

Vonnisbespreking: Grondwetlike skadevergoeding as “nominale” en “verswaarde” skadevergoeding in dringende aansoeke *Ngomane v Johannesburg (City) 2020 1 SA 52 (HHA)*

Emile Zitzke

Emile Zitzke, Skool vir Regte, Universiteit van die Witwatersrand

Abstract

Constitutional damages as “nominal” and “aggravated” damages in urgent applications

The case of *Ngomane* tells the story of how the Johannesburg municipality removed and destroyed the possessions of homeless people without lawful authority. The victims of this unlawful conduct brought an urgent application for the return of the property, return of similar substituted items, and/or further relief. One of the questions before the court was whether the further or alternative relief requested could include an award of damages. On the damages front, the High Court found its hands tied because a claim for unliquidated damages at common law is not allowed in urgent application proceedings. Furthermore, it found that a claim for constitutional damages would be too difficult to determine on the facts before it. In the Supreme Court of Appeal, the common-law-damages claim was similarly dismissed but an award for constitutional damages was made. The reason for this was ultimately that the constitutional rights to property and dignity of the homeless people were violated and so an appropriate and effective remedy had to follow. Despite the difficulty of assessing the extent of damage (given the vagueness of the descriptions of property and the probable low economic value of such property) the court awarded what I argue to be “nominal damages” for the property damage. Additionally, the court awarded what I call “aggravated damages” for the dignity infringement attached to the intentional and wanton disrespect shown to the affected community. In this case discussion, I argue that this award for constitutional damages ought to be welcomed to the extent that constitutional damages (as nominal and aggravated damages) were awarded in this case to bridge the gap between an inadequate law of civil procedure and the effective vindication of constitutional rights. However, I also argue that the scope of the judgment should be restricted to urgent applications on similar facts.

Keywords: aggravated damages; constitutional damages; damages; delict; nominal damages; transformative constitutionalism

Trefwoorde: delik; grondwetlike skadevergoeding; nominale skadevergoeding; skadevergoeding; transformatiewe grondwetlikheid; verswaarde skadevergoeding

1. Inleiding

Die verhaal van *Ngomane v Johannesburg (City)* 2020 1 SA 52 (HHA) speel af op die middelmannetjie onder die R31-snelwegbrug op Endstraat in Johannesburg. 'n Hawelose gemeenskap het onder hierdie brug vir hulself 'n tuiste geskep. Hul beddens is uit bokse en plastiekvelle of ou matrasse gemaak. "Kamers" is met houtpalette afgebaken. Soggens, wanneer die gemeenskap die strate ingevaar het op soek na werk, is die kamers en beddens afgetakel en netjies op die middelmannetjie gepak, saam met die gemeenskap se ander besittings wat kos, klere, komberse en stukkende tasse ingesluit het (parr. 1–2).¹

Op 'n dag het die Johannesburgse Metropolisie by die middelmannetjie opgedaag, die besittings van die hawelose mense op 'n trok gelaai en toe verdwyn. Dit was onduidelik of die gemeenskapslede deur die beamptes uitgeskel is en of sommige van hulle met pepersproei bygekom is. Desnieteenstaande vind hierdie geval sonder 'n hofbevel en sonder enige betekenisvolle deelname van die betrokke gemeenskap plaas (par. 3). Die voorval word deur 'n barmhartige omstander op video opgeneem. Die video wys hoe die beamptes die hawelose gemeenskap se matrasse, komberse, tasse en rugsakke onverskillig en onbedagsaam op die trokke gooi (par. 6). Die hof *a quo* bevind dat die video ook aantoon dat die beamptes moes besef het dat die items wat op die trokke gegooi is van 'n "huishoudelike aard" vir die hawelose mense sou wees (par. 7).

Die stad se verduideliking vir die gedrag van die beamptes is dat hulle besig was met 'n "skoonmaakoperasie", waar slegs "vullis" verwyder is en geen "waardevolle items" weggeneem is nie. Die verwydering van rommel in openbare plekke deur die stad se beamptes word deur die stad se munisipale wetgewing toegelaat. Die stad is verder van mening dat geen uitsetting of slooping van enige wonings plaasgevind het nie (par. 5).

Die hawelose gemeenskap vereis op 'n dringende basis dat die stad die goedere waarop beslag gelê is, terug moet gee, of dat soortgelyke goedere aan die gemeenskap gegee word, tesame met enige ander verligting wat die hof bereid is om toe te ken.

In wat volg word die uitspraak van die Johannesburgse Hoë Hof kortliks bespreek. Die hof het bevind dat die hawelose gemeenskap nie met enige eis ten opsigte van hul eie regte kon slaag nie. Hierdie uitspraak kan as "grondwetlik gebrekkig" bestempel word. Dit beteken ruweg dat die hof die saak beslis volgens 'n regsmetode ingevolge die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 sonder dat die substantiewe waardes en transformatiewe visie van die Grondwet verwerklik word (sien bv. Zitzke 2016:105; Zitzke 2018a:498; Zitzke 2018b:182–3).

Daarna word die uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl bespreek, waarin grondwetlike skadevergoeding aan die hawelose gemeenskapslede toegeken is. Hierdie uitspraak vertoon 'n duideliker grondwetlike glans.

Alhoewel hierdie uitsprake sekerlik die meeste gevolge vir die sakereg inhou, is die fokus van hierdie bydrae op die gevolge van die gewysdes vir die deliktereg. Die uiteindelijke doel van hierdie bydrae is om die Hoogste Hof van Appèl se redenasie ten opsigte van die grondwetlike skadevergoedingsvraagstuk beter te verstaan en moontlik in sekere opsigte te verdedig. Die twee vorme van die grondwetlike skadevergoeding wat by 'n dringende aansoek ter sake blyk te wees, is na my mening “nominale skadevergoeding” (*nominal damages*) en “verswaarde skadevergoeding” (*aggravated damages*).

