

Case No 10/89  
/CCC

IN THE SUPREME COURT OF SOUTH AFRICA

(APPELLATE DIVISION)

In the matter between:

ROY DURING NO

APPELLANT

and

ALLAN AUBREY BOESAK

FIRST RESPONDENT

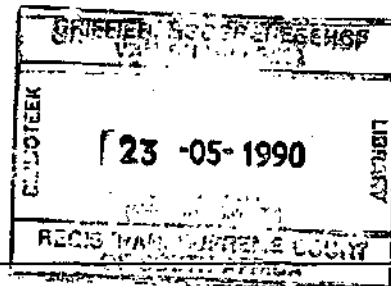
MANDELA BIRTHDAY COMMITTEE

SECOND RESPONDENT

CORAM: JOUBERT, BOTHA, E M GROSSKOPF, NESTADT et  
MILNE JJA

HEARD: 19 MARCH 1990

DELIVERED: 23 MAY 1990



J U D G M E N T

NESTADT, JA:

I agree with GROSSKOPF JA that in a case  
such as Minister of Law and Order and Another vs Dempsey  
1988(3) S A 19(A), where the lawfulness of an arrest is in

2/.....

issue, the onus is on the functionary to prove not only that he held the requisite opinion but also that it was properly formed. It follows that I share my Brother's view that the decision to the contrary in Dempsey's case was clearly wrong and should not be followed. Whether, however, as GROSSKOPF JA goes on to hold, the same applies to a case such as the present where a public gathering has been prohibited, is a matter which I find unnecessary to decide. I prefer instead simply to assume, in favour of respondents, that the onus was on appellant to establish that he properly exercised his discretion in terms of regulation 10(1)(c).

Van der Westhuizen NO vs United

Democratic Front 1989(2) S A 242(A) is authority for the proposition that such discretion is not an objectively justiciable one. However, as GROSSKOPF JA points out, the correctness of this case too was attacked on behalf of respondents. I do not propose to detail the argument

advanced. Suffice it to say that I remain unpersuaded that the legislative history of the regulation there in issue, and more particularly the way in which it was amended, should have been held to justify the conclusion that an objectively justiciable discretion was intended. Nor am I prepared to say that the court erred in taking the factors referred to at 251 B - C into account. I accordingly cannot agree that Van der Westhuizen's case should be regarded as clearly wrong.

It follows that the discretion conferred on appellant by regulation 10(1)(c) was, contrary to what the court a quo held, not objectively justiciable.

The remaining issue is the factual one of whether appellant established that he properly exercised his discretion. The argument on behalf of respondents that he did not was, despite the wide allegations contained in paragraphs 14 - 17 of the founding affidavit, confined to the

contention that appellant failed to properly apply his mind to the matter, viz, whether the safety of the public or the maintenance of public order rendered it necessary or expedient to prohibit the concert. This, so it was said, was to be inferred from the alleged grossly unreasonable nature of the prohibition and from it allegedly being based on irrelevant or extraneous considerations.

It is necessary to analyse what appellant's state of mind was when he decided to prohibit the concert. His allegations in this regard are fully set out in the judgment of GROSSKOPF JA. I agree that they reveal that it was the information he received on Saturday, 16 July 1988 (the day before the concert) which in the last resort caused appellant to order the prohibition. It was this information which made his decision "onvermydelik". I am not sure that it is a fair inference that but for this

information appellant would not have prohibited the concert.

But I shall assume this to be the case.

It will be remembered that the information was that black youths had decided "om tydens die viering van Mandela se verjaarsdag klippe te gooi na staatsvoertuie en busse". Certainly the information is vague. It is not said how many black youths were involved or who they were; one does not know which State vehicles or busses were earmarked for stoning or where or when (during the celebrations of Mr Mandela's birthday) such stoning would take place. In particular it is not said that it was feared that the black youths would or might attend the concert. In these circumstances it is difficult to see what the nexus is between the anticipated activities of the black youths and the banning of the concert; how the former could supposedly serve as a justification or reason for the latter.

Were appellant's case to be judged on this basis alone, it may be that he did not show that he properly exercised his discretion. But I do not think it is to be so judged. As I read appellant's affidavit there is, in relation to the contemplated consequences of the concert, a distinction between (i) what the chances were of them eventuating and (ii) their actual nature. The information which appellant received on 16 July 1988 was relevant to (i). It caused him at the eleventh hour to invoke regulation 10(1)(c). As Mr Hodes for appellant put it, such information was "the last straw". It provided the spur to his decision. It strengthened his pre-existing apprehension and convinced him that the concert should be prohibited. It did not, however, detail what he feared might occur were the concert to proceed ((ii) above): Appellant's state of mind in this regard appears from the earlier allegations in his

affidavit. They reveal that, based on his previous experience and the information obtained from Godfree-Thom, he believed the following:

- (i) Scholars (ie black youths) would attend the concert.

Thus appellant says: "Ek het geen rede om te glo dat die byeenkoms te Weskaap Universiteit op 17 Julie 1988 nie deur swart jeugdiges bygewoon sou word nie en dit is dus meer as waarskynlik dat daar wel 'n klipgooiery sou plaasvind." Mr Gauntlett, who appeared for respondents, criticised the (double) negative form in which this allegation is couched, but in my opinion there is nothing in the point. In the context of the affidavit as a whole, what appellant is saying is that he believed that black youths would indeed attend the concert.

- (ii) The concert audience, and in particular that part of

it consisting of black youths, would by means of political speeches be incited ("opgesweep") to violence ("geweld") and action ("aksie"). That it was thought that such speeches would take place at the concert appears from paragraph 7 of Godfree-Thom's affidavit. Dealing with what form it was expected the concert would take he stated: "n Sogenaamde kultuurdag wat weer eens as rookskerm gebruik sal word vir die hou van radikale politieke toesprake met n emosionele inslag." I refer also to appellant's allegation that the concert was to be used "om skoliere op te sweep".

- (iii) Such violence and action would take place at the end of the concert and would consist of the stoning of persons and motor vehicles in the vicinity. Thus appellant states: "(M)y persoonlike ondervinding

(het) my geleer dat byeenkomste by die Universiteit Weskaap waar opsweping en oproepe tot aksie plaasgevind het, gewoonlik aan die einde daarvan lei tot klipgooiery na persone en voertuie in die nabyheid deur persone wat hierdie byeenkomste bygewoon het." Clearly the last-mentioned persons would include black youths. By implication, their number was likely to be substantial because 10 000 people (being conveyed in 40-60 busses) were expected to attend the concert.

In the result, therefore, I do not think that on a proper construction of the affidavit as a whole it is right to confine appellant's fear to a group of black youths unconnected with the concert stoning State vehicles and busses at unspecified places and times. Giving due weight to the passages of appellant's affidavit which I have cited,

it seems to me that what appellant feared, more particularly when he received the additional information on 16 July 1988, was that black youths would attend the concert, that they would there be incited to violence and that as a result they would or might at the end of the concert stone persons and vehicles in the vicinity. Whether appellant's fear was well-founded is beside the point. It is not our task to weigh the evidence on its merits as we would were this an appeal or had appellant's discretion been objectively justiciable. Appellant having had the indicated state of mind, there was clearly a basis on which he could and did believe that it was necessary or expedient that the concert be prohibited. In my view, therefore, appellant proved that he properly applied his mind to the matter, that he properly exercised his discretion under regulation 10(1)(c) and that his order prohibiting the concert was justified. The

application for an order setting aside the prohibition should not have been granted.

I make the following order:

- (1) The appeal is upheld with costs, including the costs of two counsel.
- (2) The order of the court a quo is set aside. In its stead the following order is made: "The application is dismissed with costs including the costs of two counsel".

