2013 Journal for Juridical Science 38(1):1-26

EM Serfontein

Die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse gemenereg: 'n Geskiedkundig-sosiaal-kontekstuele analitiese benadering

Opsomming

Ten einde die Suid-Afrikaanse gemenereg te ontwikkel en te verstaan hoe regsprosesse binne 'n hedendaagse Suid-Afrika moet verloop, word 'n geskiedkundig-sosiaal-kontekstuele analise voorgestel. So 'n kritiese analise help howe nie alleenlik om die ontwikkeling van dié land se gemenereg sowel as die eksterne en interne invloede wat daarop inwerk te begryp nie, maar bemagtig hul voorts om 'n geskiedkundige brug te bou tussen die verlede wat gekenmerk was deur 'n diep verdeelde samelewing en die toekoms wat op grondwetlike waardes gegrond is.

The development of the South African common law: a Historic-social-contextual analytical approach

In order to develop the South African common law and understand how legal processes must transpire in contemporary South Africa, a historic-social-contextual analysis is proposed. Such a critical analysis not only assists courts in understanding the development of this country's common law as well as the external and internal influences affecting it, but also enables them to build a historic bridge between the past of a deeply divided society and a future founded on constitutional values.

1. Inleiding en doel

Die reg is 'n voortdurend ontwikkelende realiteit.[1] Gevolglik moet regspraktisyns op gebeure in die verlede, hede en toekoms let wanneer die reg geïnterpreteer,[2] toegepas[3] en presedente[4] vir die toekoms geskep word. Ter ondersteuning wys Russo[5] daarop dat die reg 'n terugwerkende eerder as 'n proaktiewe dissipline is. Die rede hiervoor is dat die reg deurlopend

1 Cohen & Olson 2007:5.
2 Imraan 2011:8-10.
3 Maton 2011:62-84.
4 Portman 2009:4.
5 Russo 1996:33-52.

Dr EM Serfontein, Senior Lektor: Regte, Skool vir Basiese Wetenskappe, Vakgroep Regte, Noordwes-Universiteit, Vaaldriehoekkampus, Vanderbijlpark.

op gebeure in die verlede steun ten einde die aard en toepassingswaarde van regsbeginsels asook die doel daarvan beter te begryp.[6]

Die oorhoofse oogmerk van hierdie artikel is om verslag te lewer oor die wyse waarop die Suid-Afrikaanse howe gehoor gee aan hul verpligting om die Suid-Afrikaanse gemenereg te ontwikkel soos vooropgestel deur artikels 8, 39 en 173 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika,* 1996 (hierna die Grondwet). Ten einde hierdie oogmerk te bereik, word die oorsprong van die Suid-Afrikaanse reg verduidelik, ontwikkelende tendense tot op datum aangedui, relevante regspraak geanaliseer en die waarde verbonde aan 'n geskiedkundig-sosiaal-kontekstuele analise ondersoek.

2. Teoretiese raamwerk: Geskiedkundig-sosiaal-kontekstuele analitiese benadering

Hoeflich[7] onderskryf die waarde van geskiedkundige inligting rakende die ontwikkeling van 'n bepaalde gemeenskap ten einde die sosiale agtergrond waarteen en die konteks waarin eksplisiete regsbeginsels toegepas is en moet word, beter te begryp. Cohen en Olson[8] dui aan dat regsgeskiedkundige kennis daartoe bydra dat die reg nie as bloot net 'n vakgebied of beroep gesien word nie, maar eerder as 'n dissipline wat deur ryke tradisies ondersteun word. Du Plessis[9] is eweneens van mening dat 'n geskiedkundige analise meewerk om regsvoorskrifte binne die tradisie waarin hul, hul oorsprong het te plaas. Dieselfde standpunt is deur die Konstitusionele Hof gehuldig in *Grootboom*,[10] waarin die wetgewende, sosiale en geskiedkundige konteks van sosio-ekonomiese regte oorweeg is, en in *AAA Investments (Pty) Ltd*,[11] waarin 'n konteks-sensitiewe benadering gevolg is om die betekenis van die begrip *staatsorgaan* te bepaal.

Indien die geskiedkundige konteks van die reg[12] nie in ag geneem word nie, word regsreëls bloot op 'n meganiese wyse, sonder enige inagneming van sosiale behoeftes, toegepas.[13] Verskeie versoeke[14] is reeds aan die howe gerig om te verseker dat hul beslissings begrip toon vir en ontsag verleen aan die reg as synde 'n weerspieëling van daardie sieninge en behoeftes wat beskou word as verteenwoordigend te wees van hul

6 McMillan & Schumacher 2001:500.
7 Hoeflich 1986:95-121.
8 Cohen & Olson 2007:333.
9 Du Plessis 2005:1-30.
10 *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* 2001 1 SA 46 (KH):20 & 94.
11 *AAA Investments (Pty) Limited v Micro Finance Regulatory Council* 2007 1 SA 343 (KH).
12 Friedman 2009:50-58.
13 Du Plessis 1991:12-26.
14 Cohen 1916:761-766; Grey 1921:305; Cohen *et al.* 1955:137-149.

gemeenskappe. In dié verband wys Flemming[15] daarop dat, selfs wat skynbaar suiwer regsvrae betref, die inhoud van regsreëls toenemend met gemeenskapsbeskouinge vervleg geraak het.

Met spesifieke verwysing na die siening en behoeftes van die samelewing en die *Grondwet*, benadruk regter Traverso in *Coetzee v Comitis*,[16] byvoorbeeld, dat resente publieke beleid binne die raamwerk van die *Grondwet* oorweeg behoort te word. Dit is nodig aangesien vele situasies wat voor die verordening van die *Grondwet* nie beskou sou word as dat dit die publiek krenk nie, sedertdien as onmenslik beskou mag word. Die Konstitusionele Hof het onlangs in *Director of Public Prosecutions v Arnold Prins*[17] weer eens beklemtoon dat howe, as die bewaarders van die *Grondwet*, op ‘n regmatige wyse aan die behoeftes van die samelewing wat hulle dien, gehoor moet gee. In dié verband het die uitspraak van die Konstitusionele Hof in *S v Makwanyane*[18] al hewige kritiek ontlok, veral weens die hof se minagting van openbare mening ter beskerming van die reg op lewe. Regter Sachs het egter daarop gewys dat dit noodsaaklik is om die beste van alle geregtigheidstrome in Suid-Afrika in ag te neem ten einde die toenemende ontwikkeling van dié land se regstelsel te verseker. Derhalwe bevind regters Chaskalson en O’Regan dat die reg op lewe en menswaardigheid bo enige ander reg, of selfs openbare mening, verhef moet word.

Vyf jaar later, in *Christian Education of SA v Minister of Education*,[19] raak die Konstitusionele Hof weer die probleem aan waar die persoonlike morele oortuigings van burgers van dié van die meerderheid en/of die regering verskil. Alhoewel die Konstitusionele Hof steeds geen oplossing vir die probleem kon vind nie, bly die opweging van belange ’n kernprobleem te wees aangesien dit *ex facie* die wese van demokrasie ongedaan kan maak. Wat die term *demokrasie* aanbetref, waarsku Kroeze[20] dat dit al te dikwels bloot gebruik word om nie die diepliggende verskille en konflikte binne ’n gemeenskap te erken of in ag te neem nie. Terselfdertyd, beklemtoon Bishop en Brickhill[21] dat die grondwetlike verpligting (artikel 39) om die gees, strekking en oogmerke van die *Handves van Regte* te bevorder, geïnterpreteer moet word as om veel meer as bloot eksplisiete regte te omsluit – dit sluit ook breër regte en dikwels waardes en norme in. Howe behoort dus betekenis aan die reg te verleen deur alle konflikterende en oorvleuelende regte en waardes te oorweeg. Ter bereiking hiervan, is dit nodig dat die howe ’n balans vind deur die volg van ’n kontekstuele, doelgerigte benadering wat grotendeels verweefde waardes bevorder (in wese ’n geskiedkundig-sosiaal-kontekstuele benadering).

15 Flemming 1992:532.
16 2001 1 All SA 538 (K).
17 369/12 2012 106 ZASCA (15 Junie 2012):6.
18 1995 3 SA 391 (KH): 262.
19 2000 4 SA 757 (KH) paragraaf 35.
20 Kroeze 2005:353.
21 Bishop & Brikhill 2012:683.

Russo[22] stel voor dat 'n sistematiese en analitiese, eerder as meganiese, proses deur die howe gevolg moet word. 'n Sistematiese ondersoek ('n vorm van geskiedkundige regsnavorsing), wat 'n metodologiese ondersoek behels wat die interpretasie *ex visceribus actus*[23] en 'n verduideliking van die reg *per se* omsluit, sou ideaal wees. Aan die ander kant, sou 'n analitiese proses die ondersoek van geskiedkundige begrippe en gebeure, deur middel van 'n kritiese ontleding (vergelykende aard) van regsdokumente, ten doel hê.[24]

Deur 'n sistematiese en analitiese proses te ondersteun, wys Watson[25] daarop dat, alhoewel regsreëls maklik van een regstelsel na 'n ander verplaas kan word, dit nie sondermeer gedoen moet word nie. Die rede hiervoor is dat regsreëls aan die unieke behoeftes en waardes van 'n spesifieke samelewing moet voldoen.[26] Dit is gevolglik noodsaaklik dat regsreëls binne die geskiedkundig-sosiale konteks[27] waarin hul toepassing vind, geplaas word. Verontagsaming van laasgenoemde is dikwels die geval in ontwikkelende lande[28] en is veral relevant wanneer die Suid-Afrikaanse gemenereg, waarvolgens beregtiging tradisioneel op 'n waarde-neutrale wyse beoefen is,[29] ontwikkel word om dit in lyn met die waardegedrewe[30] *Grondwet* te bring.[31] Die belangrikheid hiervan is in *Barkhuizen v Napier*[32] benadruk deur dit onomwonde te stel dat die howe nie sal huiwer om enige beleid of wetgewing wat teenstrydig met grondwetlike waardes is, ongeldig te verklaar nie. Hoofregter Langa[33] wys daarop dat die *Grondwet* voorts vereis dat alle hofbeslissings aan die hand van die grondwetlike regte en waardes geregverdig moet word.