2. Hoë Hof

Die Hoë Hof het in *Ngomane v City of Johannesburg Metropolitan Municipality* 2017 JDR 0822 (GJ) teen die applikante se eerste twee bedes bevind. Die hawelose gemeenskap kan nie ingevolge die mandament van spolie die teruggawe van hul besittings eis nie omdat die beskrywing van die sake te vaag is en omdat die goedere reeds na vullishope geneem is. Die regsbeginsel is dat sake wat vernietig is nie deur die besitsherstelbevel ingevolge die mandament geëis kan word nie (parr. 12–13). Die hof bevind ook dat die eis vir lewering van plaasvervangende goedere deur geen regsbeginsel ondersteun kan word nie (par. 15). Of hierdie bevindings aangaande die sakereg korrek is of nie, val buite die omvang van hierdie bespreking.

Die hof verduidelik dan dat die toepaslike remedie in beginsel 'n deliktuele aksie vir skadevergoeding behoort te wees. Volgens die siviele prosesreg kan daardie skadevergoedingseis egter nie op 'n dringende basis versoek word nie. Alhoewel hierdie eis in beginsel tot die applikante se redding sou kon kom, sou die eis egter waarskynlik in praktiese terme nie slaag nie aangesien die besittings van die hawelose mense min of geen waarde gehad het nie en omdat die goedere in generiese terme in die hofstukke beskryf is sonder enige betekenisvolle besonderhede om die waarde daarvan te kon bepaal (par. 15).

Die onwaarskynlikheid dat die hawelose mense met 'n deliktuele eis sou slaag, gekoppel aan die dringendheid om hul omstandighede te verlig, lei dan die hof om te fokus op die diskresie van die hof om na goeddunke verligting te skenk. Twee belangrike remedies word in hierdie opsig oorweeg.

Die eerste alternatiewe remedie is om grondwetlike skadevergoeding vir die verwydering van die besittings van die hawelose mense toe te ken. Die hof bevind eenvoudig dat die remedie in hierdie geval onvanpas was omdat die hof verdere bewyse en argumente aangaande beleidsoorwegings oor hierdie remedie verlang het (par. 36). Hoekom die hof nie *mero motu* die toepaslike beleidsoorwegings kon oorweeg nie, is onduidelik.

Die tweede alternatiewe remedie is om 'n bevel *nisi* uit te reik waarvolgens die hof duidelike voorskrifte bepaal oor die prosedure wat gevolg moet word wanneer die stad beslag wil lê op die besittings van hawelose mense. Die voorskrifte is daarop gemik om meer respek vir die hawelose mense te betoon. Dit omvat redelike navraag aangaande die identiteit van die haweloses, waar daardie persone hulle bevind, die opberging van die besittings in plaas van die vernietiging daarvan en relevante kennisgewings oor waar die opgebergde sake gevind kan word (par. 39). Volgens die hof was dit die enigste gepaste remedie.

Die bevel *nisi* is sekerlik 'n bevinding wat verwelkom kan word aangesien dit in die praktyk die rol van 'n *mandamus* vervul, waarvolgens die regte van hawelose mense in die toekoms beter beskerm sal kan word, veral in hierdie geval waar voor-die-hand-liggende stappe nie gedoen is om die goedere en menswaardigheid van hawelose mense te beskerm nie. Ongelukkig is hierdie uitspraak egter minder indrukwekkend met betrekking tot die vraag oor grondwetlike skadevergoeding.

As 'n vertrekpunt, word die hof se bevindings aangaande die ontoepaslikheid van 'n deliktsaksie in hierdie geval ondersteun. Volgens ons siviele prosesreg kan 'n eis vir ongelikwiderde skadevergoeding nie as 'n dringende aansoek gebring word nie. Dit is hoofsaaklik omdat sodanige aansoeke in beginsel handel oor gevalle waar die feite van die saak betwis word (sien bv. Theophilopoulos e.a. 2012:130). Gegewe die dringende aard van hierdie geval – waar die heenkome en slaapplek van die hawelose mense vir die volgende nag op die spel is – laat die verwerping van die deliktuele eis (op grond van die prosesreg) die hawelose gemeenskap in 'n ondraaglike toestand, veral omdat dit voor die hand liggend is dat hul eiendomsreg en menswaardigheid aangetas is.

Selfs al kon die hawelose gemeenskap in hierdie geval op 'n dringende basis 'n deliktuele eis instel, moet die hof gelyk gegee word dat die slagoffers sou sukkel om die waarde van hul vernietigde besittings te bewys, wat op 'n oorwig van waarskynlikheid bewys moet word (sien bv. *Jowell v Bramwell-Jones* 2000 3 SA 274 (HHA) par. 22).

As daar aanvaar kan word (1) dat die siviele prosesreg aanvaarbaar is ten opsigte van dringende aansoeke en die verhouding daarvan met eise vir skadevergoeding, (2) dat die hawelose gemeenskap in die praktyk nie met sukses 'n normale, nie-dringende deliktsaksie sal kan instel nie en (3) dat die eiendomsreg en menswaardigheid van die hawelose gemeenskap aangetas is, dan behoort daar ingevolge artikel 38 van die Grondwet 'n ander doeltreffende en voldoende remedie geskep te word om tot die redding van die slagoffers te kom.

