Die betekenis van ’n ontneming weens ’n rasdiskriminerende wet of praktyk vir doeleindes van die Wet op Herstel van Grondregte 22 van 1994 – ’n oorsig van ontwikkelings in regspraak

Juanita Pienaar

Juanita Pienaar: Universiteit van Stellenbosch

Opsomming

Persone of gemeenskappe kwalifiseer vir restitusie indien hul ontneem is van ’n reg in grond na 19 Junie 1913 as gevolg van ’n rasdiskriminerende wet of praktyk. Die Wet op Herstel van Grondregte 22 van 1994 verskaf nie werklik duidelikheid oor wat onder “as gevolg van ’n rasdiskriminerende wet of praktyk” verstaan word nie. Gevolglik is dit die taak van die howe om die relevante frase te interpreteer en op bepaalde feite toe te pas. Die frase is ’n belangrike deel van die regsvereistes alvorens ’n grondeis suksesvol kan wees. Aan die een kant beteken dit dat nie sommer enige ontneming vir restitusie kwalifiseer nie. Aan die ander kant is dit algemeen bekend dat die hele Suid-Afrikaanse grondbeheerstelsel voor 1991 in beginsel op ’n rassebasis gefunksioneer het. Wat presies word dus onder hierdie frase verstaan?

Die doel van hierdie bydrae is om aan die hand van regspraak bepaalde benaderings (of toetse) te identifiseer en te bepaal of ’n spesifieke benadering ’n bepaalde resultaat sou bewerkstellig. Die uitgangspunt is dat die Restitusiewet, omdat dit uit hoofde van die Grondwet (artikel 25(7)) uitgevaardig is, ook ’n doelmatige interpretasiebenadering vereis. In hierdie proses is egter oor die jare drie verskillende benaderings (of toetse) in drie toonaangewende hofbeslissings ontwikkel. ’n Uiteensetting van die verskillende benaderings en ’n vergelyking daarvan dui aan dat die resultate inderdaad verskil, afhangende van die benadering wat gevolg word. Nadat die huidige (jongste) benadering van die *Popela*-uitspraak (konstitusionele hof) bespreek is, word die mees onlangse beslissing, *Jacobs*, waarin die optrede van staatsamptenare ter sprake was, in die lig van dié benadering ontleed. Die slotsom is dat hoewel duidelikheid ten aansien van die algemene doelmatige benadering tot interpretasie verkry is, die oorsaaklikheidskwessie moontlik nog steeds problematies kan wees.

Trefwoorde: Doelmatige benadering; kousaliteitskwessie; ontneming; Popela-gewysde; rasdiskriminerende wet of praktyk; rasgebaseerde grondbeheerstelsel; restitusie; Richtersveld-gewysde; Slamdien-gewysde; staatsamptenaar se optrede.

Abstract

The meaning of a dispossession as a result of a racially discriminatory act or practice for purposes of the Restitution of Land Rights Act 22 of 1994 – an overview of developments in case law

From 19 June 1913 South Africa's land control system was racially based, resulting in the acquisition and exercise of land rights being linked to and determined by the specific racial background of the individual or community concerned. In this racially based process, thousands of legislative measures were promulgated over a period of roughly 80 years resulting in millions of people being uprooted and dispossessed of land rights. The interim Constitution provided for a restitution act (section 121), a commission (section 122) and the land claims court (LCC) (section 123). Following the inauguration of the new political dispensation, the Restitution of Land Rights Act 22 of 1994 was one of the first legislative measures to be promulgated.

The final Constitution provided for an all-encompassing land reform programme, embodying restitution (section 25(7)), redistribution (section 25(5)) and tenure reform (section 25(6)). In order to be successful with a land claim, two sets of requirements are relevant: (a) a formal set and (b) the legal requirements. The formal set requires that no just and equitable compensation had already been paid and contains a cut-off date. The legal requirements entail that the applicant(s) must have been dispossessed of a right in land after 19 June 1913 as a result of racially discriminatory laws or practices. Unfortunately the Restitution Act in itself is not really helpful in clarifying "as a result of racially discriminatory laws or practices". Accordingly, the task of interpreting and finally applying the relevant phrase rested upon the courts. Exactly how the courts approached and interpreted the relevant phrase is the main focus of this contribution.

Over the years three distinctive approaches (or tests) were developed to clarify what would constitute a dispossession resulting from racially discriminatory laws and practices. The first test was developed in *Minister of Land Affairs v Slamdien* 1999 4 BCLR 413 (LCC) following a purposive interpretation approach linked to a three-question test. The latter entailed (a) whether the particular law or measure was racially discriminatory; (b) whether the particular conduct was a racially discriminatory practice; and (c) whether the actual dispossession was a result of (a) or (b) above. *In casu* land belonging to so-called coloured land owners was dispossessed under the 1950 Group Areas Act to build a school for coloured children. This test entailed that the relevant law or practice would be a racially discriminatory law or practice if all of the three questions were answered in the affirmative. Though a purposive approach was followed, the end result was rather rigid. This was specifically streamlined in this fashion so as to prevent a floodgate of claims as the court argued that, formerly, the whole of South Africa essentially functioned on a racially discriminatory basis. Therefore some kind of additional restriction was required. The LCC was satisfied that the dispossession of the land here was not the result of racially discriminatory laws or practices. Instead, discrimination was linked to education and aimed at school children and was neither linked with the exercise of land rights nor aimed at creating spatial racial segregation.

The three-question approach was thereafter applied in the LCC in the *Richtersveld Community v Alexkor Ltd* 2001 3 SA 1293 (LCC). Here the court found that (a) the Precious Stones Act, in terms of which dispossession and removal had occurred, was not a racially discriminatory law; (b) that proclaiming the area a security area was not a racially discriminatory practice; and that (c) the dispossession was not a result of (a) or (b) above.

Accordingly, the court found that the dispossession was not a result of racially discriminatory laws or practices. However, the three-question approach was discarded in *Richtersveld Community v Alexkor Ltd* 2003 6 SA 104 (SCA) by the SCA on the basis that it was too rigid and that an approach that would best suit the purpose and aims of the Restitution Act should be followed. In this regard both the SCA and the constitutional court (CC) in the *Richtersveld* case scenario focused on the *impact* of the act or measure as opposed to the aims of the measure. It was found that the impact of the Precious Stones Act was indeed racially discriminatory because registered (Western-style) landowners received compensation and certain other benefits whereas unregistered landowners – customary law owners – did not. Because only the Richtersveld community had no registered land rights, the *impact* of the act was indeed racially discriminatory.

A third approach was thereafter developed in *Popela Community v Department of Land Affairs and Goedgelegen Tropical Fruits (Pty) Ltd* 2005-6-03 saaknr. 52/00 (GH). While the two former cases dealt with government practice or legislative measures, the *Popela* case concerned the private business decision of landowners to terminate labour tenancy rights without payment of compensation. However, before the *Popela* judgement was scrutinised, the above two approaches were first superimposed on the facts of the *Popela* case to determine whether the particular approach would in fact have a different end result. The three-question test of *Slamdien* was applied to the *Popela* facts, resulting in the finding that the decision of the landowners would *not* constitute the necessary dispossession. Under the *Slamdien* approach the *Popela* claim would thus not have been successful. The impact test applied in the *Richtersveld* case would also not have validated the *Popela* claim, because: (a) the *Richtersveld* approach entailed government and not private conduct; and (b) the decision to terminate labour tenancy rights, occurred *before* the official government notice abolishing labour tenancy. The impact of the legislative measure or practice could not be established on the particular facts. The *Slamdien* and the *Richtersveld* approaches did not assist the *Popela* community. In the *Popela a quo* and SCA judgements it was emphasized that *no causal link* existed between the landowners' decision and the overarching grid of racially discriminatory laws and practices. Therefore the dispossession was not "a result of" the racially discriminatory laws and practices.

In the CC Judge Moseneke followed a general purposive approach, but linked with a teleological approach (*Department of Land Affairs, Popela Community and Others v Goedgelegen Tropical Fruits (Pty) Ltd* 2007 6 SA 199 (CC)). Accordingly, though the historical background and the lessons learnt from the past are also considered, the interpretation process is essentially forward-looking. The CC underlined that regarding restitution, causation is different from that usually required in criminal and delictual law. The "but for" (*sine qua non*) test would thus not suffice. Regarding restitution, it would be sufficient if the consequence was "a" consequence and not "solely" the consequence of the overarching framework. Because this causation approach was rather broad, it was tempered by requiring that there should be some "reasonable connection" between the overarching grid of discriminatory laws and the resulting dispossession. The exact connection would depend on the particular facts in each case. Therefore, by following a purposive approach, linked with teleological interpretation and expanding the causation issue, the CC reached the conclusion that the landowners' decision to terminate tenancy rights without any consequences was supported by, aided by and made possible by the overarching grid of racially discriminatory laws or practices. That dispossession was thus a result of racially discriminatory laws or practices, thereby validating the claim.

The latest judgement dealing with the issue is *Jacobs v Departement Grondsake* 2011 6 SA 279 (LCC). At the time the *Jacobs* case was decided, legal certainty had already been achieved at CC level regarding the approach to interpretation; that causation was unique in restitution cases and that it was established if the dispossession was a consequence (if not the only one) of the overarching legislative measures with some reasonable connection between the dispossession and the overarching framework. In the *Jacobs* judgement no new approach or test was formulated. It seems as if the *Popela* approach, especially regarding causation, was merely applied to the facts. However, for the first time, the concepts of *racism* and *racialism* were explained and placed in perspective. Here the overall climate of racialism impacted on and even prescribed the conduct of the relevant master and the magistrate respectively. These two functionaries' conduct regarding the deceased estate of a coloured married couple resulted in the relevant parcel of land's finally being lost and registered in the name of the government. In light of the *Popela* approach the broad concept of causation was underscored, finding that the dispossession had indeed occurred because of racially discriminatory laws or practices. This judgement highlights exactly to what degree the South African community was regulated on a racial basis. The racialism that existed at the time of the dispossession was so overpowering and all-encompassing that it permeated almost all actions and decisions – especially regarding government officials. Though it seems that consensus has been reached regarding the interpretation approach, the causation issue may still be unresolved. The *Jacobs* finding onracialism essentially echoes the finding in *Slamdien*, which led to the limiting function of the three-question approach to prevent a floodgate of claims. As all actions would inevitably be linked with racialism in any event, it raises the question how and to what extent a "reasonable connection" is to be established. Given the climate of racialism, wouldn't all such actions and conduct then automatically qualify for purposes of the Restitution Act?

Key words: Causation issue; conduct of functionary; dispossession; *Popela* case; purposive approach; racially based land control system; racially discriminatory law or practice; restitution; *Richtersveld* case; *Slamdien* case; conduct of functionary.

1. Inleiding

Die historiese rasgebaseerde grondbeheerstelsel wat amptelik op nasionale vlak in Suid-Afrika in 1913 aanvaar en stelselmatig sedert 1991 afgetakel is, is welbekend.[1] Behalwe die afbakening van grond op 'n rassebasis deur die Swart Grond Wet 27 van 1913 enersyds en die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936 andersyds,[2] is sowel toegang tot en die beweging tussen stedelike en landelike gebiede, as die uiteindelike vestiging in stedelike gebiede verder op 'n rassebasis gereguleer.[3] Hier was veral die verskeie stukke Groepsgebiede-wetgewing van groot belang.[4] Ten einde ruimtelike beplanning en rassesegregasie te bewerkstellig en af te dwing,[5] is oor 'n tydperk van ongeveer 80 jaar etlike duisende maatreëls[6] uitgevaardig en miljoene mense in Suid-Afrika deur gedwonge verskuiwings ontwortel en rondgeskuif, met die gepaardgaande verlies van grondregte.