JOUBERT, JA )  
                  ) CONCUR  
BOTH, JA     )

NESTADT, JA

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPÈLAFDELING)

In die saak tussen:

ROY DURING N O

Appellant

en

ALLAN AUBREY BOESAK

1ste Respondent

MANDELA BIRTHDAY COMMITTEE

2de Respondent

CORAM: JOUBERT, BOTHA, E M GROSSKOPF, NESTADT, MILNE, ARR

VERHOOR: 20 Maart 1990

GELEWER: 23 Mei 1990

---

U I T S P R A A K

E M GROSSKOPF, AR

Op 18 Julie 1988 het mnr. Nelson Mandela sy sewentigste verjaarsdag herdenk. Destyds was hy 'n gevangene in die Pollsmoor-gevangenis naby Kaapstad. Gedurende Junie 1988 is 'n komitee geskep bekend as die Mandela Birthday Committee (hierna genoem "die Komitee"). Die doel van die Komitee was om verskeie

funksies te reël en te koördineer om die gemelde verjaarsdag te vier. Onder meer het die Komitee n Mandela Verjaarsdagkonsert gereël vir Sondag 17 Julie 1988 tussen 10 vm en 7 nm in die hoofsaal van die Universiteit van Wes-Kaapland. Twaalf verskillende orkeste sou optree, asook soliste, poësie-groepe en ander artieste. Op Saterdag 16 Julie 1988 om ongeveer 5 nm (dws. die aand voor die konsert sou plaasvind) het lede van die Suid-Afrikaanse polisie n verbodsbevel aan die rektor van die Universiteit van Wes-Kaapland, wat ook n lid van die Komitee was, beteken. Die bevel is uitgereik deur die appellant, brigadier R P During, die Afdelingskommissaris van die Suid-Afrikaanse polisie in die Westelike Provinsie. Dit het as volg gelui:

"BEVEL KRAGTENS DIE VEILIGHEIDSNODREGULASIES, 1988

Kragtens die bevoegdheid my verleen by Regulasie 10(1)(c) van die Veiligheidsnoodregulasies, 1988, verbied ek, Brigadier Roy Peter DURING, Afdelingskommissaris van die Suid-Afrikaanse Polisie vir die AFDELING WESTELIKE PROVINSIE, hierby enige byeenkoms op 17 Julie 1988 in enige gebou in die Landdrosdistrikte van SIMONSTAD, WYNBERG, DIE KAAP,

GOODWOOD, BELLVILLE en KUILSRIVIER, wat deur die MANDELA BIRTHDAY COMMITTEE gereël en geadverteer is of mag word."

n Dringende aansoek om die tersydestelling van hierdie bevel is opgestel en aan die appellant beteken om 7.51 vm op 17 Julie 1988, die dag waarop die konsert sou plaasvind. Hy het hierop geantwoord teen ongeveer 1 nm en die saak is vanaf 2.15 nm beredeneer voor HOWIE R. Toe die argument laat die middag voltooi was, het HOWIE R die aangevraagde bevel toegestaan met koste, en aangedui dat redes later verstrekk sou word. Of enige deel van die voorgestelde konsert toe nog kon plaasvind blyk uiteraard nie uit die stukke nie. Die hof se redes is verstrekk op 17 November 1988, en met die verlof van die hof a quo kom die appellant nou in hoër beroep voor ons.

Die inhoud van die stukke kan kortliks soos volg saamgevat word. Die twee respondente, synde dr. A A Boesak (die sameroeper van die Komitee) en die Komitee self, het in hul aansoek vertel hoe die Komitee tot stand gekom het en watter aktiwiteite hulle gereël het. Sommige van hierdie aktiwiteite

het reeds plaasgevind toe die verbod op die konsert geplaas is. Volgens die respondente het hierdie aktiwiteite sonder enige insidente verloop, behalwe dat die polisie sonder regverdiging op 16 Julie 'n pretloop en sportbyeenkoms ontwig het. In sy bestrydende verklaring sê die appellant dat hy weens gebrek aan tyd nie hierdie bewerings ondersoek het nie, en gevolglik nie met hulle kan handel nie. Hoe dit ook al sy, dit is duidelik uit die stukke dat die verloop van die vorige aktiwiteite ter viering van Mnr. Mandela se verjaarsdag geen rol gespeel het by die besluit om die konsert te verbied nie. Die respondente het voortgegaan in hul stukke deur te sê dat die polisie meer as twee weke vantevore van die beoogde konsert moes geweet het, en dat die verbod daarop in so 'n laat stadium aansienlike skade en benadeling veroorsaak het. Die crux van die respondente se aanval op die geldigheid van die verbod is as volg gestel in die eerste respondent se beëdigde verklaring:

"14. I submit that the jurisdictional facts necessary for Respondent exercising his discretion as aforesaid did not exist and

that the order issued is, therefore, invalid and of no force or effect.

15. Alternatively, I submit that the prohibition purportedly effected by Respondent as aforesaid is:

- 15.1 the consequences of a failure to apply his mind to the correct criteria for a prohibition;
- 15.2 the consequence of a taking into account of irrelevant or extraneous factors;
- 15.3 so grossly unreasonable that no reasonable person applying his mind properly to all the relevant considerations could have issued same;
- 15.4 ultra vires the statutory purposes contemplated by Section 3(1) of Act 3 of 1953.

16. I am advised that such an inroad on the Applicants' fundamental rights is prima facie unlawful. I am aware of no lawful basis for the decision, and place in issue the existence of any lawful basis therefor.

17. As already stated, against the background I have sketched, I also submit that the purported prohibition is not in good faith and is bad in Law."

In sy bestrydende verklaring het die appellant beweer

dat die werklike oogmerk van die Mandela verjaarsdagvieringe die aanblaas van verset teen die regeringsowerheid was, wat dan moes uitloop op ontwrigting en geweld en die uiteindelijke gewelddadige omverwerping van die staatsbestel. Die deponent het aangedui dat hierdie bewering later in sy verklaring verder toegelig sou word, maar dit is inderdaad nie gedoen nie.

In antwoord op die respondente se paragraaf 14, wat ek hierbo aangehaal het, het die appellant sy redes uiteengesit vir die uitreiking van die verbod. Hy het getuig dat hy die vorige twee weke op 'n deurlopende basis inligting ontvang het van die veiligheidspolisie aangaande die viering van die verjaarsdag van Nelson Mandela. Die inligting het daarop gedui dat die Komitee oorspronklik bestaan het uit afgevaardigdes van radikale organisasies en dat 'n groot aantal van die afgevaardigdes (soos ek dit verstaan word bedoel die oorspronklike afgevaardigdes - nie die lede van die Komitee ten tyde van die aansoek nie) vroeër aangehou is ingevolge die noodregulasies as gevolg van aktiwiteite wat hul aanhouding noodsaaklik gemaak het vir die

handhawing van die openbare orde, die veiligheid van die publiek en die beëindiging van die noodtoestand. Op 16 Julie 1988 het die veiligheidspolisie in besit gekom van 'n pamflet wat sy oorsprong by die African National Congress ("ANC") gehad het. Die pamflet is aangeheg aan die stukke as aanhangsel A en het, breed gesproke, die publiek opgevorder om Mandela se verjaarsdag te gebruik as 'n geleentheid om te agitêr vir die vrylating van Mandela en ander politieke gevangenes en aangehoudenes. Die deponent het verder inligting gehad dat die vierings van Mandela se verjaarsdag gebruik sou word as deel van 'n omvattende landswye veldtog om die Munisipale verkiesings in Oktober 1988 te verongeluk en om die plaaslike owerhede te diskrediteer, dat skoliere ook by die vierings betrek sou word, en dat die begrafnis van ene Ashley Kriel, 'n opgeleide ANC terroris wat op 18 Julie 1987 begrawe was, ook gedenk sou word as deel van die vierings van Mandela se verjaarsdag. Na die appellant se mening sou die byeenkoms op 17 Julie 1988 by die Universiteit van Wes-Kaapland dien om skoliere op te sweep om onrus by skole te

veroorzaak, om die ANC en sy gewelddadige metodes te verheerlik en om mense op te roep tot aksie. Dan volg 'n paragraaf wat van kernbelang vir huidige doeleindes is, en ek haal dit ten volle aan.

