

Die regsgeldigheid van strafbepalings in die COVID-19-regulasies: 'n akademiese ondersoek

Daniël Eloff en Albert Lamey

Daniël Eloff, Fakulteit Regsgeleerdheid, Akademia en
Albert Lamey, Pretoria-balie

Opsomming

Hierdie artikel het ten doel om die regsgeldigheid van die strafbepalings in die COVID-19-regulasies, uitgevaardig deur die minister van samewerkende regering en tradisionele sake ingevolge die Wet op Rampbestuur, te ontleed. Die sentrale navorsingsvraag is of die minister binne haar magte opgetree het om sodanige strafbepalings te skep, en of hierdie bepalings aan die vereistes van redelikheid, rasionaliteit, en proporsionaliteit voldoen soos vereis deur die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid (PAJA) en die Suid-Afrikaanse Grondwet.

Die ontleding toon dat die strafbepalings in die COVID-19-regulasies, wat statutêre misdrywe insluit, nie aan die vereistes van redelikheid en proporsionaliteit voldoen het nie. Daar word ook bevind dat die minister se instelling van strafbepalings haar magte en bevoegdhede oorskry het. Verder het die implementering van hierdie regulasies nie die fundamentele regte van burgers voldoende in ag geneem nie, wat tot onregverdigde en buitensporige strawwe gelei het. Voorts beklemtoon die artikel die noodsaaklikheid van duidelike en regverdigde regulasies tydens toekomstige nasionale ramptoestande, om te verseker dat regeringsoptrede binne die grense van die wet en sy bevoegdhede bly en individue se regte beskerm.

Trefwoorde: administratiefreg; COVID-19-regulasies; oppergesag van die reg; PAJA; proporsionaliteit; rasionaliteit; regmatigheid; regsgeldigheid; strafbepalings; Wet op Rampbestuur

Abstract

The legality of criminal provisions in the COVID-19 regulations: An academic investigation

The COVID-19 pandemic presented governments worldwide with unprecedented challenges, requiring swift legal and administrative measures to contain the spread of the virus. In South Africa, the Disaster Management Act (DMA) served as the primary legislative framework to introduce and enforce regulations aimed at mitigating the pandemic's impact. Among these regulations were criminal provisions enacted by the Minister of Cooperative Governance and Traditional Affairs (hereafter "the minister"), raising significant legal questions about their validity, reasonableness, and proportionality.

This article investigates the legal validity of the criminal provisions contained in the COVID-19 regulations, assessing whether the minister acted within her powers in enacting such provisions and whether these measures complied with administrative justice principles under the Promotion of Administrative Justice Act (PAJA) and the South African Constitution. Although the COVID-19 pandemic is over and steps have been taken to pardon individuals convicted under these regulations, the inquiry remains crucial for future governance in disaster management scenarios.

The DMA was enacted to provide a comprehensive framework for disaster preparedness, response, and recovery. Section 27 of the DMA empowers the minister to declare a national state of disaster and to issue regulations necessary to address the disaster's effects. However, the power to create criminal offences and impose penalties within delegated legislation remains contentious, particularly when measured against statutory limitations and constitutional principles.

A crucial interpretative distinction exists between section 27(4) and section 59(3) of the DMA. While section 59(3) explicitly authorises the prescription of penalties, including imprisonment, for contraventions of regulations, section 27(4) does not expressly provide for imprisonment, merely stating that penalties may be prescribed. This distinction raises the question of whether the minister had the authority to create statutory offences and impose custodial sentences under regulations enacted pursuant to section 27(2).

Under established legal principles, where legislation is silent on the ability to create criminal offences, courts have generally held that such power cannot be inferred. The doctrine of prohibiting *ultra vires* government action, which prohibits government officials from acting beyond their statutory mandate, is particularly relevant in this analysis. The jurisprudence in *Rex v Magano and Madumo* 1924 TPD 129 and *Rex v De Beer* 1930 TPD 329 underscores the principle that a delegated authority cannot create criminal offences without clear legislative authorisation.