Die Witskrif op Grondhervorming in 1991 het aangedui dat toegang tot grond 'n basiese mensereg vir elke landsburger is.[7] Saam met die publikasie van die witskrif is verskeie statutêre maatreëls ook afgekondig, waaronder die Wet op die Afskaffing van Rasgebaseerde

Grondreëlings 108 van 1991.[8] Die herroeping van hierdie maatreëls alleen was egter nie genoeg om die wanbalans in grondeiendomsreg en die verwronge vestigingspatrone te verander nie.[9] Hoewel die (tussentydse) Grondwet 200 van 1993 wat in April 1994 in werking gestel is, spesifiek vir die herstel van grondregte (grondrestitusie) voorsiening gemaak het,[10] is verdere grondhervorming met die inwerkingstelling van die (finale) Grondwet vir die Republiek van Suid-Afrika, 1996 bewerkstellig. Dit is gedoen deur voorsiening te maak vir drie afsonderlike, dog verwante, subprogramme, naamlik (a) herverdeling;[11] (b) grondbeheerhervorming;[12] en (weer eens) (c) restitusie.[13] Die Wet op die Herstel van Grondregte 22 van 1994 wat reeds voor die finale Grondwet uitgevaardig is, reguleer die restitusieproses in Suid-Afrika.[14]

Behalwe die formele of drempelvereistes[15] vir die instel van ’n suksesvolle grondeis, moet daar ook aan die regsvereistes voldoen word. Laasgenoemde behels dat ’n persoon geregtig op herstel van ’n reg in grond is indien hy of sy ’n persoon (of gemeenskap) is wat na 19 Junie 1913 van ’n reg in grond ontneem is “as gevolg van wette of praktyke van die verlede wat op grond van ras gediskrimineer het”.[16] Wat word egter onder hierdie frase verstaan? Geld dit slegs ten aansien van ontnemings wat veroorsaak is deur primêre wetgewing, of sluit dit ook proklamasies, staatskennisgewings en ander ondergeskikte wetgewing in? Sou ’n amptenaar se optrede of nalate ook hierby ingereken kon word? Sou ’n amptenaar se bedoeling of motivering tydens sy of haar optrede van belang wees? Funksioneer dit net ten aansien van staatsoptrede – direk of indirek – of sou besluite van privaat grondeienaars wat tot ’n ontneming lei, ook moontlik hierby ingesluit kon word? Moes die wet of maatreël rassediskriminasie beoog of bedoel het of sou dit voldoende wees as die uitwerking van die wet inderdaad rasdiskriminerend was? Kan ’n rasneutrale maatreël hoegenaamd as ’n rasdiskriminerende maatreël funksioneer?

Dit is hierdie frase, “as gevolg van wette of praktyke van die verlede wat op grond van ras gediskrimineer het”, wat spesifiek met die rassegeskiedenis van Suid-Afrika verband hou, wat die fokus van die bydrae is. Hoewel die frase as ’n geheel deel van die regsvereistes uitmaak, bestaan dit in wese eintlik uit verskillende elemente. Vir doeleindes van die bespreking kan dit in drie elemente onderverdeel word, naamlik (a) “as gevolg van” – wat op kousaliteit wys; (b) “rasdiskriminerend” – wat konsepte soos “ras” en “diskriminasie” insluit; en (c) “wette of praktyke” – wat ’n instrument of meganisme aandui.

Nie elke element is noodwendig ondersoek in die regspraak wat ontleed word nie. Inteendeel, die eerste poging om ’n benadering of toets te ontwikkel om te bepaal wat onder die frase verstaan word, het die frase as ’n geheel interpreteer. Die *Slamdien*- saak, wat in 1999 beslis is, is die eerste saak waarin sodanige benadering geformuleer is.[17] Sedert hierdie uitspraak is die sogenaamde drie-vrae-toets wat deur die grondeisehof geformuleer is, in ’n magdom daaropvolgende hofsake nagevolg.[18] Bykomend tot die drie-vrae-toets moet die besitsontneming enersyds deel uitgemaak het van die oorhoofse proses om ruimtelike rassesegregasie[19] daar te stel, en andersyds moet die ontneming met die uitoefening van grondregte verband hou.

Sedert die *Slamdien*-saak het twee ander restitusie-sake, wat beide wye mediadekking geniet het, ook op die tersaaklike frase, "as gevolg van wette of praktyke van die verlede wat op grond van ras gediskrimineer het", gefokus. In beide gevalle was die eise van die Richtersveld-gemeenskap[20] in die Noord-Kaap en die Popela-gemeenskap[21] in die Limpopo-provinsie aanvanklik onsuksesvol, onder meer omdat die hof bevind het dat die ontneming nie as gevolg van 'n rasdiskriminerende wet of praktyk plaasgevind het nie. Beide hierdie eise is egter na die hoogste hof van appèl en daarna na die konstitusionele hof verwys. In hierdie proses het daar interessante en nuwe ontwikkelings plaasgevind wat die manier waarop howe die frase benader en ontleed, drasties beïnvloed het. Die jongste ontwikkelings op die gebied is vervat in 'n Desember 2011-uitspraak, naamlik *Jacobs v Departement van Grondsake*.[22]

Die oogmerk met hierdie bydrae is hoofsaaklik drieledig, naamlik (a) om 'n kort oorsig te gee van tersaaklike statutêre maatreëls in die lig van die frase "rasdiskriminerende wet of praktyk"; (b) om die verskillende toetse wat deur howe ontwikkel is ten einde die frase te benader en te interpreteer, uiteen te sit en met mekaar te vergelyk; en (c) om die implikasies van die verskillende benaderings te bespreek en die gevolge wat dit vir restitusie in die algemeen inhou, kortliks uit te lig.

2. Kontekstualisasie: die Grondwet

Reeds in die tussentydse Grondwet is daar in artikels 121–123 vir restitusie voorsiening gemaak.[23] Die volgende persone of gemeenskappe sou kwalifiseer: diegene wat na 19 Junie 1913 van 'n reg in grond ontneem is indien sodanige ontneming bedoel het om 'n oogmerk te bevorder (of effektief 'n oogmerk bevorder het) wat in stryd sou wees met 'n verbod op rassediskriminasie ooreenkomstig artikel 8(2),[24] sou die artikel ten tye van die besitsontneming op die wetboek wees. Dit het beteken dat persone vir restitusie kwalifiseer indien hul ontneem is deur (a) wetgewing wat duidelik rasdiskriminerend was of (b) wetgewing wat nie noodwendig rasdiskriminerend was nie, maar wat wel die oogmerke van rassediskriminasie bevorder het.

Artikel 25(7) van die finale Grondwet is in wese 'n herformulering van die vorige artikel 121 en bepaal die volgende:

> 'n Persoon of gemeenskap wat na 19 Junie 1913 die besit van eiendom ontneem is as gevolg van wette of praktyke van die verlede wat op grond van ras gediskrimineer het, is geregtig, in die mate wat deur 'n Parlementswet bepaal word, op óf teruggawe van daardie eiendom, óf billike vergoeding.

Die feit dat die Wet op Herstel van Grondregte 22 van 1994 (hierna die Restitusiewet) uit hoofde van die Grondwet gepromulgeer is, hou gevolglik bepaalde implikasies in vir die interpretasiebenadering wat deur howe gevolg word wanneer inhoud aan die relevante bepalings gegee word.[25]

3. Wetgewing

Bovermelde artikel 121 van die tussentydse Grondwet is in artikel 2(1)(a) van die Restitusiewet geïnkorporeer toe dit in Desember 1994 in werking gestel is. Artikel 2(1)(a) en (d) maak nou spesifiek daarvoor voorsiening dat persone of gemeenskappe wat ontneem is weens rasdiskriminerende wette of praktyke, grondeise kan indien. Volgens die woordomskrywingsartikel, artikel 1 van die Restitusiewet, behels "wette wat op grond van ras gediskrimineer het" ook wette op enige regeringsvlak uitgevaardig en ondergeskikte wetgewing[26] en "praktyke wat op grond van ras gediskrimineer het"; praktyke, handelinge of versuime wat regstreeks of onregstreeks op grond van ras gediskrimineer het deur –

a. enige staatsdepartement of administrasie in die nasionale, provinsiale of plaaslike regeringsfeer;
b. enige ander funksionaris of instelling wat 'n openbare bevoegdheid uitgeoefen het of 'n openbare werksaamheid verrig het ingevolge enige wetgewing.[27]

Hoewel hierdie omskrywings in die Restitusiewet aanduidings bevat van die meganisme of instrument waardeur, en die vlakke waarop, rassediskriminasie moontlik kon plaasvind, bevat dit nie werklik 'n omskrywing van "rassediskriminasie" as sodanig nie. Artikel 7(d) van die Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 van 2000 bepaal egter dat rassediskriminasie ook "[t]he provision or continued provision of inferior services to any racial group, compared to those of another racial group" kan insluit.[28]

Uit die kort historiese oorsig hier bo is dit duidelik dat die hele Suid-Afrikaanse gemeenskap in die algemeen, maar veral ten aansien van grondregte, sedert 1913 op 'n rassebasis gefunksioneer het. Die woordomskrywings in die Restitusiewet alleen sou dus nie werklik voldoende wees om grondeise kragtens artikel 2 in hierdie konteks te kwalifiseer nie. Inteendeel, die spesifieke benadering tot, en interpretasie van, die frase en die elemente daarvan, sou die taak van die howe wees. Presies hoe die howe die spesifieke frase as deel van die regsvereistes in artikel 2 benader en ontleed het, volg hierna.

4. Regspraak-analise

4.1 Minister of Land Affairs v Slamdien

4.1.1 Feite

Hoewel daar heelwat regspraak is waarin die geldigheidsvereistes van artikel 2 van die Restitusiewet na inwerkingstelling ontleed is,[29] is daar vir die eerste keer spesifiek op die frase "as gevolg van rasdiskriminerende wet of praktyk" in die lig van die restitusievereistes in die *Slamdien*-saak gefokus. Die feite was kortliks die volgende: Die eerste respondent, 'n

persoon van kleurlingafkoms, het in 1955 grond in Kaapstad gekoop, waarna die area met ingang 1960 tot ’n kleurlinggroepsgebied uit hoofde van die Wet op Groepsgebiede 41 van 1950 verklaar is.[30] Toe grond vir die oprigting van ’n kleurlingskool gesoek is, is die eiendom van die respondente as die geskikte perseel geïdentifiseer en in 1970 deur die staat aangekoop. Toe die restitusieprogram van stapel gestuur is, het die respondente ’n grondeis ingedien op die basis (a) dat hul ontneem is as gevolg van ’n rasdiskriminerende wet of praktyk; (b) dat die oorsprong van die relevante wetgewing rasgebaseerd was; en (c) dat die destydse Groepsgebiedewet 41 van 1950 beoog het om ’n doel te bevorder wat in stryd met die gelykheidsbeginsel is.

Die Departement van Grondsake het die eis op twee gronde teengestaan: (a) dit sou ’n stortvloed van eise ontketen, omdat die grootskaalse rassebenadering sou inhou dat byna elke handeling van die vorige regering op ’n grondeis sou neerkom; en (b) daar nie ’n duidelike kousale band tussen (i) die ontneming en (ii) die rasdiskriminerende wet of praktyk was nie. In die afwesigheid van riglyne oor kousaliteit in die Restitusiewet self het die grondeisehof vervolgens voortgegaan om ’n benadering (en toetse) te ontwikkel.

4.1.2 Metode

Met verwysing na ander beslissings bevind regter Dodson van die grondeisehof dat ’n doelmatige benadering gevolg moet word.[31] Dit beteken dat, in die algemeen, die betekenis van ’n bepaling vasgestel moet word deur te ontleed wat die bepaling wil bereik of die oogmerke van die bepaling te probeer vasstel. In hierdie proses of ontleding moet ag geslaan word op, of kennis geneem word van:

- die konteks van die bepaling en die historiese begronding daarvan;
- die wet as ’n geheel, die onderwerp waarmee dit handel, die breë oogmerke daarvan en die onderliggende waardes;
- die onmiddellike konteks, naamlik die spesifieke deel van die wet en die ander bepalings wat daarby aansluit;
- die presiese bewoording van die bepaling; en
- waar ’n grondwetlike reg ter sprake is, moet ’n ruim benadering[32] eerder as ’n regstegniese (of wettiese) perspektief[33] gevolg word ten einde die volle beskerming wat die maatreël (wet) kan inhou, daar te stel.

Met betrekking tot laasgenoemde bepaal regter Dodson dat ’n doelmatige benadering nie noodwendig ’n liberale of allesomvattende interpretasie beteken nie – in sekere gevalle sou ’n doelmatige benadering juis ’n enger betekenis verg.[34] In die lig van die historiese agtergrond bevind regter Dodson dat:[35]

> The history of the Restitution Act […] strongly points to its underlying purpose being to address dispossessions of land rights which were the result of a particular class of racially discriminatory laws and practices, namely those that sought specifically to achieve the [then] ideal of spatial apartheid, with each racial and ethnic group being confined to its particular racial zone. These would then mean those laws and practices which discriminated against persons on the basis of race in the exercise of rights in land in order to bring about that racial zoning. It does not, in my view, include any

> racially discriminatory law or practice whatsoever, regardless of the particular area of human activity where the discrimination had its impact. It was that particular class of laws which gave rise to the phenomenon of forced removals with their associated awful consequences. It is that phenomenon which the land restitution regime seeks to address.