"(d) My ondervinding het my geleer dat oproepe tot aksie soos gemeld in Aanhangsel "A" en die opsweping van skoliere, studente en ander persone, en die verheerliking van die AFRICAN NATIONAL CONGRESS en sy gewelddadige metodes, gewoonlik op geweld uitloop wat die veiligheid van die publiek in gevaar stel en die openbare orde versteur. Verder het my persoonlike ondervinding my geleer dat byeenkomste by die Universiteit Weskaap waar opsweping en oproepe tot aksie plaasgevind het, gewoonlik aan die einde daarvan lei tot klipgooiery na persone en voertuie in die nabyheid deur persone wat hierdie byeenkomste bygewoon het. Die feit dat by die beoogde byeenkoms van 17 Julie 1988 by Universiteit Weskaap, orkeste sou speel en waarskynlik vryheidsliedere gesing sou word en waarskynlik ook verheerliking van die geweldpleging van Nelson Mandela sou geskied, sou na my mening verder dien om die persone wat dit bywoon op te sweep en tot geweld laat oorgaan. Ek het ook inligting ontvang dat swart jeugdiges besluit het dat tydens die viering van Mandela se verjaardag staatsvoertuie en busse met klippe aangeval moet word. Ek het geen rede om te glo dat

die byeenkoms te Weskaap Universiteit op 17 Julie 1988 nie deur swart jeugdiges bygewoon sou word nie en dit is dus meer as waarskynlik dat daar wel 'n klipgooiery sou plaasvind. Volgens persverklarings sou tussen 40 en 60 busse van die platteland mense aanry na die Universiteit Weskaap om die beoogde byeenkoms by te woon en was daar verwag dat minstens 10000 mense die byeenkoms sou bywoon. Indien slegs 'n deel van hulle tot geweld oorgaan, sou die gevolge skrikwekkend wees. Ek was teenwoordig by die ASHLEY KRIEL-begrafnis wat deur die organiseerders daarvan as 'n bona fide begrafnis voorgehou is, waar sy kis gekaap is toe dit die kerk verlaat het en geneem is... na 'n ander kerk waaruit dit gekom het met 'n vlag van die AFRICAN NATIONAL CONGRESS daarop. Terwyl die kis in die lykswa geplaas is het die skare begin klippe gooi."

Voorts het die appellant getuig dat, voordat hy die inligting ontvang het dat swart jeugdiges besluit het om met klippe te gooi, 'n lasbrief ingevolge artikel 25 van die Strafproseswet deur die landdros te Bellville toegestaan is op grond van 'n beëdigde verklaring deur luitenant Godfree-Thom van die polisie se veiligheidstak. 'n Afskrif van hierdie verklaring is aangeheg aan die stukke. Artikel 25 van die Strafproseswet

verleen die bevoegdheid aan h. landdros om onder bepaalde omstandighede h. lasbrief uit te reik om h. polisiebeampte te magtig om persele te betree en sekere optredes daar te verrig. In sy beëdigde verklaring het luitenant Godfree-Thom aansoek gedoen dat die polisie gemagtig word om die perseel van die Universiteit van Wes-Kaapland te betree ten einde die stappe aldaar te doen wat nodig mag wees vir die bewaring van die binnelandse veiligheid van die Republiek of vir die handhawing van wet en orde of die voorkoming van h. misdryf. Ek veronderstel dat die lasbrief wat uitgereik is inderdaad die magtiging verleen het wat aangevra was.

In antwoord op die bewering dat die polisie reeds twee weke vantevore van die beoogde vergadering geweet het, het die appellant gesê

"dat ek eers op 16 Julie 1988 inligting ontvang het dat swart jeugdiges beplan om tydens die viering van Mandela se verjaardag klippe te gooi na staatsvoertuie en busse. Hierdie besluit het dit vir my onvermydelik gemaak dat die veiligheid van die publiek in gevaar gestel sou word en openbare rus verstoort sou word as gevolg van die byeenkoms te Weskaap Universiteit op 17

Julie 1988 en het dan ook die verbod op daardie byeenkoms te Universiteit Weskaap of elders onvermydelik gemaak."

Die appellant het getuig dat hy ook die feite in luitenant Godfree-Thom se verklaring in ag geneem het by sy besluit. In hierdie verklaring het luitenant Godfree-Thom uiteengesit watter propaganda-metodes in die verlede gebruik is deur die ANC om die bevolking in die Republiek ter uitvoering van sy "People's War"-strategie te mobiliseer en ten gunste van die ANC te populariseer. Sedert 1980 is die ANC in toenemende mate besig om die veldtog om die vrylating van Mandela vir hierdie doel te gebruik. Hy sit dan in besonderhede uiteen watter persone en organisasies betrokke was by die reëling van vierings ter ere van Mandela se verjaarsdag, en watter reëlings deur hulle getref is. Sy gevolgtrekkings is soos volg:

8.

"In die stadium is dit alreeds duidelik dat die persone wat met die beplanning van die onderskeie aksies gemoeid is, daarop uit is om 'n situasie wat soortgelyk is aan die situasie wat rondom die vrylating van MBEKI en waarby ongeveer 100,000 persone betrek sou word, geheers het, te skep. Uit die modus operandi wat deur

voornoemde organisasies en persone tot dusver gevolg is, blyk dit duidelik dat die veldtog (waaronder kultuurfeeste, byeenkomste, wegbly-aksies) verder gebruik sal word om burgerlike ongehoorsaamheid, die popularisering van rewolusionêre ideologie en simbole en die rewolusionêre klimaat aan te blaas en te bevorder. Die veldtogte het in die verlede ook gepaard gegaan met gewelddadige optrede en intimidasie van die gekleurde gemeenskap om aan radikale en rewolusionêre beplanning mee te doen. Soos reeds uitgewys word reeds in die veldtog gesinspeel op die nuttigheid en noodsaaklikheid van geweld teen die bestaande orde en word verwag dat hierop voortborduur sal word. Verder sal die veldtog dien om h klimaat met die oog op die nasionale munisipale verkiesings in Oktober 1988 te skep.

## 9.

Voorgaande aksies, spesifiek bovermelde byeenkomste te UWK, hou gevolglik h ernstige gevaar in vir die binnelandse veiligheid van die publiek of die bewaring van wet en orde.

## 10.

In die lig van die inligting soos vervat in hierdie verklaring is dit noodsaaklik dat die SA Polisie die perseel te UNIVERSITEIT VAN WES-KAAPLAND, Modderdamweg, BELLVILLE-SUID op 1988/07/16 en 1988/07/17 te betree ten einde die stappe aldaar te doen wat nodig mag wees vir die bewaring van die Binnelandse Veiligheid van die Republiek of vir die handhawing van Wet en Orde of die voorkoming van h misdryf."

Die respondente het geen repliserende verklarings

geliasseer nie - klaarblyklik het die tyd dit nie toegelaat nie

- en die saak moet dus beslis word op die basis van die onbetwiste getuienis namens die appellant.

Die appellant se houding kan, meen ek, soos volg opgesom word. Om verskeie redes, wat ek hierbo saamgevat het, het hy bedenkinge gehad omtrent die verjaarsdagvierings van Mandela. Tot 16 Julie het die vierings egter geen werklike probleme opgelewer nie, en het die appellant nie gemeen dat 'n verbod op die konsert nodig was nie. Syns insiens kon die gevare wat hy voorsien het, teengewerk word deur minder drastiese metodes, en veral deur die verkryging van 'n lasbrief ingevolge artikel 25 van die Strafproseswet. Die faktor wat hom van mening laat verander het en hom beweeg het om op die laaste oomblik die konsert te verbied, was die inligting omtrent swart jeugdiges wat besluit het om staatsvoertuie en busse met klippe aan te val.

Regulasie 10(1)(c), waarkragtens appellant opgetree het, lui soos volg:

"10.(1) Die Kommissaris kan vir die doel van die veiligheid van die publiek, die handhawing van die openbare orde of die beëindiging van die noodtoestand,

sonder vooraf kennisgewing aan enige persoon en sonder om enige persoon aan te hoor, bevele wat nie met hierdie regulasies onbestaanbaar is nie, uitreik -

(a).....

(b).....

(c) waarby h bepaalde byeenkoms, of enige byeenkoms van h bepaalde aard, klas of soort, op h plek of in h gebied in die bevel vermeld, verbied word; "

Volgens Regulasie 1 beteken "Kommissaris" ook h

Afdelingskommissaris. Die appellant was dus bevoeg om hierdie

mag uit te oefen. Dit moes egter uitgeoefen word "vir die doel

van die veiligheid van die publiek, die handhawing van openbare

orde of die beëindiging van die noodtoestand". HOWIE R se

beskouing van die regsposisie in hierdie verband is soos volg in

die hof a quo gestel:

"Ten opsigte van reg. 10(1)(c) en (d) se voorgangers het die Volbank van hierdie Hof in UDF (Western Cape Region) vs Van der Westhuizen, 1987(4) SA 926(K) die volgende neergelê of goedgekeur -

- (i) Volgens die gemenerereg ressorteer die reg van vergadering, die reg van vereniging en die vrye woord onder elke landsburger se fundamentele vryhede.
- (ii) Enige inkorting van of inbreuk op daardie regte wat die vrye uitoefening daarvan beperk is prima facie onwettig.
- (iii) Enige owerheid wat daardie regte inkort dra

die bewyslas om aan te toon dat sodanige inkorting regmatig is.

