond nie. Drie aansoekers met uitstekende kwalifikasies en wat aan laasgenoemde groep behoort het, is nie op die kortlys geplaas nie.

⁸⁵⁹ 2005(3) SA 69 (C).

⁸⁶⁰ 2005(3) SA 69 (C); Ingevolge paragraaf 47 en 48 skenk die hof aandag aan die volgende:“(47) Under the common law errors of law were reviewable only if they prevented an administrative tribunal from appreciating his/her powers or had the effect of precluding the exercise of such a tribunal's discretion.... Current views on the effect of the constitutionalisation of administrative justice has had (sic) on that approach is not uniform. Cora Hoexter The New Constitutional and Administrative Law Vol 2 'Administrative Law' at 152-3 is of the view that every error of law is reviewable; Iain Currie and Jonathan Klaaren The AJA Benchbook at 163 paragraaf 6.15; Yvonne Burns Administrative Law under the Constitution 2nd ed (1996) at 175; Margaret Beukes 'Review as a Tool for the Development of a Culture of Accountability in the Public Administration' 2002 SA PL 244 at 256-7; and J R De Ville Judicial Review of Administrative Action in South Africa at 152 are of the view that only material errors of law are reviewable. Johan De Waal *et al* The Bill of Rights Handbook at 516 express the view that the common law approach to the reviewability of errors of law can no longer be maintained under the right to lawful administrative action.” (48) In terms of section 6(2)(d) of the PAJA administrative action may be reviewed if it '.... Was materially influenced by an error of law'. An error of law is not material or relevant if the decision is justifiable on the facts despite such an error.... As the purpose of the PAJA is to give content and meaning to the constitutional right to just administrative action, I favour the view that only material errors of law, i.e. errors that materially influence the outcome of administrative action, should be reviewable.” Sien ook verder die volgende sake: *South African Veterinary Council and Another v Veterinary Defence Association* 2003(2) ALL SA 156 (SCA); *Radio Pretoria v Chairman of ICASA and Another* 2003 JOL 10732 (T); *JFE Sapela Electronics (Pty) Limited and Another v Chairperson: Standing Tender Committee and Others* 2004(3) ALL SA 715 (C), *South African Jewish Board of Deputies v Sutherland NO and Others* 2004(4) SA 368 (W); *Minister of Safety and Security and Another v Nombungu and Others* 2004(4) SA 392 (T); *Governing Body, Mikro Primary School and Another v Minister of Education, Western Cape and Others*, supra; en *Jicama 17(Pty) Limited v West Coast District Municipality* 2006(1) SA 116 (C).

⁸⁶¹ 2003 JOL 11106 (NC).

Die hof het PAJA nie hier oorweeg nie. Die applikante het beweer dat die Hoof van die Onderwysdepartement ingevolge die relevante wetgewing, nie gemagtig was om te weier om die onderwysers aan te stel nie.⁸⁶²

Artikel 6(2)(e)(i) vereis spesifiek dat administratiewe besluitneming deur die magtigende bepaling gemagtig moet word. Gevolglik tree 'n administrateur wat miskien *bona fide* handel, maar die doelwit van die magtigende bepalings oorskry, onregmatig op. Dit is moeilik om tussen hierdie subparagraaf en die een wat handel oor 'n ongeoorloofde doel of beweegrede te onderskei. Wat wel duidelik is, is dat albei subparagraawe vereis dat die diskresionêre optrede van die administrateur regmatig moet wees in die sin dat dit moet beoog om die verklaarde doelwit of oogmerk van die magtigende bepaling te bereik. Dit is egter die taak van die hof om hierdie grond vir geregtelike hersiening, asook die een bepaal in Artikel 6(2)(e)(ii), te vertolk en tussen hulle te onderskei.

4.6 DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(e)(ii) VAN PAJA : DIE OPTREDE IS VERRIG MET 'n ONGEOORLOOFDE DOEL, EN OF 'n ONGEOORLOOFDE BEWEEGREDE

4.6.1 ONGEOORLOOFDE DOEL

Ongeoorloofde doel (ongemagtigde doel), of ongeoorloofde beweegrede, word in die gemenerereg lank reeds as 'n hersieningsgrond aanvaar. Die administratiewe owerheid moet sy bevoegdhede met 'n geoorloofde doel uitoefen. Doen hy dit nie, kom dit neer op die misbruik van mag. Artikel 6(2)(e)(ii) van die Wet bepaal dat administratiewe optrede wat met 'n ongeoorloofde doel, of weens 'n ongeoorloofde beweegrede verrig word, onderworpe is aan geregtelike hersiening. Hierdie hersieningsgrond hou verband met die manier, of wyse, waarop die optrede verrig is.

Wat moet verstaan word met die doel van die administratiewe handeling? Die doel van 'n handeling is om die een of ander oogmerk te bereik; byvoorbeeld die regulering van verkeer, die handhawing van vrede en stabiliteit in die gemeenskap, die lewering van gesondheidsdienste, en so meer. Nog 'n manier om die doel te beskryf is om dit die objek van die administratiefregtelike verhouding te noem – dit wil sê, die aangeleentheid of saak wat die basis van die administratiefregtelike verhouding vorm.

Om die doel van 'n administratiewe handeling te bepaal moet 'n mens jou tot die magtigende of in staatstellende wetgewing wend. Die wetgewende funksie is doeldienend : Die vraag is dus wat die wetgewer beoog het met die

⁸⁶² Sien ook *RHI Joint Venture v Minister of Roads and Public Works and Others* 2003(5) BCLR 544 (CK).

bepaalde wetsinstrument? Wanneer 'n mens die doel van wetgewing wil bepaal, soek jy die duidelike en klaarblyklike doel – dit wil sê, jy wil die oogmerk, mikpunt, bestek of funksie van die Wet soos bepaal deur regtens erkende uitlegreëls, vasstel. Die belangrikste reël van wetsuitleg is dat die uitleg in die finale instansie die oogmerk van die wetgewing moet reflekteer.

Die algemene doel van alle administratiewe optrede is om die openbare belang en die algemene welsyn te bevorder. Geen wetgewer mag hierdie basiese legaliteitsvereiste ignoreer nie. Afgesien van hierdie algemene doel, is daar ook die meer spesifieke doel vervat in die magtigende wetgewing. Die doel waarmee 'n bevoegdheid verleen word, staan nie noodwendig net in verband met een aangeleentheid, byvoorbeeld verkeersregulering, die voorkoming van waterbesoedeling, of natuurbewaring nie. Die spesifieke doel vervat in die magtigende Wet kan 'n breë of beperkte bestek hê.

Die uitoefening van 'n administratiewe bevoegdheid vir 'n ongemagtigde doel kom neer op 'n *ultra vires*-handeling in dié sin dat die nastrewing van daardie doel nie 'n statutêre grondslag het nie. Die administrateur het dus nie die nodige statutêre magtiging vir sy of haar optrede nie. 'n Administratiewe handeling wat aan 'n ongemagtigde doel beantwoord, is *ultra vires*, al is die doel ook hoe aanbevelenswaardig of prysenswaardig, selfs al het die administratiewe liggaam heeltemal *bona fide* opgetree. Dit is waar dat die subjektiewe ingesteldheid van die administrateur gebruik kan word om vas te stel of die oogmerke wat ten doel gestel is, inderdaad deur die bepaalde administratiewe handeling bereik is. Dit is egter nie nodig om te bewys dat die administrateur geweet het dat hy of sy die bevoegdheid vir 'n ongemagtigde doelwit uitgeoefen het nie, of dat daar 'n bewuste voorneme by die administrateur was om die individu skade te berokken nie.

In die praktyk is die gebruik van administratiewe bevoegdheid vir 'n ongemagtigde doel dikwels die gevolg van burokratiese onkunde, of nalatigheid. In die gemenerereg berus bewys van 'n ongemagtigde doel op die resultaat, gevolge en uitwerking van die bepaalde optrede. Wanneer die resultaat van die administratiewe handeling duidelik toon dat 'n ongeoorloofde doel gedien is, is die optrede om daardie rede ongeldig. Dit was nog altyd moeilik om bewys van die administrateur se subjektiewe ingesteldheid (met ander woorde die motief van die administrateur) te lewer. Die bewys van 'n administrateur se motief is gewoonlik onvoldoende om die wantoepassing van administratiewe mag te bewys. PAJA meld egter nou spesifieke ongeoorloofde beweegredes as gronde vir geregtelike hersiening.

Ongeoorloofde doel sal nie ter sprake kom, wanneer die administrateur geen keuse of diskresie het nie – die sogenaamde ministeriële handeling. In sulke gevalle kom ongeoorloofde doel nie ter sprake nie, omdat daar nie van die administrateur verwag word om sy of haar eie oordeel te gebruik nie.

Die gebruik van 'n bevoegdheid vir 'n ongeoorloofde doel kom ook nie ter sprake in die geval van geregtelike administratiewe handeling nie, omdat die doel van sulke handeling regtens onbesproke is – die doel waarmee dit verrig word, is bo verdenking. 'n Party mag dus nie die geregtelike administratiewe handeling bevraagteken, op grond daarvan dat dit vir 'n ongeoorloofde doel verrig is nie, want regsekerheid vereis dat die doel van geregtelike administratiewe handeling nie bevraagteken kan word nie.

Wiechers stel dit soos volg :

“Samevattend kan daar gesê word dat die vereiste van verwesentliking van die geoorloofde doel nie op sensuur van administratiewe ‘moraliteit’ dui nie, maar dat dit wel slaan op bewustelike nastrewing deur die administratiewe orgaan van 'n ongeoorloofde doel en dat die bewustelike nastrewing van so 'n doel in die uitwerking en gevolge van die handeling kenbaar gemaak moet word.”⁸⁶³

4.6.2 UITOEFENING VAN 'n BEVOEGDHEID WEENS ONGEORLOOFDE BEWEEGREDES OM DIE OOGMERK VAN DIE REG TE VERYDEL (// FRAUDEM LEGIS)

In die verlede het die howe verkeerdelik die uitoefening van 'n administratiewe bevoegdheid weens 'n ongeoorloofde beweegrede gelykgestel aan *fraus legis*. So, byvoorbeeld, het die hof in *Van Eck NO and Van Rensburg NO v Etna Stores*⁸⁶⁴ die volgende gesê :

“To profess to make use of a power which has been given by statute for one purpose only, while in fact using it for a different purpose, is to act in *fraudem legis*.”

Fraus legis kom neer op opsetlike ontduiking van die bepalinge van 'n Wet deur skuiwergate daarin te gebruik. Dit is dus 'n bedrieglike ontduiking van die bepalinge van die wet.

⁸⁶³ Wiechers, 1984:265. Vir verdere voorbeelde uit gewysdes, waar bevoegdhede vir 'n ongeoorloofde doel gebruik is, sien *Rikhotso v East Rand Administration Board* 1983(4) SA 278 (WLD); *Mackeson v Minister of Information, Immigration and Tourism and Another* 1980(1) SA 747 (ZR); *University of Cape Town v Ministers of Education and Culture (House of Assembly and House of Representatives)* 1988(3) SA 203 (K); *Basson v Provincial Commissioner (Eastern Cape)*, *Department of Correctional Services* 2003(4) BLLR 341 (LC); 2003 JOL 10780; *Thatcher v Minister of Justice and Constitutional Development and Others* 2005(1) ALL SA 373 (C); *Seodin Primary School and Others v MEC of Education, Northern Cape and Others* 2006(1) ALL SA 154 (NC).

⁸⁶⁴ 1947(2) SA 984 (A).

Die onderskeid tussen *fraus legis* en 'n ongeoorloofde bewegeerde is die volgende :

- Die uitoefening van 'n bevoegdheid met 'n ongemagtigde doel beteken dat die administrateur *ultra vires* gehandel het, dit wil sê, buite die omvang van sy of haar bevoegdheid.
- Daar is nie noodwendig bedrieglike opset in die misbruik van mag deur 'n administratiewe owerheid nie, aangesien 'n administratiewe orgaan of amptenaar heeltewel *bona fide* kan handel, wanneer hy of sy die mag misbruik. In die geval van *fraus legis* is daar altyd bedrieglike opset.
- Die ooreenkoms tussen *fraus legis* en magsmisbruik is dat die oogmerk van die Wet in albei gevalle genegeer word; dit is nie verwesenlik nie.
- Die grondliggende verskil is dat die regsrag van die Wet in die geval van *fraus legis* ondermyn word deur 'n opsetlike ontduiking van die wetsbepalings, terwyl die regsrag van die Wet in die geval van die uitoefening van die bevoegdheid vir 'n ongemagtigde doel op ongeoorloofde wyse uitgebrei word. 'n Administratiewe orgaan wat sy bevoegdhede vir 'n ongemagtigde doel uitoefen, oortree in der waarheid op die wetgewende terrein.

4.6.3 DIE GEBRUIK VAN ONGEMAGTIGDE PROSEDURE OM 'n ANDERSINS REGMATIGE OOGMERK TE BEREIK

Daar moet onderskei word tussen 'n geval waar 'n administratiewe bevoegdheid met 'n ongemagtigde (ongeoorloofde) doel uitgeoefen word, en 'n geval waar 'n gemagtigde doel nagestreef word, maar die prosedure wat gebruik word om dit te bereik, nie gemagtig is nie. In die meeste gevalle gebeur laasgenoemde, wanneer die administrasie probeer om 'n omslagtige prosedure te vermy.

In *Mathebe v Regering van die Republiek van Suid-Afrika*⁸⁶⁵ het die hof bevind dat die besluit van die regering nietig was, omdat dit nie op die bevordering van die ontwikkeling van die betrokke bevolkingsgroep (die Moutses) gemik was nie, maar op administratiewe gerief. In *Van Coller v Administrator Transvaal*⁸⁶⁶ het die hof bevind dat die Direkteur van Onderwys se optrede om 'n onderwyser na 'n ander pos oor te plaas, op 'n tugmaatreël neergekom het. Deur te versuim om die reëls van natuurlike geregtigheid betreffende tugverrigtinge, toe te pas, het die administrasie onregmatig opgetree.

⁸⁶⁵ 1988(3) SA 667 (A).

⁸⁶⁶ 1959(4) SA 205 (T); 1960(1) SA 110 (T).

In *Pretoria City Council v Meerlust Investments (Pty) Limited*⁸⁶⁷ het die hof bevind dat die gebruik deur die stadsraad van 'n privaatregtelike aankoopprosedure, in plaas van statutêre onteining, ongeldig was.

Hierdie tipe prosedurele ontduiking is in wese 'n tipe *fraus legis*, aangesien die orgaan bewustelik probeer om die wetsbepalings te ontduik, terwyl die administrateur wat sy of haar bevoegdhede vir 'n ongeoorloofde (ongemagtigde) doel gebruik, heel dikwels met die beste bedoelinge optree.

4.7 DIE BEPALINGS VAN ARTIKEL 6(2)(e)(iii) VAN PAJA : DIE OPTREDE IS VERRIG OMDAT NIE-TERSAAKLIKE OORWEGINGS IN AG GENEEM IS, OF TERSAAKLIKE OORWEGINGS NIE IN AG GENEEM IS NIE

In *Phillips Medical Customer Support (Pty) Limited v Eastern Cape Provincial Tender Board and Others*⁸⁶⁸ het die hof bevind dat die eerste respondent nagelaat het om sy aandag te bestee aan 'n tenderproses, toe hy die aanbod van die applikant nie oorweeg het nie, omdat dit nie aan die tendervereistes voldoen het nie. Die party wat in die tenderproses suksesvol was, het egter ook nie aan die tendervereistes voldoen nie.

In *Pepcor Retirement Fund and Another v Financial Services Board and Another*⁸⁶⁹ moes die hof beslis of 'n besluit geneem deur die administrateur hersienbaar was, waar die besluit gebaseer was op 'n wesentlike feitedwaling en die benadeelde party bevoordeel sou wees as die feitedwaling nie in ag geneem was nie.

Die hof verwys na die sake van *Johannesburg Stock Exchange and Another v Witwatersrand Nigel Limited and Another*⁸⁷⁰ en *Hira and Another v Booysen and Another*⁸⁷¹ en beklemtoon die feit dat die Hoogste Hof van Appèl in die verlede nie 'n feitedwaling (mistake of fact) as 'n hersieningsgrond toegelaat het nie.

Volgens par 32 beslis die hof soos volg :

“[j]udicial intervention ha[d] been limited to cases where the decision was arrived at arbitrarily, capriciously or *mala fide* or as a result of unwarranted adherence to a fixed principle or in order to further an ulterior or improper purpose; or where the functionary misconceived the nature of the discretion conferred upon him and took into account irrelevant considerations or ignored relevant ones; or where the decision of the functionary was so grossly

⁸⁶⁷ 1962(1) SA 328 (T).

⁸⁶⁸ 2003 JOL 11118 (E).

⁸⁶⁹ 2003 JOL 11099 (SCA); 2003(3) ALL SA 21 (SCA); 2003(6) SA 38 (SCA).

⁸⁷⁰ 1988(3) SA 132 (A) op 152 C-D.

⁸⁷¹ 1992(4) SA 69 (A) op 93 B-C.

unreasonable as to warrant the inference that he had failed to apply his mind to the matter.”

By oorweging van die meriete van die saak, verwys die hof na besluite van die Grondwetlike Hof⁸⁷² en die feit dat die Hoogste Hof van Appèl bevind het dat die huidige gemeenregtelike beginsels van administratiewe optrede nie oorbodig geraak het met die inwerkingtrede van die nuwe Grondwet nie. Indien geweier sou word om 'n besluit in hersiening te neem waar die besluit neerkom op 'n wesentlike feitedwaling, sou dit meebring dat die administratiewe aksie nie in ooreenstemming sou wees met Artikel 33 van die Grondwet nie, wat bepaal dat administratiewe optrede regmatig, redelik en prosedureel billik moet wees.⁸⁷³

Alhoewel PAJA nie reeds in werking getree het by die oorweging van die saak nie, het die hof aangetoon dat Artikel 6(2)(e)(iii) van die Wet daarvoor voorsiening maak dat die hof die bevoegdheid het om 'n administratiewe handeling in hersiening te neem, veral waar relevante oorwegings nie in ag geneem is nie. Terwyl hierdie Artikel vertolk kan word om bloot die gemenerereg te herbevestig, het die hof tereg uitgewys dat dit maklik vertolk kan word om ook 'n feitedwaling as hersieningsgrond in te sluit.

In *Hayes and Another v Minister of Finance and Development Planning, Western Cape and Others*⁸⁷⁴ het die hof in 'n vorige soortgelyke saak – die 1999-beslissing⁸⁷⁵, verklaar dat die eerste respondent nie by magte was om slegs op 'n opsomming van die besware te vertrou wanneer hy sy besluit moes neem nie. In die 2003-saak het die respondent weer eens slegs gekonsentreer op 'n opsomming van die besware toe hy 'n besluit moes neem. Die groot probleem was dat die opsomming onvoldoende en ook misleidend was. Verskeie ander probleme het ook na vore getree by die oorweging van die opsomming van die besware.

Die verweer van die respondent was dat hy soveel besware moes oorweeg, en dat hy op sy personeel moet vertrou om hom behulpsaam te wees om die korrektheid van die bewerings in die briewe van beswaar na te gaan, asook dat die personeel nie vals inligting sal verstrek in die verslae wat voor die respondent dien nie.

Die hof beslis soos volg :

“The first respondent was obviously entitled to rely upon the expertise and the advice of the officials in his department, provided that the final decision was his (President of the Republic of South Africa and Others v South African

⁸⁷² *Fedsure Life Assurance Limited and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council and Others* 1999(1) SA 374 (CC); *President of the Republic of South Africa v South African Rugby Football Union* 2000(1) SA 1 (CC) en *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA . In Re : Ex Parte President of the Republic of South Africa* 2000(2) SA 674 (CC).

⁸⁷³ Sien Paragraaf 45 van die *Pepcor*-saak.

⁸⁷⁴ 2003(4) SA 598 (C).

⁸⁷⁵ *Hayes and Another v Minister of Housing, Planning and Administration, Western Cape and Others* 1999(4) SA 1229 (C) (by 1284 E-F).

Rugby Football Union and Others (supra in paras [40] and [43] at 29A and 30A)). In coming to his final decision, he must himself exercise the discretion which section 44(2) of the ordinance gives him. He may not abdicate it in favour of someone else; he may not in the words of Baxter Administrative Law at 442, 'pass the buck'. If he does, the decision which flows there from is unlawful and a nullity (see *Hofmeyer v Minister of Justice and Another* 1992 (3) SA 108 (C) at 117F-H and the authorities cited there)⁸⁷⁶

Die hof beslis ten slotte dat, aangesien daar foute in die opsomming van die besware was, die administratiewe handeling hersienbaar was. Die eerste respondent het nagelaat om sy aandag aan die geskilpunte te bestee.⁸⁷⁷

Oorspronklik het die hof hierdie hersieningsgrond beskou as versuim deur die administrateur om sy of haar aandag aan die saak te bestee. Dit spreek vanself dat die uitoefening van 'n diskresionêre bevoegdheid op tersaaklike oorwegings moet berus. Indien nie-tersaaklike oorwegings deur die administrateur in ag geneem word, kan dit moontlik swaarder weeg as die tersaaklike faktore en so lei tot 'n besluit wat om verkeerde redes geneem is. Dit is ook duidelik dat hierdie hersieningsgrond dikwels verband hou met die hersieningsgrond bekend as "ongeoorloofde doel".

In *Estate Geekie v Union Government*⁸⁷⁸ het waarnemende regter Milne die volgende gesê :

"..... if some consideration were taken into account which was so manifestly alien and irrelevant that no reasonable man could regard it as relevant, that might vitiate the decision arrived at as a result of it."

Die hof was tradisioneel huiwerig om in die uitoefening van administratiewe diskresie tussenbeide te tree, sodat hulle nie op die terrein van die administrasie oortree nie. Die Wet maak nou egter spesifiek voorsiening vir die hersiening van hierdie faktore. Dié benadering sal ongetwyfeld bydra tot die bevordering van 'n oop, deursigtige en verantwoordingspligtige administrasie.

Hoewel 'n hersieningshof ondersoek sal instel of tersaaklike faktore in ag geneem is, sal dit normaalweg nie voorskryf welke gewig die administrateur aan elke oorweging moet verleen nie. In *Durban Rent Board v Edgemount Investments Limited*⁸⁷⁹ het die hof die volgende gesê :

⁸⁷⁶ Sien bladsy 623 H-I van *Hayes and Another v Minister of Housing, Planning and Administration, Western Cape and Others* 1999(4) SA 1229 (C)

⁸⁷⁷ Sien ook *Stanfield v Minister of Correctional Services and Others* 2003(4) ALL SA 282 (C); 2003(12) BCLR 1384 en *Stanfield v Minister of Correctional Services and Others* 2004(4) SA 43 (C); *Visser v Minister of Justice and Constitutional Affairs and Others* 2004(5) SA 183 (T); *South African Jewish Board of Deputies v Sutherland NO and Others* 2004(4) SA 368 (W).

⁸⁷⁸ 1948(2) SA 494 (N).

⁸⁷⁹ 1946 AD 962 op 974.

“How much weight a rent board will attach to particulars or how far it will allow any particular factor to affect its eventual determination of a reasonable rent is a matter for it to decide in the exercise of the discretion entrusted to it, and, so long as it acts *bona fide*, a Court of Law cannot interfere.”

In *Greyling WC & Erasmus (Pty) Limited v Johannesburg Local Road Transportation Board*⁸⁸⁰ is die Nasionale Vervoerkommissie se weiering om 'n openbare padvervoerpermit aan 'n private vervoerondernemer toe te staan, ter syde gestel omdat die kommissie slegs die belange van die Spoorweë in ag geneem het en nie oorweeg het of dit in die openbare belang was om die permit toe te staan nie.

4.8 DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(e)(iv) : DIE OPTREDE IS VERRIG VANWEË DIE ONGEMAGTIGDE OF ONGEREGVERDIGDE VOORSKRIFTE VAN 'n ANDER PERSOON OF LIGGAAM

In *Lazarides v Chairperson of the Firearms Appeal Board and Others*⁸⁸¹ is geweier dat die applikant 'n wapenlisensie vir die besit van 'n .50-kaliber Browning Musgrave mag bekom. Die applikant nader die hof om die besluit te hersien en voer aan dat PAJA van toepassing was. Die applikant was 'n erkende wapenversamelaar en in besit van 73 vuurwapens. Die rede vir die weiering deur die vuurwapenregistrasie owerheid was 'n gebrek aan motivering en die feit dat die vuurwapen nie ingepas het in die applikant se versameling nie. Die vuurwapenappèlraad het met die besluit saamgestem.

Korrespondensie het tussen die partye oor dié besluit plaasgevind. Die respondent het aangevoer dat die Adjunk-Minister 'n beleid uitgevaardig het om te bepaal dat lede van die publiek nie in besit gestel word van dié kaliber vuurwapen nie. In die hof voer die applikant aan dat slegs die Minister, of die Parlement, by wyse van wetgewing of regulasies die besit van sekere vuurwapens mag verbied.

Die uitspraak van die hof verwys nie spesifiek na Artikel 6(2)(e)(iv) van PAJA nie. Die applikant se poging is ook nie deur die hof beskou as 'n kollaterale aanslag nie. Die hersieningsgrond kan dus onder meer as een van die bestaande hersieningsgronde vermeld in PAJA tuisgebring word. Waarnemende regter Ismael beslis dat, indien die hof die regmatigheid van die reël sou oorweeg, die oorweging sou neerkom as 'n inmenging in die huishoudelike sake van die administrateur wat, die hof nie by magte was om te doen nie. Die rede vir die afwysing van die argument was die bevinding dat die applikant nie sy verdedigingsgronde gebaseer het op die bestaan van die reël nie, hetsy dit regmatig was, al dan nie.

⁸⁸⁰ 1982(4) SA 427 (A).

⁸⁸¹ 2006(1) ALL SA 396 (T).

Die lisensie is nie geweier omdat daar statutêre wetgewing bestaan wat die applikant verbied om die wapen te besit nie, of die feit dat die applikant 'n gevaar ingehou het vir die Republiek van Suid-Afrika nie, maar bloot op grond van die redes dat die wapen nie by sy versameling inpas nie en dat sy motivering vir die besit van die vuurwapen gebrekkig of onvoldoende was.

'n Diskresionêre bevoegdheid wat aan 'n bepaalde administrateur verleen is, mag nie deur iemand anders uitgeoefen word nie, hetsy hy of sy 'n hoër of 'n laer posisie beklee. In die gemenerereg kom dit neer op 'n ongemagtigde voorskrif en versuim deur die persoon aan wie die bevoegdheid verleen is, om sy of haar diskresie uit te oefen. Om op voorskrif te handel, of onregmatige verwysing van die aangeleentheid na 'n ander liggaam of persoon, word dikwels "passing the buck", dit is die afskuif van verantwoordelikheid genoem.

Voorbeelde hiervan word gevind in die volgende twee hofsake :

In *Leach v Secretary for Justice, Transkeian Government*⁸⁸² is die applikant se aansoek om 'n dranklisensie geweier. In daardie stadium het die Transkeise kabinet 'n resoluie aanvaar dat dranklisensies slegs aan Transkeise burgers toegestaan sou word. Die Sekretaris van Justisie het die aansoek om hernuwing van die lisensie op grond van die kabinetsbesluit geweier. Die hof het bevind dat die beleid 'n ontoelaatbare beperking van die respondent se diskresie was en voorts dat die toepassing van die kabinetsbesluit onregmatige toegewing was aan die voorskrifte van 'n liggaam wat nie bevoeg was om in te meng nie.

Wat bogemelde hersieningsgrond aanbetref, moet in gedagte gehou word dat daar reeds hierbo aangedui is dat die hersieningsgrond ook tuisgebring kan word onder Artikel 6(2)(a)(i) – administratiewe optrede wat nie by die magtigende bepaling gemagtig was nie.

4.9 DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(e)(v) VAN PAJA : DIE OPTREDE IS TER KWADER TROU VERRIG

Die Wet bepaal spesifiek dat *mala fide*-optrede gronde vir geregtelike hersiening is. Gevolglik word bedrieglike, oneerlike of *mala fide*-optrede (dit wil sê, optrede met kwade bedoelinge) nou uitdruklik ingevolge wetgewing verbied.

Die term *mala fide* word dikwels in die gemenerereg gebruik in die betekenis van die misbruik van mag vanweë dwaling of onkunde. PAJA sluit baie van die gemeenregtelike beginsels van administratiewe legaliteit of geldigheid. Dit moet in gedagte gehou word, dat die grondwetlike reg op administratiewe geregtigheid en PAJA hierdie gemeenregtelike beginsels omvat en daarop berus. Dié grondwetlike

⁸⁸² 1965(3) SA 1 (OK).

Artikel oor administratiewe geregtigheid en die Wet strek egter verder as die gemeenregtelike beginsels. Dit sal dus interessant wees om te sien of so 'n eerlike of foutiewe misbruik van mag as *mala fides* binne die betekenis van Artikel 6(2)(e)(v) van die Wet beskou sal word.

Aangesien *bona fides* betrekking het op die administrateur se subjektiewe gesindheid, word daar by *mala fide*-optrede vermoed dat hy of sy geweet het dat die optrede onregmatig (ongeldig) was, maar nietemin voortgegaan het om die handeling te verrig.

Goeie trou (*bona fides*) is 'n gesindheid wat alle administratiewe aktiwiteit deursuur. Indien die administrateur te kwader trou handel, kan daar nie gesê word dat hy of sy voldoen het aan die vereistes van regmatigheid, of administratiewe legaliteit nie.

In die gemenerereg word die vraag dikwels gevra of 'n administratiewe handeling in elke opsig geldig en nogtans *mala fide* kan wees. Wat belangrik is, is dat indien daar aan al die vereistes vir administratiewe geldigheid voldoen is, die administrateur se gesindheid (of dit *bona fide* of *mala fide* is), irrelevant is. As die handeling daarenteen ongeldig is weens die nie-nakoming van een of meer van die vereistes, kan die administrateur se kwade trou of onregmatigheid 'n verswarende uitwerking hê. Die subjektiewe gesindheid is dan egter nie die oorsaak van die ongeldigheid nie.

In sommige sake het die hof bevind dat die amptenaar *mala fide* gehandel het, selfs in gevalle waar daar geen skuld was nie.⁸⁸³ Hierdie tipe *mala fide*-optrede sal dan betrekking hê op ernstige pligsversuim, wat te goeder trou gepleeg is. Die *mala fides* kom dus neer op 'n soort indirekte bewustheid van onregmatigheid – die versuim om aan die wetlike vereistes te voldoen was so blatant, dat die amptenaar moes geweet het, of behoort te geweet, het dat die handeling ongeldig was.

In die gemenerereg is die volgende belangrike gevolge gekoppel aan opsetlike, kwaadwillige nie-nakoming van die vereistes vir geldige administratiewe optrede (*mala fide*-optrede):

- Indien 'n Wet vereis dat interne regs-middele uitgeput moet wees, voordat die hof vir geregtelike hersiening genader kan word, maak die *mala fide*-verontagsaming van regsvereistes deur 'n amptenaar of administratiewe liggaam hierdie vereiste nietig. 'n Verontregte party het gevolglik 'n onmiddellike reg op geregtelike hersiening, ondanks die feit dat die interne regs-middele nie uitgeput is nie.

⁸⁸³ *Leach v Secretary for Justice, Transkeian Government* 1965(3) SA 1 (OK).

- Wanneer *mala fides* bewys word, sal die hersieningshof die bepaalde handeling wat deur die owerheid verrig moet word, voorskryf, eerder as om die aangeleentheid vir heroorweging terug te verwys.
- Die staat is aanspreeklik vir die ongeldige administratiewe handeling van amptenare of organe, wat *mala fide* verrig word, selfs wanneer sodanige aanspreeklikheid uitgesluit, of andersins beperk is.

4.10 DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(e)(vi) VAN PAJA : DIE OPTREDE IS OP ARBITRÊRE OF WILLEKEURIGE WYSE VERRIG

Die grondslag van 'n demokratiese regering is die beperking van arbitrêre mag. Die Handves van Menseregte lê die arbitrêre beperking van fundamentele regte, met inbegrip van die reg op administratiewe geregtigheid, effektief aan bande.

In *Hugo v President of the Republic of South Africa*⁸⁸⁴ het die hof beslis die howe is:

“..... indeed the only protection which members of the public have against arbitrary or unconstitutional conduct in the part of the Executive as is the Constitutional Court against unconstitutional legislation passed by the legislature.”

Die grond vir geregtelike hersiening, vervat in Artikel 6(2)(e)(vi) van PAJA, het ook betrekking op die uitoefening van die administrateur se diskresionêre bevoegdheid. In die verlede het die howe in sommige gevalle aanvaar dat diskresionêre bevoegdhede vry en onbeperk (wyd) is, bloot omdat daar geen statutêre reëls met betrekking tot die uitoefening van die diskresie was nie. Daar moet besef word dat geen bevoegdheid onbeperk is nie, en dat die uitoefening van alle bevoegdheid, insluitende diskresionêre bevoegdheid, altyd aan grondliggende regsvoorskrifte onderworpe is. Selfs wanneer diskresie 'n keuse behels (die aanwesigheid van 'n element van keuse tussen twee of meer moontlikhede), is dit altyd 'n beperkte keuse. In *Goldberg v Minister of Prisons*⁸⁸⁵ het hoofregter Corbett erken dat 'n onbeperkte diskresie in enige staat 'n “*contradictio in terminis*” is.

Baxter⁸⁸⁶ is van mening dat irrasionele, willekeurige of arbitrêre optrede die uiterste vorm van onredelikheid is.⁸⁸⁷

Die saak van *Livestock and Meat Industries Control Board v Robert S William (Pty) Limited*⁸⁸⁸ illustreer die geregtelike benadering tot arbitrêre en willekeurige besluite. Die Vleisraad het geweier om aan die applikant 'n registrasiesertifikaat uit te reik, ondanks die feit dat een drie maande tevore aan hom verleen is. 'n Volle regbank

⁸⁸⁴ 1996(4) SA 1012(D) op 1019.

⁸⁸⁵ 1979(1) SA 14 (A).

⁸⁸⁶ Baxter, 1984:521.

⁸⁸⁷ Dit is interessant dat arbitrêre en willekeurige optrede in die Amerikaanse Reg in die algemene kategorie van onredelike, hersienbare optrede val.

⁸⁸⁸ 1963(4) SA 592 (T).

van die Transvaalse Provinsiale Afdeling het bevind dat die weiering “arbitrary”; capricious and grossly unreasonable” was en het die raad gelas om die sertifikaat uit te reik.

4.11 DIE BEPALING VAN ARTIKELS 6(2)(f) EN (g) VAN PAJA : REDELIKHEID EN PROPORSIONALITEIT

4.11.1 OPTREDE WAT IN STRYD IS MET 'n REGSVOORSKRIF, OF NIE DEUR 'n MAGTIGENDE BEPALING GEMAGTIG IS NIE

In Artikel 6(2)(f) word 'n aantal gronde vir geregtelike hersiening gegee, wat op die optrede as sodanig betrekking het. Paragraaf (f) het nóg met die bevoegdhede en kwalifikasies van die administrateur, nóg met die besluitnemingsproses te doen – dit handel oor die toepassing van die optrede self, dit wil sê, met die laaste fase van die administratiewe proses.

Volgens Artikel 6(2)(f)(i) is die vereiste dat die optrede nie in stryd met 'n regsvoorskrif mag wees nie, die beliggaming van die grondwetlike reg op regmatige administratiewe optrede. Die administrateur se besluit mag nie in stryd wees met grondwetlike bepalinge, die magtigende wet, ondergeskikte of enige ander toepaslike wetgewing, of die gemenereg nie. Administratiewe optrede moet gemagtig wees en na die een of ander magtigende wetgewing herlei kan word. Gevolglik ontstaan administratiewe bevoegdhede en funksies nie deur gebruik nie; dit moet 'n konkrete statutêre basis hê. Enige administrateur wat sonder die nodige magtiging handel, tree *ultra vires* op en dié optrede kan by hersiening tersyde gestel word.⁸⁸⁹

4.11.2 DIE OPTREDE AS SODANIG HOU NIE RASIONEEL VERBAND NIE

Dit word aanbeveel dat Subparagraaf (f)(ii) sal verseker dat die besluit 'n gegronde en rasonele basis het, wat gewoonlik die “rasionaliteits Hersiening” genoem word.

Voordat die verskillende items van rasionaliteit/redelikheid as hersieningsgrond bespreek word, moet eers vasgestel word wat met irrasionaliteit/onredelikheid bedoel word.

'n Irrasionele besluit is vanselfsprekend 'n besluit wat nie op rede kan berus nie. Dit staan gewoonlik in verband met 'n misbruik van diskresionêre bevoegdheid, of met versuim van die liggaam of amptenaar om sy of haar aandag aan die saak te wy.

⁸⁸⁹ Sien in die verband *Minister of Environmental Affairs and Tourism and Another v Scenematic Fourteen (Pty) Limited* 2005(2) ALL 239 (SCA).

Wanneer 'n amptenaar byvoorbeeld die aard van die diskresionêre bevoegdheid wat aan hom of haar verleen is, verkeerd vertolk, of wanneer irrelevante oorwegings in ag geneem word, of wanneer relevante oorwegings geïgnoreer word, kan daar gesê word dat die amptenaar irrasioneel opgetree het.⁸⁹⁰

In die Engelse Reg word irrasionaliteit as 'n afsonderlike grond vir geregtelike hersiening erken. In *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*⁸⁹¹ het Lord Diplock "irrationality" soos volg omskryf: "a decision which is so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it". Hy het irrasionaliteit van illegaliteit (onregmatigheid) onderskei en gesê dat, hoewel 'n besluit binne die bestek van die magtigende wetgewing kan val en dus wettig kan wees, dit nietemin wesenlik onregmatig ("substantially unlawful") kan wees. Wat hy in wese gesê het, is dat 'n hof 'n besluit nietig kan verklaar, omdat dit nie met substantiewe beginsels ooreenstem nie. In *Secretary of State for Education and Science v Tameside Metropolitan Borough Council*⁸⁹² het Lord Denning 'n soortgelyke benadering tot irrasionaliteit gevolg.

Volgens Jowell⁸⁹³ sluit irrasionele besluite die volgende in: arbitrêre besluite, besluite wat nie deur getuienis gesteun word nie, 'n besluit waarin daar geen verband is tussen die getuienis en die redes wat vir die besluit verskaf word nie, of waar die redes self onverstaanbaar is.

In die saak *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA : In Re : Ex Parte President of the Republic of South Africa*⁸⁹⁴ bespreek regter Chaskalson aspekte rakende rasionaliteit as hersieningsgrond.⁸⁹⁵

In *Stanfield v Minister of Correctional Services and Others*⁸⁹⁶ is die applikant vir bedrog tot 6 jaar gevangenisstraf gevonniss. Vroeg in die uitdienting van

⁸⁹⁰ Sien *Johannesburg Stock Exchange and Another v Witwatersrand Nigel Limited and Another* 1988(3) SA 132 (A).

⁸⁹¹ 1985 AC 374 op 410-411.

⁸⁹² 1977 AC 1014 op 1026.

⁸⁹³ Jowell, 1993:122.

⁸⁹⁴ 2000(2) SA 674 (CC) Sien paragraaf 85, 86 en 90.

⁸⁹⁵ "(85) It is a requirement of the rule of law that the exercise of public power by the executive and other functionaries should not be arbitrary. Decisions must be rationally related to the purpose for which the power was given, otherwise they are in effect arbitrary and inconsistent with this requirement. It follows that in order to pass constitutional scrutiny the exercise of public power by the executive and other functionaries must, at least, comply with this requirement. If it does not, it falls short of the standards demanded by our Constitution for such action.

(86) The question whether a decision is rationally related to the purpose for which the power was given calls for an objective enquiry. Otherwise a decision that, viewed objectively, is in fact irrational, might pass muster simply because the person who took it mistakenly and in good faith believed it to be rational. Such a conclusion would place form above substance, and undermine an important constitutional principle.

(90) Rationality in this sense is a minimum threshold requirement applicable to the exercise of all public power by members of the executive and other functionaries. Action that fails to pass this threshold is inconsistent with the requirements of our Constitution, and therefore unlawful. The setting of this standard does not mean that the courts can or should substitute their opinions as to what is appropriate, for the opinions of those in whom the power has been vested. As long as the purpose sought to be achieved by the exercise of public power is within the authority of the functionary, and as long as the functionary's decision, viewed objectively, is rational, a court cannot interfere with the decision simply because it disagrees with it, or considers that the power was exercised inappropriately. A decision that is objectively irrational is likely to be made only rarely but if this does occur, a court has the power to intervene and set aside the irrational decision."

⁸⁹⁶ 2003(4) ALL SA 282 (C); 2003(12) BCLR 1384.

sy gevangenisstraf word die applikant gediagnoseer met longkanker, welke behandeling chemoterapie en 'n steriele omgewing vereis het. Die applikant het om parool aansoek gedoen, op grond van Artikel 69 van die Wet op Korrektiewe Dienste, Wet 8 van 1959. Verskeie mediese verslae het aangedui dat die applikant weens mediese redes op parool uitgeplaas moes word, aangesien voortgesette aanhouding nie gepas was vir sy behandeling nie. Die waarnemende voorsitter van die Paroolraad het egter die aansoek van die hand gewys.

Die applikant het verskeie argumente in sy hersieningsaansoek geopper, maar die hof was van mening dat al hierdie gronde, saamgelees, slegs op een aspek toegespits was, het naamlik dat die besluit geneem deur die 3de respondent objektief gesproke so irrasioneel en onbillik was, dat inmenging deur die hof genoodsaak was, aangesien die waarnemende voorsitter eintlik nagelaat het om die saak grondig te oorweeg (failed to apply his mind to the matter).

Oor die aspek van rasionaliteit verklaar die hof soos volg :⁸⁹⁷

“The need for administrative action to be reasonable, in terms of section 33(1) of the Constitution, gives rise to what has probably become the essential standard of review, namely the rationality of the action, conduct or decision in question. This must be assessed objectively and dispassionately, since the counter-side of rationality is usually arbitrariness and even capriciousness justifying the review and setting aside of the administrative act in question.”

Die hof was van mening dat die hersieningsaansoek moes slaag, aangesien die meriete rakende die applikant se aansoek nie gestrook het met die besluit wat deur die waarnemende voorsittende beampte van die Paroolraad geneem is nie.⁸⁹⁸

4.11.3 RASIONALITEIT/REDELIKHEID EN DIE INTERIM-GRONDWET

Artikel 24(d) van die Interim Grondwet het vir die rasionaliteits Hersiening voorsiening gemaak deur te vereis dat die administratiewe besluit regverdigbaar moet wees met betrekking tot die redes wat daarvoor gegee is.

⁸⁹⁷ 2003(4) ALL SA 282 (C); 2003(12) BCLR 1384, paragraaf 98 – 99.

⁸⁹⁸ Sien ook *Trinity Broadcasting, (Ciskei) v Independent Communications Authority of SA* 2003(4) ALL SA 589 (SCA); 2003 JOL 12127 (SCA); *Trinity Broadcasting, (Ciskei) v Independent Communications Authority of SA* 2004(3) SA 346 (SCA); *Liberty Life Association of Africa Limited v Kachelhoffer NO and Others* 2005(3) SA 69 (C), *Food Corp (Pty) Limited v Deputy Director:Department of Environmental Affairs and Tourism:Branch Marine and Coastal Management and Others* 2005(1) ALL SA 531 (SCA), *Radio Pretoria (Artikel 21-Maatskappy) v Voorsitter van die Onafhanklike Kommunikasie-owerheid van SA en 'n ander* 2006(1) ALL SA 143 (T).

Die vereistes van administratiewe rasionaliteit en die regverdigbaarheid van redes vereis besluitneming wat op rasionele gronde berus. Hoewel daar 'n bepaalde subjektiewe element in elke besluit aanwesig is vanweë die feit dat die amptenaar spesiale kundigheid en kwalifikasies behoort te hê, moet die besluit nietemin objektief gestaaf kan word.

Regter Spoelstra het die betekenis van die frase “administratiewe optrede wat regverdigbaar is” (“justifiable administrative action”) (Artikel 24(d) van die Interim Grondwet) in *Kötz v Minister of Health*⁸⁹⁹ soos volg ontleed :

“The word “justifiable” as used in section 24(d) of the Constitution will receive proper judicial consideration in the years to come. Its meaning will become clearer as it becomes more definite/precise/better defined by such careful deliberation. According to the Shorter English Dictionary “justifiable” means “capable of being justified or shown to be just”. The Afrikaans text uses the word “regverdigbaar”. These words denote something that can be defended. As I understand it, the section requires that the reasons advanced for the administrative action must show that the action is adequately just or right. In other words, it must appear from the reasons that the action is based on accurate findings of fact and a correct application of the law. In this regard the difference between a review and an appeal may have been largely eroded. If a review under this section is to succeed, a court of review must be satisfied that the reasons advanced for the action under review are not supported by the facts or the law or both”.

In *Carephone (Pty) Limited v Marcus NO*⁹⁰⁰ het waarnemende regter-president Froneman gesê die vereiste van regverdigbaarheid met betrekking tot die redes gegee vir die besluit “introduces a requirement of rationality in the merit or outcome of the administrative decision. This goes beyond mere procedural impropriety as a ground for review, or irrationality only as evidence of procedural impropriety”.

Volgens Cachalia⁹⁰¹ het Artikel 24(d) die volgende ingevoer :

“..... the requirement that administrative decisions must be rational, coherent and capable of being reasonably sustained having due regard to the reasons for the decisions. In short there must be a rational link between the decision and the reasons given therefore.”

⁸⁹⁹ 1996(3) BCLR 417 (T).

⁹⁰⁰ 1999(3) SA 304 (LAC) op 315.

⁹⁰¹ Cachalia, 1994:74.

4.11.4 REDELIKHEID VOLGENS DIE FINALE-GRONDWET

Die Finale-Grondwet sluit nie uitdruklik die vereiste van regverdigbaarheid by die artikel oor administratiewe geregtigheid in nie, en daar kan geargumenteer word dat regverdigbaarheid nie meer 'n vereiste vir administratiewe legaliteit is nie. Sonder om verstrik te raak in hierdie argument, is dit duidelik dat rasionaliteit implisiet aanwesig is in die vereiste van regmatige administratiewe optrede en in die vereiste van redelikheid. Hoe dit ookal sy, die argument is suiwer akademies van aard, aangesien PAJA uitdruklik in Artikel 6(2)(f)(ii) voorsiening maak vir rasionaliteit as 'n vereiste vir administratiewe legaliteit.

Subparagraaf (b)(ii) maak voorsiening vir geregtelike hersiening, wanneer die optrede nie rasioneel verband hou met

- (aa) die doel waarmee dit verrig is nie,
- (bb) die oogmerk van die magtigende bepaling nie,
- (cc) die inligting voor die administrateur nie en
- (dd) die redes deur die administrateur daarvoor verskaf nie.

Die oogmerk van hierdie afsonderlike hersieningsgronde is om administratiewe optrede aan 'n rasionaliteitstoets te onderwerp. Die rasionaliteitstoets het vier bene en die betrokke optrede moet aan elkeen voldoen. Indien dit een van, of al hierdie rasionaliteitstoetse nie slaag nie, is die optrede ongeldig en onderworpe aan geregtelike hersiening.

Daar kan aangevoer word dat Artikel 6(2)(f)(ii) van PAJA die vereiste van rasionaliteit verbind aan die eweredigheidsbeginsel. Baxter⁹⁰² is van mening dat "eweredigheid" 'n oorkoepelende term kan wees vir redelikheid, billikheid en goeie administrasie. In enger sin vereis dit dat die mate waarin administratiewe optrede op die regte van die individu inbreuk mag maak, nie die mate wat nodig is om die openbare belang te dien, moet oorskry nie.

Dit is nodig om tog iets meer te sê oor die vier hersieningsgronde :

- **Artikel 6(2)(f)(ii)(aa) : Die optrede hou nie rasioneel verband met die doel waarmee dit verrig is nie**

Hiervolgens moet daar 'n rasionele verband wees tussen die optrede en die doel waarmee dit verrig is. Indien daar nie so 'n verband is nie, kan die optrede by hersiening ongeldig verklaar word. 'n Goeie voorbeeld word gevind in die saak van *University of Cape Town v*

⁹⁰² Baxter, 1984:528.

*Ministers of Education and Culture (House of Assembly and House of Representatives)*⁹⁰³

- **Artikel 6(2)(f)(ii)(bb) : Die optrede hou nie rasoneel verband met die oogmerk van die magtigende bepaling nie**

Hierdie hersieningsgrond het betrekking op die doel bepaal in die magtigende bepaling, eerder as op die doel waarmee die optrede verrig is. Indien daar geen rasonele verband is tussen die optrede en die doel van die magtigende bepaling nie, kan 'n mens sê dat die administrateur *ultra vires* opgetree het, dit wil sê, buite sy of haar magtiging.

Daar kan geargumenteer word dat hierdie hersieningsgrond soortgelyk aan die vorige een is, in dié sin dat administratiewe optrede wat nie rasoneel verband hou met die doel waarmee dit verrig is nie, na alle waarskynlikheid ook nie rasoneel verband sal hou met die oogmerk van die magtigende bepaling nie. Dit sal die taak van die howe wees om tussen dié twee hersieningsgronde te onderskei.

- **Artikel 6(2)(f)(ii)(cc) : Die optrede hou nie rasoneel verband met die inligting voor die administrateur nie**

Hierdie hersieningsgrond het spesifiek op die inligting betrekking wat die administrateur gebruik het om die grondslag te vorm van sy of haar besluit. Dit het nie betrekking op 'n rasonele verband tussen die redes wat verskaf is en die besluit nie, maar op die werklike inligting waarop die besluit gebaseer is, dit wil sê, op die feitegrondslag daarvan.

Hierdie hersieningsgrond sal verseker dat administrateurs hulle aandag wy aan die aangeleentheid voor hulle : Daar moet 'n rasonele verband wees tussen die feitlike inligting voor die administrateur en die daaruit voortspruitende optrede. Indien daar geen sodanige rasonele verband is nie, sal die optrede hersienbaar wees.

- **Artikel 6(2)(f)(ii)(dd) : Die optrede hou nie rasoneel verband met die redes daarvoor deur die administrateur verskaf nie**

In die verlede was Suid-Afrikaanse administrateurs en amptenare oor die algemeen teësinnig om redes vir hul administratiewe optrede te

⁹⁰³ 1988(3) SA 203 (C). In die saak het die Minister van Onderwys betaling van staatsubsidies aan die Universiteit gestaak op grond daarvan dat die universiteit nie wet en orde op sy kampus gehandhaaf het nie. Die bevoegdheid is kragtens die Wet op Universiteite uitgeoefen. Die universiteit het aangevoer dat die doel van die betaling van subsidies was om tersiêre onderwys te bevorder en nie om wet en orde op die kampus te handhaaf nie. Die hof het bevind dat die ministeriële voorwaardes inderdaad ongeldig was, aangesien die doel daarvan (die bevordering van wet en orde) nie ooreengestem het met die doel van die wet (die bevordering van hoër onderwys) nie. Indien 'n mens die bepaling van PAJA toepas, kan 'n mens sien dat daar geen rasonele verband is tussen die besluit (om betaling van staatsubsidies te staak) en die doel (om tersiêre onderwys te bevorder) nie.

verskaf. Die regsprekende gesag was ook nie konsekwent in die hersiening van die administrasie se versuim om redes te verskaf nie. Die algemene benadering was dat die administrateurs wat 'n wye of sogenaamde vrye diskresionêre bevoegdheid uitoefen, hulle eie besluite neem en dus nie redes hoef te verskaf nie.

Dit blyk dat die weiering om redes te verskaf, individue erg benadeel het. Hulle het nie geweet hoe om die geldigheid van die betrokke optrede te betwis nie. Daar was dus geen duidelikheid oor die eintlike basis of grond waarop 'n mosie om hersiening van die verrigtinge gebaseer kan word nie. Die insluiting van hierdie statutêre hersieningsgrond het daardie probleme uit die weg geruim, in die sin dat dit oop, deursigtige en verantwoordingspligtige regering bevorder, aangesien alle administrateurs nou 'n rasonele verband tussen die redes en die besluit self moet kan toon.

Die doel van die verskaffing van redes is tweërlei :

- Eerstens stel dit die individu tevrede dat sy of haar aansoek of aangeleentheid oorweeg is; en
- tweedens, verseker dit administratiewe verantwoordingspligtigheid. Die besluitnemer word gedwing om die toepaslike oorwegings korrek en noukeurig te evalueer in die wete dat die redes ongetwyfeld enige foutiewe toepassing van die feite of die reg sal weerspieël, wat sal beteken dat die besluit aan hersiening onderworpe sal wees.

Die uitwerking van hierdie hersieningsgrond, gelees saam met Artikel 5 van die Wet, is die volgende :

- Op enkele uitsonderings na het alle administrateurs die plig om redes te verskaf.
- Die optrede moet rasoneel met die redes daarvoor verband hou.

Dit word aan die hand gedoen dat daar, buiten hierdie vier rasionaliteitstoetse, 'n verdere rasionaliteitsvereiste is, naamlik proporsionaliteit, wat 'n redelike verband tussen 'n administratiewe besluit en die feite en omstandighede van die betrokke aangeleentheid vereis.

Die uitleg van Artikel 6(2)(f)(ii)(dd) is in die arbeidsappèlhofspraak van *Shopleft Checkers (Pty) Limited v Ramdaw NO*⁹⁰⁴ oorweeg. In hierdie beslissing het die hof sonder om die *Carephone (Pty) Limited v Marcus*

⁹⁰⁴ 2001(4) SA 1038 (LAC).

NO⁹⁰⁵-saak goed te keur, die beslissing in laasgenoemde saak gehandhaaf. Die hof het die feitegeskil voor hom beslis op die grondslag asof Artikel 6(2)(f)(ii)(dd) van toepassing was. Die hof het die inhoud van laasgenoemde artikel ingelees, asof dit in wese dieselfde was as die rasionaliteitstandaard in Carephone.

Die hof vra in die Carephone-saak tereg die volgende vraag :

“Is there a rational objective basis justifying the conclusion made by the administrative decision-maker between the material properly available to him or her and the conclusion he or she eventually arrived at?”⁹⁰⁶

In *Durbsinvest (Pty) Limited v Town and Regional Planning Commission Kwa Zulu Natal*⁹⁰⁷ word 'n vergelyking getref tussen Artikels 6(2)(f)(ii)(bb) en 6(2)(f)(ii)(dd) van PAJA.

4.11.5 DIE VEREISTE VAN EWEREDIGHEID (PROPORSIONALITEIT) AAN DIE HAND VAN REGSPRAAK (ARTIKEL 6(2)(f)(ii)(dd))

BUITELANDSE REG

Jowell en Lester omskryf die eweredigheidsbeginsel soos volg :⁹⁰⁸

“As it has developed in European law and as it has been applied in English law, proportionality is a principle that requires a reasonable relation between a decision, its objectives and the circumstances of a given case. It requires the pursuit of legitimate ends by means that are not oppressively excessive. It looks therefore largely to the substance of decisions rather than the way in which they are reached, but it also requires the decision maker not manifestly to ignore significant alternatives or interests.”

In die Engelse Reg het die eweredigheidstoets eerder betrekking op die kern van die saak, as op prosedurele aangeleenthede, of legaliteitskwessies (in die sin van nakoming van die bepalings van die magtigende wet). Daar kan met Jowell en Lester saamgestem word dat die beginsel betrekking het op die middele wat deur die besluitnemer toegepas word en die vereiste dat die middele aldus toegepas, nie dit wat redelikerwys nodig is om die regmatige doeleindes daarvan te bereik, te bowe moet gaan nie – 'n mens moet nie 'n voorhamer gebruik om 'n neut te kraak nie.

⁹⁰⁵ 1999(3) SA 304 (LAC).

⁹⁰⁶ 1999(3) SA 304 (LAC), Paragraaf 37. Sien ook *Derby Lewis v Chairman, Amnesty Committee of the Truth and Reconciliation Commission* 2001(3) SA 1033 (C) 1065, *Durbsinvest (Pty) Limited v Town and Regional Planning Commission Kwa Zulu-Natal* 2001(4) SA 103 (N) 108.