'n Kennisname van die geskiedkundige konteks van die reg (reg-in-konteks) noodsaak derhalwe dat regsreëls binne hul wyer sosiale konteks geëvalueer moet word.[34] Aangesien beide interne en eksterne invloede sodoende in ag geneem word, word 'n geskiedkundig-sosiaal-kontekstuele analitiese benadering voorgestel. Die reg-in-konteks benadering word deur die doelgerigte (teks-in-konteks) benadering wat tydens wetsuitleg gevolg word, onderskryf. 'n Doelgerigte benadering

22 Russo 1996:33-52.

23 *Binne die vier hoeke van die reg of strukturele geheel i.e*. al die dele van die reg moet bestudeer word.

24 McMillan & Schumacher 2001:418.

25 Watson 1978:313-336.

26 Sien ook *National Media Ltd v Bogoshi* 1998 4 SA 1196 (HHA).

27 Sien ook *City of Johannesburg v Rand Properties (Pty) Ltd* 2006 6 BCLR 728 (W):51-52.

28 Okharedia 1998:60-74.

29 Deeksha 2008:300-317.

30 Pieterse 2007:2-6.

31 Die regsoortuigings van die gemeenskap is ingesluit in die *Grondwet* en is dus nie langer gebaseer op vae aannames van publieke sentiment of opinie nie: *Carmichele v Minister of Safety and Security* 2003 2 SA 656 (K).

32 *Barkhuizen v Napier* 2007 5 SA 323 (KH).

33 Langa 2006:35.

34 Verhults & Price 2012:215-218.

neem die kontekstuele raamwerk waarbinne wetgewing uitgevaardig word sowel as alle sosiale faktore en politieke beleidsaanwysers in ag wanneer wetgewing geïnterpreteer word.[35] Die teks-in-konteks benadering is reeds in, onder andere, *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs*,[36] *Chagi v Special Investigating Unit,*[37] *Bertie Van Zyl (Pty) Ltd v Minister for Safety and Security*[38] en in *South African Police Service v Police and Prisons Civil Rights Union* suksesvol deur die Konstitusionele Hof toegepas.[39]

In die lig hiervan, kritiseer Bishop en Brickhill[40] verskeie hofsake[41] waarin artikel 39(2)[42] van die *Grondwet* oorbeklemtoon word en die wetgewende bepalings bygevolg totaal geïgnoreer word wanneer die gemenereg ontwikkel word. Volgens dié outeurs bedreig so 'n onbeperkte interpretasie, nie net die *rule of law* nie, maar ook die beginsels van 'n samewerkende regering soos vervat in artikel 40(2) van die *Grondwet,* sonder om noodwendig meer regverdige uitkomste te verseker.

---

35 Botha 2005:51.

36 2004 4 SA 490 (KH):73: Die reg-in-konteks-benadering vereis van die howe om eerbied te verleen aan die konteks waarin woorde voorkom, al is die woorde duidelik en ondubbelsinnig.

37 2009 2 SA 1 (KH):14: Die korrekte interpretasie en effek van wetgewende bepalings is nie sonder meer 'n grondwetlike aangeleentheid nie. 'n Hof is verplig om alle wetgewende bepalings in oorleg met die *Grondwet* te interpreteer en enige teenstrydighede met die *Grondwet* te vermy. Wanneer 'n party 'n betekenis van 'n bepaling bepleit wat op die ongrondwetlikheid daarvan sal neerkom, word 'n grondwetlike aangeleentheid geopper indien 'n redelike vooruitsig bestaan dat die interpretasie verkeerd is en dat daar 'n ander uitleg is wat geneem kan word met die gevolg dat die bepaling inderdaad grondwetlik is.

38 2010 (2) SA 181 (KH): Die Konstitusionele Hof beslis dat die doelgerigte, kontekstuele interpretasie nie bloot die bes gepaste benadering binne 'n grondwetlike raamwerk is nie, maar inderdaad deur die *Grondwet* afgedwing word.

39 2011 6 SA 1 (KH):30 & 39: Die *Grondwet* en alle ander wetgewing moet begryp word as reagerend op die pynvolle geskiedenis en die fasilitering van transformasie ten einde die verdeeldheid van die verlede te genees, die grondslag te lê vir 'n demokratiese en oop gemeenskap, die kwaliteit van lewe vir almal te verbeter asook om 'n verenigde en demokratiese Suid-Afrika te bou.

40 Bishop & Brikhill 2012:681.

41 *Chirwa v Transnet Ltd* 2008 (4) SA 367 (KH): Aangesien geen poging aangewend word om te verduidelik waarom spesifieke betekenis verleen word aan woorde vervat in artikel 157(2) van die *Wet op Arbeidsverhoudinge*, 66/1995 nie; *African National Congress v Chief Electoral Officer of the Independent Electoral Commission* 2010 (5) SA487 (KH): siende dat geen verduideliking voorsien word oor hoe die leser artikels 96(1) en 167(3)(a) van die *Kieswet*, 73/1998 moet benader ten einde die uitsonderings, soos voorsiening voor gemaak is in die hofsaak, in te lees nie; en *Van Vuren v Minister for Correctional Services* 2010 12 BCLR 1233 (KH): Waarin die meerderheid besluit het om eerder 'n nuwe benadering as synde 'n middeweg te volg.

42 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.

Die doel van 'n reg-in-konteks benadering is egter nie om finale, suiwer akademiese kennis of eksplisiete feite daar te stel nie, maar eerder om tot kritiese denke aanleiding te gee.[43] Voorbeelde van outeurs wat 'n reg-in-konteks benadering volg, sluit die volgende in: Yeshanew,[44] wat minimum kern individuele regte en verpligtinge ondersoek; Baimu,[45] wat die staat versoek om, onder andere, gratis mediese dienste te voorsien; Van der Elst,[46] wat 'n nuwe benadering tot grondhervorming voorstel; Budlender,[47] wat kommentaar op die implementering van sosio-ekonomiese regte lewer en Pieterse,[48] wat die regmatige afdwinging van regte in beleidsgerigte aangeleenthede navors. Deur die fundamentele regte van prisoniers aan te spreek, plaas Mubangi[49] eweneens klem op die belang van 'n geskiedkundig-sosiaal-kontekstuele analise wanneer die funksies van die gevangenis, polisie en regsprekende gesag, as belangrike skakels in die ketting van die strafregstelsel, ondersoek word.

Die geskiedkundige en sosiale konteks van die reg (geskiedkundig-sosiaal-kontekstueel analitiese benadering) is voorts effektief deur die Hooggeregshof,[50] die Hoogste Hof van Appèl[51] sowel as die Konstitusionele Hof[52] toegepas ten einde uitspraak te lewer oor die toepassing van die reg onder resente omstandighede.

3. Ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse gemenereg: 'n Geskiedkundige beskouing

Die Suid-Afrikaanse reg het sedert 1652 sy oorsprong in die aanvaarding van die Romeins-Hollandse reg,[53] gebaseer op die beginsels van billikheid

---

43 Arthurs 1983.
44 Yeshanew 2011:317-340.
45 Baimu 2001:170-71.
46 Van der Elst 2012:566-580.
47 Budlender 1999:15-16.
48 Pieterse 2007:383-417.
49 Mubangi 2001:120-129.
50 *Raats Röntgen and Vermeulen (Pty) Ltd v Administrator, Cape* 1991 1 SA 827 (K): Stellings rakende die onderskeid tussen wette vir publieke belang en ander wette is kunsmatig en geskiedkundig ongeldig.
51 *Fourie v Minister of Home Affairs* 2005 3 SA 429 (HHA): Kennisname van geskiedkundige ongeregtighede met betrekking tot onbillike diskriminasie; *Director of Public Prosecutions v Arnold Prins* (n 17).
52 *Masiya v Director of Public Prosecutions, Pretoria (Centre for Applied Legal Studies amici curiae)* 2007 5 SA 30 (KH): Die geskiedkundige erkenning van verkragting teenoor vroue as 'n kriminele oortreding.
53 Moderne Suid-Afrikaanse reg is die produk van 'n dubbele resepsieproses. Tydens die eerste fase is die Romeinse reg deur die Germaanse gemeenregtelike stelsels van verskeie Westerse Europese lande aangeneem. Romeinse reg, soos aangepas deur plaaslike Nederlandse wetgewing, het die reg van Holland geïnfiltreer, wat as die Romeins-Hollandse reg bekend gestaan het en na die Kaap tydens die 17^de^ eeu verplaas is. Tydens die tweede fase het die Engelse reg die heersende Romeins-Hollandse reg vanaf die 18^de^ eeu beïnvloed.

en geregtigheid.[54] Aangesien die Romeins-Hollandse reg as die beste regstelsel beskou is, is dit aanvanklik tot die letter toe gevolg.[55] Dié pragmatiese benadering, tesame met die aanvaarding van die geykte *iudicis est ius dicere sed non dare/facere*-beginsel,[56] onderskryf deur regspositivisme wat die natuurregtelike metode vervang het,[57] het egter enige regsontwikkeling tydens die vroeër jare belemmer.[58]

Alhoewel die plaaslike Romeins-Hollandse reg gevestig gebly het as die Suid-Afrikaanse gemenereg ná die oorname van die Kaap deur Engeland in 1806,[59] het dit mettertyd duidelik geword dat die Romeins-Hollandse reg nie aan al die behoeftes[60] van die moderne samelewing wat daarna ontwikkel het, kon voldoen nie.[61] Gevolglik was wetgewende verandering noodsaaklik om regsreëls, uniek tot Suid-Afrika se omstandighede, daar te stel.

