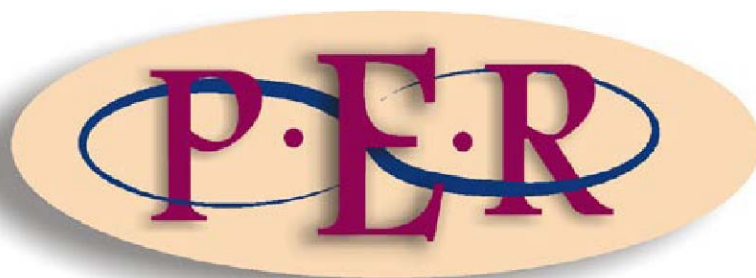

**REGSPERSONE AS STAATSORGANE EN NIE-STAATSORGANE INGEVOLGE DIE
GRONDWET**

ISSN 1727-3781



1998 VOLUME 1 No 1

REGSPERSONE AS STAATSORGANE EN NIE-STAATSORGANE INGEVOLGE DIE GRONDWET

Gerrit Pienaar*

INHOUDSOPGAWE

- 1 Inleiding
- 2 Regte en verpligtinge van regs persone
- 3 Horisontale werking van die Grondwet
- 3.1 Die 1993 Grondwet
- 3.2 Die 1996 Grondwet
- 4 Samevatting

1 Inleiding

'n Regspersoon word in die Suid-Afrikaanse reg omskryf as 'n entiteit (bestaande uit mense) wat ondanks die wisseling van lede as 'n regs subjek op 'n eiesoortige wyse in die regsverkeer optree deur draer te wees van regte en verpligtinge afsonderlik van die regte en verpligtinge van die individuele lede of organe waaruit dit saamgestel is.¹ Hieraan word erkenning verleen in die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 200 van 1993 (artikel 7) en die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 108 van 1996 (artikel 8) waar daar besondere voorskrifte in verband met regs persone gestel word. Die 1993 Grondwet beskerm in Hoofstuk 3 en die 1996 Grondwet in Hoofstuk

2 bepaalde fundamentele regte. Die feit dat regs persone uitdruklik in hierdie verband vermeld word, bring dus mee dat nie alleen die fundamentele regte van natuurlike persone teen inbreukmaking beskerm word nie, maar dat regs persone soortgelyke beskerming geniet in sover die inhoud van sekere regte dit op regs persone toepaslik maak.

Voorts rus daar bepaalde verpligtinge op regs persone om nie op die fundamentele regte van natuurlike persone en ander regs persone inbreuk te maak nie. Die omvang van 'n regspersoon se konstitusionele verpligtinge hou verband met die aard van die

* Departement Privaatreg

1 Pienaar Regs subjektiwiteit 91-96

regspersoon. Daar kan vir die doeleindes van die Grondwet tussen die volgende soorte regspersone onderskei word:

- (a) Die staat en staatsorgane wat as regspersone optree.²
- (b) Statutêre regspersone wat ingevolge 'n algemeen magtigende wet funksioneer en aan voorgeskrewe registrasievereistes moet voldoen alvorens regspersoonlikheid toegeken word, byvoorbeeld maatskappye ingevolge die *Maatskappywet* 61 van 1973 en finansiële instellings ingevolge die *Bankwet* 94 van 1990.
- (c) Statutêre regspersone wat ingevolge 'n besondere magtigende wet in die lewe geroep word en regspersoonlikheid aan sodanige wet ontleen, byvoorbeeld Eskom ingevolge die *Eskomwet* 40 van 1987 en die PU vir CHO ingevolge die *Private Wet op die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys* 80 van 1993.
- (d) Gemeenregtelike regspersone wat ontstaan en bestaan deur te voldoen aan bepaalde gemeenregtelike vereistes en wat nie op wetgewing berus nie, byvoorbeeld sekere kerke, sportverenigings, kulturele verenigings en politieke partye, om maar enkele voorbeelde te noem.³

Die verpligtinge wat ingevolge die Grondwet op regspersone rus, bind in die eerste instansie regspersone wat as staatsorgane optree (vertikale toepassing van die Grondwet). Regspersone word as staatsorgane geklassifiseer indien hulle aan bepaalde vereistes voldoen, wat by 3.1.3 en 3.2.1 hieronder bespreek word. Dit sluit in die staat op verskillende vlakke (nasionaal, provinsiaal en plaaslik) en ander staatsorgane, wat in bepaalde gevalle statutêre regspersone insluit wat 'n openbare bevoegdheid uitoefen of 'n openbare funksie verrig.

Ingevolge die 1993 Grondwet is daar meningsverskil of dit ook regspersone wat nie as staatsorgane optree nie (statutêre regspersone wat nie as staatsorgane optree nie en gemeenregtelike regspersone) bind. Die vraag of die Grondwet ook

2 Basson en Viljoen Staatsreg 27; Regering van die RSA v SANTAM Versekeringsmaatskappy 1964 1 SA 546 (W). Individue kan ook in bepaalde omstandighede as staatsorgane optree; vir die omskrywing van staatsorgane ingevolge die 1993 en 1996 Grondwet, sien 3.1.3 en 3.2 hieronder.

3 Vir 'n uiteensetting van die vereistes waaraan voldoen moet word alvorens gemeenregtelike regspersoonlikheid aan 'n groep toegeken word, sien Pienaar Regsubjektiwiteit 65-71.

horisontale werking het,⁴ dit wil sê ook op die privaatregtelike verhouding tussen regssubjekte onderling toepassing vind, word by 3 hieronder bespreek. In die 1996 Grondwet word daar duideliker bepaal dat die Grondwet wel horisontale werking het en dat dit ook in bepaalde omstandighede op die onderlinge privaatregtelike verhouding tussen regssubjekte (natuurlike persone en regspersone) van toepassing is. Die omvang van die horisontale werking sal by 3.2.2 hieronder aandag geniet.

Ten einde die aard en omvang van konstitusionele maatreëls rakende regspersone, en veral die omvang van die horisontale toepassing van die Grondwet in die geval van regspersone te verstaan, is dit noodsaaklik om die voorskrifte van sowel die 1993 Grondwet as die 1996 Grondwet te ondersoek.

2 Regte en verpligtinge van regspersone

2.1 Regte

Ingevolge artikel 7(3) van die 1993 Grondwet word bepaal:

7(3) Regspersone is geregtig op die regte in hierdie Hoofstuk vervat waar, en in die mate waarin, die aard van die regte dit vatbaar daarvoor maak.

Die 1996 Grondwet stel:

8(4) 'n Regspersoon is geregtig op die regte in die Handves van Regte in die mate waarin die aard van die regte en die aard van daardie regspersoon dit vereis.

Ingevolge die 1996 Grondwet word dus voorsien dat nie alleen die aard van bepaalde regte nie, maar ook die aard van sekere regspersone die beskerming van regte in bepaalde omstandighede ontoepaslik of onmoontlik maak. Voorbeelde van regte wat weens die aard daarvan nie op regspersone van toepassing kan wees nie, is die beskerming van menslike waardigheid (artikel 10), die reg op lewe (artikel 11), vryheid en beskerming van die persoon (artikel 12), die beskerming teen slawerny en gedwonge arbeid (artikel 13), die reg op burgerskap (artikel 20), die reg op behuising (artikel 26), die reg op gesondheidsorg, voedsel, water en sosiale sekuriteit (artikel 27) en die beskerming van kinderregte (artikel 28).⁵ Die belangrikste

4 In *Du Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (KH) 860I-861E word daar twyfel uitgespreek oor die terminologie vertikale en horisontale toepassing van die Grondwet, maar daar word nie daaroor beslis nie.

5 Sien hieroor ook Rautenbach General provisions 41 en Woolman Application 10.6-10.7. Woolman dui aan dat 'n kerk bv nie 'n reg op geloofsvryheid in terme van artikel 15 het nie ('n kerk het nie geloof nie, maar die individuele lidmate wel). Dit kan egter in bepaalde omstandighede as 'n verweer opgewerp word, bv ter regverdiging van sekere besluite geneem deur 'n kerkraad. Anders Rautenbach General provisions 39, wat daarop wys dat kerke as regspersone in terme van die Duitse reg 'n reg op geloofsvryheid het.

beskermingsmaatreël vir regspersone is egter die diskriminasieverbod ingevolge artikel 9, sowel as die reg op privaatheid (artikel 14),⁶ vryheid van oortuiging en mening (artikel 15), vryheid van uitdrukking (artikel 16), vryheid van vergadering en petisie (artikel 17) en vryheid van assosiasie (artikel 18).⁷ Daar moet egter deurentyd in gedagte gehou word dat 'n regspersoon as regsobjek onderskei moet word van 'n natuurlike persoon as regsobjek. 'n Regspersoon is weliswaar 'n reële entiteit bestaande uit mense, wat orgaanshandelinge kan uitvoer en tot wilsvorming (besluitneming)⁸ in staat is. Hierdie funksies word egter deur 'n regspersoon op 'n eiesoortige wyse uitgeoefen, wat nie in alle opsigte ooreenstem met die wyse waarop dit deur natuurlike persone uitgeoefen word nie (en dikwels totaal verskil van regshandelinge en wilsvorming deur natuurlike persone).⁹ Die beskerming van 'n regspersoon se regte sal dus eweneens op 'n eiesoortige wyse geskied, wat nie noodwendig ooreenstem met die wyse waarop 'n natuurlike persoon se regte konstitusioneel verskans word nie.

Bepaalde regspersone kwalifiseer uit hoofde van hulle aard nie vir die beskerming van sekere fundamentele regte nie. 'n Voorbeeld hiervan is dat regspersone wat as staatsorgane optree in hulle uitoefening van owerheidsgesag nie altyd op vertikale beskerming teen die owerheid aanspraak kan maak nie.¹⁰ Die aard van regspersone wat nie as staatsorgane optree nie, sal voorts bepaal in welke mate hulle op horisontale werking kan aanspraak maak.¹¹ Daar is egter geen voorskrifte ten opsigte van die tipes regspersone wat beskerming geniet nie. Dit sluit gevolglik in gemeenregtelike regspersone en statutêre regspersone wat nie as staatsorgane funksioneer nie. Dit behoort selfs privaatinstansies wat in bepaalde omstandighede as staatsorgane optree, in te sluit in omstandighede waar hulle nie owerheidsgesag uitoefen nie.¹² Dit behoort egter nie verenigings sonder regspersoonlikheid in te sluit nie, aangesien die Grondwet net na *regspersone* verwys.¹³

6 Veral *Bernstein and Others v Bester* NO 1996 2 SA 751 (KH)

7 Aangesien 'n regspersoon deur orgaanshandelinge tot regshandelinge, wilsvorming en toerekeningsvatbaarheid in staat is (sien veral Pienaar *Regsubjektiwiteit* 87-94 en die gesag daar aangehaal), is die bogemelde fundamentele regte op 'n regspersoon van toepassing. Dit is egter nie 'n volledige lys fundamentele regte van regspersone nie.