4.1.3 Die drie-vrae-benadering

In die lig van bostaande is die hof se taak vervolgens om vas te stel of die spesifieke ontneming 'n ontneming was wat beoog het om ruimtelike rassesegregasie te bewerkstellig. Die hof doen dit deur die volgende drie vrae te stel:

a. Was die wet 'n rasdiskriminerende maatreël?
b. Was die oprigting van die skool 'n rasdiskriminerende praktyk?
c. Was die ontneming 'n gevolg van (a) of (b)?

Elk van die vrae sal vervolgens kortliks ontleed word.

4.1.3.1 Was die wet 'n rasdiskriminerende maatreël?

Die relevante maatreël hier ter sprake was die Wet op Groepsgebiede 41 van 1950. Die wet is vir seker 'n soort maatreël waarna artikel 2 van die Restitusiewet verwys: dit was sentraal in die bevordering van ruimtelike rassesegregasie en rassesonering en funksioneer op 'n rasdiskriminerende grondslag.[36]

4.1.3.2 Was die oprigting van die skool 'n rasdiskriminerende praktyk?

In beginsel is die oprigting van 'n skool vir slegs kleurlingkinders 'n rasdiskriminerende praktyk. Die grondeisehof bevind egter dat die diskriminasie nie verbind kan word met die uitoefening van grondregte as sodanig nie. Die diskriminasie is eerder gerig teen die kinders wat gedwing word om afsonderlik van ander kinders (dikwels minderwaardige) onderrig te ontvang. Op 'n diskriminerende wyse sou persone wat die skool wou bywoon, maar wat nie kleurlinge was nie, verder verhoed word om dit te doen. Die diskriminasie wat hier ervaar word, is dus binne die onderwyssektor.[37] In die lig daarvan dat nie alle vorme van rassediskriminasie dus kwalifiseer nie, interpreteer regter Dodson artikel 2(1) beperkend om die soort diskriminasie wat hier plaasgevind het, uit te sluit.[38]

Die hof bevind verder dat indien eise soos hierdie ook deur die Restitusiewet hanteer moet word, die net te wyd gesprei sou wees. Dit sou byvoorbeeld beteken dat "claims by members of the formerly advantaged white group who had to make way for the establishment of institutions for that group"[39] ook hierby ingesluit sou wees. In wese sou dit 'n "second bite of the cherry"[40] bewerkstellig wat sekerlik nie die oogmerk van die restitusieprogram is nie. Gevolglik bevind die hof dat die oprigting van 'n ras-eksklusiewe skool op dié perseel nie 'n rasdiskriminerende praktyk vir doeleindes van die Restitusiewet daarstel nie.[41]

4.1.3.3 Was die ontneming 'n gevolg van die Groepsgebiedewet?

Die hof verklaar dat die gewone betekenis van “as gevolg van” ook insluit “vervolgens”,[42] “veroorsaak deur”[43] en “wat voortvloei in”.[44] Dit vereis ’n kousale verband tussen die ontneming en die rasdiskriminerende wet of praktyk. Met verwysing na die strafreg en die deliktereg is ’n tweefase-benadering moontlik: eers word (a) feitelike kousaliteit en daarna (b) regskousaliteit ondersoek. Met betrekking tot die eerste fase moet die *condictio sine qua non*-vereiste nagekom word.Met ander woorde*:* ’n voorwaarde of gebeurtenis is noodsaaklik vir die resultaat om in te tree. Eers as dit vasgestel is, begin die tweede fase, naamlik ’n ondersoek na ’n *causa* vir die bepaalde resultaat. As die statutêre bepaling egter duidelik is, is dit nie nodig om ’n tweefase-benadering te volg nie. In die lig van die doelmatige benadering en die verduideliking wat met die tweede vraag hier bo verband hou, bereik die hof die slotsom dat die ontneming nie noodwendig ’n gevolg van die inwerkingtreding van die Groepsgebiedewet was nie. Inteendeel, die oprigting van die skool kon noodsaaklik geword het toe die getalle van skoolgaande kinders in die woonbuurt toegeneem het. Die Groepsgebiedewet was dus nie die bepalende oorsaak[46] vir die oprigting van die skool in die bepaalde woonbuurt nie. Die derde vraag word dus negatief beantwoord.[47]

Dus, ten einde ’n rasdiskriminerende wet of praktyk vir doeleindes van die Restitusiewet daar te stel, moet al drie vrae hier bo positief beantwoord word; verder moet die ontneming aan rassesegregasie op ruimtelike vlak verbind word en moet die ontneming met die uitoefening van grondregte verband hou. Aangesien daar nie aan al hierdie vereistes voldoen word nie, bevind die hof dat die ontneming in die *Slamdien*-saak dus nie as gevolg van ’n rasdiskriminerende wet of praktyk was nie.

4.2 Die Richtersveld-scenario

4.2.1 Die grondeisehof-beslissing

Die Richtersveldgebied is in die Noord-Kaap, aangrensend aan Namibië, geleë. Na anneksasie deur die Britse owerhede in 1847 het die Richtersveld-gemeenskap ongestoord voortgegaan om daar te woon en die grond te gebruik. In die 1920’s is die hele gebied tot ’n sekuriteitsgebied verklaar nadat diamante daar ontdek is. Dit het daartoe gelei dat alle inwoners en okkupeerders gedwing was om die gebied te verlaat.

Die Richtersveld-gemeenskap se grondeis was een van die eerste groot eise wat ingedien is nadat die restitusieprogram volstoom in 1994 begin is. Die grondeisehof bevind dat die ontneming van grond ooreenkomstig die Wet op Edelgesteentes 44 van 1927 nie ’n gevolg van ’n rasdiskriminerende wet of praktyk was nie.[48] Dit was die geval omdat ruimtelike rassesegregasie nie die oogmerk van die Wet op Edelgesteentes was nie.[49] Die afsperring van die sekuriteitsgebied het ook beteken alle persone, ongeag ras en afkoms, die gebied moes ontruim. Daar was verder ook geen bewyse dat die versuim om okkupasieregte te beskerm aan rassediskriminasie toegeskryf kon word nie.[50] Alles in ag genome kon die optrede dus nie met die regering se rassebeleide of met ruimtelike rassesegregasie verbind word nie.[51]

Hierdie slotsom strook met die benadering wat in die *Slamdien*-saak gevolg is. Die eerste vraag, naamlik of die Wet op Edelgesteentes ’n rasdiskriminerende maatreël is, word

ontkennend beantwoord: dié wet reguleer edelgesteentes en die ontginning daarvan en het niks met rassesegregasie te doen nie. Die tweede vraag, naamlik of die afbakening van die spergebied 'n rasdiskriminerende praktyk daarstel, word ook negatief beantwoord: die verklaring van die spergebied was om sekuriteitsoorwegings en nie rasse-oorwegings nie. Of die ontneming verbind kon word met die eerste en tweede vrae soos hier uiteengesit, is 'n moontlikheid wat die hof oorweeg het, hoewel 'n positiewe antwoord by *slegs* die derde vraag nie kon bevind dat die bepaling, handeling of praktyk rasdiskriminerend was nie. Die ontneming was verder ook nie gekoppel aan die daarstel van ruimtelike rassesegregasie nie en kon nie *per se* met die uitoefening van grondregte verbind word nie. Daar is vervolgens nie aan die vereistes van artikel 2 van die Restitusiewet voldoen nie en die eis kon dus nie slaag nie.[52]

4.2.2 Die hoogste hof van appèl se beslissing

Die Richtersveld-gemeenskap het na die hoogste hof van appèl geappelleer.[53] Dit is interessant dat dié hof, anders as die grondeisehof, nie soseer op die anneksasie fokus nie, maar eerder klem lê op die maatreëls waarvolgens verskillende rassegroepe (effektiewelik) verskillend benader is.[54] Byvoorbeeld: ooreenkomstig verskeie proklamasies wat uit hoofde van die Wet op Edelgesteentes uitgevaardig is, is die gebiede waar spoeldelwerye en ontginnings kon plaasvind, verskeie kere vergroot (in 1929,[55] in 1931[56] en 1963[57]) totdat dit later die hele oorspronklike spergebied ingesluit het. In die proses is grondeienaars met geregistreerde regte ingevolge die Wet op Edelgesteentes bevoordeel deurdat hulle kleims kosteloos kon afsteek,[58] dat lisensiegelde kwytgeskeld is[59] en dat eienaars se wonings en waterregte beskerm sou word.[60]

In die lig hiervan het die Richtersveld-gemeenskap aangevoer dat daar teen hulle gediskrimineer is omdat die staat opgetree het asof die gemeenskap geen regte gehad het nie. Hulle is anders hanteer as byvoorbeeld geregistreerde grondeienaars. In hierdie verband verwys die hof na die wyse waarop die *Slamdien*-toets in dieeerste Richtersveld-beslissing gebruik is en kom tot die slotsom dat daardie toepassing te beperkend[61] is. Regter Vivier bevind:[62]

> The real ratio of the judgment in Slamdien was therefore not the absence of "spatial apartheid" measures but that the Act limited restitution remedies to persons who had been discriminated against in the exercise of their land rights.

Tog is daar nóg in die Grondwette (tussentyds en finaal) nóg in die Restitusiewet enige aanduidings dat restitusie-eise beperk is net tot gevalle waar ontnemings plaasgevind het om ruimtelike rassesegregasie te bevorder. In hierdie verband verwys die hoogste hof van appèl na artikels 8(2), 8(3)(b) en 121 van die tussentydse Grondwet, naamlik dat restitusie gerig is op ontnemings wat plaasgevind het om die oogmerk van 'n wet te bevorder wat in stryd sou wees met die gelykheidsbeginsel as dit op die oomblik van ontneming gegeld het. Artikel 25(7) van die Grondwet het die omvang van restitusie verder verbreed deur ook nog voorsiening te maak vir ontnemings wat plaasgevind het weens rasdiskriminerende praktyke. Om op 'n motief, bedoeling of 'n rassistiese beweegrede vir die ontneming te fokus, het die

grondeisehof die *impak* of die *effek* van die wette en praktyke en die indirekte rassediskriminasie wat daarmee gepaard gegaan het, oor die hoof gesien. Wat die hoogste hof van appèl dus hier doen, is om eerder op die wye strekking van artikel 25(7) en die *impak* van die spesifieke (oënskynlik rasneutrale) maatreëls te fokus.

Die hof ontleed voorts rasdiskriminerende praktyke waar indirekte diskriminasie voldoende is.[63] Hier is bewyse dat die staat bedoel het of beoog het om op grond van ras te diskrimineer, nie nodig nie. Die staat se benadering was rasdiskriminerend sonder dat noodwendig bedoel is om rasdiskriminerend op te tree:[64]

> The effect of the State policy was that the Richtersveld people were treated as if they had no rights in the subject land. Their dispossession resulted from a racially discriminatory practice in that it was based upon and proceeded from the premise that due to their lack of civilization, to which their race was inextricably linked, the Richtersveld people had no rights in the subject land.

Die hof bevind eindelik in die guns van die Richtersveld-gemeenskap deur op die impak of effek van die wetgewende maatreëls te fokus en nie soseer op die oogmerk van rassesegregasie nie.

4.2.3 Die konstitusionele hof se uitspraak

Nadat die Richtersveld-gemeenskap suksesvol was in die hoogste hof van appèl, appelleer Alexkor na die konstitusionele hof. Hoewel hierdie hof dieselfde resultaat as die appèlhof ten aansien van "rasdiskriminerende wet of praktyk" bereik, is 'n effens ander benadering in die konstitusionele hof gevolg.[65]

As vertrekpunt fokus die hof op inheemse of swart gewoontereg as regsbron in die algemeen en die inheemse-eiendomskonsep in die besonder.[66] Hierdie gedeelte van die uitspraak skep die raamwerk waarbinne die hof later bevind dat die ignorering van die inheemse-eiendomsregte van die Richtersveld-gemeenskap op 'n rasdiskriminerende praktyk neergekom het.[67] Die effek van die Wet op Edelgesteentes was dat ongeregistreerde regte, naamlik inheemse-eiendomsregte – insluitende mineraalregte – nie as grondregte erken is nie. Aan die ander kant is geregistreerde grondregte inderdaad erken en dus anders hanteer. Aangesien slegs inheemse gemeenskappe inheemse, en gevolglik *ongeregistreerde*, regte gehad het, was die *impak* of die *effek* van die (rasneutrale) Wet op Edelgesteentes dus inderdaad rasdiskriminerend.[68]

Die konstitusionele hof bevind verder dat die *Slamdien*-toets te beperkend was en volg eerder die hoogste hof van appèl se benadering.[69] Die hof verklaar pertinent dat vir 'n maatreël om binne die strekwydte van die Restitusiewet te val, dit nie noodwendig ruimtelike rassesegregasie hoef te bevorder nie. Wat wérklik van belang was, was die onvermydelike effek of impakvan die spesifieke maatreël.[70]

Die vrees wat in die aanvanklike *Slamdien*-uitspraak geopper is dat daar een of ander beperking op die benadering of uitleg geplaas moet word om ’n stortvloed van eise te voorkom, is nie in die *Richtersveld*-gemeenskap-uitsprake herhaal nie.