Weens die feit dat regters normaalweg in Engeland opgelei is en deur 'n toepassing van die *stare decisis*-beginsel[62] (onbekend aan die Romeins-Hollandse reg) op Engelse beslissings gesteun het, is wysigings aan die gemenereg grootliks deur die Engelse reg geïnspireer.[63] Na afloop van die Anglo-Boereoorlog (1899-1902) het Brittanje beheer oor die hele Suid-Afrika geneem. Ondanks die feit dat Handveste van Geregtigheid, onderskeidelik uitgevaardig in 1827 en 1834, van die howe vereis het om die Romeins-Hollandse reg toe te pas, het die Britse administrasie bepaal dat 'n geleidelike assimilasie van die Engelse reg in die Koloniale reg moes plaasvind. In 1910 is die Unie van Suid-Afrika, wat 'n nuwe era in die regsontwikkeling ingelei het, gevestig. 'n Belangrike taak van die Appèlafdeling van die Hoogste Hof was om die reg op 'n onafhanklike wyse te ontwikkel. In die uitvoering hiervan is daar nie van gevestigde Romeins-Hollandse regsbeginsels afgewyk nie. Rigiede en verouderde beginsels is bloot ontwikkel. Gevolglik is merkwaardige sukses behaal op die terrein

54 Du Plessis 1991:12-26.

55 Venter 1990:169; Sirks 2011:7.

56 Wetsuitleg kan nie buite die woorde in die teks geskied nie: Venter 1990:155.

57 Die natuurreg het gepoog om 'n metode te ontdek by wyse waarvan billike reëls bedink kon word wat by ewig veranderende omstandighede kon aanpas. Dias 1976:654.

58 Gauntlett 2011:3.

59 Die gemenereg is die siviele reg – Romeinse reg soos geïnterpreteer deur 17[de] en 18[de] eeu se Nederlandse skrywers. Die reg is deur wetgewing gemoderniseer en uitgebrei. Barratt & Snyman 2005.

60 Du Plessis 1991:12-26. Die sosiale, ekonomiese en politieke omstandighede wat deur 'n gemeenskap beleef word, het 'n enorme impak op elke fase van so 'n gemeenskap se regsontwikkeling.

61 Nicholson 2011:101-114. Regspraktisyns het vroeg reeds besef dat verwysing na Romeins-Hollandse bronne sou verminder en dat dit deur 'n Suid-Afrikaanse reg, gebaseer op regsprekende gesag en wetgewing, vervang sou word.

62 'n Gemeenregtelike leerstelling inherent aan die Engelse reg, bepalende dat regspresedent gevolg moet word. *Let the decision stand* or *abide by (prior) decided cases.*

63 Shrestha 2008:112; Thomas *et al.* 2001:7; Chanock 1989:265-288.

van die uitbouing van die Romeins-Hollandse reg ten einde aan die unieke behoeftes van Suid-Afrika te voldoen.[64]

Met verloop van tyd, het die Suid-Afrikaanse reg egter meer vatbaar vir invloede van buite geraak[65] en is tradisioneel gemeenregtelike beginsels deurlopend beïnvloed, ontwikkel en gewysig.[66] Regsreëls is, en word steeds,[67] op 'n saak-tot-saak basis[68] verorden, geskep en gevorm wat opsigself weer as bindende of oorredende presedent vir toekomstige dispute van 'n soortgelyke aard dien.

Onder Britse beheer het die Suid-Afrikaanse reg wat grootliks op ongelykheid gebaseer was egter 'n verwering van sosiale waardes beleef. Die afdwinging van die sogenaamde *social engineering* het daarop neergekom dat die reg misbruik is om sosiale veranderinge teweeg te bring en om groot dele van die bevolking negatief te beïnvloed. Alhoewel verskeie wette reeds sedert 1991 aangeneem is ten einde Suid-Afrika se rasgebaseerde regstelsel uit te wis, kon bestaande ongelykhede eers werklik aangespreek word na die aanvaarding van die interim en finale *Grondwet*, onderskeidelik in 1993 en 1996.

4. Ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse gemenereg: 'n Huidige en toekomstige beskouing

Ofskoon die hoër howe in Suid-Afrika van meet af oor die inherente bevoegdheid beskik het om die gemenereg aan te pas ten einde die veranderende sosiale, morele en ekonomiese samestelling van die gemeenskap te weerspieël,[69] is hul bevoegdhede sedert die aanvang van die *Grondwet*[70] grondwetlik gemagtig.[71]

Kennis moet egter geneem word van die feit dat die gemenereg en grondwetlike reg verweef is en nie twee afsonderlike regstelsels daarstel nie.[72] Wat die rangorde daarvan aanbetref, is daar in *Minister of Correctional Services v Tobani*[73] beklemtoon dat alle reg, insluitend die gemenereg, sy krag aan die *Grondwet* (die hoogste gesag in die land) ontleen en dus aan grondwetlike beheer onderworpe is. Die Hooggeregshof het gevolglik gevind dat die beginsels van die gemenereg steeds bepalend is tot, *in*

64 Van Niekerk 1998:160.

65 Du Plessis 1991:12-26.

66 Die Engelse reg het die Suid-Afrikaanse publiekereg tot 'n groot mate beïnvloed terwyl die kontrakte- en deliktereg slegs gedeeltelik beïnvloed is.

67 *Carmichele* (n 31).

68 Kunz & Schmedemann 1989:227.

69 Die reg is nie 'n statiese liggaam van regsreëls nie; dit is eerder buigsaam en aanpasbaar by die gemeenskap se veranderende omstandighede, behoeftes en waardes. Kunz & Schmedemann 1989:138.

70 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 1996.

71 *S v Thebus* 2003 6 SA 505 (KH):31.

72 *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA, In re The Ex parte Application of the President of the RSA.*1999 4 SA 788 (T).

73 2003 5 SA 126 (E).

casu, die ontwikkeling van die publieke en administratiewe reg. Wat egter voorts vir die Hooggeregshof duidelik geword het, is die feit dat die rolle van die gemenereg en die *Grondwet* omgeruil is. Waar die grondwetlike reg in die verlede deel gevorm het van en ontwikkel is volgens gemeenregtelike beginsels, ontwikkel laasgenoemde tans binne die raamwerk van die *Grondwet*. Gevolglik moet die gemenereg deurgaans aan die hand van grondwetlike voorskrifte getoets word.

4.1 Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Die *Grondwet* bied 'n nuwe visie vir die toekoms deur 'n gemeenskap voor te stel waarin die regstelsel voorsiening maak vir almal se basiese behoeftes en waarin sosiale geregtigheid en respek vir fundamentele regte seëvier.[74] Volgens Andrews[75] het hierdie visie 'n pluralistiese gemeenskap ten doel wat, onder andere, daarna strewe om historiese gemarginaliseerde regstelsels en instellings binne die breër Suid-Afrikaanse regsraamwerk in te sluit. Die *Grondwet* word dienooreenkomstig as die begin van 'n totale sosiale transformasieproses beskou.[76]

Die verwesenliking van grondwetlike doelstellings noodsaak egter dat elke Suid-Afrikaner, insluitende die howe, verantwoordelikheid daarvoor aanvaar.[77] McNamara[78] dui aan dat die toekenning van fundamentele regte vereis: a) dat wetgewing uitgevaardig word om 'n regsinfrastruktuur vir konstitusionalisme te voorsien,[79] b) dat 'n regsomgewing (kultuur) waarin sulke regte gerespekteer kan word, geskep word en c) dat Suid-Afrika in 'n demokratiese staat met 'n meer gelykmatige, inklusiewe regstelsel, verbind tot sosiale geregtigheid en die skep van selfverwesenlikingsgeleenthede vir almal, omskep word.

Davis en Clare[80] is eweneens van mening dat, indien die transformerende grondwetlike struktuur bo-op 'n basis gebou word wat van die verlede oorgeërf is en vir ewig gevlek is deur apartheid, Suid-Afrika nie tot 'n gemeenskap gebaseer op kernwaardes[81] kan ontwikkel nie. Aangesien regsmetodes deur regskultuur en ideologie toegelig word,[82] spreek dié outeurs hul bekommernis uit oor die potensiaal van die tradisionele Suid-Afrikaanse regskultuur om die transformasieproses teen te werk. Om

---

74 Chaskalson 2000:1-2.
75 Andrews 2009:351-379.
76 Davis & Klare 2010:402-509. Sien ook *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu-Natal)* 1998 1 SA 765 (KH):8; *Investigating Directorate: Serious Economic Offenses v Hyundai Motor Distributors (Pty) Ltd: In re: Hyundai Motor Distributors (Pty) Ltd v Smit NO* 2001 1 SA 545 (KH):21; *Tates Action Group v City of Cape Town* 2004 12 BCLR 1328 (K):100; Langa 2007:35.
77 Chaskalson 2000:1-2.
78 McNamara 2007:2.
79 Sien ook Moseneke 2009:3-4.
80 Davis & Klare 2010:402-509.
81 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 1996:artikel 1.
82 Deeksha 2008:300-317.

sodanige teenwerking te bowe te kom, word erken dat die verwesenliking van grondwetlike doelstellings, ’n permanente proses van werk-in-vooruitgang (altyd vooruitlopend, altyd onderworpe aan hersiening en verbetering) sal behels. In dié verband verduidelik Chanock[83] dat die toekoms van primêre belang is en dat ’n gemoeidheid met die verlede alleen, onvoldoende is. Langa[84] dui eweneens aan dat die uiteindelike droombeeld van ’n transformerende Suid-Afrika nie ’n blote oorgangsfase is nie, maar ’n permanente ideaal. As sodanig, neem die howe nie alleen kennis van regsgeskiedenis nie, maar skep ook regsgeskiedenis vir die toekoms.[85] In *Azanian People’s Organization v President of the RSA*[86] word beweer dat ’n grondwetlike reis onderneem moet word *vanaf die skande van die verlede na die belofte van die toekoms*.