⁹⁰⁷ 2001(4) SA 103 (N) 108, 106-7.

⁹⁰⁸ Jowell en Lester, 1988:51.

In die Kanadese regstelsel word ook 'n vorm van eweredigheid erken. Ten einde die beperking van 'n reg wat deur die Kanadese Grondwet beskerm word, te regverdig, moet daar aangetoon word dat die beperking in 'n vry en demokratiese samelewing redelikerwys en aantoonbaar geregverdig is.

In *R v Oakes*⁹⁰⁹ en *R v Edward Books & Arts Limited*⁹¹⁰ het die hof bevind dat daar aan twee maatstawwe voldoen moet word :

- Die oogmerk wat die maatreël wil bereik, moet belangrik genoeg wees om 'n grondwetlik beskermde reg of vryheid te beperk.
- Sodra dit erken is, moet die party bewys dat die middele redelikerwys en aantoonbaar geregverdig is – 'n vorm van die eweredigheidstoets.

Die volgende moet in ag geneem word :

- Die middele wat toegepas word, moet nie arbitrêr of onbillik wees, of op irrasionele oorwegings berus nie – dit moet rasioneel verband hou met die oogmerk.
- Die middele moet die reg, of vryheid, so min moontlik inperk.
- Daar moet eweredigheid wees tussen die uitwerking van die maatreëls wat verantwoordelik is vir die beperking van die reg of vryheid, en die oogmerk wat as “belangrik genoeg” geïdentifiseer is.⁹¹¹

In die Duitse Reg moet alle administratiewe bevoegdhede ooreenkomstig die beginsel van *Verhältnässigkeit* (relatiwiteit, eweredigheid, proporsionaliteit) uitgeoefen word. Hierdie beginsel vereis dat administratiewe optrede in die eng sin van die woord voldoen aan die beginsels van gepastheid, nodigheid en eweredigheid.

Gepastheid vereis dat openbare owerhede metodes gebruik wat gepas is vir die toepassing van 'n wet. Dit moet toegepas kan word en nie onregmatig wees nie. 'n Administratiewe opdrag wat die oprigting van 'n gebou op 'n perseel waar dit onmoontlik is vereis (bv vanweë die gehalte van die grond), is onregmatig.

Die beginsel van nodigheid vereis dat die mins skadelike van die beskikbare metodes gebruik moet word om 'n bepaalde doel te bereik, dit wil sê, die regulatoriese maatreëls wat die minste benadeling vir die individu of die gemeenskap sal veroorsaak, moet getref word. As geraas, wat van 'n herbergier se perseel kom, byvoorbeeld doeltreffend beheer kan word deur

⁹⁰⁹ (1986) 26 DLR 4th 200.

⁹¹⁰ 1986(2) SCR 713.

⁹¹¹ Die beginsel van eweredigheid is ook in die bekende Talidomied-saak as 'n algemene regsbeginnsel gebruik om die Europese Konvensie oor Menseregte te vertolk. Sien *The Sunday Times-saak*, EKMR-uitspraak van 26 April 1979, Reeks A No 3. Die vraag was na die nodigheid van die interdik van die Britse Hoërhuis teen die publikasie en verspreiding van inligting oor die hangende talidomide-litigasie. Die Europese Gereghof moes beslis of die inmenging waaroor gekla is, ooreengestem het met 'n dringende maatskaplike behoefte en of dit eweredig was aan die legitieme doelwit waarna gestreef is.

die sluitingstye te verander, moet dit op daardie wyse bekamp word, eerder as om die herbergier 'n boete op te lê. As daar slegs een gepaste maatreël is, sal dit as nodig beskou word.

Die beginsel van eweredigheid (in die eng sin) behels 'n balanseringstoets. Die hof moet die benadeling van individuele regte wat deur die administratiewe maatreël meegebring word, oorweeg teen die wins vir die gemeenskap.⁹¹² Slegs wanneer daar bewys van duidelike of klaarblyklike oneweredigheid is, sal die howe die mening van die administratiewe orgaan deur hulle eie mening vervang.

SUID-AFRIKAANSE REG

Hoewel die howe nie die bevoegdhede van die administrasie met betrekking tot beleidskwessies wat op die administrasie se kundigheidsgebied lê, kan oorneem nie, kan en moet die vierledige rasionaliteitstoets en die eweredigheidstoets toegepas word, wanneer 'n administrateur sy of haar diskresionêre bevoegdhede uitoefen.

Die eweredigheidsbeginsel en rasionaliteit is deur Artikel 24(d) van die Interim Grondwet in die Suid-Afrikaanse Reg ingevoer.

*Roman v Williams NO*⁹¹³ illustreer die nuwe band tussen regverdigbaarheid, rasionaliteit en eweredigheid, en hoewel dit nie pertinent genoem word nie, redelikheid. Al hierdie regsbegrippe het betrekking op beheer oor administratiewe diskresionêre bevoegdheid. Volgens bladsy 1275 van bogemelde saak sê regter Van Deventer dat hy saamstem met die beskouing dat die grondwetlike toets gestel in Artikel 24(d) van die Interim Grondwet : "imports the requirement of proportionality between means and that the role of the courts in judicial reviews is no longer limited to the way in which an administrative decision was reached but now extends to its substance and merits."

Die hof het die grondwetlike reg op regverdigbare administratiewe optrede beskou. In die saak het die applikant, 'n voormalige gevangene, wat onder korrektiewe toesig geplaas is, aansoek gedoen om geregtelike hersiening van die kommissaris se besluit om hom weer op te sluit. Die kommissaris het aangevoer dat hy op die onbelemmerde diskresie steun, wat hom ingevolge die Wet op Korrektiewe Dienste 8 van 1959 verleen is.

Die hof beslis dat :

⁹¹² Sien Singh, 1985:9.

⁹¹³ 1997(9) BCLR 1267 (K); 1998(1) SA 270 (C)

- die grondwetlike reg op regverdigbare administratiewe optrede die vereiste van eweredigheid tussen middel en doel omvat,
- die rol van die hof nie meer beperk is tot 'n ondersoek van die manier waarop die besluit geneem is nie, maar ook die wese en meriete van die besluit insluit,
- die toets van regverdigbaarheid objektief is en dat die besluit objektief gemotiveer kan word aan die hand van die drie vereistes van gepastheid, nodigheid en eweredigheid,
- die regverdigbaarheidstoets 'n redelikheidstoets is,
- administratiewe optrede eerstens aan die vereistes van gepastheid, nodigheid en eweredigheid moet voldoen, en daarna aan die vereiste van regverdigbaarheid in verhouding tot die redes wat verskaf is en dat
- die doel van die besluitnemende liggaam bepaal moet word, ten einde gepastheid en nodigheid te evalueer.

In die Carephone-saak het die hof gesê dat daar 'n aantal beslissings van die Hoë Hof, is wat aantoon dat die uitwerking van die administratiewe geregtigheidsbepaling is dat die bestek van die geregtelike hersiening van administratiewe optrede verbreed word. Die haak waaraan hierdie uitgebreide bestek hang is volgens die hof, die grondwetlike bepaling dat administratiewe optrede regverdigbaar moet wees met betrekking tot die redes wat daarvoor verskaf is. Die bepaling voer 'n vereiste van rasionaliteit in die meriete of resultaat van die administratiewe besluit in. Dit strek verder as die blote prosedurele onbehoorlikheid as 'n hersieningsgrond, of irrasionaliteit bloot as bewys van prosedurele onbehoorlikheid. Waarnemende regter-president Froneman het voorts gesê dat daar al baie formuleringe was van hierdie soort substantiewe rasionaliteit wat van administratiewe besluitnemers verwag word, soos "reasonableness, rationality, proportionality and the like".

Dit ly geen twyfel nie dat die beginsel van eweredigheid deur Artikel 36 van die Grondwet (die beperkingsbepaling) in ons reg ingevoer is.⁹¹⁴

Die beperkingsbepaling sluit dus spesifiek die vereiste van eweredigheid in, deurdat 'n beperking redelik en regverdigbaar moet wees, en sekere spesifieke faktore in ag geneem moet word. Hierdie faktore – naamlik die aard van die reg, die belangrikheid van die doel van die beperking, die aard en omvang van die beperking, die verband tussen die beperking en die doel daarvan, en minder beperkende wyses om die doel te bereik, maak die elemente van die beginsel van eweredigheid uit.

⁹¹⁴ Sien Regter Chaskalson se behandeling van die beperkingsklousule in *S v Makwanyane* 1995(3) SA 391 (CC) op 463.

Artikel 36 bepaal dat die beperking van regte kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif moet geskied. Dit word algemeen aanvaar dat die uitdrukking "algemeen geldende regsvoorskrif" die gemenereg, gewoontereg en wetgewing insluit. Daar is egter geen aanduiding of wetgewing primêre en ondergeskikte wetgewing insluit nie. In die konteks van die beperkingsbepaling wil dit voorkom of ondergeskikte wetgewing as algemeen geldende regsvoorskrifte kwalifiseer, maar dat individuele administratiewe optrede nie ingesluit is nie. Binne die konteks van Artikel 36 sal die beginsel van eweredigheid dus slegs op ondergeskikte wetgewing van toepassing wees, dit wil sê, op ministeriële regulasies en proklamasies.

Dit word egter aan die hand gedoen dat die benadering wat die hof in *Roman v Williams* NO gevolg het, sal bly geld. Die vereiste van eweredigheid sal nie net vir die algemene administratiefregtelike verhouding geld nie, maar ook vir die individuele verhouding. 'n Soortgelyke benadering word in die Engelse Reg gevolg.

Daar word ook aangevoer dat Artikel 6(2)(f)(ii)(dd) nie net voorsiening maak vir rasionaliteitshersiening nie (in die sin dat irrasionele en arbitrêre besluite ongeldig is), maar ook vir 'n eweredigheidstoets. Administratiewe optrede wat nóg gepas, nóg nodig is om die doel gestel in die magtigende bepaling te bereik, is met ander woorde, oneweredig. Insgelyks sal die administratiewe optrede oneweredig wees, as die nadeel wat aan die individu berokken is, oneweredig tot die wins vir die gemeenskap is.

Hoe kan 'n mens vasstel of daar aan die rasionaliteits- en eweredigheidsvereistes voldoen is? Soos reeds genoem, moet die vierledige rasionaliteitstoets, vervat in PAJA, toegepas word. Daarvolgens moet die volgende benadering gevolg word :

- Die gepastheid van die administratiewe handeling moet bepaal word, deur die doel van die uitoefening van die bevoegdheid (Artikel 6(2)(f)(ii)(aa) en die doel waarmee die optrede verrig is, vas te stel. Hierdie vasstelling is objektief en beteken dat die administrateur die mees gepaste maatreël moet kies om die gewenste doel te bereik.
- Wanneer die verskillende gepaste maniere om die doel te bereik bepaal is, moet die administrateur dié een kies wat die minste nadeel vir die individu wat geraak word meebring (in die geval van die regulerende maatreëls), of vir die gemeenskap in die algemeen (in die geval van bevooroordeelende maatreëls).
- Daar moet 'n behoorlike balans (ewewig) wees tussen die voordele en nadele van die doel wat bereik word deur die verrigting van die betrokke administratiewe handeling. Die benadeling vir die individu of

die algemene publiek moet dus nie buite verhouding wees met die voordele vir die gemeenskap of die individu nie; daar moet 'n ewewig bestaan tussen die doel en die middele.

- Die ewewigtigheid van die maatreël moet getoets word aan die nadele wat deur die optrede voorkom is, die voordele wat uit die optrede sal voortspruit en die nadele veroorsaak deur die maatreël. Die voor- en nadele moet vergelyk en teen mekaar opgeweeg word.

Die volgende gevolgtrekkings kan gevolglik gemaak word:

1. Artikel 6(2)(f)(ii) reël die uitoefening van administratiewe diskresionêre bevoegdheid.
2. Die Artikel vereis 'n rasonele verband tussen die uitoefening van die diskresie en die optrede as sodanig.
3. Die vereiste van regverdigbaarheid maak deel uit van die vereiste dat daar 'n rasonele verband moet wees tussen die redes wat vir die besluit verskaf word, en die besluit self.
4. Die vereiste van eweredigheid bly 'n administratiefregtelike beginsel. Dit maak 'n integrerende deel uit van die rasionaliteitsvereiste en is ook deel van die verbod op onredelike administratiewe optrede.
5. Die eweredigheidsvereiste kom daarop neer dat die maatreël gepas en nodig moet wees, en dat die botsende regte van nadeel vir die individue en voordeel vir die gemeenskap teen mekaar opgeweeg en uitgebalanseer moet word.

4.12 DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(g) VAN PAJA : DIE BETROKKE OPTREDE BESTAAN UIT 'n VERSUIM OM 'n BESLUIT TE NEEM

Artikel 6(2)(g) bepaal dat die versuim om 'n besluit te neem grond vir geregtelike hersiening daarstel. Dit is 'n welkome insluiting, aangesien 'n navraag deur 'n individu dikwels deur amptenare geïgnoreer is, op grond daarvan dat die saak ondersoek of hersien word, of dat 'n beslissing daarvoor afgewag word. Artikel 6(2)(g) moet saam met Artikel 6(3) van die Wet gelees word, waar onderskei word tussen :

- gevalle waar daar geen tydsbeperking gestel word waarbinne 'n besluit geneem moet word nie en
- gevalle waar die besluit binne 'n voorgeskrewe tydperk geneem moet word.

In eersgenoemde geval kan om geregtelike hersiening aansoek gedoen word, wanneer daar 'n onredelike vertraging was om die besluit te neem. Die doel van Artikel 6(3)(a) is om 'n mate van redelikheid in te voer in die magtigende bepaling, wat geen tydperk (waarbinne die besluit geneem moet word) spesifiseer nie.

In laasgenoemde geval, waar daar wel 'n voorgeskrewe tydperk is en die administrateur versuim het om die besluite te neem voordat die tydperk verstryk het, kan 'n persoon aansoek doen om geregtelike hersiening van die versuim om die besluit te neem, ondanks verstryking van die tydperk (Artikel 6(3)(b)).

In *Vumazonke v MEC for Social Development, Eastern Cape, and Three Similar Cases*⁹¹⁵ het die applikante in vier soortgelyke sake aansoek gedoen om bevele te verkry, waarin die respondent gelas word om 'n besluit te neem aangaande hulle aansoek om ongeskiktheidspensioene. Mevrouw Vumazonke het vir die eerste keer, nadat haar hofstukke geliasseer is, verneem dat haar aansoek drie jaar vantevore al afgewys is. Die respondent het die applikant nie op haar navraagbrief geantwoord nie en eers gereageer toe die hofstukke ontvang is. Om hierdie rede was sy derhalwe geregtig op koste. Regter Plasket het beslis dat die 90-dae-tydperk van appèl teen die beslissing van die respondent, slegs begin het vanaf die oomblik wat mevrou Vumazonke in kennis gestel is van die feit dat haar aansoek onsuksesvol was.

Die ander applikante het ook, ingevolge Artikel 6(2)(g) van PAJA, 'n hersieningsaansoek teen die respondente gebring, aangesien daar geen besluite geneem is nie. Regter Plasket verwys in dié verband na Artikel 6(3)(a) van PAJA, wat in meer besonderhede verwys na die gronde van hersiening, indien die administrateur versuim/weier om 'n besluit te neem.⁹¹⁶

Regter Plasket beslis dat die respondent, of personeel in haar departement, inderdaad 'n verpligting gehad het om 'n besluit te neem en dat 'n versuim om die besluit te neem oor 'n onredelike periode plaasgevind het. Die departement het erken dat 'n drie-maandetydperk as voldoende beskou word om soortgelyke aansoeke af te handel, behalwe in uitsonderlike gevalle. Die hof het die volgende faktore in aanmerking geneem : (a) die aard van die diskresie wat uitgeoefen word; (b) die beperkte inligting waarop 'n besluit geneem moet word; en (c) die feit dat die meeste feite reeds in die aansoek vervat is.

⁹¹⁵ 2005(6) SA 229 (SE).

⁹¹⁶ Artikel 6(3)(a) bepaal soos volg: "If any person relies on the ground of review referred to in subsection 2(g), he or she may in respect of a failure to take a decision, where –

(a) (i) an administrator has a duty to take a decision;
 (ii) there is no law that prescribes a period within the Administrator is required to take the decision; and
 (iii) the administrator has failed to take that decision;

institute proceedings in a court or tribunal for judicial review of the failure to take the decision on the ground that there has been unreasonable delay in taking the decision."

5. DIE BEPALINGS VAN ARTIKELS 6(2)(h) EN (i) VAN PAJA : ONREDELIKE ADMINISTRATIEWE OPTREDE, OF OPTREDE WAT ANDERSINS ONGRONDWETLIK OF ONREGMATIG IS

5.1 ONREDELIKE ADMINISTRATIEWE OPTREDE

Die redelikheid, al dan nie, van 'n administratiewe handeling hou regstreeks verband met die uitoefening van 'n diskresionêre bevoegdheid deur die administratiewe liggaam. In gevalle waar 'n administratiewe amptenaar of orgaan 'n diskresie het, waar hy of sy 'n keuse tussen twee opsies uitoefen, kan gevra word of die diskresie uitgeoefen was, al dan nie.

Onredelike administratiewe optrede is derhalwe slegs 'n kwessie in gevalle waar 'n diskresionêre bevoegdheid betrokke is.

In die verlede was die howe huiwerig om administratiewe optrede te toets op grond van onredelikheid, want daar is geredeneer dat redelikheid verband hou met die meriete van die aangeleentheid, 'n terrein waarop die howe nie tussenbeide moet tree nie. Die belangrikste rede vir die howe se huiwering om in onredelike administratiewe besluite in te gryp was die vrees dat die grens tussen appèl en hersiening sou vervaag. Hierdie benadering, gepaard met die siening dat diskresionêre bevoegdhede op die terrein van beleid nie aan hersiening onderworpe is nie, het beteken dat die individu dikwels hulpeloos en onbeskerm voor wydstrekkende administratiewe bevoegdhede gestaan het.

Soos reeds vroeër bespreek, is dit duidelik dat beheer oor administratiewe diskresionêre bevoegdhede die howe jare lank probleme besorg het. Dikwels is onredelikheid as hersieningsgrond negeer. Die belangrikste beswaar was dat daar, by die hersiening van administratiewe optrede op grond van onredelikheid, van die regsprekende gesag verwag is om as 'n super administratiewe orgaan op te tree en sy menings in die plek van die administrasie te stel. Dit blyk 'n foutiewe benadering te wees.

5.2 DIE SIMPTOMATIEWE BENADERING

Die tradisionele benadering van ons howe was nog altyd dat redelikheid as sodanig nie 'n vereiste vir die geldigheid van 'n administratiewe handeling is nie en dat die aanwesigheid van onredelikheid bloot 'n simptome is van 'n ander gronde vir ongeldigheid. Daar is gewoonlik gesê dat onredelikheid so grof moet wees, dat dit onverklaarbaar is, behalwe op grond van kwade trou (*mala fides*), of dat dit dui op versuim aan die kant van die administratiewe orgaan om sy aandag behoorlik aan die aangeleentheid voor hom te wy. Hierdie benadering, wat die "simptomatiesse benadering" genoem word, stel onredelikheid gelyk aan 'n ander grond vir

ongeldigheid, soos *mala fides*, en verwerp die idee dat optrede ongeldig verklaar word op grond van slegs die onredelike uitwerking daarvan.

In *Union Government (Minister of Mines and Industries) v Union Steel Corp (SA) Limited*⁹¹⁷ het die hof die volgende gesê :

“There is no authority that I know of, and nor has been cited, for the proposition that a court of law will interfere with the exercise of a discretion on the mere ground of its unreasonableness. It is true the word is often used in the cases on the subject, but nowhere has it been held that unreasonableness is sufficient ground for interference : emphasis is always laid upon the necessity of the unreasonableness being so gross that nothing else can be inferred from it, either that it is ‘inexplicable except in the assumption of *mala fides* or ulterior motive’, or that it amounts to proof that the person on whom the discretion is conferred, has not applied his mind to the matter.”

In die verlede (veral voor 1994) het die Suid-Afrikaanse hofe die benadering gevolg dat hulle rol in die hersiening van administratiewe optrede beperk was tot die manier waarop die besluite geneem is en nie die kern van die saak of die meriete van die besluite, dit wil sê, of dit reg of verkeerd is, omvat het nie. Gevolglik het die hofe dikwels besluite ter syde gestel, waarin die reëls van natuurlike geregtigheid verontagsaam, of onbehoorlik toegepas is (prosedurele kwessies). Hulle het egter oor die algemeen geweier om besluite wat onredelik was, te hersien, of daarin tussenbeide te tree, byvoorbeeld wanneer die uitwerking van die besluit diskriminerend onregverdig of kwellend was, op grond daarvan dat redelikheid betrekking het op die meriete van die saak.

Dit kan aangevoer word dat die uitwerking van hierdie benadering tot onredelikheid is dat dit nie die onredelike uitwerking van die administratiewe handeling op die individu is wat oorweeg word nie, maar die onredelike ingesteldheid (die subjektiewe gesindheid) van die outeur. Die toets is dus nie objektief (daarop gemik om die gevolge of uitwerking van die administratiewe optrede te toets) nie, maar subjektief (dit ondersoek die gemoedstoestand, sielkundige benadering en moraliteit van die outeur van die handeling).

In *National Transport Commission v Chetty's Motor Transport (Pty) Limited*⁹¹⁸ het appèlregter Holmes beslis dat die hof slegs tussenbeide sal tree in sake waar die administratiewe besluit so grof onredelik was, dat dit die afleiding regverdig dat die owerheid versuim het om die saak grondig te oorweeg.⁹¹⁹ Daar was egter al 'n

⁹¹⁷ 1928 AD 220 op 236.

⁹¹⁸ 1972(3) SA 726 (A).

⁹¹⁹ Sien ook die beslissing deur appèlregter Botha in *Theron v Ring van Wellington N G Sendingkerk in Suid-Afrika* 1976(2) SA 1 (A), wat by die tradisionele benadering gebly het, naamlik dat onredelikheid so grof moet wees, dat iets anders daaruit afgelei kan word, soos *mala fides*, onbehoorlike bewegegredes of versuim van die amptenaar om die saak te oorweeg. Hy het met ander woorde die subjektiewe benadering gevolg.

aantal sake waarin onredelikheid as 'n onafhanklike grond vir geregtelike hersiening aanvaar is.⁹²⁰

Voor 1994 het die hof 'n soort "redelike man"-benadering tot onredelike ondergeskikte wetgewing gevolg. By die toepassing van hierdie toets het die hof gekyk of die besluit (die ondergeskikte wetgewing) so onredelik was, dat geen redelike mens die aangeleentheid grondig bedink, die besluit sou geneem het nie.⁹²¹ Op die gebied van ondergeskikte wetgewing het die hof dus onredelikheid as 'n selfstandige grond vir geregtelike hersiening erken.

5.3 DIE UITGEBREIDE FORMELE MAATSTAF

In die jongste tyd het die hof al hoe meer 'n objektiewe benadering tot onredelikheid begin volg. In die *Theron-saak* het appèlregter Jansen verder as die tradisionele benadering tot onredelikheid gegaan en die sogenaamde uitgebreide formele maatstaf daargestel, ingevolge waarvan 'n onredelike handeling deur die administrasie 'n selfstandige grond vir geregtelike hersiening word. Die hof het egter uitdruklik verklaar dat hierdie uitgebreide formele maatstaf slegs op die beslissings van regsprekende administratiewe liggame van toepassing is. Gevolglik het die regsposisie met betrekking tot die onredelikheid van suiwer administratiewe handeling in die lug bly hang.

In *Standard Bank of Bophuthatswana Limited v Reynolds*⁹²² waarin die hof ondersoek moes instel na die inhoud van die begrip "redelikheid" in die lig van die nuwe grondwetlike bedeling, het die hof 'n toeskietliker opvatting van die hersiening van onredelike administratiewe optrede gehuldig :

"The test of 'gross unreasonableness' in view of the testing rights given to the courts in the Constitution of the Republic of South Africa Act, 1993, does not accord with the modern approach to judicial review, particularly when applied to a constitution such as the South Africa's one which contains a chapter of fundamental rights, finding on all legislative and executive organs of State as all levels of Government and which shall apply to all law in force and all administrative decisions taken and acts performed during the operation of this Constitution. From the foregoing it is necessary that the courts adopt the less stringent test of 'unreasonableness' rather than the more restricted one of 'gross unreasonableness'."

⁹²⁰ Sien *Sinovich v Hercules Municipal Council* 1946 AD 783, *S v Mandela* 1968(4) SA 123 (K) op 125 en *Livestock and Meat Industries Control Board v Garda* 1961(1) SA 342 (A).

⁹²¹ Sien *Pietersburg Club Limited v Pietersburg Licensing Board* 1931 TPD 217, *Loxton v Kenhardt Liquor Licensing Board* 1942 AD 275.

⁹²² 1995(3) BCLR 305 (T) op 325. Sien ook 1995(3) SA 74 (BG)

Regter Friedman het bevind dat die saak van *Theron v Ring van Wellington van die NG Sendingkerk* die weg gebaan het vir die verslapping van die streng toets van “growwe onredelikheid” wat voorheen toegepas is. Hy het egter nie uitgewei oor hierdie nuwe, minder streng toets van onredelikheid nie. Hy het ook daarop gewys dat onredelikheid as ’n grond vir geregtelike hersiening deur die volgende beslissings uitgebrei is. *Greyling WC and Erasmus (Pty) Limited v Johannesburg Local Road Transportation Board*⁹²³, *Northwest Townships (Pty) Limited v Administrator, Transvaal*⁹²⁴ en *Hira and Another v Booysen and Another*.⁹²⁵

In die welbekende Engelse *Wednesbury-saak*⁹²⁶ het Lord Green beslis dat die vraag na onredelikheid die hof toegelaat het om te ondersoek of toepaslike oorwegings in ag geneem en ontoepaslike aangeleenthede uitgesluit is. Hy verklaar :

“Once that question is answered in favour of the Local Authority, it may be still possible to say that, although the Local Authority have kept within the four corners of the matter which they ought to consider, they have nevertheless come to a conclusion so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it.”

’n Belangrike beginsel van *Wednesbury*-onredelikheid is dat, as die besluitnemer eers die omvang van toepaslike oorwegings behoorlik bepaal het, die gewig wat aan elke oorweging gegee moet word, binne die administrateur se bevoegdheid val. So ’n besluit sal eers weens onredelikheid nietig verklaar word, as dit so onredelik, is dat geen redelike besluitnemer dit kon geneem het nie.

Dit is interessant dat die maatstaf van *Wednesbury*-hersiening nou die “toets vir irrasionaliteit” genoem word.⁹²⁷

Die gewysdes het getoon dat die Suid-Afrikaanse howe konsekwente terminologie in verwysings na onredelike administratiewe optrede gebruik het, byvoorbeeld “*mala fide*”, “improper motives”, “improper purposes”; “ulterior purposes”, “extraneous purposes” en “irrelevant considerations”.

Baxter⁹²⁸ sê van hierdie verskillende terme die volgende :

“All represent different conceptions of the common theme of unreasonableness : as Lord Greene M R observed in *Associated Provincial Picture Houses Limited v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223; the various forms of abuse of discretion ‘run into one another’ and ‘overlap to a

⁹²³ 1982(4) SA 427 (A).

⁹²⁴ 1975(4) SA 1 (T).

⁹²⁵ 1992(4) SA 69 (A).

⁹²⁶ *Associated Provincial Picture Houses Limited v Wednesbury Corporation* 1948(1) KB 223; 230.

⁹²⁷ Sien Lord Irvine of Lairy 1996:59,63.

⁹²⁸ Baxter, 1984:496.

very great extent'. They may satisfactorily be confined under the generic concept of unreasonableness".

'n Belangrike vraag wat gevra moet word, is of die regsbegrippe "regverdigbaarheid" en "redelikheid" enigsins sinoniem is.

5.4 REGVERDIGBAARHEID

Dit is duidelik dat geregtelike beslissings met betrekking tot regverdigbaarheid (Artikel 24(d) van die Interim-Grondwet) 'n belangrike rol gespeel het om standarde te stel vir die uitoefening van administratiewe diskresionêre bevoegdhede.

Objektief gesien, is 'n regverdige besluit een wat op rasonale gronde berus. Hoewel daar 'n subjektiewe element in elke besluit is, vanweë die feit dat die amptenaar spesiale kundigheid en kwalifikasies het, is dit duidelik dat alle administratiewe besluite nietemin objektief gemotiveer moet kan word.

Die betekenis van regverdigbaarheid is in *Kotzé v Minister of Health*⁹²⁹ behandel. Die hof kom tot die volgende gevolgtrekking :

- Die redes wat vir administratiewe optrede verskaf word, moet toon dat dit in voldoende mate regverdig en reg is.
- Die bevinding moet op akkurate feitebevindings en 'n korrekte toepassing van die reg berus.

In *Coetzee v Government of the Republic of South Africa*⁹³⁰ moes die Grondwetlike Hof bepaal of die fundamentele reg op vryheid en sekuriteit van die persoon beperk word deur Artikel 65 van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944. Die Artikel maak voorsiening vir 'n stelsel vir die afdwing van vonnisskuld, wat tot gevangesetting kon lei. Hoewel regter Kriegler, wat die uitspraak namens die hof geskryf het, bevind dat die afdwing van die vonnisskuld 'n wettige en redelike owerheidsoogmerk is, het hy ook bevind dat die middele waarmee die oogmerk bereik word, onredelik was in die sin dat die bepalings te wyd is.

Volgens bladsy 643 verklaar die hof soos volg :

"The sanction of imprisonment is ostensibly aimed at the debtor who will not pay. But it is unreasonable in that it also strikes those who cannot pay and simply fail to prove this at a hearing, often due to negative circumstances created by the provisions themselves".

⁹²⁹ 1996(3) BCLR 447 (T).

⁹³⁰ 1995(4) SA 631 (CC).

In die *Roman v Williams NO*-saak hierbo bespreek, het die hof onder meer bevind dat growwe onredelikheid nie meer 'n vereiste vir hersiening was nie en dat die grondwetlike reg op regverdigbare administratiewe optrede die vereistes van eweredigheid tussen middele en doel omvat. Daardeur word die vereistes van gepastheid, nodigheid en eweredigheid ingesluit. Hoewel die onderskeid tussen appèl en hersiening destyds nog problematies was, het die hof bevind dat sy rol nie meer beperk is tot 'n ondersoek van die wyse waarop daar tot die besluit gekom is nie; dit omvat nou ook die hoofsaak en meriete. Voorts is die toets van regverdigbaarheid objektief en die besluit moet ook objektief gemotiveer kan word.

Die Wet maak uitdruklik in Artikel 6(2)(f)(ii) vir 'n rasionaliteitstoets voorsiening. Die toets behels die volgende :

- (aa) Dit moet rasideel verband hou met die doel waarmee die optrede verrig is.
- (bb) Dit moet rasideel verband hou met die oogmerk van die magtigende bepaling.
- (cc) Dit moet rasideel verband hou met die inligting van die administrateur.
- (dd) Dit moet rasideel verband hou met die redes deur die administrateur daarvoor verskaf.

Die toets van 'n rasidele verband dek dus drie fases van die besluitnemingsproses, naamlik die aanvangsfase, wat 'n gesagsbasis vereis, die middelfase, waartydens die administrateur die saak oorweeg en die afsluitingsfase (die verrigting van die optrede), waartydens die administrateur redes wat rasideel begrend is, moet verskaf.

Daar word algemeen aanvaar dat Artikel 36 van die Finale-Grondwet eweredigheid ingevoer het as 'n metode om te bepaal of daar 'n ongrondwetlike skending van 'n fundamentele reg was. Daar is geen regstreekse verwysing na die vereiste van eweredigheid in PAJA nie.

5.5 REDELIKHEID (REASONABLENESS)

Artikel 33 van die Finale-Grondwet bepaal dat elkeen die reg het op administratiewe optrede wat regmatig, *redelik* en prosedureel billik is. Die begrip "redelikheid" is reeds in 'n vorige afdeling hanteer. Hier word nou slegs op redelikheid as hersieningsgrond ingevolge PAJA gekonsentreer.

Artikel 6(2)(h) van PAJA maak soos volg voorsiening vir onredelikheid as hersieningsgrond :

“the exercise of the power on the performance of the function authorised by the empowering provision, in pursuance of which the administrative action was purportedly taken, is so unreasonable that no reasonable person could have so exercised the power or performed the function.”

Hierdie hersieningsgrond omvat optrede wat so onredelik is, dat geen redelike persoon die bevoegdheid aldus kon uitgeoefen het, of die optrede aldus kon verrig het nie. Dit is belangrik om daarop te let dat die Wet nie melding maak van die onredelike uitwerking, resultaat of gevolg van die optrede nie. Die wetgewer het die hersieningsgrond beperk tot optrede wat “so onredelik is dat geen redelike persoon die bevoegdheid aldus kon uitgeoefen het nie.”

Wat beteken hierdie frase nou eintlik? Dit mag voorkom of Paragraaf (h) van Artikel 6(2) ooreenkomste toon met genoemde Wednesbury-hersiening. Daar moet dus vasgestel word of hierdie hersieningsgrond beperk moet word tot simptomatiese onredelikheid, of dit 'n misbruik van diskresie behels wat op *ultra vires*-optrede deur die administrateur neerkom, en of dit verband hou met die uitwerking op, of gevolge vir die individu.

Daar sou geredeneer kan word dat Artikel 6(2)(h) weer die toets van growwe onredelikheid of simptomatiese onredelikheid invoer, maar dit word aan die hand gedoen dat so 'n vertolking van Paragraaf (h) ongrondwetlik sal wees. Die grondwetlike reg op administratiewe geregtigheid vereis eksplisiet dat alle administratiewe optrede redelik moet wees, en PAJA, wat gepromulgeer is om gevolg te gee aan die grondwetlike reg op administratiewe geregtigheid, moet dus wyd uitgelê word. Onredelikheid moet dus nie tot die sogenaamde simptomatiese onredelikheid van vroeër beperk word nie, aangesien dit reeds deur die hof in die *Standard Bank of Bophuthatswana*-saak verwerp is.

Dit word ook aan die hand gedoen dat die geregtelike hersiening van onredelike administratiewe optrede nie beperk behoort te word tot 'n ondersoek van die administrateur se subjektiewe gesindheid nie : dit moet ook 'n ondersoek behels van die uitwerking op en die gevolge vir die individu. Die geregtelike hersiening van onredelike administratiewe optrede moet dus nie tot prosedurele onreëlmatighede beperk word nie, maar ook 'n ondersoek na substantiewe redelikheid omvat.

Kortom, die vraag is of hierdie bepaling 'n toets vir substantiewe redelikheid invoer. Daar is reeds daarop gewys dat die howe tradisioneel huiwerig was om in die wese van administratiewe besluitneming tussenbeide te tree en aangevoer het dat die wese van 'n besluit betrekking het op die meriete van die aangeleentheid, wat buite die bevoegdheid van die hersieningshof val.

Daar kan geredeneer word dat die doel van Paragraaf (h) is om 'n eweredigheidstoets in te voer, waardeur die regte en belange van die individu teen die mededingende belange (pligte of verpligtinge) van die staat opgeweeg word. Hoewel eweredigheid dus nie spesifiek as 'n hersieningsgrond deur PAJA ingesluit word nie (in die sin dat prosedurele billikheid, ongeoorloofde doel en rasionaliteit as afsonderlike en onderskeie hersieningsgronde beskou word), is dit die metode wat die howe gebruik om die belange van die staat en dié van die individu te balanseer, wanneer daar 'n skending van 'n fundamentele reg voorkom.

In *R v Goldsmith*⁹³¹ het die hof gesê dat eweredigheid op die beginsel berus dat 'n mens nie 'n "voorhamer moet gebruik om 'n neut oop te breek nie."

Eweredigheid het, volgens Jowell J en Lester A,⁹³² ten doel om die uitoefening van administratiewe diskresionêre bevoegdheid te rig. Dit laat die hof toe om tussenbeide te tree en die prosedure wat gevolg is om die besluit te neem, na te gaan. Hulle waarsku egter dat regters steeds omsigtigheid aan die dag moet lê wat inmenging met beleidsbesluite of die evaluering van feite of meriete aanbetref. Voorts moet die beginsel nie meganies toegepas word nie, maar slegs in die lig van die omstandighede van elke bepaalde geval.

Daar is reeds op gewys dat Baxter reeds in 1984 van mening was dat eweredigheid ("proportionality"), in die breë sin, as 'n algemene rubriek dien vir redelikheid, billikheid en goeie administrasie. In die enger sin vereis dit dat die mate waarin administratiewe optrede op die regte van die individu inbreuk kan maak, nie die mate wat nodig is om die openbare belang te dien, moet oorskry nie.

In *Ampofo v MEC for Education, Arts, Culture, Sports and Recreation, Northern Province*⁹³³ is beslis dat 'n departement wat voorheen in die verlede sekere besluite op 'n bepaalde manier uitgevoer het, dit in die toekoms moet wysig om te voldoen aan die bepaalde redelikeheidsvereiste. Die konsep "reasonable administrative action" in Artikel 33 van die Finale-Grondwet en Artikel 6(2)(f)(ii) en Artikel 6(2)(h) van PAJA moet vertolk word dat 'n funksionaris verplig word om besluite te neem wat rasioneel regverdigbaar is.⁹³⁴

Hieruit behoort die volgende duidelik te blyk :

1. Artikel 33 van die Grondwet omskryf nie die regsbegrip "redelikheid" nie. Dit sê net eenvoudig dat alle administratiewe optrede redelik moet wees.
2. Artikel 33 maak nie uitdruklik melding van rasionaliteit nie.

⁹³¹ 1983 WLR 151 op 155.

⁹³² Jowell en Lester, 1988:51.

⁹³³ 2002(2) SA 215 (T).

⁹³⁴ Die redelike administratiewe optrede word bewerkstellig wanneer die funksionaris op 'n rasionele en onbelemmerde manier sy/haar diskresie uitoefen.

3. Die redelikheds- en rasionaliteitsvereistes voorgeskryf in PAJA, beheers die uitoefening van administratiewe diskresionêre bevoegdheid.
4. Dié twee vereistes is twee afsonderlike en onderskeie gronde vir geregtelike hersiening.
5. Die redelikhedsvereiste in PAJA is nie duidelik nie. Een moontlike vertolking is dat dit 'n eng benadering tot redelikheid weerspieël (in die sin van 'n subjektiewe benadering).
6. Nog 'n moontlike vertolking is dat die redelikhedsvereiste voorgeskryf deur Artikel 6(2)(h) ooreenkom met die vereiste van regverdigbaarheid in Artikel 24(d) van die Interim Grondwet. Die howe sal dus bepaal of die besluit 'n deeglik begronde besluitnemingsproses reflekteer in dié sin dat redes vir die optrede verskaf kan word.
7. Die redelikhedsbepaling moet doeldienend uitgelê word en die bestek en inhoud van die reg moet 'n wye en ruim uitleg geniet. Dit moet die doel van Artikel 33 van die Grondwet weerspieël, naamlik om administratiewe geregtigheid te bewerkstellig.
8. Die ideale uitleg is een wat voorsiening maak vir substantiewe geregtelike hersiening van die uitoefening van administratiewe diskresionêre bevoegdheid.

In *MEC, Public Works, Roads and Transport, Free State and Another v Morning Star Minibus Hiring Services (Pty) Limited and Others*⁹³⁵ het die tweede respondent 'n huurmotor-staanplek beheer en bedryf. Die ander respondente het hier petroleum verkry en passasiers opgelaai. In dieselfde gebied was ook 'n openbare huurmotor-staanplek, wat deur bykans niemand gebruik is nie. Geweld het tussen huurmotoroperateurs ontstaan, aangesien die respondente baie goed gevaar het. Die Lid van die Uitvoerende Komitee het toe besluit om die respondente se huurmotor-staanplek te sluit en almal te dwing om van die publieke staanplek gebruik te maak, ten einde die geweld op te los.

Die hoofargument van die respondente was dat die regulasie wat uitgevaardig is, onbillik was en dat die besluit ingemeng het met hulle eiendomsreg en dat dit diskriminerend was, aangesien die besluit taxi-operateurs verskillend benader het.

In die saak haal die hof, met goedkeuring, die opmerking van regter Davis in *Niewoudt v Chairman, Amnesty Subcommittee Truth and Reconciliation Commission*⁹³⁶ soos volg aan :

“The essence of the test to be employed in reviewing the substance of a decision of a body such as the committee concerns an inquiry as to the

⁹³⁵ 2003(4) SA 429 (O).

⁹³⁶ 2002(3) SA 143 (C) op 155 F-G.

presence of a rational connection between the decision taken, the facts on which such decision is based and the reasoning provided for the decision. Viewed within this context, this form of rationality test is appropriate to a review which deals with the substance of a decision. It reconciles the seemingly competing principles of the autonomy of the specialised body created by the Legislature for a particular purpose ... and the principle of the rule of law in which accountability for a rational decision-making is mandated.”

Wanneer hersiening op grond van billikheid deur die howe oorweeg word, ontstaan die vraag gereeld tot watter mate 'n hersieningshof betrokke moet raak in die meriete van die administratiewe besluit. Die howe moet veral versigtig wees om nie die aard van prosedurele hersiening te laat oorgaan in die substantiewe inhoud van appèlle nie.

Aangaande billikheid as hersieningsgrond, ingevolge Artikel 6(2)(h) van PAJA, het die hof homself soos volg uitgelaat in *Food Corp (Pty) Limited v Deputy Director-General : Department of Environmental Affairs and Tourism : Branch Marine and Coastal Management and Others* .⁹³⁷

“The right to just administrative action is derived from the Constitution and the different review grounds have been codified in PAJA, much of which is derived from the common law. Pre-constitutional case law must now be read in the light of the Constitution and PAJA. The distinction between appeals and reviews must be maintained since in a review the court is not entitled to reconsider the matter and impose its view on the administrative functionary. In exercising its review jurisdiction a court must treat administrative decisions with ‘deference’ by taking into account and respecting the division of powers inherent in the Constitution. This does not ‘imply judicial timidity or an unreadiness to perform the judicial function’. The quoted provision, section 6(2)(h) of PAJA, requires a simple test namely whether the decision was one that a reasonable decision-maker could not have reached or, put slightly differently, a decision-maker could not reasonably have reached.”

⁹³⁷ 2005(1) ALL SA 531 (SCA). Sien ook *Food Corp (Pty) Limited v Deputy Director-General, Department of Environmental Affairs and Tourism: Branch Marine and Coastal Management and Others* 2004(5) BCLR 487 (C); *Bato Star Fishing (Pty) Limited v Minister of Environmental Affairs and Tourism* aa 2004(4) SA 490 (CC), *Associated Institutions Pension Fund and Others v Van Zyl and Others* 2005(2) SA 302 (SCA); *Compass Waste Services (Pty) Limited v Northern Cape Tender Board and Others* 2005(4) ALL SA 425 (NC); *Food Corp (Pty) Limited v Deputy Director-General, Department of Environmental Affairs and Touris. : Branch Marine and Coastal Management and Others* 2006(1) ALL SA 277 (C); 2006(2) SA 199 (C).

5.6 DIE BEPALING VAN ARTIKEL 6(2)(i) VAN PAJA : DIE OPTREDE IS ANDERSINS ONGRONDWETLIK OF ONREGMATIG

In *MEC, Public Works, Roads and Transport, Free State and Another v Morning Star Minibus Hiring Services (Pty) Limited and Others*⁹³⁸ het die applikante aangevoer dat die regulasies vaag was.

Die Hof beslis soos volg :⁹³⁹

“Further considerations are the mischief which the regulation endeavours to curtail, and the importance of the regulation, and the fact that it can be applied with reasonable certainty in many cases. In *Smith NO and Lardner-Burke NO v Wonesayi* 1972(3) SA 289 (RA) at 296A it was held :

‘As I see it, if the legislation can be applied with reasonable certainty in the vast majority of cases, that is enough, and the fact that in borderline cases it may be extremely difficult to apply, is not a ground for holding the legislation to be void for vagueness...’

The mere fact that a particular word, phrase or sentence is vague does not necessarily lead to the whole regulation being declared void. The Court should, as far as possible, attempt to uphold the general tenure of the regulation, and to separate the good from the bad.”

Artikel 6(2)(i) is ’n tipe sambreel-bepaling, wat ten doel het om enige hersieningsgrond wat nie spesifiek by Artikel 6 ingesluit is nie, te akkommodeer. Die aantreklikheid van hierdie bepaling is dat dit situasies kan akkommodeer, wat nog nie deur die howe hanteer is nie, maar nietemin op ’n ongrondwetlike of onregmatige optrede neerkom.

’n Voorbeeld wat hier verskaf kan word, is dat hoewel daar nie regstreeks melding gemaak word van die gebruik van die verkeerde prosedure nie, ’n mens kan argumenteer dat in gevalle waar ’n verkeerde prosedure gebruik is, dit onder die wye hersieningsbepaling van Subartikel 2(i) sal ressorteer. Dit is bekend dat die administrasie in die verlede in sommige gevalle van eenvoudiger en minder omslagtiger prosedures gebruik gemaak het, eerder as om die juiste en voorgeskrewe statutêre prosedure te volg. Die howe het oor die algemeen hierdie aangeleenthede hersien. Hulle het duidelik getoon dat die vraag nie administratiewe gerief of doelmatigheid is nie, maar behoorlike nakoming van die bepalings van die betrokke wet.⁹⁴⁰

⁹³⁸ 2003(4) SA 429 (O).

⁹³⁹ 2003(4) SA 429 (O), Paragraaf 12.3. Sien ook *Du Plooy v Minister of Correctional Services and Others* 2004(3) ALL SA 613 (T); *Kemp NO v Van Wyk* 2005(6) SA 519 (SCA).

⁹⁴⁰ *Van Coller v Administrator Transvaal* 1959(4) SA 205 (T); 1960(1) SA 110 (T).

Geen regstreekse verwysing na administratiewe optrede wat vaag en verwarrend is, word in PAJA gemaak nie. Die hersiening van sulke optrede sal stellig ook gedek word deur die algemene hersieningsbevoegheid, wat in Subartikel 2(i) van PAJA verleen word. Dit wil ook voorkom of hierdie bepaling daarvoor voorsiening kan maak, dat howe nuwe hersieningsgronde kan ontwikkel.

Dit blyk dat die wetgewer se doel vir die insluiting van die spesifieke “sambreel”-klousule was om hersieningsgronde wat per abuis uitgelaat was, te dek, of om howe toe te laat om nuwe hersieningsgronde daar te stel.

Currie en Klaaren⁹⁴¹ is die volgende opinie toegedaan :

“Our submission is that, on a purposive interpretation, section 6(2)(i) has to be interpreted as part of an act with the purpose of giving effect to the rights in Section 33 of the Constitution, and not to the Constitution in general. The Section 33 rights permit review of administrative action on grounds of lawfulness, procedural fairness and reasonableness. They do not exhaust the possibilities of a constitutional challenge to administrative action. Administrative action could violate any of the other provisions of the Bill of Rights, for example, legislation giving effect to Section 33 should not overreach itself and seek to control (and, through procedural provisions such as Section 7(1) to limit) any constitutional challenge to administrative action. The AJA provides statutory causes of action substituting for direct constitutional challenges within the scope of application of the right to administrative justice”.

Daar sal waarskynlik lank bespiegel word wat die eintlike verdienste vir die daarstelling van Artikel 6(2)(i) sou wees.



⁹⁴¹ Currie en Klaaren, 2001:174.

Hoofstuk 7

PROSEDURES VIR GEREGTELIKE HERSIENING

Die prosedures vir geregtelike hersiening wat nagekom moet word wanneer 'n verontregte party wil ageer, word in Artikel 7 van PAJA omskryf. Dit bepaal soos volg :

- “1. Any proceedings for judicial review in terms of section 6(1) must be instituted without unreasonable delay and not later than 180 days after the date :
 - (a) Subject to subsection 2(c) on which any proceedings instituted in terms of internal remedies as contemplated in subsection 2(a) have been conducted; or
 - (b) where no such remedies exist, on which the person concerned was informed of the administrative action, became aware of the action and the reasons.
2.
 - (a) Subject to paragraph (c), no Court or tribunal shall review an administrative action in terms of this Act unless any internal remedy provided for in any other law has first been exhausted.
 - (b) Subject to paragraph (c), a court or tribunal must, if it is not satisfied that any internal remedy referred to in paragraph (a) has been exhausted, direct that the person concerned must first exhaust such remedy before instituting proceedings in a court or tribunal for judicial review in terms of this Act.
 - (c) A Court or tribunal may, in exceptional circumstances and on application by the person concerned, exempt such person from the obligation to exhaust any internal remedy if the Court or tribunal deems it in the interest of justice.
3. The Rules Board for Courts of Law established by Section 2 of the Rules Board for Courts of Law Act, 1985 (Act No 107 of 1985), must within one year after the date of the commencement of this Act, make and implement rules of procedure for judicial review.
4. Before the implementation of the rules of procedure referred to in subsection (3), all proceedings for judicial review must be instituted in a High Court or the Constitutional Court.
5. Any rule made under subsection (3) must, before publication in the Gazette, be approved by Parliament.”

Dit sal gepas wees om by die bespreking van Artikel 7 ook na die inhoud van Artikel 9 te verwys, waarna ook in Artikel 5 verwys was.

Artikel 9 handel oor die verandering van die tydperke (“Variation of Time”) en lui soos volg :

- “9(1) The period of –
 - (a) 90 days referred to in section 5 may be reduced; or

- (b) 90 days or 180 days referred to in sections 5 and 7 may be extended for a fixed period, by agreement between the parties or, failing such agreement, by a Court or tribunal on application by the person or administrator concerned.
- (2) The court or tribunal may grant an application in terms of subsection (1) where the interests of justice so require.”

Geregtelike kontrole oor administratiewe optrede is 'n owerheidsmetode om administratiewe geskille by te lê. Die geskiedenis het getoon dat dit die doeltreffende metode is om oor administratiewe optrede kontrole uit te oefen. In die vorige bestel, m.a.w. voor 1994, kon die houe die geldigheid van alle administratiewe handeling te toets, met inbegrip van ondergeskikte wetgewing. Die houe het byvoorbeeld die bevoegdheid gehad om die proklamasies van die Staatspresident, provinsiale wetgewing, regulasies en enige ander verordening van ondergeskikte wetgewers te toets en ongeldig te verklaar. Hou hier egter in gedagte dat munisipale verordeninge deesdae van die omskrywing van administratiewe optrede uitgesluit word.

Oor die jare heen het die Suid-Afrikaanse Regsprekende gesag 'n substansiële aantal gewysdes tot stand gebring, waarin die belangrikste en gesaghebbendste regsbeginsels met betrekking tot administratiewe organisasie, bevoegdhede en optrede vervat is. Hierdie beginsels, wat algemene toepassing en geldigheid verwerf het, het *via* die *stare decisis*-leer in ons regstelsel verskans geraak en die grondslag gevorm waarop die beginsels van administratiewe legaliteit berus. Hierdie gemeenregtelike reëls van die administratiefreg is nou in Artikel 33 van die Finale-Grondwet vervat, wat 'n aansienlike uitwerking op die ontwikkeling van die administratiefreg gehad het. So, byvoorbeeld, mag die reël wat prosedurele billikheid (met inbegrip van die reëls van natuurlike geregtigheid) vereis, nie meer by Wet van die parlement uitgesluit word nie. Die rede is dat die reg op prosedureel billike behandeling nou die status van 'n fundamentele reg het.

Met die aanneming van die Interim- en die Finale-Grondwet het die rol wat die houe met betrekking tot ander regeringstakke gespeel het, fundamenteel verander. Vir die eerste maal het Suid-Afrika nou 'n Grondwet wat die hoogste reg is en wat 'n beregbare Handves van Menseregte bevat. Die Konstitusionele Hof en die Hoë Howe het die bevoegdheid om wetgewing (ook wette van die parlement) en administratiewe handeling ongeldig te verklaar, indien dit ongrondwetlik is. Die soewereiniteit van die parlement, wat uit die Westminsterstelsel oorgeërf is, is vervang deur die oppergesag van die reg.

Die aansyn van geregtelike hersiening (die toetsingsbevoegdheid van die houe ten opsigte van administratiewe optrede en/of wetgewing) het ook dramaties verander. In 'n regstaat moet elke owerheidshandeling óf by die Grondwet, óf by 'n wet wat sy geldigheid aan die Grondwet ontleen, gemagtig wees. Daar word van die regsprekende gesag verwag om die Grondwet te beskerm; om as waghond op te tree oor die alomteenwoordige en potensieel verdrukkende bevoegdhede van die ander twee regeringstakke (die wetgewende en die uitvoerende gesag) en om toe te sien dat die uitoefening van hierdie bevoegdhede aan die gevestigde reg voldoen.

Om geregtelike hersiening, wat legitimiteit geniet te verseker, moet die regsprekende gesag vry van politieke inmenging wees en die vertroue van die algemene publiek geniet. In die verlede is die legitimiteit van die Suid-Afrikaanse Regsprekende gesag dikwels bevraagteken.

Die leerstuk van die skeiding van magte is van kardinale belang vir die onafhanklikheid van die regsprekende gesag. Hierdie leerstuk bepaal onder andere :

- (a) Dat die howe waarlik onafhanklik moet wees, d.w.s. dat die ander regeringstakke hulle nie met die geregtelike funksie mag inmeng nie en
- (b) dat die howe hulle nie oormatig inmeng met die funksies van die ander regeringstakke nie (Dit wil sê dat, die regsprekende gesag nie 'n soort "super wetgewer" of "super uitvoerende gesag" word nie.).

Die Finale-Grondwet maak uitdruklik daarvoor voorsiening dat geen persoon of staatsorgaan op die funksionering van die howe inbreuk mag maak nie. (Artikel 165(3) van die Finale-Grondwet). Staatsorgane moet (deur middel van wetgewende of ander maatreëls) die howe bystaan en beskerm, ten einde die onafhanklikheid, onpartydigheid, waardigheid, toeganklikheid en doeltreffendheid van die howe te verseker. (Artikel 165(4) van die Finale-Grondwet).

1. HERSIENINGSBEVOEGDHEDE INGEVOLGE DIE GRONDWET

PAJA maak voorsiening vir die hersiening van administratiewe optrede en beskerm so die grondwetlike reg op administratiewe geregtigheid. 'n Vraag wat nou na vore tree, is wat eintlik gebeur met die inherente gemeenregtelike reg van die howe om die geldigheid of legaliteit van administratiewe optrede te hersien? Verdwyn dit net, of bestaan dit naas die grondwetlike hersiening?⁹⁴²

Die Interim Grondwet het uitdruklik daarvoor voorsiening gemaak dat die inherente jurisdiksie van die Hooggeregshof ingevolge Artikel 102(2) van die Finale-Grondwet voortduur. Die Artikel bepaal dat die Konstitusionele Hof, die Hoogste Hof van Appèl en die Hoë Howe die inherente bevoegdheid het om, met inagneming van die belang van geregtigheid, hul eie protes te beskerm en te reël en die gemenereg te ontwikkel. Artikel 39(3) bepaal ook dat die Handves van Menseregte nie die bestaan ontken van ander regte of vryhede wat deur die gemenereg, gewoontereg of wetgewing erken of verleen word nie, in die mate waarin daardie regte of vryhede met die Handves van Menseregte bestaanbaar is. Dit wil dus oënskynlik voorkom of iemand wat deur administratiewe optrede benadeel (skade berokken) is, steeds op die howe se inherente hersieningsbevoegdheid kan steun.⁹⁴³

⁹⁴² Let daarop dat die applikant, ten einde ingevolge die gemenereg met 'n eis te slaag, die onregmatigheid of ongeldigheid van die betrokke administratiewe handeling sal moet bewys. Om dit reg te kry, sal die applikant moet steun op enigeen van die erkende gemeenregtelike ongeldigheidsgronde, soos versuim om te voldoen aan die reëls van natuurlike geregtigheid, of versuim om aan statutêre en formele prosedures te voldoen, en so meer.