4.3 Die Popela-gemeenskap se grondeis

4.3.1 Uitspraak in die grondeisehof[71]

Voorvaders van die Popela-gemeenskap het grond in die Limpopo-provinsie, aangrensend aan Zimbabwe, ooreenkomstig inheemse reg en gebruike geokkupeer lank voordat die eerste wit setlaars in die 1880’s in die gebied kom vestig het. In die jare lange proses van onderverdeling en oordrag van grond deur titelaktes aan wit persone het die inheemsregtelike eiendomsregte van die Popela-gemeenskap stelselmatig in die slag gebly.

Die Popela-gemeenskap se okkupasie van grond in die gebied is uiteindelik op die basis van huurarbeiderskap moontlik gemaak. Dit het beteken dat hul verblyf op, en gebruik van, grond geduld sou word solank as wat hulle dienste aan die onderskeie grondeienaars verskaf het.

In 1964 is die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936 gewysig, met die gevolg dat huurarbeiderskap in bepaalde gebiede in Suid-Afrika afgeskaf sou word. Die relevante gebiede wat hierdeur geraak sou word en die datum waarop afskaffing sou plaasvind, sou deur die minister deur kennisgewing in die *Staatskoerant* afgekondig word. In 1970 is sodanige kennisgewing in die *Staatskoerant* met betrekking tot die relevante gebied waarin die plaas (in daardie stadium die restant van Boomplaats, tans die eiendom van Goedgelegen Tropical Fruits) geleë was, afgekondig. Op die spesifieke plaas is huurarbeiderskap egter reeds die vorige jaar, in 1969, deur die grondeienaars self, die Altenroxel-broers, afgeskaf – dus een jaar voordat die amptelike kennisgewing in die *Staatskoerant* gepubliseer is. Meneer Altenroxel het getuig dat hulle die gebruik afgeskaf het omdat dit ondoeltreffend was en nie vir ’n moderne boerdery geskik was nie.[72]

Die Popela-gemeenskap het ’n grondeis ingedien op die basis dat hulle in 1969 ontneem is van hul huurarbeiderregte sonder dat billike en regverdige vergoeding betaal is. Aangesien daar aan al die vereistes in artikel 2 van die Restitusiewet voldoen moes word voordat ’n grondeis suksesvol kon wees, moes die hof hier bepaal of die private besigheidsbesluit van ’n grondeienaar om huurarbeiderskap op sy plaas af te skaf op ’n ontneming neerkom “as gevolg van ’n rasdiskriminerende wet of praktyk”.

In die grondeisehof bevind regter Gildenhuys dat die wysiging van die Ontwikkelingstrust en Grond Wet en die goewermentskennisgewings wat dienooreenkomstig uitgevaardig is, inderdaad rasdiskriminerend was.[73] In die stadium toe die kennisgewing met verwysing na die Moketsi-streek, waar die plaas Boomplaats geleë is, gepubliseer is, het die Popela-gemeenskap egter reeds hul grondregte (huurarbeiderregte) verloor. Die Popela-gemeenskap het aangevoer dat die Altenroxel-broers bewus was daarvan dat huurarbeiderskap afgeskaf sou word en dat hul gewoon die amptelike afskaffing vooruitgeloop het. Die grondeisehof bevind dat vir dié argument om te slaag, daar bewyse moes wees dat die Altenroxel-broers as

instrumente of as agente vir ’n staatsinstelling of funksionaris opgetree het om sodoende indirek ’n staatspraktyk te bevorder.[74] Daar was egter geen bewyse dat regeringsinstansies of -agentskappe boere aangemoedig het om die bepalings van die afskaffingskennisgewings vooruit te loop of te oortref nie.

Die grondeisehof bevind vervolgens dat die ontneming van huurarbeiderregte (wesenlik weidings- en landbouregte) in 1969 nié as gevolg van ’n rasdiskriminerende wet of praktyk was nie, maar die gevolg was van ’n onafhanklike handeling van grondeienaars gegrond op suiwer ekonomiese oorwegings.[75]

4.3.2 Die hoogste hof van appèl se uitspraak[76]

Die mislukking van die grondeis in die grondeisehof het die Popela-gemeenskap genoop om die hoogste hof van appèl te nader. Die vraag was dus weer eens of die ontneming van grondregte die gevolg van ’n rasdiskriminerende wet of praktyk was.[77]

Die hof beklemtoon dat die blote inwerkingstelling van die wysiging van die Ontwikkelingstrust en Grond Wet geen persone bestaande huurarbeiderregte ontneem het nie. Die wysiging het gewoon die minister gemagtig om in ’n later stadium sulke regte deur kennisgewing in die *Staatskoerant* te beëindig. Op 31 Julie 1970 het die *Staatskoerant* inderdaad deur kennisgewing afgekondig dat beëindiging van sulke regte in die gebied waarin die Boomplaats-plaas geleë is, intree. Die kennisgewing het bepaal dat geen nuwe huurarbeiderkontrakte vanaf 1 Augustus 1970 gesluit mag word nie.

Soos hier bo verduidelik, het die grondeisehof bevind dat die wysiging van die wet en die daaropvolgende kennisgewings rasdiskriminerend was. Dit alleen het egter nie ’n grondeis regverdig nie. Van belang in hierdie besondere geval was die feit dat die grondeienaar reeds ’n jaar voordat die kennisgewing afgekondig is, die huurarbeiderregte op sy plaas afgeskaf het. Die hoogste hof van appèl gee die hof *a quo* gelyk dat hul bevinding korrek was dat die ontneming van grondregte nie as gevolg van die 1964-wysiging of daaropvolgende kennisgewings was nie.[78]

Die hof ondersoek daarna die moontlikheid of die ontneming as gevolg van ’n rasdiskriminerende praktyk (en nie ’n statutêre maatreël nie) kon gewees het. Vir doeleindes van die Restitusiewet is ’n rasdiskriminerende praktyk nie beperk tot ’n direkte diskriminerende praktyk nie, maar sluit dit ook indirektediskriminerende praktyke van staatsdepartemente of enige sfeer van die staat of enige funksionaris of instelling wat met openbare gesag beklee is, in.[79] Omdat geen staatsliggame of -instellings direk by die ontneming betrokke was nie, sou bewys moet word dat sodanige liggame of instellings indirek, via die ontnemers self, naamlik die grondeienaars, gehandel het. Daar is weer na die argument gekyk dat die grondeienaars bewus was van die uitfasering van huurarbeiderregte en dat hulle besluit het om daaraan te voldoen voordat die kennisgewing van toepassing op hul spesifieke gebied gepubliseer is. Die hof bevind dat daar geen bewyse was dat die grondeienaars in hierdie proses as agente van die staat opgetree het nie. Inteendeel, die grondeienaars het getuig dat hulle die gebruik van huurarbeiderskap om veral drie redes

afgeskaf het: (a) dit was oneffektief en nie vir moderne boerderybedrywighede geskik nie; (b) buurplase waarop huurarbeiderskap afgeskaf is, het alreeds by die verandering baat gevind; en (c) huurarbeiderskap het vir die huurarbeiders self ook nadele ingehou.

Hierteen is daar aangevoer dat alles wat die grondeienaars gedoen het, noodwendig deur die bestaande apartheidstelsel "besoedel" is en dat dit onvermydelik 'n uitwerking op hul besluitneming gehad het, ook op die afskaffing van huurarbeiderskap. Dié argument sou beteken dat die besluitneming tog binne die strekwydte van die Restitusiewet val.

Appèlregter Conradie bevind egter soos volg:[80]

> Even if the Altenroxels knew of the projected phasing out of the labour tenancy agreements, I am gravely doubtful whether that knowledge, by itself and without any counselling or prompting by a government agency to move in that direction, would be sufficient to establish the necessary causal connection between the racially motivated law or practice and the dispossession. The Act does not require that every dispossession of land taken in the context or even in furtherance of the apartheid doctrine to be made good. It envisages reparation in respect of a racially discriminatory law or practice of government or one of its agencies (a functionary or institution exercising a public function) that directly or indirectly resulted in a dispossession. If such an agency had prompted the decision by the Altenroxels to terminate their labour tenants' contracts, one might have been able to say that the termination was the indirect result of a discriminatory practice, but the evidence accepted by the Court a quo is all the other way.

Die hof bevind dat die frase "as gevolg van" duidelik 'n kousale verband vereis. Aangesien daar geen kousale verband tussen die maatreëls en die ontneming as sodanig was nie, verwerp die hof die aansoek en bevestig dat daar nie aan al die vereistes van artikel 2 van die Restitusiewet voldoen word nie. Gevolglik kan die grondeis nie slaag nie.

4.3.3 Die konstitusionele hof se beslissing

Die resultaat in die hoogste hof van appèl het daartoe gelei dat die Popela-gemeenskap die konstitusionele hof nader. Op 6 Junie 2007 lewer adjunkhoofregter Moseneke uitspraak waarin beide die grondeisehof- en die appèlhofuitsprake omvergewerp word in die konstitusionele hof.[81]

Soos in die vorige hofsake is die kwessie voor die konstitusionele hof of die optrede van die grondeienaars waarin huurarbeiderregte afgeskaf is, restitusie ooreenkomstig die Restitusiewet regverdig. Regter Moseneke doen besondere moeite met die historiese agtergrond en sit die omstandighede waarin ontneming plaasgevind het, deeglik uiteen.[82] Uit die staanspoor bevind hy dat "the narrative has all the hallmarks of forcible dispossession of indigenous ownership of land, which in time, has degenerated into dispossession of mere labour tenancy".[83] Die Popela-gemeenskap het die gebied geokkupeer, bewoon, bewerk en bewei lank voordat daar enige wit inkomelinge was. Sedert die eerste wit setlaars in die laat 19de eeu in die gebied aangekom het, is die gemeenskap stelselmatig in gewone arbeiders omskep. Beide die grondeisehof en die hoogste hof van appèl het bevind dat hierdie

omskepping tot die ontneming van inheemsregtelike eiendomsreg gelei het.[84] Die voorsate van die huidige applikante het egter steeds op die grond aangebly, nie meer as inheemsregtelike eienaars nie, maar wel as huurarbeiders. In 1969 het hulle egter ook hul huurarbeiderregte verloor sonder dat vergoeding betaal is.

Soos reeds hier bo uiteengesit, het die Altenroxel-broers getuig dat hulle geen ander uitweg gehad het as om die huurarbeiderregte te beëindig nie. In die boerdery-omgewing waarin hulle hul bevind het, was ’n gereelde, aanpasbare en goed-gekontroleerde werksmag noodsaaklik.[85] Dít kon bereik word slegs deur huurarbeiderskap te beëindig en in die plek daarvan gesalarieerde werkers aan te stel. Hulle beklemtoon dat die afskaffingsbesluit slegs op grond van besigheidsoorwegings geneem is en nie ter wille van of ten behoewe van enige staatsbeampte of in navolging van enige maatreël of regulasie nie. Tydens kruisondervraging was dit egter baie duidelik dat die Altenroxel-broers deeglik bewus was van die staat se “tuisland-beleid” en die regering se voorneme om huurarbeiderskap te beëindig.[86]

Die vereiste dat die ontneming die gevolg van ’n rasdiskriminerende wet of praktyk moes wees, word deur die hof ondersoek deur eerstens net die gedeelte “as gevolg van”, met ander woorde die kousaliteitsvraag of oorsaaklikheidselement, te ontleed.[87] Beide die grondeisehof en die hoogste hof van appèl het bevind dat die frase “as gevolg van” kousaliteit vereis en dat daar geen sodanige kousale verband gevind kon word nie. In die vorige twee uitsprake is die “as-dit-nie-was-vir”-toets aangewend. In die lig van hierdie feite behels dié toets die volgende: Sou die Altenroxel-broers die huurarbeiderskap beëindig het as dit nie was vir die rasdiskriminerende maatreëls en praktyke nie? Beide die grondeisehof en die hoogste hof van appèl het bevind dat, *ongeag* die rasdiskriminerende wette of praktyke, die Altenroxels steeds sou voortgegaan het om die huurarbeiderregte te beëindig. Dus het nie die rasdiskriminerende wette of praktyke nie, maar ander oorwegings, besigheidsoorwegings, tot die ontneming aanleiding gegee. Daar was dus geen kousale band tussen die rasdiskriminerende wette en praktyke aan die een kant en die ontneming aan die ander kant nie.