8 Pienaar *Gemeenregtelike regspersoon* 154-166; Pienaar 1994 THRHR 92-98; Neethlingh, Potgieter en Visser *Deliktereg* 26

9 sien veral Pienaar *Regsubjektiwiteit* 87-97.

10 Daar is gevalle waar staatsorgane wel op vertikale beskerming kan aanspraak maak; sien byvoorbeeld a 227(1)(a) van die 1996 Grondwet en *Jeeva v Receiver of Revenue, Port Elizabeth* 1995 2 SA 423 (SOK).

11 sien hieroor 3.2 hieronder; *Woolman Application* 10.6.

12 *Rautenbach General provisions* 54

13 *Du Plessis* 1996 *Stell LR* 5; anders *Rautenbach General provisions* 40

2.2 Verpligtinge

Ingevolge die konstitusionele bedeling sedert 1994 rus daar bepaalde verpligtinge op regs persone om nie op die regte en vryhede van natuurlike persone en regs persone soos verskans in die Grondwet inbreuk te maak nie. Die 1993 Grondwet skryf die volgende voor:

7(1) Hierdie Hoofstuk bind alle wetgewende en uitvoerende staatsorgane op alle regeringsvlakke.

7(2) Hierdie Hoofstuk is van toepassing op alle reg wat van krag is en op alle administratiewe besluite geneem en handeling verrig gedurende die tydperk waarin hierdie Grondwet in werking is.

Die effek van artikel 7 is dus dat alle regs persone wat as wetgewende en uitvoerende staatsorgane funksioneer, gebind word deur die voorskrifte van die handves van fundamentele regte.¹⁴ Dit is egter 'n ingewikkelde vraag om te bepaal watter regs persone (en in watter omstandighede) as staatsorgane getipeer sal word. Die blote feit dat 'n regspersoon statutêr in die lewe geroep word, maak dit nie noodwendig 'n wetgewende of uitvoerende staatsorgaan nie. Die Methodist Church of Southern Africa en die Apostoliese Geloofsending van Suidelike Afrika kan byvoorbeeld moeilik as staatsorgane getipeer word.

Aan die ander kant is daar statutêre regs persone wat oënskynlik privaatregtelik van aard is, maar wat openbare bevoegdhede uitoefen of openbare funksies verrig (byvoorbeeld Eskom, Transnet en die Aandelebeurs).¹⁵ 'n Derde kategorie regs persone word statutêr ingestel en gedeeltelik deur die owerheid gefinansier, maar hulle openbare funksie is nie so duidelik uitgespel nie. 'n Voorbeeld hiervan is universiteite en ander tersiêre onderwysinstellings, wat wel bepaalde openbare onderwysfunksies vervul, maar histories en bestuursmatig grootliks outonoom funksioneer en wat bepaalde aspekte van hulle funksionering betref moeilik as staatsorgane getipeer kan word. Die meningsverskil oor die aard van regs persone as staatsorgane en die horisontale werking van die Grondwet in die geval van regs persone wat nie as staatsorgane optree nie, word by 3.1.3 en 3.2 hieronder vollediger bespreek.

14 Dit is opvallend dat die regsprekende gesag by hierdie bepaling weggelaat is; die verband tussen a 7(1) en 7(2) word by 3.1 hieronder bespreek.

15 Committee Johannesburg Stock Exchange v Chairman Stock Exchange Appeal Board 1992 2 SA 30 (W)

Ingevolge die 1996 Grondwet word die probleem in verband met die tipering van regspersone as staatsorgane en die horisontale werking van die Grondwet in die geval van regspersone wat nie as staatsorgane optree nie, duideliker gereël. Die volgende konstitusionele bepaling is in die geval van die 1996 Grondwet van toepassing:

2.2.1 Regsvoorskrifte en regshandelinge

- 2 Hierdie Grondwet is die hoogste reg van die Republiek: enige *regsvoorskrif of optrede*¹⁶ daarmee onbestaanbaar, is ongeldig, en die verpligtinge daardeur opgelê, moet nagekom word.

Artikel 2 skryf dus voor dat *reg (law)* en *optrede (conduct)* (ook van regspersone) in stryd met die omskrewe fundamentele regte ongeldig is. Hieronder word nie net maatreëls ingevolge wetgewing ingesluit nie, maar ook ingevolge die gemene reg en inheemse reg (sien 3.2 hieronder).

2.2.2 Verpligtinge van regspersone

8(2) 'n Bepaling van die Handves van Regte 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 daardeur opgelê.

8(3) By die toepassing van 'n bepaling van die Handves van Regte op 'n natuurlike persoon of regspersoon ingevolge subartikel

(2) -

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

Ter aanvulling van artikel 8(1), wat bepaal dat die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag en alle staatsorgane deur Hoofstuk 2 gebind word, skryf artikel

16 Eie kursivering

8(2) uitdruklik voor dat Hoofstuk 2 ook natuurlike persone en regs persone in die uitoefening van regshandelinge bind. Die horisontale werking van Hoofstuk 2 word egter gekwalifiseer deur die aard van die reg en die verpligting wat opgelê word, sowel as die feit dat daar by die ontwikkeling van die gemene reg deur die howe ook bepaalde beperkings op die regte geplaas kan word, met die voorbehoud dat beperkings op fundamentele regte slegs in ooreenstemming met die voorskrifte van artikel 36 mag plaasvind.

2.2.3 Diskriminasieverbod

9 (1) Elkeen is gelyk voor die reg en het die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg.

(2) Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in. Ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder, kan wetgewende en ander maatreëls getref word wat ontwerp is vir die beskerming en ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is.

(3) Die staat mag nie regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand diskrimineer op een of meer gronde nie, met inbegrip van ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestemdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal of geboorte.

(4) Geen persoon mag regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand op een of meer gronde ingevolge subartikel (3) diskrimineer nie. Nasionale wetgewing moet verorden word om onbillike diskriminasie te voorkom of te belet.

(5) Diskriminasie op een of meer van die gronde in subartikel (3) vermeld, is onbillik, tensy daar vasgestel word dat die diskriminasie billik is.

Ingevolge artikel 9 word 'n algemene diskriminasieverbod gestel. Artikel 9(4) skryf voor dat geen persoon (natuurlike of regspersoon)¹⁷ teen 'n ander persoon mag diskrimineer nie. Ook hierdie voorskrif word gekwalifiseer deurdat artikel 9(5)

voorsiening maak vir die feit dat onderskeid op grond van die faktore in klousule 9(3) onredelik is, met die uitsondering van die gevalle waar bewys kan word dat dit in die besondere omstandighede billik is.

Uit die bogemelde artikels is dit duidelik dat die fundamentele regte van natuurlike en regspersone nie net beskerm word teen owerheidsopptrede deur staatsorgane nie, maar ook teen die optrede van ander natuurlike en regspersone (wat nie as staatsorgane optree nie) wat op die fundamentele regte van die eersgenoemde natuurlike persone of regspersone inbreuk maak.

Alhoewel daar in die 1996 Grondwet uitdruklik vir die horisontale werking van fundamentele regte voorsiening gemaak word, is dit noodsaaklik om die omvang van die horisontale werking te ondersoek. Dit blyk duidelik uit die bewoording van artikels 7(3), 8(3)(b), 8(4), 9(5) en 36 dat daar wel in bepaalde omstandighede beperkings op die fundamentele regte van persone gelê kan word. Geen reg (ook nie 'n fundamentele reg nie) geld absoluut en onbeperk nie en daar is duidelike maatreëls om die regte in bepaalde omstandighede te beperk. Die mees voor die hand liggende beperking is dat 'n natuurlike of regspersoon se fundamentele regte in alle gevalle teen die fundamentele regte van ander natuurlike en regspersone opgeweeg moet word. Vryheid van spraak van een persoon beteken nie noodwendig dat 'n ander persoon belaster mag word nie, maar dit mag in bepaalde omstandighede wel inhou dat een persoon se spraakvryheid nie deur die gemeenregtelike regsbeginsele aangaande laster aan bande gelê kan word nie (sien hieroor byvoorbeeld *Gardener v*

Whitaker).¹⁸ In *S v Makwanyane*¹⁹ beslis regter Chaskalson in hierdie verband:

The limitation of constitutional rights for a purpose that is reasonable and necessary in a democratic society involves the weighing up of competing values, and ultimately an assessment based on proportionality. This is implicit in the provisions of section 33(1) (of the 1993 Constitution). The fact that different rights have different implications for democracy, and in the case of our Constitution, for 'an open and democratic society based in

17 Die gebruik van die algemene term persoon sluit myns insiens natuurlike en regspersone in - sien ook a 8(2). Daarenteen word daar bv in aa 19, 20 en 22 uitdruklik na burgers verwys, wat slegs op natuurlike persone dui.

18 1995 2 SA 672 (OK); ook Neethling en Potgieter 1995 THRHR 709

19 1995 6 BCLR 665 (KH) 708; sien ook Davis 1996 SALJ 385-394.

freedom and equality', means that there is no absolute standard which can be laid down for determining reasonableness and necessity. Principles can be established, but the application of those principles to particular circumstances can only be done on a case to case basis. This is inherent in the requirement of proportionality, which calls for the balancing of different interests. In the balancing process, the relevant considerations will include the nature of the right that is limited, and its importance to an open and democratic society based on freedom and equality; the purpose for which the right is limited and the importance of that purpose to such a society; the extent of the limitation, its efficacy, and particularly where the limitation has to be necessary, whether the desired ends could reasonably be achieved through other means less damaging to the right in question.

Aangesien daar nie uitdruklik ²⁰ 'n vasgestelde hiërargie van regte voorgeskryf word nie, hang dit in die geval van regspersone van verskeie omstandighede af watter reg voorkeur bo 'n ander reg sal geniet. By regspersone word die fundamentele reg gekwalifiseer deur die aard van die reg en die aard van die regspersoon. Dit is dus belangrik om die omvang van die beskerming van regte van regspersone verder te ondersoek.

3 Horisontale werking van die Grondwet

Uit die voorafgaande het dit geblyk dat daar meningsverskil bestaan ten opsigte van die omvang van die beskerming van die fundamentele regte in terme van Hoofstuk 3 van die 1993 Grondwet en Hoofstuk 2 van die 1996 Grondwet. Die volgende aspekte word in meer besonderhede bespreek:

- (a) Word Hoofstuk 3 van die 1993 Grondwet ook horisontaal tussen regssubjekte in privaatregtelike verhoudings afgedwing en indien wel, wat is die omvang van die horisontale werking?
- (b) In watter mate word die horisontale werking van fundamentele regte ingevolge Hoofstuk 2 van die 1996 Grondwet gereël en watter beperkings word daar in hierdie verband gestel?