4.2 Die ontwikkeling-klousules

Die *Grondwet* bevat drie sogenaamde *ontwikkeling-klousules*, naamlik artikels 8, 39 en 173 wat ’n grondwetlike raamwerk daarstel vir die ontwikkeling van die gemenereg:

> Subartikel 8(3):
>
> By die toepassing van ’n bepaling van die Handves van Regte op ’n natuurlike 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 ’n hof reëls van die gemene reg ontwikkel om die reg te beperk, mits die beperking in ooreenstemming met artikel 36 (1) is.
>
> Subartikels 39(2) en 39(3):
>
> (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.
>
> Artikel 173:

83 Chanock 1989:265-288.
84 Langa 2006:35.
85 Froneman 2007:7.
86 1996 4 SA 671 (KH) 50.

> Die Konstitusionele Hof, die Hoogste Hof van Appèl en die Hoë Howe het die inherente bevoegdheid om, met inagneming van die belang van geregtigheid hul eie proses te beskerm en te reël en die gemene reg te ontwikkel.

Volgens Currie en De Waal[87] moet artikels 8 (toepassingsklousule) en 39 (interpretasieklousule) saamgelees word. Die noue skakeling tussen dié twee artikels is ook in die *Advtech*-saak uitgelig,[88] naamlik dat enige direkte toepassing van subartikel 8(3) 'n plig op die howe plaas om die gemenereg in ooreenstemming met die bepalings, soos uiteengesit in subartikel 39(2), te ontwikkel. Malherbe[89] en Woolman[90] wys egter daarop dat die howe dikwels voorkeur aan die indirekte (verklarende) toepassing van die *Handves van Regte* bo die direkte toepassing daarvan by wyse van grondwetlike voorskrifte, verleen. Die gevolg hiervan is dat die fundamentele regte soos opgesluit in die *Handves van Regte* van enige inhoudelike betekenis ontneem word. Die howe negeer sodoende die behoefte om substantiewe inhoud aan fundamentele regte te verleen en systap die balanserende proses van regverdiging in terme van artikel 36 ten einde die geldigheid van regsreëls wat bevraagteken word, te bepaal. Bishop en Brickhill[91] stem hiermee saam deur daarop te wys dat só 'n benadering die howe in staat stel om met aangeleenthede op 'n saak-tot-saak basis te handel eerder as om reëls of raamwerke op 'n wyse saam te stel wat ware inhoud aan die *Handves van Regte* verleen.

Ondanks erkenning van die feit dat subartikel 8(3) nie, soos artikel 39, die gewoontereg insluit nie, laat die omvang van die artikel nie 'n verdere bespreking oor die uitsluiting toe nie.[92] Artikel 173 moet by dié twee artikels gevoeg word aangesien dit belangrik is om enige misverstand rakende die betrokke howe, soos later bespreek sal word, uit die weg te ruim.

Wanneer bovermelde bepalings geanaliseer word, blyk dit dat howe nie 'n diskresie[93] gegun word nie, maar oor die algemeen verplig word om die gemenereg doelmatig te ontwikkel.[94] Die frase '*algemeen verplig*' is in *Carmichele v Minister of Safety and Security*[95] sowel as in *Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd*[96] verduidelik. Dit word duidelik gestel dat daar nie van die howe vereis word om telkens 'n onafhanklike ondersoek te loods ter ontwikkeling van die gemene reg nie. Nietemin, hul behoort altyd gevoelig te bly (die aangeleentheid van *meru motu* moet geopper word, indien nodig) vir die moontlikheid daarvan

87 Currie & De Waal 2001:161.
88 *Advtech Resourcing (Pty) Ltd t/a Communicate Personnel Group v Kuhn* 2008 2 SA 375 (K).
89 Malherbe 2006:231.
90 Woolman 2007:762.
91 Bishop & Brikhill 2012:682.
92 Vir 'n bespreking, sien Ntlama 2012:24-44.
93 *Phumelela Gaming and Leasure Ltd v Grundlingh* 2007 6 SA 350 (KH).
94 *Fourie* (n 51):435F/G-436A.
95 2003 2 SA 656 (K).
96 2005 (6) SA 419 (KH).

wanneer die *Handves van Regte*, per se, geïnterpreteer word.[97] Gevolglik behoort die howe nooit enige betekenisvolle betrokkenheid by die *Handves van Regte* te vermy of hul plig te versuim nie, want sodoende sou hulle die gemenereg ontneem van sy inherente buigsaamheid, aanpasbaarheid en billikheid, soos dikwels die geval is.[98]

4.2.1 Subartikel 8(3)

Hierdie artikel plaas klem op die toepassing en/of beperkinge van die bepalings (ter verwesenliking van fundamentele regte) vervat in Hoofstuk 2 van die *Grondwet*.

Dit is duidelik dat subartikel 8(3) nie die vervanging van die gemenereg vereis nie, maar bloot die ontwikkeling daarvan. Pieterse[99] toon aan dat, aangesien die Romeins-Hollandse reg aanvanklik geskep is om privaatregte te reguleer, die huidige gemenereg in 'n hoë mate verenigbaar is met die *Handves van Regte*. Dieselfde standpunt is in *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA. In re The Ex parte Application of the President of the RSA*[100] gehuldig waar Regter President Chaskalson aangedui het dat gemeenregtelike reëls, insoverre dit relevant bly, steeds toegepas moet word.

Subartikel 8(3)(1) vereis dat die gemenereg erken moet word en slegs ontwikkel moet word wanneer bestaande wetgewing in gebreke bly om aan fundamentele regte erkenning te verleen. Dientengevolge behoort howe gemeenregtelike reëls deurentyd teenoor grondwetlike voorskrifte te toets.[101] Indien gevind word dat gemeenregtelike reëls nie die grondwetlike waardes onderskryf nie, behoort wyses bedink te word om daardie fundamentele regte, wat nie onder die gemenereg erken is nie, te beskerm en af te dwing.[102]

Die howe word gevolglik versoek om gevestigde regsreëls te verwerp, ontwikkel of te verander in gevalle waar hulle oortuig is dat 'n beter reël benodig word, dat voortgesette gebondenheid aan 'n presedent foutiewe resultate tot gevolg sal hê of dat sosiale norme in so 'n mate gewysig is dat alternatiewe publieke doelwitte bevorder behoort te word.[103] In Suid-Afrika is laasgenoemde veral relevant, aangesien die Suid-Afrikaanse reg tans 'n proses van transformasie ondergaan en dus die toepassing van 'n geskiedkundig-sosiaal-kontekstuele analise wanneer dié land se

97 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 1996:artikel 39.

98 *Stewart v Botha* 2008 6 SA 310 (HHA):22. Die hof debatteer die probleem dat "[n]o suggestion was made which common-law principle or principles are to be developed or how ..."; *Afrox Healthcare v Strydom* 2002 6 SA 21 (HHA): Hooggeregshof word nie deur artikel 39(3) bemagtig om af te wyk van 'n beslissing van die Hoogste Hof van Appèl nie.

99 Pieterse 2007:2-6.

100 2000 2 SA 674 (KH).

101 Calitz 2011:50-70.

102 *Kate v MEC for the Department of Welfare, Eastern Cape,* 2005 1 SA 141 SO.

103 Kunz & Schmedemann 1989:138.

gemenereg ontwikkel word, onderlê. In *S v Makwanyane*[104] is daar aangedui dat, alhoewel alle grondwette daarop gemik is om gehoor te gee aan die geykte gedeelde ambisies, waardes en etos wat deur hul samelewings nagestreef word, die Suid-Afrikaanse *Grondwet* in dié verband verskil. Weens die strak kontras tussen Suid-Afrika se verlede, wat verwerp word, en die toekoms, waarna gestrewe word, is die *Grondwet* daarop gemik om slegs dié gedeeltes van die verlede wat verdedigbaar is, te behou. Die *Grondwet* se toewyding tot 'n uitwissing van alle diepgewortelde ongeregtighede is ook in *Mkontwana v Nelson Mandela Metropolitan Municipality*,[105] met verwysing na grondhervorming, erken.

Drie wyses waarop die gemenereg ontwikkel kan word, is in *K v Minister of Safety and Security*[106] geïdentifiseer. Die eerste wyse behels 'n radikale wysiging van bestaande gemeenregtelike reëls. Die tweede wyse behels 'n bekendstelling van nuwe reëls. Die derde wyse behels 'n toepassing van 'n bestaande, buigsame gemeenregtelike reël op 'n stel onbesliste feite, met ander woorde feite wat nie binne of buite die bestek van bestaande reëls val nie.