⁹⁴³ Sien *Commissioner of Customs and Excise v Container Logistics' (Pty) Limited: Commissioner of Customs and Excise v Rennies Group Limited t/a Renfreight* 1999(3) SA 771 (HHA). By843 sê Regter Hefer die volgende: "But, although it is difficult to conceive of a case where the question of legality cannot ultimately be to a question of constitutionality, it does not follow that the common-law grounds for review have ceased to exist. What is lawful and

In *Pharmaceutical Manufactures Association of South Africa : In Re : Ex parte President of the Republic of South Africa* 2000 (3) BCLR241(KH) het die appellant gesteun op bogemelde beslissing en aangevoer dat 'n gedingvoerder op die gemeenregtelike hersieningsgronde kan steun en dat die saak in daardie geval as 'n gemeenregtelike saak behandel moet word en nie as 'n grondwetlike saak nie.⁹⁴⁴

Hoofregter Chaskalson het nie die appellante se betoog aanvaar dat die gemenerereg 'n korpus van regsreëls is, wat afsonderlik en onderskeie van die Grondwet bestaan nie.

Hy merk soos volg op:

“There are not two systems of law, each dealing with the same subject matter, each having similar requirements, each operating in its own field with its own highest court. There is only one system of law. It is shaped by the Constitution which is the supreme law, and all law, including the common law, derives its force from the Constitution and is subject to constitutional control.”⁹⁴⁵

Wat is die uitwerking van hierdie uitspraak? Dit beteken dat konstitusionalisme verskuif het van die sfeer van die gemenerereg na die voorskrifte van die skriftelike grondwet. Hoofregter Chaskalson het gesê dat die beginsels van die gemenerereg steeds wesenlik is vir die ontwikkeling van die publiekreg, omdat dit die inhoud van die administratiefreg en ander aspekte van die publiekreg beïnvloed en ook sal bydra tot die toekomstige ontwikkeling van die publiekreg. Die gemenerereg vul die bepalings van die Grondwet aan, maar ontleen sy regsrag aan die Grondwet. Wanneer 'n mens die gemenerereg as 'n regsbron gebruik om die grondwetlike bepalings aan te vul, moet jy altyd in gedagte hou dat ons gemenerereg sterk beïnvloed is deur die tradisie van parlementêre soewereiniteit. As 'n mens dus die gemeenregtelike reëls wil gebruik wat in die voor grondwetlike gewysdes aangetref word, moet jy seker wees dat dit nie met die Grondwet of PAJA in stryd is nie.

Die bevindings van die hof kan soos volg saamgevat word :

- Daar is slegs een regstelsel.
- Die Grondwet is die hoogste reg en alle ander wetsvoorskrifte moet daaraan voldoen.

procedurally fair within the purview of section 24 is for the courts to decide and I have little doubt that, to the extent that there is no inconsistency with the Constitution, the common-law grounds for review were intended to remain intact”.

⁹⁴⁴ Chaskalson, 1985:257 het egter bevind dat die “control of public power by the courts through judicial review as and always has been a constitutional matter. Prior to the adoption of the interim Constitution this control was exercised by the Courts through the application of common law constitutional principles. Since the adoption of the interim Constitution such control has been regulated by the Constitution which contains express provisions dealing with these matters. The common law principles that previously provided the grounds for judicial review of public power have been subsumed under the Constitution, and in so far as they might continue to be relevant to judicial review, they gain their force from the Constitution. In the judicial review of public power, the two are intertwined and do not constitute separate concepts.”

⁹⁴⁵ Sien op bladsy 260 van *Pharmaceutical Manufactures Association of South Africa : In Re : Ex parte President of the Republic of South Africa* 2000 (3) BCLR241(KH)

- Wat regmatige, prosedureel billike en regverdigbare administratiewe optrede ingevolge Artikel 124 van die Interim Grondwet uitmaak, kan nie een ding ingevolge die Grondwet beteken, en iets anders ingevolge die gemenerereg nie.
- Geregtelike hersiening van openbare bevoegdheid is 'n grondwetlike aangeleentheid, wat kragtens die Grondwet en ooreenkomstig die bepalings daarvan geskied.
- Die inherente hersieningsbevoegdhede van die hof (met betrekking tot administratiewe optrede) word onder grondwetlike hersiening gesubsumeer.

2. REGSBEVOEGDHEID

Artikel 6(1) bepaal dat enige persoon verrigtinge in 'n hof of tribunaal aanhangig kan maak vir die geregtelike hersiening van administratiewe optrede ("any person may institute proceedings in a court or a tribunal for the judicial review of an administrative action"). Dit is duidelik dat hierdie Subartikel vertolk moet word in die lig van Artikel 38 van die Grondwet, wat voorsiening maak vir uitgebreide regsbevoegdheid om die regte vervat in die Handves van Menseregte af te dwing. Aangesien administratiewe geregtigheid as 'n fundamentele reg by die Handves van Menseregte ingesluit is, sal hierdie uitgebreide regsbevoegdheid ook administratiewe optrede omvat. Die volgende persone kan dus aansoek doen om die geregtelike hersiening van administratiewe optrede :

- Iemand wat in eie belang optree.
- Iemand wat optree namens iemand anders, wat nie in eie naam kan optree nie.
- Iemand wat in eie belang as 'n lid van 'n groep of klas persone optree.
- Iemand wat in openbare belang optree.
- 'n Vereniging wat in belang van sy lede optree.

Die uitbreiding van regsbevoegdheid tot klas-aksies (groepsgedinge), diegene wat in die openbare belang optree en verenigings wat namens hulle lede optree, is baie belangrik vir die administratiefreg. 'n Groepsgeging, waardeur 'n bepaalde persoon 'n geving teen die staat instel ten behoeve van 'n groot groep, of klas persone, sal byvoorbeeld die koste versprei tussen diegene in die groep, of klas, wat waarskynlik die finansiële las van die individue wat betrokke is, drasties sal verlig. Besorgde omgewingsbewustes sal ook *locus standi* hê in omgewingskwessies waarby die staat betrokke is, byvoorbeeld lug- of waterbesoedeling.⁹⁴⁶

⁹⁴⁶ *Sien Van Huysteen v Minister of Environmental Affairs and Tourism* 1996(1) SA 283 (K).

In *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek v Powell NO and Others*⁹⁴⁷ het die Konstitusionele Hof die vraag oorweeg of die applikante bevoegdheid gehad het om die geldigheid van Artikel 417(2)(b) van die Maatskappywet 61 van 1973 te betwis op grond daarvan dat dit in stryd was met Artikel 25(3) van die Interim Grondwet (die reg op 'n billike verhoor).

Volgens bladsy 1082 het die hof die volgende beslis :

“Whilst it is important that this Court should not be required to deal with abstract or hypothetical issues, and should devote its scarce resources to issues that are properly before it, I can see no good reason for adopting a narrow approach to the issue of standing in constitutional cases. On the contrary, it is my view that we should rather adopt a broad approach to standing. This would be consistent with the mandate given to this Court to uphold the Constitution and would serve to ensure that constitutional rights enjoy the measure of the protection to which they are entitled.”

In hierdie saak het die hof dus 'n ruim benadering tot bevoegdheid in gedingvoering oor fundamentele regte gevolg. Meer mense wat “identifiseerbare belang by die uitslag” van 'n saak het, mag nou 'n geregshof nader.

3. FINALITEIT, RYPHEID EN VOORTYDIGE AFDWINGING VAN HERSIENING INGEVOLGE PAJA

Soos dit in PAJA bepaal word, moet 'n besluit finaal wees, met ander woorde, uitdruklik en bepaalbaar, alvorens dit as 'n administratiewe handeling beskou kan word. Baie hang dus af van die rypheid van die administratiewe handeling, met ander woorde, wanneer geregtelike hersiening van 'n finale administratiewe handeling van toepassing sal wees.

Die vraag kan tereg gevra word of reëls in individuele gevalle getoets of bevraagteken kan word voor die implementering of afdwinging van die regte? Die gemeenregtelike antwoord is *nee*. In *Cabinet of the Transitional Government for the Territory of South West Africa v Eins*⁹⁴⁸ het die Hoogste Hof van Appèl 'n bevel tersyde gestel, wat bepaal het dat wetgewing ongrondwetlik en ongeldig is op grond daarvan dat die respondent nie teen die applikant opgetree het nie, of nie van voornemens was om teen die applikant op te tree nie.

Volgens bladsy 294B bepaal die hof soos volg :

“It seems to me that the appropriate time, when the Court should be asked to adjudicate on the validity of section 9 of Act 33 of 1985 would be when the Cabinet exercises, or proposes to exercise, its power under the section, or when there are reasonable grounds for believing that it intends doing so.”

⁹⁴⁷ 1996(1) SA 984 (CC).

⁹⁴⁸ 1988(3) SA 369 (A).

Daar kan egter voorgestel word dat voor-afdwingshersiening van finale regulasies ingevolge PAJA toegelaat moet word. Waar die regulasie of reël finale administratiewe optrede bewerkstellig, selfs al word dit nie in individuele gevalle afgedwing nie, het dit die krag van wetgewing en moet dit onderworpe wees aan PAJA-hersiening.

4. TYDBEPERKINGS VAN TOEPASSING OP PAJA-HERSIENINGSVERRIGTINGE

Die Wet het tydsbeperkings geplaas op hersieningsverrigtinge. Ingevolge Artikel 7(1), moet hersieningsverrigtinge ingestel word sonder onredelike vertraging en nie later nie as 180 dae na die datum van finalisering van enige interne remedies.

Waar daar nie interne remedies bestaan nie, word die 180-dae-tydperk bepaal vanaf die datum van kennisgewing van die besluit, of die datum waartydens daar van die bevoordeelde party redelikerwys verwag kan word om bewus te word van die aksies en die redes daarvoor.

4.1 ONREDELIKE VERTRAGING

'n Benadeelde party moet, ingevolge Artikel 7(1) van PAJA, hersieningsverrigtinge instel sonder onredelike vertraging ("without unreasonable delay"). Wanneer daar dus bewys kan word dat die vertraging minder as 180 dae was, maar daar nog steeds bewys kan word dat die vertraging onredelik was, kan die hof weier om die saak aan te hoor. Die tydperk van 180 dae bied nie veel ruimte wanneer daar te doen gekry word met litigasie nie. Dit sal moeilik bewys kan word dat die applikant onredelikerwys vertraging bewerkstellig het, alvorens met die litigasieproses begin is.

In die saak van *Wolgroeiërs Afslaers (Edms) Beperk v Munisipaliteit van Kaapstad*⁹⁴⁹ het slegs 'n klein meerderheid regters van die Hoogste Hof van Appèl beslis dat 'n tydperk van drie en 'n half jaar vir die instel van aksie onredelik was. Die hof het beslis om nie die aksie van die stadsraad tersyde te stel nie.

4.2 DIE 180-DAE-TYDPERK EN VERLENGING DAARVAN

Wanneer begin geregtelike hersiening ingevolge PAJA nou eintlik? Artikel 7(1)(a) maak hiervoor voorsiening en bepaal dat die 180-dae-tydperk 'n aanvang neem vanaf die dag wanneer daar finaliteit bereik is rakende verrigtinge wat ingestel is ingevolge interne remedies, waarna in Subartikel 2(a) verwys is. Die 180-dae-tydperk begin vanaf die dag wanneer die interne remedies uitgeput is.

Bogemelde Artikel 7(1)(a) word onderhewig gestel aan Artikel 7(2)(c), 'n Subartikel wat aan howe in uitsonderlike omstandighede en in die belang van geregtigheid

⁹⁴⁹ 1978(1) SA 13 (A).

magtigting verleen om aan 'n applikant goedkeuring te verleen om hersieningsverrigtinge aanhangig te maak, sonder dat alle interne remedies uitgeput is.

Dit sal egter nie altyd duidelik wees wanneer die interne remedieproses afgehandel is nie. Dit vind dikwels informeel plaas. Dit is meermale nie seker wat die omvang van die verrigtinge is en wanneer dit tot finaliteit gebring is nie.

Daar kan geargumenteer word dat die hantering van die 180 dae positief bejeën moet word, sodat dit eerder dui op die nakoming en uitoefening van die grondwetlike reg van administratiewe geregtigheid en die verlening van die administratiewe hersieningsbevoegheid, soos in PAJA vervat.

Daar kan wel gevalle ontstaan waar daar geen interne remedies vir 'n benadeelde party beskikbaar is nie. Dan is die datum vir die kennisgewing van administratiewe optrede van belang. Artikel 7(1)(b) maak hiervoor voorsiening :

“(b) where no such remedies exist, on which the person concerned was informed of the administrative action, became aware of the action and the reasons for it or might reasonably have been expected to have become aware of the action and the reasons.”

Dit is egter in die Suid-Afrikaanse grondwetlike reg 'n beginsel dat daar voortdurend gebruik gemaak word van interne remedies, suiwer om die rede dat dit as 'n administratiefregtelike kontrolemaatreeël dien.⁹⁵⁰

Artikel 7(1)(b) is dus van toepassing slegs waar daar geen interne remedies bestaan nie. Om hierdie rede is Artikel 7(2)(c) ook nie van toepassing gemaak op Artikel 7(1)(b) nie, maar wel op Artikel 7(1)(a).

Indien daar geen interne remedies is wat uitgeput moet word nie, word die dag waarop hersieningsverrigtinge ingevolge PAJA ingestel moet word, bepaal vanaf die datum van die kennisgewing van die voorgenome optrede en die redes in die kennisgewing vervat. Ons sien dus dat die 180-dae-periode om die kennis wat deur die benadeelde party gegee is wentel. Hier word daar te doen gekry met 'n objektiewe standaard, veral waar die woorde “or might reasonably have been expected to have become aware of the action” daarop dui.

Die 180-dae-tydperk is derhalwe ingevolge die kennisgewing 'n vasstelbare tydperk.

Artikel 9(1)(b) maak voorsiening vir 'n verlenging van die 180-dae-tydperk vir die instel van geregtelike hersiening ingevolge PAJA. Die partye kan ooreenkom om

⁹⁵⁰ Sien in dié verband *Transvaal Agricultural Union v Minister of Land Affairs* 1997(2) SA 621 (CC) by paragraaf 30.

die tydperk van 180 dae by wyse van ooreenkoms vir 'n bepaalde vasstaande tydperk, te verleng. Daar bestaan egter geen statutêre bepaling wat die 180-dae-tydperk kan verminder nie.

Indien 'n verlenging van die tydperk verlang word, kan dit eerstens geskied deur onderhandeling tussen die partye. Wanneer redelike pogings tussen die partye om die tydperk te verleng faal, bepaal Artikel 9(1) dat 'n hof of tribunaal, wanneer dit in belang van geregtigheid is, die periode mag verleng wanneer 'n aansoek vanaf die benadeelde party of die administrateur ontvang is.

Die belang van geregtigheid sal ten volle deur die hof, of tribunaal, oorweeg en gedebatteer word. Die kondonasië van siviele prosedurele verrigtinge is 'n passende voorbeeld.

Die tydperk waarbinne die remedies ingevolge Artikel 7(1) van PAJA uitgeoefen word, het in verskeie hofsake die aandag van die hof geniet. In die saak *Sasol Oil (Pty) Limited and Another v Metcalfe NO*⁹⁵¹ is daar oorweging geskenk aan die tydperk waarbinne die remedies aanhangig gemaak is. Die hof laat hom soos volg uit :

“Section 7(1) of PAJA very sensibly provides that reasonableness is the primary yardstick in determining whether a review application has been timeously brought. Reasonableness always depends on the facts of each particular case. Lesser time periods than the maximum of 180 days allowed in terms of section 7(1) of PAJA which may be provided in earlier legislation, may be indicators of reasonableness within certain contexts, but they can never be determinative of the issue. In this particular case, the first applicant became aware of the respondent's decision on 5 May 2003. The application for review was issued on 31 July 2003, less than three months after the respondent's decision. This particular matter is complex. There is much that is at stake. The legal principles with which the parties have had to grapple are, in many respects, new and rapidly evolving. The applicants clearly needed to consider their position carefully. I do not think it can be said that the applicants came to Court after unreasonable delay. Furthermore, the provisions of the ECA are obviously dated. They are of an era, or in the broad sense of the term, a regime in which reasons for administrative action seemed less important than they do in our new constitutional order. It seems to me that it would be quite inappropriate to hold the applicants to the provisions of section 36 of the ECA.”

Dit is verder duidelik dat die hof self hul diskresie sal gebruik wanneer die meriete vir die laat aanvang van hersieningsaansoeke oorweeg word. Artikel 9 van PAJA

⁹⁵¹ 2004(5) SA 161 (W).

verleen aan die hof die diskresie om op meriete die laat aanvang van hersieningsaansoeke te kondoneer.

In die saak *Associated Institutions Pension Fund and Others v Van Zyl and Others*⁹⁵² is die administratiewe besluit geneem voor die inwerkingtreding van die nuwe Grondwet en PAJA. Die hersieningsaansoek is ongeveer 4 jaar nadat die besluit geneem is, ingedien. Die 180-dae-bepanking van Artikel 7(1) van PAJA was dus nie van toepassing.

Die hof doen 'n beroep op die gemeneregreëls, om die applikant se laat indiening te oorweeg :

“It is a longstanding rule that courts have the power, as part of their inherent jurisdiction to regulate their own proceedings, to refuse a review application if the aggrieved party had been guilty of unreasonable delay in initiating the proceedings. The effect is that, in a sense, delay would ‘validate’ the invalid administrative action (see *Oudekraal Estates (Pty) Limited v City of Cape Town and Others* 2004 (6) SA 222 (SCA) [2004] 3 ALL SA 1)”⁹⁵³

4.3 UITPUTTING VAN INTERNE REGSMIDDELE

Interne regsmiddele behels interne appèl (interne beroep) en hersiening, asook die ander metodes van kontrole oor administratiewe optrede wat binne die administrasie self aangetref word. Dit sluit byvoorbeeld in 'n werknemer se appèl na sy of haar departementshoof, daarna na die streekdirekteur en uiteindelik na die minister.

In 'n interne appèl, wat 'n eenvoudige, informele en ongekompliseerde stelsel van appellering is, beheer die hoër liggaam (die hersieningsliggaam) nie net die beweerde oorskryding van bevoegdheid, of die onreëlmatigheid nie, maar oorweeg ook die meriete van die saak en die doeltreffendheid van die optrede. Dit volg dus logies dat geregtelike hersiening as die laaste toevlug beskou moet word.

Die Suid-Afrikaanse gewysdereg is glad nie duidelik oor die toepassing van die reël met betrekking tot die uitputting van interne regsmiddele nie. In sommige sake het die hofe daarop aangedring dat die middele uitgeput moet word⁹⁵⁴, maar in ander is daar bevind dat die applikant in enige stadium van die verrigtinge aansoek om geregtelike hersiening kon doen, mits die geskil in ander opsigte bereikbaar was.⁹⁵⁵

⁹⁵² 2005(2) SA 302 (SCA).

⁹⁵³ 2005(2) SA 302 (SCA), Paragraaf 46. Sien ook *Scenematic Fourteen (Pty) Limited v Minister of Environmental Affairs and Tourism and Another* 2004(4) BCLR 430 (C); *Ntame v MEC, Dept of Social Development, Eastern Cape, and Two Similar Cases* 2005(6) SA 248 (E); *Mnyaka v MEC, Department of Social Development, Eastern Cape*, 2005(2) ALL SA 535 (SE) en *AAA Investments (Pty) Limited v Micro Finance Regulatory Council and Another* 2004(6) SA 557 (T).

⁹⁵⁴ Sien *Shames v South African Railways & Harbours* 1922 AD 228.

⁹⁵⁵ *Durban City Council v Local Transportation Board* 1964(3) SA 224 (D).

Is die uitputting van interne remedies, alvorens 'n hof vir hersiening genader word, konstitusioneel verantwoordbaar?

Artikel 34 van die Finale-Grondwet handel oor die toegang tot howe en bepaal soos volg :

“Elkeen het die reg dat 'n geskil wat deur die toepassing van die reg besleg kan word, in 'n billike openbare verhoor beslis kan word voor 'n hof of, waar dit gepas is, 'n ander onafhanklike en onpartydige tribunaal of forum”.

Die vraag ontstaan nou of Artikel 34 van die Grondwet die vereiste afskaf dat interne regsmeddele eers uitgeput moet word. Enersyds kan geargumenteer word dat hierdie fundamentele reg, vervat in Artikel 34, die individu in staat stel om interne kontrolemaatreëls te verontagsaam, op grond daarvan dat dit nie onafhanklike en onpartydige forums is nie, en om regstreeks na die hof te gaan. Dit blyk nie of hierdie argument water hou nie, aangesien dit nie die uitwerking van die beperkingsbepaling (Artikel 36 van die Grondwet) in ag neem nie.

Beperking ingevolge Artikel 36 kan gevolglik regmatig vereis dat interne regsmeddele eers uitgeput moet word. Die howe kan nie toelaat dat hulle nog meer oorlaai word nie.

Hoewel dit dus moontlik is dat die howe geregtelike hersiening van 'n beweerde administratiewe oorskryding van bevoegdheid of onreëlmatigheid sal toelaat, al is al die interne regsmeddele nie uitgeput nie, moet die beperkingsbepaling altyd in gedagte gehou word : Die reg op toegang tot die howe kan beperk word, mits daar aan die vereistes van Artikel 36 voldoen word. Een regverdiging vir die aandrang daarop dat interne regsmiddels uitgeput word, is dat dit sal help om te voorkom dat die howe oorstrom word deur sake wat doeltreffender deur die administrasie self hanteer sou kon word.

Artikel 7(2)(a) bepaal dat geen hof of tribunaal 'n administratiewe handeling mag hersien nie, tensy die interne regsmiddels waarvoor in enige regsvoorskrif voorsiening gemaak is, eers uitgeput is.

Wanneer 'n hof of tribunaal nie daarvan oortuig is dat die interne regsmeddele uitgeput is nie, moet hy die betrokke persoon gelas om eers daardie meddele uit te put, voordat hy of sy verrigtinge vir geregtelike hersiening in 'n hof of tribunaal aanhangig maak (sien Artikel 7(2)(b)). Clive Plasket is die mening toegedaan dat geargumenteer kan word dat Artikel 7(2) van PAJA 'n grondwetlike inbreukmaking is op die reg van toegang tot howe soos gestel in Artikel 34 van die Grondwet.⁹⁵⁶

⁹⁵⁶ Sien Plasket, 2002:50.

PAJA maak wel in uitsonderlike gevalle vir vrystelling van die verpligting om interne regsmiddele uit te put, voorsiening, naamlik waar dit in die belang van geregtigheid nodig geag word. Die betrokke persoon moet om sodanige vrystelling aansoek doen. Nadat die Reëlsraad prosedurereëls opgestel en in werking gestel het, kan 'n geding kragtens die Wet in 'n Hoë Hof of 'n Landdroshof ingestel word. As die eis egter op Artikel 33 berus, is die Hoë Hof die gepaste forum. Ingevolge Artikel 168(3) van die Grondwet, kan 'n party, nadat die Hoë Hof 'n beslissing gemaak het, na die Hoogste Hof van Appèl teen die beslissing appelleer. Algemeen gesproke sal die saak nie voorgesit word as die Hoogste Hof van Appèl eers 'n beslissing gegee het nie. Die applikant kan egter (vanaf enige hof) na die Konstitusionele Hof appelleer, mits die aangeleentheid oor 'n grondwetlike kwessie handel.

'n Voorbeeld van die toepassing van Artikel 7(2)(a) van PAJA word gevind in die beslissing van *Marais v Democratic Alliance*.⁹⁵⁷ Die applikant het aangevoer dat die Artikel nie van toepassing was op die dispuut tussen die partye nie, aangesien Artikel 7(2)(a) van PAJA bepaal dat 'n interne remedie, voorsien in enige ander reg, eers uitgeput moet word, alvorens die hof vir regshulp genader moes word. Die hof het beslis dat die grondwet van die Demokratiese Party nie vir die vereistes van ander reg – (“other law”) ingevolge Artikel 7(2)(a) van PAJA gekwalifiseer het nie. “Reg” moet ooreenkomstig die definisie verleen in Artikel 2 van die Interpretasiewet 33 van 1957 vertolk word. Dit beteken 'n wet, proklamasie, ordonnansie of parlementswet, of enige ander bepaling wat regsrag het. Die grondwet van die Demokratiese Party voldoen nie aan die vereistes van 'n magtigende bepaling nie. Indien wel, sou die respondent se grondwet as wet ingesluit word.

In *Ntame v MEC; Department of Social Development, Eastern Cape*,⁹⁵⁸ *Mnyaka v MEC, Department of Social Development, Eastern Cape*,⁹⁵⁹ het regter Plasket oorweging geskenk aan die bepalings van Artikel 7(2) van PAJA, waar die applikante versoek het dat die hof hulle vrystel van die nakoming van die bepalings van Artikel 7(2) om eers alle interne remedies na te kom, alvorens die hof genader word om die hersieningsaansoek te oorweeg.

Die hof, *obiter* gesproke, beslis dat die bevel nie nodig is nie :

“Even if the PAJA had applied, such an order would not have been necessary because section 7(2) merely defers the right of access until any internal remedy provided by any law has been exhausted, or the time period for utilising that internal remedy has expired. Section 7(2) certainly does not oust the jurisdiction of the courts when an applicant has chosen not to utilise

⁹⁵⁷ 2002(2) BCLR 171 (C).

⁹⁵⁸ 2005(2) ALL SA 535 (SE).

⁹⁵⁹ 2005(2) ALL SA 535 (SE).

an internal remedy or, for some other reason, has not done so. Such an interpretation of the section would most probably render it unconstitutional."⁹⁶⁰

In *Reed and Others v Master of the High Court of SA and Others*⁹⁶¹ is die hof van mening dat Artikel 7(2) van PAJA beperkend vertolk moet word.

In par 19 bepaal die hof soos volg :

“Section 7(2) of the PAJA, assuming as I must for present purposes that it is constitutional, limits the fundamental right of access to court by barring resort to judicial review until internal remedies provided by any law have been exhausted (or until the time period for utilising the internal remedy has elapsed). By deferring resort to judicial review in this way, section 7(2) restricts the jurisdiction of a court to determine an otherwise justifiable issue before it, because it interferes with fundamental rights, it must be interpreted restrictively.”⁹⁶²



⁹⁶⁰ 2005(2) ALL SA 535 (SE), Paragraaf 30.

⁹⁶¹ 2005(2) ALL SA 429 (E).

⁹⁶² 2005(2) ALL SA 429 (E), Paragraaf 19. Sien verder ook in verband met die toepassing van Artikel 7(2) van PAJA *Van Zyl v New National Party and Others* 2003(3) ALL SA 737 (C); *Marais v Democratic Alliance* 2002(2) BCLR 171 (C); *Kemp NO and Others v Van Wyk and Others* 2004(2) ALL SA 286 (T); 2004 JOL 12621(T), *Gold Fields Limited v Connellan NO and Others* 2005(3) ALL SA 142 (W); *Governing Body, Mikro Primary School and Another v Minister of Education, Western Cape and Others* 2005(3) SA 504 (C); *Western Cape Minister of Education and Others v Governing Body of Mikro Primary School* 2005(3) ALL SA 436 (SCA). *Earthlife Africa (Cape Town) v Director General:Department of Environmental Affairs and Tourism and Another* 2005(3) SA 156 (C).

Hoofstuk 8

ARTIKEL 8 VAN PAJA – REMEDIES IN GEREGETELIKE HERSIENINGSVERRIGTINGE

Artikel 8 bepaal die volgende :

- “(1) The court or tribunal, in proceedings for judicial review in terms of section 6(1), may grant any order that is just and equitable, including orders –
- (a) directing the administrator –
 - (i) to give reasons; or
 - (ii) to act in the manner the court or tribunal requires;
 - (b) prohibiting the administrator from acting in a particular manner;
 - (c) setting aside the administrative action and-
 - (i) remitting the reconsideration by the administrator, with or without directions; or
 - (ii) in exceptional cases –
 - (aa) substituting or varying the administrative action or correcting a defect resulting from the administrative action; or
 - (bb) directing the administrator or any party to the proceedings to pay compensation;
 - (d) declaring the rights of the parties in respect of any matter to which the administrative action relates;
 - (e) granting a temporary interdict or other temporary relief; or
 - (f) as to costs.
- (2) The court or tribunal, in proceedings for judicial review in terms of section 6(3), may grant any order that is just and equitable, including orders –
- (a) directing the taking of the decision;
 - (b) declaring the rights of the parties in relation to the taking of the decision;
 - (c) directing any of the parties to do, or to refrain from doing, any act or thing, the doing or refraining from the doing, of which the court or tribunal considers necessary to do justice between the parties; or
 - (d) as to costs.

Kragtens Artikel 8(1) van PAJA kan die hof, of tribunaal, in verrigtinge vir geregetelike hersiening kragtens Artikel 6(1) (hersiening van administratiewe optrede), enige bevel toestaan wat regverdig en billik is. Hoë Howe het die bevoegdheid om bevele kragtens Artikel 6(1) te gee en 'n regsmiddel kragtens Artikel 8(1). Landdroshowe het soortgelyke bevoegdhede, met dien verstande dat hulle deur die Minister aangewys is en dat hulle aan die bepalings van Artikel 170 van die Grondwet voldoen. Hierdie artikel beperk die jurisdiksie van landdroste in dié sin dat hulle nie ondersoek mag instel na, of mag beslis oor, die grondwetlikheid van enige wetgewing of enige optrede van die President nie.

Artikel 8 stem ooreen met die grondwetlike bepaling van Artikel 172(1), ten effekte dat wanneer 'n Hoë Hof, die Hoogste Hof van Appèl, of die Konstitusionele Hof administratiewe optrede ongrondwetlik verklaar, sodanige hof enige bevel kan gee, wat regverdig en billik is, met inbegrip van 'n bevel wat die terugwerkendheid van die ongeldigverklaring beperk, asook 'n bevel wat die ongeldigverklaring vir enige tydperk en op enige voorwaarde opskort ten einde die bevoegde gesag toe te laat om die gebrek reg te stel.

Indien 'n mens aanvaar dat die woorde “enige wetgewing”, presies beteken wat dit sê, dan het landdroshowe geen jurisdiksie om ondersoek in te stel na die Grondwetlikheid van enige wetgewing nie, hetsy dit primêre of ondergeskikte wetgewing is. Dit beteken dat landdroshowe nie ondersoek kan instel na die Grondwetlikheid van ondergeskikte wetgewing soos proklamasies, regulasies en reëls nie. Landdroshowe het dus meer beperkte jurisdiksie as die Hoë Hof, omdat dit beperk word tot die geldigheid van administratiewe optrede deur enige staatsorgaan, behalwe dat dit die optrede van die President en 'n ondersoek na die geldigheid van primêre en ondergeskikte wetgewing uitsluit.

Daar is geen grondwetlike beperking op die jurisdiksie van landdroshowe om wetgewing uit te lê, dit toe te pas, of af te dwing nie. Aangewese landdroshowe mag, ingevolge die vereistes van PAJA, die bepalings van PAJA uittê, toepas en afdwing. Dit geld ook vir die uitleg, toepassing en afdwinging van magtigende bepalings, of ander toepaslike wetgewing.

Hierdie magtiging verleen deur PAJA, verskil ten opsigte van die algemene jurisdiksie van die landdroshowe, soos verleen deur die Wet op Landdroshowe, Wet 32 van 1944. Wanneer verrigtinge ingevolge Artikel 6(1) deur landdroshowe uitgevoer word, en remedies ingevolge Artikel 8(1) afdwing word, tree die landdroshof op as 'n PAJA-hof. Artikel 110 van die Wet op Landdroshowe verleen nie die bevoegdheid aan landdroshowe, om wanneer die hof ingevolge die Wet op Landdroshowe optree, enige beslissing te vel oor die geldigheid van enige Wet of die optrede van die President nie.⁹⁶³

Dit is egter duidelik dat PAJA die magtiging aan landdroshowe verleen om te beslis oor die geldigheid van administratiewe handeling, insluitende wetgewing en die optrede van die President. Dit blyk dus dat PAJA die vroeëre Wet op Landdroshowe in hierdie mate gewysig het.

1. REMEDIES DEUR PAJA VERLEEN

Artikel 8 van PAJA, getiteld “Remedies in proceedings for judicial review”, is die eerste vertrekpunt vir enige klaer op soek na 'n geregtelike administratiefregtelike remedie. Dié

⁹⁶³ Artikel 110 van die Wet op Landdroshowe is gewysig deur die Tweede Wysigingswet op Landdroshowe, Wet 80 van 1997. Dit lees soos volg: “Artikel 110 Beslissings oor die regsgeldigheid van Wet of optrede van die President: (1) 'n (Landdroshof) Hof is nie bevoeg om 'n oordeel uit te spreek oor die regsgeldigheid van enige wet of optrede van die President nie. (2) Indien dit by enige verrigtinge voor 'n hof beweer word dat – (a) enige wet of enige optrede van die President ongeldig is op grond van die bestaanbaarheid daarvan met 'n bepaling van die grondwet; of (b) enige wet ongeldig is op grond anders as die grondwetlikheid daarvan, beslis die hof die aangeleentheid in die veronderstelling dat sodanige wet of optrede geldig is: Met dien verstande dat die party wat beweer dat 'n wet of optrede van die President ongeldig is, getuienis betreffende die ongeldigheid van die betrokke wet of optrede kan aanvoer.”

artikel laat die hof/tribunaal toe om enige bevel te gee wat regverdig en billik is, insluitende 'n aantal remedies wat spesifiek gelys is.

Die Wet het die tradisionele praktyk voortgesit om na “hersiening” te verwys as beide werkwoord en selfstandige naamwoord, met ander woorde, om na hersiening te verwys as 'n proses en ook 'n tipe remedie. Dit verwys egter nie na 'n direkte en indirekte siening nie.

Artikel 8 van PAJA verwys nie slegs na die primêre remedies wat verbind kan word met direkte geregtelike hersiening, soos in die gemenereg nie, met ander woorde, die tersydestelling en verbetering van optrede nie, maar ook na 'n aantal van die bekende remedies, (aangedui as bevele) wat verband hou met die gemeenregtelike indirekte hersiening, soos byvoorbeeld interdikte en verklarende bevele. Die Wet het grootliks daarin geslaag om die verskil tot 'n mate af te breek, hoewel dit nog moontlik is om gevalle van indirekte hersiening in siviele aksies en strafregtelike sake te identifiseer.

Die Wet maak ook voorsiening vir 'n aantal minder bekende remedies. In besonder maak PAJA voorsiening vir 'n remedie waar 'n orgaan versuim het om redes te verskaf, terwyl 'n nuwe statutêre grond vir hersiening, naamlik onredelike vertraging (“unreasonable delay”) die lig gesien het, naamlik Artikel 8(2) wat saam met Artikel 6(3) van die Wet gelees moet word.

1.1 ARTIKEL 8(1)(a) : LASGEWING

Die hof, of tribunaal, kan die administrateur gelas –

- om redes te verskaf, of
- om te handel op die wyse wat die hof, of tribunaal, vereis.

Hierdie regsmiddel sal ongetwyfeld die vorm van 'n *mandamus* of gebiedende interdik aanneem.⁹⁶⁴

1.2 ARTIKEL 8(1)(b) : VERBIEDENDE BEVELE

Die hof, of tribunaal, kan 'n bevel gee wat die administrateur verbied om op 'n bepaalde manier te handel. Hierdie paragraaf van Artikel 8(1) maak dus voorsiening vir 'n verbiedende interdik.

1.3 ARTIKEL 8(1)(c) : TERSYDESTELLING VAN ADMINISTRATIEWE OPTREDE

Die hof, of tribunaal, kan die administratiewe optrede tersyde stel. Kragtens die gemenereg stel die howe nie ligtelik hulle beslissing in die plek van dié van die administratiewe liggaam nie. Gewoonlik was die beleid om die aangeleentheid vir heroorweging na die administrateur terug te verwys.

⁹⁶⁴ Sien Baxter, 1984:687-691.

In *Nel v Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad*⁹⁶⁵ het die hof bevind dat die wetgewer die raad aangestel het as die finale arbiter van wat as onbetaamlike of skandelige gedrag deur praktisyns beskou word en dat die lede van die raad die nodige kundigheid gebied het om te weet wat as onbetaamlik en skandelik beskou kan word. 'n Hof sal dus nie ligtelik teen die raad se beslissing ingryp, of self 'n straf oplê nie. Die applikant het *bona fide* opgetree, maar was nalatig in die toepassing van die toepaslike tariewe. Die hof het bevind dat die straf wat opgelê is, skokkend onvanpas was, en wel in die mate dat die raad óf nie die feite voor kom ten volle aanvaar het nie, óf binne-inligting gebruik het, wat nie aan die applikant bekendgemaak is nie en waaraan sy dus nie aandag kon skenk nie. Hoewel 'n hof nie sy oordeel met betrekking tot straf in die plek van dié van die raad moet stel nie, tensy daar dwingende redes is om dit te doen, het die omstandighede van die saak die hof gedwing om 'n straf op te lê.

Normaalweg sal die hof 'n besluit deur die administrateur in die omstandighede uiteengesit in Artikel 8(1)(c) van PAJA, wat soos volg lui, tersyde stel :

- “8(1) In verrigtinge vir geregtelike hersiening kragtens Artikel 6(1) kan die hof, of tribunaal, 'n bevel gee wat regverdig en billik is, met inbegrip van 'n bevel –
- (c) wat die administratiewe optrede tersyde stel en –
- (i) die aangeleentheid vir heroorweging deur die administrateur terug verwys, met of sonder lasgewings; of
- (ii) in uitsonderlike gevalle –
- (aa) die administratiewe optrede vervang of wysig of 'n gebrek regstel wat uit die administratiewe optrede voortspruit; of
- (bb) die administrateur of enige ander party by die verrigtinge gelas om vergoeding te betaal.”

Hierdie paragraaf van Subartikel (1) verleen duidelik aan 'n hof of tribunaal die bevoegdheid om administratiewe optrede in uitsonderlike gevalle tersyde te stel.

In die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Reg kan 'n billike en regverdige bevel ook potensieel 'n toekenning vir konstitusionele skade insluit. Daar moet egter op gewys word dat die hof nie graag 'n bevel vir konstitusionele skade toestaan nie. Die Grondwetlike Hof en die Hoogste Hof van Appèl het albei eise vir konstitusionele skade van die hand gewys. Die gewysdes wat hier as gesag aangevoer kan word,

⁹⁶⁵ 1996(4) SA 1120 (T).

is onder andere *Fose v Minister of Safety and Security*⁹⁶⁶ en *Olitzki Property Holdings v State Tender Board*.⁹⁶⁷

In sommige gevalle kan houe verder gaan as die magte wat verleen word om 'n beslissing tersyde te stel en dit vir heroorweging na die administrateur terug verwys. Die houe kan selfs die beslissing van die administrateur tersyde stel en deur sy eie beslissing of bevel vervang. Vier gevalle kom voor waar 'n hof kan besluit om nie bloot 'n beslissing tersyde te stel nie, maar eerder met die hof se eie bevel te vervang.⁹⁶⁸ Eerstens kan die hof die mening toegedaan wees omdat die beslissing van 'n geregtelike aard is en dat die hof net so bevoeg is as die administrateur om die besluit te neem. Tweedens kan die korrekte beslissing voor die hand liggend wees en sal dit geen doel dien om dit na die administrateur nie terug te verwys nie. Derdens kan situasies ontstaan waar verdere vertraging onregverdig sal wees en net verdere skade of ongerief sal veroorsaak. Vierdens kan daar sodanige vooroordeel of onbevoegdheid aan die kant van die besluitnemer wees, dat dit voldoende rede sal wees om dit nie na die oorspronklike besluitnemer terug te verwys nie.

Ter illustrasie hiervan, word kortliks na die volgende gesag verwys :

- (1) Waar die eindresultaat vanself spreek, en indien die hof die aangeleentheid terug verwys, sal dit net neerkom op 'n vermorsing van tyd, soos in *Hartman v Chairman, Board for Religious Objection*⁹⁶⁹. In dié saak het die raad geweier om die applikant, 'n Theravada Boeddhis, ingevolge die Verdedigingswet, Wet 44 van 1957 as 'n godsdienstig beswaarde te verklaar. Toe die hof verklaar dat die wetgewer bedoel het om onder "religious convictions" veroordelings gebaseer op nie-teïstiese gelowe in te sluit, het Regter-President Smuts 'n bevel gemaak om die klassifikasie daar te stel. Aangesien die raad dus daaraan gebonde was om die hof se beslissing na te volg, was daar geen doel meer om die aangeleentheid vir heroorweging deur die raad terug te verwys nie.

In *RHI Joint Venture v Minister of Roads and Public Works and Others*⁹⁷⁰ het die applikant aangevoer dat 'n tender aan hom toegeken moet word, en nie aan die 3de respondent nie, aangesien die department gefouteer het in die toekenning van die tender. Die hof word versoek om die tender aan die applikant toe te ken en nie na die department vir heroorweging terug te

⁹⁶⁶ 1997(3) SA 786 (CC).

⁹⁶⁷ 2001(3) SA 1247 (SCA).

⁹⁶⁸ Sien regter Hiemstra se uitspraak in *Johannesburg City Council v Administrator, Transvaal 1969(2) SA 72 (T) by 76. University of the Western Cape v Member of Executive Committee for Health and Social Services 1998(3) SA 124 (C), 131* waar Regter Hlope 'n opsomming gee van gevalle waar die hof bereid sal wees om die oorspronklike besluit tersyde te stel en te vervang met die hof se eie besluit.

⁹⁶⁹ 1987(1) SA 922 (O).

⁹⁷⁰ 2003(5) BCLR 544 (CK).

verwys nie. Nadat die hof die toekenning van die tender aan die 3de respondent tersyde gestel het, het die hof (Par. 41-42) Artikel 8(1)(c)(ii) van PAJA toegepas, bewus van die traagheid van houe om die besluite van administrateurs met die houe se eie toekennings/besluite te vervang :

“In my view, on the information that was before it, and had the Tender Board applied the provisions of the [Preferential Procurement Policy Framework Act] in a proper manner, it was obliged to award the tender to the applicant. I can see no purpose, therefore, in referring the matter back to the Tender Board for reconsideration.”

Dit is duidelik dat, waar die meriete dit daartoe leen, die houe administrateurs se besluite met hul eie sal vervang.

'n Verdere voorbeeld hiervan is die saak *Clan Court CC v Gauteng Provincial Liquor Board and Others*,⁹⁷¹ waar die hof soos volg beslis :

“The authorities appear to suggest that this Court can, in exceptional circumstances, grant the licence. All the relevant facts have been placed before the court. The SAPS have no objection, and in fact support the application. It is this Court's finding that the first respondent and his Board were biased and acted arbitrarily. There is no indication that it will act differently if this matter is to be referred back. Having regard to the facts of the case I am satisfied that such circumstances as are required do exist.”

Vir verdere voorbeelde rakende die remedies vervat in Artikel 8 van PAJA, sien die hofuitsprake hieronder genoem.⁹⁷²

(2) Waar verdere vertraging benadeling sal veroorsaak.

In *Reynolds Brothers Limited v Chairman, Local Road Transportation Board, Johannesburg*⁹⁷³ het regter Miller die applikant se behoefte rakende sekerheid en gemoedsrus rakende padvervoerpermitte oorweeg. Die hof het gelas dat die raad die permitte aan die applikant moes uitreik.

⁹⁷¹ 2003 JOL 11223 (T) by paragraaf 8

⁹⁷² SA National Defence Union and Another v Minister of Defence and Others; In re SA National Defence Union v Minister of Defence and Others 2003 JOL 11263 (T); Mohammed v Minister of Correctional Services and Others 2003(6) SA 169 (SECLD); Silverstar Development Limited v Gauteng Gambling Board and Others 2004(2) SA 289 (T); 2003 JOL 12033(T); South African Jewish Board of Deputies v Sutherland NO & others 2004(4) SA 368 (W); Masamba v Chairperson Western Cape Regional Committee, Immigrants Selection Board and Others 2001(12) BCLR 1239 (C); Ruyobeza and Another v Minister of Home Affairs and Others 2003(5) SA 51 (C); Nontembiso Norah Kate v The Member of the Executive Council for the Department of Welfare, Eastern Cape (SEC&LD 1907/03; unreported); Gauteng Gambling Board v Silverstar Development Limited and Others 2005(4) SA 67 (SCA); Earthlife Africa (Cape Town) v Director General:Department of Environmental Affairs and Tourism and Another 2005(3) SA 156 (C); Food Corp (Pty) Limited v Deputy Director-General:Department of Environmental Affairs and Tourism:Branch Marine and Coastal Management and Others 2006(1) ALL SA 277 (C); Radio Pretoria (Art 21 Maatskappy) v Voorsitter van die Onafhanklike Kommunikasie-Owerheid van SA en 'n ander 2006(1) ALL SA 143 (T); Dunn v Minister of Defence and Others 2006(2) SA 107 (T).

⁹⁷³ 1985(2) SA 790 (A).

- (3) Waar die aanvanklike besluitnemer vooroordeel en onbevoegdheid openbaar het.

In *Oskil Properties (Pty) Limited v Chairman of the Rent Control Board*⁹⁷⁴ het geen van die beskikbare getuies enigsins die waardasie deur die Waardasieraad ondersteun nie. Regter Van Rensburg het dit in ag geneem dat sy beslissing “wholly unwarranted” was en hy het self ’n beslissing rakende die waardasie gemaak.

In *Mahlaela v De Beer NO*⁹⁷⁵ het regter Stafford die swak gedrag en vulgêre en beledigende taalgebruik van ’n dorpesuperintendent in sy onderhandelings met die applikant in ag geneem, wat onsuksesvol was met sy aansoek om residensiële grond te bekom. Vanweë die gedrag en vyandiggesindheid van die respondent teenoor die applikant, was dit duidelik dat die respondent nie onbevooroordeeld en objektief ’n besluit sou neem nie, en het die hof geweier om die saak terug te verwys en self die grond toegeken.

- (4) Waar die hof net so toegerus is om die besluit te maak, as die outoriteit wat die besluit aanvanklik geneem het.

In *Theron v Ring van Wellington van die N G Sendingkerk in Suid-Afrika*⁹⁷⁶ het appèlregter Jansen bevind dat die benadelende besluit – ’n dissiplinêre sanksie - suiwer geregte van aard was en waarvoor die hof bevoeg was om oor te beslis. Die hof moet besluit dat dit self bevoeg genoeg is om die besluit te neem, en dat die getuies voor die hof geplaas is om dit in staat te stel om ’n beslissing te maak. Die blote feit dat die hof gekwalifiseerd/bevoeg is om die besluit self te neem, is nie deurgaans genoeg rede om die besluit na die administrateur terug te verwys nie. Billikheid teenoor die applikant sal veral ook hier ’n rol speel.

PAJA doen aan die vereistes soos neergelê deur die gemenerereg gestand, deur eerstens besluite/beslissings tersyde te stel en die saak na die administrateur terug te verwys, terwyl korrigerende slegs in uitsonderlike gevalle sal plaasvind.

1.4 ARTIKEL 8(1)(d) : VERKLARING VAN DIE REGTE VAN DIE PARTYE (VERKLARENDE BEVEL)

Die hof, of tribunaal, kan die regte van die partye verklaar ten opsigte van enige aangeleentheid waarop die administratiewe optrede betrekking het. Die uitwerking

⁹⁷⁴ 1985(2) SA 234 (SE), op 247E.

⁹⁷⁵ 1986(4) SA 782 (T) op 794-795.

⁹⁷⁶ 1976(2) SA 1(A).

van hierdie bepaling is dat seker gemaak kan word dat die regte van die persoon wat geraak word en van die administrateur, duidelik uiteengesit word.

Die verklaring van regte kan in sekere gevalle gesien word as 'n magtige remedie. Artikel 8(1)(d) plaas ten minste twee beperkings hierop. Die verklaring wat gemaak word, handel oor die regte van die partye. Hier is die partye die persoon wat die aansoek bring, sowel as die administrateur. Die regte van derde partye speel hier geen rol nie. Die aangeleentheid waarvoor die verklaring gesoek word, moet tweedens 'n geval wees waar 'n administratiewe handeling 'n rol speel. Hier word te doen gekry met 'n toets vir relevansie.

Artikel 19(1)(a)(iii) van die Wet op die Hooggeregshof, Wet 59 van 1959, bepaal dat howe in hul diskresie ondersoek mag instel en 'n beslissing mag maak, rakende enige bestaande, toekomstige, of voorwaardelike regte of verpligtinge ten behoewe van enige belanghebbende party, nieteenstaande die feit dat die party geensins 'n eis ingestel het, wat 'n vasstelling verlang het nie.

In *Ex parte Nell*⁹⁷⁷ is dit duidelik deur die hof gestel dat die enigste vereiste vir die bepaling van die hof se deklaratiese jurisdiksie, die aanwesigheid van 'n party of partye moet wees op wie die beslissing rakende die regte of verpligtinge van toepassing sal wees. Daar is geen vereiste vir die aanwesigheid van 'n dispuut nie, maar die reg of verpligting mag nie suiwer spekulatief, abstrak of intellektueel van aard wees nie.⁹⁷⁸ Dit is duidelik dat 'n bevel gelewer kan word, alvorens op regte inbreuk gemaak word, of voordat onregmatig opgetree word.

'n Deklaratiese bevel (verklarende bevel) is baie handig, aangesien dit die partye in staat stel om, voordat 'n dispuut ontstaan, 'n finale (wel appelleerbare) bevel te bekom rakende regte of verpligtinge, en ook voordat enige benadeling veroorsaak is.⁹⁷⁹

Artikel 38 van die Finale-Grondwet (die *Locus standi*-bepaling, of die bepaling oor die afdwinging van regte) gee die hof 'n bevoegdheid om toepaslike verligting ("appropriate relief") te verleen, insluitend 'n verklaring van regte ten opsigte van enigiemand beoog in die Artikel (met inbegrip van iemand wat in sy eie belang optree, groepe of klasse persone, iemand wat in die openbare belang optree, en 'n vereniging wat in die belang van sy lede optree). Sulke persone kan 'n bevoegde hof om regshulp nader, indien daar op hulle regte soos genoem in die Handves van Menseregte inbreuk gemaak, is of indien so 'n inbreukmaking dreig.

⁹⁷⁷ 1963(1) SA 754 (A).

⁹⁷⁸ Sien *Trustees J.C. Poynton Property Trust v Secretary for Inland Revenue* 1970(2) SA 618(T).

⁹⁷⁹ Sien ook *Cabinet of the Transitional Government for the Territory of South West Africa v Eins* 1988(3) SA 369 (A).

1.5 ARTIKEL 8(1)(e) : TYDELIKE INTERDIK OF REGSHULP

Die hof, of tribunaal,, kan 'n tydelike interdik toestaan, of ander tydelike regshulp verleen. Interdikte kan of interlokuter (interim/tydelik), of finaal wees. Artikel 8(1)(e) laat toe vir tydelike interdikte of tydelike regshulp, om deel te vorm van 'n bevel wat deur 'n PAJA hof verleen word. 'n Tydelike interdik is 'n tydelike maatreël wat voorlopig die regte van die partye bepaal "*pendente lite*" (waar regsverrigtinge hangende is tussen die partye). Hierdie bevel verloor sy regsrag sodra die hof 'n finale bevel gemaak het rakende die regte van die partye. 'n Finale interdik is permanent van aard en slegs 'n suksesvolle appèl kan die effek daarvan verander.

Dit kan aanbeveel word, dat hierdie vorm van tydelike regshulp (tydelike interdik) ook kan insluit die tersydestelling van ondergeskikte wetgewing op grond daarvan dat die wetgewing nie aan die vereistes soos gestel deur PAJA voldoen het nie.

Daar moet egter op gewys word dat die interdik nie 'n Parlements wet mag tersyde stel nie. 'n PAJA-hof het wel die bevoegdheid om wetgewing te ontleed aan die hand van PAJA en mag bepaal dat daar 'n teenstrydigheid bestaan tussen PAJA en ander wetgewing. Wanneer 'n PAJA-hof gekonfronteer word met so 'n strydigheid of onkonsekwentheid, word voorgestel dat PAJA nie by magte is om die strydige bepalings in ander wetgewing deur te haal, of ongeldig te verklaar nie.

Dit word egter aanbeveel dat die tersydestelling van wetgewing wel sal geskied deur die Konstitusionele Hof, of die Hooggeregshof, wat hul konstitusionele jurisdiksie ingevolge Artikel 172(2)(a) en (b) van die Grondwet sal uitoefen. Wanneer sodanige bevel deur die Hooggeregshof gegee word, moet die bevel deur die Konstitusionele Hof bevestig word.

1.6 ARTIKEL 8(1)(f) : DIE TOESTAAN VAN 'n KOSTEBEVEL

Hierdeur word daarvoor voorsiening gemaak dat die hof, of tribunaal, 'n kostebevel kan uitvaardig.

Waar Artikel 8(1)(f) van PAJA aan die hof/tribunaal die bevoegdheid verleen om kostebevele uit te vaardig, wettig dit so die gemeenregtelike posisie en verleen dit erkenning aan die moontlikhede wat deur die Grondwet daargestel word. Dit sluit ook Artikel 172(1)(b) van die Grondwet in, wat aan die hof magte verleen om, wanneer in 'n grondwetlike aangeleentheid beslis word, enige bevel te gee wat regverdig en billik is, asook Artikel 38, wat aan die hof die bevoegdheid verleen om gepaste verligting ("*appropriate relief*") te gelas, waar 'n party aanvoer dat op sy/haar grondwetlike reg, ingevolge Artikel 33, inbreuk gemaak is, of gevaar staan om op inbreuk gemaak te word.

Ingevolge die gemenerereg word koste algemeen toegestaan teen die onsuksesvolle litigant, wat ook die administrateur mag wees. Die howe het 'n wye diskresie as dit by koste kom. Hulle wil normaalweg nie altyd kostebevele toestaan nie, aangesien hulle nie graag amptenary wil ontmoedig om hulle werk te doen nie, veral waar die partye ter goeder trou gelitigeer het.

Die howe sal wel kostebevele toestaan, indien daar bevind word dat 'n amptenaar *mala fide* opgetree het,⁹⁸⁰ of dat die optrede grof onreëlmstig was.⁹⁸¹ Sulke koste mag *de bonis propriis* toegestaan word, wat beteken dat die amptenaar dit uit sy eie sak sal moet betaal.⁹⁸²

'n Voorbeeld van sodanige kostebevel is die saak van *Moeca v Addisionele Kommissaris, Bloemfontein*⁹⁸³ waar 'n amptenaar 'n ondersoek onbekwaam hanteer het en 'n totaal verkeerde bevel gemaak het. Die hof het met verwysing na die spesiale kostebevel 'n bevel van *mala fides* gemaak.⁹⁸⁴ Die howe gee gewoonlik hulle afkeur weer rakende die optrede van 'n orgaan of amptenaar, wanneer 'n kostebevel *de bonis propriis* gegee word. Dié tipe bevel is aan te bevele, aangesien dit onnodig is om van die onskuldige belastingbetaler te verwag om die tipe kostebevel te betaal, terwyl die optrede van die amptenaar nie gewens was nie.

Op bladsy 157-158 van Plasket se artikel verklaar hy soos volg :⁹⁸⁵

"If administrative conduct is motivated by bad faith of a sufficiently gross degree, it may be appropriate for a court to make an order that the administrative official concerned to repay the state for the costs incurred by it in defending his or her actions, in addition to paying the costs of the applicant *de bonis propriis*."

Sodanige spesiale kostebevel sal nie net die Grondwet eerbiedig nie, maar ook as afskrikmiddel dien om verdere oortredings van grondwetlike regte te voorkom. Kan 'n spesiale kostebevel ook toegestaan word teen die applikante? Die hof het gemaan dat dié tipe kostebevele nie ligtelik toegestaan moet word nie, aangesien applikante nie ontmoedig moet word om deur litigasie hulle grondwetlike regte af te dwing nie.