20 Daar bestaan meningsverskil oor die vraag of daar 'n hiërargie van regte bestaan of behoort te bestaan. In die geval van regspersone maak 'n hiërargie van regte nie baie sin nie.

Hierdie probleem is van besondere belang met betrekking tot regspersone. Indien die bepalings van die Grondwet wel horisontaal toegepas word, ontstaan die vraag in watter mate regspersone by die toelating van lede, die neem besluite, die uitoefening van regshandelinge en ten opsigte van die inhoud van hulle reglemente of konstitusies aan die voorskrifte van die gelykheidsbeginsel en nie-diskriminasievoorskrif in Hoofstuk 3 (artikel 8) van die 1993 Grondwet en Hoofstuk 2 (artikel 9) van die 1996 Grondwet onderskeidelik gebonde sal wees. Dit hou verband met die reg op vryheid van assosiasie wat in albei Grondwette verskans is.

3.1 Die 1993 Grondwet

Daar bestaan meningsverskil of die 1993 Grondwet vir die horisontale toepassing van fundamentele regte voorsiening maak, en indien wel, wat die omvang van die horisontale werking is. Daar bestaan wel eenstemmigheid oor die volgende:²¹

(a) Alle wetgewing en uitvoerende optrede wat deur die staat en staatsorgane op alle regeringsvlakke aangewend word ten einde staatsgesag uit te oefen, mag nie op enige fundamentele regte van regssubjekte soos in Hoofstuk 3 voorgeskryf inbreuk maak nie (vertikale toepassing van Hoofstuk 3). Dit is opvallend dat die regsprekende gesag nie in artikel 7(1) vermeld word nie.

(b) Wetgewing wat die privaatregtelike regsverhouding tussen regssubjekte reël, is onderhewig aan die voorskrifte van Hoofstuk 3 en is hersienbaar indien dit op fundamentele regte van regssubjekte inbreuk maak (vertikale toepassing). Dit is 'n direkte gevolg van die voorskrif in artikel 7(1) dat alle wetgewende staatsorgane deur die voorskrifte van Hoofstuk 3 gebind word.

(c) Indien die staat of staatsorgane gemeenregtelike beginsels aanwend in die uitoefening van staatsgesag, moet die gemeenregtelike beginsels sodanig toegepas word dat dit nie op fundamentele regte soos in Hoofstuk 3 uiteengesit inbreuk maak nie.

3.1.1 Argumente teen horisontale werking

Die strydvraag is of, en indien wel in watter mate, Hoofstuk 3 toepassing vind in die onderlinge regsverhouding tussen regssubjekte by die toepassing van gemeenregtelike beginsels. 'n Verdere probleem is daarin geleë dat artikel 7(1) nie die regsprekende gesag bind aan die voorskrifte van Hoofstuk 3 nie. Op die oog af en sonder om die

21 Sien veral Woolman Application 10.1.

onderlinge samehang van die bepalings in Hoofstuk 3 in gedagte te hou, wil dit voorkom asof fundamentele regte slegs vertikaal beskerm word.

Dit is dan ook die mening van regter Van Dijkhorst in *De Klerk & Another v Du*

*Plessis and others*²² dat 'n eng en beperkende uitleg van die inhoud van Hoofstuk 3 gevolg moet word:

[46F-G] Having determined what the need for and aim of a Bill of Rights was the next question to be asked is whether the Founding Fathers of Kempton Park went further and framed a Bill of Rights of horizontal application. Where do we look for such evidence? Are we confined to the four corners of the Constitution or may we look at such drafts as are still to be found in the waste paper baskets and enquire from those negotiators who still have an uncluttered memory of the deals struck in smoke-filled rooms?²³ ...

[47H] The drafters are presumed to intend what they expressed to be their intention - which they chose to do in the Constitution itself. It is virtually impossible to determine the elusive collective intent of all involved in the making of our Constitution from its conception to its birth. We have to study the painting, not the artist. ...

[48H] There was a pressing need for a Bill of Rights, given the suppressive State action of the past. The call for a conventional Bill of Rights was sharp and clear. But there were no such calls for a Bill of Rights on a horizontal plane. The fundamental rights and freedoms now set out in chap 3 had not been curtailed by common law. In fact they can be found enshrined therein. The removal of all authoritarian encroachments leads to their resuscitation. There was no need for the horizontal application of a bill of rights. Whatever corrections should be made from time to time to our common law can be done by the Legislature. The alternative, that it was intended that the Bill of Rights had horizontal effect, is extremely unattractive. It entails that all private rights, contracts and relationships are henceforth to be tested in the Constitutional Court against broad and vaguely defined principles. Legal uncertainty on

22 1995 2 SA40 (T)

23 Sien oor hierdie aspek die kritiek van Du Plessis 1995 THRHR 504-513.

an unprecedented scale would be the result. If the framers of the Constitution had intended this, they should have said so.

Die regter se probleem met die horisontale toepassing van fundamentele regte is dat artikel 7(1) nie die regsprekende gesag insluit nie en dat daar gevolglik nie 'n verpligting op die regbank rus om in gemeenregtelike aangeleenthede tussen regssubjekte onderling (waar daar nie sprake van die uitoefening van owerheidsgesag is nie) die voorskrifte van Hoofstuk 3 toe te pas nie. Voorts sluit "alle reg" in terme van artikel 7(2) aldus die regter nie die gemene reg of inheemse reg in nie, aangesien artikel 7(1) slegs op die staat van toepassing is en artikel 7(2) dus net op staatsorgane se administratiewe handeling en besluite van toepassing is deurdat "alle reg" in terme van artikel 7(1) gekwalifiseer word as slegs publiekregtelike aangeleenthede.²⁴ Volgens die regter is die insluiting van artikels 33 en 35(3) 'n duidelike aanduiding dat die Grondwet nie horisontale werking het nie.

Hierdie artikels lui soos volg:

33(1) Die regte in hierdie hoofstuk verskans, kan beperk word deur algemeen geldende reg, met dien verstande dat so 'n beperking-

(a) slegs geoorloof is in die mate waarin dit-

(i) redelik is; en

(ii) regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid; en

(b) nie die wesenlike inhoud van die betrokke reg ontken nie.

(2) Behalwe soos in subartikel (1) of enige ander bepaling van hierdie Grondwet bepaal, beperk geen regsreël, hetsy 'n reël van die gemene reg, gewoontereg of wetgewing, enige reg in hierdie Hoofstuk verskans nie.

(3) Die verskansing van regte ingevolge hierdie Hoofstuk word nie so uitgelê dat dit die bestaan ontken van enige ander regte

en vryhede deur die gemene reg, gewoontereg of wetgewing erken of verleen nie, in die mate waarin hulle nie met hierdie Hoofstuk onbestaanbaar is nie.

(4) Hierdie Hoofstuk belet nie maatreëls wat daarvoor ontwerp is om onbillike diskriminasie deur ander liggame en persone as dié wat ingevolge artikel 7(1) gebonde is, te verbied nie.

35(3) By die uitleg van enige wet en die toepassing en ontwikkeling van die gemene reg en gewoontereg, neem 'n hof die gees, strekking en oogmerke van hierdie Hoofstuk behoorlik in ag²⁵

Volgens die regter moet artikel 33 in geheel gelees en geïnterpreteer word. Ingevolge subartikels (2) en (3) bestaan die gemene reg, gewoontereg en wetgewing *in tandem* met die Grondwet. Subartikels (4) en (5) maak gevolglik voorsiening vir wetgewing wat die verhouding tussen regssubjekte onderling reël ten einde gevolg te gee aan die voorskrifte van Hoofstuk 3. Dit is dus 'n aanduiding dat Hoofstuk 3 slegs vertikaal toegepas moet word en dat die toepassing van horisontale werking van Hoofstuk 3 aan die parlement oorgelaat moet word.²⁶ Artikel 35(3) is nie 'n aanduiding van horisontale werking nie, maar is 'n aanduiding van hoe die regbank wetgewing moet interpreteer en die gemene reg moet ontwikkel om dit in ooreenstemming met die waardes soos vervat in die Grondwet te bring.

Hierdie uitspraak word in verskeie latere uitsprake ondersteun.²⁷ Die finale woord oor hierdie aangeleentheid is gesprek in *Du Plessis v De Klerk*,²⁸ waar die konstitusionele hof regter Van Dijkhorst se uitspraak dat die 1993 Grondwet nie voorsiening maak vir die *direkte* horisontale werking van fundamentele regte nie steun, maar ander aspekte van gemelde uitspraak nie ondersteun nie (dit word by 3.1.4 vollediger bespreek). Ook Visser²⁹ is 'n sterk voorstander

daarvan dat die gemene reg nie in suiwer privaatregtelike verhoudings deur die horisontale werking van Hoofstuk 3 aan bande gelê behoort te word nie, veral vanweë die billikheids-maatreëls wat alreeds in die gemene reg vervat is.³⁰ Zaal³¹ wys egter daarop dat die

25 Sien oor die ontwikkeling van die gemene reg veral *Fose v Minister of Safety and Security* 1996 2 BCLR 232 (W).

26 *De Klerk*-saak 50F-G

27 *Veral Kalla v The Master* 1995 1 SA 261 (T); *Potgieter v Kilian* 1996 2 SA 276 (N); sien ook *Visser* 1996 THRHR 510-514.

28 1996 3 SA 850 (KH); sien egter *Van der Walt* 1996 TSAR 732-741.

29 1995 THRHR 745-750

30 Sien ook *Domanski* 1996 THRHR 539-556 se uiteensetting van geregtigheidsbeginsels ingevolge die Romeinse reg.

31 1996 CILSA 31-48

wortel van diskriminasie wel in gemeenregtelike maatreëls soos slawerny en die bevoorregte posisie van bepaalde klasse voorgekom het en dat onderdrukking en diskriminasie nie net 'n euwel was wat deur staatsorgane gepleeg is nie.

3.1.2 Staatlike en nie-staatlike reg

Van der Vyver³² meen dat die huidige debat in Suid-Afrika oor die toepassing van die Grondwet op twee vals vertrekpunte berus:

(a) Daar word nie onderskei tussen die toepassing van die Grondwet op administratiewe besluite en handeling (*acts and decisions*) ingevolge artikel 7(1) enersyds en reg (*law*) ingevolge artikel 7(2) andersyds nie.

(b) Daar word aanvaar dat die Suid-Afrikaanse konstitusionele reg met die Duitse, Kanadese of Amerikaanse reg ooreenstem sonder om die eiesoortigheid van die Suid-Afrikaanse reg in gedagte te hou.