In hierdie konteks benadruk regter Moseneke weer eens ’n doelmatige benadering tot interpretasie[88] en verkies hy ’n ruim eerder as ’n streng tekstuele of regstegniese benadering. Hoewel die teks gewoonlik die beginpunt van interpretasie is, is dit noodsaaklik dat die *konteks* van die *spesifieke bepaling* in ag geneem moet word. Dit is steeds nodig, al is die teks duidelik en ondubbelsinnig. Ten einde die konteks van die relevante frase “as gevolg van” te bepaal, moet die doel van die Restitusiewet self eers ontleed word.[89] Die Restitusiewet het duidelik ’n remediërende doel. Om hierdie doel te bereik, moet die geskiedenis en konteks waarbinne grondregte gefunksioneer het en die bepaalde konteks waarbinne grondregte beëindig is, in ag geneem word.[90] Die hof kyk vervolgens na die regs- en sosiale kontekste waarbinne ontneming in die bepaalde omstandighede plaasgevind het. As vertrekpunt oorweeg die hof die breë spektrum van rasdiskriminerende maatreëls en praktyke en hul impak op grondregte vir die tydperk 1913 tot 1970, in die besonder ten aansien van swart Suid-Afrikaners.[91] Die historiese agtergrond tot huurarbeiderskap in Suid-Afrika word daarna uiteengesit.[92] Die hof kom tot die slotsom dat al hierdie ontwikkelings en die maatreëls wat op huurarbeiderskap van toepassing is, nie in afsondering beskou kan word nie:[93]

> They must be considered in the context of other laws which ensured that blacks could not acquire rights to land, could not insist on the recognition of their existing rights in land; could not seek to protect those existing rights in land against further erosion; and were precluded from asserting rights to occupy or move onto land in so-called non-scheduled areas other than as squatters or labour tenants whose rights continued to be diminished.

Dit is in hierdie bepaalde konteks dat die frase "as gevolg van" verstaan moet word. In hierdie konteks moet die benadering tot kousaliteit van so 'n aard wees dat dit die doel van die Restitusiewet die beste dien. Die raamwerk van diskriminerende maatreëls waarna hier bo verwys is, het oor 'n tydperk van ongeveer 85 jaar ontwikkel. Dus was rassebeleide en diskriminerende praktyke nie eenmalige verskynsels nie, maar gebeure of verskynsels wat oor 'n lang periode ontstaan het en ontwikkel is. In baie gevalle was die oorsaak van 'n ontneming dus nie 'n enkele handeling of eenmalige gebeurtenis in afsondering nie. Die kousale verband kan dus eers werklik afgelei word nadat alle faktore en feite in oorweging geneem is. Met dit in ag genome, bevind die hof dat die frase "as gevolg van" bedoel is om *minder beperkend* te wees en gewoon te beteken "as *'n* gevolg van" en nie "*alleenlik* as 'n gevolg van" nie. Tog moet die resultaat (ontneming) wat wel intree, nie te ver verwyderd wees van die diskriminerende maatreël of praktyk nie. Om as "as *'n* gevolg van" rasdiskriminerende maatreëls en praktyke te kwalifiseer, moet daar ten minste 'n *redelike verband* tussen die diskriminerende maatreëls en praktyke van die staat aan die een kant en die ontneming aan die ander kant wees:[94]

> I conclude that the term "as a result of" in the context of the Restitution Act is intended to be less restrictive and should be interpreted to mean no more than "as a consequence of" and not "solely as a consequence of". It is fair to add that, on this construction, the consequence should not be remote, which means that there should be a reasonable connection between the discriminatory laws and practices of the State, on the one hand, and the dispossession, on the other. For that determination, a context-sensitive appraisal of all relevant factors should be embarked on.

Was die ontneming dus 'n gevolg van rasdiskriminerende wette of praktyke? Die bestaande netwerk van diskriminerende maatreëls, beleide en praktyke op die oomblik van ontneming het die Altenroxels in staat gestel om die huurarbeiderpraktyk en -regte sonder enige voorskrifte of beperkings te beëindig. Die ontneming was dus 'n direkte gevolg van onbillike maatreëls en staatsgesteunde praktyke wat spesifiek op die grondregte van swart persone van toepassing was.[95] Die afskaffing van huurarbeiderregte was verder ook deel van die oorhoofse apartheidsplan.[96] Wat staatsbetrokkenheid of -optrede betref, bevind die hof:[97]

> In my view, the causal connection under section 2 of the Restitution Act should not be understood to require that the state or a public functionary should itself perform the dispossession of rights in land. It is sufficient if the termination of rights in land is permitted, aided and supported by racially discriminatory laws or practices of the state or other functionaries exercising power. The question is not whether the dispossession is effected by the state or a public functionary, but rather whether the dispossession was a consequence of laws or practices put in place by the state or other public functionary.

Is die onderliggende rede vir die ontneming enigsins relevant, of behoort daar gewoon op die rasdiskriminerende netwerk van die tyd gefokus te word? In hierdie verband bevind regter Moseneke soos volg:[98]

The individual and subjective motives of each farmer who terminated labour tenancies are irrelevant. What matters is the impact of the laws, policies and practices of government on the land interests of labour tenants. The wording used in section 2(1)(a) of the Restitution Act and section 25(7) of the Constitution refers in the passive to a person dispossessed, emphasizing that dispossession is an event or occurrence, rather than the conduct of any agent.

Die konstitusionele hof bevind dus, anders as die vorige twee howe, dat die ontneming inderdaad as gevolg van ’n rasdiskriminerende wet of praktyk ingetree het. In wese is dit so omdat die besluit van die Altenroxels om die huurarbeiderregte sonder enige gevolge af te skaf, deur die oorhoofse netwerk toegelaat, aangemoedig en moontlik gemaak is.

5. Bespreking

5.1 Implikasies van die verskillende benaderings

Omrede die hele Suid-Afrikaanse bestel in beginsel op ’n rassebasis gefunksioneer het, was dit noodsaaklik om ’n raamwerk te ontwikkel waarin wetgewing en praktyke wat spesifiek met die uitoefening van grondregte verband gehou het, vir doeleindes van grondrestitusie geëvalueer kon word. In beide die *Slamdien*- en die *Richtersveld*-gewysde is die spesifieke ontneming deur ’n statutêre maatreël moontlik gemaak en was die staat dus in effek by die ontneming betrokke. Reeds in die *Slamdien*-saak is ’n doelmatige benadering gevolg waartydens die historiese agtergrond en die oorkoepelende netwerk van rasdiskriminerende maatreëls ook by interpretasie in ag geneem is. Tog het ’n doelmatige benadering in die *Slamdien*-saak en die aanvanklike *Richtersveld*-uitspraak nie in ’n wye benadering neerslag gevind nie, maar juis ’n meer beperkte of enger resultaat opgelewer. Dit het gebeur omdat die doelmatige benadering aan ’n drie-vrae-toets gekoppel is wat in effek baie beperkend gefunksioneer het, welke benadering ook in die *a quo* in *Richtersveld* nagevolg is. Gevolglik is in beide die hoogste hof van appèl en die konstitusionele hof se uitsprake in *Richtersveld* bevind dat die *Slamdien*-benadering te eng was en dat die fokus eerder op die impak van die bepaalde statutêre maatreël of praktyk moet wees. As die impak van die bepaalde maatreël rasdiskriminerend was, is daar wel aan die vereistes van die Restitusiewet voldoen. Omdat staatsoptrede en betrokkenheid deur staatsamptenare en statutêre maatreëls in beide die *Slamdien*- en *Richtersveld*-sake instrumenteel in die ontnemings was, is die optrede van privaat individue nie in hierdie konteks ondersoek nie. Sodanige ondersoek na die optrede van privaat persone is eers in die *Popela*-saak onderneem.

Maak dit egter saak of verskillende benaderings en toetse gevolg word? Sou daar werklik verskillende resultate ingetree het? Die benaderings en toetse van onderskeidelik die

Slamdien-saak en die *Richtersveld*-saak word vir hierdie doeleindes op die feitestel van die *Popela*-saak toegepas om vas te stel of die resultaat sou verskil het.

In navolging van die drie-vrae-toets wat in die *Slamdien*-saak ontwikkel is, sou dit soos volg in die *Popela*-feite verloop het:

a. Was die wet/praktyk ’n rasdiskriminerende maatreël?
b. Was die afskaffing van huurarbeiderregte ’n rasdiskriminerende praktyk?
c. Was die ontneming ’n resultaat van (a) of (b)?

Die antwoord op vraag (a) sou negatief wees, aangesien die besluit van die grondeienaars om huurarbeiderskap af te skaf ’n private besigheidsbesluit was. Die optrede het ook nie ’n wet betrek nie en was ook nie ’n rasdiskriminerende praktyk nie. Vraag (b) sou dus ook negatief beantwoord word. Die spesifieke optrede van die grondeienaars was geensins rasdiskriminerend nie; inteendeel, dit was ’n besigheidsbesluit wat in die belang van beste boerderypraktyke geneem is. Gevolglik is die antwoord by vraag (c) ook “nee”, aangesien die grondeienaars in elk geval huurarbeiderskap sou beëindig het. Dus, in navolging van die *Slamdien*-benadering in die *Popela*-feitestel, sou die ontneming nie as gevolg van ’n rasdiskriminerende wet of praktyk gewees het nie en sou die grondeis nie aan die vereistes van artikel 2 voldoen het nie.

In navolging van die benadering wat in die hoogste hof van appèl en die konstitusionele hof gevolg is in die *Richtersveld*-geval, is die vraag: Wat is die *impak* van die maatreël of praktyk wat hier gevolg is? As die impak inderdaad rasdiskriminerend is, word daar wel aan artikel 2 van die Restitusiewet voldoen. Die optrede van die grondeienaars in die *Popela*-geval was die beëindiging van huurarbeiderregte sonder enige vergoeding. Hier moet die geheelbeeld egter in ag geneem word. Huurarbeiderpraktyke is nie net onder swart persone aangetref nie.[99] In groot dele van die land was daar goedgevestigde praktyke van deelsaai waartydens minder gegoede wit boere ’n stuk grond van ’n ander wit boer geokkupeer het en bepaalde saai- en weidingsregte daarop gevestig het. Toe die wysigings aan die 1936-Wet in werking gestel is en die gepaardgaande kennisgewings later gepubliseer is, het dit alle vorme van huurarbeiderskap in die hele Suid-Afrika beïnvloed, ook gevalle waar wit persone deelsaaiers, bywoners of huurarbeiders was. Die verskil was egter dat wit deelsaaiers vir hul verliese vergoed is, dat hul gewoonlik van alternatiewe grond voorsien is of andersins deur staatshulp ondersteun is.[100] Wat swart huurarbeiders betref, was daar in die reël egter geen vergoeding, alternatiewe grond of staatshulp beskikbaar nie. Gevolglik was die impak van die afskaffing van huurarbeiderskap en gepaardgaande regte inderdaad rasdiskriminerend.

Sou die Popela-gemeenskap suksesvol gewees het indien die impak-benadering op hul feitestel nagevolg was? In die *Richtersveld*-uitsprake, waar die impak-benadering ontwikkel is, was die ontneming steeds aan staatsoptrede, -wetgewing en -praktyke gekoppel. Hierdie koppeling was egter afwesig in die *Popela*-saak, waar die optrede van *privaat* individue ter sprake was. Dit is ook belangrik om in ag te neem dat die afskaffing van huurarbeiderregte plaasgevind het vóórdatdie amptelike maatreëls vanaf owerheidsweë gepromulgeer was. Die *Richtersveld*-benadering, waar daar op impak gefokus is, sou dus steeds nie die Popela-

gemeenskap se grondeis bekragtig het nie. Vir die Popela-gemeenskap om suksesvol te wees met hul grondeis, moes ’n verdere ontwikkeling dus plaasvind.