'n Radikale wysiging aan die gemenereg was inderdaad nodig in *Raats Röntgen and Vermeulen (Pty) Ltd v Administrator*[107] en *Fedsure Life Assurance Ltd v Greater Johannesburg Metropolitan Council*[108] ten einde die gemeenregtelike aanname, *princeps legibus solutes est* (die staat is nie gebonde aan die reg nie), in totaliteit te verwerp. Sodanige wysiging was noodsaaklik weens die feit dat die legaliteitsbeginsel as 'n gefundeerde waarde in artikel 1 van die *Grondwet* erken word. Verder is gemeenregtelike reëls wat ongrondwetlik[109] of onversoenbaar met grondwetlike beginsels gevind word te wees,[110] ook radikaal gewysig.

In *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice*[111] het die Konstitusionele Hof dienooreenkomstig beslis dat die gemeenregtelike misdryf van sodomie op diskriminasie op grond van geslag neerkom en derhalwe onbillik is. Na oorweging van alle omringende omstandighede is daar verder beslis dat die misdryf van sodomie op 'n skending van die fundamentele regte tot gelykheid, menswaardigheid en privaatheid neerkom en derhalwe ongrondwetlik is. Dieselfde standpunt is in *Fourie*[112] gehuldig waar die Konstitusionele Hof na die regsprekende gesag se gebiedende rol om die gemenereg op 'n waardevermeerderende wyse te ontwikkel, verwys het.

---

104 1995 3 SA 391 (KH):262.
105 2005 1 SA 530 (KH):81 (Regter O'Regan).
106 2005 6 SA 419 (KH):paragraaf 429A-B.
107 *Raats Röntgen* (n 50).
108 1999 1 SA 374 (KH).
109 *Fourie* (n 51) *Lesbian and Gay Equality Project v Minister of Home Affairs* 2006 1 SA 524 (KH).
110 *Barkhuizen* (n 32).
111 1999 1 SA 6 (KH):14-32.
112 *Fourie* (n 51):40 & 41.

Die Konstitusionele Hof se beslissing in *J v Director General, Department of Home Affairs*[113] dien as voorbeeld vir die tweede wyse waarop die gemenereg ontwikkel kan word. Nadat daar bevind is dat bestaande wetgewende bepalings onverenigbaar met die *Grondwet*, en dus ontoereikend is, is beveel dat woorde by die betrokke wet ingelees moet word. Laasgenoemde was essensieel om dié wetgewende bepalings in pas met die grondwetlike doelwitte te bring en om die aangeleentheid te beslis, eerder as om die applikante van die voordeel van regsbeskerming te ontneem.

Met betrekking tot die derde wyse waarop die gemenereg ontwikkel kan word, is dit noodsaaklik om daarop te let dat die grondwetlike plig om die gemenereg te ontwikkel nie die gevestigde leerstelling van presedent of *stare decisis et non quieta movere*,[114] van sy belangrike funksie om bestaande gemeenregtelike beginsels te beskerm, sloop nie.[115] Soos verduidelik deur Rose en Pyral,[116] behels die reg, soos uiteengesit in vorige beslissings deur die hoogste hof binne 'n gegewe jurisdiksie, bloot dat presedent gevolg moet word *solank die beginsel ontleen aan daardie sake logies essensieel tot hul beslissing en redelik en gepas vir resente omstandighede is.* Daar moet egter ook erken word dat 'n presedent swak reg daar mag stel. In sulke gevalle word die howe verplig om kommentaar op vorige beslissings te lewer, dit te kritiseer en uiteindelik die reg te ontwikkel ten einde dit in lyn met die waardes van die *Grondwet* te bring.[117]

Voorbeelde van howe wat buigsame gemeenregtelike beginsels op 'n ontwikkelende wyse gewysig het, sluit die volgende in:

Advtech Resourcing (Pty) Ltd t/a Communicate Personnel Group v Kuhn[118] waarin die gemeenregtelike beginsel van *pacta sunt servanda*[119] ontwikkel is. Daar is bevind dat dié beginsel a) nie in konflik met die grondwetlike beginsels is nie[120] en b) bo kompeterende beleidsoorwegings verhewe is.

In *Mpang v Sithole*[121] is spesifieke nakomingsbevele uitgebrei ten einde 'n verhuurder se versuim om verhuringseiendom te lewer en te onderhou in te sluit. Sodoende kon uitvoering aan die huurder se fundamentele reg tot geskikte behuising verleen word.

113 2003 5 SA 621 (KH).
114 Kunz & Schmedemann 1989:137.
115 Om streng gehoor te gee aan presedent en om nie gevestigde sake te ontwrig nie; Cohen & Olson 2007:4.
116 Rose & Pryal 2011:67.
117 Devenish 2009:17-29.
118 *Advtech* (n 88):383B-D.
119 Partye behoort hul kontraktuele verpligtinge na te kom.
120 In teenstelling met die beslissing in *Magna Alloys v Ellis* 1984 4 SA 874 (A) wat die maxim *pacta sunt servanda* as belangriker geag het as die waarde van vryheid tot handel is gemeenregtelike kontraktuele vryheid in *Advtech* (n 81):28 ondergeskik aan grondwetlike regte gestel.
121 2007 6 SA 578 (W).

Die beslissing in *Dendy v University of the Witwatersrand*[122] het die vorme van nadeel wat tot 'n skending van die reg op menswaardigheid mag lei, uitgebrei.

In *NM v Smith*[123] is die gemeenregtelike reëls van toepassing op 'n skending van die reg op privaatheid uitgebrei ten einde aanspreeklikheid vir nalatigheid in te sluit.

In *Petersen v Maintenance Officer, Simon's Town Maintenance Court*[124] is die gemeenregtelike beginsel in terme waarvan die grootouers van buite-egtelike kinders aan vaderskant geen verpligting het om sulke kinders te onderhou nie, aangevul. Die doel was om enige vorm van onbillike diskriminasie te voorkom en vir so 'n verpligting voorsiening te maak.

4.2.2 Subartikels 39(2) en 39(3)

Bykomend tot subartikel 8(3), word die howe verplig om die gemenereg deur die prisma van publieke beleid (soos onderlê deur grondwetlike norms – sosiale konteks)[125] te ontwikkel. Die doel hiervan is dat die waardes[126] van die *Grondwet* weerspieël kan word sonder dat die gemenereg direk aan spesifieke fundamentele regte getoets hoef te word.[127] Tydens dié proses moet die howe hul inherente, kreatiewe bevoegdhede toepas ten einde kommentaar en kritiek te lewer en uiteindelik die reg in oorlegpleging met grondwetlike waardes en voorskrifte te ontwikkel.[128] Die howe moet hulself egter beperk tot wysiginge wat die reg se vermoë verhoog om by die ontwikkelende aard van die gemeenskap wat dit dien, aan te pas.[129] Oorywerige regshervorming[130] en radikale wysiginge moet dus vermy word.[131]

Artikel 39 maak voorsiening vir die ontwikkeling van die gemenereg tot só 'n mate dat dit op positiewe wyse die *Handves van Regte* en ander grondwetlike vereistes, in besonder die fundamentele waardes vervat in artikel 1, bevorder. In dié verband is dit noodsaaklik dat die howe 'n benadering volg wat aan die voorskrifte en etos van die *Grondwet* gehoor gee.[132] Sodanige benadering verseker dat die objektiewe waardesisteem, soos geskep deur die *Grondwet*, die gemenereg besiel sodat dit in

---

122 2005 5 SA 357 (W).

123 (Minderheiduitspraak deur Regter President Langa, Regter O'Regan en Regter Sachs R) *NM v Smith & others (Freedom of Expression Institute as amicus curiae* 2007 5 SA 250 (KH).

124 2004 2 SA 56 (K).

125 *Nyandeni Local Municipality v Hlazo* 2010 4 SA 261 (OKM).

126 *Napier v Barkhuizen* 2006 4 SA 1 (HHA).

127 Calitz 2011:50-70.

128 Devenish 2009:17-29.

129 *Fourie* (n 51).

130 *Dendy* (n 122).

131 *Minister of Correctional Services* (n 66).

132 Currie & De Waal 2001:65.

harmonie daarmee kan groei,[133] óf 'n radikale wysiging oorweeg word en óf die waarde daarvan bloot verhoog word.[134]

Ten einde te bepaal of ontwikkeling vereis word, moet howe 'n onderskeid tussen grondwetlike beginsels, as sulks, en hul toepassing tref. In *K v Minister of Safety and Security*[135] het Hoofregter Langa verduidelik dat die aanvaarding van 'n tradisionele liberale opvatting nie volhoubaar is nie. Die minderheidsuitspraak in *S v Jordaan*[136] ondersteun laasgenoemde deur daarop te wys dat die *Grondwet*, en daarmee saam demokrasie, nie 'n neutrale waardesisteem ondersteun nie.

In die praktyk bring subartikel 39(2) mee dat 'n tweeledige ondersoek geloots moet word. Eerstens moet daar vasgestel word of die gemenereg in ooreenstemming met die doelwitte van subartikel 39(2) ontwikkel moet word. Hiervoor is 'n ondersoek van die gemenereg deur die vergrootglas van die *Grondwet* nodig.[137] Tweedens moet die wyse waarop sodanige ontwikkeling moet plaasvind, ondersoek word.