- (iv) Die diskresie deur reg. 10(1) verleen is n objektiewe diskresie.
- (v) Selfs al word die inkorting kragtens n veiligheids- of noodtoestandwetsbepaling beveel, is dit die hof se plig om die owerheid se handelinge met betrekking tot die maak van die bevel sorgvuldig te ondersoek en ontleed om sodoende vas te stel of die vereistes van die wetsbepaling noukeurig nagekom is al dan nie.

Ek stem met eerbied saam met wat in daardie opsigte in die pasvermelde saak gesê is en met die redes waarop dit gebaseer is. Al is daar n appèl hangende in daardie saak, is ek tog daaraan gebonde.

Wat die bewyslas aanbetref het mnr Griessel, namens respondent, betoog dat in ag genome die beslissing in Minister of Law and Order and Another vs Dempsey, 1988(3)SA 19(A) te 38A die bewyslas hier op applikante was. Dempsey se saak egter was een van daardie gevalle waar die betrokke amptenaar sy funksie kan uitoefen bloot op die basis dat hy 'tevrede' of 'van mening' is dat die vereiste feite bestaan wat uitoefening van sy funksie magtig. Hierdie, vir die redes gemeld in die UDF-saak, supra, is nie een van daardie gevalle nie. In hierdie aangeleentheid was dit onvoldoende dat respondent subjektief van mening was dat feite bestaan het wat die bevel regverdig het. Hier moes daar, objektief beskou, feite bestaan wat die verbod vir die in reg 10(1) vermelde doeleindes geregverdig het: South African Defence and Aid Fund and Another vs Minister of Justice, 1967(1)SA31(K) te 34H-35A. Daardie feite moes respondent bewys: UDF-saak, supra. Mnr Griessel het toegegee - myns

insiens korrek- dat indien respondent se diskresie wel 'n objektiewe een was, dan was dit regtens vereis dat hy redelik moes optree. In ag genome die beslissing in die UDF-saak, supra, was respondent se diskresie na my mening wel 'n objektiewe een en was dit vir hom om die verbod te regverdig. Derhalwe was dit vir hom om te bewys dat die algehele verbod in al die omstandighede redelik was vir die doeleindes gemeld in reg. 10(1)."

Soos in die vooruitsig gestel in hierdie passasie is Van der Westhuizen se saak in hoër beroep geneem. Die appèl is gehandhaaf. Sien Van der Westhuizen N O v. United Democratic Front 1989(2) SA 242 (A). In die appèlhofuitspraak in van der Westhuizen se saak het HEFER AR bevind dat die enigste beperkinge op die uitoefening van die bevoegdhede in regulasie 10(1)(c) se voorganger was dat hulle slegs ter bereiking van die oogmerke gemeld in die regulasie uitgeoefen kon word, en dat geen bevel kragtens die regulasie teenstrydig met die regulasies mog wees nie (bl. 251 B). Daarbenewens is bevind:

"... without derogating in any way from the importance of the freedom of assembly, but taking into account matters such as the nature and purpose of the powers, the status of those on whom they were conferred, and the fact that they were conferred and are to be

exercised in a declared state of emergency, there is every reason to believe that the intention was to constitute the Commissioner the sole arbiter of the necessity or expediency of exercising his powers." (bl. 251 B-C)

Die Appèlhof se gevolgtrekking in van der Westhuizen se saak was dan dat die Kaapse Provinsiale Afdeling gefouteer het deur te bevind dat die besluit van die appellant in daardie saak om 'n vergadering te belet, objektief beregbaar was (bl. 251 F).

Dit was hierdie bevinding van die Kaapse hof in Van der Westhuizen se saak wat die grondslag gevorm het van HOWIE R se uitspraak in die onderhawige saak, soos blyk uit die passasie wat ek hierbo aangehaal het. Dit volg dus dat, volgens die Appèlhofuitspraak in Van der Westhuizen se saak, ook die onderhawige saak op 'n foutiewe basis beslis was.

Mnr. Gauntlett, wat namens die respondente in die onderhawige saak opgetree het, het betoog dat die Appèlhofuitspraak in Van der Westhuizen se saak verkeerd beslis was, en dat ons dit nie behoort te volg nie. Ek vind dit egter nie nodig om enige mening hieroor uit te spreek nie. In Van der

Westhuizen se saak aanvaar hierdie hof (op bl. 251F) dat die kommissaris se besluit ingevolge artikel 10(1)(c) wel aangeveg kan word op die gronde genoem in Shidiack v. Union Government (Minister of the Interior) 1912 AD 642 op bl. 651-2. Hierdie gronde, dikwels genoem hersieningsgronde, is in talle uitsprake van ons howe behandel, en is onlangs soos volg opgesom in Johannesburg Stock Exchange and Another v. Witwatersrand Nigel Ltd and Another 1988(3) SA 132 (A) op bl. 152 A-D wat gehandel het met die bevoegdheide van die President van die Johannesburgse effektebeurs:

"Broadly, in order to establish review grounds it must be shown that the president failed to apply his mind to the relevant issues in accordance with the 'behests of the statute and the tenets of natural justice' (see National Transport Commission and Another v Chetty's Motor Transport (Pty) Ltd 1972(3) SA 726 (A) at 735F-G; Johannesburg Local Road Transportation Board and Others v David Morton Transport (Pty) Ltd 1976(1) SA 887 (A) at 895B-C; Theron en Andere v Ring van Wellington van die NG Sendingkerk in Suid-Afrika en Andere 1976(2) SA 1 (A) at 14F-G). Such failure may be shown by proof, inter alia, that the decision was arrived at arbitrarily or capriciously or mala fide or as a result of unwarranted adherence to a fixed principle or in order to further an ulterior or

improper purpose; or that the president misconceived the nature of the discretion conferred upon him and took into account irrelevant considerations or ignored relevant ones; or that the decision of the president was so grossly unreasonable as to warrant the inference that he had failed to apply his mind to the matter in the manner aforestated. (See cases cited above; and Northwest Townships (Pty) Ltd v Administrator, Transvaal, and Another 1975(4) SA 1 (T) at 8D-G; Goldberg and Others v Minister of Prisons and Others (supra at 48D-H); Suliman and Others v Minister of Community Development 1981(1) SA 1108 (A) at 1123A.) Some of these grounds tend to overlap."

As h mens dus aanvaar dat die hof a quo in die onderhawige geval verkeerdelik beslis het dat hy die appellant se verbod ter syde kon stel op gronde van h objektiewe redelikheidsmaatstaf, ontstaan die verdere vraag of die hof se uitspraak nie nogtans geregverdig kan word op grond daarvan dat een of meer van die hersieningsgronde aanwesig was by die appellant se uitoefening van sy bevoegdheid nie. Vir die beantwoording van hierdie vraag, meen ek, is dit nodig om eers in te gaan op die ligging van die bewyslas. Wie dra die las om te bewys dat hersieningsgronde aan- of afwesig was? Moet die Kommissaris bewys dat sy beslissing in alle opsigte regmatig

was, of dra die beswaarmaker die las om 'n gebrek in die Kommissaris se magsuitoefening te bewys? Waar ek hier van bewyslas praat, gebruik ek natuurlik die term in sy tegniese sin - soos DAVIS WAR gesê het in Pillay v. Krishna and Another 1946 AD 946 op 952-3

"...in my opinion, the only correct use of the word 'onus' is that which I believe to be its true and original sense (cf. D.31.22), namely, the duty which is cast on the particular litigant, in order to be successful, of finally satisfying the Court that he is entitled to succeed on his claim, or defence, as the case may be ..."

Die primêre funksie van die bewyslas is om uitsluitel te gee in gevalle waar 'n hof, met inagneming van die betrokke bewysmaatstaf, in 'n toestand van onsekerheid verkeer nadat al die getuienis gelewer is. In 'n siviele saak soos die huidige sou so 'n onsekerheid ontstaan waar die hof nie op die getuienis kan bevind dat daar 'n oorwig van waarskynlikhede na die een of ander kant is nie. Die bewyslas is dan beslissend.

Die ligging van die bewyslas word deur die substantiële reg bepaal. Soos dit gestel word in Hoffmann en Zeffertt, The

South African Law of Evidence, 4<sup>e</sup> uitgawe, bl. 495

"Any rule of law which annexes legal consequences to a fact ... must, as a necessary corollary, provide for which party is supposed to prove that fact."

Waar die ligging van die bewyslas res nova is in h bepaalde geval is daar deur die jare h aantal riglyne neergelê wat deur die houe gebruik word om die ligging te bepaal. In laaste instansie is daar egter geen algemeen-geldende beginsel of reël waarkragtens vasgestel kan word waar die bewyslas lê nie. Soos dit gestel word in 9 Wigmore on Evidence paragraaf 2486 (Chadbourn rev. 1981)

"The truth is that there is not and cannot be any one general solvent for all cases. It is merely a question of policy and fairness based on experience in the different situations."