In beide die *a quo*-uitsprake en die hoogste hof van appèl se uitsprake van die *Popela*-geval is bevind dat daar geen kousale band tussen die ontneming (die besluit van die grondeienaars) en rasdiskriminerende maatreëls of praktyke was nie. Gevolglik was die ontneming nie “as gevolg van” ’n rasdiskriminerende wet of praktyk nie. In die konstitusionele hof se uitspraak is beklemtoon dat die korrekte benadering die een is wat die doel van die Restitusiewet die beste dien.[101] Afhangende van die spesifieke afdeling van die reg is daar verskillende benaderings tot kousaliteit. Daar is veral klem daarop gelê dat kousaliteit vir doeleindes van die Restitusiewet nie dieselfde is as vir doeleindes van die deliktereg of strafreg nie. Nie net is die bedoeling van die ontnemer irrelevant nie, maar ook word restitusie-eise teen die staat ingestel en is privaat persone geensins aanspreeklik nie. Om dus gewoon die “as-dit-nie-was-vir”-toets, een van die algemeenste toetse in die deliktereg, [102] te gebruik is nie voldoende nie. Daar sou egter wel aan die vereistes van artikel 2 van die Restitusiewet voldoen word as aangetoon kon word dat die spesifieke ontneming “’*n* gevolg van” rasdiskriminerende maatreëls of praktyke was en nie noodwendig “alleenlik as ’n gevolg (daar)van” was nie.[103]

Omdat alle resultate tog op een of ander manier gevolge van handelinge of praktyke is, moet hierdie taamlik breë kousale benadering ietwat getemper word. Regter Moseneke doen dit deur te vereis dat daar tog ’n *redelike verband* tussen die wetgewing en praktyke van die staat aan die een kant en die eindelike ontneming aan die ander kant moet wees. Wat onder “redelik” verstaan word, sou van die feite van elke geval afhang. In wese was die besluit van die Altenroxel-broers hier moontlik gemaak, ondersteun en aangevul deur die oorhoofse netwerk van rasdiskriminerende maatreëls wat deur die staat daargestel is. In hierdie besondere geval was daar dus wel ’n redelike verband tussen die besluit van die grondeienaars en die oorkoepelende instaatstellende statutêre raamwerk.

5.2 Rol van die bepaalde interpretasie-benadering

Die enigste rede waarom die konstitusionele hof in die *Popela*-geval ’n ander slotsom as in die *a quo* en die hoogste hof van appèl bereik het, was dat ’n ander benadering tot interpretasie van die frase binne artikel 2 gevolg is. Soos reeds hier bo verduidelik, sou die *Slamdien*-benadering en die impak-benadering van die *Richtersveld*-beslissing ook nie ’n suksesvolle eis vir die Popela-gemeenskap daargestel het nie. Welke spesifieke interpretasiebenadering word dus in die konstitusionele hof in die *Popela*-beslissing gevolg?

Die doelmatige benadering gekoppel aan teleologiese interpretasie word normaalweg met betrekking tot interpretasie van die Grondwet gevolg.[104] In wese behels hierdie benadering dat ’n spesifieke bepaling gesien moet word in die lig van die bepaling se doel,[105] sodat substantiewe eerder as letterlike voldoening bereik kan word. So ’n benadering neig om weg te beweeg van ’n streng regstegniese of legalistiese interpretasie.[106] Omdat die Restitusiewet onlosmaaklik aan die Grondwet verbind is,[107] is ’n soortgelyke interpretasiebenadering dus ook hier sinvol.[108]

Teleologiese interpretasie is 'n interpretasiebenadering wat op die geskiedenis gevestig is, maar steeds toekomsgerig is. Met ander woorde, die verlede, vorige ervarings en lesse so geleer, asook die geskiedenis, is hier relevant.[109] Alles in ag genome, ook die historiese agtergrond, was die werklike vraag in hierdie konteks nie of die ontneming veroorsaak is deur die staat of agente nie, maar eerder of die ontneming ingetree het "as 'n gevolg" van bepaalde maatreëls en praktyke wat op 'n bepaalde tydstip gegeld het. As die sosiale, ekonomiese en politieke agtergrond verder in ag geneem word wat die daarstel van die Restitusiewet voorafgegaan het en wat dit inderdaad genoodsaak het, en die hedendaagse grondwetlike waardes word oorweeg, is die slotsom duidelik dat die ontneming inderdaad 'n gevolg van rasdiskriminerende maatreëls en praktyke was.

6. Jongste regspraak

Jacobs v Departement van Grondsake[110] is die mees onlangse beslissing wat fokus op artikel 2, in die besonder die "as gevolg van rasdiskriminerende wet of praktyk"-frase. Toe hierdie uitspraak gelewer is, was daar dus reeds op konstitusionele-hof-vlak duidelikheid oor die volgende:

- Oorhoofs word 'n algemene doelmatige benadering tot interpretasie gevolg, waartydens die historiese agtergrond en die lesse wat in die verlede geleer is, ook in ag geneem word. Dit is in beginsel 'n milddadige benadering.
- Wat kousaliteit of die oorsaaklikheidskwessie betref, is dit nou seker dat die gewone deliktereg- of strafregbenaderings onvoldoende is en dat 'n eiesoortige benadering spesifiek ten aansien van restitusie gevolg word. Dit behels 'n breë konsep van kousaliteit wat inhou dat die *conditio sine quo non*-vereiste nie geld nie en dat die bepaalde resultaat *'n* gevolg moet wees en nie noodwendig die *enigste* gevolg hoef te wees nie.
- Gekoppel aan die bogenoemde, behels 'n breë benadering dat daar ten minste 'n redelike verband tussen die ontneming self en die oorhoofse rasdiskriminerende wette of praktyke moet wees. Wat "redelike" behels, sal van die bepaalde omstandighede en faktore van die spesifieke geval afhang.
- Gevolglik kwalifiseer die optrede (handelinge of nalate) van privaat persone ook vir doeleindes van artikel 2 van die Restitusiewet.

Die *Jacobs*-gewysde is dus die eerste uitspraak waarin die *Popela*-benadering tot interpretasie enersyds en dié ten aansien van kousaliteit andersyds weerspieël of toegepas kon word.

6.1 Feite

Op 15 Julie 1893 is 'n sekere erf 38 in Upington in die Noord-Kaap (Gordonia) in erfpag aan Abraham September ('n kleurlingpersoon) toegeken.[111] Hiervolgens het die erfpaghouer vrylik oor die grond beskik, kon dit in 'n testament bemaak word of tydens sy leeftyd vervreem word.[112] Nadat 'n gesamentlike testament opgestel is, sterf Abraham September in 1898 en word sy vrou (Elizabeth) as eksekutrise aangewys. In die boedel was onder meer 'n

plaas Oab en erf 38. In 1900 het prokureurs namens die eksekutrise ’n likwidasie- en distribusierekening voorberei en is dit by die meester ingedien. Vir sewe jaar, tot en met 1907, het niks verder gebeur nie. Die plaas Oab is in 1907, nadat suksessiebelasting betaal is, in die naam van die drie September-seuns geregistreer, waarna dit in dieselfde jaar aan ’n wit koper verkoop is.

Nadat ’n onderhoud in 1909 met Elizabeth gevoer is oor die verskillende erflatings wat betrokke was, is ontdek dat erf 38 nege jaar nadat die likwidasie- en distribusierekening ingedien is, nog nie op Elizabeth se naam oorgedra was nie. Die meester het vervolgens die magistraat opdrag gegee om die saak te ondersoek. Op 1 April 1918 is Elizabeth September oorlede. Tot einde 1919 was alle paggelde ten aansien van erf 38 betaal. Sedert 1920 het een van die lede van die September-familie, ene J.J. Steeneveld, gereeld per brief navraag gedoen oor die afhandeling van die boedels van wyle Abraham en Elizabeth September. Hierdie korrespondensie het ook die assistentmeester te Kimberley, die magistraat en die relevante prokureurs betrek.[113] In reaksie op een van die briewe verklaar die magistraat in 1920 verkeerdelik dat Elizabeth September geen boedel nagelaat het nie en dat sy as armlastige gesterf het.[114] In reaksie hierop het die assistentmeester vir Steeneveld ingelig dat die boedel dus afgesluit word, dat daar niks vir die erfgename was nie en dat daar niks meer aan die saak gedoen kon word nie. Beide die magistraat en die assistentmeester se briewe was verkeerd. Die inligting in die relevante lêers het duidelik aangetoon daar nog nie met erf 38 gehandel was nie en dat dit steeds in die boedel gesetel het.[115]

Die September-familie se saak is daarna, in 1921, deur die African Political Organisation verder gevoer. Dit het tot verdere korrespondensie tussen die betrokke partye en die meester gelei.[116] In ’n poging om ’n eksekuteur vir Elizabeth September se boedel aangestel te kry, het steeds nog meer briefwisseling gevolg. Die meester se antwoord in 1921 was weer eens dat daar geen boedel was wat vereffen moes word nie en dat daar dus nie ’n eksekuteur aangestel hoef te word nie.[117] Na nog ’n navraag rig die meester in April 1921 tog weer ’n versoek aan die magistraat om ondersoek in te stel na wat geword het van erf 38 in Upington wat in die boedel van wyle A. September was.[118] Die antwoord van die magistraat was soos volg:[119]

> Erf No 38 is lying vacant and no Quit Rent, Divisional Council, Municipal or Property Tax rates have been paid for some years past. In terms of the last will of Abraham September the erf was bequeathed to his daughter Elizabeth September. This party, as far as I can ascertain, died many years ago.

Dié antwoord het van die foute gewemel. Op grond van bostaande verklaring het die uitvoerende komitee van die Unie van Suid-Afrika in 1924 aanbeveel dat erf 38 terugval na die staat, aangesien “[it] has been abandoned, deserted and left derelict and the quitrent on which is in arrear for more than five years”.[120] ’n Kansellasiekennisgewing is inderdaad op 20 Maart 1925 in die *Staatskoerant* ten aansien van erf 38 gepubliseer. Dieselfde dag is die erfpag gekanselleer en erf 38 op die staat se naam oorgedra.[121] Die eiser se restitusie-eis is gegrond op die ontneming wat deur die kansellasie en oordrag teweeggebring is.

6.2 Metode

In die lig van bostaande is die vraag voor die hof of die ontneming inderdaad "as gevolg van rasdiskriminerende wet of praktyk" ingetree het. Hier ontleed die hof eers die rassegrondslag en beweeg daarvandaan na die kousaliteitskwessie.

6.2.1 Rassegrondslag

Dit is interessant dat daar nie melding is van die *doelmatige* benadering tot interpretasie nie. Dit is waarskynlik daaraan toe te skryf dat die interpretasiebenadering sedert die *Popela*-beslissing 'n gegewe is en dat die hof in elk geval die kwessie vanuit daardie perspektief benader. Wat die hof egter hier doen, is om eerstens konsepte soos *rassisme* en *rassewaan* uiteen te sit. Dit is nie in een van die vorige uitsprake waar die frase, "as gevolg van rasdiskriminerende wet of praktyk", ontleed was, gedoen nie. *Rassisme* behels die laking van ander rasse, terwyl *rassewaan* 'n teoretiese leerstuk daarstel wat meerderwaardigheid van sommige rasse jeens ander rasse reguleer. *Rassisme* is dus effektief 'n praktiese beliggaming van *rassewaan*.[122] Pligsversuim, soos in hierdie onderhawige geval, kan dus uit rassisme of rassewaan (of ook ander oorsake) voortspruit. Die uiteensetting van die konsepte alleen bring nie werklik die kwessie verder nie. Die hof gaan egter verder en verklaar dat die spesifieke optrede (of nalate) van die onderskeie amptenare (die magistraat en die meester) in die milieu van rassisme en rassewaan wat op daardie tydstip voorgekom het, geëvalueer moet word.[123]

Anders as in die vorige uitsprake, gaan die hof ook verder en verduidelik *prakties* hoe so 'n rassegrondslag daargestel word. Die rassegrondslag is naamlik 'n feit in geskil wat deur die eiser bewys moet word (*facta probandum*). Dit kan geskied deur direkte getuienis of deur getuienis rakende ander feite (*facta probantia*), waaruit afleidings omtrent die feit in geskil gemaak kan word, aan te bied.[124] In hierdie geval is die *facta probantia* die heersende klimaat van rassewaan waarin handelinge en versuime van die twee amptenare plaasgevind het. Die hof beklemtoon dat waarskynlikhede objektief beoordeel moet word en as daar meer as een waarskynlikheid is, die hof die mees natuurlike en geloofwaardige gevolgtrekking vanuit verskeie moontlikhede moet aanvaar, ondanks die beskikbaarheid van ander redelike gevolgtrekkings.[125] Daar is verskeie waarskynlikhede vir die optrede van die twee amptenare: hul kon gewoon traak-my-nie-agtig of agtelosig opgetree het, of hul kon in die sfeer van bestaande rassewaan en rassisme opgetree het. Regter Gildenhuys bevind uiteindelik dat:[126]

> Na my oordeel regverdig die bewese primêre feit, te wete die klimaat van rassewaan, die afleiding dat die handelinge en versuime van die magistraat en die meester waarop die eiser hom beroep, aan een of meer van voormelde redes toe te skryf is. Myns insiens is hierdie redes die mees waarskynlike redes, eerder as onbekwaamheid of traak-my-nie-agtigheid. Die pligversakings teenoor die September-familie is so skreiend dat ek beswaarlik kan aanvaar dat dit destyds ook by blankes algemeen voorgekom het.