4.2.2.1 'n Ondersoek na die vraag of die gemenereg ontwikkeling in ooreenstemming met die doelwitte van subartikel 39(2) benodig

Die Konstitusionele Hof het op verskeie geleenthede[138] beslis dat die gemenereg ontwikkel moet word indien dit nie met die gees, strekking en oogmerke van die *Handves van Regte* ooreenstem nie. Fagan,[139] daarenteen, is van mening dat laasgenoemde nie as primêre rede vir die ontwikkeling van die gemenereg aangevoer behoort te word nie. Fagan baseer sy argument op die feit dat die *Grondwet* slegs die regte in die *Handves van Regte*, geregtigheid en die reëls van die gemenereg self erken. Om dié rede word daar geargumenteer dat die gees, strekking en oogmerke van die *Handves van Regte* 'n sekondêre rol in die ontwikkeling van die gemenereg moet speel. Dit is dus slegs essensieel wanneer fundamentele regte, geregtigheid en gemeenregtelike reëls onbeslissend is. Die Hoogste Hof van Appèl het eweneens in *Director of Public Prosecutions*[140] beslis dat fundamentele regte alleen nie deurslaggewend is om 'n afwyking van gemeenregtelike beginsels te regverdig nie.

133 *S v Thebus* (n 71).
134 *Phumelela* (n 93).
135 *K v Minister of Safety and Security* (n 106).
136 *S v Jordan* 2002 6 SA 642 (KH):paragraaf 104.
137 Currie & De Waal 2001:66.
138 *Carmichele* (n 31):955G-H, 956A-C. Sien ook *S v Thebus* (n 71):525D-F; *K v Minister of Safety and Security* (n 106):429A-B; *Masiya* (n 52):47D & 48D; *Barkhuizen* (n 32):335C-D.
139 Fagan 2010:611-627.
140 *Director of Public Prosecutions v Arnold Prins* (n 17):6.

Vanuit 'n oorweging van relevante regspraak kan die volgende redes waarom die howe die Suid-Afrikaanse gemenereg moet ontwikkel, uitgelig word, naamlik indien bevind word dat gemeenregtelike reëls:

- afwyk van die gees, strekking en oogmerke van die *Handves van Regte*;[141]
- ontoereikend is[142] of te kort skiet[143] om die doelwitte van die *Handves van Regte* te bevorder;

onverenigbaar is met die huidige grondwetlike bestel;[144]

nie langer moderne eise kan dien nie;[145]

teenstrydig is met 'n grondwetlike bepaling;[146]

ongrondwetlik is in die sin dat dit fundamentele regte skend;[147]

in stryd is met grondwetlike beginsels;[148]

nie fundamentele regte erken nie;[149] en

nie toegepas kan word ten einde effektief gehoor te gee aan publieke beleid nie vir sover dat dit mag lei tot die misbruik van prosesse en private bevoegdhede.[150]

In *Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd*.[151] is daar beslis dat die eerste fase, naamlik die oorweging of bestaande gemenereg ontwikkeling regverdig, 'n heroorweging van gemeenregtelike reëls in die lig van die doelstellings van subartikel 39(2) behels. Tydens dié fase is 'n geskiedkundig-sosiaal-kontekstuele analise noodsaaklik. Gegewe die oorhoofse doelwit van die *Grondwet* (Aanhef), naamlik om die verdeeldhede van die verlede te genees en 'n gemeenskap gebaseer op demokratiese waardes, sosiale geregtigheid en fundamentele regte te skep, moet die howe gemeenregtelike reëls noukeurig ondersoek ten einde dit aan te pas by of in lyn te bring met dié doelwit. Dit kan selfs beteken dat daar dieper in die gemenereg se verlede gedelf moet word; so ver terug as die oorspronklike Romeins-Hollandse reg, gegrond op die beginsels van billikheid en geregtigheid,[152] en ongeraak deur die ongelykhede wat tydens die apartheidsera geseëvier het.

---

141 *Carmichele* (n 31):954A & 955G-H, 956A-C.
142 *Du Plessis v Road Accident Fund* 2004 1 SA 359 (HHA); *Dendy* (n 122).
143 *S v Thebus* (n 71).
144 *Wiese v Moolman* 2009 3 SA 122 (T).
145 *Linvestment CC v Hammersley* 2008 3 SA 283 (HHA).
146 *S v Thebus* (n 71).
147 *Amrich 159 Property Holding CC v Van Wesembeeck* 2010 1 SA 117 (GSJ); *Bid Industrial Holdings (Pty) Ltd v Strang (Minister of Justice and Constitutional Development, Third Party)* 2008 3 SA 355 (HHA); *Petersen* (n 124).
148 *Bredenkamp v Standard Bank of South Africa Ltd* 2009 (6) SA 277 (GSJ).
149 *Kate* (n 102).
150 *Mozart Ice Cream Franchises (Pty) Ltd v Davidoff* 2009 3 SA 78 (K).
151 *Everfresh* (n 96):30.
152 Du Plessis 1991:12-26.

4.2.2.2 ’n Ondersoek na die wyse waarop gemeenregtelike ontwikkeling moet plaasvind ten einde die doelwitte van subartikel 39(2) te bereik

in *Phumelela Gaming and Leisure Ltd v Grundlingh*[153] benadruk Hoofregter Langa dat die howe nie verplig is om ondersoek in te stel na die moontlikheid of die gemenereg binne die omvang van die *Handves van Regte* ontwikkel moet word ten einde ’n ander resultaat te lewer nie. Hulle word bloot verplig, soos uiteengesit in beide *Barkhuizen*[154] en *Crown,*[155] om die gemenereg te ontwikkel wanneer gevind word dat dit nie die grondwetlike waardes weerspieël of bevorder nie; en dan ook net tot so ’n mate om dit in lyn daarmee te bring.

In die uitvoering hiervan, moet die impak van die *Handves van Regte* op die gemenereg geëvalueer word. In dié opsig maak Hoofregter Langa[156] dit duidelik dat die hele *Handves van Regte* in oënskou geneem moet word en dat gedingvoerders nie bloot op bepalings wat hulle begunstig kan steun nie. Daarenteen, wanneer die gemenereg in ’n spesifieke saak ontwikkel word, hoef die howe, soos bevind in *Dendy v University of the Witwatersrand*,[157] nie die gemenereg te ontwikkel deur ’n skending van *alle* fundamentele regte te oorweeg nie. Howe behoort hulself tot sodanige ontwikkeling wat waardevol en noodsaaklik is om die gemenereg in pas te hou met die dinamiese struktuur van die samelewing, te beperk. In dié saak is beslis dat dit onvanpas was om die gemeenregtelike beginsel van *injuria,* as belangrike komponent van die Deliktereg, te ontwikkel. Die rede hiervoor was dat die skending van *alle* fundamentele regte eise op grond van ’n skending van *dignitas* daar kan stel. Die Hooggeregshof wys daarop dat begripsprobleme sal ontstaan indien alle skendings van fundamentele regte aan ’n gewone delik gelykgestel word. Derhalwe is daar bevind dat die gemeenregtelike beginsel eerder teen die heersende norme van die samelewing getoets moet word ten einde te beslis of sodanige handeling onregmatig is, al dan nie.

By nadenke oor die ontwikkeling van ’n absolute gemeenregtelike reël met betrekking tot die vervanging van partye tot ’n geding, het die Hooggeregshof in *Air-conditioning Design & Development (Pty) Ltd v Minister of Public Works, Gauteng Province*[158] bevind dat so ’n reël alleenlik ontwikkel kan word tot dié mate dat die ontwikkeling daarvan nie enige ongeregtigheid of vooroordeel aan die ander party sal veroorsaak nie. In hierdie verband is daar spesifiek na artikel 173 van die *Grondwet,* wat bepaal dat die gemenereg in belang van geregtigheid ontwikkel moet word, verwys.

---

153 2007 6 SA 350 (KH):27.

154 Barkhuizen (n 32).

155 *Crown Restaurant CC v Golf Reef City Theme Park (Pty) Ltd* 2008 4 SA 16 (KH).

156 *Phumelela* (n 93):37.

157 2008 2 SA 375 (K):383B-D.

158 2005 4 SA 103 (T).

Gekonfronteer met die uitdaging dat gemeenregtelike reëls met betrekking tot die kontraktereg ontwikkel moet word, het die Hoogste Hof van Appèl kennis geneem van die gevestigde gemeenregtelike erkenning van kontraktuele vryheid. In *Brisley v Drotsky*[159] is daar bevind dat subartikel 39(2) op gesteun kan word ten einde die gemeenregtelike beginsels rakende kontraktereg in terme van die grondwetlike stigtingswaardes van gelykheid, menswaardigheid en vryheid te wettig. Regter Cameron verduidelik dat die waarde van vryheid die grondwetlike beginsel van kontraktuele vryheid opsom, terwyl die waarde van menswaardigheid uitdrukking vind in die selfstandigheid van individue wat ooreenkomste vrywillig aangaan.

In *Napier v Barkhuizen*[160] is gewaarsku dat die howe groot sorg aan die dag moet lê wanneer 'n inmenging met vrywillige ooreenkomste ten einde uitvoering aan fundamentele regte te verleen, oorweeg word. Daar is beslis dat, alhoewel die howe fundamentele regte moet eerbiedig, hulle eweneens kontraktuele vryheid moet erken. Dit word bevestig dat die ongelyke bedingingsbevoegdhede van kontraktuele partye soms tot die nietigverklaring van 'n kontrak weens die skending van die swakker party se regte tot, byvoorbeeld, gelykheid aanleiding mag gee. Tog kom die Konstitusionele Hof, *in casu*, tot die slotsom dat dit bloot 'n verpligting gehad het om ongewenste uiterstes tot die idee van kontraktuele selfstandigheid af te weer en nie om op die terrein van die partye se kontrakvryheid, as sodanig, te oortree nie.