Die Suid-Afrikaanse reg verskaf geen duidelikheid oor presies wanneer grondwetlike skadevergoeding toegeken behoort te word nie. 'n Paar beginsels oor wanneer grondwetlike skadevergoeding onvanpas is, is egter duidelik. Na die beslissing in *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 3 SA 786 (KH) staan dit vas dat grondwetlike skadevergoeding nie toegeken sal word om die staat deur middel van skadevergoeding te straf nie. Daar is ook gesag dat waar ander effektiewe remedies vir die skending van menseregte bestaan (soos bv. gemeenregtelike skadevergoeding), daardie remedies eerder gebruik moet word in plaas daarvan om grondwetlike skadevergoeding toe te ken (sien bv. *Minister of Police v Mboweni* 2014 6 SA 256 (HHA)), terwyl ander hofsake die standpunt huldig dat grondwetlike skadevergoeding 'n remedie van eerste rang kan wees (sien bv. *MEC for the Department of Welfare, Eastern Cape v Kate* 2006 4 SA 478 (HHA)). Die spesifieke elemente wat bewys moet word om te slaag met 'n eis vir grondwetlike skadevergoeding bly egter steeds onduidelik. In *President of the Republic of South Africa v Modderklip Boerdery* 2005 5 SA 3 (KH) is grondwetlike skadevergoeding byvoorbeeld toegeken sonder enige direkte verwysing na skuld, onregmatigheid en kousaliteit. In daardie geval het die hof die volgende faktore in ag geneem om die aanspreeklikheid vir grondwetlike skadevergoeding te bevestig: die ongrondwetlike skending van 'n grondwetlike reg (parr. 38–51); die benarde omstandighede en swaarkry van die betrokke partye; die staat se algemene onhulpvaardigheid (par. 53); en die gebrek aan ander doeltreffende remedies (parr. 61–4). Hierdie faktore aangedui in *Modderklip* moet ten minste in ag geneem word om te bepaal of grondwetlike skadevergoeding in die geval van *Ngomane* 'n gepaste remedie sou

wees. In *Ngomane* is die onmiddellike toekomstige swaarkry van die hawelose gemeenskap duidelik genoeg, asook die staat se onsimpatieke houding teenoor die slagoffers. Die enigste uitstaande kwessie is die ongrondwetlike skending van die grondwetlike regte van die slagoffers.

In handveslitigasie word 'n tweestapondersoek soos volg gedoen (sien Chaskalson e.a. 2013:7). Daar moet eerstens bevestig word dat 'n grondwetlike reg geskend is, sodat 'n *prima facie* saak uitgemaak kan word. Toegepas op *Ngomane* is die vraag dan of die grondwetlike eiendomsreg en die reg op menswaardigheid *prima facie* deur die staat geskend is. Indien wel, is die volgende stap, ingevolge artikel 36 van die Grondwet, of daardie skending van die regte (wat effektief 'n beperking van die regte is) geregverdig kan word in 'n oop en demokratiese samelewing gegrond op die waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid. (Terloops, hierdie tweestapondersoek van handveslitigasie is 'n interessante weerspieëling van die gemeenregtelike bepaling van onregmatigheid waar 'n regsbelang geskend is, soos verduidelik deur Neethling en Potgieter 2015:45.)

Om te bepaal of die vernietiging van die besittings van die hawelose mense op 'n skending van artikel 25 van die Grondwet neerkom, moet volgens Slade (2019:37) die spesifieke metodologie vir grondwetlike eiendomsregtelike dispute gevolg word soos neergelê in *First National Bank of South Africa t/a Wesbank v Commissioner, South African Revenue Service; First National Bank of South Africa t/a Wesbank v Minister of Finance* 2002 4 SA 768 (KH) (hierna "FNB"). Hier sal in die besonder op artikel 25(1) van die Grondwet gefokus word.

Daardie artikel bepaal: "Niemand mag eiendom ontnem word nie behalwe ingevolge 'n algemeen geldende regsvoorskrif, en geen regsvoorskrif mag arbitrêre ontneming van eiendom veroorloof nie." *Ontneming* word in FNB (par. 57, my vertaling) beskryf as "enige inmenging met die gebruik, genot of benutting van privaat eiendom". Onlangs het die Konstitusionele Hof in die deliktuele aangeleentheid van *Loureiro v iMvula Quality Protection* 2014 3 SA 394 (KH) par. 56 verklaar dat die veroorsaking dat goedere onopspoorbaar verdwyn, wat tradisioneel onder die beginsels vir Aquiliese aanspreeklikheid verhaalbaar is, op 'n skending van die grondwetlike beskerming van eiendomsreg neerkom. Die duidelikste voorbeeld van ontneming moet sekerlik die verwydering en vernietiging van iemand se goedere wees. Dus kan daar geargumenteer word dat die handeling van die stad in *Ngomane* op 'n ontneming van eiendomsreg neerkom.

Slade (2019:39) verduidelik dat daar drie komponente aan hierdie grondwetlike bepaling oor ontneming verbonde is. Eerstens moet bepaal word dat die saak of sake in dispuut "eiendom" vir doeleindes van artikel 25 is. Tweedens is die vraag of 'n algemeen geldende wet die ontneming toelaat. Derdens is die vraag of die ontneming volgens daardie wet arbitrêr is al dan nie. Indien daar 'n skending van artikel 25(1) was, is die volgende stap, soos alreeds hier bo aangedui, om te bepaal of die skending ingevolge artikel 36 van die Grondwet geregverdig kan word. As die skending van artikel 25(1) nie volgens die beperkingsklousule geregverdig kan word nie, is die beperking ongrondwetlik (FNB parr. 58–9).