Volgens Van der Vyver onderskei die Grondwet tussen besluite en handeling enersyds (artikel 7(1)) en reg andersyds (artikel 7(2)). Hierdie aspekte kan slegs onkonstitusioneel verklaar word indien dit verband hou met die staat of staatsorgane se verhouding teenoor staatsburgers (staatlike reg). Daar bestaan egter 'n aantal regsfeite wat nie onder een van die bogenoemde kategorieë val nie, byvoorbeeld 'n kontrak, 'n testament of 'n huwelik. Hierdie regsfeite en -handeling is nie toetsbaar teen die voorskrifte van Hoofstuk 3 nie omdat dit nie verband hou met die staat of staatsorgane se owerheidsopptrede nie (nie-staatlike reg).³³

Daarom stem Van der Vyver nie saam met die mening van regter Van Dijkhorst in *De Klerk v Du Plessis* (3.1.1 hierbo) dat horisontale werking impliseer dat alle regshandeling en regsfeite binne die trefwydte van Hoofstuk 3 val nie.³⁴ Verder meen hy dat daar verskillende reëls geld met betrekking tot die bogenoemde kategorieë. Artikel 7(2) maak Hoofstuk 3 dus net van toepassing op staatlike reg (*state-imposed law*), sowel as alle handeling en besluite van owerheidsorgane op alle vlakke.³⁵ Op hierdie wyse val suiwer privaatregtelike aangeleenthede buite die

32 1995 SALJ 572-602

33 Vir kritiek hieroor, sien veral Henderson 1995 De Rebus 440-441 en Woolman Application 10.13.

34 Ook Van Aswegen 1995 SAJHR 50

35 Van der Vyver 1994 THRHR 448

trefwydte van Hoofstuk 3, uitgesonderd in gevalle waar wetgewing ingevolge artikel 33(4) diskriminerende privaatregtelike gebruike aan bande lê.

Van der Vyver se standpunt kan soos volg saamgevat word:³⁶

As far as the application of the Chapter of Fundamental Rights to law is concerned, the South African Constitution is therefore *not* based on the public/private-law divide as in Germany, or the distinction between statutory law and the common law as in Canada, or on the American perception of state action, *but on the classification of law into the law of the state* (which includes statutory law, the common law and customary law, and which comprises both public and private law) *and the legally enforceable internal rules of conduct of institutions other than the state.*

Nie-staatlike persone en instansies tree nie as staatsorgane op nie en Hoofstuk 3 is derhalwe nie op hulle handeling en gedraging van toepassing nie. In hierdie opsig maak artikel 33(4) voorsiening vir wetgewing om diskriminerende maatreëls en optrede tussen regssubjekte onderling aan bande te lê. Daar kan dus 'n private sfeer geïdentifiseer word, bestaande uit die reg, handeling en besluite geskep deur persone en instansies wat nie as staatsorgane in terme van artikel 7(1) optree nie en dus nie gebonde is aan die voorskrifte van Hoofstuk 3 nie. Hy maak dit soos volg op

regspersone van toepassing:³⁷

'Bodies' in the sense of social institutions do not only decide and act, but also make law for the regulation of their internal affairs. Those not included in section 7(1) may be depicted as non-state institutions, such as a church, sports club and business enterprise. The domestic rules of such institution, laid down by its internal governing body, are not subject to the constitution; but should such domestic rules of conduct authorise unfair discrimination, the state legislature may in terms of section 33(4) intervene with measures to prohibit the discrimination.

Die onderskeid tussen staatlike en nie-staatlike reg is nuttig, maar dit is ietwat kunsmatig. In die Suid-Afrikaanse reg is talle voorbeelde van semi-staatsinstellings of nie-staatsinstellings wat in 'n bepaalde omstandighede as staatsorgane optree deur

36 Van der Vyver 1995 SALJ 587 37 *Ibid*

'n openbare funksie te verrig, maar in ander omstandighede nie. Voorbeelde hiervan is die Suid-Afrikaanse Mediese en Tandheelkundige Raad en tersiêre onderwysinstellings. Dit is moeilik om te onderskei watter besluite en handeling van sodanige instansies in hulle hoedanigheid as staatsorgane en watter slegs op interne

organisasie van toepassing is.³⁸

3.1.3 Staatsorgane

Volgens Rautenbach³⁹ word fundamentele regte vertikaal verskans teen die optrede van persone en regspersone (hetsy privaatregtelike of publiekregtelike regspersone) as staatsorgane, in welke geval sodanige regspersone binne die trefwydte van artikel 7(1) val. Regspersone tree as staatsorgane op indien hulle owerheidsgesag uitoefen. Hy kritiseer die opvatting dat artikels 7(1) saamgelees met artikel 7(2) die gevolg het dat alle reg (ook die reg tussen regssubjekte onderling waar geen staatsorgaan by betrokke is nie) onderhewig aan Hoofstuk 3 gestel word. Rautenbach stel dat dit noodsaaklik is dat:

(a) kriteria ontwikkel word om te bepaal in watter omstandighede natuurlike persone en regspersone as staatsorgane optree of staatsgesag uitoefen en derhalwe binne die trefwydte van artikel 7(1) val;

(b) riglyne ontwikkel word wat bepaal watter bepalings van Hoofstuk 3 ingevolge artikel 35(3) in die onderlinge regsverhoudings tussen regssubjekte van toepassing is.

Volgens Rautenbach is dit kunsmatig om die eersgenoemde vraagstuk te hanteer asof dit die toepassing van Hoofstuk 3 op privaatregtelike aangeleenthede is, want in effek is dit die uitoefening van owerheidsgesag deur 'n staatsorgaan. Hierdie standpunte hou in dat bepaal moet word in watter omstandighede 'n persoon of regspersoon as staatsorgaan optree deur die uitoefening van owerheidsgesag. Hieroor bestaan daar eweneens nie eenstemmigheid onder juriste en in die regspraak nie.

Die bogemelde probleem hou verband met die vraag wat 'n staatsorgaan is. Ingevolge artikel 233(1)(ix) word 'n staatsorgaan omskryf as "ook 'n statutêre liggaam of funksionaris". Dit is duidelik dat alle statutêre regspersone nie noodwendig staatsorgane is nie, maar dat dit gekwalifiseer word deur artikel 7(1) wat bepaal dat sodanige instansies deel van die wetgewende en uitvoerende gesag moet uitmaak wat

38 Sien veral Rautenbach *General provisions* 54.

39 *General provisions* 54-55

op plaaslike, provinsiale of nasionale vlak moet funksioneer.⁴⁰ Dit sluit statutêre regspersone soos die Apostoliese Geloofsending en die Metodiste Kerk uit, maar twyfel bestaan oor instellings soos statutêre rade en universiteite.

In *Baloro v University of Bophuthatswana*⁴¹ is staatsorgane met verwysing na die standpunt van Du Plessis⁴² aan die hand van die volgende vereistes omskryf:

(a) Dit moet met die staat geïntegreer wees as 'n orgaan wat owerheidsgesag uitoefen. Die blote feit dat 'n instansie statutêr ontstaan, is egter nie noodwendig 'n aanduiding dat dit 'n staatsorgaan is nie.

(b) Dit kan by wyse van 'n spesifieke wet of by wyse van algemeen-magtigende wetgewing in die lewe geroep word (sien 1 hierbo).

(c) Liggame wat openbare funksies vervul, finansiële of ander ondersteuning van die staat ontvang en in noue samewerking met staatstrukture funksioneer, soos blyk uit staatsverteenvoording in sodanige liggame se bestuurstrukture, is staatsorgane. Voorbeelde hiervan is universiteite, beheerliggame van professies soos die Vereniging van Prokureursordes en die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad. Hierdie instansies funksioneer grotendeels deur privaatinisiatief, maar met beduidende staatsbeïnvloeding.

(d) Privaatinstansies wat nie deur wetgewing in die lewe geroep word nie, maar wat 'n sleutelrol van openbare aard onder staatstoesig vervul, byvoorbeeld 'n privaat ouetehuis wat by die staat geregistreer is, staatsfinansiering ontvang en onder toesig van openbare maatskaplike werkers funksioneer.

(e) Statutêre regspersone, soos privaat en publieke maatskappye, wat geen openbare funksie vervul of staatsgesag uitoefen nie, is nie staatsorgane nie.

In *Directory Advertising Cost Cutters v Minister for Posts, Telecommunications and*

*Broadcasting*⁴³ word daar met verwysing na Venter⁴⁴ se standpunt twyfel uitgespreek of instansies soos omskryf in (iii) en (iv) hierbo in *alle* omstandighede as staatsorgane geklassifiseer kan word. Venter steun op Kanadese regspraak, in terme waarvan dit nie moontlik is om universiteite, ten spyte van staatsubsidie en owerheidsverteenvoording in bestuurstrukture, as staatsorgane te tipeer nie.

40 Du Plessis 1994 TSAR 710-711

41 1995 4 SA 197 (B)

42 1994 TSAR 709

43 1996 3 SA 800 (T) 809

44 1995 THRHR 385-388

Ek is van mening dat die blote feit van owerheidregistrasie en -inspeksie nie noodwendig 'n privaatinstansie as 'n staatsorgaan tipeer nie. Alle organisasies wat fondse by die publiek insamel, moet byvoorbeeld in terme van die *Wet op Fondsinsameling* 107 van 1978 by die direkteur van Fondsinsameling geregistreer word en aan hom verslag doen. Dit bring egter nie mee dat al sodanige organisasies as staatsorgane getipeer kan word nie.

Die kriteria om te bepaal of 'n statutêre liggaam of funksionaris as staatsorgaan optree, is tweeledig, naamlik:

- (a) die uitoefening van openbare bevoegdhede (owerheidsgesag); en/of
- (b) die vervulling van 'n openbare funksie.

'n Privaat ouetehuis (in (d) hierbo genoem) kan dus in bepaalde omstandighede as 'n staatsorgaan getipeer word, afhangende van die mate waarin dit as statutêre liggaam optree en 'n openbare funksie vervul, maar alle ouetehuse is nie noodwendig staatsorgane nie. Daarteenoor is Telkom ongetwyfeld 'n staatsorgaan vanweë die openbare funksie wat dit vervul (sien *Directory Advertising Cost Cutters v Minister for Posts, Telecommunications and Broadcasting*).⁴⁵ Dit is moeiliker om rade soos die Vereniging van Prokureursordes en die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad as staatsorgane te tipeer, aangesien hulle nouliks as openbare liggame wat owerheidsgesag uitoefen, omskryf kan word. Die vraag ontstaan egter in watter mate hierdie instansies 'n openbare funksie vervul. Hieroor bestaan daar tans nie duidelike riglyne nie.