Partye se kontraktuele vryheid is ook in *Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd*[161] gerespekteer. In dié geval moes daar vasgestel word of die gemenereg deur 'n toepassing van die beginsels van goede trou en *ubuntu* ontwikkel moes word.[162] Die Konstitusionele Hof bevind dat, alhoewel so 'n ontwikkeling in die algemeen wenslik mag wees, aangesien die waardes vervat in *ubuntu* ook relevant is tydens die proses om die doelwitte van die *Handves van Regte* te bepaal, so 'n saak behoorlik bepleit moet word.

4.2.3 Artikel 173

Met die aanvaarding van die beginsel van 'n samewerkende regering het Suid-Afrika homself daartoe verbind om die skeiding tussen die wetgewende (regskepping), die uitvoerende (regstoepassing) en die regsprekende (oplos van dispute deur die toepassing van die reg) vertakkinge van die staatsgesag te onderhou.[163] Sodoende word die oormatige konsentrasie van bevoegdhede in 'n enkele persoon of liggaam voorkom. In die lig hiervan is die feit dat howe versigtig is om areas te

159 2002 4 SA 1 (HHA):88-95.

160 2006 4 SA 1 (HHA).

161 2012 (1) SA 256 (KH).

162 *Ubuntu*: om waardes soos universele broederskap, deel en respek vir ander te omarm. Johnson *et al.* 2008:207.

163 Artikel 40(1) van die *Grondwet*; Currie & De Waal 2001:95; Maseko 2008:53.

betree wat buite hul domein val, deur die Hooggeregshof van die Oos Kaap[164] beklemtoon. Desnieteenstaande, word gepleit dat sodanige versigtigheid nie as 'n verskoning gebruik kan word vir enige nalatigheid ten opsigte van die ontwikkeling van die reg ter effektiewe realisering van fundamentele regte nie.

In dié verband waarsku die Hoogste Hof van Appèl in *Du Plessis v Road Accident Fund*[165] regters om in gedagte te hou dat die wetgewer, en nie die howe nie, vir die hervorming van die reg verantwoordelik is. Howe behoort hulself dus te beperk tot die aanbring van wysigings wat waarde toevoeg en essensieel is tot die verhoging en bevordering van die gemenereg. In *K v Minister of Safety and Security,*[166] beslis die Hoogste Hof van Appèl dat howe nie die gemenereg kan ontwikkel nie aangesien dit die funksie van die wetgewer is. Die Konstitusionele Hof,[167] daarenteen, beslis dat die ontwikkeling van die gemenereg, *in casu*, om die fundamentele regte van slagoffers van verkragting te beskerm, belangriker is as die afdwinging van die beginsels van 'n samewerkende regering.

Tot dusver het die feit dat subartikel 8(3) 'n verpligting op die howe as sulks plaas, terwyl subartikel 39(2) alle howe, tribunale en forums verplig om die gemenereg te ontwikkel, tot verwarring aanleiding gegee.[168] Of landdroshowe oor die bevoegdheid beskik om die gemenereg te ontwikkel, moes oor besluit word in die aangeleentheid van *Masiya*.[169] Die Streekshof vind dat dit wel oor die jurisdiksie in terme van die *Grondwet* beskik om die grondwetlikheid van gemeenregtelike regsbeginsels te beoordeel en, indien nodig, om dit te ontwikkel ten einde in ooreenstemming met grondwetlike waardes te wees. Die Hooggeregshof bevind daarenteen dat, alhoewel landdroshowe oor die bevoegdheid beskik om navraag te doen rakende die grondwetlike geldigheid van enige gemeenregtelike reël. Dit is egter hulle plig om, indien bevind word dat so 'n reël ongrondwetlik is, dit na die Hooggeregshof, wat oor inherente bevoegdhede in die opsig beskik, te verwys.

Die Konstitusionele Hof, aan die ander kant, verwys na artikel 173, wat eksplisiet slegs die Konstitusionele Hof, die Hoogste Hof van Appèl en Hooggeregshowe bemagtig om, met inagneming van geregtigheidsbelange,[170] die gemenereg te ontwikkel.[171] Gevolglik is bevind

164 *Kate* (n 102).

165 2004 1 SA 359 (HA); sien ook *Du Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (KH):paragraaf [181]; *S v Jordan* 2002 6 SA 642 (KH):paragraaf 30; *Minister of Health v Treatment Action Campaign* 2002 5 SA 721 (KH):paragraaf 113 en *President of the RSA v UDM* 2003 1 SA 472 (KH):paragraaf 31.

166 2005 (3) SA 179 (HHA).

167 2005 9 BCLR 835 (KH).

168 Howe omsluit die Konstitusionele Hof, Hoogste Hof van Appèl, Hooggeregshowe en Landdroshowe: Artikel 166.

169 *Masiya* (n 52).

170 Geregtigheid is geen sekondêre aangeleentheid nie, dit is 'n eerste vir ware vrede: Langa 2006:35.

171 *Masiya* (n 52):58A-F.

dat daar geen regsplig op landdroshowe rus om sulke aangeleenthede na Hooggeregshowe te verwys nie.[172] ’n Geldige rede vir die uitsluiting van landdroshowe en, dus die beperking van hul bevoegdhede tot die ontwikkeling van die gemenereg by wyse van die *stare decisis*-leerstelling, soos uitgewys deur regter Nkabinde,[173] setel in die feit dat hul uitsprake rakende die geldigheid van gemeenregtelike beginsels ’n gefragmenteerde en moontlik onsamehangende regsorde kan skep.

Ten einde by te dra tot die skepping van ’n eenvormige regsorde, is in *Carmichele v Minister of Safety and Security (Centre for Applied Legal Studies Intervening*)[174] aangedui dat die ontwikkeling van die gemenereg onder subartikel 39(2) noue samewerking tussen die Hooggeregshof en die Hoogste Hof van Appèl, aan die een kant, en die Konstitusionele Hof, aan die ander kant, vereis. Samewerking is noodsaaklik ten einde te verseker dat die Konstitusionele Hof voordeel trek uit die kundigheid van beide die Hooggeregshof en die Hoogste Hof van Appèl wanneer besluit word of die gemenereg in ’n spesifieke saak inderdaad ontwikkeling benodig. Ter ondersteuning is in *Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd*[175] erken dat Hooggeregshowe en die Hoogste Hof van Appèl die primêre instrumente is wat die ontwikkelende proses dryf.

Tydens die toepassing van subartikel 39(2) is, in *Crown Restaurant CC v Gold Reef City Theme Park (Pty) Ltd,*[176] op versoek tot die herinstelling van die gemeenregtelike beginsel, *exceptio doli generalis,* as verweer in die kontraktereg, soortgelyk aangevoer dat beide die Hooggeregshof en die Hoogste Hof van Appèl ’n deurslaggewende rol speel in die ontwikkeling van die gemenereg. In die lig hiervan, kon geen genoegsame redes gevind word waarom die Konstitusionele Hof ’n hof in die eerste instansie behoort te wees wanneer die ontwikkeling van die gemenereg noodsaaklik is nie.

5. Afsluitende opmerkings

Deur uit te wys dat die Suid-Afrikaanse gemenereg (’n mengsel van Engelse reg en Romeins-Hollandse privaatreg) nie dieselfde klem plaas op fundamentele regte, soos in die geval van die *Grondwet* nie, en gevolglik nie voorsiening maak vir ’n waarde-gedrewe benadering nie, het hierdie artikel klem geplaas op die behoefte om die gemenereg op so ’n wyse te ontwikkel dat dit die gees, strekking en oogmerke van die *Handves van Regte* bevorder.

Die 1996-*Grondwet* stel ’n regsraamwerk daar vir die transformering van die Suid-Afrikaanse reg ten einde in die basiese behoeftes van die gemeenskap te voorsien en te verseker dat sosiale geregtigheid en respek vir fundamentele regte geskied. Weens die feit dat die Suid-Afrikaanse reg

172 *Masiya* (n 52):59B.
173 *Masiya* (n 52):69.
174 2001 4 SA 938 (KH).
175 2012 1 SA 256 (KH).
176 2008 4 SA 16 (KH).

tydens die apartheidsera 'n verwering van sosiale waardes beleef het, is die essensie van 'n geskiedkundig-sosiaal-kontekstuele analise[177] beklemtoon wanneer eksplisiete regsprobleme hanteer word. So 'n analise behels 'n proses waartydens die geskiedkundige agtergrond tot gemeenregtelike beginsels noukeurig ondersoek word. Kennis moet terselfdertyd geneem word van die sosiale konteks waarin hulle toegepas is.

Suid-Afrikaanse howe word deur artikels 8(3), 39(1)&(2) en 173 van die *Grondwet* verplig tot die ontwikkeling van die gemenereg sodat uitvoering gegee word aan die grondwetlike voorskrifte en waardes. In die opsig bepleit die outeur hiervan dat die howe 'n geskiedkundig-sosiaal-kontekstuele analitiese benadering volg ten einde te bepaal of die gemenereg inderdaad ontwikkel moet word en indien wel, oor die wyse waarop dit moet geskied. Die waarde van so 'n benadering lê daarin dat die reg binne beide sy historiese (verlede, huidige en toekomstige oriëntasie) en sosiale konteks geplaas en geëvalueer word ten einde die gemenereg op gebalanseerde wyse te ontwikkel sodat oplossings vir resente regsprobleme gevind kan word.