Die grondwetlike beskerming van die eiendomsbegrip strek baie verder as net onroerende goedere. In FNB (par. 48–56) bepaal die Konstitusionele Hof dat liggaamlike, roerende sake soos motors binne die soepele betekenis van grondwetlike eiendom val. Dus sou die matrasse, komberse en rugsakke van die hawelose mense in *Ngomane* ook grondwetlike beskerming as eiendom geniet.

Die verwydering en vernietiging van vullis word deur munisipale wetgewing toegelaat (sien Stad van Johannesburg Metropolitaanse Munisipaliteit Publieke Gesondheid Munisipale Wetgewing, gepubliseer onder Kennisgewing 830 in die Gautengse Provinsiale Buitengewone Koerant Nommer 179 van 21 Mei 2004). Hierdie munisipale wetgewing verwys egter nie na die verwydering en vernietiging van die goedere van hawelose mense wat op sypaadjies of soortgelyke plekke gelos is nie. Om hul goedere as “vullis” te beskryf, is onsensitief, onmenslik en onakkuraat. Net omdat iets dalk vuil of van min waarde is, beteken nie noodwendig dat dit vullis is nie. Goedere word vir doeleindes van die sakereg as ’n saak geklassifiseer, selfs al het dit slegs sentimentele en nie finansiële waarde nie (Muller e.a. 2019:26). “Vullis”, soos die term in die munisipale wetgewing gebruik word, kan moontlik regtens gelykstaan aan *res derelictae*. Die besittings van die hawelose mense wat op die middelmannetjie gelos is, kan nie as *res derelictae* bestempel word nie: sowel fisiese beheer as die *animus possidendi* moet laat vaar word voordat die saak as verlate beskou kan word (Muller e.a. 2019:305–6), en in *Ngomane* is die *animus* duidelik nooit laat vaar nie. Dus is die “algemene regsvoorskrif” waarop die munisipaliteit blykbaar gesteun het as gesag vir die vernietiging van die eiendom nie van toepassing op hierdie geval nie. Dit dui daarop dat die munisipaliteit die ontneming sonder enige wetlike gesag bewerkstellig het. Die vraag oor die arbitrêre aard van die wetgewing ontstaan gevolglik nie. Derhalwe was daar ’n *prima facie* skending van artikel 25(1) van die Grondwet.

Die vraag is dan of die munisipaliteit kon slaag met ’n argument dat hierdie beperking van die reg teen ontneming ingevolge die beperkingsklousule geregverdig kan word. Artikel 36(1) van die Grondwet maak voorsiening dat eiendomsregte deur middel van algemeen geldende regsvoorskrifte beperk kan word. Aangesien die munisipaliteit op geen wetlike bepaling staat kon maak om hul gedrag te regverdig nie, was die ontneming nie geregverdig nie. Ingevolge artikel 36(2) is die beperking van eiendomsreg in *Ngomane* dus ongrondwetlik.

Omdat daar geen algemeen geldende regsvoorskrif is waarvolgens die eiendomsreg ontnem is nie, sou hierdie ontneming ook nie kon neerkom op ’n grondwetlike onteiening soos beoog deur artikel 25(2) van die Grondwet nie.

Soos vroeër gemeld, is daar onduidelikheid in ons reg oor watter elemente bewys moet word om te slaag met die eis om grondwetlike skadevergoeding. Selfs ingevolge die gemeenregtelike deliktereg is dit egter in hierdie geval duidelik dat oorsaaklikheid, skuld en onregmatigheid teenwoordig is. As die stad nie die goedere vernietig het nie, sou die logiese gevolg daarvan op ’n oorwig van waarskynlikheid wees dat die hawelose mense nog in besit van hul goedere sou wees. Dus is daar ’n feitlike skakel tussen die handeling en die skade (sien *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) par. 41). Daar is ’n noue, selfs direkte, feitlike verband tussen die stad se optrede en die grondwetlike skade wat deur die slagoffers gely is. Die gevolgtrekking dat die stad se handeling hier die regsorsaak van die skade was, sou nie onregverdig of onbillik wees nie (sien *Fourway Haulage SA v SA National Roads Agency* 2009 2 SA 150 (HHA) parr. 30–5; *mCubed International v Singer* 2009 4 SA 471 (HHA) par. 27). Die stad se werkers het met *dolus directus* opgetree (Neethling en Potgieter 2015:133), deur positiewe daade en sonder enige geldige regverdigingsgronde. Volgens die gemenerereg sou hierdie tipe handeling waarskynlik as onregmatig bestempel word (sien Fagan 2019:244). Die oorweldigende prentjie wat geskets word, is ’n beleidsargument ten gunste van aanspreeklikheid vir grondwetlike skadevergoeding.

'n Soortgelyke argument kan geopper word oor die beweerde pepersproei en skeltaal waarmee die hawelose mense hanteer is wat hul menswaardigheid betref. Die beweerde hardhandige behandeling van die hawelose mense in hierdie geval sou hul sin van eiewaarde aantas wat, volgens *Le Roux v Dey* 2011 3 SA 274 (KH) (par. 138), beskerm word deur die reg op menswaardigheid in artikel 10. As daar geen wettige gesag was vir die verwydering en vernietiging van die goedere van die hawelose mense nie (soos hier bo verduidelik), het die hawelose mense die reg gehad om daarteen te protesteer aangesien dit 'n onregmatige aanval op hul goedere was (*Naude & Du Plessis v Mercier* 1917 AD 32, 37–8). Gevolglik was enige mondelinge of fisieke aanvalle op die hawelose mense sonder enige regverdiging (wat in 'n oop en demokratiese samelewing aanvaar kan word) en dus ongrondwetlik.