In *Motsepe v Commissioner for Inland Revenue*⁹⁸⁶ beslis regter Ackermann soos volg:

⁹⁸⁰ Sien *Hammond-Tooke v Stadsklerk van Pretoria en sewe soortgelyke ander sake* 1989(3) SA 977 (T), 990 E-F. Vir 'n meer onlangse beslissing, sien *Suid-Afrikaanse Onderwysunie v Departementshoof, Departement van Onderwys, Vrystaat* 2001(3) SA 100 (O). Regter Hattingh het hier 'n spesiale kostebevel toegestaan teen amptenary wat 'n uiters skokkende motief nagevolg het en wie se optrede sonder twyfel *mala fide* was.

⁹⁸¹ *Loxton v Kenhardt Liquor Licensing Board* 1942 AD 275.

⁹⁸² Sien Van Winsten *et al*, 1979:728.

⁹⁸³ 1981(2) SA 357 (O).

⁹⁸⁴ 1981(2) SA 357 (O) 366B-C. Plasket verwys na die gewysde in sy belangrike kommentaar 2000:151, 153.

⁹⁸⁵ Plasket, 2000:157.

⁹⁸⁶ 1997(2) SA 898 (CC) op Paragraaf 30.

“ one should be cautious in awarding costs against litigants, who seek to enforce their constitutional rights against the State such orders have an unduly inhibiting or ‘chilling’ effect on other potential litigants in this category.”

Die hof sal egter nie skroom om ’n spesiale kostebevel toe te staan teen ’n applikant, waar die hof bevind dat die applikant kwelsugtig was nie. Die hof was ook inskiklik om spesiale kostebevele toe te staan teen blaamlose/skuldlose klaers, wat nie afgeskrik sou word deur ’n gewone kostebevel nie – hetsy hulle staatsamptenare,⁹⁸⁷ of kommersiële partye was.⁹⁸⁸

Artikel 8(1)(c)(ii)(bb) maak voorsiening vir die toestaan van ’n kostebevel in uitsonderlike gevalle. Die toestaan van ’n kostebevel word deur appèlregter Conradie in die saak *Jayiya v MEC for Welfare, Eastern Cape Provincial Government*⁹⁸⁹ oorweeg. Hy beslis soos volg :

“As appears from its preamble the Promotion of Administrative Justice Act was passed by Parliament to give effect to the constitutional guarantee of just administrative action. The appellant should accordingly have sought her remedy in this Act. ‘Constitutional damages’ in the sense discussed in *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 (3) SA 786 (CC) at 826 par.[69] might be awarded as appropriate relief where no statutory remedies have been given or no adequate common law remedies exist. Where the lawgiver has legislated statutory mechanisms for securing constitutional rights, and provided, of course, that they are constitutionally unobjectionable, they must be used. The Promotion of Administrative Justice Act does not provide for the kind of relief afforded to the appellant in paragraphs 2(c) and 3 of the order. Instead, it provides in sec 8(1)(c)(ii)(bb) that a court may in proceedings for judicial review, exceptionally, direct an administrator to pay compensation.”

1.7 ARTIKEL 8(2) : ’n GEPASTE BEVEL DEUR DIE HOF, WANNEER DIE ADMINISTRATEUR VERSUIM OM ’n BESLUIT TE NEEM

In verrigtinge vir geregtelike hersiening kragtens Artikel 6(3) van PAJA (versuim deur ’n administrateur om ’n besluit te neem) kan die hof, of tribunaal, ’n bevel gee wat regverdig en billik is met inbegrip van ’n bevel –

- (a) wat gelas dat die besluit geneem word,
- (b) wat die regte van die partye met betrekking tot die neem van die besluit verklaar,

⁹⁸⁷ *Sien Member of the Executive Council for Development Planning and Local Government, Gauteng v Democratic Party* 1998(4) SA 1157 (CC)

⁹⁸⁸ *Fedsure Life Assurance Limited and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council and Others* 1991(1) SA 374 (CC).

⁹⁸⁹ 2003(2) ALL SA 223 (SCA) Paragraaf 9.

- (c) wat enige van die partye gelas om 'n handeling of enigiets te verrig, of om hom of haar daarvan te weerhou om dit te verrig, waarvan die verrigting, of die weerhouding van verrigting, deur die hof nodig geag word om reg tussen die partye te laat geskied, of
- (d) insake koste.

1.8 DIE VOORKOMENDE INTERDIK (PROHIBITORY INTERDICT)

Hierdie remedie kan toegepas word om te verhoed dat 'n sekere onregmatige optrede uitgevoer word, of waar dit dreigend is, (soos byvoorbeeld onteiening van grond), of om 'n einde te bring aan onregmatige/onwettige optrede (soos polisieïstering). In die saak van *Corium (Pty) Limited v Myburgh Park Langebaan (Pty) Limited*⁹⁹⁰ is 'n voorkomende interdik toegestaan, alvorens hersiening plaasgevind het. Hier het die applikant daarin geslaag om te verhoed dat die respondent voortgaan met dorpsontwikkeling binne in 'n natuurbewaringsgebied. In die tussentyd was die hersiening van die optrede van die tweede, derde en vierde respondente rakende die uitreiking van die permit om voort te gaan met ontwikkeling, nog hangende. Die hof het bevind dat die applikant 'n goeie kans op sukses met sy hersiening sou gehad het, en dat onherstelbare skade aan die natuurreserveaat aangerig sou word, indien die eerste respondent sou voortgaan met die ontwikkeling en die aansoek nie toegestaan sou word nie.⁹⁹¹

1.9 DIE MANDAMUS (LASGEWING – MANDATORY INTERDICT)

Die *mandamus* is 'n remedie teen die versuim om 'n besluit te neem, of op te tree. Spesiale voorsiening word in Artikel 8(2) gemaak vir gevalle waar hersiening ingevolge Artikel 6(3) aangevra word, waar 'n party, of orgaan, versuim om 'n besluit te neem. Waar die algemene standaard vir bevel in hierdie gevalle dieselfde is as in Artikel 8(1) – “regverdig en billik” – is die spesifieke voorbeelde van bevel wat verleen kan word, egter beperk. Artikel 8(2)(a) maak voorsiening vir “die neem van die besluit” deur die hof. Artikel 8(2)(b) maak voorsiening vir die verklaring van regte van die partye in verband met die besluit wat geneem moet word. Artikel 8(2)(c) is die mees omvattende en maak voorsiening vir 'n bevel wat 'n party/partye kan gelas om 'n sekere optrede uit te voer, of om dit nie uit te voer nie. Die standaard van wat die hof sal besluit geregtigheid tussen die partye sal bewerkstellig, is nogal omvattend.

Wanneer 'n hof voor die vraag te staan kom om te besluit of 'n *mandamus* toegestaan gaan word al dien nie, sal dit om die besluit te neem, eerstens gaan kyk na die moontlikheid om die bevel af te dwing. Waar daar te doen gekry word met

⁹⁹⁰ 1993(1) SA 853 (C).

⁹⁹¹ 1993(1) SA 853 (C) op 857-858.

diskresionêre magte, sal die hof gelas dat die diskresionêre bevoegdheids uitgeoefen word, eerder as om te beslis hoe dit uitgeoefen moet word.

Ter illustrasie van die begrip *mandamus*, word kortliks na gesag verwys.

In *Mahambehala v Member of the Executive Council for Welfare, Eastern Cape Provincial Government*⁹⁹² het 'n gestremde persoon ingevolge die Social Assistance Act, 59 of 1992, aansoek gedoen om 'n maatskaplike toelaag. Die hof het bevind dat die versuim om die aansoek goed te keur, onregmatig en onbillik was en dat die optrede ingevolge Artikel 33 van die Grondwet 'n oortreding was. Alhoewel deliktuele remedies beskikbaar was, was die applikant te arm om van die remedies gebruik te maak. Daarom is daar om "grondwetlike verligting" aansoek gedoen. As regstelling vir die versuim aan die kant van die staat om die aansoek betyds en spoedig af te handel, plaas die hof die applikant in dieselfde posisie, asof haar regte nie nadelig beïnvloed is nie. Die hof staan 'n billike en regverdige bevel toe, wat ook rente ingesluit het vanaf die oomblik dat die rente verhaalbaar was.

In 'n soortgelyke saak soos hierbo, het die applikant ook in *Mlanga v Member of the Executive for Welfare, Eastern Cape*⁹⁹³ aansoek gedoen om 'n maatskaplike toelaag. Twee en 'n half jaar na die aansoek ingedien was, gebruik hy 'n *mandamus* as remedie om 'n besluit af te dwing en om, indien dit goedgekeur word, rente te verhaal. 'n Skikking is egter bereik en dit het net die rente-aspek oorgelaat. Regter Leach, wat ook die regter in die Mahambehala-saak was, het beslis dat rente betaalbaar was slegs vanaf die oomblik wat die aansoek goedgekeur is. Die applikant se reg op regmatige en billike administratiewe optrede was as gevolg van die onredelike vertraging om die aansoek goed te keur geskend. Die hof beslis dat 'n redelike tyd ongeveer 3 maande sou wees. Gepaste verligting ingevolge Artikel 38 (gelees saam met Artikel 172(1)) van die Grondwet is deur die hof toegestaan toe rente toegeken is, aangesien die applikant in dieselfde posisie geplaas moes word, asof haar regte, ingevolge Artikel 33, nie aangetas was nie.

Daar is reeds verwys na die wanadministrasie wat dikwels in die Oos-Kaap voorkom, veral in die Departement van Welsyn. Bogemelde sake en die gedurige rapportering van hofsake in die Suid-Afrikaanse Hofverslae is 'n sprekende voorbeeld van hierdie bewering.

Hierdie beslissings in die Oos-Kaap dui daarop dat die howe Artikel 8(1) van PAJA sal uitleë en sodanig skadevergoeding sal toeken aan benadeelde partye, wanneer die bepalings van PAJA oortree word. Die bevoegdheid van die howe om skadevergoeding toe te ken, vind sy ontstaan in PAJA en moet nie beskou word as

⁹⁹² 2001(9) BCLR 899 (SE).

⁹⁹³ 2001(4) SA 1037 (LAC) Sien ook *Nomala v Permanent Secretary, Department of Welfare* 2001(8) BCLR 844 (SE) waar rente aan die applikant toegestaan is nadat 'n welsynstoelaag bereken is, aangesien die hof dit as billik en regverdig beskou het.

grondwetlike skadevergoeding nie. Dieselfde beginselbesware by die Konstitusionele Hof gegeld het om besluite teen die toekenning van konstitusionele skadevergoeding te neem, sal ook van toepassing wees in die PAJA-konteks.

Die groot voordeel van hierdie soort beslissings, is die feit dat die hof bereid is om beslissings te maak dat die administrasie foute maak, dat die benadeelde individu nie veronderstel is om daarmee saam te leef nie en dat hofbevele met skadevergoedingseise, en partymaal *de bonis propriis*-bevele, die administrasie sal aanmoedig om effektiewer op te tree.



Hoofstuk 9

DIE REGULASIES INGEVOLGE ARTIKEL 10 VAN PAJA

Ten slotte word verwys na Artikel 10 van PAJA, wat betrekking het op die regulasies wat uitgevaardig moet word.

Artikel 1 van PAJA bepaal soos volg :

- “(1) The Minister must make regulations relating to –
- (a) the procedures to be followed by designated administrators or in relation to cases of administrative action in order to promote the right to procedural fairness;
 - (b) the procedures to be followed in connection with public inquiries;
 - (c) the procedures to be followed in connection with notice and comment procedures;
 - (d) the procedures to be followed in connection with requests for reasons; and
 - (e) a code of good administrative conduct in order to provide administrators with practical guidelines and information aimed at the promotion of an efficient administration and the achievement of the objects of this Act.
2. the Minister may make regulations relating to –
- (a) the establishment, duties and powers of an advisory Council to monitor the application of this Act and to advise the Minister on –
 - (i) the appropriateness of publishing uniform rules and standards which must be complied with in the taking of administrative actions, including the compilation and maintenance of registers containing the text of rules and standards used by organs of state.
 - (ii) any improvements that might be made in respect of internal complaints procedures, internal administrative appeals and the judicial review by Courts or tribunals of administrative action;
 - (iii) the appropriateness of establishing independent and impartial tribunals, in addition to the courts, to review administrative action and of specialised administrative tribunals, including a tribunal with general jurisdiction over all organs of state or a number of organs of state, to hear and determine appeals against administrative action;
 - (iv) the appropriateness of requiring administrators, from time to time, to consider the continuance of standards administered by them and of prescribing measures for the automatic lapsing of rules and standards;
 - (v) programmes for educating the public and the members and employees of administrators regarding the contents of this Act and the provisions of the Constitution relating to administrative action;

- (vi) any other improvements aimed at ensuring that administrative action confirms with the right to administrative justice;
 - (vii) any steps which may lead to the achievement of the objects of this Act; and
 - (viii) any other matter in respect of which the Minister requests advice.
- (b) the compilation and publication of protocols for the drafting of rules and standards.
 - (c) the initiation, conducting and co-ordination of programmes for educating the public and the members and employees of administrators regarding the contents of this Act, and the provisions of the Constitution relating to administrative action;
 - (d) matters required or permitted by this Act to be prescribed; and
 - (e) matters necessary or convenient to be prescribed in order to –
 - (i) achieve the objects of this Act; or
 - (ii) subject to subsection (3); give effect to any advice or recommendations by the advisory Council referred to in paragraph (a).
3. This section may not be construed as empowering the Minister to make regulations, without prior consultation with the Public Service Commission, regarding any matter which may be regulated by the Public Service Commission under the Constitution or any other law.
 4. Any regulation –
 - (a) made under subsections 1(a), (b), (c) and (d) and 2(c); (d) and (e) must, before publication in the Gazette, be submitted to Parliament; and
 - (b) made under subsection 1(e) and 2(a) and (b) must, before publication in the Gazette, be approved by Parliament;
 5. any regulation made under subsections (1) and (2), which may result in financial expenditure for the State must be made in consultation with the Minister of Finance.
 6. The regulations contemplated in subsection (1)(e) must be approved by Cabinet and must be made within two years after the commencement of this Act.”

Artikel 10 van PAJA magtig die Minister, en in sekere gevalle verplig dit die Minister om regulasies af te kondig. Soos hierbo bespreek, bepaal Artikel 7(3) van PAJA weer dat die reëlsraad vir howe binne 'n jaar na die inwerkingtreding van PAJA reëls van prosedure aangaande geregtelike hersiening daar moet stel.

Die Artikel 10-regulasie sal handel oor verskillende onderwerpe, verskillende vorme wat dit aanneem en verskillende vlakke van voor-promulgasiegoedkeuring wat vereis word.

Dit is verder duidelik dat daar ingevolge Artikel 10 voorsiening gemaak is vir die volgende ses stelle regulasies :

1. Die regulasies vervat in Artikels 10(1)(a) – (d) is aanvullend to prosedurele billikheid en die verskaffing van redes ingevolge die Wet.

2. Die regulasies na verwys in Artikel 10(1)(e), moet 'n kode vir goeie administratiewe optrede ("a code of good administrative conduct") daarstel. Dit word spesifiek deur PAJA vereis en moet binne twee jaar na die aanvang van die Wet voltooi wees.
3. Die regulasies moet ingevolge Artikel 10(2)(a) voorsiening maak vir die totstandbringings van 'n adviesraad en sy verpligtinge en magte. Dié raad moet :
 - (a) die vordering van die Wet nagaan,
 - (b) die Minister adviseer aangaande verskeie administratiewe hervormingsidees, en
 - (c) verantwoordelik wees vir die saamstel en publikasie van protokolle vir die opstel van reëls en standaarde. (Sien Artikel 10(2)(e)(ii)).
4. Die regulasies na verwys in Artikel 10(2)(b), sluit die opstel en publikasie van protokolle vir die daarstelling van reëls en standaarde in.
5. Die regulasies in Artikel 10(2)(c) verwys na die openbare sektor en onderrigmetodes.
6. Die regulasies vervat in Artikels 10(2)(d) en (e)(i) handel oor regulasies wat deur die Wet toegelaat en benodig word om aan die bepalings van die Wet uitvoering te gee.

Enige regulasie wat ingevolge Artikel 10(5) 'n finansiële implikasie inhou, moet in konsultasie met die Minister van Finansies uitgevaardig word.

1. REGULASIES WAT HANDEL OOR DIE DAARSTELLING VAN PROSEDURELE BILLIKHEID

Artikels 10(1)(a) - (d) maak voorsiening vir die verpligtinge rakende prosedurele billikheid. Drie van hierdie Subartikels is nou verband aan besondere artikels van die Wet.

Artikel 10(1)(b) bepaal dat die Minister regulasies moet uitvaardig, wat handel oor prosedures wat insake openbare navrae nagekom moet word. Dit staan in nou verband met Artikel 4(2) van die Wet.

Artikel 10(1)(c) bepaal dat die Minister regulasies moet uitvaardig rakende prosedures wat nagekom moet word, wanneer kennisgewings geplaas word en hoe kommentaar gelewer moet word. Laasgenoemde regulasie is 'n uitvloeisel van Artikel 4(3) van die Wet.

Artikel 10(1)(d) maak daarvoor voorsiening dat die Minister regulasies moet uitvaardig wat nagekom moet word wanneer redes verlang word vir besluite wat deur die administrateur geneem is. Dit staan weer in nou verband met Artikel 5(1) van die Wet.

Artikel 10(1)(a) staan los van enige ander Artikel in die Wet en verwys na die Minister, wat onder verpligting staan om regulasies uit te vaardig rakende die prosedures wat gevolg moet word deur aangewese administrateurs, of in verband met seker klasse administratiewe optrede om sodoende die regte, rakende prosedurele billikheid, na te kom.

Artikel 10(1)(a) handel slegs oor aangewese administrateurs of sekere bepaalde klasse van administratiewe aksies.

Dit is egter meer suiwer om te verwag dat Artikel 10(1)(a) eerder van toepassing sal wees op verskillende administratiewe handeling, aangesien dit oneffektief en moeilik implementeerbaar sal wees om op verskeie amptenare te konsentreer.

Volgens Artikel 10(4)(a) moet alle regulasies uitgevaardig ingevolge Artikel 10(1)(a), eers vir goedkeuring aan die parlement voorgelê word, alvorens dit in die Staatskoerant afgekondig mag word. Die Wet tref 'n duidelike ooreenkoms tussen voorlegging aan die Parlement en goedkeuring deur die Parlement. Konsepregulasies is op 20 September 2000 deur die Departement van Justisie gesirkuleer. Hierdie regulasies handel wel oor Artikel 10(1)(b) – (d) maar nie oor Artikel 10(1)(a) nie.

2. REGULASIES RAKENDE DIE ADVIESRAAD EN PROTOKOLLE

Dit is opmerklik dat daar 'n verskil is tussen Artikel 10(1) waar die woord “must” gebruik word en Artikel 10(2) waar “may” voorkom. Rakende Artikel 10(2) blyk daar minder druk op die Minister te wees om regulasies uit te vaardig. Hy moet ten minste twee verpligtinge aangaande konsultasies by die afkondiging van hierdie regulasies nakom.

Wanneer regulasies ingevolge Artikels 10(2)(a) en 10(2)(e)(ii) uitgevaardig word, moet daar rakende die finansiële aspek eers konsultasies met die Minister van Finansies gehou word. Regulasies ingevolge Artikel 10(4)(b), moet eers vir goedkeuring aan die Parlement voorgelê word, alvorens dit afgekondig kan word. Die prosedure blyk nie nodig te wees by Artikel 10(2)(e)(ii) nie.

3. REGULASIES RAKENDE OPENBARE DIENS EN ONDERWYS

Die oorblywende bepalings vervat in Artikel 10(2)(c) bestaan uit die bevoegdheid wat aan die Minister verleen word om regulasies uit te vaardig wat betrekking het op openbare onderwys en die onderrig van die openbare sektor rakende die toepassing en uiteensetting van die Wet. Ingevolge Artikel 10(4)(a) moet die regulasies aan die Parlement vir goedkeuring voorgelê word, alvorens dit in die Staatskoerant gepubliseer word.

Veral waar dit handel oor die onderrig van die openbare sektor, is dit 'n vereiste om die Openbare Dienste Komitee te konsulteer, voordat die regulasies afgekondig word. Artikel 10(5) maak melding van konsultasie met die Minister van Finansies, veral waar finansiële uitgawes voorkom voor die afkondiging van die regulasies.

4. IMPLEMENTERING VAN OORBLYWENDE REGULASIES

Die regulasies vervat in Artikels 10(2)(d) en 10(2)(e)(i) handel oor ander aangeleenthede wat ingevolge PAJA gereguleer word. Ingevolge hierdie regulasies word konsultasies met óf die Openbare Dienste Komitee, óf die Parlement, óf die Minister van Finansies vereis.

5. KODE VIR GOEIE ADMINISTRATIEWE OPTREDE (“CODE OF GOOD ADMINISTRATIVE CONDUCT”)

Artikel 10(1)(e) magtig die Minister om regulasies aangaande ’n kode van goeie administratiewe optrede uit te vaardig. Die doel van hierdie kode is om aan administrateurs praktiese riglyne en inligting gemik op die bevordering van effektiewe administrasie en die beperking van die oogmerke van hierdie wet te verskaf.

Die kode moet binne twee jaar na die inwerkingtreding van die Wet afgekondig word. Ingevolge Artikel 10(6) moet hierdie regulasies ook deur die Parlement goedgekeur word. Voorts moet hierdie regulasies, ingevolge Artikel 10(4)(b), deur die Parlement goedgekeur word. Na alle waarskynlikheid sal daar ook konsultasies gehou word met die Openbare Dienste Kommissie.

Dit is uit die taalgebruik van Artikel 10(6) duidelik dat die twee-jaartydperk vir die afkondiging van die regulasies ’n aanvang neem met die implementering van die Wet, en nie ingevolge Artikel 10 nie. Die kode van goeie administratiewe optrede moes dus voor 20 November 2002 ’n aanvang neem.

’n Stel konsepregulasies insake die kode vir goeie administratiewe optrede deur die Departement van Justisie is sedert 2000 in sirkulasie. Hierdie konsepregulasies sluit in regulasies rakende die reël teen bevoordeling, sowel as regulasies wat daarop gemik is om aan die lynfunksie-administrateurs ’n eenvoudige kontrolelys van beginsels en reëls wat in gedagte gehou moet word, alvorens administratief opgetree word, te verskaf.



SAMEVATTING EN GEVOLGTREKKING

1. GRONDWETLIKE GRONDWAARDES EN DIE BEGINSELS VAN ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID IN HISTORIESE PERSPEKTIEF

Administratiewe gerechtigheid omvat 'n sisteem van publieke administrasie, wat die beginsels van billikheid, redelikheid, regverdigheid, regmatigheid en proporsionaliteit handhaaf. Dit kan slegs bevorder word, deur meganismes van toerekenbaarheid en kontrole, hersiening en toesighouding, openlikheid en konsultasie daar te stel.

Voorheen was een van die groot struikelblokke in die bevordering van die gerechtigheidsbegrip die feit dat administratiewe gerechtigheid nie meer vir die publiek toeganklik was nie. Hulle moet die geleentheid gebied word om aan die wetgewende proses deel te neem, om inligting te bekom vanaf staatsinstellings wanneer besluite bevestig word, en om die gerechtigheidsbeginsels te kan afdwing.

Administratiewe gerechtigheid moet nie net gesien word as 'n stel abstrakte administratiewe norme nie. Klem moet veral gelê word op die praktiese uitvoerbaarheid van die gerechtigheidsnorme. Breër gesien, behels toegang tot administratiewe gerechtigheid 'n antwoordende, verantwoordbare en toerekenbare sisteem van publieke administrasie. In die huidige Suid-Afrikaanse konteks moet administratiewe gerechtigheid gesien word in die wyer benadering van pogings om demokratiese grondwetlikheid en hervorming van die regsisteem te bewerkstellig.

Administratiewe gerechtigheid het egter deur die eeue veral vanuit die reëls van natuurlike gerechtigheid ontwikkel. Die basiese begrip van redelikheid speel hier die sleutelrol.

Die redelikeheidsbegrip is na inhoud en belang reeds eeue lank deur filosowe, politici en regsgeleerdes bespreek. Dit gaan vandag nog voort. Dit is opvallend dat, by 'n ontleding van administratiewe gerechtigheid, dit duidelik blyk dat daar binne hierdie vertakking van die reg, weinig aspekte is wat nie op die een of ander wyse, hetsy direk of indirek, met die redelikeheidsbegrip in verband gebring kan word nie.

Die hunkering en strewe na die versekering van redelike administratiewe optrede, is 'n betreklik moderne verwikkeling, vanweë die relatief onlangse totstandkoming van die administratiewe reg as selfstandige regsvertakking. Daarteenoor is reeds minstens sowat 2400 jaar gelede begin met die soeke na redelike optrede tussen individue teenoor mekaar en tussen individue en ander meer formele of georganiseerde organe en instansies. Vandag is hierdie soektog bykans voltooi, maar ongelukkig nie noodwendig vanweë 'n inherente hunkering by elke individu ter bereiking van hierdie ideaal nie, maar weens regsaktiwisme soos weerspieël in ingrypende regspraak en statutêre optrede. Die opmerking van Plato rakende dit wat as "just"

en “right” bestempel kan word, is met betrekking tot alle gemeenskappe steeds universeel geldend, naamlik bloot dit wat in belang van die sterker party is.⁹⁹⁴

Die administratiefreg het veral gedurende die afgelope drie dekades 'n bloeitydperk beleef. Daardeur is ideale omstandighede geskep vir die uitbouing van administratiewe geregtigheid. Hierdie opbloe binne die administratiefreg was hoofsaaklik die gevolg van 'n noodsaaklike reaksie in antwoord op toenemende staatsbevoegdhede en magte, asook meer intense staatsinmenging in die gewone loop van onderdane se daaglikse lewe.⁹⁹⁵ Deur sodanige staatsoptredes het die gevaar van magsmisbruik opgevlam en moes die administratiefreg noodgedwonge reageer, ten einde die vuur te blus om verdere brande van magsmisbruik te kon voorkom.⁹⁹⁶

Die afdwinging van administratiewe geregtigheid het inderdaad 'n magtige wapen geword in die hande van die onderdaan in sy stryd teen magsmisbruik deur owerheidsorgane.

'n Sameloop van geskiedkundige gebeure en die verkeerde toepassing van staatsgesag, het by uitstek bygedra tot die verskansing van die geregtigheidsbeginsel in die Interim- en Finale-Grondwette van die Republiek van Suid-Afrika. Administratiewe geregtigheid is tot fundamentele reg verhef.

Administratiewe geregtigheid is gebaseer op die teorie van demokrasie. Hierdie teorie maak voorsiening vir deelname in die regeringsproses en pogings word toegepas om só gesag verantwoordbaar te maak tot die publiek, maar bowenal tot die sosiale kontrak wat 'n raamwerk daarstel waarvolgens die regering moet optree. Die geregtigheidsbeginsel moet ook beskou word as 'n inperkingsmaatreël op die gesag van die regering van die dag. Dit dien ook as stuurmeganisme om hierdie gesag en mag ten goede te laat meewerk in die verhouding tussen staat en onderdaan. Hiersonder sal demokrasie, as 'n regering deur die mense vir die mense, slegs 'n vae droom bly.

Die ontwikkeling en uitbreiding van die redelikeheidsbegrip het met die Grondwetlik beskermde reg op administratiewe geregtigheid (Artikel 33 van die Finale-Grondwet, asook Artikel 24 in die Interim Grondwet) die posisie van die administrasie met betrekking tot die individu dramaties verander. Voorts het die insluiting van hierdie Grondwetlik beskermde reg die omskrywing, bestek en toepassing van administratiefregtelike beginsels geraak.

Meganismes van administratiewe beheer moet verseker dat diegene wat publieke mag tot uitvoering bring, verantwoordelik gehou kan word vir hulle optrede deur die demokratiese onderneming soos vervat in die sosiale ooreenkoms, naamlik die Handves van Regte.

⁹⁹⁴ In teenstelling hiermee sien Van Zyl, 1991:753 waar die skrywer egter daarop wys dat Cicero sowat 300 jaar later daarin geslaag het om 'n nuwe perspektief te vestig, deur te verklaar dat die ware reg in die “recta ratio” in harmonie met die natuur gevind sal word, waar dit dan konstant en ewigdurend geldend sal bly.

⁹⁹⁵ Kirby, 1989:321.

⁹⁹⁶ Cachalia, 1994:74 wys ook daarop dat die vereistes teen magsmisbruik ook in plaaslike besture van besondere belang is.

Beginsels van redelikheid, onpartydigheid en billikheid is inderdaad belangrik tot die ontwikkeling van die beginsel van openbare verantwoordelikheid en moet inderdaad ingevolge die goedgekeurde waardes van die gemeenskap getoets kan word. Artikel 33(3) maak voorsiening vir die nodige kontrolering en afdwining van bogemelde publieke verantwoordelikheid.⁹⁹⁷

Om aan die vereistes van Artikel 33(3) te voldoen en dit verder uit te brei, is die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, Wet 3 van 2000, op 3 Februarie 2000 gepromulgeer.

Die hoofdoel van die Wet word in die aanhef vervat :

- “(a) to promote an efficient administration and good governance; and
- (b) create a culture of accountability, openness and transparency in the public administration or in the exercise of a public power or the performance of a public function, by giving effect to the right of just administrative action.”

Die beginsel van hersiening is terselfdertyd ’n moedige poging om die beginsel van deelname te bevorder. Die daarstelling van ’n Handves van Regte verseker die insluiting van ’n nuwe regswetenskaplike uitgangspunt, wat as basis sal dien waarop administratiewe geregtigheid kan voortbou. ’n Handves van Menseregte sal ten minste ’n gedeelte van die model van demokratiese vervolmaking verseker.

Die redelikeheidsbegrip is nie iets nuuts in die Suid-Afrikaanse Reg nie. Dit is vermeld dat dit reeds meer as 2400 jaar aan die reg bekend was. Verskeie skrywers en filosowe soos onder andere Sokrates, Plato, Aristoteles en Cicero het hulle daarmee besig gehou. So is daar heelwat uitsprake deur Cicero, wat in verband met sy bespreking van reg in die algemeen en die verband tussen verskillende vorme daarvan met die begrip *aequitas* handel.⁹⁹⁸

Vanuit die regshistoriese agtergrond is dit dus duidelik dat die begrippe “billikheid”, “equity” en “*aequitas*” ’n belangrike rol gespeel het in die Suid-Afrikaanse Reg en regspleging, hetsy alleenstaande, of in samehang met verwante begrippe soos “regverdigheid”, “geregtigheid” of “redelikheid”.

Billikheid of billikheidsoorweging speel ’n rol, waar daar eerstens leemtes of *lucunae* in die bestaande reg aangevul moet word. Tweedens, moet die betrokke regsreël of beginsel ’n regsmiddel toelaat wat onbillike gevolge sal teëwerk. In so ’n geval is die vermoede dat die

⁹⁹⁷ Artikel 33(3): Nasionale wetgewing moet verorden word om aan hierdie regte gevolg te gee, en moet –

a) voorsiening maak vir die hersiening van administratiewe optrede deur ’n hof of, waar dit gepas is, ’n onafhanklike en onpartydige tribunaal;

b) die staat verplig om aan die regte in subartikels (1) en (2) gevolg te gee; en

c) ’n doeltreffende administrasie bevorder.”

⁹⁹⁸ Volgens Cicero is die krag van billikheid op ’n tweërlei basis begrond. Enersyds berus dit op die direkte beginsel van waarheid, geregtigheid en dit wat “billik en goed” (*aequum et bonum*) is en andersyds, het dit betrekking op die uitruil van vergoeding, wat óf dank óf wraak, na gelang van die geval kan wees. Beide hierdie fasette is gemeenskaplik aan die natuur (nature) en aan die reg (*lex*).

wetgewer nie onbillike regsgevolge van toepassing in die geval van wetgewing beoog nie, terwyl dit as algemene oorweging geld, waar dit nie om wetsuitleg as sodanig gaan nie.

Hoewel morele, etiese en humanitêre oorwegings noodwendig 'n rol speel by die omskrywing van wat presies onder die omstandighede billik is, beteken dit nie dat bestaande reg of wetgewing telkens getoets moet word om te probeer vasstel of dit aan die regter se begrip van billikheid voldoen nie. Die regter mag sekerlik *de lege ferenda*-kritiek teenoor onbillike reg of wetgewing uitspreek, maar het nie die bevoegdheid om dit by wyse van uitleg of aanvulling te wysig nie.

Die Suid-Afrikaanse Reg is op die Romeins-Hollandse en die Engelse Reg gebaseer. Volgens die Romeins-Hollandse tradisie, met sy aanvanklike beïnvloeding deur die Kanonieke Reg, is die Suid-Afrikaanse Regstelsel ook op grond van billikheid aangepas en uitgebrei. Die Engelsregtelike equity-sisteem het 'n beduidende invloed op die Suid-Afrikaanse Administratiewereg uitgeoefen. In administratiewe verhore en besluitneming speel billikheid 'n belangrike rol. Die hof kan byvoorbeeld uit billikheidsoorwegings die regsdrag van 'n administratiewe handeling opskort, sonder om eers die geldigheid daarvan te oorweeg.

Die beïnvloeding van die *aequitas*-billikheid-equity-figuur deur, onder andere die Romeinse en Kanonieke Reg, is veral sigbaar in die Suid-Afrikaanse regstelsel. Hierdie beïnvloeding kom veral ook voor in die regstelsels van Engeland, die V.S.A., Nederland en Duitsland. In hul regstelsels word billikheid gebruik om die reg by veranderde en veranderende omstandighede aan te pas.

Uit die historiese perspektief is dit derhalwe duidelik dat die begrip "equity" van die vroegste tye toegepas is om 'n balans daar te stel, veral waar wetgewing en die toepassing daarvan op onbillike resultate sou neerkom. Dit is ook duidelik dat dit 'n begrip is wat steeds ontwikkel is, veral waar die hof "equity" in aanmerking neem. 'n Praktiese voorbeeld is die leerstuk genaamd "legitimate expectation", wat vanuit die "equity"-beginsel ontwikkel het.

Word verder gekyk na die Grondwet is dit opmerklik dat Artikel 39 spesifiek aan die hof die bevoegdheid verleen om die reg te ontwikkel. Wanneer hulle die Grondwet moet uitleg en interpreteer, verskaf Artikel 39 belangrike riglyne hoe dit moet plaasvind. Dit is opmerklik dat "equity" weer eens pertinent vermeld word.⁹⁹⁹ Dit is duidelik dat Artikel 39

⁹⁹⁹ Artikel 39 bepaal soos volg:

"Uitleg van handves van regte –

39(1) By die uitleg van die Handves van regte –

(a) Moet 'n hof, tribunaal of forum die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê, bevorder;

(b) Moet 'n hof, tribunaal of forum die volkerereg in ag neem; en

(c) Kan 'n hof, tribunaal of forum buitelandse reg in ag neem.

(2) By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemenerereg of gewoonterereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van regte bevorder.

(3) Die handves van regte ontken nie die bestaan van ander regte of vryhede wat deur die gemenerereg, gewoonterereg of wetgewing erken of verleen word nie, in die mate waarin daardie regte of vryhede met die Handves bestaanbaar is".

wel vir die howe 'n riglyn daarstel, wanneer wetgewing geïnterpreteer word, maar dat dit nie voorskriftelik wil wees hoe die hof sy beslissing moet maak nie.

In verskeie hofbeslissings word ruimskoots verwys na algemene oorwegings van regverdigheid en billikheid, byvoorbeeld met betrekking tot die uitleg van prosedure-reëls. In die toonaangewende saak oor kontraktuele terugtrekking, *Nel v Cloete*¹⁰⁰⁰ verwys appèlregter Wessels na die “inherente billikheid en praktiese nut van 'n regsreël wat 'n terugtrekingsreg aan 'n skuldeiser verleen waar onredelike vertraging in die vervulling van 'n belangrike kontraktuele verpligting plaasvind.”

In hierdie proefskrif is gepoog om aan te dui dat Dicey se “Rule of Law” 'n remming op die spoedige ontwikkeling van die administratiewereg geplaas het. Die taak wat op 'n moderne sisteem van administratiewereg in Suid-Afrika opgelê word, is nie om 'n gewilde vorm van verantwoording uit te roei nie, maar eerder om dit te versterk. 'n Handves van Regte sal lei tot die bevordering van die taak. Dit sal verseker dat groter publieke deelname en beheer oor die uitvoering van openbare mag daargestel word. Geregtelike hersiening en administratiewe toesig van staats- en semi-staatsinstellings, wat poog om die sosiale beleid te implementeer, moet só ontwerp word, dat dit die drie beginsels van demokrasie, naamlik deelname, staatsgelykheid en onafhanklikheid, kan bevorder.

Administratiewe geregtigheid sal bevorder word deur die toepassing van Artikel 195 van die Finale-Grondwet, sowel as PAJA. Die Grondwet voorsien wel riglyne hoe die administratiewereg in 'n toekomstige Suid-Afrika daar moet uitsien. Administratiewe geregtigheid sal deur die toepassing van dié wetgewing in die praktyk verder tot uitvoering gebring word. Die sleutelemente “impartially, fairly, equitable and without bias” kom veral voor in Artikel 195(1)(d) van die Grondwet, wat verwys na die manier hoe dienste gelewer moet word. Artikel 195 van die Grondwet moet ook gesien word as 'n oplossing om veral Dicey se “Motion of accountability” aan te spreek.

In die bespreking van die begrip “administratiewe geregtigheid” is daar klem gelê op die volgende:

- (a) Die Engelse Reg, deur na Dicey se “Rule of Law” te verwys.
- (b) Welke verbetering Artikel 195 van die Grondwet in die bevordering van administratiewe geregtigheid daargestel het.
- (c) Verskeie Engelsregtelike kommissies, wat ingestel was om administratiewe geregtigheid te ondersoek en hoe hierdie begrip uitgebrei en bevorder is.
- (d) Die *audi alteram partem*- en die *nemo iudex*-reëls en die toepassing daarvan as reëls van natuurlike geregtigheid.

¹⁰⁰⁰ 1972(2) SA 150 (A).

(e) Die begrip “reasonableness”.

Die ontwikkeling van administratiewe geregtigheid in die Suid-Afrikaanse Reg is van nader beskou. Die gemenerereg is veral as vertrekpunt gebruik en is daar grootliks gekonsentreer op die inslag wat die Engelse Reg gehad het.

Die ontwikkeling van administratiewe geregtigheid moet grootliks voor die deur van die beslissing in *Theron v Ring van Wellington NG Sendingkerk in Suid-Afrika*¹⁰⁰¹ gelê word, wat inderdaad as die waterskeiding betreffende die redelikebegrip in die Suid-Afrikaanse Administratiefreg bestempel kan word. Nieteenstaande die voorbehoud dat die bevinding in die Theron-saak slegs betrekking sou hê op administratiewe handeling van 'n kwasi-judisiële geaardheid, het hierdie beslissing na aanleiding van die wegdoen van die kategorisering van administratiewe handeling in *Administrator, Transvaal v Traub*¹⁰⁰² van deurslaggewende belang geword. In die Traub-saak beslis die hof dat die aspek wat van kernbelang is, die redelike hantering van elke individuele saak volgens die unieke omstandigheid daarvan sal wees. Vanweë die besondere belang van die vestiging van onredelikheid as selfstandige hersieningsgrond, is redelike administratiewe optrede binne die Grondwet deur die bepaling van Artikel 33 oënskynlik tot fundamentele reg verhef.

Dit kan met reg gekonstateer word dat administratiewe geregtigheid in die Suid-Afrikaanse Reg met rasse skrede ontwikkel het. Die volgende is bewyse daarvan :

- ⇒ Die gemenerereg.¹⁰⁰³
- ⇒ Die ontwikkeling van die administratiewe geregtigheidsbegrip in die Engelse Reg.
- ⇒ Die verwerping van die kategorisering van administratiewe optrede waaraan bepaalde regsgevolge geheg word.
- ⇒ Die leerstuk van legitieme verwagting.
- ⇒ Redelikheid aan die hand van die Traub-beslissing.
- ⇒ Die menings van akademici, met spesifieke verwysing na die voorgestelde grondwet.
- ⇒ Die aanvanklike mening van die Regskommissie en die gepaard gaande voorstelle vir die hersiening van die administratiewe regsproses.
- ⇒ Die bepalings van Artikel 18 van die Namibiese grondwet, asook Artikels 24 en 33 van die Interim en Finale-Grondwette.

¹⁰⁰¹ 1976(2) SA 1 (A).

¹⁰⁰² 1989(4) SA 731 (AD).

¹⁰⁰³ Sien die spesifieke verwysing na die menings van gemenereregtelike skrywers en die uitspraak van appèlregter Jansen in die Theron-saak (Supra) en die navolging van die saak in opvolgende beslissings hierbo vermeld.

Die ontwikkeling van administratiewe geregtigheid sal egter in die toekoms verder plaasvind. Hoewel geregtelike hersiening steeds 'n belangrike rol sal speel, moet dit egter duidelik verstaan word, dat dit ingrypend sal verander om veral by 'n snel veranderde Suid-Afrika te kan aanpas. Sodanige veranderde houding sal nie plotseling plaasvind nie, maar geleidelik, veral na gelang van die veranderlike politieke en maatskaplike werklikhede.

Tereg stel Wiechers dit soos volg:¹⁰⁰⁴

“Under an entrenched constitution with a justifiable bill of rights and a full judicial review, this new administrative law would become a living, growing body of rules of increasing importance, stimulating openness and public participation and giving full effect to the notion of a material constitutional state. Finally, of course, legal rules must be applied and carried into effect. What is even more important, therefore, is both a civil service that is dedicated to making this new administrative law an instrument of well-being and betterment and judges who are imbued with a spirit of imagination and innovation.”

2. ADMINISTRATIEWE GEREJTIGHEID IN DIE LIG VAN DIE INTERIM-GRONDWET EN DIE FINALE-GRONDWET.

Dit is duidelik dat dit juis 'n Handves van Menseregte was wat veral in die 1983-Grondwet ontbreek het, wat die individu uiters kwesbaar sou maak vir misbruik deur owerheidsoptrede. Owerheidsoptrede het merendeels nie voldoen aan die fundamentele vereistes vir geregtigheid nie. Administratiewe geregtigheid het veral tydens die tydperk na 1983, tot en met die Interim-Grondwet in 1993, die onderspit gedelf.

Boulle, Harris en Hoexter¹⁰⁰⁵ beskryf hierdie oorheersing van die oppergesag as een van die opvallende kenmerke van die Suid-Afrikaanse konstitusionele geskiedenis. Die resultaat was dat die howe gekniehalter was deur die beperkings wat deur die parlement op hulle geplaas was.

Die 1983-Grondwet het die lig gesien, sonder 'n Handves van Menseregte. Hierna het die regering 'n noodtoestand in die land afgekondig en veiligheidswetgewing, wat veral “ouster clauses” bevat het, het die lig gesien. Uitsprake van die howe, wie se hersieningsbevoegdheid rakende veiligheidswetgewing uitgesluit was, het skerp onder kritiek deurgeloo.

Die groot tekortkoming was egter 'n gepaste grondwet. Die eerste tree hiertoe is deur akademiene geneem toe 'n konferensie in 1986 te Pretoria gehou is om 'n Handves van Menseregte vir Suid-Afrika te bespreek.

Veiligheidswetgewing en die uitsluitingsklousules (ouster clauses) waarby die howe se hersieningsbevoegdheid ingekort of uitgesluit word, kan sekerlik gesien word as een van die hoofredes waarom administratiewe geregtigheid vandag in die Grondwet onder 'n aparte

¹⁰⁰⁴ Wiechers, 1993:262.

¹⁰⁰⁵ Boulle *et al*, 1989:68.

klousule in Artikel 33 vervat word. Daar moes seker gemaak word dat die wetgewer nie weer in staat gestel word om die howe te kniehalter, wanneer dit kom by die hersiening van owerheidsopptrede nie.

In die verlede is wetgewing deur amptenary letterknegtelik nagevolg en uitgevoer. Die totstandkoming van veral die Finale-Grondwet het hier in die werksmilieu 'n drastiese verandering teweeggebring. Administratiewe geregtigheid is veral nou 'n aspek waaraan die amptenaar in die uitvoering van sy pligte aandag sal moet bestee. Korrekte owerheidsopptrede word statutêr vasgelê in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, Wet 3 van 2000.

Die toepassing van die gedagte van die grondwetlike staat, of "rule of law" wat in die Interim- en Finale-Grondwette tot stand gekom het, is 'n weselike aanvaarding dat die politieke oppergesag nou in die Grondwet gesetel is. Hierdie feit is van alle grootste belang, aangesien dit aansluit by die invloed wat die Interim- en die Finale-Grondwette op die funksies en strukture van die Suid-Afrikaanse staatsadministrasie het. Gesien in die lig van Suid-Afrika se historiese staatsbestel, moet die Grondwet steeds gesien word as 'n besondere produk wat ontstaan het aan die hand van 'n politieke konteks, en moet dit altyd so in gedagte gehou word.

Administratiefreg is ook nie 'n geïsoleerde terrein van die publiekreg nie. Die algemene beginsels onderliggend aan die administratiefreg word afgelei vanuit die konstitusionele reg. Konstitusionele reg moet verder beskou word as die hoeksteen van enige publiekregstelsel. Dit verskaf die beginsels en prosedures vir die totstandkoming van 'n regering. Konstitusionele reg hou hom besig met die skep van 'n regering, terwyl administratiefreg betrokke is by die administrasie van die regering.

Administratiewe geregtigheid kan in sowel 'n prosedurele as 'n substantiewe konteks verstaan word. Prosedureel sal administratiewe geregtigheid reëls van billikheid, of die nakoming van die reëls van natuurlike geregtigheid omvat (analoog aan die beginsel van "due process" in die Amerikaanse Reg). In die substantiewe sin het administratiewe geregtigheid te doen met die billikheid en rasionaliteit van 'n uitslag, soos gesien volgens die persepsies van 'n individu of die gemeenskap.

Dit is deur die eeue heen tog opvallend dat die equity-beginsel die basis daargestel het vir owerheidsopptrede en die invloed wat dit op die individu mag hê. Die algemene beginsels onderliggend aan die administratiefreg word nog steeds afgelei van konstitusionele reg. Die hoofmerk van administratiefreg is goeie administrasie, wat op verskillende maniere verkry kan word, veral deur die vereiste van billikheid as hoofdoelwit daar te stel. Die waardes van onbevooroordeeldheid en billikheid is wesenskenmerke van die administratiefreg. Geregtigheid in die wye sin vereis dat optrede en versuim om op te tree deur 'n openbare orgaan, nie slegs wetlik goedgekeur moet word nie, maar ook moet voldoen aan die minimum standaard van geregtigheid en billikheid.

In dié proefskrif is daar 'n basis, of platform geskep aan die hand waarvan administratiewe gretigheid geanaliseer kan word. Wanneer die kritiese analise van die begrip “administratiewe geregtigheid” hanteer word, moet die kritiek hierin as opbouend van aard beskou word. Om die kritiese analise van die geregtigheidsbegrip te vergemaklik, is veral verwys na verskeie hofsake en die uitsprake daarin gelewer.

Wanneer die prerogatiwe wat aan die oppergesag verleen word, oorweeg word, blyk dit dat administratiewe geregtigheid daarmee in botsing kom. Selfs 'n skrywer soos Dicey het gerieflikheidshalwe hierdie kontroversiële aspek van prerogatiwe beskerming vermy. Hy het nie ag geslaan op die ekstensiewe beskerming en privilegie wat die staat geniet het toe hy geskryf het nie. Kritici soos Wade het uitgewys dat dit besonder moeilik sou wees om hierdie voordele wat die staat geniet het, te kon versoen met die idee van gelykheid, selfs wanneer die behoefte vir 'n effektiewe regeringstelsel in beginsel erken word. Die beginsel van “The King can do no wrong” was aan die orde van die dag. Die koning was egter onderhewig aan dieselfde reg as sy onderdane en moes dieselfde vergoeding verskaf aan 'n party wat hy benadeel het. Dit moes in dieselfde mate geskied as wat 'n buiteparty vergoeding sou moes betaal, indien laasgenoemde 'n ander benadeel het.

Artikels 1(c), 2, 83, 84 en 85 van die Grondwet handel oor die konstitusionele vereistes rakende die prerogatiwe. Artikel 2 bepaal dat die Grondwet die hoogste reg van die republiek is. Enige regsvoorskrif, of optrede wat nie daarmee versoen kan word nie, is ongeldig. Die verpligting daardeur opgelê, moet nagekom word. Dit is derhalwe duidelik dat die Staatspresident in die uitvoering van sy ampspligte ondergeskik is aan die Grondwet. Die oppergesag van die Grondwet beteken dus dat wetgewende organe ingelyks daarteenoor aanspreeklik is. Wetgewers is kragtens demokratiese beginsels steeds teenoor die onderdane van die land aanspreeklik.

Met die daarstelling van die Grondwet wil dit nou blyk dat die Staatspresident in die uitvoering van sy bevoegdhede en funksies deur die howe tot verantwoording geroep kan word. Sekere prerogatiwe val die Staatspresident nog steeds toe, maar dit kan nou getoets word aan die hand van die administratiewe geregtigheidsbeginsel, soos vervat in Artikel 33.

Die sake van *Boesak v Minister of Home Affairs and Another*¹⁰⁰⁶ en *Council of Civil Service Unions v minister for the Civil Service*¹⁰⁰⁷ dien as bewys dat al die grade van hersiening wel op die prerogatiwe regte van toepassing is.¹⁰⁰⁸

Wanneer administratiewe geregtigheid in Artikel 33 van toepassing gemaak word op die prerogatiwe van die Staatspresident, is in dié proefskrif kritiek uitgespreek oor die howe se hantering daarvan in die sake van *President of the Republic of South Africa v South African*

¹⁰⁰⁶ 1987(3) SA 665 (CPD).

¹⁰⁰⁷ 1984(3) ALL ER 935 (HL).

¹⁰⁰⁸ Die administratiewe geregtigheidsklousule, vervat in Artikel 33 vind wel toepassing op bogemelde prerogatiwe funksies en bevoegdhede wanneer daar gekyk word na Artikel 8(1), wat bepaal dat die Handves van Regte van toepassing is op die totale reg en die wetgewende, die uitvoerende en die regsprekende gesag en alle staatsorgane bind.

Rugby Football Union,¹⁰⁰⁹ *President of the Republic of South Africa v Hugo*¹⁰¹⁰ en *Geuking v President of the Republic of South Africa and others*.¹⁰¹¹

Daar is ondersoek ingestel na die impak van die publiekreg (administratiefreg) op die gebied van die privaatreë. Die volgende aspekte het aandag geniet:

- ⇒ Die horisontale en vertikale toepassing van die Handves van Menseregte.
- ⇒ Die invloed van die administratiefreg en die Grondwet op die gebied van die kontrakreë.
- ⇒ Die invloed van die administratiefreg en die Grondwet op die gebied van die deliktreë.
- ⇒ Die ontwikkeling van die gemenereë om Handvesreëte in private verhoudings te beskerm.

Terwyl almal aanvaar dat die Handves as deel van die hoogste reg in die land die privaatreë op die een of ander manier moet beïnvloed, word daar veral bedenkinge geopper in argumente teen die sogenaamde direkte gelding van die Handves op die privaatreë en private verhoudings.

Dit is egter te begrype dat die klassieke sistematiek van die moderne reg op 'n duidelike onderskeid tussen die privaatreë en die publiekreg berus. Maatskaplike verwickelinge sedert die laaste dekades van die negentiende eeu het egter hierdie onderskeid al hoe meer problematies gemaak. Die Suid-Afrikaanse Grondwetlike Hof het self onlangs in die saak van *Fose v Minister of Safety and Security*¹⁰¹² die uitlating gemaak dat hierdie onderskeid kwalik nog by die juridiese beslegting van dispute 'n rol kan speel.

Die horisontale toepassing van die Handves van Regte is egter 'n veelbesproke onderwerp en sal in die toekoms nog verder tot uitgebreide debatvoering lei. Regter Madala het in die saak van *Du Plessis v De Klerk*¹⁰¹³ beslis dat die Handves van Menseregte slegs vertikaal toegepas kan word.

Die problematiek rakende die horisontale toepassing van die Handves van Menseregte word in die proefskrif volledig toegelig met verwysing na die sienings van skrywers en verskeie hofbeslissings.

Die gevolgtrekking waartoe gekom word, is dat daar voldoende bewyse in Artikel 8 van die Grondwet bestaan om aan te toon dat die Handves van Menseregte by wyse van goeie interpretasie wel horisontale toepassing geniet. Die vraag handel nie hier of daar te make is

¹⁰⁰⁹ 2000(1) SA 1 (CC).

¹⁰¹⁰ 1997(4) SA 1 (CC).

¹⁰¹¹ 2002(1) SA 204 (CPD).

¹⁰¹² 1997(3) SA 786 (GH).

¹⁰¹³ 1996(5) BCLR 658 (CC).

met direkte of indirekte gelding van die Grondwet nie. Dit gaan eerder daaroor of die implikasies sonder voorbehoud aanvaar moet word en of daar regsreëls en optrede is, waarop die Handves nie toegepas behoort te word nie. Ons het veel eerder hier te doen met die uitleg en toepassing van die Grondwet, as om te bepaal of dit nou juis slaan op die publiek- of privaatreë. Daar word aangetoon dat Artikel 8(1) alle onsekerheid uit die weg ruim oor die toepassing van die Handves op die gemenerereg en gewoonterereg. Omdat die Handves van toepassing is op alle reg, is dit ook van toepassing op wetgewing, die gemenerereg en gewoonterereg wat private verhoudings reël.

Uit die debat oor die horisontale toepassing van die Handves van Menseregte, word veral aangetoon dat dit duidelik is dat die outonomie wat private persone na bewering in die privaatreë geniet, nie deur die toepassing van die Handves bedreig word nie. In elk geval was dit nog nooit absoluut nie. Dit is juis die reëls van die privaatreë wat perke stel aan die private outonomie, om sodoende die regte van ander te kan erken om 'n ordelike samelewing te verseker. Daar word maar net met 'n afwegingsproses te doen gekry.

Die volgende kriteria rakende horisontaliteit is in die proefskrif belig :

- ⇒ Die “*equity*”-begrip en Artikel 33 van die Grondwet.
- ⇒ Die besef dat publiekereg en privaatreë slegs verskillende reëls vir die regulering van staatsorgane en privaat partye daarstel.
- ⇒ Die gawe om die teoretiese op die praktiese te kan toepas en dit as sodanig aan die gemeenskap te kan voorhou.
- ⇒ Die onderskeid tussen reg en geregtigheid.
- ⇒ 'n Korrekte begrip rakende die vervanging van die onderskeid tussen die publiek- en die privaatreë.

3. ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID EN DIE KONTRAKTEREG

Die invloed wat die toepassing van die Grondwet en die Handves van Regte het op die kontrak en die kontrakteervryheid van die kontrakpartye is ondersoek. Die vraag is gevra of begrippe soos “geregtigheid” en “billikheid” 'n rol speel, wanneer die kontrak gesluit en/of afgedwing word. Die aspek van die ontwikkeling van die gemenerereg en 'n moontlike weg beweeg van die beginsel van *pacta sunt servanda* het ook aandag geniet.

Die gebied van die kontraktereg leen hom by uitstek daartoe dat kontrakpartye, wanneer daar 'n ooreenkoms gesluit word, grootliks sal staatmaak op beide partye se eerlikheid om sodoende billikheid en geregtigheid in die hand te kan werk. Die gemenerereg sal in samehang met die Grondwet, op die gebied van die kontraktereg, sekerlik hervorm moet word. Die reg op gelykheid kan veral hier 'n verneme rol speel om die inhoud van soepele norme, soos die goeie trou en die openbare belang te bepaal.

Die invloed van die Handves van Regte op die gebied van die kontrakreg is 'n aspek wat nie in die verlede veel aandag geniet het nie. Die vernaamste oogmerk van die Handves van Regte is om veral die basiese regte van die individu te beskerm teen ongevraagde inmenging deur die staat en sy instellings. Die bepalings van die Handves van Regte is veral van toepassing op staatsoptrede, met ander woorde vertikale toepassing op die staat-onderdaanverhouding. Wat egter ook van belang is, is die horisontale toepassing van die bepalings van die Handves van Regte op privaatregtelike verhoudings tussen kontrakpartye.