(Die identiese passasie uit h vorige uitgawe van Wigmore is met goedkeuring aangehaal in Mabaso v. Felix 1981(3) SA 865 (A) op bl. 873C).

Die beginpunt van h bespreking van die bewyslas in die onderhawige geval, meen ek, is dat die reg om h byeenkoms te hou

een van die fundamentele regte in ons regstelsel is. Sien S. v. Turrell and Others 1973(1) SA 248 (K) op bl. 256G-H; Castel NO v. Metal and Allied Workers Union 1987(4) SA 795 (A) op bl. 807J tot 808A; en die passasie aangehaal hierbo uit Van der Westhuizen se saak (supra) op bl. 251B. Die toonaangewende saak oor die ligging van die bewyslas by 'n beweerde inbreuk op 'n fundamentele reg is Minister of Law and Order and Others v. Hurley and Another 1986(3) SA 568 (A). Daar het dit gegaan oor die geldigheid van 'n inhegtenisneming. Op bl. 589 D het RABIE HR, wat die uitspraak van die Hof gelewer het, sy instemming betuig met 'n passasie in Brand v. Minister of Justice and Another 1959(4) SA 712 (A) op bl. 714F-H waarin bevind is dat 'n vredesbeampte wat ingevolge die Strafproseswet iemand sonder 'n lasbrief in hegtenis neem, beswaar word met die bewyslas om die feite te bewys wat die inhegtenisneming regverdig (in daardie geval was dit die feit dat die betrokke misdaad in die beampte se teenwoordigheid gepleeg was). RABIE HR het voortgegaan deur te sê dat die regsposisie soos uiteengesit in gemelde passasie,

ook van toepassing is op h inhegtenisneming ingevolge artikel 29(1) van Wet 74 van 1982, wat ter sprake was in Hurley se saak. Dan volg die volgende passasie in Hurley se saak (bl. 589 E-F):

"I would add that I consider it to be good policy that the law should be as there stated. An arrest constitutes an interference with the liberty of the individual concerned, and it therefore seems to be fair and just to require that the person who arrested or caused the arrest of another person should bear the onus of proving that his action was justified in law."

Sien ook Nggumba en h Ander v Staatspresident en Andere 1988(4)

SA 224 (A) op bl. 259 C en Minister van Wet en Orde v. Matshoba

1990(1) SA 280 (A) op bl. 284 E-I en bll. 295 F tot 296 C.

Wat ek hier veral wil beklemtoon is die beginselstandpunt dat, as h saak van beleid, dit reg en billik is dat h persoon wat inbreuk maak op die vryheid van die individu die bewyslas behoort te dra om te bewys dat sy optrede regmatig is. Aangesien die ligging van die bewyslas tot groot hoogte deur beleidsoorwegings bepaal word (sien die passasie uit Wigmore hierbo) is Hurley se saak sterk gesag daarvoor dat ook by inbreuke op ander fundamentele regte, dws. op die vryheid van die individu in h breër sin, die bewyslas om die regmatigheid van sy

sy optrede te bewys behoort te rus op die persoon wat die inbreuk maak.

In Minister of Law and Order and Another v. Dempsey

1988(3) SA 19 (A) het hierdie hof egter die bogemelde stelling van RABIE HR gekwalifiseer. In Dempsey se saak het dit gegaan oor 'n inhegtenisneming ingevolge regulasie 3(1) van die

Noodregulasies. Hierdie regulasie het 'n lid van 'n

veiligheidsmag gemagtig om 'n persoon "wie se aanhouding na die

oordeel van daardie lid nodig is vir die veiligheid van die

publiek of die handhawing van die openbare orde ..." te arresteer

of te laat arresteer. Die optrede van die arresteerder in

daardie saak is aangeveg op grond van mala fides (in die hof a

quo) en onbehoorlike aandagbesteding (op appèl), en die vraag was

wie die bewyslas gedra het. Bloot as 'n kwessie van beleid

behoort die antwoord op hierdie vraag myns insiens duidelik te

wees. Wanneer 'n hof, na oorweging van al die getuienis, onseker

is op 'n oorwig van waarskynlikhede of 'n inhegtenisneming bona

fide was, behoort die gearresteerde na my mening die voordeel van

die onsekerheid te kry en vrygelaat te word. Dit kan tog nie gesonde regsbeleid wees dat 'n persoon ingekerker bly hoewel 'n geregshof meen dat daar 'n gelyke kans is dat sy inhegtenisneming te kwader trou geskied het nie. Dieselfde oorweging geld waar die hof onseker is of die arresteerder sy aandag behoorlik toegespits het op die vraag of die inhegtenisneming nodig was vir die gemelde doeleindes. Dit druis in teen 'n mens se billikheidsgevoel dat 'n persoon in aanhouding moet bly waar 'n hof nie oortuig is (op 'n oorwig van waarskynlikhede) dat die persoon wat die aanhouding gelas het, behoorlik aandag aan die saak gegee het nie. Die bewyslas behoort dus, in ooreenstemming met die woorde van RABIE HR in Hurley se saak, op die arresteerder te wees, en sy woorde is wyd genoeg om 'n geval soos Dempsey sh te dek.

'n Verdere, hoewel minder belangrike, beleidsoorweging wat in dieselfde rigting neig, is dat die gearresteerde persoon dikwels nie sou weet ingevolge watter bepaling en op grond van watter oorwegings hy in hegtenis geneem is nie. Dit is veral so

onder huidige omstandighede waar daar n oorvloed wetgewing is wat bepaalde persone magtig om onder bepaalde omstandighede inhegtenisnemings uit te voer. Nie alleen verskil die vereistes gestel in die verskillende wette nie, maar die arresteerder sal uiteraard weet watter oorwegings hom beweeg het om die inhegtenisneming uit te voer, en die gearresteerde gewoonlik nie. As n kwessie van praktiese doelmatigheid sou dit dus gewoonlik makliker wees vir die arresteerder om die regmatigheid van die inhegtenisneming te bewys as vir die gearresteerde om die teendeel te bewys. Sien Mabaso v. Felix (supra) op bl. 873 D-F.

In Dempsey se saak is egter anders beslis. Namens die respondente in die onderhawige saak is betoog dat Dempsey se saak in hierdie opsig verkeerd is, en dit is gevolglik nodig om die beredenering van die hof versigtig te ontleed. In die uitspraak van HEFER AR, wat deur die meerderheid van die hof onderskryf is, is daar eers gehandel met die praktiese probleme van bewyslewering wat sou ontstaan as daar n bewyslas op n respondent

is om aan te toon dat h arres nie op hersieningsgronde aanvegbaar is nie (bl. 35 G tot 38 A). Hierdie was egter h ondergeskikte rede vir die hof se gevolgtrekking en ek sal later daarmee handel. Die kern van die uitspraak verskyn op bl. 38 B - I en lui soos volg:

"There is, however, a more fundamental reason for holding that the onus of proving the proper exercise of the discretion is not on the party bearing the onus of justifying the arrest. I accept, of course, that the onus to justify an arrest is on the party who alleges that it was lawfully made and, since an arrest can only be justified on the basis of statutory authority, that the onus can only be discharged by showing that it was made within the ambit of the relevant statute. Any statutory function can, after all, only be validly performed within the limits prescribed by the statute itself and, where a fact or a state of affairs is prescribed as a precondition to the performance of the function (a so-called jurisdictional fact), that fact or state of affairs must obviously exist and be shown to have existed before it can be said that the function was validly performed. (Cf Roberts v Chairman, Local Road Transportation Board, and Another (1) 1980 (2) SA 472 (C) at 476H-477A; S v Ramgobin and Others 1985(3) SA 587 (N) at 590I-591C.) But what has to be determined in every case is exactly what the jurisdictional fact is. In this regard the distinction drawn in the Defence and Aid case supra and recognised by this Court in Lennon Ltd and Another v HOECHST

Aktiengesellschaft 1981(1) SA 1066 (A) at 1076C-E is of decisive importance. I mentioned earlier that reg 3(1) is an instance where the repository of the power has himself been entrusted with the function of deciding whether the prerequisite fact or state of affairs exists. The result is, as indicated in the Defence and Aid case (at 35B-C), that

'the jurisdictional fact is, in truth, not whether the prescribed fact, or state of affairs, existed in an objective sense, but whether, subjectively speaking, the repository of the power had decided that it did'. (My italics.) It is for this very reason that it was said in the Sachs case supra in the passage already quoted that 'the only question of fact with which the Court is concerned is whether the Minister was satisfied'. Once the jurisdictional fact is proved by showing that the functionary in fact formed the required opinion, the arrest is brought within the ambit of the enabling legislation, and is thus justified. And if it is alleged that the opinion was improperly formed, it is for the party who makes the allegation to prove it. There are in such a case two separate and distinct issues, each having its own onus (Pillay v Krishna and Another 1946 AD 946 at 953). The first is whether the opinion was actually formed; the second, which only arises if the onus on the first has been discharged or if it is admitted that the opinion was actually formed, is whether it was properly formed. If, eg, in a case like the instant one the applicant were to admit that a member of a Force had formed the opinion that the detention of the person concerned was necessary for the maintenance of the public order, there can, in my view, be no doubt that the application will be dismissed unless evidence is produced which persuades the Court on a preponderance of probabilities

that the opinion was not properly formed."