Die uiteinde is dan dat die eiendomsreg en die reg op menswaardigheid van die hawelose mense ongrondwetlik deur die stad beperk is en dat hierdie mense dringend geregtig was op praktiese hulp.

Dit is onduidelik waarom die hof nie bogenoemde beleidsoorwegings kon oorweeg en grondwetlike skadevergoeding toeken nie. Die gevolg is dat grondwetlike regte geskend is sonder enige effektiewe remedie. *Ubi ius ibi remedium* word in die agtergrond geneurie (sien bv. *Engelbrecht v RAF* 2007 6 SA 96 (KH) par. 21). Dit is om hierdie rede dat die uitspraak van die Hoë Hof as grondwetlik gebrekkig bestempel kan word: Daar word dikwels na die Grondwet verwys, en die menseregterlike politoer word dus dik aangesmeer, maar die grondwetlike vereiste vir 'n doeltreffende remedie in die geval van 'n skending van regte is afwesig. Die poging om die bepalings van die Grondwet toe te pas, word verwelkom maar die resultate van die toepassing laat veel te wense oor. Daarvoor moet 'n mens gaan soek in die appèlhofuitspraak, wat volgende bespreek word.

3. Hoogste Hof van Appèl

Regterpresident Maya, wat die eenparige uitspraak van die hof lewer, bevestig die bevindings van die Hoë Hof dat die mandament van spolie nie toepaslik is in 'n geval waar roerende sake vernietig is nie (par. 18). Om redes wat nie heeltemal duidelik is nie, bevind die hof ook dat 'n vervanging van die vernietigde sake in hierdie geval nie toegeken sou kon word nie (par. 20). Die sakeregterlike kwessies daargelaat, vestig die hof dan die aandag op die grondwetlike skadevergoedingsaangeleentheid.

Die hof het die toegewing deur die stad dat die verwydering en vernietiging van die hawelose mense se roerende sake onregmatig was (par. 14), verwelkom (par. 18). Oor die mondelinge en fisieke aanvalle op die hawelose mense bevind die hof egter dat die videomateriaal van die voorval geen aanranding of mishandeling aantoon nie (par. 13). Volgens die hof kan daar dus nie aanvaar word dat sodanige aanvalle wel plaasgevind het nie.

Daar word egter bevind dat die stad die eiendomsreg van die haweloses arbitrêr (willekeurig) ingevolge artikel 25(1) van die Grondwet ontnem het, asook dat artikel 14(c) oortree is wat die beslaglegging op besittings ingevolge die reg op privaatheid verbied. Hierdie kombinasie van die eiendoms- en privaatheidskendings dui “minagting” en “vernedering” aan wat “ontsteltenis” veroorsaak het en wat in 'n grondwetlike menswaardigheidskending beliggam word (par. 21).

Gevolgtlik is die stad se gedrag ten opsigte van die hawelose mense onregmatig en ongeldig ingevolge artikel 172 van die Grondwet, wat gepaste regshulp ingevolge artikel 38 van die Grondwet verlang. Die *Fose*-saak word aangehaal om te beklemtoon dat howe 'n wye diskresie het om te bepaal watter regshulp in 'n gegewe geval gepas sal wees, wat nuwe grondwetlike remedies kan insluit (par. 22).

Die hof eggo die Hoë Hof se sienings oor die waarskynlike mislukking van 'n toekomstige gemeenregtelike deliksaksie omdat die eiendom se waarde baie laag is en die roerende goedere nie duidelik beskryf kon word nie (parr. 24–5). Hierdie feit, gekoppel aan die dringende nood van die hawelose mense as gevolg van die grondwetlike skade wat hulle opgedoen het, veroorsaak dat die hof grondwetlike skadevergoeding toeken. Die hawelose mense was bereid om R1500 elk te aanvaar vir die “verlies van hul eiendom en die onreg wat hulle gely het” (par. 26, my vertaling) en wat die hof sien as die skending van hul eiendomsreg en menswaardigheid (par. 27). Die bevel *nisi* van die Hoë Hof bly in stand ten spyte van hierdie bevinding. Dus word daar sowel herstellende (oftewel korrektiewe) geregtigheid as toekomsgerigte regshulp verleen. Soos reeds in deel 2 van hierdie bydrae voorgestel, word die toekenning van grondwetlike skadevergoeding deur die hof verwelkom. Na *Ngomane* moet daar egter gevra word onder watter omstandighede hierdie tipe grondwetlike skadevergoeding vir die krenking van eiendomsreg en menswaardigheid toegeken behoort te word.

'n Leser mag byvoorbeeld wonder of daar nou twee gelyklopende strome van skadevergoeding in ons reg bestaan waarvolgens 'n eiser in die algemeen mag kies tussen 'n eis vir grondwetlike skadevergoeding en eise gebaseer op die gemeenregtelike *lex Aquilia* en *actio iniuriarum*. Om redes wat binnekort duidelik sal word, is my argument dat die *Ngomane*-konstruksie van grondwetlike skadevergoeding beperkend uitgelê moet word om slegs op 'n eng spektrum van gevalle van toepassing te wees waar die gemenerereg en/of siviele prosesreg in die pad staan van die doeltreffende beskerming van die regte van delikslagoffers.

Dit beteken nie dat die *Ngomane*-saak van min waarde is nie. Die uiteinde van *Ngomane* is 'n briljante voorbeeld van die waarde wat die Grondwet kan toevoeg tot ons begrip van aanspreeklikheid vir die skending van regte waar die gemenerereg en siviele prosesreg ten koste van weerlose mense in ons gemeenskap te kort skiet.