Die kontrakreg pas nie maklik aan by veranderde sosiale en ekonomiese omstandighede nie. Die huidige kontrakregdoktrine is gebaseer op die paradigma van 'n vrye mark, waarin vrywillige deelname deur individue op gelyke grondslag in 'n wedyweringsproses, sonder die inmenging van die staat, tot voordeel van die gemeenskap sal meewerk. Die teendeel is egter waar. Sosiale en ekonomiese realiteit het die afgelope paar jaar drasties verander. Deelnemers aan die vryemarkstelsel kontrakteer selde met mekaar op gelyke grondslag. Die groot gevaar bestaan egter dat, indien die oplossing nie deur die howe daargestel word nie, ongelykheid deur middel van wetgewing deur die owerheid reggestel gaan word. Die huidige gemenereg doktrine rakende die kontrakreg kan wel die nodige verandering ondergaan. Dit kan slegs plaasvind deur die toepassing van die beginsels van goeie trou, of *bona fides*.

'n Duidelike koersverandering het ook reeds in verskeie hofsake na vore getree, soos *Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Hovis*,¹⁰¹⁴ *Rand Rietfontein Estates, Ltd v Cohn*¹⁰¹⁵ en *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes*¹⁰¹⁶. In laasgenoemde saak het die hof beslis dat ongelyke voorwaardes in die kontrak teenstrydig kan wees met die openbare belang. Dit is derhalwe ongeldig, indien die voorwaardes nie aan die vereistes van eenvoudige geregtigheid tussen individue voldoen nie.

Die vraag kan tereg gevra word of die howe nie te veel vasklou aan die sekerheid wat in die verlede deur die gemenereg daargestel is nie. Kontrakteervryheid het jare lank aan die hand van die *pacta sunt servanda*-beginsel in die kontrakreg as anker gedien. Die vraag kan gevra word, of die tyd nie miskien aangebreek het om hiervan weg te beweeg, veral noudat 'n nuwe bedeling tot stand gekom het. Die *pacta sunt servanda*-beginsel moet nie meer as die *alfa* en *omega* beskou word nie.

'n Daadwerklike waarskuwing moet gerig word dat die toepassing van die bepalings van die Handves van Regte op die gebied van die kontrakreg, uiters delikaat gedoen moet word. Groter onsekerheid oor die inhoud en toepassing van die bepalings in 'n kontrak moet ook nie na vore tree nie.

Indien 'n hof weens toepassing van die bepalings van die Handves op die afweging van regte ingevolge Artikel 8(2) bevind dat die gemenereg of wetgewing nie voldoende beskerming aan

¹⁰¹⁴ 1980(1) SA 645 (A).

¹⁰¹⁵ 1937 AD 317.

¹⁰¹⁶ 1989(1) SA 1 (A).

'n reg verleen nie, moet die hof die gemenerereg ontwikkel om die nodige beskerming te verleen. Die Konstitusionele Hof, die Hoogste Hof van Appèl en die Hoë Hof het 'n inherente bevoegdheid om die gemenerereg te ontwikkel. Die oogmerk met veral Artikel 8(3) was waarskynlik om dit duidelik te stel dat hierdie inherente bevoegdheid uitgeoefen moet word, indien die gemenerereg of statutêre reg onvoldoende beskerming aan 'n reg verleen.

Die hedendaagse siening is dat daar groter stukrag deur die howe verleen moet word aan die billikheidsbegrip, veral met die toepassing by die uitleg van kontrakte. Die howe moet tot billike gevolgtrekkings kom. In die proefskrif is daar klem gelê op die toepassing van die billikheidsaspek op die gebied van die kontraktereg.

Dit wil egter voorkom of die *pacta sunt servanda*-beginsel tog maar die wagwoord was in die kontraktereg. Dit beteken egter nie dat billikheid tot dusver geen rol gespeel het in die kontraktereg nie. In bepaalde situasies is wel beperkte ruimte gelaat vir sogenaamde "simple justice between man and man". Tot dusver was die houding van ons howe deurgaans dat 'n ooreenkoms nie aanvegbaar is, bloot op grond van onbillikheid wat dit vir een van die kontrakpartye mag inhou nie.

In die uitspraak in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Omeles*¹⁰¹⁷ bevind die Appèlhof dat die *exceptio doli generalis* nie deel gevorm het van die Suid-Afrikaanse Reg nie. Die kroon is gespan toe die meerderheid regters van die hof te kenne gegee het dat ons howe volgens huidige stand van regsake, nie bevoeg was om 'n kontrakparty op billikheidsgronde alleen van die nakoming van sy verpligtinge vry te skeld nie.

Dit bly 'n sensitiewe aangeleentheid. Indien die howe sou besluit om die bepalinge van 'n kontrak te verander om uitvoering te gee aan die billikheidsbeginsel, sal daar sekerlik kritiek wees. Indien partye se kontrakteervryheid deur sosiologiese oorwegings aan bande gelê sou word, kan sodanige optrede tot probleme op die ekonomiese gebied lei. Daar sal veral gewaak moet word teen regsonsekerheid, wat tussen kontrakpartye kan ontstaan, wanneer hulle 'n ooreenkoms aangaan. Daar kan slegs voorgestel word dat 'n breë statutêre raamwerk deur die wetgewer aan die howe voorgelê sal word, wat as rigtingwyser moet dien, wanneer die howe 'n ooreenkoms aan die hand van billikheidsbeginsels moet interpreteer.

Wanneer die billikheidsbeginsel by die kontraktereg oorweeg word, moet daar aan Artikels 8, 36 en 39 van die Grondwet aandag geskenk word. Veral die toepassing van Artikels 8(3) en 39 (2) het tot onsekerheid gelei, en was veral die besprekingspunt van vele akademiese debatte.

¹⁰¹⁷ 1988(3) SA 580 (A) Ongeveer 10 jaar na die Bank of Lisbon-saak het die regskommissee se verslag rakende "Unreasonable Stipulations in Contracts and the Rectification of Contracts" die lig gesien. In die verslag word wetgewing aanbeveel "to provide that a Court may determine whether contractual terms are unreasonable, unconscionable or oppressive and to issue appropriate orders if contracts are unreasonable, unconscionable or oppressive."

In antwoord op die vraag in welke gevalle die howe die gemenerereg moet ontwikkel, bepaal Artikel 8(3) dat daar in 'n privaat verhouding 'n reg bestaan en dat die bestaande reg nie voldoende beskerming verleen aan die reg van die partye in die verhouding nie.¹⁰¹⁸

Wanneer die horisontale werking van die Grondwet toegepas word, is dit opmerklik dat daar onsekerheid bestaan rakende die impak van die publiekreg op die privaatreg. Dit is verder duidelik dat in die meeste gevalle genoeg gemeenregtelike remedies bestaan, waarvolgens 'n verontregte party sy/haar regte kan beskerm. Die Handves van Menseregte het 'n belangrike regsontwikkelingsveld, veral op die gebied van die privaatreg, na vore gebring.

'n Pertinente vraag kan gevra word of die Handves van Regte, met sy invloed en uitwerking op die gebied van die privaatreg aan die optimistiese verwagtinge wat deur akademici en die howe daargestel word sal voldoen. In antwoord hierop is die impak van die Grondwet op die gebied van die privaatreg aan die hand van die volgende aspekte oorweeg :

- ⇒ Kontrakteervryheid en openbare beleid.
- ⇒ Goeie trou en billikheid.
- ⇒ Billikheid in die kontraktereg.
- ⇒ Die ontwikkeling / uitbreiding van die gemenerereg, met verwysing na die kontraktereg en relevante regspraak.

Billikheid, gesien as maatstaf van die sosiale kader, kom nou lynreg te staan teenoor kontrakteervryheid. Emmanuel Kant is van mening dat die mens oor die vermoë beskik om te kan redeneer, te kan onderskei wat reg en verkeerd is en om in staat te wees om 'n morele oordeel te fel. Die mens beskik oor 'n morele outonomie, wat aan hom 'n onvoorwaardelike en onvergelykbare waardigheid verleen. Morele vryheid word in verband gebring met elke aksie wat die mens as verteenwoordiger van moraliteit daarstel. Dit sluit ook optredes rakende kontrakte in.

Wanneer 'n hof, byvoorbeeld deur die toepassing van billikheid op 'n gegewe feitestel, sou bepaal dat 'n verandering aan die kontrakvoorwaardes moet plaasvind, kan dit as 'n inbreuk op kontrakteervryheid beskou word. Dit is ook 'n inbraak op morele vryheid, wat ook die waardigheid skend.¹⁰¹⁹

Die knelpunt is dat die *pacta sunt servanda*-beginsel in die spervuur geplaas word en die "benadeelde" party in 'n kontrakgeding hom/haar op die hof sal beroep en aanvoer dat een of meer Handvesregte deur die ooreenkoms geskend is. Ons sien dus dat die publiekreg, by wyse van die Grondwet, 'n groot impak op die privaatreg met sy gevestigde gemenereregbeginsels kan hê.

¹⁰¹⁸ In die saak *Khumalo v Holomisa* 2002(5) SA 401 (CC) het regter O'Regan beslis dat die aard van die saak (laster) meebring dat vryheid van spraak direkte horisontale toepassing geniet soos bepaal deur Artikel 8(2). Sou daar in dié saak bevind word dat die gemenerereg ongrondwetlik was, sou dit 'n geleentheid aan die hof bied om die gemenerereg te ontwikkel om sodoende die nodige regsbeskerming aan die verontregte partye te verleen.

¹⁰¹⁹ Die verontagsaming van kontrakteervryheid stel ook 'n verontagsaamheid van waardigheid daar. In die verlede is daar veral klem gelê op die feit dat kontrakpartyte se eer op die spel, is wanneer 'n ooreenkoms aangegaan word. Dit het gelei tot die spreuk *Pacta Sunt Servanda* - die ooreenkoms moet nagekom word.

Die vraag wat hieruit voortspruit, is in hoe 'n mate kontrakteervryheid beperk moet word. Moet daardie inperking geskied, voordat die ooreenkoms gesluit word, byvoorbeeld deur die nakoming van statutêre wetgewing, of moet dit ná die tyd by monde van die howe plaasvind?

Hierdie situasie kan vorentoe groot probleme skep, nie net op die ekonomiese gebied nie; dit kan ook 'n teelaarde skep vir regsonsekerheid. Die kontrakpartye het konsensus ten opsigte van die voorwaardes van die ooreenkoms. As die ooreenkoms nie nagekom word nie, word 'n beroep gedoen op openbare belang en die howe om die voorwaardes te wysig of tersyde te stel. Indien hierdie onseker situasie nie deur die howe beheer word nie, sal die hofrolle oorspoel word met hofsake, waardeur partye poog om van die voorwaardes van ooreenkomste te probeer ontsnap. Die howe is deeglik daarvan bewus dat die nodige omsigtigheid en versigtigheid aan die dag gelê moet word wanneer 'n klousule in die kontrak teen die openbare beleid verklaar word.¹⁰²⁰

In die Romeinse Reg het *bona fides* gefunksioneer as 'n kriterium, of maatstaf, wat gebruik is om te bepaal of een van die kontrakpartye in 'n kontraktuele verhouding inbreuk gemaak het op die verwagting van die redelike man. Dit is gedoen as 'n standaard norm van eerlikheid en getrouheid in kontraktuele verbintenisse, soos neergelê in die *iudex*, met die gemeenskap se verwagtinge van billikheid en gelykheid. *Bona fides* was in die vroeë klassieke Romeinse Reg derhalwe 'n konsep met morele en regsfasette en wat deel gevorm het van die groter begrip van *aequitas*. Kontraktuele billikheid, wat in die Romeinse Reg bestaan het, is ook in die Middeleeuse Reg opgeneem.

Toedelende geregtigheid het voordele toegeken, terwyl regstellende geregtigheid dit gehandhaaf het. Thomas Aquinas se aanvaarding van Aristoteles se konsep van verwisselende geregtigheid is in die Middeleeuse begrip van gelykheid opgeneem. Aristoteles het vereis dat die waarde van die prestasie deur een party tot die kontrak gelyk is aan die teenprestasie van die ander party.

Laesio enormis was 'n produk van Justinianus se ideaal van 'n welsynstaat. Die Romeinse Reg het aan die verkoper 'n reg verleen om die ooreenkoms tersyde te stel, wanneer die koopprys wat aangebied was, minder as die helfte van die prys was wat as 'n billike koopprys beskou was (*ius pretium*). Die koper kon kansellasië van die ooreenkoms vermy het, deur bloot die prys aan te pas. Dit is dus duidelik dat die Humaniste sowel *aequitas* en *bona fides* as regstellende maatreël toegepas het, om die rigiditeit van die streng reg (strict law) reg te stel. Dit moes ook dien as maatreël om die praktiese ontwikkeling van die reg te stimuleer.

Die Romeins-Hollandse Reg het veral op die gebied van die kontraktereg 'n groot invloed gehad op die ontwikkeling van die begrippe "goeie trou" en "billikheid". Die Romeins-Hollandse Reg was uit en uit geskoei op 'n billikheidsgrondslag, dog billikheidsbegrip het as konsep nooit

¹⁰²⁰ 'n Goeie riglyn vir die howe rakende versigtigheid, word uitgespel deur appèlregter Smallberger in die saak van *SASFIN (Pty) Ltd v Beukes* 1989(1) SA 1 (A).

die bestaande reg vervang nie. In die toepassing van die reg het die hof deeglik aandag geskenk aan die billikheidsbegrip, maar slegs wanneer dit nie in stryd gekom het met die beginsels van die Romeinse Reg nie. In die Romeins-Hollandse Reg kon billikheid dus maklik toegepas word as 'n gesofistikeerde regulerende konsep met voorkomende en regstellende funksies om ongelykheid in prestasie reg te stel.

Die vraag ontstaan of die hof die geleentheid wat Artikels 8 en 29 van die Grondwet bied, ten volle gaan benut om die gemenerereg uit te brei of te ontwikkel. Die Suid-Afrikaanse Hof het voorheen gebruik gemaak van die *exceptio doli* as remedie om goeie trou en billikheid in die Suid-Afrikaanse kontrakreg in te voer.

Bona fides, het as 'n komponent van die breër gemeenskapsbeleidskonsep, 'n dinamiese rol wat moet verseker dat die reg sensitief bly vir die behoeftes van die gemeenskap. 'n Groot behoefte ontstaan dus vir 'n normatiewe konsep soos *bona fides*, wat aangeneem kan word om te kan inmeng in die afdwinging van 'n kontrak, waar veral die gemeenskapsbelang dit vereis.

Dit is opvallend dat die hof steeds weier om erkenning te verleen aan goeie trou as onafhanklike kontraktuele norm, wat tot die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse kontrakreg kan bydra, in plaas daarvan om regsonsekerheid en arbitrêre beslissings die lewe te laat sien.

Dit sal waarskynlik nie lank duur alvorens die hof 'n koersverandering gaan inslaan nie. Hulle sal waarskynlik afwyk van die standpunte gehandhaaf in die saak van *Bank of Lisbon and South Africa Pty (Ltd) v De Omelas*.¹⁰²¹ Openbare beleid en goeie trou gaan in die toekoms 'n al groter rol speel in die hantering van kontrakvoorwaardes. Die beginsel van billikheid in die kontrakreg sal na alle aanduidings beklemtoon word.

Dit is aan die hand van hofuitsprake waarna verwys is, duidelik dat wanneer 'n ongelukkige kontrakparty hom/haar op die tersydestelling van 'n ooreenkoms of kontrakbepaling wil beroep, dit nie moontlik sal wees om te verwys na 'n vae en algemene strekking van die bepalings van die Grondwet nie. Die hof sal in hul ondersoek eerstens 'n gemeenskapswaarde identifiseer, waarop inbreuk gemaak sal word deur die strenge toepassing van die *pacta sunt servanda*-beginsel. Hulle sal nie steun vind in die aanvaarding van die "special equity theory" nie. Die hof is dit ook met mekaar eens dat 'n vrye regterlike diskresie ook nie as 'n grondwetlike reg gesien moet word nie.

Die ontwikkeling en uitbreiding van die gemenerereg en die invloed van die Handves van Regte op die kontrakreg is aan die hand van verskeie hofbeslissings toegelig. Dit is duidelik dat daar 'n behoefte bestaan om die etiese beginsels en die gemeenskapsbeleid onderliggend aan die meeste tegniese reëls en konsepte van die gemenerereg te probeer verstaan. Indien laasgenoemde ingesien en verstaan word, sal dit bydra tot 'n beter evaluasie van die belang

¹⁰²¹ 1988(3) SA 580 (A) 605 – 610.

van tradisionele leerstukke, wat dan gebalanseer moet word met 'n grondwetlike waardesisteem, wat tans die rigting moet aandui waarvolgens oplossings gevind moet word.

Die Konstitusionele Hof was korrek in sy beklemtoning dat die behoorlike waardering van sowel die Grondwet as ons gemenereg noodsaaklik is om gevolg te gee aan die verpligting om die gemenereg te ontwikkel. Die ontwikkeling moet sodanig geskied, dat dit optimale ontwikkeling verleen aan die normatiewe waardesisteem soos dit in die Grondwet vervat word.

Die Hoogste Hof van Appèl ondersteun 'n model van regsontwikkeling wat erkenning verleen aan fundamentele regte soos vervat in die Grondwet. Die regsontwikkeling moet dienoreenkomstig kan bydra tot die uitbreiding van komponente van 'n bepaalde regsleerstuk. Wanneer waardes egter in konflik met mekaar verkeer, sal 'n belange-afwegingsproses plaasvind. Openbare beleid kan ook toegepas word om aanpassings tot die waardesisteem te weeg te bring. Howe sal ook nie geredelik enige aanpassings ten opsigte van die gevestigde normatiewe waardesisteem aanbring nie.

Daar is geen klarigheid watter regsbeginsels – publiek, privaat of 'n kombinasie daarvan van toepassing is op uitgekonnekteerde ooreenkomste nie. Die howe het bevind dat by dienskontrakte sowel publiek- as privaatregbeginsels van toepassing is. Die reëls van natuurlike geregtigheid is ook op hierdie ooreenkomste van toepassing.

Die howe het egter nog nie hierdie aspek van die toepassing van geregtelike hersiening op ander administratiewe ooreenkomste, soos uitgekonnekteerde ooreenkomste, van toepassing gemaak nie. Hierdie judisiële swygzaamheid het verrykende gevolge in die konteks van die moderne Suid-Afrikaanse administrasie, waar die uitkontraktering van publieke funksies alledaags voorkom.

In 'n neutedop gestel : Die verbruiker, belastingbetaler of kliënt bevind hom/haar in 'n onbenydenswaardige posisie waar openbare dienste uitgekonnekteer word, in die sin dat hy/sy geen regsremedie teenoor die privaat instansie het nie. Hy/sy is nie 'n party tot die kontrak nie en kan dus nie op kontraktuele remedies vertrou nie. Die feit dat hy/sy toevertrou word aan deliktuele remedies, hou ook geen belofte in nie.

Die harmoniëring van die publiek- en privaatreg, veral op die gebied van die kontraktereg, is 'n proses wat reeds geruime tyd in die Suid-Afrikaanse Reg aan die gang is. Dit is nie 'n eenrigtingproses nie. Soms bestaan dit daaruit dat handeling wat eerder in die privaatregtelike domein gehanteer kan word gedekriminaliseer word. In ander gevalle is dit weer wenslik dat aangeleenthede wat histories in die privaatregtelike domein hanteer is, aan groter inspraak en toesighouding deur die staat onderwerp word (Die moderne ontwikkeling in die arbeidsreg is hiervan 'n goeie voorbeeld).

Die Grondwet maak dit vir die howe moontlik om die proses op 'n verantwoordelike en gestruktureerde basis verder te ontvou, ingevolge prosesse waarvolgens dit tradisioneel

geskied het. Die Grondwet wys die breë pad aan, sonder om stap-vir-stap voorskriftelik te wees.

As die kontraktereg in die proses ter sprake kom, is dit veral raadsaam om die grondslae van die kontraktereg in gedagte te hou. Die beginsel van kontrakteervryheid hou onder andere in dat 'n persoon oor die keuse beskik met wie om te kontrakteer en met wie nie. Hierdie gemeenregtelike beginsel sal in die toekoms getemper word om te bepaal dat die besluit om nie te kontrakteer nie (of om slegs op sekere terme te kontrakteer) in sommige gevalle nie op sekere diskriminerende gronde gebaseer mag word nie. Die Grondwet bring dus mee dat die individu se keusevryheid, wat dié aspek betref, beperk word.

Die beginsel van kontrakteervryheid hou ook die voordeel in dat 'n individu oor die keuse beskik om te besluit of hy of sy enigsins wil kontrakteer, al dan nie. Dit mag wees dat die Grondwet op die oog af van die individu verlang om meer altruïsties op te tree, as wat voorheen die geval was. Dit word aan die hand gedoen dat Artikel 8(2) met heelwat omsigtigheid geïnterpreteer moet word. Tradisioneel word 'n menseregteakte gesien as 'n burger se waarborg dat hy of sy, nieteenstaande die mag en alomteenwoordigheid van die staat, oor sekere fundamentele vryhede en regte *vis-a-vis* die staat beskik. Dit is dus paradoksaal dat menseregteaktes, uit die individu se oogpunt, deur middel van die horisontale werking daarvan, die potensiaal het (waar 'n bepaling soos Artikel 9[2] van die Grondwet nie met omsigtigheid gehanteer word nie) om die bron van 'n nuwe utistiese dwingelandy te word.

4. ADMINISTRATIEWE GERECHTIGHEID MET VERWYSING NA DIE DELIKTEREG

Wanneer die impak van die Grondwet op die gebied van die deliktereg beskou word, is dit duidelik dat die howe nie lukraak wysigings sou aanbring net om grondwetlike hervorming te handhaaf nie. Hulle sal steeds die nodige versigtigheid aan die dag lê.

Die Hoogste Hof van Appèl is in die saak van *Loriza Brahman v Dippenaar*¹⁰²² voor die toets van grondwetlike hervorming geplaas. Een van die oudste aksies in die Suid-Afrikaanse deliktereg, naamlik die *actio de pauperie*, het onder skoot gekom. Die kerngesonde gedagte wat deur die moderne Romeins-Hollandse Reg na vore tree, is om spaarsaam te wees met wysigings en die afskaf van gevestigde regsreëls. Regsekerheid moet ten alle koste behou word. Daar moet tog ruimte gelaat word om wysigings aan te bring, wanneer dit absoluut noodsaaklik sou blyk te wees.

In teenstelling met die deliksremedie (die *actio de pauperie*) wat die grondwetlike aanslag deurstaan het, is daar tog gebiede in die deliktereg waar die Grondwet 'n positiewe impak

¹⁰²² 2002(2) SA 477 (HHA).

sal hê. Ter illustrasie hiervan is die beslissing van *Carmichele v Minister of Safety and Security and Another (Centre for applied Legal Studies Intervening)*¹⁰²³ bespreek.

Daar is aangedui dat die Hoogste Hof van Appèl op die spesifieke gebied van die deliktereg ten volle aanvaar het dat die Grondwet 'n rol speel in die ontwikkeling van die deliktereg, sonder om grootskaals afstand te doen van die suiwer gemeenregtelike omvang van die toets vir onregmatigheid. Dit moet verder in gedagte gehou word dat die gemeenregtelike toets vir onregmatigheid dinamies en goed ontwikkel is, wat wel voorsiening sal maak vir moontlike toekomstige ontwikkeling. Die howe se plig is egter eers om die gemenerereg te oorweeg, alvorens hulle sal oorgaan om die versoenbaarheid met die Grondwet op te weeg. Waar daar egter twyfel of konflik bestaan, sal die Grondwet voorrang geniet bo enige ander faktor by die toets vir onregmatigheid.

'n Goeie waarneming van Suid-Afrikaanse gewysdes dui daarop dat 'n sterk vertikale dimensie vertoon word, aangesien eise veral ingestel is teen die owerheidsorgane soos die polisie en plaaslike besture. Daar is geen horisontale toepassing van die Grondwet rakende menseregte en deliktuele aanspreeklikheid nie. Net tyd sal leer in hoe 'n mate hierdie sake 'n rol sal speel wanneer daar met die horisontale toepassing van die Grondwet te doen gekry word, veral waar deliktuele aanspreeklikheid tussen privaat persone ter sprake kom.

Die gevolgtrekking wat in die Carmichele-saak gemaak word, is dat die direkte werking van die Handves voldoende regverdiging bied vir die Konstitusionele Hof se beslissing dat die gemenerereg ontwikkel moet word, ten einde beter beskerming te verleen aan die verskanste regte van die benadeelde.

Met die indirekte werking van die Handves sal alle privaatregtelike beginsels, reëls en norme – inbegrepe dié wat die deliktereg beheers – onderworpe gestel word aan die inhoud van die basiese waardes, vervat in Hoofstuk 3 van die Grondwet. Die howe sal by die ontwikkeling van die gemenerereg die gees, strekking en oogmerke van die Handves bevorder. Uiteraard speel die regte wat uitdruklik daarin verskans word, 'n belangrike rol by hierdie proses.

Die indirekte werking geld in die besonder by die toepassing van die sogenaamde “open ended” of soepele deliksbeginsels, te wete die *boni mores*-toets vir onregmatigheid, die toerekenbaarheidstoets vir juridiese kousaliteit en die redelikeman-toets vir nalatigheid, waar beleidsoorwegings en faktore soos redelikheid, billikheid en regverdigheid 'n belangrike rol kan speel. Die basiese waardes wat Hoofstuk 2 onderlê, sou dus as belangrike beleidsoorwegings by die bepaling van onregmatigheid, juridiese kousaliteit en nalatigheid geïmplementeer kan word.

¹⁰²³ 2001(4) SA 938 (CC).

Die herwaardering van veral die inhoud van onregmatigheid kan tot gevolg hê dat bestaande begrippe en norme óf vervang, óf uitgebrei en verryk word deur die waardesisteem wat in die Grondwet beliggaam word. Die proses van vervanging en verryking van bestaande norme moet egter met omsigtigheid hanteer word. Daarom word aan die hand gedoen dat by die uitoefening van hierdie vervangingsproses, die algemene beginsels wat reeds met betrekking tot die redelikeheids- of *boni mores*- (regsoortuigings van die gemeenskap) kriterium vir deliktuele onregmatigheid uitgekristalliseer het, steeds – ook in die lig van dié gees, strekking en oogmerke van die handves - as *prima facie*-aanduiding beskou kan word van die redelikheid, al dan nie, van 'n handeling. *National Media Ltd v Bogoshi*¹⁰²⁴ is 'n goeie voorbeeld vir hierdie standpunt, waar die Hoogste Hof van Appèl strikte aanspreeklikheid van die pers weens laster deur nalatighedsaanspreeklikheid vervang het. Dit is nie in die eerste plek gedoen omdat grondwetlike waardes die vervanging genoodsaak het nie, maar omdat die gemeenregtelike lasterreg deur die invoer van nalatighedsaanspreeklikheid op sigself 'n behoorlike balans bewerkstellig tussen die reg op die goeie naam en die reg op vryheid van uitdrukking, selfs al word hierdie regte ook as grondwetlike waardes beskou.

In die proefskrif word aangetoon dat die toepassing van menseregte horisontale sowel as vertikale toepassing geniet. Marinus Wiechers het tereg verklaar dat die bestaan en die groei van die publiekreg gesien moet word as 'n inbreukmaking op die grondslae van gelykheid en wilswysheid waarop die privaatrek berus en dat die publiekreg beskou word as 'n uitsonderingsreg, of erger, 'n bedreiging vir die privaatrek.

Dit is duidelik dat, met die ontwikkeling van die publiekreg en veral administratiewe geregtigheid, daar 'n groot impak gemaak is op die gebied van die privaatrek. Die rol wat billikheid op die gebied van die kontraktereg speel, en veral die aanval op die *pacta sunt servanda*-beginsel, wat vir eeue al in die kontraktereg toegepas is, is 'n sprekende voorbeeld van hoe die publiekreg in die afgelope paar jaar ontwikkel het. Die impak van die administratiewereg op die gebied van die privaatrek is duidelik te bespeur. Op die gebied van die deliktereg sal die ontwikkeling van die gemenerereg weldra plaasvind. Met die uitgewysde gesag wat reeds die lig gesien het, is dit egter duidelik dat die howe die gemenerereg nie lukraak sal ontwikkel nie. 'n Goeie voorbeeld is die hantering van die *actio de pauperie* as deliksremedie. Groter ontwikkeling sal wel ten opsigte van onregmatigheid plaasvind en norme soos *boni mores* sal deeglik oorweeg word.

Billikheid, redelikheid en regmatigheid sal op die voorgrond geplaas word, waar deliktuele eise teen die staat ingestel word, veral waar partye in hulle Handvesregte benadeel is. Op die gebied van die deliktereg moet in gedagte gehou word dat Artikel 33 ook self met groot vrug toegepas kan word, aangesien dit ook 'n verskanste reg ingevolge Hoofstuk 2 van die Grondwet is. Hoewel tans gekonsentreer word op Handvesregte soos die reg op lewe,

¹⁰²⁴1998(4) SA 1196 (HHA).

vryheid, menswaardigheid, gelykheid en vele meer, kan die benadeelde individu in die regte feitesituasie met groot vrug gebruik maak van Artikel 33 om administratiewe geregtigheid tot sy voordeel toe te pas, veral waar die staat inbreuk sou maak op hierdie handvesreg.

Dit moet ook in gedagte gehou word, dat die beginsels van die gemenerereg sal voortbestaan om van waarde te wees in die hantering van ons nuwe administratiefreg. Die waarde van die gemenerereg moet egter ook nie oor- of onderbeklemtoon word nie. Die begroning van administratiewe geregtigheid lê verval in die beginsels en waardes van ons grondwet. Die gemenerereg mag nie toegepas word om 'n kortsluiting te veroorsaak en te verhoed hoe oorweeg kan word om administratiewe geregtigheid ten beste aan die hand van die Grondwet te kan ontwikkel nie. Daar moet verhoed word dat ons vertroudheid met die gemenerereg tot 'n ontduiking van ons grondwetlike verpligting sal lei.

5. DIE WET OP DIE BEVORDERING VAN ADMINISTRATIEWE GEREGTIGHEID , WET 3 VAN 2000. 'n KRITIESE ANALISE VAN DIE BEGRIP "ADMINISTRATIEWE GEREGTIGHEID" AAN DIE HAND VAN ARTIKEL 33 VAN DIE GRONDWET, WET 108 VAN 1996

Na die inwerkingtreeding van die Interim-Grondwet en die Finale-Grondwet, het die Suid-Afrikaanse Reg, en veral die administratiefreg, 'n nuwe era betree. Wat Artikels 24 en 33 van die onderskeie grondwette aanbetref, is die klem veral geplaas op die beskerming van menseregte, administratiewe toerekenbaarheid en geregtigheid. Die hoofdoel van veral Hoofstuk 2 van die Finale-Grondwet, is om aan die onderdaan die nodige beskerming te verleen en sy regte as individu te beskerm.

Kardinale vrae word in die proefskrif aangespreek soos, onder andere, die vraag of die Wet op Administratiewe Geregtigheid wel administratiewe geregtigheid bevorder het en of dit ingevolge Artikel 33 van die Finale-Grondwet die nodige beskerming aan die onderdaan verleen het.

Administratiewe geregtigheid het vroeër deel gevorm van die administratiefreg en wel deur interne wyses van kontrole. Geregtigheid is deur die toepassing van die reëls van natuurlike geregtigheid bevorder.

'n Interessante debat kan ontstaan om die verband tussen die Grondwet, veral Artikel 33, en die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid aan te dui. Wet 3 van 2000 is in die lewe geroep om te voldoen aan die vereistes soos verval in Artikel 33(3) van die Finale-Grondwet.

Artikel 33(3) bepaal soos volg :-

“Nasionale wetgewing moet verorden word om aan hierdie regte gevolg te gee, en moet-

- (a) voorsiening maak vir die hersiening van administratiewe optrede deur 'n hof of, waar dit gepas is, 'n onafhanklike en onpartydige tribunaal;
- (b) die staat verplig om aan die regte in Subartikels (1) en (2) gevolg te gee; en
- (c) 'n doeltreffende administrasie bevorder.”

Vorm die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid en die Grondwet 'n eenheid? By die beantwoording van die vraag moet daar gekonsentreer word op die sleutelwoorde vervat in Artikel 33(3) naamlik “om aan hierdie regte gevolg te gee”. Die wetgewing wat kragtens Artikel 33(3) vereis word, ten einde aan die regte vervat in Artikel 33(3) gevolg te gee is in die vorm van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, Wet 3 van 2000 gepromulgeer. Die hoofdoel van die Wet is om gevolg te gee aan die reg op regverdige administratiewe optrede, ten einde 'n effektiewe administrasie en goeie regering te bevorder. Die Wet moet voorts 'n kultuur van verantwoordbaarheid, openheid en deursigtigheid in die openbare administrasie en in die uitoefening van 'n openbare bevoegdheid skep.

Twee moontlike oplossings kan aan die hand gedoen word om die verband tussen die twee stukke wetgewing aan te dui :

Die eerste is dat die Wet in sy geheel uitdrukking gee aan die Handvesregte in Artikel 33 vervat. Die Wet bevat dus inderdaad die reg op administratiewe geregtigheid en sal dit derhalwe nie meer moontlik wees om direk te steun op die konstitusionele reg van administratiewe geregtigheid nie. Dit sal die posisie wees, indien die woorde “give effect to” in die Engelse teks en “om aan hierdie regte gevolg te gee” in die Afrikaanse teks beteken om regte te “skep”.

Die ander moontlikheid is dat die Wet gevolg gee aan die regte in die sin dat die Wet die regte effektief maak. Die Wet moet gevolglik 'n uitgebreide en 'n omvattende uitdrukking van die regte in Artikel 33 verskaf en ook voorsiening maak vir remedies om die regte af te dwing.

Die belangrike verskil is dat die konstitusionele reg, ingevolge Artikel 33, onafhanklik bestaan van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, wat aan die konstitusionele regte gevolg moet gee.

Dié Wet moet dus as ondergeskikte wetgewing beskou word. Ingevolge die tweede moontlike oplossing, is dit dus moontlik om direk te steun op die konstitusionele reg, vervat in Artikel 33. Dit kan ook moontlik wees dat sekere gedeeltes van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid ongrondwetlik kan wees rakende die konstitusionele reg van administratiewe geregtigheid.

Die volgende redes word aangevoer waarom die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid eerder los moet staan van Artikel 33 van die Finale-Grondwet.

- (a) Skrywers huldig ook dieselfde mening, wanneer met bogemelde probleem by ander wetgewing, soos Artikel 32 van die Grondwet en die Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting, te doen gekry word.
- (b) Nog 'n rede vir die onafhanklike voortbestaan van die wetgewing en hul skeiding met die regte wat in die Grondwet vervat is, blyk te wees by die toepassing van die twee stelde wetgewing, naamlik, die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid en die Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting. Dit blyk dat die wetgewer self 'n skeiding bewerkstellig het aangesien elke Wet oor sy eie hersieningsgronde beskik en onafhanklik van mekaar toegepas moet word. Die wetgewer het die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting waarskynlik uitgesluit, omdat geoordeel is dat die prosedures waarvoor dit voorsiening maak, billik genoeg is.¹⁰²⁵
- (c) Kragtens Artikel 8(1) van die Finale-Grondwet is die Handves van Regte bindend op die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag en alle staatsorgane. Artikel 33 is 'n belangrike instrument om die optrede van die uitvoerende gesag te kontroleer. Dit sal derhalwe 'n moontlike ondermyning van die gesag van die Grondwet tot gevolg hê, indien optrede van die uitvoerende gesag uitgesluit word van die werking van Artikel 33. Die howe sal dus noodsaak wees om 'n eie inhoud van Artikel 33 buite die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid te verskaf; ten einde optrede van die uitvoerende gesag ingevolge die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting te kontroleer.
- (d) Nog 'n rede wat aangevoer kan word dat daar onafhanklik gesteun kan word op die regte verleen in Artikel 33 van die Grondwet, kan gevind word in die *rechtstaat*-begrip. Die Grondwet het ook ten doel dat owerheidsoptrede met die bepalinge van die Grondwet moet ooreenstem. Seker die belangrikste aspek van die Grondwet is dat 'n Handves van Regte daarin vervat is. Hierin word die regte van alle individue uiteengesit, waarvan die meeste van hierdie regte teen die staat afdwingbaar is. Met die veranderinge wat binne die Suid-Afrikaanse Regstelsel teweeggebring is, word as uitgangspunt aanvaar dat Suid-Afrika as 'n regstaat in die ware sin van die woord ontwikkel het.

Dit is dus duidelik dat wetgewing wat in stryd is met Artikels 32 en 33 van die Grondwet, ongeldig is.

In hierdie proefskrif is gepoog om aan die hand van die *rechtstaat*-begrip aan te toon waarom 'n individu direk kan steun op Artikels 32 en 33 van die Finale-Grondwet en dat die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid en die Wet op die Bevordering

¹⁰²⁵ Artikel 1(b)(hh) van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid bepaal juis dat enige besluit geneem, of die nalate om 'n besluit te neem ingevolge 'n bepaling van die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting 2 van 2000 van die definisie van administratiewe geregtigheid uitgesluit is.

van Toegang tot Inligting nie gesien moet word om 'n geheel met Artikels 32 en 33 te vorm nie.

Sekere bepalings van die twee wette is ook krities beskou. Dit word geoordeel dat van die artikels onkonstitusioneel in effek is.

Ernstige beperkings word byvoorbeeld op 'n individu se Handvesregte gemaak. 'n Sprekende voorbeeld word, onder andere, gevind in Artikel 5(4)(b), wat bepaal dat die amptenaar in sekere omstandighede kan afwyk van die verpligting om voldoende redes te verskaf, mits dit volgens sy of haar mening redelik en regverdigbaar is.

Die uitwerking hiervan is dat die benadeelde persoon hom/haar wel op Artikel 33(2) as 'n grondwetlike reg sal beroep, wat hom/haar teen owerheidsoptrede moet beskerm. In die toekoms is dit dan ook nie uitgesluit nie, dat indien die Konstitusionele Hof Artikel 5 nie as grondwetlik verklaar nie, die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtheid totaal en al nutteloos sal word. Dit moet gevolglik gesien word as argument waarom Artikel 33 van die Grondwet los van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtheid beskou moet word.

'n Verdere argument wat aangevoer kan word rakende die ongrondwetlikheid van Artikel 5(4)(b) van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtheid, is daarin geleë dat 'n fundamentele reg slegs ingevolge 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk mag word. In die geval van Artikel 5(4)(b) is daar nie sprake van 'n algemeen geldende regsvoorskrif nie, maar eerder 'n administratiewe handeling. Artikel 36 van die Grondwet maak nie voorsiening vir 'n administratiewe handeling om 'n reg in die Handves van Regte te beperk nie, maar slegs vir 'n algemeen geldende regsvoorskrif. 'n Administratiewe handeling is nie 'n algemeen geldende regsvoorskrif nie en dit is debatteerbaar of sodanige handeling 'n fundamentele reg sal beperk. Artikel 5(4)(b) kan maar gerus deur die Konstitusionele Hof vir grondwetlikheid getoets word.

Hieruit behoort dit duidelik te wees dat, deur die toevoeging van Artikel 5(4)(b) van die Wet, 'n deur oopgemaak word vir die amptenaar om deur sy administratiewe optrede, die Grondwet en gevolglik ook die idee van die regstaat te ondermyn.

Daar is ook kortliks gekyk na die Grondwetlikheid van sekere Artikels in die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting, Wet 2 van 2000. Die volgende aspekte is onder die loep geneem :

- (i) Is daar 'n mate van terugwerkendheid in die Wet te bespeur?
- (ii) Verleen die Wet aan die staat 'n reg om toegang tot inligting te bekom van 'n privaatliggaam en wat is die gevolge van sodanige "reg"?
- (iii) Waarom is die Wet nie op sekere liggame van toepassing nie?

Artikel 3 van die Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting bepaal dat die Wet van toepassing is op –

- (a) 'n rekord van 'n openbare liggaam,
- (b) 'n rekord van 'n privaatliggaam, ongeag wanneer die rekord ontstaan het.

Artikel 32 van die Grondwet geniet verder direkte horisontale toepassing. Uit die bewoording van Artikel 3, naamlik “ongeag wanneer die rekord ontstaan het”, word 'n element van terugwerkendheid bespeur. Artikel 7 moet ook saam met Artikel 3 gelees word.

Daar word geargumenteer dat, alhoewel die Wet nie heeltemal terugwerkend is nie, daar wel 'n mate van terugwerkendheid voorkom. Daar kan vele probleme ontstaan, indien iemand kan aanspraak maak op rekords wat 'n persoon in 'n ongewenste situasie kan plaas. Die regstaat plaas 'n verbod op terugwerkendheid. Daar kan dus geargumenteer word dat die strekking van hierdie bepaling wyd genoeg is om ook verbied te word en as ongrondwetlik beskou kan word. So beskou, druis Artikel 3 van die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting teen regstaatlikheid in.

Ingevolge die woordskrywing van die Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting is dit nie net natuurlike persone wat toegang tot die rekords van 'n privaatliggaam kan verkry nie, maar ook regs persone, openbare liggame en privaatliggame. Dit is derhalwe duidelik dat enige departement of orgaan van die staat toegang tot die rekords van ander privaatliggame kan verkry, solank hulle kan bewys dat hy in die openbare belang optree.

'n Orgaan van die staat is ook in staat om, ingevolge die Wet, toegang tot inligting van 'n privaatliggaam te verkry. Die implikasie van hierdie bepaling is dat 'n departement of orgaan van die staat dit nou ook as 'n “fundamentele reg” kan beskou. So gesien, word die tradisionele opvatting van die doel van 'n Handves van Regte veryd. Die tradisionele opvatting kom daarop neer dat die Handves van Regte ten doel het om die individu teen die staatsgesag te beskerm. Ingevolge hierdie Wet is dit nou ook vir die staat moontlik om aanspraak te maak op Artikel 32 van die Grondwet, indien die staat inligting van 'n privaatliggaam wil bekom. So gesien, dra hierdie Wet by tot die ongelyke vertikale verhouding tussen die staat as gesagdraer en die individu.

Artikel 2(3) van die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting kan ook ongrondwetlik verklaar word. Ter staving van hierdie stelling, kan aangevoer word dat 'n gewone parlementêre Wet nie die staat met grondwetlike regte wat individue toekom, kan beklee nie. Die doel van die Grondwet, en meer spesifiek die Handves van Regte, is om individue teen die staat wat met owerheids gesag beklee is te beskerm. Hierteenoor is die doel van die Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting om inhoud aan Artikel 32 van die Grondwet te gee, en nie om die toepassing daarvan te wysig nie. Deur so 'n reg aan die staat te verleen, beteken dat die wetgewer die Grondwet ondermyn, deur dit nie as

hoogste reg van die Republiek te erken nie. So is die Wet in stryd met die regstaatbeginsel. Dit sal derhalwe ook vir die individu, waar sy/haar regte deur owerheidsopptrede benadeel word, en waar die funksionaris nie korrek opgetree het nie, beter wees om slegs op Artikel 32 van die Grondwet te steun, as om enigsins gebruik te probeer maak van enige bepalings van die Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting.

Ingevolge Artikel 12 van die Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting, is die Wet nie van toepassing op sekere staatsorgane nie. Dit is kommerwekkend en kontroversieel.

Dit is onverklaarbaar waarom die wetgewer sekere organe van die staat uitgesluit het van die werking van die Wet. 'n Moontlike rede is dat die regering nie die onderliggende waardes van 'n oop demokrasie wil aanvaar nie en vir hul 'n agterdeur wil ooplaat om op arbitrêre wyse te kan optree.

Administratiewe geregtigheid is die sleutel tot die bepaling van die omvang van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid. Hierdie begrip van administratiewe optrede word in sowel die Finale-Grondwet en die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid hanteer. Die opskrif van Artikel 33 verwys eerstens na "regverdig" administratiewe optrede, en nie slegs na administratiewe optrede nie. Die optrede moet dus eerstens van 'n sekere aard wees, naamlik regverdig. Die wetgewer gee in Artikel 33 van die Grondwet ook geen definisie van administratiewe optrede nie.

Dit is tog jammer dat die definisie van administratiewe optrede in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid uiters gekompliseerd is. Daar word indringend gekyk na die definisie van administratiewe optrede, met spesifieke gesag wat daarop van toepassing is. In elke hofsaak oor hersieningsgronde, word die administratiewe optrede van die administratiewe orgaan eerstens gemeet aan die definisie van administratiewe geregtigheid.

Die definisie omskryf nie net wat onder administratiewe optrede verstaan word nie, maar sluit ook 'n hele aantal handeling uit, wat nie as administratiewe optrede beskou kan word nie.

Artikel 33(1) van die Grondwet gebruik slegs 14 woorde om 'n grondwetlike reg op administratiewe optrede, bestaande uit die kernelemente van regmatigheid, redelikheid en prosedurele billikheid, aan elkeen toe te staan. Die woordskrywing in Artikel 1 van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid bevat egter so baie vereistes, uitsluitings en beperkings wat op administratiewe optrede geplaas word, dat 'n mens wonder of daar enigsins sprake is van 'n grondwetlike reg vervat in Artikel 33.

In hulle werk "Understanding South African Transitional Bill of Rights" huldig Du Plessis en Venter die mening dat administratiewe optrede in sowel Artikel 24 van die Interim-Grondwet as Artikel 33 van die Finale-Grondwet toegepas word om uitdrukking te gee aan

die wydste moontlike reeks administratiewe optredes. Voor die promulgering van PAJA het die hof nie 'n eenvormige standpunt ten opsigte van die inhoud van administratiewe optrede gehuldig nie. Andersyds word die wydste reeks administratiewe optredes nie deur die definisie van administratiewe optrede in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtheid daargestel nie.

Daar is indringend aandag geskenk aan die definisie van die begrip “administratiewe optrede” en welke probleme en onsekerhede by die interpretasie daarvan voorkom. Daar is veral klem gelê op hofuitsprake en die interpretasie wat hofe aan administratiewe optrede heg. Indien daar te doen gekry word met judisiële hersiening van owerheidsoptrede, hang dit baie daarvan af of die onregmatige owerheidsoptrede tuisgebring kan word onder die begrip “administratiewe optrede”, soos dit in veral die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtheid omskryf word.

In die gemenerereg is daar 'n wyer interpretasie verleen aan die begrip “administratiewe handeling”. Die gemenerereg het die klem laat val op die orgaan wat die handeling uitvoer. Indien dit nie 'n administratiewe orgaan was nie, is ondersoek ingestel of die handeling nie juis aan hersiening blootgestel moes word nie. Dit het veral plaasgevind in die dissiplinêre proses van sportliggame.

Dit is duidelik dat die gemenerereg 'n wye betekenis aan die begrip verleen het. Voor die inwerkingtreding van die Interim-Grondwet in 1994, is die hersiening van owerheidsoptrede as belangrik beskou en is die beginsels van hersiening so wyd as moontlik toegepas.

In verskeie Konstitusionele hofsake is ondersoek ingestel na die interpretasie van die begrip. Elke feitestel moet op sy eie meriete beoordeel word, alvorens besluit kon word of daar met administratiewe optrede te doen gekry word, al dan nie.

Wanneer die uitsprake van die hofe in verskeie beslissings in oënskou geneem word, is dit duidelik dat die begrip, soos vermeld in Artikel 1 van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtheid, heeltemal te kompleks is. Dit geld vir sowel die individu wie se grondwetlike reg geskend is, as die amptenaar wat sy administratiewe optrede aan die Wet moet meet.

Die omskrywing van administratiewe optrede en die uitsluitings in die Wet dra nie net tot onsekerheid by nie, maar plaas 'n demper op die grondwetlike reg tot regmatige administratiewe optrede. Die mening van die woorde “give effect to this rights” in Artikel 33(3) beteken nie dat 'n Wet daargestel moet word, wat 'n definisie van administratiewe optrede bevat om 'n persoon se grondwetlike reg tot regmatige, redelike en prosedurele billike administratiewe optrede deur die staat grootliks aan bande te lê nie.

Verdere onduidelikheid bestaan oor die begrippe “openbare bevoegdheid” en “openbare funksie” en wat die verskil is tussen administratiewe en uitvoerende optrede. Groter aandag behoort aan administratiewe geregtigheid bestee te word, in plaas daarvan om te

veel klem op die begrip “administratiewe optrede” te plaas. Die wetgewer moet meer aandag bestee om die definisie van administratiewe optrede te vereenvoudig, sodat dit aanklank kan vind by die bepalings van Artikel 33 van die Grondwet, en nie die grondwetlike reg van die individu beperk nie.

Wanneer die definisie van administratiewe optrede in Artikel 1 mooi bekyk word, kom ’n mens gou agter dat dit ook ander definisies as komponente bevat. Die volgende is ter sprake: besluit, magtigende bepaling en nie-nakoming.

Volgens die definisie vroeër aangehaal, bevat administratiewe optrede “besluit” as komponent. Daarom moet besluit oorweeg word. Aangesien besluit verwys na besluite van administratiewe aard ingevolge ’n magtigende bepaling, moet magtigende bepaling van nader beskou word. Aangesien besluit ook ’n nie-besluit impliseer, moet nie-nakoming ook as definisie oorweeg word.

Uit die definisie van administratiewe optrede spruit sewe elemente voort, wat krities bespreek is. Daar is gepoog om vas te stel of administratiewe geregtigheid, soos geformuleer in Artikel 33 van die Finale-Grondwet, nie deur die definisie van administratiewe optrede ingeperk is nie.

Die Wet op Administratiewe Geregtigheid is slegs van toepassing op natuurlike en juridiese persone, wanneer hulle openbare funksies verrig, of ingevolge die bepalings van magtigende wetgewing openbare magte uitvoer. Die openbare aard van die magte wat uitgevoer word, is dus van belang. Daar het derhalwe ’n verskuiwing plaasgevind vanaf die ondersoek van die private of publieke aard van die persoon, na die private of publieke aard van die magte of funksies wat uitgevoer word. Die vraag wat gevra kan word, is of die magte of funksies wat uitgeoefen word, van openbare of publieke aard is. Indien wel, is dit aan PAJA onderworpe.

Een van die hoofvereistes wat deur PAJA gestel word, is dat administratiewe optrede nie die regte van ’n persoon nadelig moet raak nie. Daar is in besonderhede gekyk na die inhoud van hierdie frase, wat nou saamval met die vereiste van regstreekse eksterne regsgevolge. Hierdie vereiste (dat die regte van enige persoon nie nadelig geraak moet word nie) is een van die belangrikste aspekte in die definisie van administratiewe handeling.

Oor die aspek van regte in die definisie, bestaan daar ’n debat in die administratiefreg, wat gewoonlik gekoppel is aan die teorieë van ontneming en vasstelling. Die ontnemingsteorie is selfverklarend – regte word nadelig geraak, eers wanneer ’n persoon van die een of ander bestaande voordeel of reg ontnem word. Die gevolg van die vasstellingsteorie is weer dat ’n persoon wat sonder sukses aansoek doen om ’n permit of voordeel wat hy of sy nie voorheen gehad of geniet het nie, nie daarop aanspraak kan maak dat sy of haar regte nadelig geraak is nie. Hierdie twee teorieë is veral ten opsigte van die sosio-ekonomiese

regte (soos vervat in die Handves van Regte) van besondere belang. Ingevolge die nuwe grondwetlike bedeling is 'n persoon geregtig op 'n aantal sosio-ekonomiese regte. Ten einde toegang tot hierdie sosio-ekonomiese regte te verkry, of hulle te verwesenlik, moet hy of sy op die vasstellingsteorie kan steun om voorsiening te maak vir die doeltreffende afdwinging van dit waarop hy of sy geregtig is.

Die term “regte” wat in die omskrywing van administratiewe optrede gebruik word, sluit nie net die regte in wat spesifiek in die Handves van Regte opgeneem word nie, maar ook gemeenregtelike regte en regte wat uit die gewoontereg en wetgewing voortspruit. Die motivering hiervoor kan in Artikel 39(3) van die Grondwet gevind word.

Die begrip “wat regstreekse eksterne regsgevolge het” is 'n laat toevoeging tot die wet. Die doel hiervan wat uit die Duitse Reg afkomstig is, is om 'n balans te verkry tussen die regte van die individu en die verpligting van die staat. Enersyds moet die regte van die individu, wat in die administratiefregtelike verhouding in 'n ondergeskikte posisie met betrekking tot die staat is, beskerm word. Andersyds moet die publieke administrasie toesien dat die regering doeltreffend geskied. Dit moet dus nie onnodig in die uitvoering van sy funksies en pligte belemmer word nie. Dit is egter te betwyfel of die Duitse frase enigsins bydra tot regsekerheid. Dit ontketen meer vrae, as wat dit antwoorde verskaf.

Wat die begrip “regsgevolge” in die frase “Wat regstreekse eksterne regsgevolge het” aanbetref, is Currie en Klaaren van mening dat die besluit 'n regtensbindende vasstelling van individuele regte moet wees : die besluit moet regte vestig, verander of intrek. Hierdie benadering is eweneens problematies, aangesien sekere kategorieë of aktiwiteite van die omskrywing van administratiewe optrede uitgesluit kan word. So, byvoorbeeld, sal die voorstelle of aanbevelings van ondersoekliggame van die omskrywing uitgesluit wees en dus ook die toepassing van die beginsels van administratiewe geregtigheid. Die uitsluiting van die aanbevelings van sulke liggame moet bevraagteken word, aangesien hulle gevolgtrekkings en aanbevelings ernstige implikasies vir die individu kan inhou.

Artikels 1(i)(b)(aa) – (ii) sluit 9 tipes uitvoerende bevoegdhede of funksies uit van die definisie van administratiewe optrede en van die omvang van PAJA. Hulle word geklassifiseer volgens die aard van die optrede, in stede van klassifisering volgens die persoon wat die handeling uitvoer, of met verwysing na die gevolge of effek van die administratiewe optrede. Dié uitsluitings kan in twee kategorieë verdeel word. Die eerste vyf verwys na die Grondwet se verdeling, enersyds administratiewe optrede, en andersyds wetgewende en regterlike optrede. Die oorblywende uitsluitings omsluit 4 spesifieke wetgewende beleidskeuses wat gemaak word tydens die parlementêre proses om sodoende sekere tipes van besluite van die Wet uit te sluit.

Ons sien ook dat die meeste vroeëre prerogatiwe nou by Artikel 84 van die Grondwet ingesluit is. Hierdie prerogatiwe wat statutêre bevoegdhede geword het, word van die omskrywing van administratiewe optrede uitgesluit en is dus nie onderworpe aan

geregtelike hersiening met die oog op administratiewe legaliteit nie. Die begenadiging van, of verlening van grasia aan oortreders en die kwytskelding van boetes, strawwe of verbeurings, word egter wel as administratiewe optrede beskou en is dus aan geregtelike hersiening onderworpe.

Sommige van die uitsluitings, al sou dit nie administratiewe optrede behels nie, is egter kwesbaar, veral ten opsigte van 'n grondwetlike aanslag, waar dit beskou kan word as onregverdigde beperkings ten opsigte van die reg op administratiewe geregtigheid. Die grootste sukses hiervoor sal gevind word, waar lede van die uitvoerende gesag betrokke is, en nie ten opsigte van die President nie. Hoewel die uitvoerende gesag nie deur die Grondwet gedefinieer word nie, maak Artikels 83 en 84 van die Grondwet dit duidelik dat die President die hoof van die uitvoerende gesag is.

Wanneer die definisie van administratiewe handeling in Artikel 1 van die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid deeglik in oorweging geneem word, word daar gou agtergekom dat kritiek nie sal ontbreek nie. Die definisie is eerstens te lomp en bevat heeltemal te veel uitsluitings van owerheidsweë gesien. Dit is duidelik dat die frase "regstreekse eksterne gevolge" die bestek van die grondwetlike gewaarborgde reg, vervat in Artikel 33 van die Grondwet, beperk. Dit is verder te betwyfel of hierdie frase die grondwetlike toets sal deurstaan. Anders gestel, is die vraag of die beperking van die algemene reg op regverdigde administratiewe optrede redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing. Hierdie demokratiese samelewing word gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid. Die volgende aspekte is hier van toepassing, naamlik die aard van die reg, die belangrikheid van die doel, die belangrikheid van die doel van die beperkings, die aard en omvang van die beperking, die verband tussen die beperkings en die doel daarvan, en 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik (Artikel 36(1)). Dit kan geargumenteer word dat Artikel 33(3)(c), wat bepaal dat nasionale wetgewing verorden moet word wat 'n doeltreffende administrasie bevorder, so 'n beperking sanksioneer.