In die geval van universiteite geld egter ander omstandighede. Universiteite is statutêre regspersone, vervul 'n openbare onderrigfunksie, word grotendeels deur die staat gefinansier, het 'n verslagverpligting teenoor die staat en staatsverteenwoordigers word in die rade van universiteite aangestel. Voorts kan kursusse en grade net met staatstoestemmig ingestel word. Universiteite maak aanspraak op hulle outonomie ingevolge hulle ontstaansgeskiedenis, interne bestuursmaatreëls en samestelling, sowel as die feit dat hulle nie owerheidsgesag uitoefen nie. Tog is universiteite na my mening instellings van openbare aard met 'n openbare onderrigfunksie wat nie naastenby met dieselfde onafhanklikheid, privaatinisiatief en -befondsing as die rade hierbo genoem funksioneer nie en derhalwe as staatsorgane getipeer behoort te word. Dit word vollediger by 3.2.1 hieronder bespreek.

3.1.4 Horisontale werking deur 'deursypeling'

Volgens Du Plessis en Corder⁴⁶ was dit tydens die onderhandelingsproses wat tot die Grondwet aanleiding gegee het, een van die strydpunte of die Grondwet slegs vertikale werking of ook horisontale werking moet hê. Daar is uiteindelik ooreengekom op vertikale werking, met die voorbehoud dat horisontale werking deur middel van 'n deursypelingsproses (*seepage*) gelydelik op horisontale verhoudings tussen regssubjekte onderling van toepassing gemaak sal word. Sien egter hieroor die kritiek van regter Van Dijkhorst in *De Klerk v Du Plessis* (3.1.1 hierbo), naamlik dat howe moeilik kan kennis neem van die intriges tydens die onderhandelingsproses, maar die Grondwet moet interpreteer aan die hand van die geskrewe teks. In *Du Plessis v De Klerk*⁴⁷ bevestig die konstitusionele hof dat die 1993 Grondwet geïnterpreteer moet word aan die hand van die teks daarvan en dat daar in die wetteks nie voorsiening gemaak word vir die *direkte* horisontale toepassing van fundamentele regte nie. Die konstitusionele hof beslis by monde van regter Kentridge die volgende:

- (a) Die verwysing na *reg* in artikel 7(2) sluit alle reg (ook die gemene reg) in. Indien die staat dus deur middel van staatsorgane in wetgewende of uitvoerende hoedanigheid optree, moet die toepassing van die gemene reg aan die voorskrifte van Hoofstuk 3 voldoen.⁴⁸ Fundamentele regte ingevolge Hoofstuk 3 word dus in alle gevalle (ook by die toepassing van gemene reg) teen wetgewende en uitvoerende optrede van staatsorgane beskerm.
- (b) Die weglating van die regsprekende gesag in artikel 7(1) is nie toevallig nie, maar dit was die bedoeling dat Hoofstuk 3 net op die wetgewende en uitvoerende gesag van toepassing is.⁴⁹
- (c) In suiwer privaatregtelike aangeleenthede (waar daar geen owerheidsgesag op die verhouding tussen die partye van toepassing is nie) kan die partye gewoonlik nie steun op fundamentele regte soos verskans in Hoofstuk 3 nie. Hoofstuk 3 het dus nie algemene horisontale werking nie.⁵⁰ Dit blyk veral uit die voorskrifte van artikels 33(4) en 35(3), wat onnodig sou wees as Hoofstuk 3 algemene horisontale werking sou gehad het.
- (d) In 'n privaatregtelike geskil kan 'n party egter steun op die beskerming van sy fundamentele regte ingevolge Hoofstuk 3 indien die ander partye se optrede

46 Understanding 89-100

47 1996 3 SA 850 (KH)

48 876D-877A

49 877H-878F

50 881D-G

berus op magtiging deur die wetgewende of uitvoerende gesag in stryd met Hoofstuk 3.⁵¹

- (e) Ingevolge artikel 35(3) word die horisontale werking van Hoofstuk 3 *indirek* gemagtig in privaatregtelike verhoudings. Artikel 35(3) bepaal dat by die uitleg van enige wet en die toepassing en ontwikkeling van die gemene reg en gewoontereg, howe die gees, strekking en oogmerke van Hoofstuk 3 in ag moet neem. Hiervolgens word howe nie gemagtig om die gemenerereg en gewoontereg te vervang nie, maar moet die gemenerereg en gewoontereg ontwikkel word in ooreenstemming met die gees, strekking en waardes vervat in die Grondwet.

Regter Kentridge beslis in hierdie verband:⁵²

Fortunately, the Constitution allows for the development of the common law and customary law by the Supreme Court in accordance with the objects of chapter 3. I have no doubt that section 35(3) introduces the *indirect* application of the fundamental rights provisions to private law. I draw attention to the words 'have due regard to' in s 35(3). That choice of language is significant. The Lawgiver did not say that Courts should invalidate rules of common law inconsistent with chapter 3 or declare them unconstitutional. The fact that Courts are to do no more than have regard to the spirit, purport and objects of the chapter indicates that the requisite development of the common law and customary law is not to be pursued through the exercise of the powers of this Court under s 98 of the Constitution. The presence of this subsection ensures that the values embodied in chapter 3 will permeate the common law in all its aspects, including private litigation.

- (f) Die moontlikheid dat daar wel in bepaalde gevalle direkte horisontale toepassing van Hoofstuk 3 in privaatregtelike geskille kan voorkom, word wel deur die konstitusionele hof voorsien, sonder om voorbeelde daarvan te noem.⁵³ Die hof beslis egter dat dit nie in die besondere omstandighede van hierdie beslissing van toepassing is nie.

51 879A-C

52 885E-H

53 887B-C

Ten einde te voorkom dat regsperone en natuurlike persone in onderlinge regsverhoudinge met ander regssubjekte apartheidsgebruike voortsit, is artikel 33(4) ingevoeg. Artikel 33(4) bepaal dat die bepalings van Hoofstuk 3 deur wetgewing en administratiewe maatreëls ook van toepassing gemaak kan word op ander persone en instansies as dié in artikel 7(1) genoem ten einde diskriminasie te voorkom. Oor

hierdie artikel sê Du Plessis en Corder:⁵⁴

Section 33(4) is potentially powerful in achieving the horizontal application of some of the aspects of the equality clause because it authorizes both the legislature and the administration to proscribe unequal treatment and discrimination on any of the many grounds provided for in section 8(2). But it probably pertains to the prohibition of unfair discrimination only and not to measures designed to achieve the adequate protection and advancement of those disadvantaged by discrimination as well. It will therefore, in all probability, not be competent for the transitional legislature and/or executive authority to require private concerns to introduce affirmative action programmes.

Basson⁵⁵ huldig die mening dat die Grondwet horisontale werking het, maar anders as Cachalia *et al*⁵⁶ is hy nie bereid om die horisontale werking van Hoofstuk 3 ongekwalifiseerd toe te pas nie. Hy verwys veral na die beperkings in artikel 33 uiteengesit, maar stel die vraag waarom die horisontale toepassing van Hoofstuk 3 so vaag in die Grondwet gestel word. Die taak word tans aan die howe oorgelaat om te bepaal in watter omstandighede fundamentele regte horisontale werking het en wat die beperkings op die horisontale toepassing van die regte is.

3.1.5 Direkte horisontale werking

In verskeie hofuitsprake is daar ten gunste van die horisontale toepassing van Hoofstuk 3 beslis.⁵⁷ Die uitspraak in *Gardener v Whitaker*⁵⁸ is veral insiggewend. Volgens regter Froneman vereis die waardes onderliggend aan die Grondwet dat

54 Understanding 93-94

55 Interim constitution 15-16

56 Cachalia *et al* Fundamental rights 19-20

57 Sien veral *Waltons Stationary Company (Pty) Ltd v Fourie* 1994 1 BCLR 507 (O); *Mandela v Falati* 1995 1 SA 251 (W); *Jurgens v Editor, Sunday Times Newspaper* 1995 2 SA 52 (W); *Motala v University of Natal* 1995 3 BCLR 374 (N); *Matukane v Laerskool Potgietersrus* 1996 1 SACLR 468 (T); *Holomisa v Argus Newspapers* 1996 2 SA 588 (W); ook *Neethling en Potgieter* 1995 THRHR 709-715; *Henderson* 1995 De Rebus 439-441; *Carpenter en Botha* 1996 THRHR 126-135; *Woolman* 1996 SALJ 432-449.

58 1995 2 SA 672 (OK)

fundamentele regte wyer as net in regsverhoudings tussen die owerheid en ander regssubjekte beskerm moet word. Die doel van die Grondwet is om versoening en die uitskakeling van diskriminasie te bewerkstellig en dit kan slegs geskied deur die horisontale toepassing van fundamentele regte, ook in die geval van die gemene reg

⁵⁹
en inheemse reg:

A word of caution, though, may also be called for. A radical break with *all* the legal traditions of the past is not what the Constitution demands. The Roman-Dutch legal system, interpreted at its best, was a 'rational, enlightened system of law, motivated by considerations of fairness' ... What the Constitution has done is to release the common law from the shackles of institutionalised racial
⁶⁰
inequality....

It follows that, in my view, all aspects of the common law, including the present state of the law of defamation, should, in cases that now comes before the courts, be scrutinised to decide whether they accord with the demands of the Constitution. To leave those areas of common law which are in conflict with the Constitution unaffected would, in effect, if not by intent, perpetuate aspects of an undemocratic, discriminatory and unjust past.

⁶¹
In *Gardener v Whitaker* bevestig die konstitusionele hof die uitspraak van regter Froneman, maar wys daarop dat dit nie soseer neerkom op die direkte horisontale toepassing van fundamentele regte nie, maar dat die regter by die toepassing van gemeenregtelike beginsels ingevolge die voorskrifte van artikel 35(3) die gees, strekking en oogmerke van die Grondwet in 'n privaatregtelike geskil in ag geneem
⁶²
het. Regter Kentridge beslis:

My impression was that he (the Judge) was balancing one fundamental right (dignity, including reputation) against another (freedom of speech), and developing (or altering) a common-law rule in a manner which in his opinion struck the correct balance. He did not find that there had been an infringement of one or other of the two fundamental rights, and then go on to consider whether the

59 685B-E

60 Sien egter Zaal 1996 CILSA 30-48 in verband met diskriminerende praktyke in terme van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg; anders Domanski 1996 THRHR 539-556.

61 1996 4 SA 337 (KH) 62 343C-E

infringement was justifiable in terms of s 33(1). Indeed, in one passage in his judgment he points out that, whereas the limitation provision in chap 3, ie s 33(1), seeks to diminish a right regarded as fundamental by the Constitution, 'the same cannot be said of competing fundamental rights. They are inherently of equal value in terms of the Constitution'.