NESTADT AR, in h minderheidsuitspraak, het sy twyfel uitgespreek of dit toelaatbaar is om die bewyslas op te splits soos deur die meerderheid bevind (bl. 42 G). Myns insiens was sy bedenkinge gegrond.

Daar is gesag vir die stelling dat die oorsprong van, en regverdiging vir, die gemeenregtelike hersiening van administratiewe optrede gevind moet word in die leerstuk van ultra vires. Volgens hierdie opvatting is h besluit van h owerheidsinstansie ongeldig, en derhalwe hersienbaar, slegs wanneer die owerheid sy magte oorskry het by die neem van sodanige besluit, en dit is slegs dan wanneer h hof ingevolge die gemene reg mag ingryp. Die klassieke hersieningsgronde, soos uiteengesit in Shidiack se saak, supra, en ander sake wat daarop gevolg het, is dan bloot maniere waarop aangetoon kan word dat die owerheid ultra vires opgetree het. Sien bv. die besprekings in Baxter, Administrative Law, bll. 301-312 en Wade, Administrative Law, 5e uitgawe bll. 38-39. Vergelyk ook

Wiechers, Administratiefreg, 2e uitgawe, bll. 196-201 wat n minder absolute standpunt huldig.

Onlangse beslissings van hierdie Hof het dit egter duidelik gemaak dat ultra vires nie die enigste gemeenregtelike grondslag vir die ongeldigheid van administratiewe optrede is nie. Sien, bv. t.o.v. vaagheid, Staatspresident en Andere v. United Democratic Front en n Ander 1988(4) SA 830 (A) op bll. 853 A-F; 866 E - 873 C en Catholic Bishops Publishing Co. v. State President and Another 1990(1) SA 849 (A) op bl. 866 F-I; en ten opsigte van die audi alteram partem reël, die United Democratic Front saak supra op bll. 870 I - 872 F en Administrator, Transvaal, and Others v. Traub and Others 1989(4) SA 731 (A) op bl. 764 B-H. Daar kan egter geen twyfel bestaan dat die hersieningsgronde waarmee Dempsey se saak gehandel het, t.w. mala fides en onbehoorlike aandagbesteding, wel op die leerstuk van ultra vires gefundeer is nie. Waar die uitoefening van n diskresie deur een of ander van hierdie hersieningsgronde geraak word, tree die owerheid ultra vires op en is sy handeling nietig.

Regtens het die owerheid in so 'n geval glad nie kragtens die magtigende bepaling opgetree nie. So, byvoorbeeld, in die United Democratic Front-saak, supra, was die vraag of sekere regulasies deur die Staatspresident uitgevaardig is "kragtens artikel 3" van Wet 3 van 1953. In 'n passasie waarmee die meerderheid van die Hof saamgestem het, sê HEFER AR op bl. 873 B-C:

"Indien die Staatspresident mala fide of vir 'n ongeoorloofde doel of sonder behoorlike oorweging sou optree, oefen hy eenvoudig nie die bevoegdheid uit wat die Wet aan hom verleen nie. Daarom is 'n regulasie wat onder sulke omstandighede gemaak is nie een wat kragtens artikel 3 uitgevaardig is nie."

Sien ook National Transport Commission and Another v Chetty's Motor Transport (Pty) Ltd 1972(3) SA 726 (A) op bl 735 F-G.

Hierdie beginsel is nie bloot 'n regsifiksie nie. Ek neem Dempsey se saak as 'n voorbeeld. Volgens die regulasie wat daar ter sprake was, was 'n lid van 'n veiligheidsmag gemagtig om, as hy die betrokke oordeel gevorm het, 'n inhegtenisneming uit te voer. Maar wat sou nou die posisie wees as hy net voorgee dat hy die betrokke oordeel gevorm het, en inderdaad bymotiewe gehad het by

die inhegtenisneming? Die antwoord moet tog wees dat hy geen oordeel gevorm het soos deur die wetgewing vereis nie. 'n Gesimuleerde oordeel kan nie gelykgestel word aan 'n werklike oordeel nie. Die feit dat hy wel een of ander soort oordeel gevorm het (dws een om die gearresteerde in hegtenis te neem om redes wat nie deur die wetgewing toegelaat word nie) kan tog niks bydra om aan hom die bevoegdheid te verleen om 'n regmatige inhegtenisneming uit te voer nie. Dieselfde geld ook, bv. , waar die arresterende beampte dwaal omtrent die omvang van sy bevoegdhede. Dit klink vir my korrek om in so 'n geval te sê dat hy nie die opinie gevorm het wat deur die regulasie vereis word nie. Die feit dat hy 'n ander, regtens irrelevante, opinie gevorm het, voer die saak myns insiens niks verder nie.

By sommige gevalle van die onbehoorlike uitoefening van 'n diskresie mag dit nie so duidelik wees dat daar inderdaad geen uitoefening van die funksionaris se bevoegdhede was nie. Ek dink byvoorbeeld aan gevalle waar die funksionaris sonder behoorlike oorweging optree. In so 'n geval mag 'n mens soms kan sê dat,

realisties beskou, daar wel tot 'n relevante beslissing gekom is, maar deur gebruikmaking van aanvegbare metodes. Meermale sou dit egter nie so wees nie, en in beginsel is 'n diskresie wat nie behoorlik uitgeoefen is nie (altans as die onbehoorlikheid van die aard is waarna verwys word in die passasie hierbo uit die United Democratic Front-saak) regtens glad nie uitgeoefen nie. Daar is dus, na my mening, geen ruimte vir die splitsing van die bewyslas op die wyse aangedui deur die meerderheid van die Hof in Dempsey se saak nie.

Maar selfs al veronderstel 'n mens dat dit moontlik is om in 'n geval soos Dempsey sy 'n aanval op die geldigheid van 'n diskresie-uitoefening in twee geskilpunte te verdeel, bied so 'n verdeling nie op sigself enige rede waarom die bewyslas met betrekking tot een van die geskilpunte op die gearresteerde behoort te rus nie. Soos ek hierbo aangedui het, is daar sterk beleidsoorwegings gegrond op die vryheid van die individu waarom die bewyslas op die arresteerder behoort te wees. Daarbenewens is daar die praktiese oorweging dat die feite gewoonlik binne die

arresteerder eerder as die gearresteerde se kennis sou wees.

Hierdie faktore word glad nie in Dempsey se saak genoem by die oorweging van die ligging van die bewyslas by 'n beweerde onbehoorlike oordeelsvorming nie. Trouens, geen redes word verstrek in die passasie hierbo aangehaal vir die gevolgtrekking dat die bewyslas m.b.t. hierdie geskilpunt op die gearresteerde rus nie. Ná die passasie wat ek hierbo aangehaal het, gaan die uitspraak wel voort om die volgende te sê (bl. 38J-39B):

"To hold that the burden of proof on the second issue rests upon the party alleging that the opinion was not properly formed will bring applications of the present kind in line with other applications for the review of the decisions of statutory functionaries on the grounds mentioned in the Shidiack case, except that the respondent will first have to prove that the required opinion was actually formed. It will also be in line with decisions such as Union Government (Minister of Railways) v Sykes 1913 AD 156 at 169-70 and Johannesburg Municipality v African Realty Trust Ltd 1927 AD 163 at 177 in terms of which the onus to prove a so-called negligent performance of an act authorised by statute is cast upon the party alleging that it was 'negligently' performed."