As die wetgewer die ongeregtighede van die verlede wou regstel en probeer om te voorkom dat dit weer geskied, deur 'n gewaarborgde grondwetlike reg op administratiewe geregtigheid in die Grondwet in te bou, kan met reg gevra word, of die definisie van administratiewe optrede nie die doeltreffendheid van hierdie oogmerk verydel het nie.

6. OPMERKINGS OOR ADMINISTRATIEWE GEREJTIGHEID IN DIE LIG VAN PAJA

Die bestek en toepassing van die beginsels van regverdigde administratiewe optrede (administratiewe geregtigheid) word bepaal deur die vraag of die handeling administratiewe optrede is, al dan nie, en of die betrokke handeling deur 'n staatsorgaan verrig is. Die definisie van 'n administratiewe handeling speel 'n sleutelrol in die toepassing van grondwetlike regte ingevolge Artikel 33 van die Finale-Grondwet en van PAJA. Wat veral Artikel 33 aanbetref, het die howe die gemeenregtelike siening rakende

administratiewe handeling drasties ingeperk of vereng. Een van die redes hiervoor is dat daar nie meer so 'n groot behoefte aan administratiewe hersiening bestaan nie, soos dit die geval was voor die inwerkingtreding van die Interim en Finale-Grondwette.

Aan die hand van verskeie uitsprake is daar stilgestaan by die howe se benadering tot die bestek van administratiewe optrede, voordat PAJA in werking getree het. Gesien teen die breë agtergrond van administratiewe geregtigheid, wil dit voorkom of die definisie van administratiewe handeling 'n ietwat verklein is. Regverdiging kan slegs verkry word vir die feit dat die begrip in PAJA vereng is, as in gedagte gehou word dat verskeie veiligheidsmeganismes in veral die Grondwet ingebou is, wat magismisbruik deur owerheidsorgane aan bande lê. Die administratiewe handelingsbegrip moet ook beskou word as in aansluiting te wees by die hoofmerk van administratiewe geregtigheid soos uitgespel in Artikel 33. Die hoofdoel is tog vir die definisie om deur verbondenheid tussen PAJA en Artikel 33 'n effektiewe administrasieproses te bewerkstellig.

Dit is verder duidelik dat bovermelde definisie direkte aansluiting moet vind by die aanhef van die Wet (PAJA). Die vraag is watter rol dit wel gaan speel om 'n meer effektiewe administrasie daar te stel, om sodoende te verseker dat administratiewe geregtigheid aan die hand van Artikel 33 tot sy reg sal kom. Daar moet egter teen gewaak word dat, wanneer daar 'n balans geskep moet word tussen inhoudelike effektiwiteit van 'n staatsadministrasie en billikheid as grondwetlike reg van die individu, die lewensvatbaarheid van administratiewe geregtigheid nie ingeboet word nie.

Kritiek kan ook teenoor PAJA se verleende en ineengestremgelde definisie van administratiewe handeling uitgespreek word. Dit dra nie daartoe by om regsekerheid te bevorder nie, aangesien die inhoudelike van veral die definisie van administratiewe handeling baie kompleks en onduidelik is. Die gebruikers van die wet, die amptenary in die uitvoering van hulle pligte en persone wat op hul grondwetlike reg aanspraak maak, sal meer dronkgeslaan word deur die inhoudelike van die definisie, as dat hulle daardeur die nodige regsleiding sal verkry. Dit is onverskoonbaar dat daar steeds onsekerheid bestaan of 'n wetgewende administratiewe handeling onder dié Wet tuisgebring word, al dan nie. Dit is verder opvallend dat PAJA in die lewe geroep is om as Wet meer stukrag en uitbreiding te verleen aan Artikel 33. Die wetgewer was egter vasberade om die administratiewe handeling te beperk. Die wetgewer het miskien onder die wanindruk verkeer dat daar voldoende voorsorgmaatreëls in die Grondwet self ingebou is om administratiewe geregtigheid te verseker. Die definisie moes maar net dien as 'n vae aanduiding aan amptenary wat met administratiewe handeling bedoel word.

Die definisie poog om die fokus te plaas op konsepte soos besluite, regte en direkte eksterne regseffek. Wanneer daar op hierdie konsepte staatgemaak word om antwoorde te verskaf rakende fundamentele kwessies van toepassing, moedig dit eerder regters en regslui aan om hulle tyd te spandeer om die inhoud van hierdie konsepte uit te werk, in

plaas daarvan om die faktore wat relevant is tot tussentrede en nie-tussentrede, waar administratiewe geregtigheid nie nagekom word nie, uit te werk.

Artikel 3 van PAJA handel veral oor die reg waarvoor 'n persoon beskik rakende prosedurele billike administratiewe optrede, en welke vereistes deur die administrateur nagekom moet word, om aan hierdie Handvesreg gestalte te gee. Ingevolge Artikel 33 is daar 'n verpligting op die howe om toe te sien dat prosedurele billikheid nagekom moet word, veral waar daar met 'n administratiewe handeling te doen gekry is. Wanneer daar eers bepaal is dat 'n administratiewe handeling betrokke is, verskuif die klem en moet dit prosedureel korrek wees. Die samestelling verskuif die aandag vanaf die toepassing na die inhoud van prosedurele billikheid.

Dit blyk egter of Artikel 3 sy eie unieke toepassingsprobleme het. Die trefwydte van artikel 3(1) verskil op tweërlei wyse van die definisie van administratiewe handeling, soos vervat in Artikel 1. Dit wil voorkom of Artikel 3 slegs van toepassing sal wees op administratiewe handeling, wat wesenlik en nadelig inwerk op regte en regmatige verwagtings. Artikel 1 verwys slegs na 'n administratiewe handeling wat regte nadelig beïnvloed.

Artikel 3 voeg 'n wesenlike element by en brei die aard van die effek uit om sodoende regmatige verwagting in te sluit.

In vergelyking met die definisie van administratiewe handeling in Artikel 1 verskil dit van die definisie daarvan in Artikel 3 van PAJA. Dit is moeilik om die omvang van die twee soorte definisies te interpreteer. Dit blyk of Artikel 3 wyer is as Artikel 1, aangesien dit ook verwys na regmatige verwagtings. Dit is egter duidelik dat die toepassing van administratiewe handeling in Artikel 3 nie wyer kan wees as die definisie soos vervat in Artikel 1 nie. Die oogmerk van administratiewe handeling in Artikel 3 beoog nie om die begrip te herdefinieer om sodoende 'n wyer klas administratiewe handeling te inkorporeer, as wat in Artikel 1 vermeld word nie. Ingevolge PAJA is slegs administratiewe handeling wat 'n "wesentlike effek" het op regte, veronderstel om prosedureel billik te wees.

In die proefskrif is die sleutelemente van Artikel 3 ondersoek en bespreek.

'n Positiewe element van Artikel 3 is die vereiste dat voldoende kennisgewing aangaande regte rakende hersiening of appèl verskaf moet word. 'n Verpligting word op die administratiewe orgaan gelê om benadeelde partye rakende hulle remedies in te lig. Dit moet beskou word as innoverend tot die proses van prosedurele billikheid. Voldoende inligting moet verskaf word om te voldoen aan die effektiewe uitvoering van 'n benadeelde se reg tot interne appèl of hersiening. Die kennisgewing sal nie voldoende wees, as die inligting onvolledig, verwarrend en misleidend is nie, of waar die kennisgewing so laat gegee word, dat dit geensins genoeg tyd laat vir die benadeelde om sy remedies uit te voer nie.

Artikel 3 bepaal ook dat voldoende kennisgewing verskaf moet word rakende die reg om redes ingevolge Artikel 5 van PAJA te versoek. Hierdie vereiste is 'n nuwigheid, waar daar met prosedurele billikheid te doen gekry word. Die insluiting van dié vereiste sal meer volledigheid verleen aan prosedurele billikheid. Die amptenary word gedwing om aan die hele administratiewe ketting te voldoen om deursigtigheid daar te stel.

Artikel 3(5) van PAJA maak daarvoor voorsiening dat administrateurs steeds kan voldoen aan prosedurele billikheid, deur gebruik te maak van 'n alternatiewe prosedure wat by wyse van ander wetgewing gemagtig is, maar wat verskillend is van die bepalings van PAJA. PAJA se voorskrifte en bepalings kan derhalwe geïgnoreer word, mits die ander wetgewing se prosedures en bepalings aan die vereistes van billikheid voldoen.

Kritiek kan uitgespreek word teenoor hierdie bepaling in PAJA. Hierdie en soortgelyke bepalings waarvan die fokus ingestel is op "billik maar verskillend", is egter kontroversieel, aangesien daar nou 'n gaping verleen word aan die amptenaar om te ontkom aan die bepalings en vereistes van PAJA. Wat vir die een amptenaar blyk "billik maar verskillend" te wees, sal nie vir die ander amptenaar of benadeelde "billik maar verskillend" wees nie. PAJA kan dus geïgnoreer word, solank daar slegs aangevoer kan word dat die vereistes van PAJA ingevolge ander wetgewing nagekom is.

Vrystellings van die bepalings en vereistes van PAJA word deur Artikel 2 van die Wet verleen. Hierdie vrystelling, ironies genoeg, is teenstrydig met die dominante tema van prosedurele billikheid vervat in Artikel 33 en PAJA.

Artikel 4 van PAJA handel oor administratiewe optrede, wat 'n invloed het op die publiek. Hierdie administratiewe optrede moet voldoen aan die vereistes van prosedurele billikheid soos bepaal deur Artikel 4. Die oogmerk daarvan is om administratiewe optrede meer deursigtig te maak. 'n Konsultasieproses en weldeurdagte besluitneming word verseker. Die deursigtigheid hou die volgende voordele in :-

- (a) Deelname deur die publiek word hierdeur verseker.
- (b) Beter wetgewing kom na vore, veral waar daar 'n samewerkingsproses met die publiek was.
- (c) Die publiek het ook 'n beter begrip waarom wetgewing daargestel is.
- (d) Bydraes van die publiek, wat oor die nodige praktiese kennis beskik, kan van onskatbare waarde wees in die wetmakingsproses.
- (e) Swak punte kan ook in die administratiewe optrede opgelos, of verhoed word.

Probleme bestaan egter met die interpretasie van die prosedures soos vervat in Artikel 4, veral waar dit handel oor die verskillende uitoefening van prosedures. 'n Probleem bestaan ten opsigte van die inhoud van die sentrale teks van Artikel 4, wanneer dit met

Artikel 3 vergelyk word. Daar kan eerstens 'n onderskeid getref word tussen administratiewe optrede, waar dit slaan op individuele gevalle en die feite wat op hulle van toepassing is, in teenstelling daarmee waar administratiewe optrede op 'n eenvormige wyse gerig is op 'n groep persone, wat soms nie eens identifiseerbaar is nie.

Hierdie onderskeid gee aanleiding tot 'n hele aantal vrae rakende uitleg. Een van die belangrikste vrae is of Artikel 4 totaal los staan? Moet dit gekoppel word aan Artikel 3, en indien wel, hoe moet dit bewerkstellig word? Wanneer administratief opgetree moet word wat die publiek kan raak, gee Artikel 4 voldoende riglyne om dit te reguleer. Dit blyk egter dat Artikel 4 los staan van Artikel 3, dog die Wet is nie hieroor duidelik nie.

As gevolg van die skeiding wat tussen Artikels 3 en 4 ontstaan het, word die taak van die administrateur bemoeilik. Die administrateur sal elke keer as hy te doen het met administratiewe optrede wat 'n invloed mag hê, eers moet bepaal of die regte op 'n enkele persoon, of op die algemene publiek betrekking het. Afhangende van die kategorisering sal daar verskillende prosedures nagekom moet word. As nagelaat is om die vereistes van die twee stelle prosedures na te kom, sal die gevolge verskillend wees.

Die voordeel van Artikel 4 is dat dit oor 'n gemaklike en duidelike inhoud beskik. Die administrateur moet 'n besluit neem watter een van vyf opsionele prosedures, soos vervat word in Artikels 4(1)(a) – (e) gevolg moet word. Artikels 4(2) en 4(3) verdeel die prosedures weer in twee kategorieë, naamlik die gevalle waar kennis gegee word en kommentare ingewag word, asook die openbare navraeprosedure. Artikel 4(4) verleen alternatiewe roetes wat buite die trefwydte van die Artikel val. Dit is dus duidelik dat Artikel 4 die administrateur verplig om oorweging te skenk aan watter roete hy/sy gaan volg om gevolg te gee aan prosedurele billikheid.

'n Besluit oor welke Artikel 4(1)-prosedure gevolg moet word, is in Artikel 1 totaal uitgesluit van die definisie van administratiewe handeling. Geen remedie bestaan ingevolge PAJA om 'n administrateur aan te spreek, indien hy/sy versuim om 'n besluit te neem, of om die redelikheid en billikheid van die keuse teen te staan nie. Geen redes word ook verlang waarom 'n bepaalde besluit geneem is nie. Die Wet gee ook geen riglyne hoe om 'n besluit te neem nie. Meer leiding kan dalk deur die regulasies ingevolge Artikel 10 van die Wet verskaf word.

Indien die administrateur nie die prosedures ingevolge Artikel 4 nakom nie, en geen remedie bestaan om dit af te dwing nie, bewerkstellig dit geensins administratiewe geregtigheid nie.

Artikel 5 van PAJA maak voorsiening vir die verskaffing van “voldoende redes” as dit aangevra word deur 'n persoon wie se regte deur die administratiewe handeling wesentlik en nadelig geraak is. 'n Wetgewende reg tot die verskaffing van redes, is 'n nuwe wending in die Suid-Afrikaanse administratiefreg. Hierdie reg is eerstens na vore gebring deur

Artikel 24(1)(c) van die Interim-Grondwet en word tans vervat in Artikel 33(2) van die Finale-Grondwet. Dit is die eerste keer dat 'n algemene statutêre verpligting geplaas word op die administrateur om redes te verskaf vir besluite geneem, alhoewel sekere ander wetgewing ook in die verlede van hulle vereis het om redes te verskaf.

Die hoofdoel vir die verskaffing van redes is om die administratiewe optrede te regverdig, om sodoende die oogmerke van toerekenbaarheid, openlikheid en deursigtigheid in die gebruik van publieke mag na te kom. Redes verskaf aan die gegriefde onderdaan 'n verduideliking en regverdiging vir die besluit, wat tot die administratiewe handeling gelei het. Redes verskaf natuurlik ook aan die benadeelde party die geleentheid om te bepaal of 'n saak op hersiening, of op appèl geneem moet word.

Die verskaffing van redes hou die volgende voordele in :

- (a) Dit verhoog die kwaliteit van besluitneming.
- (b) Dit verhoog die vertroue van die publiek in die administratiewe proses.
- (c) Dit verleen bystand aan die howe om makliker geregtelike hersiening toe te pas.
- (d) Die verskaffing van redes het ook 'n positiewe invloed op die effek van rasionaliteit en die kwaliteit van besluite wat geneem word. Wanneer 'n administrateur weet hy/sy moet na die tyd redes vir die administratiewe handeling verskaf, sal die besluitneming baie meer deurdag plaasvind. Die besluit moet dus meer gestruktureerd en rasioneel wees.

Daar kan ook sekere nadele verbonde wees aan die verskaffing van redes. Op die kort termyn kan dit groter koste meebring, aangesien dit sowel tyd as mannekrag in beslag neem om aan sodanige versoek kan voldoen. Wanneer die verskaffing van redes aangevra word, het die koste-implikasie tot gevolg dat die toekomstige administratiewe opsies in soortgelyke gevalle beperk word. Waar administratiewe eenvormigheid deur die verskaffing van redes verhoog word, kan dit in 'n mate ook meebring dat administratiewe buigbaarheid beperk, of verminder word.

Artikel 5(2) se verpligting om redes te verskaf tree slegs in werking, indien daar 'n voorafgaande versoek vir die verkryging van die redes ingevolge Artikel 5(1) ingedien is. PAJA verskaf nie 'n reg tot redes nie: dit verskaf wel 'n reg om redes aan te vra, en 'n ooreenstemmende plig om redes te verskaf, indien dit aangevra is. Daar is nog 'n addisionele beperking, gelees aan die hand van die reeds bestaande beperkings. Nie elkeen kan volgens die Wet redes aanvra nie, maar slegs diegene wie se regte "materially and adversely" deur die administratiewe optrede benadeel is.

Artikel 6 handel oor die geregtelike hersiening van administratiewe optrede. Artikel 6 van PAJA stel altesaam twintig afsonderlike gronde vir die hersiening van administratiewe optrede daar. Dit sal opgemerk word dat die Wet, wat die meeste of al die

gemeenregtelike vereistes vir administratiewe legaliteit insluit, nie die algemene sistematiesing van die administratiefreg volg soos wat dit tradisioneel die geval was nie. In plaas daarvan word die hersiening van administratiewe optrede in nege hoofkategorieë (met 'n aantal subkategorieë) verdeel. Die hoofkategorieë wat verder verdeel is, is Artikels 6(2)(a), (e) en (f).

In die bespreking van die verskillende hersieningsgronde, is terselfdertyd ook gekonsentreer op ooreenstemmende regmatige administratiewe optrede.

PAJA is afgekondig om gevolg te gee aan die algemene beginsels vervat in Artikel 33 van die Grondwet, te wete dat administratiewe optrede regmatig, redelik en prosedureel billik moet wees. Alhoewel die Wet nie hierdie konsepte in besonderhede verduidelik nie, sal iemand wat Artikel 6 moet uitleë, gou beseef dat die hersieningsgronde gestipuleer in daardie Artikel die beginsels van regmatigheid, redelikheid en prosedurele billikheid omvat. Hierdie hersieningsgronde verteenwoordig nie 'n *numerus-clausus* nie, aangesien Artikel 6(2)(i) spesifiek voorsiening maak vir die hersiening op grond daarvan dat administratiewe optrede andersins ongrondwetlik of onregmatig is. Dit maak dit vir 'n persoon moontlik om die geldigheid van 'n administratiewe handeling te betwis op 'n grond wat nie uitdruklik in Artikel 6(2) genoem word nie.

Wat die hersieningsgronde en die samestelling van Artikel 6 van PAJA betref, kan kritiek uitgespreek word. Die hersieningsgronde in Artikel 6 genoem, is herhalend en swak gestruktureer. Dit wil tog voorkom of die tydperk waarbinne die Wet gepromulgeer moes word, ingevolge die vereiste opgelê deur Artikel 33, die wetgewer verhoed het om oorwoë formulering in die hersieningsgronde daar te stel.

Artikel 33(3) bepaal dat nasionale wetgewing verorden moet word om aan hierdie regte ingevolge Artikel 33 gevolg te gee. Die nasionale wetgewing moet voorsiening maak vir die hersiening van administratiewe optrede deur 'n hof, of waar dit gepas is, 'n onafhanklike en onpartydige tribunaal.

Daar is byvoorbeeld nie minder nie as vier verwysings na magtiging. Subartikel (2)(d) verwys twee keer na die magtiging van die administrateur, Subartikel (2)(e) verwys na optrede verrig om 'n rede wat nie by die magtigende bepaling gemagtig word nie, en Subartikel (2)(f) wat met die optrede self gemoeid is, verwys na gevalle waar die optrede nie deur die magtigende bepaling gemagtig is nie. Daar kan dan nou tereg gevra word of hierdie hersieningsgronde oorvleuel en of hulle as afsonderlike hersieningsgronde vertolk moet word. Daar word voorgestel dat laasgenoemde benadering gevolg sal word.

Artikel 6(2) van PAJA bevat 'n hele aantal hersieningsgronde wat vir die benadeelde persoon voordele inhou. Die eerste hersieningsgrond, wat op die administrateur fokus, toon dat die wetsopstellers drie spesifieke hersieningsgronde ingesluit het, naamlik ongemagtigde optrede, ongemagtigde delegasie van bevoegdhede en vooroordeel. Twee

hiervan het betrekking op regmatige administratiewe optrede, terwyl die derde (vooordeel) tradisioneel as deel van prosedurele billikheid beskou is. Dit is opvallend dat die Wet vooroordeel by hierdie Artikel insluit. In die gemenereg word vooroordeel of partydigheid gewoonlik volgens die reëls van natuurlike geregtigheid hanteer, en meer spesifiek die *nemo iudex in sua propria causa*-reël. Dit is egter duidelik dat vooroordeel gewoonlik op die subjektiewe gemoedstoestand, of die pligsversuim van die administrateur betrekking het en dat dit dus heel gemaklik in hierdie kategorie (optrede van die administrateur) inpas.

Drie spesifieke hersieningsgronde word in Artikel 6(2)(a) vermeld.

'n Hof of tribunaal is bevoeg om administratiewe optrede geregtelik te hersien, indien die administrateur wat dit verrig het :

- (i) nie ingevolge die magtigende bepaling gemagtig was om dit te doen nie,
- (ii) gehandel het ingevolge 'n delegasie van mag wat nie deur 'n magtigende bepaling goedgekeur was nie (ongemagtigde delegering van bevoegdheid) en
- (iii) bevooroordeeld was of redelikerwys van bevooroordeeling verdink kan word.

Die doel van die delegasie van administratiewe bevoegdhede is om die verdeling van arbeid te vergemaklik, aangesien administratiewe liggame en amptenare dikwels nie al hulle administratiewe funksies kan hanteer nie. Dit is die primêre administratiefregtelike reël dat 'n diskresionêre bevoegdheid nie aan 'n ander liggaam of persoon gedelegeer mag word nie, behalwe wanneer daar uitdruklik of implisiet statutêre magtiging daarvoor is. PAJA bepaal dat daar geregtelike hersiening mag wees, wanneer 'n administrateur kragtens 'n delegasie van bevoegdhede wat nie deur die magtigende bepaling gemagtig is nie, opgetree het. Hierdie statutêre verbod stem ooreen met die gemeenregtelike verbod op die delegering van bevoegdheid, vervat in die reël *delegatus delegare non potest*.

Dit is duidelik dat die *delegatus delegare non potest*-reël nie oortree word, wanneer 'n Wet uitdruklik voorsiening maak vir die delegering van 'n bevoegdheid nie. 'n Wet kan egter onduidelik wees oor presies aan wie die bevoegdheid gedelegeer word. Ter wille van regsekerheid moet die wetgewer hierdie onbevredigende posisie vermy, deur uitdruklik te stipuleer presies watter bevoegdheid gedelegeer mag word en aan wie dit gedelegeer kan word.

Artikel 6(2)(a)(iii) bevat as statutêre bepaling die gemeenregtelike reël teen vooroordeel. Dit staan in Latyn bekend as die *nemo iudex in sua propria causa*-reël, wat beteken dat niemand in sy of haar eie saak as regter mag optree nie. Die wese van die gemeenregtelike reël is dat die administrateur wat die besluit neem, redelikerwys as onpartydig gesien moet word. Vooroordeel neem twee vorme aan, naamlik werklike vooroordeel (*actual bias*) en skynbare vooroordeel (*perceived bias*). Die aanwesigheid van

enigee van die twee sal die administratiewe handeling ongeldig maak. Dit is gewoonlik betreklik maklik om werklike vooroordeel te bewys, maar 'n redelike suspisie van vooroordeel is meer ingewikkeld.

Tradisioneel ressorteer die reël teen vooroordeel saam met die *audi alteram partem*-reël onder die gemeenregtelike reëls van natuurlike geregtigheid. Die reël teen vooroordeel berus op die beginsel dat geregtigheid nie slegs moet geskied nie, maar ook sigbaar moet wees. Die opstellers van die Wet het dit goedgevind om die reël onder "gebrek van magtiging" as 'n afsonderlike hersieningsgrond in te sluit. Daar sou geredeneer kan word, dat daar twee gronde vir die hersiening van vooroordeel is, te wete Artikels 6(2)(a)(iii) en 6(2)(c).

Dit is 'n kenmerk van die moderne demokratiese staat dat die wetgewer die administrasie met diskresionêre bevoegdhede beklee ten einde die administrasie in staat te stel om sy hoogs gespesialiseerde en uiteenlopende take in verband met die bestuur van die staat uit te voer. By die uitoefening van 'n diskresionêre bevoegdheid is die administrasie daaraan gebonde om die openbare belang, regeringsbeleid en administratiewe dienstigheid in ag te neem. Hoewel die praktyk om diskresionêre bevoegdhede aan die staatsadministrasie te verleen universeel aanvaar word en hoewel daar erken word dat die administrasie hierdie bevoegdhede nodig het om doeltreffend en doelmatig te funksioneer, is die uitoefening van 'n diskresionêre bevoegdheid nie vry van regsbeheer nie. 'n Administratiewe diskresionêre bevoegdheid moet dus, ooreenkomstig die grondwetlike bepalings, magtigende bepalings, PAJA en die gemenerereg, waar van toepassing, uitgeoefen word. Openbare bevoegdhede is oor die algemeen onderworpe aan beheer deur die ander regeringstakke en deur die regsprekende tak in die besonder.

Die wetgewer erken die probleme wat inherent aan beheer oor diskresionêre bevoegdhede is en het gevolglik 'n aantal gronde vir die geregtelike hersiening van die uitoefening van hierdie bevoegdhede in Artikels 6(2)(b), (c), (d) en (e) van die Wet ingesluit.

Artikel 6(2)(b) maak voorsiening vir die geregtelike hersiening van administratiewe optrede, wanneer gebiedende prosedures of voorwaardes nie nagekom is nie. Die uitoefening van 'n statutêre bevoegdheid vereis die nakoming van sogenaamde jurisdiksionele feite. Hierdie artikel stem ooreen met die gemeenregtelike vereiste vir administratiewe legaliteit, wat handel oor die voldoening aan die vorm en prosedure van die statutêre bepaling. Artikel 6(2)(d) maak voorsiening vir die hersiening van administratiewe optrede, wat wesenlik beïnvloed is deur 'n regsdwaling. Hoewel dit vanselfsprekend is dat die howe, eerder as die administrasie, die laaste woord oor regskwessies moet spreek, was die geregtelike benadering tot dusver tradisioneel dat 'n regsdwaling hersienbaar is slegs indien die amptenaar nie die aard van die diskresie reg begryp het nie, weens 'n wanvertolking van die Wet wat die diskresie verleen.

Nieteenstaande die feit dat die howe, wanneer aandag geskenk word aan hersieningsgronde, 'n onderskeid moet tref tussen verskillende hersieningsgronde, gebeur dit ook dat sake onder 'n spesifieke hersieningsgrond aangehoor word, maar dat dit ook onder ander hersieningsgronde gedoen kan word.

So, byvoorbeeld, vereis Artikel 6(2)(e)(i) van PAJA spesifiek dat administratiewe besluitneming deur die magtigende bepaling gemagtig moet word. Gevolglik tree 'n administrateur, wat miskien *bona fide* handel maar die doelwit van die magtigende bepalings oorskry, onregmatig op. Dit is moeilik om tussen hierdie subparagraaf en die een wat handel oor 'n ongeoorloofde doel of beweegrede te onderskei. Wat wel duidelik is, is dat albei subparagraawe vereis dat die diskresionêre optrede van die administrateur regmatig moet wees. Die oogmerk moet wees om die verklaarde doelwit van die magtigende bepaling te bereik. Dit is egter die taak van die howe om hierdie grond vir geregtelike hersiening en die een bepaal in Artikel 6(2)(e)(ii) te vertolk en tussen hulle te onderskei.

Ongeoorloofde doel (ongemagtigde doel) en ongeoorloofde beweegrede word in die gemenerereg lank reeds as hersieningsgronde aanvaar. Die administratiewe owerheid moet sy bevoegdheids met 'n geoorloofde doel uitoefen. Wanneer hy dit nie doen nie, kom dit neer op die misbruik van mag. Artikel 6(2)(e)(ii) van PAJA bepaal dat administratiewe optrede wat met 'n ongeoorloofde doel, of om 'n ongeoorloofde beweegrede verrig word, aan geregtelike hersiening onderworpe is. Hierdie hersieningsgrond hou verband met die manier, of wyse waarop die optrede verrig is. Die uitoefening van 'n administratiewe bevoegdheid vir 'n ongemagtigde doel kom neer op 'n *ultra vires*-handeling in die sin dat die nastrewing van daardie doel nie 'n statutêre grondslag het nie. Die administrateur het dus nie die nodige statutêre magtiging vir sy of haar optrede nie. 'n Administratiewe handeling wat aan 'n ongemagtigde doel beantwoord, is *ultra vires*, al is die doel ook hoe aanbevelings- of prysenswaardig, en selfs al het die administratiewe liggaam heeltemal *bona fide* opgetree.

Die hersieningsgronde vervat in Artikel 6(2)(e)(iii) van PAJA handel oor optrede wat verrig is, omdat nie-tersaaklike oorwegings in ag geneem is, of tersaaklike oorwegings nie in ag geneem is nie. Oorspronklik het die howe hierdie hersieningsgrond genoem versuim deur die administrateur om sy of haar aandag aan die saak te wy. Dit spreek vanself dat die uitoefening van 'n diskresionêre bevoegdheid op tersaaklike oorwegings en nie op nie-tersaaklike oorwegings moet berus nie. Indien nie-tersaaklike oorwegings deur die administrateur in ag geneem word, kan dit moontlik swaarder weeg as die tersaaklike faktore en so lei tot 'n besluit wat nie om goeie redes geneem is nie. Dit is ook duidelik dat hierdie hersieningsgrond dikwels verband hou met die hersieningsgrond bekend as ongeoorloofde doel.

Enige optrede wat verrig is vanweë die ongemagtigde of ongeregverdigde voorskrifte van 'n ander persoon of liggaam, is ingevolge Artikel 6(2)(e)(iv) van PAJA hersienbaar. 'n Diskresionêre bevoegdheid wat aan 'n bepaalde administrateur verleen is, mag nie deur iemand anders uitgeoefen word nie, al beklee hy of sy 'n hoër of laer posisie. In die gemenereg kom dit neer op 'n ongemagtigde voorskrif en versuim deur die persoon aan wie die bevoegdheid verleen is, om sy of haar diskresie uit te oefen. Die hersieningsgrond vervat in Artikel 6(2)(e)(iv) van PAJA kan ook tuisgebring word onder Artikel 6(2)(a)(i) van PAJA – dus administratiewe optrede wat nie deur die magtigende bepaling gemagtig was nie.

Met Artikel 6(2)(e)(v) bepaal PAJA spesifiek dat *bona fide*-optrede 'n grond vir geregtelike hersiening is. Gevolglik word bedrieglike, oneerlike of *mala fide*-optrede (dit wil sê, optrede met kwade bedoelinge) nou uitdruklik ingevolge wetgewing verbied. Die term *mala fide* word dikwels in die gemenereg gebruik in die betekenis van die misbruik van mag, vanweë dwaling of onkunde. PAJA sluit baie van die gemeenregtelike beginsels van administratiewe legaliteit of geldigheid in. Daar moet in gedagte gehou word dat die grondwetlike reg op administratiewe geregtigheid en PAJA hierdie gemeenregtelike beginsels wat daarop berus insluit. Die grondwetlike Artikel oor administratiewe geregtigheid en die Wet strek egter verder as die gemeenregtelike beginsels. Daar bestaan geen sekerheid of 'n eerlike of foutiewe misbruik van mag as *mala fides* binne die kader van Artikel 6(2)(e)(v) van die Wet beskou sal word nie.

Aangesien *bona fides* betrekking het op die administrateur se subjektiewe gesindheid, word daar by *mala fide*-optrede vermoed dat hy of sy geweet het dat die optrede onregmatig (ongeldig) was, maar nietemin voortgegaan het om die handeling te verrig.

Artikel 6(2)(e)(vi) van PAJA handel oor die hersieningsbevoegdheid van die howe oor optrede wat op arbitrêre of willekeurige wyse verrig is.

Die bepalings van Artikels 6(2)(f) en 6(2)(g) van PAJA handel oor redelikheid en proporsionaliteit van administratiewe handeling. In Artikel 6(2)(f) word 'n aantal gronde vir geregtelike hersiening gegee, wat op die optrede as sodanig betrekking het. Paragraaf (f) het nóg met die bevoegdhede en kwalifikasies van die administrateur, nóg met die besluitnemingsproses te doen – dit handel oor die toepassing van die optrede self, dit wil sê, met die laaste fase van die administratiewe proses. Volgens Artikel 6(2)(f)(i) is die vereiste dat die optrede nie in stryd met 'n regsvoorskrif mag wees nie, die beliggaming van die grondwetlike reg op regmatige administratiewe optrede. Dit word aan die hand gedoen dat subparagraaf (f)(ii) sal verseker dat die besluit 'n gegronde en rasonele basis het. Dit word gewoonlik “rasionaliteitshersiening” genoem.

Irrasionele besluite sluit onder andere in arbitrêre besluite, besluite wat nie deur getuienis gesteun word nie, 'n besluit waarin daar geen verband is tussen die getuienis en die redes wat vir die besluit verskaf word nie, of waar die redes self onverstaanbaar is.

Artikel 24(d) van die Interim Grondwet het vir rasionaliteits hersiening voorsiening gemaak, deur te vereis dat die administratiewe besluit regverdigbaar moet wees met betrekking tot die redes wat daarvoor gegee is. Die vereistes van administratiewe rasionaliteit en die regverdigbaarheid van redes, vereis besluitneming wat op rasonale gronde berus. Hoewel daar 'n bepaalde subjektiewe element in elke besluit aanwesig is, vanweë die feit dat die amptenaar spesiale kundigheid en kwalifikasies het, moet die besluit nietemin objektief gestaaf kan word.

Die Finale-Grondwet sluit nie uitdruklik die vereiste van regverdigbaarheid in die Artikel oor administratiewe geregtigheid in nie en daar kan geargumenteer word dat regverdigbaarheid nie meer 'n vereiste vir administratiewe legaliteit is nie. Sonder om verstrik te raak in hierdie argument, is dit duidelik dat rasionaliteit implisiet aanwesig is in die vereiste van regmatige administratiewe optrede en in die vereiste van redelikheid. Hoe dit ookal sy, die argument is suiwer akademies van aard, aangesien PAJA uitdruklik in Artikel 6(2)(f)(ii) voorsiening maak vir rasionaliteit as 'n vereiste vir administratiewe legaliteit.

Subparagraaf (f)(ii) maak voorsiening vir geregtelike hersiening, wanneer die optrede nie rasoneel verband hou met :

- (a) die doel waarmee dit verrig is nie,
- (b) die oogmerk van die magtigende bepaling nie,
- (c) die inligting voor die administrateur nie en
- (d) die redes deur die administrateur daarvoor verskaf nie.

Die oogmerk van hierdie afsonderlike hersieningsgronde is om administratiewe optrede aan 'n rasionaliteitstoets te onderwerp. Die rasionaliteitstoets het vier bene waaraan die betrokke optrede moet voldoen. Indien die optrede in een van, of al hierdie rasionaliteitstoetse nie slaag nie, is dit ongeldig en onderworpe aan geregtelike hersiening. Dit kan aangevoer word dat Artikel 6(2)(f)(ii) van PAJA die vereiste van rasionaliteit aan die eweredigheidsbeginsel verbind.

Artikel 6(2)(f)(ii) reël die uitoefening van administratiewe diskresionêre bevoegdheid. Dit vereis 'n rasonele verband tussen die uitoefening van die diskresie en die optrede as sodanig. Die vereiste van regverdigbaarheid vorm deel van die vereiste dat daar 'n rasonele verband moet wees tussen die redes wat vir die besluit verskaf word, en die besluit self. Die vereiste van eweredigheid bly 'n administratiefregtelike beginsel. Dit maak 'n integrerende deel uit van die rasionaliteitsvereiste en is ook deel van die verbod op onredelike administratiewe optrede. Die eweredigheidsvereiste kom daarop neer dat die maatreël gepas en nodig moet wees, en dat die botsende regte van nadeel vir die individu en voordeel vir die gemeenskap teen mekaar opgeweeg en uitgebalanseer moet word.

Artikel 6(2)(g) van PAJA handel oor 'n versuim om 'n besluit te neem en stel 'n grond vir geregtelike hersiening daar. Dit is 'n welkome insluiting, aangesien 'n navraag deur 'n individu dikwels deur amptenare geïgnoreer is, op grond daarvan dat die saak ondersoek of hersien word of dat 'n beslissing daarvoor afgewag word. Artikel 6(2)(g) moet saam met Artikel 6(3) van die Wet gelees word, waar onderskei word tussen :

- gevalle waar daar geen tydsbeperking gestel word, waarbinne 'n besluit geneem moet word nie, en
- gevalle waar die besluit binne 'n voorgeskrewe tydperk geneem moet word.

In eersgenoemde geval kan om geregtelike hersiening aansoek gedoen word, wanneer die besluit onredelik vertraag was. Die doel van Artikel 6(3)(a) is om 'n mate van redelikheid in te voer in die magtigende bepalings wat geen tydperk (waarbinne die besluit geneem moet word) spesifiseer nie. Waar daar wel 'n voorgeskrewe tydperk is en die administrateur versuim het om die besluite te neem voordat die tydperk verstryk het, kan 'n persoon aansoek doen om geregtelike hersiening van die versuim om die besluit te neem, ondanks verstryking van die tydperk. (Artikel 6(3)(f)).

Die bepalings van Artikels 6(2)(h) en (i) van PAJA handel oor onredelike administratiewe optrede, of optrede wat andersins ongrondwetlik of onregmatig is. In die verlede was die howe huiwerig om administratiewe optrede op grond van onredelikheid te toets, want daar is geredeneer dat redelikheid verband hou met die meriete van die aangeleentheid, 'n terrein waarop die howe nie tussenbeide moes tree nie. Die belangrikste rede vir die howe se huiwering om in onredelike administratiewe besluite in te gryp was die vrees dat die grens tussen appèl en hersiening sou vervaag. Hierdie benadering, gepaard met die siening dat diskresionêre bevoegdhede op die terrein van beleid nie aan hersiening onderworpe is nie, het beteken dat die individu dikwels hulpeloos en onbeskerm voor wydstrekkende administratiewe bevoegdhede gestaan het. Dit is duidelik dat beheer oor administratiewe diskresionêre bevoegdhede die howe jare lank probleme besorg het. Dikwels is onredelikheid as hersieningsgrond negeer. Die belangrikste beswaar was dat daar, by die hersiening van administratiewe optrede op grond van onredelikheid, van die regsprekende gesag verwag is om as 'n super administratiewe orgaan op te tree en sy menings in die plek van die administrasie te stel. Dit het geblyk 'n foutiewe benadering te gewees het.

Die Wet maak uitdruklik in Artikel 6(2)(f)(ii) vir 'n rasionaliteitstoets voorsiening, wat die volgende behels :

- (a) Dit moet rasioneel verband hou met die doel waarmee die optrede verrig is.
- (b) Dit moet rasioneel verband hou met die oogmerk van die magtigende bepaling.
- (c) Dit moet rasioneel verband hou met die inligting van die administrateur.

- (d) Dit moet rasioneel verband hou met die redes deur die administrateur daarvoor verskaf.

Die toets vir 'n rasionele verband dek dus drie fases van die besluitnemingsproses, naamlik die aanvangsfase wat 'n gesagsbasis vereis, die middelfase, waartydens die administrateur sy of haar aandag aan die saak wy, en die afsluitingsfase (die verrigting van die optrede) waartydens die administrateur redes moet verskaf wat 'n rasionele grondslag het. Dit word algemeen aanvaar dat Artikel 36 van die Finale-Grondwet eweredigheid ingevoer het as 'n metode om te bepaal of daar 'n ongrondwetlike skending van 'n fundamentele reg was. Daar is geen regstreekse verwysing na die vereiste van eweredigheid in PAJA nie.

Artikel 6(2)(h) van PAJA maak vir onredelikheid as hersieningsgrond voorsiening. Hierdie hersieningsgrond omvat optrede wat so onredelik is, dat geen redelike persoon die bevoegdheid kon uitgeoefen het of die optrede kon verrig het nie. Dit is belangrik om daarop te let dat die Wet nie van die optrede melding maak nie. Die wetgewer het die hersieningsgrond beperk tot optrede wat "so onredelik is dat geen redelike persoon die bevoegdheid aldus kon uitgeoefen het nie".

Dit kan aangevoer word dat die doel van paragraaf (h) is om 'n eweredigheidstoets in te voer, waardeur die regte en belange van die individu teen die mededingende belange (pligte of verpligtinge) van die staat opgeweeg word. Hoewel eweredigheid dus nie spesifiek as hersieningsgrond deur PAJA ingesluit word nie (in die sin dat prosedurele billikheid, ongeoorloofde doel en rasionaliteit afsonderlike en onderskeie hersieningsgronde uitmaak), is dit die metode wat die howe gebruik om die belange van die staat en dié van die individu te balanseer, wanneer daar 'n skending van 'n fundamentele reg voorkom.

Die volgende kan uit Artikels 6(2)(f)(ii) en 6(2)(h) afgelei word :

- (a) Artikel 33 van die Grondwet omskryf nie die regsbegrip redelikheid nie. Dit sê net eenvoudig dat alle administratiewe optrede redelik moet wees.
- (b) Artikel 33 maak nie uitdruklik melding van rasionaliteit nie.
- (c) Die redelikeheids- en rasionaliteitsvereistes, voorgeskryf in PAJA, beheers die uitoefening van administratiewe diskresionêre bevoegdheid.
- (d) Dié twee vereistes maak twee afsonderlike en onderskeie gronde vir geregtelike hersiening uit.
- (e) Die redelikeheidsvereiste in PAJA is nie duidelik nie. Een moontlike vertolking is dat dit 'n eng benadering tot redelikheid weerspieël (in die sin van 'n subjektiewe benadering).

- (f) Nog 'n moontlike vertolking is dat die redelikeheidsvereiste voorgeskryf deur Artikel 6(2)(h) ooreenkom met die vereiste van regverdigbaarheid in Artikel 24(d) van die Interim Grondwet. Die howe sal dus bepaal of die besluit 'n deeglik begronde besluitnemingsproses reflekteer in die sin dat redes vir die optrede verskaf kan word.
- (g) Die redelikeheidsbepaling moet doeldienend uitgelê word en die bestek en inhoud van die reg moet 'n wye en ruim uitleg geniet. Dit moet die doel dien, wat Artikel 33 van die Grondwet weerspieël, naamlik om administratiewe geregtigheid te bewerkstellig.
- (h) Die ideale uitleg is een wat voorsiening maak vir substantiewe geregtelike hersiening van die uitoefening van administratiewe diskresionêre bevoegdheid.

Wanneer hersiening op grond van billikheid deur die howe oorweeg word, ontstaan die vraag gereeld tot watter mate 'n hersieningshof betrokke moet raak in die meriete van die administratiewe besluit. Die howe moet veral versigtig wees om nie die aard van die prosedurele hersiening te laat oorgaan in die substantiewe inhoud van appèlle nie.

Artikel 6(2)(i) is 'n tipe sambreel-bepaling, wat ten doel het om enige hersieningsgrond wat nie spesifiek by Artikel 6 ingesluit is nie, te akkommodeer. Die aantreklikheid van hierdie bepaling is dat dit situasies kan akkommodeer, wat nog nie deur die howe hanteer is nie, maar nietemin op ongrondwetlike of onregmatige optrede neerkom. 'n Voorbeeld is dat, hoewel daar nie regstreeks melding gemaak word van die gebruik van die verkeerde prosedure nie, 'n mens kan argumenteer dat in gevalle waar 'n verkeerde prosedure gebruik is, dit onder die wye hersieningsbepaling van Subartikel 2(i) sal ressorteer. Dit is bekend dat die administrasie in die verlede in sommige gevalle van eenvoudiger en minder omslagtiger prosedures gebruik gemaak het, eerder as om die juiste en voorgeskrewe statutêre prosedure te volg.

Die howe het oor die algemeen hierdie aangeleenthede hersien. Hulle het duidelik aangetoon dat die vraag nie administratiewe grief of doelmatigheid is nie, maar behoorlike nakoming van die bepalings van die betrokke wet. Geen regstreekse verwysing na administratiewe optrede wat vaag en verwarrend is, word in PAJA gemaak nie. Die hersiening van sulke optrede sal stellig gedek word deur die algemene hersieningsbevoegdheid wat in Subartikel 2(i) van PAJA verleen word.

Dit wil voorkom of hierdie bepaling daarvoor voorsiening kan maak dat howe nuwe hersieningsgronde kan ontwikkel. Dit blyk dat die wetgewer se doel vir die insluiting van die spesifieke "sambreel"-klousule was om hersieningsgronde, wat per abuis uitgelaat was, te dek of om die howe toe te laat om nuwe hersieningsgronde daar te stel. Daar sal waarskynlik lank bespiegel word wat die eintlike rede vir die daarstelling van Artikel 6(2)(i) sou wees.

Artikel 7 handel oor die prosedures vir geregtelike hersiening, wat nagekom moet word wanneer 'n verontregte party wil ageer. Artikel 9 handel weer oor die verlenging van tydperke, soos onder andere in Artikel 7 na vermeld.

PAJA maak voorsiening vir die hersiening van administratiewe optrede en beskerm so die grondwetlike reg op administratiewe geregtigheid. 'n Vraag wat nou ontstaan, is wat met die inherente gemeenregtelike reg van die howe gebeur om die geldigheid of legaliteit van administratiewe optrede te hersien. Verdwyn dit net, of bestaan dit naas die grondwetlike hersiening? Die Interim Grondwet het uitdruklik daarvoor voorsiening gemaak dat die inherente jurisdiksie van die Hooggeregshof ingevolge Artikel 173 van die Finale-Grondwet voortduur. Die Artikel bepaal dat die Konstitusionele Hof, die Hoogste Hof van Appèl en die Hoë Howe die inherente bevoegdheid het om met inagneming van die belang van geregtigheid, hul eie proses te beskerm en te reël asook die gemenerereg te ontwikkel. Artikel 39(3) bepaal ook dat die Handves van Regte nie die bestaan ontken van ander regte of vryhede wat deur die gemenerereg, gewoontereg of wetgewing erken of verleen word nie, in die mate waarin daardie regte of vryhede met die Handves van Regte bestaanbaar is. Dit wil dus oënskynlik voorkom of iemand wat deur administratiewe optrede benadeel (skade berokken) is, steeds op die howe se inherente hersieningsbevoegdheid kan steun.

Soos in PAJA bepaal, moet 'n besluit finaal wees, met ander woorde, uitdruklik en bepaalbaar, alvorens dit as 'n administratiewe handeling beskou word. Baie hang dus af van die ryphed van die administratiewe handeling, met ander woorde, die tyd waartydens geregtelike hersiening van 'n finale administratiewe handeling van toepassing sal wees. Dit kan egter voorgestel word dat voor-afdwingshershiening van finale regulasies ingevolge PAJA toegelaat moet word. Waar die regulasie of reël finale administratiewe optrede bewerkstellig, selfs al is dit nie in individuele gevalle afgedwing nie, het dit die krag van wetgewing en moet dit vatbaar wees vir PAJA-hersiening.

Die Wet het tydsbeperkings geplaas op hersieningsverrigtinge. Ingevolge Artikel 7(1) moet hersieningsverrigtinge ingestel word, sonder onredelike vertraging en nie later nie as 180 dae na die datum van finalisering van enige interne remedies. Waar daar nie interne remedies bestaan nie, word die 180-dae-tydperk bepaal vanaf die datum van kennisgewing van die besluit, of die datum waartydens daar redelikerwys van die bevoordeelde party verwag kan word om bewus te word van die aksies en die redes daarvoor.

Die hantering van die 180-dae-periode, en wanneer dit begin, moet positief bejeën word, sodat dit eerder dui op die nakoming en uitoefening van die grondwetlike reg van administratiewe geregtigheid en die verlening van die administratiewe hersieningsbevoegdheid, soos in PAJA vervat.

Artikel 9(1)(b) maak ingevolge PAJA voorsiening vir 'n verlenging van die 180-dae-tydperk vir die instel van geregtelike hersiening. Die partye kan ooreenkom om die tydperk van 180 dae by wyse van ooreenkoms vir 'n bepaalde vasstaande tydperk, te verleng. Daar bestaan egter geen statutêre bepaling wat die 180-dae-tydperk kan verminder nie. Indien 'n verlenging van die tydperk verlang word, kan dit eerstens geskied deur onderhandeling tussen die partye. Wanneer redelike pogings om die tydperk te verleng tussen die partye faal, bepaal Artikel 9(1) dat 'n hof of tribunaal, wanneer dit in belang van geregtigheid is, die periode mag verleng wanneer 'n aansoek vanaf die benadeelde party of die administrateur ontvang is.

Dit is verder duidelik dat die hof self hul diskresie sal gebruik, wanneer die meriete vir die laat aanvang van hersieningsaansoeke oorweeg word. Artikel 9 van PAJA verleen aan die hof die diskresie om op meriete voorgelê, die laat aanvang van hersieningsaansoeke te kondoneer.

Artikel 7(2)(a) bepaal dat geen hof of tribunaal 'n administratiewe handeling mag hersien nie, tensy die interne regs middels waarvoor in enige regsvoorskrif voorsiening gemaak is, eers uitgeput is. Wanneer 'n hof, of tribunaal, nie daarvan oortuig is dat die interne regsmiddele uitgeput is nie, moet die hof die betrokke persoon gelas om eers daardie middele uit te put, voordat hy of sy verrigtinge vir geregtelike hersiening in 'n hof of tribunaal aanhangig maak.

Artikel 8 maak voorsiening vir verskillende remedies wat beskikbaar is vir 'n benadeelde party. Kragtens Artikel 8(1) van PAJA kan die hof, of tribunaal, in verrigtinge vir geregtelike hersiening kragtens Artikel 6(1) (hersiening van die administratiewe optrede) enige bevel wat regverdig en billik is, toestaan. Die Hoë Hof het die bevoegdheid om bevel kragtens Artikel 6(1) te gee en 'n regsmiddel kragtens Artikel 8(1) te beveel. Landdroshof het soortgelyke bevoegdhede, met dien verstande dat hulle deur die Minister aangewys is en dat hulle aan die bepalings van Artikel 170 van die Grondwet voldoen. Hierdie Artikel beperk die jurisdiksie van landdroste in die sin dat hulle nie ondersoek mag instel na, of mag beslis oor die Grondwetlikheid van enige wetgewing, of enige optrede van die President nie.

Artikel 8 stem ooreen met die grondwetlike bepaling van Artikel 172(1), ten effekte dat wanneer 'n Hoë Hof, die Hoogste Hof van Appèl of die Konstitusionele Hof administratiewe optrede ongrondwetlik verklaar, sodanige hof enige bevel kan gee wat regverdig en billik is. Die bevel kan die terugwerkendheid van die ongeldigverklaring beperk. Die bevel kan ook die ongeldigverklaring vir enige tydperk en op enige voorwaardes opskort, ten einde die bevoegde gesag toe te laat om die gebrek reg te stel.

Landdroshof het nie die jurisdiksie om ondersoek in te stel na die Grondwetlikheid van ondergeskikte wetgewing soos proklamasies, regulasies en reëls nie. Landdroshof het dus meer beperkte jurisdiksie as die Hoë Hof, omdat hulle jurisdiksie beperk word tot die

geldigheid van administratiewe optrede deur enige staatsorgaan, behalwe dat dit die optrede van die President en 'n ondersoek na die geldigheid van primêre en ondergeskikte wetgewing uitsluit.

Daar is geen grondwetlike beperking op die jurisdiksie van landdroshowe om wetgewing uit te lê, dit toe te pas, of af te dwing nie. Aangewysde landdroshowe mag, ingevolge die vereistes van PAJA, die bepalings van PAJA uitlê, toepas en afdwing. Dit geld ook vir die uitleg, toepassing en afdwinging van magtigende bepalings, of ander toepaslike wetgewing.

Hierdie magtiging verleen deur PAJA, verskil ten opsigte van die algemene jurisdiksie van die landdroshowe, soos verleen deur die Wet op Landdroshowe, Wet 32 van 1944. Wanneer verrigtinge ingevolge Artikel 6(1) deur landdroshowe uitgevoer word, en remedies ingevolge Artikel 8(1) afgedwing word, tree die landdroshof op as 'n PAJA-hof. Artikel 110 van die Wet op Landdroshowe verleen nie die bevoegdheid aan Landdroshowe, om wanneer die howe ingevolge die Wet op Landdroshowe optree, enige beslissing te maak oor die geldigheid van enige Wet of die optrede van die President nie.

Artikel 8 van PAJA, getiteld "*Remedies in proceedings for judicial review*", is nou die eerste vertrekpunt vir enige klaer op soek na 'n geregtelike administratiefregtelike remedie. Die Artikel laat die hof/tribunaal toe om enige bevel te gee, wat regverdig en billik is, insluitende 'n aantal remedies wat spesifiek gelys is. Die Wet het die tradisionele praktyk voortgesit om na hersiening te verwys as werkwoord sowel as selfstandige naamwoord, met ander woorde, om na hersiening te verwys as 'n proses en ook 'n tipe remedie. Die Wet verwys egter nie na 'n direkte en indirekte hersiening nie.

Artikel 8 van PAJA verwys nie slegs na die primêre remedies wat verbind kan word met direkte geregtelike hersiening soos in die gemenerereg nie, met ander woorde, die tersydestelling en verbetering van optrede nie, maar ook na 'n aantal van die bekende remedies (aangedui as bevele), wat verband hou met die gemeenregtelike indirekte hersiening, soos byvoorbeeld interdikte en verklarende bevele. Die Wet het grootliks daarin geslaag om die verskil tot 'n mate af te breek, hoewel dit nog moontlik is om gevalle van indirekte hersiening in siviele aksies en strafregtelike sake te identifiseer.

Die Wet maak ook voorsiening vir 'n aantal minder bekende remedies. In besonder maak PAJA nou voorsiening vir 'n remedie, waar 'n orgaan versuim het om redes te verskaf, terwyl 'n nuwe statutêre grond vir hersiening, naamlik onredelike vertraging (*unreasonable delay*) die lig gesien het, met ander woorde, Artikel 8(2) wat met Artikel 6(3) van die Wet saamgelees moet word.

Artikel 8 van PAJA maak voorsiening vir die volgende remedies :

- (a) Artikel 8(1)(a) - Lasgewing (*Mandamus*)
- (b) Artikel 8(1)(b) - Verbiedende bevele

- (c) Artikel 8(1)(c) - Tersydestelling van administratiewe optrede
- (d) Artikel 8(1)(d) - Verklaring van die regte van die partye (verklarende bevel)
- (e) Artikel 8(1)(e) - Tydelike interdik of regshulp.
- (f) Artikel 8(1)(f) - Die toestaan van 'n kostebevel.
- (g) Artikel 8(2) - 'n Gepaste bevel deur die hof, waar die administrateur versuim om 'n besluit te neem.

In verrigtinge vir geregtelike hersiening, kragtens Artikel 6(3) van PAJA (versuim deur 'n administrateur om 'n besluit te neem), kan die hof, of tribunaal, 'n bevel gee wat regverdig en billik is, met inbegrip van 'n bevel –

- (a) wat gelas dat die besluit geneem word,
- (b) wat die regte van die partye met betrekking tot die neem van die besluit verklaar,
- (c) wat enige van die partye gelas om 'n handeling of enigiets te verrig, of om hom, of haar, daarvan te weerhou om dit te verrig, waarvan die verrigting, of die weerhouding van verrigting, deur die hof nodig geag word om reg tussen die partye te laat geskied, of
- (d) insake koste.

Ingevolge Artikel 10 van PAJA kan regulasies uitgevaardig word. Artikel 10 van PAJA magtig die Minister om regulasies af te kondig. In sekere gevalle word hy/sy verplig om regulasies af te kondig. Artikel 7(3) van PAJA bepaal weer dat die Reëlsraad vir Howe binne 'n jaar na die inwerkingtreding van PAJA reëls van prosedure aangaande geregtelike hersiening daar moet stel. Die Artikel 10-regulasies handel oor verskillende onderwerpe, wat verskillende vorme aanneem en verskillende vlakke van voor-promulgasiegoedkeuring vereis.