In effek beteken dit dat die volgende prosedure in grondwetlike geskille tussen privaatindividue of instansies gevolg moet word:⁶³

- (a) Die hof beslis die aangeleentheid deur die onderskeie partye se belange teen mekaar op te weeg, met inagneming van die gemeenskapsbelang, redelikheid, billikheid en die *boni mores*.
- (b) Daar rus 'n bewyslas op die eiser om aan te toon dat sy fundamentele regte voorkeur moet geniet bo dié van die verweerder.
- (c) Indien die eiser daarin slaag, kom dit nie daarop neer dat die verweerder se fundamentele reg beperk is ingevolge die voorskrifte van artikel 33(1) nie, maar dat by die afweging van die partye se onderskeie fundamentele regte die eiser se reg in die bepaalde omstandighede voorkeur geniet bo dié van die verweerder.

Verskeie juriste kritiseer die ongekwalifiseerde toepassing van Hoofstuk 3 op privaatregtelike verhoudings, aangesien daar dan geen aspek van die regsverhouding tussen regssubjekte onderling is wat buite die openbare sfeer en die uitoefening van owerheidsgesag val nie.⁶⁴ Die probleem was dat daar geen duidelikheid bestaan het op welke wyse en in watter mate die regte in die onderlinge regsverhouding tussen regssubjekte afgeweg moet word nie en die Grondwet self nie duidelike riglyne in dié verband verskaf nie. Daar word egter nou bepaalde riglyne deur die konstitusionele

hof neergelê in *Du Plessis v De Klerk*⁶⁵ en *Gardener v Whitaker*.⁶⁶

3.2 Die 1996 Grondwet

Die 1996 Grondwet is met betrekking tot die horisontale toepassing van Hoofstuk 2 heelwat duideliker as die 1993 Grondwet. Tog is daar steeds enkele aspekte wat

63 *Gardener*-saak 37A; ook Henderson 1995 *De Rebus* 441

64 Sien veral Du Plessis en Corder *Understanding* 89-100; Van der Vyver 1995 *SALJ* 572-602; Rautenbach *General provisions* 54-55 en Woolman *Application* 10.35; anders Van der Walt 1996 *TSAR* 732-741.

65 1996 3 SA 850 (KH)

66 1996 4 SA 337 (KH)

onduidelik is en verdere oorweging verdien. Daar sal nog steeds vasgestel moet word wanneer 'n persoon of instansie as 'n staatsorgaan optree en die omvang van die horisontale werking van die Hoofstuk 2 sal bepaal moet word. Dit is nouliks denkbaar dat alle privaatregtelike regsverhoudings tussen regssubjekte onderling ongekwalfiseerd aan die bepalings van Hoofstuk 2 sal moet voldoen (sien byvoorbeeld artikel 9(5)).

3.2.1 Staatsorgaan

In die verhouding tussen die staat en ander regssubjekte tree die staat self as 'n regspersoon op.⁶⁷ Die staat as regspersoon is saamgestel uit staatsburgers individueel en in groepsverband (as lede), sowel as 'n verskeidenheid van staatsorgane (regspersone, instellings en funksionaris) wat draers van openbare bevoegdheids (owerheidsgesag) is of openbare funksies vervul. 'n Staatsorgaan word ingevolge artikel 239 soos volg omskryf:

239 In die Grondwet, tensy uit die samehang anders blyk, beteken

-
"staatsorgaan"

- (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
 - (ii) ingevolge wetgewing 'n openbare bevoegdheid uitoefen of 'n openbare funksie verrig, maar nie ook 'n hof of 'n regterlike beampte nie.

Artikel 239(a) is heeltemal duidelik, maar daar kan steeds meningsverskil bestaan oor artikel 239(b). In die laasgenoemde geval hoef die instansie nie noodwendig 'n statutêre regspersoon te wees nie,⁶⁸ maar enige persoon (funksionaris) of instelling (regspersoon of nie-regspersoon) wat in terme van die Grondwet of 'n provinsiale grondwet 'n funksie vervul of owerheidsgesag uitoefen (subartikel (i)) of wat in terme

67 Basson en Viljoen Staatsreg 27; Regering van die RSA v SANTAM Versekeringsmaatskappy 1964 1 SA 546 (W)

68 Sien hieroor Rautenbach se standpunt by 3.1.3 hierbo.

van *enige ander wetgewing* 'n openbare funksie vervul of openbare gesag uitoefen (subartikel (ii)), tree as 'n staatsorgaan in terme van artikel 8(1) op. Die howe en regsprekende beamptes, sowel as persone en instansies wat nie in terme van die Grondwet, provinsiale grondwette of ander wetgewing openbare funksies of owerheidsgesag uitoefen nie, word egter uitdruklik deur artikel 39 uitgesluit. Die laasgenoemde persone en instansies is wel aan die bepalings van Hoofstuk 2 gebonde as gevolg van die bewoording van artikel 8(2) (horisontale werking), maar die omvang van die horisontale werking van Hoofstuk 2 word in hierdie geval gekwalifiseer deur die aard van die reg wat in terme van Hoofstuk 2 beskerm word, sowel as die aard van die verpligting wat deur die beskermde reg op die instansie gelê word.

Die vraag wanneer 'n persoon of 'n instansie deur die uitvoering van 'n openbare funksie of die uitoefening van owerheidsgesag as staatsorgaan omskryf kan word, is nog steeds nie bevredigend opgelos nie. Alhoewel Du Plessis se kriteria (by 3.1.3 hierbo) sinvol is, is sy toepassing myns insiens te wyd (byvoorbeeld die Vereniging van Prokureursordes). Daarteenoor kan Venter se eng interpretasie van staatsorgane, wat byvoorbeeld universiteite uitsluit, myns insiens nie in terme van artikel 239(b)(ii) geregverdig word in die lig van die openbare onderwysfunksie wat ingevolge wetgewing deur universiteite vervul word nie. Selfs al sou universiteite nie as staatsorgane getipeer kan word nie, is hulle in elk geval ingevolge artikel 8(2) aan die bepalings van Hoofstuk 2 gebonde. Die enigste vraag is dan wat die omvang van die horisontale toepassing van Hoofstuk 2 sal wees.

Dit is dus duidelik dat die oorsprong of aard van 'n regspersoon nie *finaliter* bepaal of die regspersoon aan die bepalings van Hoofstuk 2 gebonde sal wees nie, maar of:

- (a) die instansie 'n openbare funksie vervul of openbare bevoegdheid (owerheidsgesag) uitoefen in terme van die Grondwet of provinsiale wetgewing (artikel 239(b)(i)) of 'n *openbare* funksie vervul of owerheidsgesag uitoefen in terme van *enige ander wetgewing* (artikel 239(b)(ii)), in welke geval artikel 8(1) toepassing vind deurdat sodanige instansie as 'n staatsorgaan optree; of
- (b) enige ander regspersone wat in terme van artikel 8(2) aan die horisontale werking van die Grondwet gebonde is.

Aangesien die vereistes van artikel 239 ten opsigte van die vervulling van 'n openbare funksie of die uitoefening van owerheidsgesag ingevolge wetgewing slegs aanduidend is of die instansie as staatsorgaan getipeer kan word, is dit duidelik dat artikel 8(2) alle handeling en besluite van

regspersone (ook in privaat regshandelinge waar daar nie sprake van owerheidsgesag of 'n openbare funksie ingevolge wetgewing is nie) binne die trefwydte van Hoofstuk 2 bring "... 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."

3.2.2 *Omvang van horisontale toepassing*

Die laasgenoemde kwalifikasie laat die vraag ontstaan wat die omvang van die horisontale toepassing van Hoofstuk 2 op regspersone in privaatregtelike regsverhoudinge is. Du Plessis⁶⁹ wys daarop dat daar wêreldwyd die tendens ontwikkel dat nie slegs ten opsigte van die verhouding tussen die staat en ander regssubjekte nie, maar ook in die geval van die onderlinge verhouding tussen regssubjekte ongelykhede kan bestaan wat op regte van individue inbreuk kan maak. In hierdie verband beskou hy artikel 8, wat voorsiening maak vir die feit dat natuurlike en regspersone ook deur Hoofstuk 2 gebind word, as 'n maatreël wat op die horisontale werking van die Grondwet dui. Sy enigste probleem is die feit dat artikel 8(2) die horisontale werking kwalifiseer "...if, and to the extent that, it is applicable...". Hy stel as kriterium voor "where just and equitable" om op hierdie wyse die howe in die geleentheid te stel om by die afweging van belange op grond van waardeoordele beslissings te maak. Die horisontale werking van Hoofstuk 2 behoort dus mettertyd deur hofbeslissings uit te kristalliseer in ooreenstemming met die howe se funksie om te bepaal in watter omstandighede Hoofstuk 2 in privaatregtelike verhoudings toepassing behoort te vind, of soos Du Plessis voorstel "where just and equitable".

Voortspruitend hieruit ontstaan die vraag of die verwysing na "all law" in artikel 8(1) ook die gemene reg en die gewoontereg insluit. Ek is van mening dat dit wel die geval is, aangesien artikel 39 die volgende bepaal:

39(2) By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemene reg of gewoontereg, 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 gemene reg, gewoontereg of wetgewing erken of verleen word nie, in die mate waarin daardie regte of vryhede met die Handves bestaanbaar is.

69 1996 *Stell LR* 9-10; ook Colloton 1986 *Yale Law and Policy Review* 426-225; Finlay 1990 *Washington University Law Quarterly* 381-397; Woolman 1996 *SALJ* 449-454

Indien ander regte ingevolge wetgewing, gemene reg en gewoontereg slegs erken word in die mate waarin dit versoenbaar met die regte in Hoofstuk 2 is, is dit vanselfsprekend dat die gewoontereg en gemene reg in ander opsigte ook aan die voorskrifte van Hoofstuk 2 onderhewig is. Dit is egter duidelik dat die horisontale werking van Hoofstuk 2 nie onbegrens toegepas sal kan word nie en die vraag ontstaan wat die omvang van die horisontale werking sal wees.