In die volgende deel van hierdie bydrae verduidelik ek eers in meer besonderhede wat presies die beperkende uitleg van *Ngomane* moet behels. Daarna verduidelik ek waarom *Ngomane* nie as gesag aanvaar behoort te word vir die skepping van 'n gelyklopende stroom van skadevergoeding nie. Ruweg is my betoë vir 'n beperkende uitleg van *Ngomane* slegs dat die beginsels nie noodwendig 'n verwarring en ontworteling in ons reg behoort te bewerkstellig nie. Soos wat die regsfilosoof Karl Klare verduidelik (1998:150), word die Suid-Afrikaanse regstelsel onder die Grondwet bestempel as “transformatief” (dit wil sê, progressief en ontwikkelingsbehoefstig). Transformasie, volgens Klare, val iewers tussen die ekstreme etikette van “revolusie” (waar huidige regsbeginnels en strukture heeltemal vernietig word) en “bewaring” (waar bestaande regsbeginnels en strukture minimaal ontwrig word).

4. 'n Beperkende toepassing van die *Ngomane*-toekenning

My argument is dat die *Ngomane*-saak slegs van toepassing behoort te wees op die volgende feitlike konstruksie:

- a. 'n Dringende aansoek waar 'n bede vir ongelikwiderde skadevergoeding, aan die hand van die gemeenregtelike deliktereg, sivielprosesregtelik ontoelaatbaar is (die uitvloeisel is dus dat *Ngomane* nie van toepassing behoort te wees op nie-dringende aksies waar 'n gemeenregtelike remedie toelaatbaar is nie);
- b. Die geval handel oor saakvernietiging wat neerkom op 'n onregverdige ontneming van eiendomsreg wat ongrondwetlik is (die uitvloeisel is dus dat *Ngomane* nie van toepassing behoort te wees op gevalle waar die mandament van spolie of 'n soortgelyke remedie van toepassing kan wees nie); en
- c. Die saak wat vernietig is, het min ekonomiese waarde en/of dit is moeilik om die presiese waarde van die saak te bepaal; dus sal 'n deliktuele aksie waarskynlik onsuksesvol wees.

Die reël is dat op hierdie feitlike konstruksie grondwetlike skadevergoeding aan gegriefde applikante toegeken mag word in die vorm van nominale skadevergoeding en/of verswaarde skadevergoeding.

Die begrip *nominale skadevergoeding* word aan die Anglo-Amerikaanse reg ontleen. Wanneer 'n reg gekrenk is maar die skade minimaal is of die bewyse van die omvang van die skade onduidelik of onvoldoende is, bepaal die Anglo-Amerikaanse reg dat 'n klein bedrag skadevergoeding aan die slagoffer toegeken moet word as 'n openbare en simboliese erkenning en beskerming van daardie reg (sien bv. Bauer 1935:133; Okpaluba 2012:135). Die klein bedrag skadevergoeding kan in Amerika so min as een dollar wees (Grealish 2018:734). In die *Ngomane*-geval was die toekenning van grondwetlike skadevergoeding vir die vernietiging van eiendom egter nie bloot 'n simboliese gebaar nie. ('n Verklaring van regte volgens artikel 38 van die Grondwet kan in ons reg daardie simboliese doel dien.) In *Ngomane* was 'n billike dog klein bedrag toegeken wat 'n skadevergoedende funksie vervul het, alhoewel vir 'n onbepaalbare omvang van skade. Die skadevergoedende funksie van hierdie toekenning het 'n wesenlike impak op die heenkome van die hawelose mense in *Ngomane* gehad, en was dus nie bloot simbolies van aard nie. Al het die hof nie die terminologie van *nominale skadevergoeding* gebruik nie, blyk dit dat dit nie vreemd sal wees om voor te stel dat die hof hierdie tipe skadevergoeding, ontleen aan die vreemde reg, deur middel van die Grondwet toegeken het nie.

Hierdie toekenning van grondwetlike vergoeding vir nominale skade dui op 'n belangrike ontwikkeling van ons reg. Die standpunt van Neethling en Potgieter (2015:245) is dat die huidige gemeenregtelike deliktereg nie nominale skade vergoed nie. Dendy (2018:12, 22) voer egter aan dat daar gesag in die Suid-Afrikaanse gemeenregtelike deliktereg is vir die toekenning van vergoeding van nominale skade, maar dat dit in die onlangse geskiedenis prakties in onbruik verval het omdat die howe sedert 1935 verklarings van regte mag uitreik. Of die gemenerereg in die toekoms ontwikkel moet word om, in die loop van 'n nie-dringende aksie, vergoeding van nominale skade toe te laat in gevalle waar die omvang van die skade onduidelik is ten spyte van die aanwesigheid van 'n duidelike regskenning, is 'n vraag wat vir nou daar gelaat kan word.

Maar wat van skadevergoeding waar menswaardigheid aangetas word? Weereens word 'n analogoog in die Anglo-Amerikaanse reg gevind wat voorsiening maak vir die toekenning van *aggravated damages* oftewel verswaarde skadevergoeding. Beever (2003:89) verduidelik dat wanneer sekere *torts* gepleeg word, daar 'n gelyktydige krenking van menswaardigheid plaasvind. Berryman (2004:1521) gaan so ver as om te beweer dat hierdie menswaardigheidsfokus van verswaarde skadevergoeding die huidige toonaangewende perspektief van die begrip is. Omdat die Engelse reg nie 'n aparte delikseis vir menswaardigheidskendings erken nie (Murphy 2010:360), word hierdie vorm van skadevergoeding dan bykomend tot die "gewone" skadevergoeding toegeken as 'n indirekte vorm van die erkenning van menswaardigheid.