Ten slotte kan verwys word na die ses stelle regulasies waarvoor daar in Artikel 10 voorsiening gemaak word.

Daar word na die volgende stelle regulasies verwys :

1. Die regulasies vervat in Artikels 10(1)(a) - (d) is ingevolge die Wet aanvullend tot billikheid en die verskaffing van redes.
2. Tweedens, die regulasies verwys in Artikel 10(1)(e) moet 'n kode vir goeie administratiewe optrede (*a code of good administrative conduct*) daarstel.

Bogemelde regulasies word spesifiek deur PAJA vereis, en moet binne twee jaar na die aanvang van die Wet voltooi wees.

3. Dersens moet die regulasies ingevolge Artikel 10(2)(a) voorsiening maak vir die totstandkoming van 'n adviesraad, die verpligtinge en die magte van die raad. Dié raad moet :
 - (a) die vordering van die Wet nagaan,
 - (b) die Minister adviseer, aangaande verskeie administratiefregtelike hervormingsidees en
 - (c) verantwoordelik wees vir die saamstel en publikasie van protokolle vir die opstel van reëls en standaarde.
4. Vierdens vervat die regulasies waarna in Artikel 10(2)(f) verwys word, die opstel en publikasie van protokolle vir die daarstelling van reëls en standaarde.
5. Vyfdens verwys die regulasies in Artikel 10(2)(c) na die openbare sektor en onderrigmetodes.
6. Sedsens word daar verwys na die regulasies vervat in Artikels 10(2)(d) en (e)(i), wat handel oor regulasies wat deur die Wet toegelaat en benodig word om uitvoering te gee aan die bepalings van die Wet.

Enige regulasie wat ingevolge Artikel 10(5) 'n finansiële implikasie inhou, moet na konsultasie met die Minister van Finansies uitgevaardig word.

Volgens Artikel 10(4)(a) moet alle regulasies uitgevaardig ingevolge Artikel 10(1)(a) eers aan die Parlement vir goedkeuring voorgelê word, alvorens dit in die Staatskoerant gepubliseer mag word.

Artikel 10(1)(e) magtig die Minister om regulasies aangaande 'n kode van goeie administratiewe optrede uit te vaardig. Die doel van hierdie kode is om aan administrateurs praktiese riglyne en inligting gemik op die bevordering van effektiewe administrasie en die bevordering van die oogmerke van hierdie Wet te verskaf. Ingevolge Artikel 10(6) moet hierdie regulasies ook deur die Parlement goedgekeur word.



OPSOMMING

Suid-Afrika beskik oor 'n groot bevolking, waarvan die heterogene samestelling opvallende verskille met betrekking tot gemeenskapswaardes en aanvaarbaarheidsnorme vertoon. Hierdie verskille word beklemtoon deur ernstige sosio-ekonomiese wanbalanse.

Die laat daarstelling van 'n demokrasie vir Suid-Afrika is voorafgegaan deur 'n periode van intense lyding en trauma vir 'n groot deel van die bevolking. Die voordeel hiervan is die feit dat daar geleer kon word uit ander lande se politieke en grondwetlike suksesse en mislukkings om 'n nuwe bedeling daar te stel, om sodoende geregtigheid en stabiliteit vir alle inwoners in die land te verseker.

Die finale grondwet het na vyf jaar van intense onderhandelinge ontstaan. Om wanbalanse van die verlede aan te spreek, het die Wetgewer dit goed gedink om die administratiefregtelike geregtigheidsbegrip in Artikel 33 van die Grondwet op te neem. Dit is tans 'n fundamentele mensereg, wat elke landsburger toekom.

Die administratiewe geregtigheidsbegrip vervat in Artikel 33 van die Grondwet en die konkretisering daarvan in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, is sekerlik nie in alle opsigte perfek nie, maar dit is nogtans 'n besondere poging van die Wetgewer om 'n basis vir vrede, geregtigheid, politieke verdraagsaamheid en voorspoed in Suid-Afrika te skep. Die platform is daargestel, waarvolgens die administratiewe geregtigheidsbegrip verder kan ontwikkel.

Die grondwetlike vergestaltung van administratiewe geregtigheid is in hierdie proefskrif vanuit verskillende invalshoeke benader. 'n Kritiese analise is gemaak met spesifieke verwysing na hofsake en wetgewing. Klem word geplaas op hersieningsaspekte soos vermeld in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, terwyl die ontwikkelingsaspekte van die begrip verder ondersoek word.

Aandag is geskenk aan die historiese aanloop van die geregtigheidsbegrip, waardeur dit duidelik sou word dat sowel die essensie as die problematiek daaraan verbonde jare reeds bekend is. Verder word die praktiese toepassing en invloed van administratiewe geregtigheid op die privaatregtelike gebiede van die kontrakte en deliktereg van nader beskou.

Die administratiefregtelike geregtigheidsbegrip hoort nie slegs tuis by die staat-onderdaanverhouding, met ander woorde vertikale toepassing van die begrip nie, maar het ook 'n impak op die verhoudinge tussen individue of instansies, die sogenaamde horisontale toepassing.

Die praktiese toepassing van administratiewe geregtigheid in die werksituasie geniet nie die nodige aandag nie. Daar word in die bespreking en toepassing van die verskillende hersieningsgronde in menige hofuitsprake hierna verwys.

Die vergestaltung van die administratiefregtelike geregtigheidsbegrip in wetgewing het 'n drastiese verandering in die howe se benadering tot die toepassing van geregtigheid teweeg gebring. Die toepassing deur die howe

van wetgewing soos die “*ouster clauses*” en die nadeel wat dit vir die individu ingehou het, behoort gelukkig nou tot die verlede.

Die fokus van hierdie proefskrif is ook gerig op die sleutelemente van die geregtigheidsbegrip, te wete regmatigheid, redelikheid en prosedurele billikheid.

’n Groot bron van kommer is egter die staatsinstansies en verskillende organe wat in die definisie van ’n administratiewe handeling in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid uitgesluit word. Dit bevat die potensiaal om in die toekoms ’n groot struikelblok te wees in die ontwikkeling van administratiewe geregtigheid. Dit is duidelik dat alle administratiewe optrede eerstens aan die definisie getoets word, alvorens daar op die verskillende hersieningsgronde gekonsentreer kan word. Die definisie van ’n administratiewe handeling is saamgestel uit drie verskillende definisies, en is aldus vir die gewone staatsamptenaar in sy/haar dag tot dag werksopptrede moeilik te interpreteer.

’n Verdere ontwikkeling van bogemelde Wet en die verskaf van ’n riglyn, soos die Kode van Goeie Gedrag (Code of Good Conduct) en die implementering van administratiefregtelike howe sal verwelkom word om enigsins die administratiefregtelike geregtigheidsbegrip verder te vestig en te ontwikkel.

In wese poog hierdie proefskrif om ’n kritiese analise van die administratiefregtelike geregtigheidsbegrip in Artikel 33 van die Grondwet met besondere verwysing na die konkretisering daarvan in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid daar te stel.

SUMMARY

South Africa has an extensive heterogeneous population where drastic and far-reaching differences regarding community values and acceptability norms exist. These are emphasised by the serious imbalances regarding socio-economic circumstances.

The late establishment of a democracy in South Africa was preceded by a traumatic period of intense suffering among a large section of the population. One great advantage of South Africa becoming a democracy at such a late stage is the fact that the country could learn from the political and constitutional successes and failures of other countries. This aided the establishment of a new order to ensure justice and stability for all South Africans.

The final Constitution was developed after five years of intense negotiations. To address imbalances of the past, the Legislator deemed it necessary to write the concept administrative justice into Section 33 of the Constitution. This is currently a fundamental human right which is a right every citizen is entitled to.

The concept administrative justice contained in Section 33 of the Constitution and its concretisation in the Promotion of Administrative Justice Act are certainly not perfect in all respects, but, in spite of this, is a significant effort on the part of the Legislator to create a basis for peace, justice, political tolerance and prosperity in South Africa. The foundation was built according to a concept of administrative justice which can develop further.

In this thesis the constitutional embodiment of administrative justice is analysed through various approaches. A critical analysis is made with specific reference to case law as well as legislation. The emphasis is placed on the review aspects as mentioned in the Promotion of Administrative Justice Act, and developmental aspects of the concept will be investigated further.

Attention is paid to the history preceding the current concept of justice. This will reveal both the essence and the problems surrounding this concept that has been around for years. A closer investigation of the practical application and influence of administrative justice on the private law fields, more specifically, the law of delict and contractual law will shed further light on the concept of justice.

The concept administrative justice does not only belong to the state-subject relationship, i.e. vertical application of understanding, but also has an impact on the relationships of the private individual or institutions – the so-called horizontal application.

The embodiment of the concept administrative justice in legislation caused a drastic change in the approach of the courts to the application of justice. The application of the courts of legislation, such as the "ouster clauses", and the disadvantage it has for the individual now belongs to the past.

The focus of this thesis falls on key elements pertaining to the concept of justice, namely, lawfulness, reasonableness and procedural equity.

However, there is much cause for concern of state institutions and different bodies being excluded in the definition of administrative action in the Promotion of Administrative Justice Act. It has the potential to become a powerful barrier in the future development of administrative justice. It is clear that all administrative action should firstly be tested to the definition before concentrating on its different review grounds. The definition of an administrative action is compiled from three different definitions and is, as such, interpreted with difficulty by the general civil servant in his/her daily action in the workplace.

A further development of the above-mentioned act and the provision of a guideline, such as the Code of Good Conduct and the implementation of courts specialising in administrative law, will be welcomed to help further establish and develop the concept administrative justice.

In essence, this thesis attempts to critically analyse the concept administrative justice in Section 33 of the Constitution with specific reference in its concretisation in the Promotion of Administrative Justice Act.

BIBLIOGRAFIE

Literatuur

ALLEN CK

1964 *Law in the Making* (7th ed) Clarendon Press : London/Oxford/New York.

AMAN JR

1997 *Administrative Law for a New Century in Taggart*, (ed). The Province of Administrative Law : 97 : Hart Pub : Oxford.

ANSON WR, BEATSON J

1998 Anson's law of contract. *Law of contract*. Uniform Title Law of contract. 27th ed. : Oxford University Press : Oxford : New York.

ARONSON M

1997 *A public lawyer's responses to privatisation and outsourcing*. In the province of Administrative Law, edited by M Taggart. : Hart Publishing : Oxford.

ARISTOTELES NE

1978 *The Aristotelian ethics, A study of the Relationship between the Eudemean and Nicomachaen Ethics of Aristotle*, red. AJP Kenny : Clarendon Press : Oxford.

1953 *Philosophy of Aristoteles and Justice* (Book 5 of the Nicomachaen Ethics (1953) 10 1137-1143 Aristotle Nicomachean ethics transl. Ross (1953) 10 : 1137-1143.

AZHAR C

1994 Et al, *Fundamental rights in the new constitution : an overview of the new constitution and a commentary on chapter 3 on fundamental rights*. : Juta : Kenwyn.

BAKER PV

1982 *Snell's Principles of Equity* 28th Edition : Sweet and Maxwell : London.

BARRIE GN

1988 The Public Administrator as adjudicator : An exercise in 'reasonableness' SA Publiek Reg, Vol. 3, Iss 1, 118-121.

1991 Legitimate Expectation and the Appeal Court – Where does the concept come from, TSAR 169 – 173.

1991 Onredelikheid as hersieningsgrond by gedelegeerde wetgewing : Weer Eens Kruse v Johnson TSAR 1991/4 op 711-714.

1998 The question is not whether the Administrative State should be dismantled, but where the acceptable level of state activity lies 1989 – 1998; A decade of making the Administrative process efficient and fair TSAR 1998(3); 547 – 560.

2000 Ubuntu Ungamntu Ngabanye abantu: the recognition of Minority rights in the South African Constitution. TSAR 2000 : 2 : 271 – 278.

2001 Is the absolute discretionary prerogative relating to the conduct of foreign relations alive and well and living in South Africa? TSAR 2001(3): 409 – 414.

2002 The Question as to What Constitutes Administrative Action Remains : TSAR 2002(3), 562 – 566.

BASSON DA

1994 *South Africa's Interim Constitution* Juta 1994 : Text And notes : JUTA : Kenwyn.

BAUMAN Z

1993 *Post-modern Ethics* : Authors: Bauman, Zygmunt, 1925- Published: Oxford, UK ; Cambridge, Mass. : Blackwell.

BAXTER LG

1979 Fairness and Natural Justice in English and South African Law, 1979 SALJ Vol 96(4): 607-638.

1984 *Administrative Law*, Juta and Co : Cape Town.

1993 *Rule Making and Policy Formulation in South African Administrative Law Reform* in T W Bennett et al (eds) *Administrative Law Reform 196* : Juta : Kenwyn.

BEUKES M

2002 Review as a tool for the development of a Culture of Accountability in the Public Administration (Section 195 of Act 108 of 1996) (Vol 17, Iss 2) SAPL : 244-257.

BJORNLUND EC

1989 The Devil's Work? Judicial Review Under a Bill of Rights in South Africa and Namibia; *Stanford Journal of International Law*; Vol 26(2) 1989/90 : 391 – 434.

BOOYSEN H

1980 *Volkereg 'n Inleiding*, JUTA : Kaapstad.

BOOYSEN H, VAN WYK DH

1984 *Die 1983 Grondwet*, Juta & Co Limited : Kaapstad.

BOSMAN DB, VAN DER MERWE IW, HIEMSTRA LB, JOUBERT PA; SPIES JJ

1998 *Tweetalige Woordeboek / Bilingual Dictionary* : Pharos : Kaapstad.

BOTHA CG

1923 The Early Influence of the English Law upon the Roman-Dutch Law in South Africa (4) 40 SALJ: 396-406.

BOTHA N

2000 Lessons from Harksen : A closer look at the constitutionality of extradition in South African Law : 2000(33) CILSA Vol 33, (3) Nov 2000 : 274-299.

BOULLE LJ

1986 Administrative Justice and Public Participation in American and South African Law; TSAR: 2: 136-152.

1993 ADR Applications in Administrative Law, *Acta Juridica*: 138-139.

BOULLE LJ, HOEXTER C, HARRIS B

1989 *Constitutional and Administrative Law : Basic Principles* : Juta : Cape Town.

BOWER GS, TURNER SIR AK

1977 *The Law relating to Estoppel by Representation* : Turner, Alexander original text 3rd ed. Alt Author Turner Sir, Alexander Kingcome Alt Title Estoppel by representation : Butterworths : Boston.

BUCKLAND WW

1975 *A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (3rd revised by P Stein) : University Press : Cambridge.

BURCHELL JM

1993 *Principles of Delict* : Juta : Cape Town.

BURNS Y

1994 *Administrative Justice*, SAPR/PL, Vol 9: 347-358.

1999 *Administrative Law under the 1996 Constitution*, Revised Reprint, Butterworths : Durban.

2003 *Administrative Law under the 1996 Constitution* 2nd ed / by Yvonne Burns : Lexis Nexis Butterworths : Durban.

CACHALIA A

1994 *Fundamental rights in the new constitution : an overview of the new constitution and a commentary on chapter 3 on fundamental rights* / by Azhar Cachalia ... (et al.) : Juta : Kenwyn.

CAMERON, E

1982 *Legal Chauvinism, Executive Mindedness and Justice – L C Steyn's impact on South African Law*. SALJ Vol 99; NO 1: 38-75.

CARPENTER G

1987 *Introduction to South African Constitutional Law* : Butterworths : Durban.

1990 *Legitimate Expectation Here to Stay*, Consultus April Vol 3, Uitgawe 1, 59-61.

1993 *Kan Nuwe Prerogatiwe Steeds 'Ontdek' word?* SA Publiekreg Vol 8, Uitgawe 1, 159-166.

1993 *The Changing Face of South African Public Law*, SA Publiek Reg Vol 8, Uitgawe 1, 1-20.

1994 *Administratiewe geregtigheid – meer vrae as antwoorde*, THRHR Vol 57, Uitgawe 3, 467-473.

1998 *Suprema Lex : Opstelle oor die Grondwet aangebied aan Marinus Wiechers* : The right to physical safety as a constitutionally protected human right in Carpenter (red), 139 ev : Butterworths, Charlottesville V.A. Lexis Law : Durban.

CARPENTER G, BOTHA C

1996 *The Constitutional Attack on the Private Law : Are the fears well-founded?* THRHR Feb Vol 59 Uitgawe 1, 126-135.

CHASKALSON A

1985 *Legal control of the Administrative Process* : SALJ Vol 102; NO 3 : 419-433.

CHEADLE H, DAVIS D

1997 *Application of the 1996 Constitution in the Private Sphere, The Focus - The Constitution of the Republic of South Africa*, Act 108 of 1996 SAJHR Vol 13, PT 1, 44-66.

CHESTER DN

1971c *Style in administration; reading in British public administration* / Chapman, Richard A and Dunsire, A : Allen & Unwin : London.

CHRISTIE RH

1998 *The law of contract and the Bill of Rights" Bill of Rights Compendium* (loose leaf 1998-) : Butterworths : Durban.

2001 *The Law of Contract in South Africa*, 4th ed : Butterworths : Durban.

CICERO MT

1921 *De Finibus* (vertaal deur H Rackham) : William Heinemann Limited. : London.

1942 *De Partitione Oratoria* : William Heinemann, Limited : London.

1949. *De Inventione, De Optimo Genere Oratorium, Topica*. (Vert. deur H.M. Hubbell) : William Heinemann Ltd. : London

1984 *De Re Publica De Legibus* (vertaal deur Clinton Walker Keyes) : William Heinemann Limited : London.

CICERO MT, SUTTON EW, RACKHAM H

1942 :1868-1944. *Unif Title De Fato De partitione oratoria Title De Oratore / Cicero, Marcus Tullius; ... with an English translation by E.W. Sutton ... completed, with an introduction by H. Rackham. Imprint : William Heinemann: Harvard University press : London: Cambridge, Massachusetts.*

COCKRELL A

1992 Substance and form in the South African Law of Contract, SALJ Uitgawe 1, Februarie, 40-63.
1993 Can you paradigm?: Another perspective on the public law/private law divide. Acta Juridica 227-247.

COETZEE HJ

1984 "Hoekom nie 'n verklaring van menseregte nie?" 1984 Tydskrif vir Regswetenskap(9): 5-13.

CORBETT MM

1987 Aspects of the role of policy in the evolution of our common law, 104 SALJ, Uitgawe 1, 52-69.

CORDER H

1993 *Introduction : Administrative Law Reform:* (First published as Acta Juridica, Faculty of Law, University of Cape Town, Juta Co Limited : Cape Town.
1997 Administrative justice in the Final Constitution, Section 33, SAJHR Vol 13, PT.1, 28-43.
1998 Administrative Justice : A cornerstone of South Africa's Democracy, 14 SAJHR PT.1 : 38-59.

CORNELL D, ROSENFELD M & CARLSON D

1992 *Deconstruction and the possibility of justice /* edited by Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld, David Gray Carlson. Published: Routledge : New York.

CURRIE IP, ERASMUS G

2001 *The Bill of Rights handbook* 4th ed., 5th impression, .(2003 printing) : Juta & Co : Lansdowne.

CURRIE IP, HOEXTER C, LYSTER R

2002. *The New Constitutional and Administrative Law*, vol (11), Administrative Law : Juta : Lansdowne.

CURRIE IP, KLAAREN J

2001 *The Promotion of Administrative Justice Act : A Benchbook op 101;* Cape Town, Siber Ink in association with the Research Unit for Law and Administration, Rula, University of Witwatersrand.

D'OLIVEIRA JA

1976 *State Liability for the wrongful exercise of discretionary powers –* Ongepubliseerde LLD Proefskrif – Unisa 1967, Published 1976.

DAUBE D

1969 *Roman law : Linguistic, Social and Philosophical Aspects /* David Daube : Edinburgh University Press : Edinburgh.

DAVIES M

1994 *Asking the law question /* by Margaret Davies. Authors: Davies, Margaret. Published: Sydney : Law Book Co : Sweet & Maxwell ; Holmes Beach, Fla. : W.W. Gaunt & Sons [distributor] : London.

DAVIS D, CHEADLE H, HAYSOM N

1997 Davis, Dennis. *Fundamental Rights in the Constitution : Commentary and Cases : a commentary on chapter 3 on fundamental rights of the 1993 Constitution and chapter 2 of the 1996 Constitution /* by Dennis Davis, Halton Cheadle, Nicholas Haysom : Centre for Applied Legal Studies : Johannesburg.

DAVIS, KC

1962 *English Administrative Law; An American View*, Public Law : Stevens & Sons Ltd : London.

DE SMITH SA; JOWELL JL, WOOLF H

1995 *Judicial Review Of Administrative Action* De Smith, S.A. (Stanley A.) : Sweet & Maxwell,
1995. Jowell, Jeffrey L. , Woolf, Harry Sir, 1933- , Le Sueur, A.P. : London.

DE VILLE J

1995 The Right to Administrative Justice : An Examination of Section 24 of the Interim Constitution, SAJHR Vol 11 Part 2 : 264-280.

DE WAAL J

1997 Is there a general and residual right to procedural fairness in South Africa? SAJHR Vol 13, Uitgawe 1 : 228-248.

DE WAAL J, CURRIE I, ERASMUS G

1999 *The Bill of Rights Handbook* / by Johan de Waal, Iain Currie, Gerhard Erasmus; in association with Lawyers for Human Rights and the Law Society of South Africa. 2nd ed : Juta : Kenwyn.
2001 *The Bill of Rights Handbook* / by Johan de Waal, Iain Currie, Gerhard Erasmus. (2003 printing) 4th ed : Juta & Co. : Lansdowne.

DEAN WHB

1986 Our Administrative Law. A Dismal Science, 1986(2) SAJHR: 164-176.

DERRIDA J

1992 *The Force of Law : The Mystical Foundation of Authority* Cornell, Rosenfeld & Carlson Deconsolidation and the Possibility of Justice New York : Routledge Deconstruction and the possibility of justice. Cardozo law review Force de loi : le "fondement mystique de l'autorité" Force of law : the "mystical foundation of authority" Authors: Derrida, Jacques Published : Cardozo Law Review, [1990] : New York.

1994 *Spectres of Marx : the state of the debt, the work of mourning, and the New International* / Jacques Derrida; translated by Peggy Kamuf; with an introduction by Bernd Magnus and Sèphen Cullenberg. Authors : Derrida, Jacques. Published : Routledge : New York.

1997, *Deconstruction in a nutshell : a conversation with Jacques Derrida* / edited with a commentary by John D. Caputo : Fordham University Press : New York.

DEVENISH GE; GOVENDER K; HULME DH

2001 *Administrative Law and Justice in South Africa* : Butterworths : Durban.

DICEY AV

1967 *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* : Tenth Edition, Macmillan : London.

DIEMONT MA

1971 *Rescuing Roman Dutch Law* UCT, Published.

DOOYEWEERD H

1969 *Publiek- en privaatrecht*. [S.l.] : SRVU-uitgawe.

DU BOIS F

2000 Getting wrongfulness right : A Ciceronian attempt, Acta Juridica 1.

DU PLESSIS LM

1978 *Die Juridiese Relevansie van Christelike Geregtheid* LLD Proefskrif : 'n Ondersoek na die juridiese betekenis van geregtigheid as begrip en idee in die Christelike denke met besondere toespitsing op die Christelike Reformatoriese tradisie.

- DU PLESSIS LM, CORDER H
1994 *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* : Juta : Kenwyn.
- DU PLESSIS W
1989 Aequitas – equity – billigheid en die usus hodiernus pandectaruin, *Journal for Juridical Science* Julie Vol 14, Uitgawe 1: 16-28.
- DU PLESSIS WJ
1986 *Die Reg op Inligting en die Openbare Belang* LLD – Proefskrif PU vir CHO, Department of Philosophy of Law.
- DU TOIT DC
1976 Die Aequitas en Regulatiewe Regsbeginsels, TRW, Nommer 1 : 38-55.
- DUGARD J
1978 *Human Rights and the South African Legal Order* 1936 Edition, 2nd edition, Published : Princeton, N J : Princeton University Press.
1984 "Should Judges resign? A reply to Professor Wacks", SALJ vol 101, 286-294.
1998 Etienne's Role in the Constitutional Negotiations Editor's Note Dugard, John SAJHR, 1998(14) : 189.
2000 *International Law – A South African Perspective*; 1936-Edition, 2nd edition : Juta : Kenwyn.
- DYZENHAUS D
1998 Law as Justification : Etienne Mureinik's conception of legal culture, 14 SAJHR : 11-37.
- EBENSTEIN W
1969 *Great political thinkers; Plato to the present* / Ebenstein, William. 4th ed : Holt, Rinehart & Winston : New York.
- EISENMANN C
1957 *Le Droit Administratif et le Principe de légalité*; études et Documents; CE : Conseil d'Etat : Paris.
- ELIAS P
1988 "*Legitimate Expectation and Judicial Review*" In: *New Directions in Judicial Review: Current Legal Problems* (Paperback) by Jeffrey L. Jowell (Author), D. Oliver (Editor). June. Publisher: Fred B Rothman & Co.
- FARLAM IG, HATHAWAY EW, LUBBE GF, MURRAY CM
1988 *Contract : cases, materials and commentary* / Farlam and Hathaway. Cape Town : 3rd ed. / by G. F. Lubbe, C. M. Murray, Juta & Co, Cape Town.
- FEENSTRA, R
1967 Een handschrift van de Inleidinge van Hugo de Groot met die onuitgegeven Prolegomena Juri Hollandico Praemittenda, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* : 444-484.
1971 *Die Qwasi-Delikte van Hugo Grotius* *Iurisprudentia Universalis* Festschrift für Theo Mayer-Maly Zum 70. Geburtstag (2002) 175, met 'n beroep op Hochstein 'Obligationsnes quasi ex delicto-untersuchung zur dogmengeschichtlichen Entwicklung verschuldensunabhängiger Delikshaftuny unter besondere Berücksichtigung des 16 vis 18 Jahrburderts.
- FERREIRA GM
1991 Estoppel by Representation in die Publiekreg, THRHR, Vol 54, Iss 3 : 388-399.
1999 Grondwetlike Waardes en sosio-ekonomiese regte met verwysing na die reg op 'n skoon en gesonde omgewing TSAR Uitgawe 2 : 285-303.

FORSYTH CF

1985 *In Danger for their Talents : A study of the Appellate Division of the Supreme Court of SA from 1950-1980*, : Juta, Cape Town.

1990 A Harbinger of a Renaissance in Administrative Law, SALJ, Vol 107, Uitgawe 3 : 387-400.

FRIEDMAN WG

1960 *Legal Theory*, 402, (1907-1972), 4th Edition : Carswell Co : Toronto.

1993 *The Long Journey : South Africa's quest for a negotiated settlement* (Johannesburg centre for Policy Studies 1993).

GARNER JF

1979 *Administrative Law*, (1914-Edition), 5th edition : Butterworths : London.

GAUM L

2001 The right to access to information. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg Vol. 64, Iss 1, Febr, 2001 : 146-155.

GELDART W

1966 *Elements of English Law (1870-1922)*, Yardley, D C M (David Charles Miller), 7th Edition, Prepared by DCM Yardley : Oxford University Press : New York.

GILMORE G

1974 *The Death of Contract* : Ohio State University Press : Columbus

GORDLEY J

1981 'Equality in Exchange' California Law Review 69 , December No 6 : 1587—1656.

GOVENDER K

1993 Administrative Law and Democracy in South Africa Obiter Vol 14 : 179-190.

GRAIG PP

1989 *Administrative Law*, (1951, 2nd Edition) : Sweet & Maxwell : London.

GRIFFITH JAG

1955 The Chichel Down Affair, (6) Modern Law Review: 557-570.

GROGAN J

1990 When is the expectation of a hearing Legitimate, SAJHR Vol 6 : 36-47.

1994 Audi after Traub. SALJ, Vol 111, Uitgawe 1, Febr : 80-96.

HAHLO HR & KAHN E

1960 *The Union of South Africa – The Development of its law and constitution* : Ferry Publications : Kaapstad, London : Stevens, New York.

HARMS LTC, JOUBERT WA, PIENAAR GJ, RABIE PJ, DLAMINI CRM

1993 *The law of South Africa / W. A. Joubert*, founding editor : Joubert, W.A. (Willem Adolf), Harms, L.T.C., Pienaar, G.J., Rabie, P.J. , Dlamini, C.R.M. : Butterworths : Durban.

HART HLA

1961 : *The concept of law* : Clarendon Press : Oxford.

HAWKE N

1984 *An Introduction to Administrative Law*, on 3 : ESC : Oxford

HAWTHORNE L

1995 The principle of equality in the law of contract. THRHR Vol. 58, Iss 2, May : 157-176.

HEFER JJF

2004 Billikheid in die Kontrakereg volgens die Suid-Afrikaanse Regskommissie, TRW 2004:29(2) Desember: 1-14. ¹⁰²⁶

HENDERSON AJH

1998 The Curative Powers of the Constitution : Constitutionality and the New Ultra Vires Doctrine in the Justification and Explanation of the Judicial Review of Administrative Action, 115(2) SALJ : 346-364.

1998 The meaning of 'administrative action', 115(4) SALJ : 634-641.

HENNING, PJ VAN R

1968 Die Administratiewe Staat, THRHR (31) 1 – 17.

HESSE K

1981 *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13de Uitgawe, Karls Ruhe : (Muller 1970).

HEYNS C

1990 Reasonableness in a Divided Society, SALJ Vol 107(2) : 279-303.

HIEMSTRA VG

1985 Suid-Afrika terug in die Wêreld langs die weg van 'n Regstaatbeginsel, TSAR 152 – 165.

HIEMSTRA VG, GONIN HL

1986 *Drietalige Regswoordeboek*. Tweede Uitgawe, Juta & Kie Beperk, Kaapstad.

HILL C

1967 *Reformation to Industrial Revolution : A social and economic history of Britian 1530-1780* : Weidenfeld & Nicolson : London.

HLOPE JM

1989 Some Reflections of Constitutional Development in South Africa after the demise of Apartheid, Transkei LJ 5.

1993 Judicial Control of Administrative Action in a Post – Apartheid South Africa – some realities, Acta Juridica : 105-116.

HOEXTER C

2000 The Future of Judicial Review in South African Administrative Law, SALJ Vol 117 Uitgawe 3 : 484-519.

2002 *The Current State of South African Administrative Law* in Hugh Corder en Linda van der Vijver (eds) *Realising Administrative Justice* / editors, Hugh Corder, Linda van der Vijver. : Siber Ink : Cape Town.

2002 *The New Constitutional and Administrative Law*. Volume II, Administrative Law (Red) Iain Currie : Juta Law : Lansdowne.

HOLDSWORTH WS

1944 (1871-1944) *A History of English Law*, 3rd ed : Methuen : London.

¹⁰²⁶ (Voormalige Hoofregter van die Hoogste Hof van Appèl: Aangepaste weergawe van die skrywer se intrede as ere-professor in Privaatreg aan die Universiteit van die Vrystaat, gelewer op 17 Maart 2004)

HUBER U

1766 *Praelectiones Iuris Civilis* Ulrici Huberi Praelectionum Iuris Civilis : Secundum Institutiones Et Digesta Justiniani Huber, Ulrik. Lovanii : Typis Joannis Francisci van Overbeke.

1768 *Heedensdaegse Rechtsgeleertheit, Soo Elders, Als In Frieslandt Gebruikelyk* Huber, Ulrik, Amsterdam : Johannes Rotterdam, 1742. 11 18 *Heedensdaegse Rechtsgeleertheit, Soo Elders, Als In Frieslandt Gebruikelyk* Huber, Ulrik : De Groot en Schouten : Amsterdam.

1939 (1636-1694) *The Jurisprudence of my time translated from the 5th edition by Percival Gane* : Butterworths : Durban.

HUTCHISON D

1999 *Good Faith in the S A Law of Contract* in R Bronsworth, M J Hird and G Howels (eds) : Good Faith in Contract : Concept and Context / edited by Roger Brownsword, Norma J. Hird, and Geraint Howells. Authors: Brownsword, Roger.; Hird, Norma J.; Howells, Geraint G. Published: Aldershot ; Brookfield, Vt. : Ashgate/Dartmouth, c1999.

JACKSON RM

1977 *The Machinery of Justice in England Cambridge* 7th Edition : Cambridge University Press : New York.

JEFFERY AJ

1997 The dangers of direct horizontal application: a cautionary comment on the 1996 Bill of Rights. *Human Rights and Constitutional Law Journal of Southern Africa*. 1997. Vol 1, nommer 1. Februarie: 10-16.

JENNINGS, SIR WI

1959 (1903-1965) *The Law and the Constitution*, 24 5th Edition : University of London Press : London.

JOHNSTON D

1999 *Roman law in context* / David Johnston : Cambridge University Press : New York.

JONES JTR

1997 Battered spouses' actions for damages against unresponsive South African Police, *SALJ* Vol 114, *Uitgawe 2* : 356-370.

JOUBERT WA

1993 *The Law of South Africa*, Vol 9 First Reissue Par 472 : Butterworths : Durban.

JOWELL J

1993 Judicial review of the substance of official decisions, *Acta Juridica* : 117-127.

JOWELL J, LESTER A

1988 *Proportionality : Neither Novell nor dangerous* in Jowell J and Oliver (eds) *New Directions in Judicial review* Published : Stevens : London

JUSTINIAN INSTITUTES

Justinian Codex 3.5.1 *Corpus juris civilis* : codex Justinianus / recognovit Paulus Krueger, 1888-1904 Edition: Editio stereotypa quarta Weidmann, Berlin.

KAHN-FREUND SIR, O, LEVY C, RUDDEN B

1979 *A source-book on French law : system, methods, outlines of contract* / by Sir Otto Kahn-Freund, Claudine Levy and Bernard Rudden ; with a preface by Andre Tunc : Clarendon Press : Oxford.

KANT I

1996 *The Methaphysics of Morals* Translated and edited by Mary Gregor; with an introduction by Roger J Sullivan : Cambridge University Press : Cambridge, New York.
 2001 *Basic Writings of Kant* : Gregor (Ed) : Cambridge University Press : Cambridge, New York.

KENNEDY D

1982 The stages of the decline of the public/private distinction, 130(6) *University of Pennsylvania LR* : 1349-1357.

KERR AJ

1991 The replicatio doli reaffirmed : The exceptio doli available in our law, *SALJ* Vol 108, *Uitgawe* 4, Nov : 583-586.

KIRBY M

1989 Effective Review of Administrative Acts : The Hallmark of a Free and Fair Society; *SAJHR*, Vol 5, *Uitgawe* 3 : 321-344.

KLUG H

1992 Constitutional Reform law. *ASSAL* : 693-729.

KÖTZ H

1986 Controlling Unfair Contract Terms: Options for Legislative Reform . 103 *SALJ* : 405-420.

KRITZINGER MSB, SCHONEES PC, CRONJE UJ

1981 *Groot woordeboek : Afrikaans - Engels : (English - Afrikaans)* 12de uitgawe : Van Schaik, Pretoria.

KRITZINGER MSB, LABUSCHAGNE FJ

1980 *Verklarende Afrikaanse woordeboek* : 7de uitgebreide uitgawe, Van Schaik, Pretoria.

KRUGER J

1991 Regspositivisme en die "ongeskrewe teks" van die (nuwe) Grondwet; *SA Publiekreg*, Vol 6 Nr 2 : 229-238.

LABUSCHAGNE JMT

1992 Audi Alteram Partem in die Administratiefreg : Opmerkinge oor die mensinteraktiewe dimensie van geregtigheid : *De Jure*, Vol 25, *Uitgawe* 1 : 183-195.

1994 Is die Redelike persoon in die Administratiefreg welkom? *SA Publiekreg*, Vol 9, *Uitgawe* 1 : 177-179.

LEON P

1998 A Personal Perspective on Etienne Mureinik's Contribution to South Africa's Final Constitution, *SAJHR*, 1998(14) : 201-207.

LEON T

1998 Etienne Mureinik's Role in Securing and Constitutionalising the Independence of the Universities and Judicial Selection *SAJHR*, 1998(14) : 190-196.

LEWIS C

1990 Demise of the Exceptio Doli: Is There Another Route to Contractual Equity, 107 *SALJ* : 26-44.

LORD IRVINE OF LAIRY, Q C

1996 Judges and Decision makers : The theory and practice of Wednesbury *Review Public Law* : 59-103.

LUBBE GF; SMITS JM

2003 *Remedies in Zuid-Afrika en Europa : bijdragen over privaatrecht en constitutioneel recht in Zuid-Afrika, Nederland en België* : Intersentia : Antwerpen.

MAITLAND FW

1929 (1850 – 1906) *Equity, also The Forms of Action at Common Law*, Published: [Cambridgeshire] : University Press : Cambridge.

MATHEWS AS

1971 *Law, Order and Liberty in South Africa* (1930) : Juta : Cape Town.

1978 *The Darker Reaches of Government*. JUTA, Cape Town.

MATZUKIS NA

1985 *Administrative Law*, ASSAL : 49-68.

1986 *Administrative Law*, ASSAL : 40-69.

MCKENDRICK E

2001 *Human Rights in Private Law : Negligence and Human Rights : Reconsidering Osman*, (red. Friedman D en Barak-Erez D : Hart : Oxford.

MITCHELL JDB

1967 *The Constitutional Implications of Judicial Control of the Administration in the United Kingdom* Cambridge Law Journal, April (1) : 46-61.

MOHAMED I

1989 *Disciplining Administrative Powers – Some South African Prospects, Impediments and Needs*, SAJHR Vol 5, Uitgawe 3 : 345-354.

MOLENGRAAFF ?????

1941 *Acquilius : Immorality and Illegality in Contract*, SALJ 58(3) : 337-353.

MOSS G, OBERY I

1992 *From 'Red Friday' to Codesa Edited and compiled by Glen Moss and Ingrid Obery* : Ravan Press : Johannesburg.

MÜLLER F

1985 *The Judge and unjust law; A German Perspective* Journal for Juridical Science, Vol 10 Number 2 November : 152-165.

MUREINIK E

1989 *Administrative Law*, ASSAL : 494-535.

1993 *Reconsidering Review : Participation and accountability*, Acta Juridica : 35-46.

1994 *A Bridge to where? Introducing the Interim Bill of Rights* SAJHR, Vol 10, PT 1: 31-48.

NEELS JL

1998 *Regsekerheid en die korrigerende werking van redelikheid en billikheid (Deel 1)* TSAR Uitgawe 4 : 702-718.

NEETHLING J

1971 *Enkele idees oor die juridiese aard en inhoud van menseregte en fundamentele vryhede*, Vol 34 Band 2 THRHR : 240-249.

1998 *Persoonlikheidsreg* 4de Uitgawe : Butterworths : Durban.

2000 *Die regsplig van die Polisie om die reg op fisies-psigiese integriteit te beskerm*, Febr THRHR Vol 63, Uitgawe 1 : 150-154.

2001 *Die regsplig van die Staat om die reg op fisies-psigiese integriteit teen derdes te beskerm : Die korrekte benadering tot onregmatigheid, nalatigheid en feitelike kousaliteit*, THRHR Vol 64, Uitgawe 3 : 489-495.

- NEETHLING J, POTGIETER JM, VISSER PJ
2002 *Deliktereg* 4de Uitgawe : Butterworths : Durban.
- NEWMAN RA (ED)
1973 *Equidity in the World's Legal Systems : A comparative Study* : Bruylant : Brussels.
- NICOL M, BELL P
1997 *The making of the constitution : The story of South Africa's Constitutional Assembly, May 1994 to December 1996* : Claremont? : Churchill Murray Publications for the Constitutional Assembly.
- ONDENDAL FF, SCHONEES PC
1979 *HAT : Verklarende Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal*, 2de uitgawe : Perskor, Doornfontein.
- OLIVIER D
1995 *The Constitution and the Application and Development of the Common Law* De Rebus July, Uitgawe 331 : 433-436.
- PARKER C
1991 *The "Administrative Justice" provision of the Constitution of the Republic of Namibia – A constitutional protection of judicial review and tribunal adjudication under administrative Law*, CILSA Vol 24 Uitgawe 1 : 88-104.
- PFAFF R, SCHNEIDER H
2001 *The Promotion of Administrative Justice Act from a German Perspective*, SAJHR Vol 17, PT1 : 59-86.
- PLASKET C
2000 *Protecting the Public Purse : Appropriate Relief and Costs Orders Against Public Officials*, SALJ Vol 117, Uitgawe 1 : 151-158.
2002 *The Exhaustion of Internal Remedies and Section 7(2) of the Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000* : SALJ Vol 119 Uitgawe 1 : 50-62.
- POWELL R
1957 *The Unreasonableness of Reasonable Man*, Current Legal Problems (CLP) 104-126.
- PRINGSHEIM
1921 *Ius aequum und ius strictum* ZSS(RA) 643 ff651.
- RAATH AWG
1988 *Administratiewe regspraak en geregtelike hersiening : Projek 24 van die Suid-Afrikaanse Regskommissie*, THRHR, Mei, Vol 51 : 194-217.
1988 *Administratiewe legaliteit en geregtelike hersiening. Regshervorming van die administratiewe prosesreg?* TRW, Julie 1988, Jaargang 13, Vol 1, : 80-105.
1990 *Audi Alteram Partem in die Suid-Afrikaanse Administratiefreg : 'n Uitweg uit die doolhof* THRHR Vol 53, Nov : 464-487.
1991 *Audi Alteram Partem : Is ons nou op die pad van "Legitimate Expectation"?* THRHR Vol 54, Uitgawe 1, Febr 90-95.
1993 *Legitimate Expectation en die Feniks uit die As* TRW Vol 18, Uitgawe 1, Jul : 75-100.
2005 *Publiekregtelike estoppel, billikheid en die ontwikkeling van die gemenerereg: 'n Vonnisbespreking van Eastern Cape Provincial Government v Contractprops 25 (Pty) Ltd*¹⁰²⁷ n

¹⁰²⁷ (2001) (4) SA 142 (SCA).

Eastern Metropolitan Substructure v Peter Klein Investments (Pty) Ltd¹⁰²⁸ 2005 Tydskrif vir Regswetenskap 30(2) : 133-152.

RAUBENHEIMER J

1961 *Kollegiale Administratiewe Howe in die Republiek van Suid-Afrika*, Proefskrif (Vereeniging): 1.

RAUTENBACH IM

1976 Die begrip menseregte as sistematiserende faktor in die Suid-Afrikaanse Publiekreg, TSAR : 168-189.

1998 "*Die privaat van die Privaatreg*" en die *Handves van Regte*, P99 in *Suprema lex : Essays on the Constitution presented to Marinus Wiechers* edited by Gretchen Carpenter Authors: Carpenter, Gretchen.; Wiechers, Marinus. Published: Durban : Butterworths ; Charlottesville, Va. : LEXIS Law Publishing, C1998.

2000 The Bill of Rights applies to Private Law and Binds Private Persons, TSAR Uitgawe 2 : 296-316.

RAUTENBACH IM, MALHERBE EFJ

1999 *Constitutional Law*, 3rd Edition : Juta : Durban.

REITZ FW

1916 *Twee en sestig uitgesogte Afrikaanse gedigte* (met prentjies) 5de Druk, HAUM V/H Jacques Dusseau en Co : Kaapstad.

ROBSON WA

1951 *Justice and Administrative Law*, 3rd ed, Chapter 4 : Stevens : London.

ROSS A

1929 *Theorie der Rechtsquellen : ein Beitrag zur Theorie des Positiven Rechts auf Grundlage Dogmenschichtlicher Untersuchungen* : Wiener : Leipzig

RUBENFIELD JED

1998 *Freedom and Time*, Acta Juridica.

RUSSEL B

1996 *History of Western Philosophy and its connection with political and social circumstances from the earliest times to the present day* : 2de uitgawe : Routledge : London.

SANDERS AJGM

1971 Die 'Rule of Law' - 'n Gemeenskaplike Westerse Gedragkode, Vol 34, THRHR : 164-174.

SCHLAG P

1996 *Laying Down The Law: Mysticism, Fetishism, And The American Legal Mind* New York University Press : New York.

SEDDON N

1995 *Government Contracts : Federal, State and Local* op 15 : Federation Press : Sydney.

SHAPIRO DL

1984 The death of the up-down distinction, (182) 36 Stanford LR : 465-467.

SIMPSON JA, WEINER ESC

1989 *The Oxford English Dictionary*, 2de uitgawe , Clarendon Press, Oxford.

¹⁰²⁸ (2001) 1 ALL SA 187 (W).

SINGH MP

1985 *German Administrative Law in Common Law Perspective*, 1940 : Springer : Berlin.

SMUTS D

1998 Etienne Mureinik's Contribution to Property Rights SAJHR, 1998(14) : 197-200.

SPRIGMAN, C; OSBORNE, M

1999 Du Plessis is not Dead : South Africa's 1996 Constitution and the Application of the Bill of Rights to Private Disputes" SAJHR25 : 25-51.

STEYN LJ

1997 Contract Law : Fulfilling the reasonable expectations of honest men, LQR 113 : 433-442.

STRAUSS DFM

1999 Plato on Justice as virtue – a safeguard against static metaphysics of being and a post-modern-meaning relativism? – Journal for Juridical Science, Vol 24 Number 2, December: 226-237.

SUID-AFRIKAANSE REGSKOMMISSIE

1998 *Unreasonable Stipulations in Contracts and the Rectification of Contracts* (Report – Project (47), 213 Publisher South African Law Commission : Pretoria.

TAITZ. JL

1982 The application of the audi Alteram Partem Rule in South African Administrative Law, THRHR, Vol 45 : 254-273.

THOMAS PHJ

2002 Laesio enormis outdated, enormous profits not, THRHR Vol 65, Uitgawe 2, May : 247-254.

THORNTON L

1999 The Constitutional Right to Just Administrative Action – are Political Parties Bound? SAJHR, Vol 15, PT3 : 351-371.

TLADI DD

2002 Breathing Constitutional values into the law of contract : Freedom of Contract and the Constitution, De Jure Vol 35, Iss (2) : 306-317.

VAN ASWEGEN A

1995 The implications of a Bill of Rights for the Law of Contract and Delict SAJHR, Vol 11, Uitgawe 1 : 50-69.

VAN DEN HEEVER FP

1943 *The partiarian agricultural lease in South African Law*, (Outeur Van den Heever Toon, 1894 – 1956) : Juta : Kaapstad.

VAN DER GINTEN WCL

1978 *Redelijkheid en billijkheid in het overeenkomstenrecht* Authors Van der Ginten, Willem Christiaan Leonard. Published : Noord-Hollandsche U.M. : New York.

VAN DER KEESEL DG

1961 *Praelectiones juris Hodierni ad Hugonis Grotii introductionem ad jurisprudentiam Hollandicam* Voorlesinge oor de Hendaagse reg na aanleiding van De Groot se "Inleiding tot de Hollandse rechtsgeleerdheid uitgegee deur professore van die Universiteit van Pretoria; teks versorg deur P van Wamelo, L I Coertze, H L Gonin, in Afrikaanse vertaal deur H L Gonin in oorleg met D Pont. Balkema, Amsterdam. (TM 24 op Grotius 1 2 22).

VAN DER LINDEN J

The selective Voet being the Commentary on the Pandects (Paris, edition of 1829) / by Johannes Voet (1647-1713) ; and the supplement to that work by Johannes van der Linden (1756-1835) ; translated with explanatory notes and notes of all South African reported cases by Percival Gane : 1955-1958 : Butterworth : Durban.

VAN DER MERWE CG

1967 *Contra Naturam sui generis*, (2) *Codicillus* 8-12.
1970 *Skuldlose Aanspreeklikheid vir Skade veroorsaak deur diere* (LLD-verhandeling Unisa) 58
1994 *The Defence of Conduct of a Third Party in view of the Rationale for Strict Liability in terms of the pauperian action revisited* : SALJ Vol 111, Uitgawe 1, Febr 1994 : 47-54.

VAN DER MERWE D

1992 *Van Internalities na eksternalities Gemeeneregsvinding of : Hoe 'n mens bepaal wat die wat en die hoe van die Gemeenereg is*; TSAR (4) : 730-739.

VAN DER MERWE CG, RABIE MA

1993 *Law of South Africa* (Lawsa) *Animals*, Vol 1, 1ste heruitreiking, 225-238 : Butterworths : Durban.

VAN DER MERWE NJ, OLIVIER PJJ

1989 *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 6de Uitgawe : 486.

VAN DER VYVER JD

1973 *Die juridiese sin van die leerstuk van menseregte*; LLD Tesis UP Gepubliseer Pretoria
1975 *Die beskerming van menseregte in Suid-Afrika* Vol 1, Juta : Kaapstad.
1976 *Seven Lectures on Human Rights*, Juta, Cape Town.
1977 *The State, the Individual and Society*, SALJ 94(3) : 291-305.
1994 *The private sphere in constitutional litigation* Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg Vol. 57, Iss 3, p.378-395.

VAN DER WALT JC

1988 *Ons Regswetenskaplike Verbondenheid met Europa* : Tydskrif vir Regswetenskap; Jaargang 13, Nommer 1, Julie : 1-13.

VAN DER WALT JWG

1997 *Perspectives in Horizontal Application* : *Du Plessis v De Klerk* revisited ,SA Public Law vol 12 Nr 1 : 1-31.
2000 *Die Toekoms van die onderskeid tussen die Publiekreg en die Privaatreg in die lig van die horisontale werking van die Grondwet* Deel 1 TSAR, Uitgawe 3 : 416-427 en Deel 2 TSAR, Uitgawe 4 : 605-618.
2001 *Progressive Indirect Horizontal Application of the Bill of Rights : Towards a Co-operative Relation Between Common Law and Constitutional Jurisprudence*, SAJHR Vol 17 Part 3 : 341-363.

VAN DER WERF HG

1982 *Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht : enkele beschouwingen over goede trouw, redelijkheid en billijkheid in het huidige en het komende contractenrecht* / door H G van der Werf. Authors : Werf, H G van der, 1940 – Published : Arnhem : Gouda Quint.

VAN EIKEMA HOMMES H J

1978 *Die Materiële Regstaatidee*, TSAR 42-52 (April uitgawe).

VAN HUUSTEEN LF

1980 *Onbehoorlike beïnvloeding en misbruik van omstandighede in die Suid-Afrikaanse verbintenisreg : ('n historiese en regsvergelijkende ondersoek)* / L.F. van Huyssteen. 128 n5 : Juta : Kaapstad.

VAN WINSTEN LDEV, EKSTEEN JPG, CILLIERS AC, HERBSTEIN

1979 *The Civil Practice of the Superior Courts in South Africa*, Third Edition, Juta Co Ltd, Cape Town.

VAN WYK DH

1982 *Suid-Afrika en die Regstaatidee*, TSAR 152-169.

VAN WYK D

1991 The making of the Namibian Constitution : Lessons for Africa CILSA, Vol 24, NO 3 : 341-351.

1994 *Rights and Constitutionalism in the New South African Legal Order* : Juta : Kenwyn.

1997 Administrative Justice in *Bernstein v Bester en Nel v Le Roux SAJHR*, Vol 13, Uitgawe 2 : 249-257.

VAN WYK, DUGARD, DE VILLIERS, DAVIS

1994 *Rights and Constitutionalism : The New South African Legal Order*, 1st Edition : Juta : Kenwyn.

VAN ZYL DH

1979 *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg*, Butterworth : Durban.

1983 Die Regsvergelykende Metode, Vol 46, Nummer 1 THRHR: 1-13.

1986 Aspekte van Billikheid in die Reg en Regspleging, *De Jure*, Vol 19 : 110-131.

1988 The Significance of the concepts 'Justice' and 'Equity' in Law and Legal thought SALJ, Vol 105, Uitgawe 2, May : 272-290.

1990 Antieke Regsfilosofie in Perspektief : *Journal for Juridical Science*, Vol 15 Number 1 : 113-122.

1991 Cicero and Grotius THRHR, Vol 54, Uitgawe 5, Nov: 753-758.

1991 *Justice and Equity in Greek and Roman Legal Thought* Pretoria Academica.

1995 *Pro Lege, Grege et Rege, Huldigingsbundel W A Wessels*, Red. AWG Raath, JfG Cilliers en AJ Ellis : University of the Free State : Bloemfontein.

VENTER F

1973 The withering of the rule of law, Vol 8, *Speculum Juris* : 69-88.

VILJOEN H

1990 Nogmaals Traub SA Publiekreg Vol 5, Uitgawe 2 : 277-284.

VISSER DP

1985 *Daedalus in the Supreme Court – the common law today* – Cape Town, University of Cape Town, Intreerede gelewer op 1 Mei 1985.

VISSER PJ

1995 A Successful Constitutional Invasion of Private Law; THRHR, Vol 58, Uitgawe 4,, Nov : 745-750.

1996 Geen afsonderlike eis om grondwetlike skadevergoeding nie THRHR, Vol 59 Uitgawe 4, Nov : 695-700.

1996 Horisontaliteit van Fundamentele Regte afgewys; *Potgieter v Killian*¹⁰²⁹, THRHR Vol 59, Uitgawe 3 : 510-514.

1997 Enkele Gedagtes oor die moontlike invloed van fundamentele regte ten aansien van die fisies-psigiese integriteit op deliktuele remedies THRHR Vol 60, Uitgawe 3, Aug : 495-504.

¹⁰²⁹ 1995(1) BCLR 1498(N).

VOET 116

1955-1958 *The selective Voet : being the Commentary on the Pandects (Paris edition of 1829) / by Johannes Voet. And the Supplement to that work / by Johannes van der Linden; translated with explanatory notes and notes of all South African reported cases by Percival Gane.* Authors : Voet, Johannes, 1647-1713 : Linden, Joannes van der, 1756-1835; Gane, Percival (Percival Carleton), 1874-; Roberts, A A (Alfred Adrian) Published Butterworths : Durban.

WACKS R

1984 *Judges and Injustice*, 101(2) SALJ : 266-285.
1987 *Ideas on the Judicial Process* (1987)3 SAJHR : 300.

WADE ECS

1959 *Intro to Dicey*, Authors : Dicey AV, 1835-1922; Wade ECS 1895,1961[1959] : Published MacMillan : London.

WADE HWR

1979 *Administrative Law*, fourth edition, Oxford University Press, Oxford Clarendon Press : New York.
1982 *Administrative Law*, fifth Edition, Oxford University Press : Oxford Clarendon Press : New York.

WADE W

1989 *Constitutional fundamentals / by Sir William Wade* : Stevens & Sons : London.

WHITE J

1998 *Open Democracy : Has the window of Opportunity Closed* SAJHR, Vol 14, Gedeelte 1 : 65-76.

WIECHERS M

1966 *Die Kwasië-Judisiële Administratiewe Handeling*, THRHR Vol 29 : 201-219.
1967 *Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg*, THRHR, Vol 30 : 309-329.
1984 *Administratiefreg*, Tweede Uitgawe : Butterworths : Durban.
1993 *Administrative Law and the Benefactor State*, Acta Juridica : 248-262.

WOLHUTER R

1996 *Horizontality in the Interim and Final Constitutions* SA Publiekreg, Vol 11, Uitgawe 2: 512-527.

WOOLMAN S

2000 *Civilisation and its Malcontents : President of the Republic of SA v South African Rugby Football Union*, SAJHR Vol 16 Part 2 : 350-363.

WOOLMAN S, DAVIS D

1996 *The Last Laugh: Du Plessis v De Klerk, Classical Liberalism, Creole Liberalism and the Application of Fundamental Rights under the Interim and the Final Constitutions* 1996 SAJHR, Vol 12, Part 3 : 361-404.

ZIMMERMANN R

1990 *The law of Obligations : Roman Foundations of the Civil Tradition* : Juta : Cape Town.

ZIMMERMANN R, VISSER D

1996 *Southern Cross : Civil and Common Law in South Africa* : Juta : Kenwyn.