Ek glo nie daar word deur hierdie passasie te kenne

gegee dat die ooreenstemming tussen die bevindinge oor bewyslas

in Dempsey se saak en in die ander sake genoem in die passasie, wesentlike steun aan die gevolgtrekking in Dempsey se saak bied nie. Indien dit so bedoel was, sou h mens h meer deurtastende bespreking verwag het van die oorwegings wat in al drie die gevalle genoem in die passasie (dws Dempsey self en die twee ander) bepalend van die bewyslas is. So, bv., in die gewone soort hersiening waarmee Shidiack se saak gehandel het, gaan die reg van die standpunt uit dat administratiewe handelinge prima facie geldig is totdat die teendeel bewys word. Hierdeur word ordelike landsadministrasie bevorder. Soos blyk uit Hurley se saak, supra, is die uitgangspunt anders waar die vryheid van die individu op die spel is. Op daardie gebied is h inbreuk of aantasting prima facie onregmatig. En by die nalatige uitoefening van statutêre regte is daar weer ander oorwegings wat geld, en veral, blykbaar, die ooreenkoms met die gemeenregtelike actio legis Aquiliae waar die bewyslas op die eiser rus (sien Sykes se saak, supra, op bl. 170). Die manier waarop die kwessie van bewyslas in daardie tipe saak gereël word, het egter nie

universele byval gevind nie (sien Bloemfontein Town Council v. Richter 1938 AD 195 op bll. 227 tot 233) en daar sou geen rede wees om dit sonder meer op die onderhawige soort saak, wat in sy wese heeltemal verskillend is, toe te pas nie.

Hoewel dit dus waar is dat Dempsey se saak 'n mate van simmetrie geskep het op die drie gebiede gemeld in die passasie hierbo aangehaal, is hierdie faktor van geringe belang by die oorweging van waar die bewyslas in die onderhawige saak lê, en ek dink nie dat die hof in Dempsey se saak wesentlike waarde daaraan geheg het nie.

Dit bring my dan by maniere waarop 'n geskil oor die aantasting van fundamentele regte voor 'n hof geplaas kan word. Soos ek reeds aangedui het, was die probleem met bewyslewering wat HEFER AR in hierdie verband voorsien het nie die fundamentele rede wat hom beweeg het tot sy beskouing omtrent die bewyslas nie. Na my mening is dit 'n korrekte standpunt. Bepalings omtrent die ligging van die bewyslas vorm 'n belangrike deel van die substantiewe reg wat bepalend kan wees t o v litigante se eiendom, vryheid of selfs lewens. Waar daar sterk

beleidsoorwegings bestaan om die bewyslas op een of ander party te plaas, sal die hof altyd die regsprosedure kan aanpas om 'n billike verhoor, met inagneming van die bewyslas, te verseker.

In Universal City Studios Inc. and Others v. Network Video (Pty)

Ltd 1986(2) SA 734 (A) op bl. 754 G het hierdie Hof gesê:

"There is no doubt that the Supreme Court possesses an inherent reservoir of power to regulate its procedures in the interests of the proper administration of justice."

Die basiese probleem wat HEFER AR voorsien het met 'n

bewyslas op die arresteerder, is dat die gearresteerde as

aansoekdoener bloot kan beweer dat sy aanhouding onregmatig is.

Moet die respondent dan voldoende getuienis bring om aan te toon

dat sy besluit op geen grond hoegenaamd aangeveg kan word nie?

(sien Dempsey se saak, bl. 37 B tot 38 A).

Die antwoord op hierdie probleem is reeds ten dele

verstrek in Matshoba se saak (supra). Waar dit gaan oor

vryheidsberowing is 'n aansoekdoener wel geregtig om bloot te

beweer dat sy aanhouding onregmatig is. Die respondent sal dan

slegs hoef te bewys (aanvanklik, in elk geval) dat die applikant aangehou word kragtens die een of ander statutêre magtiging en dat sy aanhouding binne die bestek van die magtigende bepaling val en die voorskrifte wat daarin bevat is aangaande die uitoefening van die bevoegdheid wat daarvolgens verleen word (Matshoba se saak op bl. 294 G-H.) Weliswaar is hierdie stelling gemaak op die veronderstelling dat Dempsey se saak die huidige stand van ons reg weerspieël (ibid., bl. 294 (F)). Maar selfs al is die bewyslas ten volle op die respondent meen ek dat hierdie prosedure n gepaste een sou wees. In Matshoba se saak is aangedui dat daar op hierdie gebied moontlik gebruik gemaak kan word van n weerleggingslas (Matshoba se saak op bl. 289 A-B). Sien South Cape Corporation (Pty) Ltd v. Engineering Management Services (Pty) Ltd 1977(3) SA 534 (A) op bl. 548 A-C. Wanneer n respondent die feite bewys het wat, volgens Matshoba se saak, aanvanklik van hom verwag word, kan n hof myns insiens prima facie aanvaar dat die vryheidsberowing regmatig geskied het. Die aansoekdoener sal dan getuienis moet lewer om hierdie prima facie

getuienis te weerlê. Die aard en omvang van hierdie weerleggende getuienis sal uiteraard afhang van die omstandighede, maar in beginsel sal aangedui moet word dat hersieningsgronde aanwesig is. In Jeewa v. Dönges N O and Others 1950(3) SA 414 (A) op bl. 423 D en Winter and Others v. Administrator-in-Executive Committee and Another 1973(1) SA 873 (A) op bl. 887 G-H is daar stellings, waarna HEFER AR verwys op bl. 37 F-H van Dempsey se saak, oor wat van 'n applikant in hierdie opsig verwag word. Of daardie beslissings ook in die onderhawige verband toegepas sou word, hoef ek nie nou te beslis nie. Dit is egter goed denkbaar dat, indien die vraag pertinent ontstaan, 'n hof sou beslis dat hulle wel toegepas behoort te word.

Die ligging van die bewyslas maak dus nie 'n groot praktiese verskil aan watter bewerings deur die onderskeie partye gemaak moet word in 'n hersieningsaksie wat ontstaan uit 'n daad van vryheidsberowing nie. Die belangrikste praktiese verskil tussen die posisie wat sou geld indien Dempsey se beskouing omtrent die bewyslas gehandhaaf word en die een wat ek voorstaan,

sou na vore kom wanneer daar aan die einde van die saak geen oorwig van waarskynlikhede na die een of ander kant oor die aan- of afwesigheid van herieningsgronde is nie. Die Dempsey-benadering behels dat daar in so 'n geval uitspraak ten gunste van die arresteerder sal wees, terwyl ek voorstel dat die voordeel aan die gearresteerde toekom.

Natuurlik, 'n mens sou nie verwag dat 'n aansoekdoener wat hom oor sy vryheidsberowing bekla speletjies met die hof sal speel nie. Aansoeke om vrylating word gewoonlik as 'n saak van dringendheid gebring, en die aansoekdoeners doen dan alles in hul vermoëns om hul sake so spoedig moontlik voor die hof te kry. 'n Aansoekdoener wat weet op grond van watter bepaling hy in hegtenis geneem is, en spesifieke gronde het om sy inhegtenisneming aan te veg, sou dus gewoonlik reeds in sy aansoek hierdie gronde uiteensit. In so 'n geval sal die respondent daarop moet antwoord. Daar mag ook gevalle wees waar 'n aansoekdoener sy standpunt ten dele uiteensit in sy aansoek en dit dan later in repliek probeer aanvul. Die hof voor wie die saak dien sal dan, in die uitoefening van sy diskresie, gepaste

aanwysings moet gee. Sien Matshoba se saak, bl. 294 F tot 295C.

In sulke gevalle sou h hof natuurlik neig om h persoon wat hom oor sy vryheidsberowing bekla, tegemoet te kom sonder om die respondent onredelik te benadeel.

Weens die voorgaande meen ek nie dat oorwegings van prosedure en bewyslewering enige rede verskaf waarom daar enige bewyslas, in die tegniese sin, op h gearresteerde wat sy inhegtenisneming aanveg, behoort te wees nie. Ek dink nie dit is nodig om in hierdie verband verder met Dempsey se saak te handel nie. Op hierdie aspek bestaan die beredenering in daardie saak grootliks uit h bespreking van, en kritiek op, die uitspraak van TRENGOVE AR in Kabinet van die Tussentydse Regering vir Suidwes-Afrika en h Ander v. Katofa 1987(1) SA 695 (A). Vir huidige doeleindes is dit nie nodig om die juistheid in elke opsig van gemelde uitspraak weer te oorweeg nie. Die beginselkwessies wat ontstaan meen ek het ek voldoende hierbo behandel.