⁷⁰ Rautenbach dui aan dat die vereiste in artikel 39(2) (artikel 35(3) van die 1993 Grondwet) dat 'n hof by die uitleg van wetgewing en by die toepassing en ontwikkeling van die gemene reg en gewoontereg die gees, strekking en oogmerke van Hoofstuk 2 in ag moet neem, met betrekking tot die omvang van die horisontale toepassing die volgende inhou:

- (a) Ongelyke privaatregtelike verhoudings: Aangesien die doel van Hoofstuk 2 is om beskerming te bied in die ongelyke regsverhouding tussen staat en ander regssubjekte, word die gees, strekking en oogmerke ook in ag geneem by ongelyke privaatregtelike verhoudings, veral in die geval van vrywillige verenigings. Administratiefregtelik bestaan daar alreeds die beginsel dat hierdie verhoudings nie bloot kontraktueel van aard is nie, maar dat administratiefregtelike beginsels toepassing vind (byvoorbeeld *Theron v Ring van Wellington, NG Sendingkerk in SA*).⁷¹ Die standpunt is dat administratiefregtelike beginsels op privaatregtelike regspersone van toepassing is, uitgesonderd in gevalle waar dit uitdruklik kontraktueel tussen die partye uitgesluit is. As gevolg van die ongelyke verhouding kan dit selfs wees dat die kontraktuele uitsluiting van hierdie gemeenregtelike administratiefregtelike beginsels deur 'n hof onkonstitusioneel bevind kan word.
- (b) Algemene privaatregtelike beginsels: Daar bestaan reeds in privaatregtelike verhoudings die beginsels van goeie trou, redelikheid, *boni mores* en openbare belang.⁷² Veral kontrakte wat nie aan die bogemelde beginsels voldoen nie, word nie deur die hof toegepas nie. Hierdie beginsels kan 'n nuttige funksie vervul in die bepaling van watter privaatregtelike regsverhoudings in stryd

70 General provisions 76-80

71 1976 2 SA 1 (A) 21D-F; sien ook *Durr v Universiteit van Stellenbosch* 1990 3 SA 598 (A); *Mfola v Minister of Education, Bophuthatswana* 1994 BCLR 136 (B); *Yates v University of Bophuthatswana* 1994 3 SA 815 (BA); *Baloro v University of Bophuthatswana* 1995 4 SA 197 (BA); *Rivett-Carnac v Wiggins* 1997 3 SA 80 (K); sowel as *Wiechers Administratiefreg* 77; *Baxter Administrative law* 340-342; *Ferreira* 1990 SA *Publiekreg* 64 en 1991 SA *Publiekreg* 140146

72 *Ferreira en Robinson* 1997 *THRHR* 303-310

met die beginsels van Hoofstuk 2 sal wees (sien *Rock Insurance Co Ltd v Carmichael's Executor*⁷³ en *Robinson v Randfontein Estates*⁷⁴ waar die hof geweier het om 'n kontrak wat in albei partye se guns was, af te dwing weens die feit dat dit teen die openbare belang was).

- (c) Die gelykheidsbeginsel: Artikel 9(4) en (5) maak die gelykheidsbeginsel gekwalifiseerd op privaatregtelike verhoudings van toepassing. In terme hiervan is diskriminasie op die gronde soos uiteengesit in artikel 9(3) (ras, geslag, geslagtelikheid, swangerskap, huwelikstatus, etniese of sosiale oorsprong, kleur, geslagtelike oriëntasie, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, geloof, kultuur, taal en geboorte) onbillik, tensy bewys word dat die regverdigbaar is. Die bewyslas dat dit geregverdig is, rus vanselfsprekend op die persoon wat dit beweet. Hierdie aspek is van groot belang by die regshandelinge, lidmaatskap en interne verbandsreg van regspersone. Dit hou verband met vryheid van assosiasie soos verskans ingevolge artikel 18 van die Grondwet. Vryheid van assosiasie, soos toegepas op regspersone, is 'n omvattende onderwerp wat nie hier volledig bespreek kan word nie.⁷⁵ Daar kan wel melding gemaak word van die feit dat die toepassing van vryheid van assosiasie by regspersone verskil na gelang van die aard van die regspersoon (byvoorbeeld vrywillige verenigings (klubs), kerke en godsdienstige verenigings, opvoedkundige instellings, politieke organisasies en professionele, beroeps- of bedryfsverenigings). By elkeen van hierdie tipes organisasies het vryheid van assosiasie 'n tweeledige betekenis, naamlik eensyds die reg van 'n individu om vrylik met 'n organisasie van sy/haar keuse te assosieer, en andersyds die reg van 'n organisasie om lidmaatskapsvereistes te stel wat sekere persone uitsluit. Vanselfsprekend kan die onderskeie regte hierbo genoem botsend van aard wees en sodanige aansprake sal in ooreenstemming met die algemene beginsels in Hoofstuk 2 vervat hanteer moet word. Die kernvraag is telkens in watter mate sodanige organisasie of vereniging in die openbare of private sfeer optree en of die uitsluiting van 'n persoon of persone van lidmaatskap van 'n bepaalde vereniging regverdigbaar is ingevolge artikel 9(5) van die Grondwet.
- (d) Ingevolge artikel 39(3) word ander regte (as die regte verskans in Hoofstuk 2) in terme van wetgewing, die gemene reg en gewoontereg erken in die mate

73 1917 AD 598

74 1925 AD 204

75 Sien veral Woolman en De Waal *Freedom of association* 338-350; Pienaar *Regsubjektiwiteit* 125 140; Colloton 1986 *Yale Law and Policy Review* 426-445; Finlay 1990 *Washington University Law Quarterly* 381-397.

wat dit met die regte in Hoofstuk 2 bestaanbaar is. Volgens Rautenbach⁷⁶ behoort dit slegs in hoogs uitsonderlike gevalle tot 'n afweging van belange in 'n hof te lei, aangesien die regte verskans in Hoofstuk 2 so volledig is. Deurdat daar nie 'n hiërargie van verskanste regte bestaan nie, behoort die afweging van regte van die omstandighede in die verskillende gevalle af te hang en sal 'n besondere reg nie in alle gevalle voorrang geniet bo ander regte in Hoofstuk 2 en in terme van die gemene of gewoontereg nie. Sien hieroor die prosedure van afweging van belange soos voorgestel deur regter Froneman in *Gardener v Whitaker*⁷⁷ (3.1.5 hierbo), sowel as in *Brink v Kitshoff NO.*⁷⁸

Volgens Woolman⁷⁹ is die bepaling in artikel 8(1) dat die bepalings van Hoofstuk 2 van toepassing is op alle reg en die wetgewende, uitvoerende, regsprekende gesag en alle staatsorgane bind, 'n verdere eksplisiete voorskrif dat die howe in die toepassing van gemene en gewoontereg deur die voorskrifte van Hoofstuk 2 gebind word. Voorheen het artikel 7(1) van die 1993 Grondwet net wetgewende en uitvoerende staatsorgane op alle owerheidsvlakke gebind. Die weglaat van die regsprekende gesag uit artikel 7(1) het begroning verskaf vir die argument dat die gemene reg en gewoontereg nie *regstreeks* binne die trefwydte van die handves van fundamentele regte (Hoofstuk 3) geval het nie (sien Du Plessis se argument van die deursypelingseffek en Van der Vyver se standpunt dat dit slegs deur bykomende wetgewing bewerkstellig kan word by 3.1.2 en 3.1.3 hierbo).

Tans is die situasie dat ingevolge die gelykheidsbeginsel (artikel 9 van die 1996 Grondwet) alle regsverhoudings, ook privaatregtelike regsverhoudings, nediskriminerend van aard moet wees, tensy daar ingevolge artikel 9(5) aangetoon kan word dat dit 'n regverdigbare onderskeid is.⁸⁰ Die howe, en veral die konstitusionele hof, sal in die toekoms 'n uiters belangrike funksie vervul in die stel van presendente van die omstandighede waarin onderskeid regverdigbaar sal wees. Ten opsigte van die bepaling van die omvang van die horisontale toepassing van fundamentele regte, stel Woolman⁸¹ die volgende vereistes:

Coherence dictates that since the state constructs⁸² and enforces all law, all law should be measured against constitutional standards.

76 *General provisions* 79

77 1995 2 SA 672 (OK) 37A

78 1996 4 SA 197 (KH) 218

79 *Application* 10.31

80 *K Entertainment CC v Minister of Safety and Security* 1994 2 BCLR 718 (OK)

81 *Application* 10.34

Candour and genuine commitment to personal autonomy require that all inquiries as to the constitutionality of a particular law should not be artificially or arbitrarily suppressed through the application of a state action or verticality doctrine.

These two conclusions come with three important and closely related caveats. First, not all action is state action subject to constitutional scrutiny. Secondly, attacks on the common law do not entail the subversion of the common law - only an honest look at its underlying justifications. Thirdly, the distinction between the public sphere and the private sphere does retain meaning for the purposes of constitutional review.

Die noodsaak vir die bogenoemde onderskeid tussen publiekreg en privaatreë is daarin geleë dat alle publiekregtelike verhoudings op regsverhoudings berus waar die staat of 'n staatsorgaan in 'n vertikale gesagsverhouding tot 'n ander regs subjek staan, wat dus as owerheidsoptrede (*state action*) regstreeks toetsbaar is aan die vereistes van Hoofstuk 2. In die geval van privaatreëtelike verhoudings (selfs ongelyke privaatreëtelike verhoudings) vind *regstreekse toetsing* slegs plaas in die geval van die gelykheidsbeginsel (artikel 9), wat nie-diskriminasie voorskryf. In die ander gevalle berus die bepaling van watter reg van 'n party voorkeur bo die reg van 'n ander geniet op 'n afweging van belange, wat van geval tot geval kan verskil (sien (c) hierbo en die gesag daar aangehaal). Die toepassing en ontwikkeling van die gemene reg en gewoontereg het reeds die deursypel-effek of onregstreekse toepassing waarvan Van der Vyver en Du Plessis melding gemaak het (3.1.2 en 3.1.3 hierbo).

Woolman⁸³ dui tereg aan dat alle optrede nie binne die regte en beperkings van Hoofstuk 2 val nie. 'n Besluit om slegs Christene, en nie Moslems nie, in 'n private brugklub by 'n privaat woonhuis te verenig, val byvoorbeeld binne die private sfeer waar die maak van 'n onderskeid in bepaalde omstandighede geregverdig is. Op regspersone toegepas, is hierdie onderskeid egter nie altyd so eenvoudig nie. Sodra die optrede van 'n meer openbare aard is, ontstaan die vraag in watter gevalle dit binne die private sfeer val en in watter gevalle nie. Die openbare belang speel in hierdie onderskeid 'n belangrike rol.⁸⁴ Waar presies die skeidslyn tussen die openbare

82 Woolman verwys hier klaarblyklik net na reg deur die staat en staatsorgane gepositieer, en nie na ander reg, soos bv die reëls van 'n gesin of 'n vrywillige vereniging wat nie as 'n staatsorgaan optree nie.

83 *Application* 10.34

84 Rautenbach *General provisions* 77-78

en privater sfeer lê, is tans moeilik om te bepaal. Bepaalde norme en riglyne sal in hierdie verband neergelê moet word, veral deur konstitusionele regspraak.

Die mate waarin regspersone ten opsigte van lidmaatskapregte, die inhoud en toepassing van die eie konstitusie of reglement en ten opsigte van interne verbandsreg en eksterne regshandelinge aan konstitusionele voorskrifte gebonde is, hang nou saam met die wisselwerking tussen artikel 9 (die gelykheidsbeginsel) en artikel 18 (vryheid van assosiasie).