Hofsake - Suid-Afrikaanse Regspraak

- AAA Investments (Pty) Limited v Micro Finance Regulatory Council and Another 2004(6) SA 557 (T)
- ABBM Printing and Publishing (Pty) Limited v Transnet Limited 1997(10) BCLR 1429 (W); 1998(2) SA 109 (W)
- Abbot Municipal Corporation in Roodepoort Settlement Committee v Retief 1951(1) SA 73 (O)
- Administrateur Natal v Trust Bank van Afrika Beperk 1979(3) SA 824 (A)
- Administrator Cape v Ntshwaquele 1990(1) SA 705 (A)
- Administrator Natal v Sibiya 1992(4) SA 532 (A)
- Administrator Transvaal & Firs Investment (Pty) Limited v Johannesburg City Council 1971(1) SA 56 (A)
- Administrator Transvaal v Bryden 1993(3) SA 1 (A)
- Administrator Transvaal v Traub 1989(4) SA 731 (A)
- Administrator Transvaal v Zenzile 1991(1) SA 21 (A)
- Advance Mining Hydraulics (Pty) Limited v Botes 2000(1) SA 815 (T)
- Afrika v Metzler 1997(4) SA 531 (NmHc) 539
- Afrox Healthcare Beperk v Strydom 2002(6) SA 21 (HHA)
- Aluchem (Pty) Limited and Another v Minister of Mineral and Energy Affairs and others 1985(3) SA 626 (T)
- Ampofo v MEC for Education, Arts, Culture, Sports and Recreation, Northern Province 2002(2) SA 215 (T)
- ANC (Border Branch) v Chairman Council of State of the Republic of Ciskei 1992(4) SA 434 (CK).
- Anchor Publishing Company (Pty) Limited and Another v Publications Appeal Board 1987(4) SA 708 (N)
- Aquafund (Pty) Limited v Premier of Western Cape 1997(7) BCLR 907(C)
- Aris Enterprises (Finance) (Pty) Limited v Protea Assurance Co Limited 1981(3) SA 274 (A)
- Associated Institutions Pension Fund and Others v Van Zyl and Others 2005(2) SA 302 (SCA)
- Association of Chartered Certified Accountants v Chairman, Public Accountants and Auditor's Board 2001(2) SA 980 (W)
- Attorney-General, OFS v Cyril Anderson Investments (Pty) Limited 1965(4) SA 628 (A)
- Awumey and Another v Fort Cox Agricultural College and Others, 2003(8) BCLR 861 (CK); 2003 JOL 11162 (CK);
- Bam v Minister of Justice 1976(4) SA 643 (TK)
- Bank of Lisbon and South Africa Limited v De Ornelas 1988(3) SA 580 (A)
- Basson v Provincial Commissioner (Eastern Cape), Department of Correctional Services 2003(4) BLLR 341 (LC), 2003 JOL 10780 (LC)

Bato Star Fishing (Pty) Limited v Minister of Environmental Affairs and Tourism aa 2004(4) SA 490 (CC)

Bechler and Others v Minister of the Interior 1948(3) SA 806 (A)

Beckman v Minister of the Interior 1962(2) SA 223 (E)

Beier v Minister of the Interior and Others 1948(3) SA 409 (A)

Benson v S A Mutual Life Assurance Society 1986(1) SA 776 (A)

Bernstein and Others v Bester and Others NNO 1996(2) SA 751 (CC); 1996(4) BCLR 449 (CC)

Bester v Sol Plaatje Municipality and Others 2004(2) ALL SA 31 (NC)

Birch v Klein Karoo Agricultural Co-op Limited 1993 (3) SA 403 (A)

BK Tooling (Edms) Beperk v Scope Precision Engineering (Edms) Beperk 1979(1) SA 391 (A)

Bloemfontein Town Council v Richter 1938 AD195

Boesak v Chairman Legal Aid Board and Others 2003(6) SA 382 (T)

Boesak v Minister of Home Affairs and Another 1987(3) SA 665 (CPD)

Bolandse Eksekuteurskamer Beperk v Dorpsraad van Gouda 1973(1) SA 592 (K)

Bongopi v Chairman of the Council of State Ciskei 1992(3) SA 250 (CK)

Brisley v Drotzky 2002(4) SA 1 (A)

BTR Industries South Africa (Pty) Limited v Metal and Allied Workers Union 1992(3) SA 673 (A)

Bullock NO and others v Provincial Government of North West Province and Another 2004(2) ALL SA 249 (SCA); 2004 JOL 12570 (SCA); 2004(5) SA 262 (SCA)

Burger v Central South African Railways, 1903 TS 571

Burghersdorp Municipality v Coney 1936 CPD 305

Bushbuck Ridge Border Committee v Government of the Northern Province 1999(2) BCLR 193 (T)

Cabinet of the Transitional Government for the Territory of South West Africa v Eins 1988(3) SA 369 (A)

Cape Metropolitan Council v Metro Inspection Services Western Cape CC 2001(3) SA 1013 (SCA).

Carephone (Pty) Limited v Marcus NO 1999(3) SA 304 (AAH) op 315; 1998(19) ILJ 1425 (LAC)

Carmichele v Minister of Safety and Security and Another (Centre for Applied Legal Studies Intervening) 2001(4) SA 938 (CC)

Castel v Metal and Allied Workers Union 1987(4) SA 795 (A)

Cekeshe v Premier for the Province of the Eastern Cape 1997(12) BCLR 1746 (TK)

Chairman, Board on Tariffs and Trade v Teltron (Pty) Limited 1997(2) SA 25 (A)

Chairperson : Standing Tender Committee and Others v JFE Sapela Electronics (Pty) Limited and Others 2005(4) ALL SA 487 (SCA)

Chairperson's Association v Minister of Arts and Culture and Others 2006(2) SA 32 (T)

Chief Constable Pietermaritzburg v Ishim 1908 NLR 338

City Council of Pretoria v Modimola 1966(3) SA 250 (A),

Clan Court CC v Gauteng Provincial Liquor Board and Others 2003 JOL 11223 (T)

Claude Neon Limited v Germiston City Council 1995(3) SA 710 (W).

Coetzee v Government of the Republic of South Africa 1995(4) SA 631 (CC)

Collector of Customs v Cape Central Railways Limited (1889) 6 SC 402

Commercial Business Brokers v Hassen 1985(3) SA 583 (N)

Commissioner for Inland Revenue v The Master 1957(3) SA 693 (C)

Commissioner for the SAPS v Maimela and Another 2003(3) ALL SA 298 (T)

Commissioner of Customs and Excise v Container Logistics' (Pty) Limited : Commissioner of Customs and Excise v Rennies Group Limited t/a Renfreight 1999(3) SA 771 (HHA).

Commissioner, South African Revenue Service v Hawker Aviation Services Partnership and Others 2005(5) SA 283 (T)

Compass Waste Services (Pty) Limited v Northern Cape Tender Board and Others [2005] 4 ALL SA 425 (NC)

Corium (Pty) Limited and Others v Myburgh Park Langebaan (Pty) Limited and Others, 1995(3) SA 51 (C).

Council of Review, SADF v Mönnig 1992(3) SA 482 (A)

Dawnlaan Beleggings (Edms) Beperk v Johannesburg Stock Exchange 1983(3) SA 344 (W).

De Beer v Health Professions Council of South Africa 2004 JOL 12606 (T)

De Beer v Keyser 2002(1) SA 827 (SCA).

De Klerk and Another v Du Plessis and Others 1995(2) SA 40 (T); 1996(3) SA 850 (CC)

De Lange v Smuts NO 1998(3) SA 785 (CC)

De Wet v Western Bank Limited 1979(2) SA 1031 (A)

Derby Lewis v Chairman, Amnesty Committee of the Truth and Reconciliation Commission 2001(3) SA 1033 (C)

Despatch High School v Head Department of Education Eastern Cape and Others 2003(1) SA 246 (CKH)

Dilokong Chrome Mines (Edms) Beperk v Direkteur-Generaal van die Department van Handel en Nywerheid 1992(4) SA 1 (A)

Directory Advertising Cost Cutters v Minister for Posts Telecommunications and Broadcasting 1996(3) SA 800 (T)

Dladla v Administrator Natal 1995(3) SA 769 (N)

Du Plessis and Others v De Klerk and Another 1996(5) BCLR 658 (CC), 1996(3) SA 850 (CC)

Du Plooy v Minister of Correctional Services and Others 2004(3) ALL SA 613 (T)

Du Preez v Truth and Reconciliation Commission 1997(3) SA 204 (A); 1997(4) BCLR 531 (A)

Dunn v Minister of Defence and Others 2006(2) SA 107 (TPD).

Durban City Council v Glenmore Supermarket and Café 1981(1) SA 470 (D)

Durban City Council v Local Transportation Board 1964(3) SA 224 (D)

Durban Rent Board v Edgemount Investments Limited 1946 AD 962

Durbsinvest (Pty) Limited v Town and Regional Planning Commission, Kwa Zulu-Natal 2001(4) SA 103 (N)

During NO v Boesak 1990(3) SA 661 (A)

Earthlife Africa (Cape Town) v Director General : Department of Environmental Affairs and Tourism and Another 2005(3) SA 156 (C)

East London Western District Farmer's Association v Minister of Education and Development Aid 1989(2) SA 63 (A),

Eastern Cape Provincial Government v Contractprops 25 (Pty) Limited 2001(4) SA 142 (SCA)

Eastern Metropolitan Substructure v Peter Klein Investments (Pty) Limited 2001(1) ALL SA 187 (W); 2001(4) SA 661 (WLD)

Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Beperk v Saayman NO 1997(4) SA 302 (SCA)

Embling v Headmaster, St Andrews College (Grahamstown) 1991(4) SA 458 (ECD)

Estate Geekie v Union Government 1948(2) SA 494 (N)

Everett v Minister of the Interior 1981(2) SA 453 (C)

Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly : In re Certification of the Republic of South Africa 1996(4) SA 744 (CC)

Ex parte Nell 1963(1) SA 754 (A)

Faircape Property Developers (Pty) Limited v Premier, Western Cape 2000(2) SA 54 (K)

Farr v Mutual and Federal Insurance Co Limited 2000(3) SA 684 (C)

Fedsure Life Assurance Limited and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council and Others 1998(12) BCLR 1458 (CC); 1998(2) SA 1115 (SCA); 1999(1) SA 374 (CC)

Feldman (Pty) Limited v Mall 1945 AD 733

Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek v Powell NO and Others 1996(1) SA 984 (CC)

Financial Services Board v Pepkor Pension Fund 1999(1) SA 167 (C)

Food Corp (Pty) Limited v Deputy Director-General, Department of Environmental Affairs and Tourism : Branch Marine and Coastal Management and Others 2004(5) BCLR 487 (C); 2005(1) ALL SA 531 (SCA); 2006(1) ALL SA 277 (C); 2006(2) SA 199 (C); 2006(2) SA 199 (CPD)

Fose v Minister of Safety and Security 1997(3) SA 786 (CC)

Foster v Chairman, Commission for Administration 1991(4) SA 403 (K)

Frazer v Children's Court, Pretoria North 1996(8) BCLR 1085 (T).

- G v Superintendent, Groote Schuur Hospital 1993(2) SA 255 (K)
- Gallagher v Norman's Transport Lines (Pty) Limited 1992(3) SA 500 (W)
- Gamevest (Pty) Limited v Regional Land Claims Commissioner, Northern Province and Mpumalanga and Others, 2003(1) SA 373 (SCA)
- Gardener v Whitaker 1995(2) SA 672 (E)
- Gauteng Gambling Board v Silverstar Development Limited and Others 2005(4) SA 67 (SCA)
- Geuking v President of the Republic Of South Africa and Others 2002(1) SA 204 (CPD)
- Gold Fields Limited v Cornellan NO and Others 2005(3) ALL SA 142 (W)
- Goldberg and Others v Minister of Prisons 1979(1) SA 14 (A)
- Goldberg v Carstens 1997(2) SA 854 (C)
- Goldberg v Minister of Prisons 1979(1) SA 14 (A)
- Goodman Bros (Pty) Limited v Transnet Limited 1998(4) SA 989 (W)
- Goodman Brothers (Pty) Limited v Transnet Limited 1998(8) BCLR 1024 (W)
- Governing Body Mikro Primary School and Another v Minister of Education, Western Cape and Others 2005(3) SA 504 (C)
- Government of Republic of Bophuthatswana v Moletsane 1992(3) SA 800 (A)
- Government of the Province of Kwa Zulu-Natal v Ngwane 1996(4) SA 943 (A).
- Government of the Republic of South Africa v Grootboom 2000(11) BCLR 1169 (CC)
- Greyling WC and Erasmus (Pty) Limited v Johannesburg Local Road Transportation Board 1982(4) SA 427 (A)
- Greys Marine Hout Bay (Pty) Limited and Others v Minister of Public works and Others 2004(3) ALL SA 446 (C); 2005(3) ALL SA 33 (SCA);
- Hamata and Another v Chairperson, Peninsula Technikon Internal Disciplinary Committee and Others, 2002(5) SA 449 (SCA)
- Hammond-Tooke v Stadsclerk van Pretoria en sewe soortgelyke ander sake 1989(3) SA 977 (T)
- Harksen v President of South Africa and Others 2000(2)SA 825(CC) / 2000(1) SACR 300; 2000(5) BCLR 478 (CC)
- Hart v Van Niekerk NO 1991(3) SA 689 (W)
- Hartman v Chairman, Board for Religious Objection 1987(1) SA 922 (O)
- Hassan Khan v Immigration Officer 1915 CPD 655
- Hayes and Another v Minister of Finance and Development Planning, Western Cape and Others 2003(4) SA 598 (C)
- Hayes and Another v Minister of Housing, Planning and Administration, Western Cape and Others 1999(4) SA 1229 (C)

Herbst v Dittmar 1970(1) SA 238 (T)

Highfield Milling Co (Pty) Limited v A E Wormald and Sons 1966(2) SA 463(E)

Highstead Entertainment (Pty) Limited t/a "The Club" v Minister of Law and Order 1994(1) SA 387 (C)

Hira and Another v Booyesen and Another 1992(4) SA 69 (A)

Hoffmann v South African Airways 2001(1) SA 1 (CC)

Hofmeyer v Minister of Justice and Another 1992(3) SA108 (C)

Hoisain v Town Clerk, Wynberg 1916 AD 236

Hoisain v Town Clerk, Wynberg Municipality 1916 AD 236

Hugo v President of the Republic of South Africa 1996(4) SA 1012 (D)

In Re Dube 1979(3) SA 820 (NPD)

In Re Willem Kok en Nathaniel Balie 1879 BUCH 45

Inkhata Freedom Party v Truth and Reconciliation Commission 2000(5) BCLR 534 (C); 2000(3) SA 119 (C)

Inter-Science Research and Development Services (Pty) Limited v Republica Popular de Mocambique 1980(2) SA 111 (T)

Inter-Science Research and Development Services (Pty) Limited v Republica Popubar de Mocambique 1980(2) SA 111(T)

Jacobs v Waks 1992(1) SA 521 (A)

Jajbhay v Cassim 1939 AD 537

Jajbhuy v Cassim 1939 AD 537,

Jamile v African Congregational Church 1971(3) SA 836 (D)

Janse van Rensburg NO and Another v Minister of Trade and Industry NNO NO and Another 2001(1) SA 29 (CC)

Janse van Rensburg v Grieve Trust CC 2000(1) SA 315 (C)

Jayiya v MEC for Welfare, Eastern Cape Provincial Government 2003(2) ALL SA 223 (SCA)

Jeeva v Receiver of Revenue, Port Elizabeth 1995(2) SA 433 (SE)

Jenkins v Government of the Republic of South Africa, 1996(3) SA 1083 (TK); 1996(8) BCLR 1059 (TK)

JFE Sapela Electronics (Pty) Limited and Another v Chairperson: Standing Tender Committee and Others 2004(3) ALL SA 715 (C)

Jicama 17 (Pty) Limited v West Coast District Municipality 2006(1) SA 116 (C)

Jockey Club of SA v Forbes 1993(1) SA 649 (A)

Jockey Club of South Africa v Transvaal Racing Club 1959(1) SA 441 (A)

Johannesburg City Council v Administrator, Transvaal 1969(2) SA 72 (T)

Johannesburg Local Road Transportation Board v David Morton Transport Limited 1976(1) SA 887 (A)

Johannesburg Municipal Pension fund and others v City of Johannesburg and others 2005(6) SA 273 (WLD)

Johannesburg Municipality v African Realty Trust Limited 1927 AD 163

Johannesburg Municipality v Davies 1925 AD 395

Johannesburg Stock Exchange and Another v Witwatersrand Nigel Ltd and Another 1988 (3) SA 132 (A).

Kalla and Another v The Master and Others 1995(1) SA 261 T 1994(4) BCLR 79 (T)

Kauluma v Minister van Verdediging 1987(2) SA 833 (A)

Kayamandi Town Committee v Mkhwaso 1991(2) SA 630 (K)

Kemp NO and Others v Van Wyk and Others 2004(2) ALL SA 286 (T); 2004 JOL 12621(T)

Kemp NO v Van Wyk 2005(6) SA 519 (SCA)

Kent v Transvaalsche Bank 1907 TS 765

Khumalo v Holomisa 2002(5) SA 401 (CC)

Kimberley Girls High School and another v Head of Department of Education, Northern Cape-Province and others 2005(1) ALL SA 360 (NC); 2003 JOL 11106 (NC).

Kotzé v Minister of Health 1996(3) BCLR 417 (T)

Kynoch Feeds (Pty) Limited v CCMA 1998(4) BCLR 384 (LC)

Laerskool Middelburg en 'n Ander v Departementshoof Mpumalanga Departement van Onderwys en Andere 2003(4) SA 160 (T)

Landmark Investments (Pty) Limited v Port Elizabeth Municipality 1968(2) SA 693 (OK)

Lategan and Others v Lategan NO and Others 2003(3) ALL SA 204 (D)

Laubscher v Native Commissioner, Piet Retief 1958(1) SA 546 (A)

Law Society, Northern Provinces (Incorporated as The Law Society of the Transvaal) v Maseka and another 2005(6) SA 372 (B)

Lazarides v Chairperson of the Firearms Appeal Board and Others 2006(1) ALL SA 396 (T)

Leach v Secretary for Justice, Transkeian Government 1965(3) SA 1 (OK)

Lebowa Granite (Pty) Limited v Lebowa Mineral Trust 1999(8) BCLR 908 (T); SIEN OOK 1999(4) 375 (T)

Liberty Life Association of Africa Limited v Kachelhoffer NO 2005(3) SA 69 (C)

Lipschitz No v SA Pharmacy Board 1985(2) SA 702 (K)

Livestock and Meat Industries Control Board v Garda 1961(1) SA 342 (A).

Livestock and Meat Industry Control Board v Robert S William (Pty) Limited 1963(4) SA 592 (T)

Logbro Properties CC v Bedderson NO and Others 2003(2) SA 460 (SCA)

Loriza Brahman v Dippenaar 2002(2) SA 477 (HHA)

Loxton v Kenhardt Liquor Licensing Board 1942 AD 275

Mackeson v Minister of Information, Immigration and Tourism and Another 1980(1) SA 747 (ZR)

Mafongosi and Others v United Democratic Movement and Others 2003(1) ALL SA 441 (TK); 2003 JOL 10607 (TK)

Magingxa v National Commissioner, SA Police Service and Others 2003(4) SA 101 (TK)

Magna Alloys en Research (SA) (Pty) Limited v Ellis 1984(4) SA 874 (A)

Mahambehlala v Member of the Executive Council for Welfare, Eastern Cape Provincial Government 2001(9) BCLR 899 (SE)

Maharaj v Chairman, Liquor Licensing Board 1997(1) SA 273 (N)

Mahlaela v De Beer NO 1986(4) SA 782 (T)

Makhasa v Minister of Law and Order Lebowa Government 1988(3) SA 701 (A)

Maleka v Health Professionals Council of SA and Another 2005(4) ALL SA 72 (ECD)

Mandela v Minister of Prisons 1983(1) SA 938 (A); 1981(1) SA 531 (C)

Manong & Associates v Director-General Public Works and Others 2003 JOL 12347 (C)

Marais v Democratic Alliance 2002(2) BCLR 171 (C)

Marais v Groenewald 2001(1) SA 634 (T)

Marlin v Durban Surf Club 1942 AD 112

Masamba v Chairperson Western Cape Regional Committee, Immigrants Selection Board and Others 2001(12) BCLR 1239 (C)

Mathebe v Regering van die Republiek van Suid-Afrika 1988(3) SA 667 (A)

Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison 1994(4) SA 592 (SE); 1995(10) BCLR 1382 (CC)

MEC, Department of Finance, Economic Affairs and Tourism Northern Province v Mahumani 2005(2) ALL SA 479 (SCA)

MEC, Public Works, Roads and Transport, Free State and Another v Morning Star Minibus Hiring Services (Pty) Limited and Others 2003(4) SA 429 (O)

Member of the Executive Council for Development Planning and Local Government, Gauteng v Democratic Party 1998(4) SA 1157 (CC)

Mercian Investments (Pty) Limited v Johannesburg City Council 1990(1) SA 560 (W)

Meskin NO v Anglo-American Corporation of South Africa Limited 1968(4) SA 793 (W)

Metal and Allied Workers Union v Castell 1985(2) SA 280 (D)

Metro Projects CC and Another v Klerksdorp Local Municipality and Others 2004(1) ALL SA 504 (SCA); 2003 JOL 11590; 2004(1) SA 16 (SCA)

Mfolo v Minister of Education, Bophuthatswana 1992(3) SA 181 (B)

Mhlambi v Matjhabeng Municipality and Another 2003(5) SA 89 (O)

Middelburg Municipality v Gertzen 1914 AD 544,

Mills and Sons v Trustees of Benjamin Brothers (1876) 6 BUCH 115

Minister of Correctional Services v Tobani 2003(5) SA 126 (ECD)

Minister of Environmental Affairs and Another v Pepper Bay Fishing (Pty) Limited, Minister of Environmental Affairs and Another v Smith 2003(4) ALL SA 1 (SCA); 2003 JOL 11448; 2004(1) SA 308 (SCA)

Minister of Environmental Affairs and Tourism and Another v Scenematic Fourteen (Pty) Limited 2005(2) ALL SA 239 (SCA)

Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others v Bato Star Fishing (Pty) Limited 2003(6) SA 407 (SCA)

Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others v Phambili Fisheries and Another 2003(2) ALL SA 616 (SCA)

Minister of Health and Another v New Clicks South Africa (Pty) Limited and Others 2006(2) SA 311 (CC) (New Clicks)

Minister of Home Affairs v Eisenberg and Others 2003(8) BCLR 838 (CC)

Minister of Justice v Firststrand Bank Limited and Others 2003(6) SA 636 (SCA)

Minister of Law & Order v Pavlicevic 1989(3) SA 679 (A)

Minister of Law and Order v Argus Printing & Publishing Co Limited 1990(1) SA 1058 (A)

Minister of Law and Order v Hurley 1986(3) SA 568 (A),

Minister of Law and order v Kadir 1995(1) SA 303 (A)

Minister of Safety and Security and Another v Nombungu and Others 2004(4) SA 392 (T)

Minister of Safety and Security v Mashego and Others 2003(6) BLLR 578 (LC)

Minister of Safety and Security v Van Duivenboden 2002(6) SA 431 (SCA)

Minister of the Interior v Lockhat 1961(2) SA 587 (A)

Minister van Polisie v Ewels 1975(3) SA 590 (A)

Mlanga v Member of the Executive for Welfare, Eastern Cape 2001(4) SA 1037 (LAC)

Mnyaka v MEC, Department of Social Development, Eastern Cape 2005(2) ALL SA 535 (SE)

Moeca v Addisionele Kommissaris, Bloemfontein 1981(2) SA 357 (O)

Mohammed v Minister of Correctional Services and Others 2003(6) SA 169 (SECLD)

Mokoena v Commissioner of Prisons 1985(1) SA 368 (W)

Moletsane v Premier of the Free State 1996(2) SA 95 (O)

Moletsane v The Premier of the Free State 1995(9) BCLR 1885 (O)

Monnakale v Government of the Republic of Bophuthatswana 1991(1) SA 598 (B)

Mort v Henry Shields-Chiat 2001(1) SA 464 (C)

Moses v Minister of Safety and Security 2000(3) SA 106 (K)

Motala v University of Natal 1995(3) BCLR 374 (D)

Motsepe v Commissioner for Inland Revenue 1997(2) SA 898 (CC)

Moult v Minister of Agriculture and Forestry, Transkei, 1992(1) SA 688 (TK).

Mpongwana v Minister of Safety and Security, 1999(2) SA 794 (K)

Mtati v Minister of Justice, 1958(1) SA 221 (A)

Mutavdzic v Schrader 1966(4) SA 678 (SWA)

Mzamba Taxi Owners' Association and Another v Bizana Taxi Association and others 2006(2) SA 154 (SCA)

Naidenov v Minister of Home Affairs 1995(7) BCLR 891 (T)

NALA Local Municipality and Another v Lejweleputswa District Municipality and Others 2005(3) ALL SA 571 (O)

National and Overseas Modular Construction Limited v Tender Board, Free State Provincial Government and Another, 1999(1) SA 701 (O)

National Media Limited v Bogoshi 1998(4) SA 1196 (HHA)

National Transport Commission v Chetty's Motor Transport (Pty) Limited 1972(3) SA 726 (A)

Ndindwa v Mnguma Local Municipality 2003 JOL 11026 (TK)

Nel and Another NNO v The Master (ABSA Bank Limited and Others intervening) 2005(1) SA 276 (SCA)

Nel v Cloete 1972(2) SA 150 (A)

Nel v Le Roux NO 1996(3) SA 562 (CC)

Nel v Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad 1996(4) SA 1120 (T)

Nephawe v Premier of Limpopo Province and Another 2003 JOL 10972 (T)

Netherburn Engineering CC t/a Netherburn Ceramics v Mudau and Others 2003(24) ILJ 1712 (LC)

New Clicks South Africa (Pty) Limited v Tshabalala-Msimang and Another NNO : Pharmaceutical Society of South Africa and Others v Tshabalala-Msimang and Another NNO 2005(2) SA530 (C) (New Clicks CPD)

New Clicks South Africa (Pty) Limited v Tshabalala-Msimang NO and Another NNO; Pharmaceutical Society of South Africa And Others v Tshabalala-Msimang and Another NNO, 2005 (2) SA 530 (C) (New Clicks CPD);

Ngema v Minister of Justice, Kwa Zulu, Chule v Minister of Justice Kwa Zulu 1992(13) ILJ 836 (N)

Niewoudt v Chairman, Amnesty Subcommittee Truth and Reconciliation Commission 2002(3) SA 143 (C)

Nkumbi v Minister of Law and Order, 1991(3) SA 29 (OK)

Nomala v Permanent Secretary, Department of Welfare 2001(8) BCLR 844 (E)

Nontembiso Norah Kate v The Member of the Executive Council for the Department of Welfare, Eastern Cape (SEC&LD 1907/03 unreported)

Nontenja v Director of Prosecutions, Umtata and another 2003 JOL 10614 (TK);

Northwest Townships (Pty) Limited v Administrator, Transvaal 1975(4) SA 1 (T)

Noupoort Christian Care Centre v Minister of the National Department of Social Development and Another 2004(3) ALL SA 475 (T)

Ntame v MEC, Dept of Social Development, Eastern Cape, and Two Similar Cases 2005(6) SA 248 (E); 2005(2) ALL SA 535 (SE)

Ntamo v Minister of Safety and Security 2001(1) SA 830 (TKHC)

Nyamakazi v President of Bophuthatswana 1992(4) SA 540 (B).

O'Callaghan v Chaplin 1927 AD 310

O'Reilly v Mackman 1983(21) AC 237

Oatorian Properties (Pty) Limited v Maroun 1973(3) SA 779 (A)

Oertel en Andere NNO v Direkteur van Plaaslike Bestuur en Andere 1983(1) SA 354 (A)

Olitzki Property Holdings v State Tender Board 2001(3) SA 1247 (SCA)

Omar v Minister of Law and Order 1987(3) SA 859 (A)

Opperman v Uitvoerende Komitee van die Verteenwoordigende Owerheid van die Blankes en andere 1991(1) SA 372 (SWA)

Oskil Properties (Pty) Limited v Chairman of the Rent Control Board 1985(2) SA 234 (SE)

Oudekraal Estates (Pty) Ltd v City of Cape Town and Others 2004(6) SA 222 (SCA); 2004(3) ALL SA 1 (SCA).

Paddock Motors (Pty) Limited v Ingesund 1976(3) SA 16 (A)

Paolo v Jeeva NO and Others 2004(1) SA 396 (SCA)

Park-Ross v Director : Office for Serious Economic Offences 1998(1) SA 108 (C)

Patensie Sitrus Beherend Beperk v Competition Commission and Others, 2003(6) SA 474 (CAC)

Patriotic Front-ZAPU v Minister of Justice, Legal and Parliamentary Affairs 1986(1) SA 532 (ZS)

Pearl Assurance Co v Union Government, 1934 AD 560

Pearl Assurance Co. v Union Government 1934 AD 560

Pennington v Friedgood and Others 2002(1) SA 251 (CPD)

Pepcor Retirement Fund and Another v Financial Services Board and Another 2003 JOL 11099 (SCA); 2003(3) ALL SA 21 (SCA); 2003(6) SA 38 (SCA)

Peri-Urban Areas Health Board and Another v Administrator, Transvaal and Others, 1961(3) SA 669 (T)

Permanent Secretary, Department of Education and Welfare, Eastern Cape and Anther v Ed-U-College (PE) (Section 21) Inc 2001(2) SA 1 (CC).

Phame (Pty) Limited v Paizes 1973(3) SA 397 (AD)

Pharmaceutical Manufacturers Association of SA . In Re : Ex Parte President of the Republic of South Africa 2000(2) SA 674 (CC); 2000(3) BCLR 241 (CC)

Pharmaceutical Society of South Africa v Tshabalala-Msimang and Another NNO New Clicks South Africa (Pty) Limited v Minister of Health and Another, 2005(3) SA 238 (SCA); 2005(6) BCLR 576 (SCA) New Clicks SCA)

Pharmaceutical Society of SA and Others v v Minister of Health and Another, New Clicks South Africa (Pty) Limited v Tshabalala Msimang NO and Another 2005(3) SA 238 (SCA); 2005(6) BCLR 576 (SCA); New Clicks (SCA);

Phenithi v Minister of Education and others 2006(1) ALL SA 601 (SCA)

Phillips Medical Customer Support (Pty) Limited v Eastern Cape Provincial Tender Board and Others 2003 JOL 11118 (E)

Pietersburg Club Limited v Pietersburg Licensing Board 1931 TPD 217

Pieterse NO and Another v The Master and Another 2004(3) SA 593 (CPD)

Plaaslike Boerdienste (Edms) Beperk v Chemfos Bk 1986(1) SA 819 (A)

Podlas v Cohen and Bryden NNO 1994(4) SA 662 (T)

Potgieter v Killian 1995(11) BCLR 1498 (N)

Preller v Jordaan 1956(1) SA 483 (A)

Premier Mpumalanga v Association of State-aided Schools, Eastern Transvaal 1999(2) SA 91(CC) / 1999(2) BCLR 151 (CC)

Premier Western Cape v Fair Cape Property Developers (Pty) Limited 2003(6) SA 13 (SCA)

Premier, Mpumalanga v Executive Committee, Association of State-Aided Schools, Eastern Transvaal 1999(2) SA 91 (CC)

President of Republic of South Africa and Another v Hugo 1997(4) SA 1 (CC)

President of the Republic of South Africa v SARFU 1999(10) BCLR 1059 (CC)

President of the Republic of South Africa v South African Rugby Football Union 2000(1) SA 1 (CC)

Pretoria City Council v Meerlust Investments (Pty) Limited 1962(1) SA 328 (T)

Pretoria City Council v Modimola 1966(3) SA 250 (A)

Pretoria City Council v Walker 1998(2) SA 375 (CC)

Pretoria North Town Council v A1 Electric Ice Cream Factory 1953(3) SA 1 (A)

Pretoria Portland Cement Co Limited and Another v Competition Commission and Others, 2003(2) SA 385 (SCA)

Prinsloo v Van der Linde 1997(3) SA 1012 (CC)

- R v Ngwenya, 1954(1) SA 121 (A)
- Radio Pretoria (Artikel 21 Maatskappy) v Voorsitter van die Onafhanklike Kommunikasie-owerheid van SA en 'n ander 2006(1) ALL SA 143 (T)
- Radio Pretoria v Chairman of ICASA and Another 2003 JOL 10732 (T)
- Rand Rietfontein Estates Limited v Cohn 1937 AD 317
- Rèan International Supply Company (Pty) Limited v Mpumalanga Gaming Board 1999(8) BCLR 918 (T)
- Reed and Others v Master of the High Court of SA and Others 2005(2) ALL SA 429 (E)
- Retail Wholesale and Department Sore Union v Dolphin Delivery Limited 1987(33) DLR (4th) 174
- Reynolds Brothers Limited v Chairman, Local Road Transportation Board, Johannesburg 1985(2) SA 790 (A)
- RHI Joint Venture v Minister of Roads and Public Works and Others 2003(5) BCLR 544 (CK)
- Richie and Another v Government of the Northern Cape Province and Others 2003(2) ALL SA 573 (NC)
- Rikhoto v East Rand Administration Board and Another 1983(4) SA 278 (WLD) Although the judgement of the Appellate Division dismissing an appeal against this judgment has been published [1983(3) SA 595], this judgment is published on request – Eds.
- Roffey v Catterall, Edwards & Goudré (Pty) Limited 1977(4) SA 494 (N)
- Roman v Williams NO 1997(9) BCLR 1267 (K); 1998(1) SA 270 (C)
- Rossouw NO v Sachs 1964(1) SA 290 (C)
- Ruyobeza and another v Minister of Home Affairs and others 2003(2) ALL SA 696 (C); 2003(5) SA 51 (C)
- Ryland v Edros 1997(2) SA 690 (C)
- S A Metal Machinery Company Limited v Transnet Limited 1999(1) BCLR 58 (W).
- S v Adams 1979(4) SA 793 (T)
- S v Bhulwana, S v Gwadiso 1996(1) SA 388 (CC), 1995(12) BCLR 1579 (CC)
- S v Chapman 1997(3) SA 341 (HHA)
- S v Ismael and others (2) 1965(1) SA 452 (N)
- S v Lasker 1991(1) SA 558 (CPD)
- S v Makwanyane 1995(3) SA 391 (CC)
- S v Manamela A.A. (Director of Justice Intervening) 2000(3) SA 1 (CC);
- S v Mandela 1968(4) SA 123 (C)
- S v Marwane 1982(3) SA 717 (A)
- S v Meer 1981(4) SA 604 (A)
- S v Ntuli 1996(1) SA 1207 (CC); 1996(1) BCLR 141 (CC)

S v Peter 1976(2) SA 513 (K)

S v Werner 1981(1) SA 187 (A)

S v Zuma 1995(2) SA 642 (CC)

SA Metal Machinery Company Limited v Transnet Limited 1999(1) BCLR 58 (W)

SA National Defence Union and Another v Minister of Defence and Others 2004(4) SA 10 (T)

SA National Defence Union and Another v Minister of Defence and Others : In Re SA National Defence Union v Minister of Defence and Others 2003 JOL 11263 (T)

SA Roads Board v Johannesburg City Council 1991(4) SA 1 (A),

SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Beperk v Shifren en Andere 1964(4) SA 760 (A)

Saaiman and Others v Minister of Safety and Security and Another 2003(3) SA 496 (O)

Sachs v Donges NO 1950(2) SA 265 (A)

SAR&H v Edwards 1930 AD 3

Sarahbibbi v Principal Immigration Officer 1957(2) SA 175 (N)

Sasfin (Pty) Limited v Beukes 1989(1) SA 1 (A)

Sasol Oil (Pty) Limited and Another v Metcalfe NO 2004(5) SA 161 (W)

Scenematic Fourteen (Pty) Limited v Minister of Environmental Affairs and Tourism and Another 2004(4) BCLR 430 (C)

Schoon v MEC, Department of Finance, Economic Affairs and Tourism, Northern Province and Another 2003(9) BLLR 963 (T)

Sebenza Forwarding and Shipping Consultancy (Pty) Limited v Petroleum Oil and Gas Corporation of SA (Pty) Limited t/a Petro SA and Another 2006(2) SA 52 (CPD)

Seema v Lid van die Uitvoerende Raad vir Gesondheid, Gauteng 2002(1) SA 771 (TPA)

Seodin Primary School and Others v MEC of Education, Northern Cape and Others 2006(1) ALL SA 154 (NC)

Seodin Primary School and Others v MEC of Education, Northern Cape and Others 2006(1) ALL SA 154 (NC)

Shames v South African Railways & Harbours 1922 AD 228

Shidiack v Union Government (Minister of Interior) 1912 AD 642

Shoprite Checkers (Pty) Limited v Ramdaw NO 2001(4)SA 1038 (LAC)

Shoprite Checkers (Pty) Limited v Ramdaw NO and Others 2001(3) SA 68 (LC); 2001(22) ILJ 1603 (AAH)

Silverstar Development Limited v Gauteng Gambling Board and Others 2004(2) SA 289 (T); 2003 JOL 12033(T)

Sinovich v Hercules Municipal Council 1946 AD 783

Smith NO and Lardner-Burke NO v Wonesayi 1972(3) SA 289 (RA)

- Smith v Minister of Environmental Affairs and Tourism, Republic of South Africa and Another 2003(1) ALL SA 628 (C)
- Solomon and Another NNO v De Waal 1972(1) SA 575 (A)
- South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice 1967(1) SA 263 (A)
- South African Jewish Board of Deputies v Sutherland NO & others 2004(4) SA 368 (W)
- South African Roads Board v Johannesburg City Council 1991(4) SA 1 (A)
- South African Veterinary Council and Another v Veterinary Defence Association 2003(2) ALL SA 156 (SCA)
- Southern Metropolitan Substructure v Thompson 1997(2) SA 799 (W)
- Staatspresident v Release Mandela Campaign 1988(4) SA 903 (A)
- Staatspresident v United Democratic Front 1988(4) SA 830 (A)
- Standard Bank of Bophuthatswana Limited v Reynolds 1995(3) BCLR 305 (T); Sien ook 1995(3) SA 74 (BG)
- Stanfield v Minister of Correctional Services and Others 2003(4) ALL SA 282 (C); 2003(12) BCLR 1384 (C)
- Steele v South Peninsula Municipal Council 2001(3) SA 640 (C).
- Strydom v Die Land- en Landboubank van Suid-Afrika 1972(1) SA 801 (A)
- Suid-Afrikaanse Onderwysunie v Departementshoof, Department van Onderwys, Vrystaat 2001(3) SA 100 (O).
- Sutter v Scheepers 1932 AD 165
- Thatcher v Minister of Justice and Constitutional Development and Others 2005(1) ALL SA 373 (C)
- Theron v Ring van Wellington N G Sendingkerk in Suid-Afrika 1976(2) SA 1 (A)
- Thompson Trading as Maharaj and Sons v Chief Constable Durban, 1965(2) SA 269 (D) ; 1965(4) SA 662 (D)
- Thoroughbred Breeders Association v Price Waterhouse 2001(4) SA 551 (SCA)
- Toerien v De Villiers No 1995(2) SA 879 (C)
- Transnet Limited v Goodman Brothers (Pty) Limited 2001(1) SA 853 (SCA)
- Transvaal Agricultural Union v Minister of Land Affairs 1997(2) SA 621 (CC)
- Trend Finance (Pty) Limited and Another v Commissioner for SARS and Another 2005(4) ALL SA 657 (C)
- Trinity Broadcasting, (Ciskei) v Independent Communications Authority of SA 2004(3) SA 346 (SCA)
- Trinity Broadcasting, (Ciskei) v Independent Communications Authority of SA 2003(4) ALL SA 589 (SCA); 2003 JOL 12127 (SCA)
- Trust Bank van Afrika Beperk v Eksteen 1964(3) SA 402 (A)
- Trustees J.C. Poynton Property Trust v Secretary for Inland Revenue 1970(2) SA 618 (T)

Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Limited v Hovis 1980(1) SA 645 (A)

Turner v Jockey Club of South Africa 1974(3) SA 633 (A)

Umfolozi Transport (Edms) Beperk v Minister van Vervoer 1997(2) ALL SA 548 (SCA)

Union Government (Minister of Mines and Industries) v Union Steel Corporation (SA) Limited 1928 AD 220

Union Government v Fakir 1923 AD 446

United Democratic Front v Staatspresident en andere 1988(4) SA 830 (A)

University of Cape Town v Ministers of Education and Culture (House of Assembly and House of Representatives) 1988(3) SA 203 (C)

University of the Western Cape v Member of Executive Committee for Health and Social Services 1998(3) SA 124 (C)

Van Coller v Administrator Transvaal 1959(4) SA 205 (T); 1960(1) SA 110 (T)

Van der Merwe and Others v Slabbert NO and Another 1998(6) BCLR 697 (N)

Van der Merwe v Meades 1991(2) SA 1 (A)

Van Eck NO and Van Rensburg NO v Etna Stores 1947(2) SA 984 (A)

Van Eeden v Minister of Safety and Security 2001(4) SA 646 (T) .

Van Huysteen NNO v Minister of Environmental Affairs and Tourism 1996(1) SA 283 (K), 1995(9) BCLR 1191 (K)

Van Zyl and others v Government of Republic of South Africa and others 2005(4) ALL SA 96 (T).

Van Zyl v New National Party and others 2003(3) ALL SA 737 (C); 2003 JOL 11360 (C)

Veldsman v Overberg Regional Services Council 1991(2) SA 651 (K)

Visser v Minister of Justice and Constitutional Affairs and Others 2004(5) SA 183 (T)

Volkscas Beperk v Geysler 1960(4) SA 412 (T)

Volkswagen SA (Pty) Limited v Brand No and Others 2001(22) ILJ 993 (AH)

Vumazonke v MEC for Social Development, Eastern Cape, and Three Similar Cases 2005(6) SA 229 (SE)

Wastie v Security Motors (Pty) Limited 1972(2) SA 129 (C)

Weinerlein v Goch Buildings Limited 1925 AD 282

Wells v South African Alumenite Co 1927 AD 69

Western Cape Minister of Education and Others v Governing Body of Mikro Primary School 2005(3) ALL SA 436 (SCA)

Western Credit Bank Limited v Kajee 1967(4) SA 386 (N)

Wolgroeiërs Afslaers (Edms) Beperk v Munisipaliteit van Kaapstad 1978(1) SA 13 (A)

Wynns Car Care Products (Pty) Limited v First National Industrial Bank Limited 1991(2) SA 754 (A)

Xu v Minister van Binnelandse Sake 1995(1) SA 185 (T)

Yenuico Limited v Minister of Trade and Industries 1995(11) BCLR 1453 (T)

Zondi v Administrator, Natal 1991(3) SA 583 (A)

Zondi v MEC for Transitional and Local Government Affairs and others 2005 (3) SA 25 (N); 2004(5) BCLR 547 (N).

Zuurbekom Limited v Unicorn Corporation Limited 1947(1) SA 514 (A)



Hofsake - Buitelandse Regspraak

Ans v Merton LBC [1978] AC 728,

Ansett Transport Industries (Operations) (Pty) Limited v Wraith (1983) 48 ALR 500

Associated Provincial Picture Houses Limited v Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223

Australian Broadcasting Tribunal v Bond (1990) 170 CLR 321.

Ayr Harbour Trustees v Oswald (1883) 8AC623

Breen v Amalgamated Union (now Amalgamated Engineering and Foundry Workers Union) and others, Court of Appeal, Civil Division, [1971] 2 QB 175 (CA), [1971] 1 ALL ER 1148, [1971] 2 WLR 742, 10 KIR 120, 28 January 1971

Bugdaycay v Secretary of State for the Home Department 1987 1 ALL ER 940(H.L.).

Burton v Wilmington Parking Authority (1961) 365 US 715

Cheney v Conn (1968) 1 ALL E.R. 779

Civil Rights Cases (1883)109 US 11

Company of Mercers and Ironmongers of Chester v Bowker (1725) 1.Str.639

Cooper v Wandsworth Board of Works (1863) 14 CB (NS) 180, ER 414-420

Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service 1984 3ALL ER 935(HL),

Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC374(HL) [1984] 3 ALL-ER 935

D v East Berkshire Community Health NHS Trust [2003] 4ALL ER 796(CA)

De Freitas v Benny [1976] AC 239 (DC).

Doe v Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police 1998(39) or (3RD) 487 (Gen Div)

Dr Bonham's Case 8 Co.Rep. 107a, 114a C.P. 1610

Egan v Canada 124 DLR (4TH) 609 (SC) [1995] 2 SCR 513

Egerton v Lord Derby (1613) 12 Co. Rep. 114

Falmouth Boat Construction v Howell [1950] 1 ALL ER CA 538

Fawcett Properties Limited v Buckingham County Council [1961] AC 636

Fender v St John-Mildmay 1938 AC 1 (HL)

Focham Titing Case (1705) 2 SALK 607

Gibson v Strathclyde Police 1999 SC 429

Great Charte v Hemmington (1742) 2 STR 1173

Hill v Chief Constable of West Yorkshire [1989] AC53

In re Findlay (1985) AC 318

Jones v Ginn (1713) GIL B185

Kleinwort Benson v Lincoln City Council 1999(2) AC 349.

Kruse v Johnson [1898]2 QB 91

Lamb v Moss (1983) 76 FLR 296.

Letterstedt v Morgan 1849(55) 373

Lugar v Edmonton Oil (1982) 457 US 937

M C Mheta v Union of India AIR 1983 SC75.

Marsh v Alabama (1946)326 US 501

Marubeni Hong Kong and South China Limited v Government of Magnolia [2004] EWHC 472; [2004] 2 Lloyd's Rep 198

Minister for Arts, Heritage and Environment v Peko-Wallsend Limited 1987(15) FCR 274.

Murphy v Brentwood DC [1991] 1 AC 398

National Textile Worker's Union v Ramakrishnan AIR 1983 SC 75

New South Wales v Bardolph 1934(52) CLR 455, 509

Newbury District Council v Secretary of State for the Environment 1981 AC 578

Newton v Creswick (1688) 3 Mod Rep 165

Osman v Ferguson 1993(4) ALL ER 344(CA)

Pease and Partners Ltd v Birch [1941] 1 ALL ER 343 CA / [1941] 1 KB 615.

Peoples Union for Democratic Rights v Union of India Air 1982 SC 1473.

Peterson v City of Greenville (1963) 373 US 244 op 248

Phillips Products Limited v Hyland 1987(2) ALL ER 620 (CA) 628.

Printing and Numerical Registering Co v Sampson (1875) 19 LR Eq 462 465.

R v Chancellor of the University of Cambridge (1723) 1 STR 557

R v Commissioners of Fens 1666(2) KEB 43.

R v Edward Books and Arts Limited 1986(2) SCR 713

R v Goldsmith (1983) WLR 151 (R v Goldsmith Court of Appeal (criminal Division) No 1340/B/82, (Transcript : Marten Walsh Cherer) (Hearing dates 14 March 1983)

R v Oakes (1986) 26 DLR 4th 200

R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin PLC and Another (Norton Opax PLC and Another Intervening) 1987(1) ALL ER 564, (1987) 2 WLR 600, (1987) QB 815

R v Salituro 1992(8) CRR (2D)173

R v Secretary of State for the Home Department ex parte Ruddock (1987) 2 ALL ER 518, (1987) 1 WLR 1482

R v Toohey, Ex parte Northern Land Council (1981) 151 CLR 170

Re Findlay 1985 AC 318

Reilly v R [1934] AC 176, 103 LJPC 41; 150LT 384

Ridge v Baldwin [1964] AC 40 HL

Robertson v Minister of Pensions 1948(2) ALL ER 767, 1949(1) KB 227; [1949] LJR 323

Rooke's Case (1598) 5 CO. Rep 99b

Schmidt v Secretary of State for Home Affairs 1969(2) CH 149.

Secretary of State for Education and Science v Tameside Metropolitan Borough Council (1977) AC 1014.

St Helena Parish School Board v Hall (1962) 368 US 515

Sub Nom Birch v Pease and Partners Limited [1941] 1 KB 615 Lt 146

T P and KM v United Kingdom 2001(2) FLR 549; (2002) 34 EHRR 42

Terry v Adams (1953)345 US 461

Tremblay v Daigle (1990) 62DLR (4th) 634; (1989), 59 D.L.R. (4th) 609 (Que. C.A.); (1989), 62 D.L.R. (4th) 634 (S.C.C.)

Triggs v Staines Urban District Council (1969) 1CH10

Wiseman v Bornman (1971) AC 297(HL)

X v Bedfordshire County Council 1995(2) AC 633

Z and Others v United Kingdom (2002) 34 EHRR 97



Wette

Drankwet, 27 van 1989

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 110 van 1983

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (Kort titel, voorheen "Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 108 van 1996", vervang deur a. 1 (1) van Wet 5 van 2005.)

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 200 van 1993 (Interim Grondwet)

Immigrasiewet, 13 van 2002

Insolvensiewet, 24 van 1936

Interpretasiewet, 33 van 1957

Kommissiewet, 8 van 1947

Maatskappywet 61 VAN 1973

Nasionale Padverkeerswet 93 van 1996

Polisiewet, 7 van 1958

Presidentswet, 17 van 1994

Provinsiale Toewysingswet, Wet 4 van 1997

Staatsdienswet, 111 van 1984

Strafproseswet, 51 van 1977

Suid-Afrikaanse Skolewet, 84 van 1996

Suid-Afrikaanse Vervoerdienstewet 65 van 1981

Verdedigingswet 44 van 1957

Verjaringswet, 68 van 1969

Wet op Arbeidsverhoudinge (WAV), 66 van 1995

Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting, 2 van 2000

Wet op die Bevordering van Nasionale Eenheid en Versoening, 34 van 1995

Wet op die Hooggeregshof, 59 van 1959

Wet op die Raad op Tariewe en Handel, Wet 107 van 1986

Wet op die Suid-Afrikaanse Inkomstediens, 34 van 1997

Wet op Herstel van Grondregte 22 van 1994

Wet op Korrektiewe Dienste 8 van 1959 (Kort titel, voorheen "Wet op Gevangenis", vervang by Artikel 33 van Wet 122 van 1991)

Wet op Landdroshowe 32 van 1944

Wet op Maatskaplike Bystand, 59 van 1992

Wet op Nasionale Bouregulasies en Boustandaarde, 103 van 1977 (

Wet op Openbare Veiligheid 3 van 1953

Wet op Spesiale Ondersoekeenhede en Spesiale Tribunale, 74 van 1996

Wet op Staatsaanspreeklikheid 20 van 1957

Wet Op Uitlewering 67 van 1962

Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956



Acts

Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977 (Australia)

Basic Conditions of Employment Act, 75 of 1997,

Constitution of the Republic of South Africa, 1996

(Short title, previously 'Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996', substituted by s. 1 (1) of Act 5 of 2005.)

Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993

Consumer Affairs (Unfair Business Practices) Act 71 OF 1988

Criminal Procedure Act, 51 of 1977

Crown Proceedings Act 1947

Employment Equity Act, 55 of 1998

European Communities Act 1972 (UK)

Family Allowances Act 1945 (United Kingdom)

German Federal Law of Administrative Procedure Act 1976 (VwVFG)

Human Rights Act 1998

Human Rights Act 2000 (UK)

Immigration Act 13 of 2002

Judicature Acts of 1875

Land Government Transition Act, 209 of 1993

Misrepresentation Act, 1967 (UK)

National Assistance Act 1946 (UK)

National Insurance Act 1946 (UK)

National Prosecuting Authority, Act 32 of 1998

National Road Traffic Act, 93 of 1996

Preferential Procurement Policy Framework Act, 5 of 2000

Promotion Access to Information Act, 2 of 2000

Promotion of Administrative Justice Act, 3 van 2000

Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, 4 of 2000

Provincial Appropriation Act, 4 of 1997

Provincial Tender Board Act (Eastern Cape) 2 of 1994

Rationalisation of Local Government Affairs Act, 10 of 1998

Residence of Certain Persons in South West Africa Regulation Act, 33 of 1985 (SWA) (See Cabinet of the Traditional Government for the Territory of South West Africa v Eins 1988(3) SA 369(A))

Restitution of Land Rights Act, 22 of 1994

Rules Board for Courts of Law Act, 107 of 1985

Social Assistance Act, Act 59 of 1992

South African Act, 1909

South African Geographical Names Council Act, 118 of 1998

Special Investigating Units and Special Tribunals Act, Act 74 of 1996

The Constitution of The Republic of Namibia

The Twelve Tables of the Roman Law (451-450 B.C.)

Tribunal and Inquiries Act, 1958

Tribunals and Inquiries Act 1971

Tribunals Inquiry Act 1966

Unfair Business Practices Act, Act 71 van 1998

Unfair Contract Terms Act, 1977

Unfair Terms In Consumer Contracts Regulations 1999



Regulasies

Medianoodregulasies, afgekondig deur die Kommissaris van Polisie, Goewermentskennisgewing R873 van 10 April 1987, kragtens die bevoegdheid aan hom deur die Staatspresident verleen in regulasie 1(1)(a)(ix) (’n gedeelte van die omskrywing van ondermynende verklaring in regulasie 1) van die Medianoodregulasies uitgevaardig deur die Staatspresident kragtens Artikel 3 van die Wet op Binnelandse Veiligheid, 3 van 1953 soos afgekondig in Prok R224 van 11 Desember 1986

Regulasie 145 van die Regulasies vir Hawens van die Republiek van Suid-Afrika, Staatskoerant vir Regulasies 3397, Kennisgewing Nr 562, Staatskoerant 8124 gedateer 25 Maart 1982

Regulasie 52 van 2001, gepubliseer in Vrystaat Provinsiale Koerant, Kennisgewing No 29 gedateer 12 April 2001 (sien MEC, Public Works, Roads and Transport, Free State and Another v Morning Star Minibus Hiring Services (Pty) Ltd and others 2003(4) 429(O))

Regulasies 25 en 53 en verskeie ander regulasies tersyde gestel deur die Konstitusionele Hof, as gevolg van ongrondwetlikheid, Dié regulasies is afgekondig deur die Minister van Verdediging ingevolge die Wet op Verdediging, Wet 44 van 1957 (Sien SA National Defence Union and Another v Minister of Defence 2004(4) SA 10

Regulasies uitgevaardig ingevolge die Immigrasiewet, Wet 13 of 2002, afgekondig in Staatskoerant No 24952 gedateer 21 Februarie 2003 (Sien Minister of Home Affairs v Eisenberg and Others 2003(8) BCLR 838(CC)



Regulations

Regulations on Fair Administrative Procedures 2002, in terms of Section 10 of the Promotion of Administrative Justice Act, Act No 3 of 2000, published in Government Notice No 23674, No R.1022 dated 3 July 2002. Promotion Of Administrative Justice Act (3/2000): Regulations On Fair Administrative Procedures Gazette No: 23674 Notice No: 1022 Regulation Gazette No: 7425 Date: 20020731



Bills

Draft Open Democracy Bill, wat verskyn het as GK 1514 van 1997 gepubliseer in Staatskoerant No 1838, gedateer 18 Oktober 1997



Kommissies

Franks Commission

Kommissie vir Konsiliasie, Mediasie en Arbitrasie (CCMA)

Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie (KVBA)

Kommissie vir Waarheid en Versoening

Kommissie vir Waarheid en Versoening (WVK)

Nasionale Vervoerkommissie

Openbare Dienste Kommissie

Regterlike Dienskommissie

Suid-Afrikaanse Regskommissie

Commissions

International Commission of Jurists

Judicial Service Commission

KwaZulu-Natal Provincial Planning and Development Commission ['KwaZulu-Natal Town and Regional Planning Commission' amended by GenN 1261 of 17 April 2003.]

National Transport Commission

Public Service Commission

South African Law Commission

Truth and Reconciliation Commission

Sleutel Terme / Key Terms

Kritiese Analise

Critical Analyses

Administratiewe Geregtigheid

Administrative Justice

Konkretiseer

Concretise

Grondwet

Constitution

Administratiewe Optrede

Administrative Action

Regmatig

Lawful

Redelik

Reasonable

Prosedureel Billik

Procedurally Fair

Beskerming

Protection

Mensereg

Human Right