Die hof is dus tevrede dat die rassegrondslag inderdaad aanwesig was. Die volgende vraag tree egter nou na vore: Was die heersende rassewaan werklik die (enigste) oorsaak vir die

ontneming? Of anders gestel, is die ontneming 'n gevolg van die rassewaan? Die hof ondersoek vervolgens die kousaliteitskwessie.

6.2.2 Oorsaaklikheid

Die hof bevestig dat 'n eiesoortige kousaliteit by restitusiegevalle vereis word.[127] Sonder dat die hele oorsaaklikheidskwessie herbeoordeel word, volg die hof gewoon die *Popela*-benadering. Die herneem van die erf deur die staat was die direkte oorsaak van die ontneming. Volgens die *Popela*-benadering moet daar ten minstens 'n redelike verband tussen die ontneming (staatsoptrede) en die oorhoofse, rasdiskriminerende maatreëls of praktyke wees om vir doeleindes van artikel 2 te kwalifiseer. Regter Gildenhuys verwoord dit soos volg:[128]

> Indien bevind sou word dat die ontneming waarskynlik nie sou plaasgevind het nie indien die boedel gedurende die vyf jaar 'n eksekuteur sou gehad het, of indien die erf voor 1925 aan die betrokke erfgenaam of erfgename oorgedra sou gewees het, dan sal die voormelde pligsversakings van die magistraat en van die meester as 'n oorsaak van die ontneming beskou kan word. Dit is voldoende om, ooreenkomstig die norme gestel deur Moseneke AHR, 'n reg op restitusie te vestig.

Die hof gaan vervolgens voort om die spesifieke nalate en pligsversuim van bogenoemde twee amptenare uiteen te sit.[129] In ooreenstemming met die *Popela*-benadering bevind die hof dan finaal dat:[130]

> Die handelinge en versuime van die magistraat en die meester, soos hierbo uiteengesit, het na my oordeel gelei tot die ontneming van erf 38, al was dit nie die enigste of selfs die hoofoorsaak van die ontneming nie.

6.3 Bespreking

In hierdie uitspraak word nie 'n nuwe of verdere toets of benadering ontwikkel om die tersaaklike frase te interpreteer nie. Daar kan dus aangeneem word dat die doelmatige benadering met 'n teleologiese element inderdaad die relevante benadering tot interpretasie is. Soos in die *Popela*-gewysde beklemtoon, is van belang dat die *gevolg* wat inderdaad intree, nie noodwendig die *enigste* gevolg hoef te wees nie, mits dit inderdaad *een* of *'n* gevolg is. In die *Jacobs*-beslissing is daar ietwat meer klem op die *oorsaak* van die ontneming en nie soseer op die *gevolg* nie. Of anders gestel: regter Gildenhuys beklemtoon dat die optrede van die amptenare tot die ontneming gelei het, al was dit nie die enigste of selfs *hoof*-oorsaakvan die ontneming nie. Hoekom het die amptenare dan op 'n bepaalde wyse opgetree wat tot die ontneming gelei het? Hulle het spesifiek so opgetree omdat dit algemeen aanvaarbaar was as deel van die rassewaan of die klimaat van rassisme wat op daardie tydstip gegeld het. 'n Mens kan moontlik selfs sê dat alle (staats)optrede in 'n mate dus binne die sfeer van rassewaan plaasgevind het.

In die lig van die regspraakontwikkeling hier bo en die betreklik onlangse *Jacobs*-beslissing, ontstaan die volgende vrae onvermydelik: As dit inderdaad die geval was dat staatsamptenare

binne ’n bepaalde, geldende rassewaankonteks opgetree het, is dit dan nog nodig om ’n “redelike verband” tussen die ontneming en die oorhoofse maatreëls te vind? Sou dit nie inhou dat alle (staats)optrede in beginsel dan rasdiskriminerend of rasgeoriënteerd was nie? Indien wel, wat is die gevolge hiervan vir die oorsaaklikheidskomponent? Verder, is die bedoeling of opset dan werklik irrelevant in hierdie konteks? Het staatsamptenare dan nie juis bedoel om te diskrimineer op grond van ras nie, aangesien hul hele optrede en al hul besluite intens deur die rassewaan van die tyd beïnvloed en selfs voorgeskryf is? Aan die ander kant: Indien ’n mens nie so ver kan gaan om algemene rassewaan en gevolglike rasse-optrede te aanvaar nie, hoe gaan die redelike verband hoegenaamd vasgestel word? Wat is die implikasies hiervan vir die oorsaaklikheidskomponent?

7. Slotsom

Oor die jare is drie afsonderlike benaderings of toetse ontwikkel om te bepaal of ’n ontneming as gevolg van ’n rasdiskriminerende wet of praktyk vir doeleindes van artikel 2 van die Restitusiewet plaasgevind het. Die eerste benadering is in ooreenstemming met ’n doelmatige benadering in die *Slamdien*-gewysde ontwikkel. Hierdie benadering het in ’n *drie-vrae-toets* neerslag gevind. Die toets was juis streng om ’n stortvloed van eise te verhoed, aangesien die hele Suid-Afrika in elk geval op ’n rassebasis gefunksioneer het. Die *impak*-toets is daarna in die *Richtersveld*-beslissing ontwikkel op die basis dat die *Slamdien*-benadering te eng en rigied was. Die mees resente konstitusionele-hof-uitspraak wat spesifiek op hierdie kwessie gefokus het, naamlik die *Popela*-beslissing, volg ’n doelmatige benadering gekoppel met ’n teleologiese interpretasie. In direkte kontras met die oorspronklike *Slamdien*-benadering is die *Popela*-konsep van kousaliteit ’n breë konsep, maar getemper deur *redelikheid*. Hierdie benadering beteken dat die optrede van privaat persone dus ook binne die konteks van artikel 2 van die Restitusiewet kan val.

Dit is gevolglik baie duidelik dat die eindresultaat, naamlik of ’n ontneming inderdaad as gevolg van ’n rasdiskriminerende wet of praktyk ingetree het, deur die spesifieke benadering of toets wat gebruik is, bepaal is.

Die jongste gewysde, *Jacobs*, het nie ’n nuwe toets of benadering ontwikkel nie. Die hof se ontleding en bewoording van ’n rassedimensie beklemtoon presies hoe rasgeoriënteerd die Suid-Afrikaanse samelewing in die algemeen en die staatsektore in die besonder gefunksioneer het. Die bevinding in *Jacobs*, dat optrede deur rassewaan enersyds en rassisme andersyds bepaal is, is nie onbekend of nuut nie. Dit eggo in ’n mate die perspektief wat jare gelede reeds in die *Slamdien*-saak beklemtoon is, naamlik dat alle dele van die samelewing op ras gefunksioneer het. Hierdie perspektief het die hof in die *Slamdien*-saak juis genoop om ’n *beperking* te ontwikkel om ’n stortvloed van eise te verhoed. In effek het die *Jacobs*-beslissing dieselfde vertrekpunt geneem as waarmee die *Slamdien*-beslissing afgesluit het, naamlik dat bykans alle optrede en handelinge in Suid-Afrika binne ’n bepaalde milieu van rassewaan plaasgevind het.

Is ons dus nou, na etlike jare en verskeie toetse, moontlik terug by *Slamdien*? In hierdie konteks bly die vraag hoe howe in toekomstige eise te werk sal gaan om die "redelike verband" vas te stel ten einde die kousaliteitskwessie te temper, steeds onbeantwoord.

Bibliografie

Badenhorst, P.J., J.M. Pienaar en H. Mostert. 2006. *Silberberg and Schoeman's law of property*. Durban: LexisNexis.

Beinart, W. en S. Dubow (reds.). 1995. *Segregation and apartheid in twentieth-century South Africa*. Londen: Routledge.

Bennett, T.W. 1996. African land – A history of dispossession. In Zimmermann en Visser (reds.) 1996.

Carey Miller, D.L. en A. Pope. 2000. *Land title in South Africa*. Kaapstad: Juta.

Changuion, L. en B. Steenkamp. 2011. *Omstrede land: Die historiese ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse grondvraagstuk, 1652-2011*. Pretoria: Protea Boekhuis.

Cross, C. en R. Haines (reds.). 1988. *Towards freehold: Options for land and development in South Africa's black rural areas*. Kaapstad: Juta.

Devenish, G. 2006. African Christian Democratic Party v. Electoral Commission: The new methodology and theory of statutory interpretation in South Africa. *South African Law Journal*, 123(3):399–408.

Du Plessis, L.M. 2002. *Re-interpretation of statutes*. Durban: Butterworths.

—. 2007. Interpretation. In Woolman, Roux en Bishop (reds.) 2007.

Du Plessis, W., N.J.J. Olivier en J.M. Pienaar. 2004. Land matters: new developments. *SA Publiekreg*, 19(1):212–29.

Haines, R. en C. Cross. 1988. An historical overview of land policy and tenure in South Africa's black areas. In Cross en Haines (reds.) 1988.

Jackson, P. en D.C. Wilde (reds.). 1997. *The reform of property law*. Dartmouth: Ashgate Publishing.

Jaichand, V. 1997. *The restitution of land rights: A workbook*. Johannesburg: Lex Patria.

Keegan, T. 1996. *Colonial South Africa and the origins of the racial order*. Charlottesville: University Press Virginia.

Le Roux, W. 2006. Directory provisions, section 39(2) of the Constitution and the ontology of statutory law. *SA Publiekreg*, 21(2):382–401.

Legassick, M. 1995. British hegemony and the origins of segregation in South Africa, 1901-14. In Beinart en Dubow (reds.) 1995.

Liebenberg, S. 2010. *Sosio-Economic rights: adjudication under a transformative constitution*. Kaapstad: Juta.

McCarthy, J.J. 1988. African land tenure as a popular issue and power relation in South African urban and peri-urban areas. In Cross en Haines (reds.) 1988.

Mostert, H. en M.J. de Waal (reds.). 2011. *Essays in Honour of CG van der Merwe*. Kaapstad: LexisNexis.

Pienaar, J.M. 1998. Farm workers: extending security of tenure in terms of recent legislation. *SA Publiekreg*, 13(2):423–37.

—. 2011. "Unlawful occupier" in perspective: history, legislation and case law. In Mostert en De Waal (reds.) 2011.

Pienaar, J.M. en J. Brickhill. 2007. Land. In Woolman, Roux en Bishop (reds.) 2007.

Singh, A. 2009. An illustration of the teleological interpretation par excellence: DLA v Goedgelegen Tropical Fruits (Pty) Ltd 2007 6 SA 199 (CC). *Tydskrif vir die Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 72(2):336–45.

Spilg, B. 2007. Popela – the Constitutional Court, racial discrimination and causation. *Advocate*, 20(2):42—4. http://www.sabar.co.za/law-journals/2007/august/2007-august-vol020-no2-pp42-44.pdf (15 Mei 2012 geraadpleeg).

Van der Merwe, C.G. en J.M. Pienaar. 1997. Land reform in South Africa. In Jackson en Wilde (reds.) 1997.

Van der Walt, A.J. 1990. Towards the development of post-apartheid land law: an explanatory survey. *De Jure*, 23(1):1–45.

—. 2005. *Constitutional property law*. Kaapstad: Juta.

—. 2009. *Property in the margins*. Oxford: Hart Publishing.

—. 2011. *Constitutional property law*. Kaapstad: Juta.