Samevatting

In die nuwe konstitusionele bedeling word daar besondere voorskrifte met betrekking tot regspersone gestel. Regspersone geniet (net soos natuurlike persone) beskerming van fundamentele regte teen owerheidsoptrede indien die aard van die reg en die aard van die regspersoon dit vir sodanige beskerming vatbaar maak. In hierdie verband moet daar beklemtoon word dat regspersone eiesoortige regssubjekte is en dat die regte van regspersone dus op 'n eiesoortige wyse beskerm word, wat nie noodwendig ooreenstem met die wyse waarop natuurlike persone se regte beskerm word nie.

Insgelyks rus daar op regspersone die verpligting om nie op die regte van ander regssubjekte inbreuk te maak nie. In die geval van regspersone wat as staatsorgane optree, hou dit verband met die vertikale toepassing van die Grondwet in die regsverhouding tussen die staat en ander regssubjekte. Daar bestaan meningsverskil of die 1993 Grondwet ook hierdie verpligting op regspersone in die horisontale verhouding tussen regssubjekte onderling gelê het. In die 1996 Grondwet word daar egter uitdruklik voorsiening gemaak vir die horisontale beskerming van fundamentele regte.

Die omvang van die horisontale beskerming van fundamentele regte hou in die geval van regspersone verband met vryheid van assosiasie. Vryheid van assosiasie beteken enersyds dat 'n organisasie (diskriminerende) lidmaatskapsvereistes kan stel ten einde bepaalde doelstellings na te streef en werksaamhede te verrig. Andersyds hou dit in dat 'n individu die vrye keuse het om te besluit met wie hy/sy wil assosieer. Die aard van die organisasie sal 'n invloed uitoefen op die afweging van die belange van die onderskeie partye. In die geval van staatsorgane sal daar uiteraard slegs by hoogste uitsondering ingevolge artikel 9(5) ruimte vir diskriminerende praktyke teenoor individue wees, as gevolg van die vertikale toepassing van Hoofstuk 2. By die vraag of diskriminerende maatreëls regverdigbaar is, sal privaatorganisasies wat in die openbare sfeer optree, strenger beoordeel word as verenigings wat suiwer in die private sfeer funksioneer. Voorts word die bogenoemde beginsels verskillend toegepas in die geval van klubs, godsdienstige organisasies, politieke organisasies, opvoedkundige inrigtings en professionele, beroeps- en bedryfsverenigings.

Dit illustreer die beginsel dat die horisontale werking van die Grondwet op 'n afweging van belange berus. Dit is dikwels nie moontlik om rigiede beginsels neer te lê of finale antwoorde te verskaf nie - belange wat in bepaalde omstandighede beskermingswaardig is, mag moontlik in ander omstandighede ondergeskik gestel word aan ander belange.

BIBLIOGRAFIE**Boeke, versamelwerke en tydskrifartikels**

Basson en Viljoen 1988

Basson D en Viljoen H *Die Suid-Afrikaanse Staatsreg* (Kaapstad 1988)

Basson 1994

Basson D *South Africa's interim Constitution: text and notes* (Kaapstad 1994)

Baxter 1984

Baxter L *Administrative law* (Kaapstad 1984)

Cachalia ea 1994

Cachalia A, Cheadle H, Davis D, Haysom N, Maduna P en Marcus G *Fundamental rights in the new constitution* (Kaapstad 1994)

Carpenter & Botha 1996

Carpenter G en Botha C "The 'constitutional attack on private law': are the fears well founded?" 1996 *THRHR* 126-135

Chaskalson ea 1996

Chaskalson M, Kentridge J, Klaaren J, Marcus G, Spitz D en Woolman S *Constitutional law of South Africa* (Kaapstad 1996)

Colloton 1986

Colloton M "The attack on single-sex college social organizations" 1986 *Yale Law and Policy Review* 426-445

Davis 1994

Davis DM "Equality and equal protection" in Van Wyk D ea (reds) *Rights and constitutionalism: the new South African legal order* (Kaapstad 1994)

Davis 1996

Davis DM "The underlying theory that informs the wording of our Bill of Rights" 1996 *SALJ* 113 385-394

Domanski 1996

Domanski A "Teaching Roman law on the eve of the millenium: a new beginning" 1996 *THRHR* 539-556

Du Plessis 1994

Du Plessis LM "The genesis of the provisions concerned with the application and interpretation of the chapter on fundamental rights in South Africa's transitional constitution" 1994 *TSAR* 706-733

Du Plessis & Corder 1994

Du Plessis LM en Corder H *Understanding South Africa's transitional Bill of Rights* (Kaapstad 1994)

Du Plessis 1995

Du Plessis LM "Enkele gedagtes oor die historiese interpretasie van hoofstuk 3 van die Oorgangsgrondwet" 1995 *THRHR* 504-513

Du Plessis 1996

Du Plessis LM "Of the new constitution: an evaluation of aspects of a constitutional text *sui generis*" 1996 *Stell LR* 3-24

Ferreira 1990

Ferreira GM "Enkele gedagtes oor die onderskeid tussen publiek- en privaatreë in die Suid-Afrikaanse reg" 1990 *SA Publikereg* 50-65

Ferreira 1991

Ferreira GM "Die nakoming van die *audi alteram partem*-reël in kontraktuele verhoudinge" 1991 *SA Publikereg* 140-146 Ferreira & Robinson 1997

Ferreira GM en Robinson JA

"Reflections on the *boni mores* in the light of chapter 3 of the 1993 Constitution" 1997 *THRHR* 303-310

Finlay 1990

Finlay P "Prying open the the clubhouse door" 1990 *Washington University Law Quarterly* 381-397

Henderson 1995

Henderson A "Operation of the constitution between private actors: inevitable consequences of section 35(3) and the dilemma of conflicting rights" 1995 *De Rebus* 439-441

Neethling & Potgieter 1995

Neethling J en Potgieter JM "Aspekte van die lasterreg in die lig van die Grondwet: *Gardener v Whitaker*" 1995 *THRHR* 709-715

Neethling, Potgieter & Visser 1996

Neethling J, Potgieter JM & Visser PJ *Deliktereg* 3de uitg (Durban 1996)

Pienaar 1982

Pienaar GJ *Die gemeenregtelike regspersoon in die Suid-Afrikaanse privaatreë* 1982 Proefskrif PU vir CHO Potchefstroom

Pienaar 1993

Pienaar GJ "Freedom of association in South Africa and the United States" 1993 *CILSA* 147-171

Pienaar 1994

Pienaar GJ "Regspersone: fiksie of feit?" 1994 *THRHR* 92-98

Rautenbach 1995

Rautenbach IM *General provisions of the South African Bill of Rights* (Durban 1995)

Van Aswegen 1995

Van Aswegen A "The implication for the Bill of Rights for the law of contract and delict" 1995
SAJHR 50-69

Van Der Vyver 1994

Van der Vyver JD "The private sphere in constitutional litigation" 1994 *THRHR* 378-395

Van Der Vyver 1995

Van der Vyver 1995 "Constitutional free speech and the law of defamation" 1995 *SALJ*
572-602

Van Der Walt 1996

Van der Walt JGW "Justice Kriegler's disconcerting judgment in *Du Plessis v De Klerk*:
much ado about direct horizontal application (read nothing)" 1996 *TSAR* 732-741

Venter 1995

Venter F "Die staat en die universiteitswese in Suid-Afrika: nuwe wedersydse grondwetlike
verantwoordelikhede, regte en verpligtinge" 1995 *THRHR* 379-395

Visser 1995

Visser PJ "A successful constitutional invasion of private law" 1995 *THRHR* 745-750

Visser 1996

Visser PJ "Horisontaliteit van fundamentele regte afgewys" 1996 *THRHR* 510514
Wiechers 1984 Wiechers M *Administratiefreg* (Durban 1984)

Woolman & De Waal 1994

Woolman S en De Waal J "Freedom of association: the right to be we" in Van Wyk D ea (reds) *Rights and constitutionalism: the new South African legal order* (Kaapstad 1994)

Woolman 1996

Woolman S "Application" in Chaskalson M ea (reds) *Constitutional law of South Africa* (Kaapstad 1996)

Woolman 1996

Woolman S "Defamation, application, and the interim Constitution" 1996 *SALJ* 428-454

Zaal 1996

Zaal FN "Roman law and the racial policies of the Dutch East India Company: an exploration of some historical inter-connections" 1996 *CILSA* 31-48

Wetgewing

Bankwet 94 van 1990

Eskomwet 40 van 1987

Wet op Fondsinsameling 107 van 1978

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996

Maatskappywet 61 van 1973

Wet op die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys 80 van 1993

Hofbeslissings

- Baloro v University of Bophuthatswana* 1995 4 SA (BA)
Bernstein and Others v Bester NO and Others 1996 2 SA 751 (KH)
Brink v Kitshoff NO 1996 4 SA 197 (KH)
Committee of the Johannesburg Stock Exchange v Chairman Stock Exchange Appeal Board 1992 2 SA 30 (W)
De Klerk and Another v Du Plessis and Others 1995 2 SA 40 (T)
Directory Advertising Cost Cutters v Minister for Posts, Telecommunication and Broadcasting 1996 3 SA 800 (T)
Du Plessis v De Klerk 1996 3 SA 850 (KH)
Durr v Universiteit van Stellenbosch 1990 3 SA 598 (A)
Fose v Minister of Safety and Security 1996 2 SA BCLR 232 (W)
Gardener v Whitaker 1995 2 SA 672 (OK)
Gardener v Whitaker 1996 4 SA 337 (KH)
Holomisa v Argus Newspapers 1996 2 SA 588 (W)
Jeeva v Receiver of Revenue, Port Elizabeth 1995 2 SA 423 (SOK)
Jurgens v Editor, Sunday Times Newspaper 1995 2 SA 52 (W)
Kalla v The Master 1995 2 SA 261 (T)
K Entertainment CC v Minister of Safety and Security 1994 2 BCLR 718 (OK)
Mandela v Falati 1995 1 SA 251 (W)
Matukane v Laerskool Potgietersrus 1996 1 SA CLR 468 (T)
Mfolo v Minister of Education, Bophuthatswana 1994 BCLR 136 (B)
Motala v University of Natal 1995 3 SA BCLR 374 (N)
Potgieter v Kilian 1996 2 SA 276 (N)
Regering van die RSA v SANTAM Versekeringsmaatskappy 1964 1 SA 546 (W)
Rivett-Carnac v Wiggins 1997 3 SA 80 (K)
Robinson v Randfontein Estates 1925 AD 204
Rock Insurance Co Ltd v Carmichael's Executor 1917 AD 598
S v Makwanyane 1995 BCLR 665 (KH)
Theron v Ring van Wellington NG Sendingkerk in SA 1976 2 SA 1 (A)
Waltons Stationary Company (Pty) Ltd 1994 1 BCLR 507 (O)
Yates v University of Bophuthatswana 1964 3 SA 815 (BA)