Vir Beever (2003:92) bestaan die menswaardigheidskrenking hier nie in die krenking van die slagoffer se gevoel van selfwaarde nie. Ons het dus nie te doen met die Suid-Afrikaanse klassieke begrip van menswaardigheid onder die *actio iniuriarum* nie. Die krenking hier gaan oor die slagoffer se objektiewe waarde en morele reg op respek wat veral geskend word wanneer 'n dader opsetlik die regte van 'n ander verontagsaam (Beever 2003:89; Murphy 2010:362). Opsetlike onregmatige dade omvat 'n absolute minagting van die slagoffer se regte; met ander woorde, dit is asof die dader glo dat die slagoffer glad nie die betrokke reg het nie. Dit is dus moontlik in die Engelse reg dat verswaarde skadevergoeding vir die krenking van menswaardigheid toegeken kan word selfs in gevalle van opsetlike saakbeskadiging (Murphy 2010:369) terwyl die Suid-Afrikaanse gemeenregtelike deliktereg wegskeur daarvan om 'n skakel tussen menswaardigheid en eiendom te erken (sien bv. *Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Warneke* 1911 AD 657, 665). Die idee blyk dus te wees dat die verswaarde skadevergoeding 'n aanvullende rol speel by die toekenning van vergoeding vir gewone vermoënskade of nie-vermoënskade. Verswaarde skadevergoeding in 'n geval van saakbeskadiging kan dus 'n analoë rol speel as verswarende faktor wat in ag geneem word by die berekening van vergoeding vir nie-vermoënskade onder die *actio iniuriarum* (sien in hierdie opsig ook Bailey 2018:*passim*).

Die Hoogste Hof van Appèl in *Ngomane* beslis dat hardhandigheid aan die kant van die stad en die gebruik van vuil taal nie in hierdie geval bewys kon word nie. Die feite was anders as dié wat in die klassieke voorbeeld van die *actio iniuriarum* van toepassing is. 'n Mens het in *Ngomane* te doen met die objektiewe menswaardigheid van die hawelose mense wat die stad aangetas het deur hul opsetlike en onregmatige dade, of – soos die hof dit uitdruk – die "minagting", "vernedering" en "ontsteltenis" wat in hierdie geval met die opsetlike en onregmatige eiendomsregtelike skending gepaard gegaan het. Dit is op hierdie gebied waar die menswaardigheidskending lê. Of verswaarde skadevergoeding deur 'n ontwikkeling in ons gemeenregtelike deliktereg toegelaat moet word, is 'n vraag wat ons vir eers kan sistap.

Nou dat 'n mens 'n beter begrip het van wanneer die *Ngomane*-beginsel van toepassing behoort te wees, en wat dit in regsvergelykende terme beteken, word daar dalk nog gewonder waarom 'n beperkende interpretasie van *Ngomane* hier voorgestaan word.

Die Konstitusionele Hof het in *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA: in re ex parte President of the Republic of South Africa* 2002 2 SA 674 (KH) par. 44 aangedui dat daar na demokratisering slegs een regstelsel in Suid-Afrika bestaan, naamlik 'n regstelsel onder die gesag van die Grondwet. Daar kan volgens die Konstitusionele Hof nie twee gelyklopende regstelsels bestaan waar een die waardes van die Grondwet omhels en die ander een nie.

Toegepas op die gemeenregtelike deliktereg, beteken dit dat die deliktereg nie 'n ongrondwetlike boodskap mag uitbasuin nie, want daar is vandag slegs een Suid-Afrikaanse regstelsel. Op 'n meer praktiese vlak beteken dit dat die gemeenregtelike deliktereg toegepas moet word solank as wat dit in ooreenstemming met die doelstellings van die Grondwet is. Waar die gemenerereg strydig met enige grondwetlike bepalings is, behoort die gemenerereg ontwikkel te word (sien bv. artt. 8 en 39(2) van die Grondwet). Hierdie interpretasie van 'n beginsel van 'n enkele regstelsel gegrond op *Pharmaceutical Manufacturers* is onlangs ook indirek ondersteun deur die hof in *Mboweni* asook *Komape v Minister of Basic Education* 2020 2 SA 347 (HHA).

In *Mboweni* wou die eisers grondwetlike skadevergoeding eis vir die skending van die reg op ouerlike sorg ingevolge artikel 28. Die Hoogste Hof van Appèl bevind dat die eisers eerder moes steun op gemeenregtelike regshulp in die vorm van 'n eis vir verlies van 'n broodwinner, of, indien daardie remedie te kort skiet aan die gees en doelstellings van die Grondwet, moet die gemenerereg in hierdie rigting ontwikkel word (par. 22).

In *Komape* word betoog dat grondwetlike skadevergoeding toegeken moet word omdat die gemenerereg nie voorsiening maak vir die emosionele verlies (*bereavement of grief*) van 'n familie wat 'n lid onder tragiese, onregmatige omstandighede verloor nie. Die hof bevind dat die gemenerereg wel indirek die emosionele verlies van familieledede in ag neem by die toekenning van skadevergoeding weens 'n emosionele letsel. Gevolglik verskaf die gemenerereg 'n toepaslike en effektiewe remedie sonder dat grondwetlike skadevergoeding benodig word (parr. 57–63; sien ook Neethling 2020:532–3). Die holistiese prentjie wat geskets word, is dat grondwetlike skadevergoeding 'n remedie van laaste rang is wat slegs gebruik mag word waar ander bestaande (en ontwikkelde) remedies prakties ondoeltreffend blyk te wees (sien ook Zitzke 2019:827–9).