Walker, C. 2008. *Landmarked: Land claims and land restitution in South Africa*. Johannesburg: Jacana.

Wolpe, H. 1995. Capitalism and cheap labour power in South Africa: from segregation to apartheid. In Beinart en Dubow (reds.) 1995.

Woolman, S., T. Roux en M. Bishop (reds.). 2007. *Constitutional Law of South Africa*. Kaapstad: Juta.

Zimmermann, R. en D. Visser (reds.). 1996. *Southern Cross: Civil and Common Law in South Africa*. Kaapstad: Juta.

Zulu, P. 1988. The inadequacies of reform: Land and the Freedom Charter. In Cross en Haines (reds.) 1988.

Eindnotas

[1] Die Swart Grond Wet 27 van 1913 is op 19 Junie 1913 in werking gestel en in 1991 herroep. Sien veral Changuion en Steenkamp (2011:133–8); Bennett (1996:65–94); Legassick (1995:43–60); Haines en Cross (1988:73–92).

[2] Changuion en Steenkamp (2011:166–75); Bennett (1996:82–6); Wolpe (1995:60–91).

[3] Sien veral McCarthy (1988:122–7).

[4] Die Wet op Groepsgebiede 41 van 1950 is vervang deur die Wet op Groepsgebiede 77 van 1957 en nog later deur die Wet op Groepsgebiede 36 van 1966.

[5] Sien in die algemeen Beinart en Dubow (1995).

[6] Badenhorst e.a. (2006:585).

[7] Badenhorst e.a. (2006:586).

[8] Van der Merwe en Pienaar (1997:334–380); Van der Walt (2005:1–4); Pienaar en Brickhill (2007:1-3).

[9] Van der Walt (2009:3–4); Liebenberg (2010:2–7); Pienaar en Brickhill (2007:3–5); Van der Walt (1990:1–45); Van der Merwe en Pienaar (1997:350–7).

[10] Artt. 121–123 – sien Badenhorst e.a. (2006).

[11] Ooreenkomstig art. 25(5) van die finale Grondwet. Sien in die algemeen Badenhorst e.a. (2006:593–606); Pienaar en Brickhill (2007:25–52).

[12] Ooreenkomstig art. 25(6) van die finale Grondwet. Sien in die algemeen Badenhorst e.a. (2006); Pienaar en Brickhill (2007:10–25).

[13] Ingevolge art. 25(7) van die finale Grondwet. Sien veral in die algemeen Walker (2008).

[14] Sien vir ’n volledige uiteensetting van die redes vir die daarstel van die wet, die hoofoogmerke, die instellings waarvoor dit voorsiening maak, asook die prosedures ter sprake Carey Miller en Pope (2000:313–97); Badenhorst e.a. (2006:629–51); Jaichand (1997); Pienaar en Brickhill (2007:52–68).

[15] Art. 1(2)(a) en (b) van die Wet. Dit behels dat geen persoon aanspraak kan maak op restitusie indien (a) billike en regverdige vergoeding, soos uiteengesit in art. 25(3) van die finale Grondwet, reeds betaal is; of (b) enige ander vergoeding wat billik en regverdig is, bereken op die oomblik van ontneming, reeds t.a.s. van die ontneming ontvang is nie. Art. 25(3) van die finale Grondwet bepaal dat die bedrag van vergoeding en die tyd en wyse van betaling regverdig en billik moet wees en dat dit ’n billike ewewig moet toon tussen die openbare belang en die belange van diegene wat geraak word, met inagneming van alle relevante omstandighede.

[16] Art. 2(1)(a) van Wet 22 van 1994.

[17] *Minister of Land Affairs v Slamdien* 1999 4 BCLR 413 (GH).

[18] Sien Badenhorst e.a. (2006:635–7).

[19] “Racial spatial segregation”.

[20] *Richtersveld Community v Alexkor Ltd* 2001 3 SA 1293 (GH).

[21] *Popela Community v Department of Land Affairs and Goedgelegen Tropical Fruits (Pty) Ltd* 2005-6-03 saaknr. 52/00 (GH).

[22] *Jacobs v Departement van Grondsake* 2011 6 SA 279 (GH).

[23] Art. 121 van die tussentydse Grondwet 200 van 1993 het voorsiening gemaak vir die daarstel van ’n parlementswet wat restitusie en aangeleenthede wat daarmee verband hou, reguleer; art. 122 het voorsiening gemaak vir ’n kommissie op die herstel van grondregte en art. 123 vir ’n grondeisehof. Sien ook Pienaar en Brickhill (2007:1–5).

[24] Art. 8(2) van die tussentydse Grondwet het die gelykheidsklousule behels wat ’n verbod op onbillike diskriminasie bevat het. Tans is die gelykheidsklousule in art. 9(3) van die Grondwet.

[25] Pienaar en Brickhill (2007:5–8); sien ook die bespreking by par. 5.2 hier onder; sien Van der Walt (2011:13).

[26] Hierdie omskrywing is in 1997 ingevoeg deur art. 2(k) van die Wysigingswet op Grondherstel- en Grondhervormingswette 63 van 1997.

[27] Ingevoeg deur art. 2(k) van Wet 63 van 1997.

[28] Dié wet is slegs in Engels uitgevaardig en gevolglik bestaan daar geen amptelike Afrikaanse vertaling nie. ’n Vrye Afrikaanse vertaling van die frase kan egter soos volg lyk: “die verskaffing (voorsiening) of voortgesette verskaffing van gebrekkige

(ondergeskikte/mindere) dienste aan enige rasgroep, vergeleke met dié van enige ander rasgroep".

[29] Sien in die algemeen Badenhorst e.a. (2006:630–4); Du Plessis e.a. (2004:212–29).

[30] Sien veral *Abrams v Allie* 2004 4 SA 534 (HHA) en *Ex Parte Pillay* 2004-9-13 saaknr. 1/99 (GH) vir 'n uiteensetting van die funksionering van die verskillende Groepsgebiedewette. Vgl. Pienaar (2011:317–20). Basies het die proklamasie van 'n area as 'n "kleurlinggroepsgebied" beteken dat slegs persone van kleurlingafkoms regte in die bepaalde gebied kon vestig en uitoefen. Groepsgebiede het van "beheerde gebiede" verskil. In lg. geval het dit beteken dat na proklamasie as 'n beheerde gebied, persone slegs eiendomsreg aan ander persone van dieselfde ras kon oordra. M.a.w., 'n wit persoon kon eiendomsreg slegs aan 'n wit persoon oordra en 'n Indiër-persoon eiendomsreg slegs aan 'n ander Indiër-persoon. Sodoende is die bestaande rassesamestelling binne 'n bepaalde gebied beheer.

[31] "Purposive approach" soos in *Minister of Land Affairs v Slamdien* par. 12–16.

[32] "Generous approach".

[33] "Legalistic perspective".

[34] *Minister of Land Affairs v Slamdien* par. 15.

[35] Par. 26.

[36] *Minister of Land Affairs v Slamdien* par. 31; sien ook Carey Miller en Pope (2000:241–2); Badenhorst e.a. (2006:635–6).

[37] 433I.

[38] Sien 432C.

[39] 432I.

[40] 433G.

[41] 434E.

[42]"In consequence of".

[43] "Caused by".

[44] "Resulting in". Sien 434G–435C; vgl. die bespreking by par. 4.3.3 hier bo.

[45] 435D.

[46] "Determinative cause".

[47] Par. 44.

[48] *Richtersveld Community v Alexkor Ltd* 2001 par. 76–96.

[49] 1338D–H.

[50] 1346B–D.

[51] 1346F–1347B, 1347F–G.

[52] Die grondeis was ook om ander redes onsuksesvol: weens die spesifieke benadering wat hier gevolg is, het die hof bevind dat die ontneming voor die 1913-afsnydatum plaasgevind het (naamlik in 1847) en dat daar geen bewyse was dat die regering en/of amptenare se versuim om grondregte te beskerm aan rasse-oorwegings toegeskryf kon word nie – sien 1346B–D. Sien ook Badenhorst e.a. (2006:536).

[53] *Richtersveld Community v Alexkor Ltd* 2003 6 SA 104 (HHA).

[54] Sien par. 90 e.v.

[55] Proklamasie 1 van 1929–01–03.

[56] Proklamasie 250 van 1931–07–17.

[57] Proklamasie 158 van 1963–06–158.

[58] Ingevolge art. 19(1)(a).

[59] Ingevolge art. 22.

[60] Ingevolge art. 23.

[61] Par. 97 – “too restrictive”.

[62] Par. 99.

[63] Par. 105.

[64] Par. 110.

[65] *Alexkor Ltd v Richtersveld Community* 2004 5 SA 460 (KH).

[66] Sien par. 47–58.

[67] Par. 95.

[68] Par. 99.

[69] Par. 97.

[70] Par. 99.

[71] *Popela Community v Department of Land Affairs and Goedgelegen Tropical Fruits (Pty) Ltd* 2005-6-03 saaknr. 52/00 (GH).

[72]*Popela Community v Goedgelegen Tropical Fruits (Pty) Ltd* 2007 2 SA 21 (HHA) par. 12.

[73] *Popela* (HHA) par. 6.

[74] *Popela* (HHA) par. 9.

[75] Sien ook Spilg (2007:43–4).

[75] *Popela Community v Goedgelegen Tropical Fruits (Pty) Ltd* 2007 2 SA 21 (HHA).

[77] *Popela* (HHA) par. 2.

[78] *Popela* (HHA) par. 6.

[79] *Popela* (HHA) par. 8.

[80] *Popela* (HHA) par. 14.

[81] *Department of Land Affairs (Popela Community) v Goedgelegen Tropical Farms (Pty) Ltd* 2007 6 SA 199 (KH).

[82] *Department of Land Affairs* (KH) par. 6–19.

[83] *Department of Land Affairs* (KH) par. 6.

[84] Welke ontneming nie onder die Restitusiewet aangespreek kon word nie, omdat dit voor die afsnydatum van 1913 was – *Department of Land Affairs* (KH) par. 11.

[85] *Department of Land Affairs* (KH) par. 18.

[86] *Department of Land Affairs* (KH) par. 19.

[87] *Department of Land Affairs* (KH) par. 50.

[88] *Department of Land Affairs* (KH) par. 51 e.v.

[89] *Department of Land Affairs* (KH) par. 54 e.v.

[90] *Department of Land Affairs* (KH) par. 55.

[91] *Department of Land Affairs* (KH) par. 56.

[92] *Department of Land Affairs* (KH) par. 57–63.

[93] *Department of Land Affairs* (KH) par. 63.

[94] *Department of Land Affairs* (KH) par. 69.

[95] *Department of Land Affairs* (KH) par. 73.

[96] *Department of Land Affairs* (KH) par. 75.

[97] *Department of Land Affairs* (KH) par. 76.

[98] *Department of Land Affairs* (KH) par. 80.

[99] *Department of Land Affairs* (KH) par. 72. Sien ook Pienaar (1998:423–8); Wolpe (1995:78–87).

[100] Par. 72. Sien ook Spilg (2007:44).

[101] Par. 53–5.

[102] Par. 67.

[103] Par. 69.

[104] Sien bv. *S v Mlungo* 1995 7 SA 793 (KH); *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (KH). Sien Du Plessis (2002:115) vir meer inligting rakende interpretasie van die Grondwet in die algemeen. Sien vir interpretasie van sosio-ekonomiese regte in die besonder Liebenberg (2010:43–76).

[105] Devenish (2006:403); Le Roux (2006:382–401).

[106] Le Roux (2006:388).

[107] *Department of Land Affairs* (KH) par. 53.

[108] Par. 53. Sien veral Van der Walt (2011:12–5); sien ook verder Singh (2009:336–45).

[109] Du Plessis *(*2002:248-9).

[110] 2011 6 SA 279 (GH).

[111] Sien volledigheidshalwe egter *Jacobs v Departement van Grondsake* 2011 6 SA 279 (GH) par. 5–42.

[112] Par. 9.

[113] Sien par. 22–37.

[114] Par. 26.

[115] Par. 27.

[116] Par. 29–34.

[117] Par. 34.

[118] Par. 34.

[119] Sien par. 35.

[120] Par. 36.

[121] Par. 37.

[122] Par. 73.

[123] Par. 75.

[124] Par. 83.

[125] Par. 85 – "more natural, or plausible, conclusion from among several conceivable ones, even though that conclusion be not the only reasonable one".

[126] Par. 87.

[127] Par. 88–9.

[128] Par. 91.

[129] Par. 92–3.

[130] Par. 94.