Weens die voorgaande meen ek dat Dempsey se saak verkeerd was oor die kwessie van bewyslas. Daar is al dikwels

beslis dat hierdie hof nie maklik van een van sy eie vorige beslissings afwyk nie. Voordat hy dit sal doen, moet hy nie alleen oortuig wees dat die vorige beslissing duidelik verkeerd was nie, maar moet hy ook in ag neem dat persone regte kon verkry het en verpligtinge aangegaan het in vertroue op die finaliteit van n vorige beslissing. Sien die onlangse appêlhofuitsprake in Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v. Strydom 1984(1) SA 1 (A) op bll. 16 G tot 17 D, Attorney-General, Northern Cape v. Brühns 1985(3) SA 688 (A) op bl. 701 B-D; Horowitz v. Brock and Others 1988(2) SA 160 (A) op bll. 186 G tot 187 A en veral die Catholic Bishops Publishing-saak, supra, op bl. 866 G-I, asook die vroeëre gewysdes genoem in bogemelde sake.

In die onderhawige geval het daar uiteraard geen regte of verpligtinge ontstaan in geloof op die finaliteit van Dempsey se saak nie. Myns insiens was die uitspraak in Dempsey se saak duidelik verkeerd om die redes wat ek hierbo genoem het. En daarby gaan dit hier om die vryheid van die individu, wat n

verdere rede is waarom n verkeerde presedent nie in stand gehou behoort te word nie. Ek meen dus dat ons geregtig is om te bevind dat Dempsey se saak verkeerd beslis was met betrekking tot die bewyslas in gevalle soos die huidige.

Dempsey se saak het spesifiek te doen gehad met n vryheidsberowing. Dieselfde beginsels behoort myns insiens toegepas te word op alle gevalle waar daar inbreuk gemaak word op fundamentele regte. Soos ek aangedui het, is die huidige so n geval. Ek mag net byvoeg dat in Van der Westhuizen se saak hierdie hof geen beslissing gegee het omtrent waar die bewyslas lê in n saak soos die huidige nie (1989(2) SA op bl. 246 I-J). Om die redes voormeld meen ek die bewyslas het die persoon beswaar wat die byeenkoms verbied het.

Dit bring my dan by die feite van die onderhawige saak. Daar sal onthou word dat die appellant bedenkinge gehad het oor die wenslikheid van die vieringe ter ere van Nelson Mandela se verjaarsdag, maar dat hy aanvanklik gemeen het dat n verbod nie nodig was nie. Sy mening het egter verander toe hy inligting

bekom het oor swart jeugdiges wat besluit het om tydens die viering van Mandela se verjaarsdag staatsvoertuie en busse met klippe aan te val. Dit was hierdie inligting wat hom beweeg het om die konsert te verbied.

Ek vind dit moeilik om die verband te sien tussen hierdie inligting en die verbod op die konsert. Uit die aard van die saak kon daar nie 'n besluit deur alle swart jeugdiges (of selfs alle swart jeugdiges in die Wes-Kaap) gewees het om gesamentlik op te tree nie. Die verwysing na "swart jeugdiges" moet dus gelees word as "sommige swart jeugdiges". Ons weet egter nie of die getal groot of klein was nie. Ons weet ook nie waar hierdie groep swart jeugdiges hulle bevind het nie, hoewel 'n mens seker moet veronderstel dat dit vir hulle moontlik sou gewees het om die konsert by te woon. Dit is egter duidelik dat die appellant nie inligting gehad het dat hierdie groep swart jeugdiges inderdaad beplan het om die konsert by te woon nie. Al wat hy sê is dat hy geen rede het om te glo dat die konsert nie deur swart jeugdiges bygewoon sou word nie, en dat dit dus

meer as waarskynlik was dat daar wel 'n klipgooiery sou wees.

Hierdie stelling is nie duidelik nie. Letterlik geneem sou dit die indruk skep dat, volgens die appellant se inligting, alle swart jeugdiges partye tot die besluit was, en dat alle swart jeugdiges dus potensiële klipgooiers was. Maar, soos ek reeds gesê het, dit is totaal onmoontlik dat 'n besluit van hierdie aard deur 'n hele bevolkingsgroep geneem kon word, en die appellant sou tog nie die teendeel wou beweer nie. Ek verstaan dus nie wat hy te kenne probeer gee deur sy verwysing na die bywoning van die konsert deur swart jeugdiges oor die algemeen nie.

As 'n mens aanvaar dat die appellant geen werklike inligting gehad het dat die groep potensiële klipgooiers die konsert sou bywoon nie, wonder 'n mens hoekom hy gemeen het dat hy hul bedrywighede aan bande kon lê deur die konsert te verbied. Die verbod het gegeld vir enige byeenkoms op 17 Julie 1988 in enige gebou in die gemelde landdrosdistrikte wat deur die Komitee gereël en geadverteer is of mag word. Inderdaad was daar slegs een so 'n byeenkoms, en dit was die konsert in die hoofsaal van

die Universiteit van Wes-Kaapland. As h groep swart jeugdiges beplan het om busse en staatsvoertuie onder die klippe te steek, hoekom sou hulle hul begeef na h konsert in h saal op h universiteitskampus? h Mens sou nie staatsvoertuie en busse daar verwag nie. Mnr. Hodes, wat namens die appellant verskyn het, het daarop gewys dat daar verwag is dat tussen 40 en 60 busse van die platteland mense na die beoogde konsert sou aanry. Dit klink egter vergesog om te dink dat h groep jeugdiges soos hierdie, wat klaarblyklik hul verset teen die owerhede wou toon, die busse sou aanval wat as vervoermiddel vir hul mede-feesgangers dien, en ek dink nie die appellant het met sy verwysing na die getal busse, hierop gesinspeel nie. Hy het bloot beklemtoon dat h groot aantal persone verwag word. Weliswaar sê die appellant dat sy inligting was dat die klipgooiery "tydens die viering van Mandela se verjaarsdag" sou plaasvind maar dit hoef nie te beteken dat dit gedurende die konsert sou plaasvind nie. Hierdie frase dui eerder, op die oog af, net die tyd van die beoogde klipgooiery aan, dws. op of rondom 17 Julie 1988. Normaalweg sou

h mens verwag dat h groep jeugdiges wat motorvoertuie onder die klippe wou steek h plek sou uitkies naby h openbare pad eerder as in h saal. En selfs as hulle, of sommige van hulle, die konsert wou bywoon, sou die verbod op die konsert nie hul planne in die wiele ry nie. Hulle kon bloot hul bedrywighede na h ander, en waarskynlik h meer geskikte, plek verplaas. Dit is in hierdie verband belangrik om daarop te let dat daar blykbaar geen inligting was dat die groep jeugdiges die konsert sou bywoon ten einde ander persone aan te hits om met klippe te gooi nie.

Weliswaar stel die appellant sy inligting eers in die lydende vorm, naamlik dat die jeugdiges besluit het "dat ... staatsvoertuie en busse met klippe aangeval moet word." Hierdie bewoording kan miskien ruimte laat vir die vertolking dat die jeugdiges beoog het om ander persone te beïnvloed. Later in sy verklaring stel hy dit egter pertinent "dat swart jeugdiges beplan om ... klippe te gooi".

Ek besef dat die appellant se verklaring inderhaas opgestel is, en dat h mens nie te krities moet wees nie. Aan die

ander kant het hy op geen stadium probeer om dit aan te vul deur  
n verdere verklaring, of desnoods deur mondelinge getuienis nie.  
n Mens is dus aangewese bloot op die verklaring soos dit staan.  
Ek vind dit onmoontlik om op hierdie inligting positief te bevind  
dat die appellant behoorlik oorweging gegee het aan die vraag of  
sy inligting oor die swart jeugdiges enigsins aangedui het dat  
dit nodig, of selfs wenslik, vir die veiligheid van die publiek,  
die handhawing van die openbare orde of die beëindiging van die  
noodtoestand was om die betrokke konsert ingevolge regulasie 10  
te verbied. Die inligting was, om die redes hierbo vermeld, te  
karig en het op die oog af te min verband met die beoogde konsert  
gehad om so n positiewe bevinding te regverdig. Ek meen dus dat  
die appellant hom nie van die bewyslas gekwyd het om aan te toon  
dat sy verbod op die vergadering regmatig was nie. Dit volg dat  
die hof a quo se beslissing myns insiens korrek was.

Na my mening behoort die appèl dus afgewys te word met  
koste, insluitende die koste van twee advokate.

---

E M GROSSKOPF, AR

MILNE. AR Stem saam