5. Slot

In *Ngomane* het die wisselwerking van die prosesreg en gemeenregtelike deliktereg nie tot regshulp vir die slagoffers gelei nie. Om die prosesreg te ontwikkel ten einde voorsiening te maak vir ongelikwiderde skadevergoeding sal moontlik die beginselstruktuur van ons prosesreg ontwrig, wat nie noodwendig die doel van hof-gedrewe grondwetlike regsontwikkeling is nie (sien veral *Carmichele v Minister of Safety and Security* 2001 4 SA 938 (KH) par. 55). Dus was die toekenning van grondwetlike skadevergoeding in werklikheid 'n deliktuele remedie van laaste rang in *Ngomane*. In die geheel, is *Ngomane* se bevinding konsekwent met *Mboweni* en *Komape*, asook wat ons oor die algemeen kan beskryf as 'n grondwetlik-transformatiewe benadering tot bronne van die deliktereg en regshulp. Om daardie redes word die appèlhofuitspraak verwelkom.

Alhoewel ek geargumenteer het dat *Ngomane* slegs van toepassing behoort te wees op 'n eng spektrum van soortgelyke feite, vervul die beslissing 'n belangrike rol deur 'n gaping te vul wat deur die prosesreg en gemeenregtelike deliktereg geskep is waardeur slagoffers van regskenings andersins bedroë sou afkom. *Ngomane* mag egter die grondslag lê vir die ontwikkeling van die gemeenregtelike deliktereg in die toekoms in soverre dit die inlywing van nominale en verswaarde skadevergoeding betref. Ek beklemtoon dat in die geval van nie-dringende aksieprosesse waar nominale en verswaarde skadevergoeding geëis word, 'n gemeenregtelike ontwikkeling eers oorweeg moet word voordat 'n mens op die bus van grondwetlike skade-

vergoeding spring. Dit is egter moontlik 'n transformatiewe ontwikkeling wat ons gemeenregtelike deliktereg nog in die toekoms sal beleef.

Bibliografie

- Bailey, J. 2018. Aggravated damages or additional awards of solatium: A distinction without a difference? *Edinburgh Law Review*, 22(1):29–54.
- Bauer, R.S. 1935. Are small compensatory damages merely nominal? *Notre Dame Lawyer*, 10(2):133–40.
- Beever, A. 2003. The structure of aggravated and exemplary damages. *Oxford Journal of Legal Studies*, 23(1):87–110.
- Berryman, J. 2004. Reconceptualizing aggravated damages: Recognizing the dignitary interest and referential loss. *San Diego Law Review*, 41(4):1521–50.
- Chaskalson, M., G. Marcus en M. Bishop. 2013. Constitutional litigation. In Woolman en Bishop (reds.) 2013.
- Dendy, M. Damages. 2018. *The law of South Africa*. Vol 14. 3de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- Fagan, A. 2019. *Aquilian liability in the South African law of delict*. Kaapstad: Juta.
- Grealish, M.B. 2018. A dollar for your thoughts: Determining whether nominal damages prevent an otherwise moot case from being an advisory opinion. *Fordham Law Review*, 87(2):733–66.
- Klare, K.E. 1998. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, 14(1):146–88.
- Muller, G., R. Brits, Z-Z. Boggenpoel en J.M. Pienaar. 2019. *Silberg and Schoeman's the law of property*. 6de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- Murphy, J. 2010. The nature and domain of aggravated damages. *Cambridge Law Journal*, 69(2):353–77.
- Neethling, J. 2020. Deliktuele vergoeding weens verlies (“bereavement”) as gevolg van 'n sterfgeval in die familie. *LitNet Akademies*, 17(1):527–35. <https://www.litnet.co.za/vonnisbespreking-deliktuele-vergoeding-weens-verlies-bereavement-as-gevolg-van-n-sterfgeval-in-die-familie/>.
- Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2015. *Neethling-Potgieter-Visser law of delict*. 7de uitgawe. Durban: LexisNexis.
-

Okpaluba, C. 2012. Vindictory approach to the award of constitutional and public law damages: Contemporary Commonwealth developments. *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 45(2):127–57.

Slade, B.V. 2019. The effect of avoiding the *FNB* methodology in section 25 disputes. *Obiter*, 40(1):36–46.

Theophilopoulos, C., C.M. van Heerden en A. Boraine. 2012. *Fundamental principles of civil procedure*. 2de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Woolman, S. en M. Bishop (reds.). 2013. *Constitutional law of South Africa*. 2de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Zitzke, E. 2016. Realist evolutionary functionalism and extra-constitutional grounds for developing the common law of delict: A critical analysis of *Heroldt v Wills* 2013 2 SA 530 (GSJ). *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 79(1):103–20.

—. 2018a. A “constitutionally wanting” *obiter* on omissions. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 81(3):497–510.

—. 2018b. “Constitutionally wanting” reasoning in the law of intestate succession: A critique of categorical objectivism, the achievement of inequality, and a jurisprudence of pride. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 1:182–196.

—. 2019. Critiquing the *Komape* decision. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4:814–29.

Eindnota

¹ Vir foto’s van ’n soortgelyke geaffekteerde gemeenskap sien <https://www.timeslive.co.za/news/south-africa/2019-02-19-life-under-the-m2-motorway-in-joburg-filth-drugs-hardship-and-love>.