Deur die Suid-Afrikaanse gemenereg by wyse van 'n geskiedkundig-sosiaal-kontekstuele analise te ontwikkel, kan die howe in staat gestel word om 'n merkwaardige bydrae te lewer tot die beskerming van fundamentele regte. Boonop sal dit die howe bemagtig om die negatiewe gevolge van ongelykhede, kwesbaarhede en verwante bevoegdheidsongelykhede uit te wis. Sodoende kan die reg daartoe bydra dat Suid-Afrika omskep word in 'n beter tuiste vir almal.

177 'n Nuwe benadering is essensieel siende dat pre-grondwetlike metodologie nie langer gebruik kan word nie: Deeksha 2008:300-317.

Bibliografie

ANDREWS PE
2009. Who's afraid of polygamy? Exploring the boundaries of family, equality and custom in South Africa. *Utah Law Review* 2009:351-379.

ARTHURS HW
1983. Law and learning: Report on the Social Sciences and Humanities Research Council of Canada by the Consultative Group research and education law, information division. Social Sciences and Humanities Research Council of Canada: Ottowa.

BAIMU E
2001. The government's obligation to provide anti-retrovirals to HIV-positive pregnant women in an African human rights context: the South African nevirapine case. *African Human Rights Law Journal* 2:170-71.

BARRATT A AND SNYMAN P
2005. Researching South African law: A Hauser global law school program. http://www.llrx.com/features/southafrican.htm (datum van toegang 11 Desember 2011).

BISHOP M AND BRICKHILL J
2012. In the beginning was the word: The role of text in the interpretation of statutes. *The South African Law Journal* 129:681-716.

BOTHA C
2005. *Statutory interpretation: An introduction for students*. Cape Town: Juta.

BUDLENDER G
1999. Socio-economic rights in South Africa: Facing the challenges of implementation. *ESR Review* 1(4):15-16.

CALITZ K
2011. Restraint of trade agreements in employment contracts: Time for *pacta sunt servanda* to bow out? *Stellenbosch Law Review* 1:50-70.

CHANOCK M
1989. Writing South African legal history: A prospectus. *Journal of African History* 1989:265-288.

CHASKALSON M
2000. Third Bram Fischer Lecture: Human dignity as a foundational value of our constitutional order. *South African Journal on Human Rights* May 2000:1-2.

CHRISTIE F AND MATON K (EDS)
2011. *Disciplinarity: Functional linguistic and sociological perspectives*. Newgen Imaging Systems Pty. Ltd.

CHYNOWETH P
2006. The built environment interdiscipline: A theoretical model for decision makers in research and thinking. Referaat gelewer by die internasionale konferensie rakende die uitbou van onderwys en navorsing, Hong Kong, 30 April 2006.

COHEN J, ROBSON RAH AND BATES A
1955. Ascertaining the moral sense of the community. *Journal of Legal Education* 8(2):137-149.

COHEN ML AND OLSON KC
2007. *Legal research in a nutshell.* 9th ed. St. Paul: Thomson West.

COHEN MR
1916. *Jus naturale revividum. Philosophical Review* 25:761-766.

CURRIE I AND DE WAAL J
2001. *The Bill of Rights handbook.* 5th ed. Cape Town: Juta.

2007. *The new constitutional and administrative law, Volume 1*. Landsdowne: Juta.

Davis DM and Klare K
2010. Transformative constitutionalism and the common and customary law. *South African Journal on Human Rights* 26:402-509.

Deeksha B
2008. The role of judicial method in the relinquishing of constitutional rights through contract. *South African Journal on Human Rights* 24:300-317.

Devenish GE
2009. The state is not presumed to be bound by statute – constitutional and jurisprudential anachronism. *Obiter* 25:17-29.

Dias RWM
1976. *Jurisprudence.* 4th ed. Londen: Routledge.

Du Plessis L
2005. Learned staatsrecht from the heartland of the rechtsstaat. *PER* 1:1-30.

Du Plessis W
1991. Afrika en Rome: Regsgeskiedenis by die kruispad. Intreerede. Potchefstroom: 12-26.

Fagan A
2010. The secondary role of the spirit, purport and objects of the Bill of Rights in the common law's development. *South African Law Journal* 124(4):611-627.

Flemming HCJ
1992. Regsnavorsing in verbondenheid met ander dissiplines. *TSAR* 1992(3):532-536.

Friedman L
2009. *The roots of justice*:50-58.

Froneman J
2007. The horizontal application of human rights norms. Referaat gelewer by die seminar vir nuut aangestelde regters, Ritz Hotel, Seepunt, Kaapstad. 14-18 Januarie.

Gauntlett J
2011. *Laudatio for Tony Honoré*. In Visser and Loubser (reds.) 2011:1-6.

Grey JC
1921. *The nature and sources of the law*. New York: Macmillan.

Halliday S and Schmidt P
2009. *Conducting law and society research. Reflections on methods and practices*. Cambridge: Cambridge University Press.

Hoeflich MH
1986. Law and geometry: Legal science from Leibniz to Langdell. *American Journal of Legal History* 1986:95-121.

Imraan M
2011. Interpreting law, not making it: Constitutional law. *Without Prejudice* 11(6):8-10.

Johnson D, Pete S and Du Plessis M
2008. *Jurisprudence: A South African perspective*. Durban: Butterworths.

Kroeze IJ
2005. Demokratiese waardes in Suid-Afrikaanse grondwetlike regspraak. *Tydskrif vir Geesteswetenskappe* 45(3):349-356.

Kunz CL, Schmedemann DA and Downs MP
2004. *The process of legal research.* 6th ed. New York: Aspen Publishers.

Langa P
2006. Transformative constitutionalism. *Stellenbosch Law Review* 17:351-360.

Malherbe R
2006. Boekbespreking: The Bill of Rights Handbook. *TSAR* 1:231-233.

Maseko T
2008. The impact of the principle of separation of powers on the development of common law and the protection of the rape victims' right. *Obiter* 29:53.

MATON K
2011. Theories and things: The semantice of disciplinarity. In Christie & Maton (reds.) 2011:62-84.

MCMILLAN JM AND SCHUMACHER S
2001. *Research in education: A conceptual introduction.* 5th ed. New York: Longman.

MCNAMARA L
2007. *Human rights controversies: The impact of legal form*. London: Routledge.

MOSENEKE D
2009. Transformative constitutionalism: Its implications for the law of contract. *Stellenbosch Law Review* 20:3-4.

MUBANGI JC
2001. Prisons and prisoners' rights: Some jurisprudential and historical perspectives. *Acta Criminologica* 14(3):120-129.

NICHOLSON C
2011. The relevance of the past in preparing for the future: A case for Roman law and legal history. *Fundamina* 17(2):101-114.

NTLAMA N
2012. The application of section 8(3) of the Constitution in the development of customary law values in South Africa's new constitutional dispensation. *PER* 15(1):24-44.

OKHAREDIA AA
1998. Neglected historical and social factors in the development of less developed countries. *South African Journal of Economic History* 13 September:60-74.

PIETERSE M
2007. Socio-economic rights and private law: The next frontier. *ESR Review: Economic and Social Rights in South Africa* 8(3):2-6.

PORTMAN J (ED)
2009. *Legal research: How to find and understand the law*. 15th ed. California: NOLO.

ROSE K AND PRYAL G
2011. *A short guide to writing about law.* Boston: Longman.

RUSSO CJ
1996. Legal research: The 'traditional' method, research that makes a difference: Contemporary methods for examining legal issues in education. NOLPE monograph series, 56, Kansas: National Organisation on Legal Problems of Education, 1996:33-52.

SHRESTHA NM
2008. Importance of legal research method for legal professionals. LLM dissertation. Kathnandu School of Law.

SIRKS B
2011. Roman law as emancipatory and social instrument. In Visser & Loubser (reds.) 2011:7-12.

THOMAS PHJ, VAN DER MERWE CG AND STOOP BC
2001 *Historical foundations of South African private law*. 2nd ed. Durban: Butterworths.

THUSSU DK (ED)
2009. *Internationalizing media studies.* London: Taylor Francis.

VAN DER ELST H
2012. 'n Nuwe benadering tot grondhervorming as 'n ontwikkelingsfaktor in die Suid-Afrikaanse landskap. *Tydskrif vir Geesteswetenskappe* 52(4):566-580.

VAN NIEKERK GJ
1998. A common law for Southern Africa: Roman law or indigenous African law? *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 31(2):158-173

VENTER F
1990. *Regsnavorsing: Metode en publikasie.* Kaapstad: Juta.

VERHULTS S AND PRICE ME
2009. Comparative medial law and policy: opportunities and challenges. In Thussu (red.) 2009:131-146.

VISSER D AND LOUBSER M (ED)
2011. *Essays for Tony Honoré.* Cape Town: Siberlink.

WARD CL, ARTZ L, BERG J, BOONZAIER F, CRAWFORD-BROWNE S, DAWES A, FOSTER D, MATZOPOULOS R, NICOL A, SEEKINGS J, VAN AS AB AND VAN DER SPUY E
2012. Violence, violence prevention and safety: A research agenda for South Africa. *South African Medical Journal* 102(4):**215-218.**

WATSON A
1978. Comparative law and legal change. *The Cambridge Law Journal* 37:313-336.

WOOLMAN S
2007. The amazing, vanishing Bill of Rights. *South African Law Journal* 124:702-762.

YESHANEW SA
2011. Approaches to the justiciability of economic, social and cultural rights in the jurisprudence of the African Commission on Human and Peoples' Rights: Progress and perspectives. *African Human Rights Law Journal* 11:317-340.