In the wake of the COVID-19 pandemic, South African courts were called upon to assess the constitutionality of various lockdown regulations. In *Esau v Minister of Cooperative Governance* 2021 3 SA 593 (SCA), the court affirmed that regulations issued under the DMA constitute administrative action subject to judicial review under PAJA. This ruling reinforced that such regulations must comply with principles of legality, reasonableness, and proportionality. The principle of legality, a cornerstone of constitutional governance, mandates that state action must be rationally connected to a legitimate governmental purpose and must not exceed the legal limits imposed by enabling legislation. In *Fedsure Life Assurance Ltd v Greater Johannesburg*

Metropolitan Council 1999 1 SA 374 (CC), the Constitutional Court emphasised that all government actions, including those taken under delegated legislative authority, must be confined to the powers granted by law. The imposition of criminal penalties under the COVID-19 regulations, without explicit statutory authority, raises concerns about compliance with this principle.

Additionally, the COVID-19 regulations introduced criminal offences for conduct such as failure to wear masks, violating curfews, and purchasing alcohol during restricted periods. The broad scope of these offences and the severe penalties attached to them prompted criticism regarding their proportionality. The application of criminal records for these offences exacerbated socio-economic hardships, as individuals faced employment and travel restrictions due to convictions stemming from regulatory infractions rather than inherently criminal conduct.

South Africa is not unique in grappling with the legality of COVID-19-related penalties. In Australia, similar issues arose in cases where the courts scrutinised the validity of fines issued under COVID-19 public health orders. The Australian courts found that penalty notices failed to specify statutory provisions underpinning the alleged offences, rendering them procedurally defective.

Unlike South Africa, where courts focused on the substantive legality of criminal provisions within delegated regulations, Australian jurisprudence primarily examined procedural deficiencies in the issuance of fines. This distinction highlights a fundamental divergence in legal approaches: South African courts have assessed the minister's authority to create offences, whereas Australian courts have concentrated on ensuring that enforcement mechanisms comply with due process requirements.

A critical aspect of the inquiry into the validity of the COVID-19 criminal provisions is their proportionality. PAJA requires that administrative actions be reasonable, rational, and proportional to the objectives they seek to achieve. In *Affordable Medicines Trust v Minister of Health* 2006 3 SA 247 (CC), the Constitutional Court emphasised that laws and regulations must be clear, accessible, and minimally restrictive of fundamental rights.

In *Khosa v Minister of Defence*, [2020] ZAGPPHC 147, the court highlighted the disproportionate impact of COVID-19 enforcement measures, noting that over 400 000 people had been arrested for regulatory infractions, often leading to unjustified criminal records. The judgment reinforced the necessity of adopting the least restrictive means in enforcing public health measures. The disproportionate impact of criminal penalties under the COVID-19 regulations is particularly concerning, given the socio-economic context of South Africa. Many individuals affected by these regulations belonged to marginalised communities with limited access to legal recourse. The imposition of criminal records for relatively minor infractions further entrenched socio-economic inequalities, contradicting the constitutional commitment to fairness and justice.

The analysis conducted in this article demonstrates that the criminal provisions in the COVID-19 regulations were enacted beyond the minister's legal authority and failed to meet the constitutional and administrative law requirements of reasonableness, rationality, and proportionality.

Firstly, the minister acted *ultra vires* by creating statutory offences and prescribing custodial penalties without explicit authorisation in the DMA. South African jurisprudence confirms that delegated legislation cannot create new criminal offences unless expressly permitted by enabling statutes. The lack of clear legislative authority renders these criminal provisions legally questionable.

Secondly, the enforcement of these regulations disproportionately impacted vulnerable communities, imposing unnecessary hardship through the application of criminal records. The principle of proportionality, a key component of administrative justice, necessitates that regulatory measures be appropriately tailored to achieve their intended objectives without unduly infringing on fundamental rights.

Lastly, while the COVID-19 regulations are no longer in force, their legacy highlights the importance of ensuring that future disaster management frameworks adhere strictly to constitutional principles. Governments must balance emergency powers with the rule of law, ensuring that regulatory measures remain within legal limits and do not impose undue burdens on individuals.

The lessons learned from the COVID-19 regulatory response underscore the necessity of clear legislative drafting, robust judicial oversight, and adherence to administrative law principles to prevent overreach in times of crisis.

Keywords: administrative law; COVID-19 regulations; criminal provisions; Disaster Management Act; legal validity; legality; PAJA; proportionality; rationality; rule of law

1. Inleiding en agtergrond

Die COVID-19-pandemie¹ het wêreldwyd ongekende uitdagings en kwessies in alle sferes van die samelewing opgelewer, insluitend die regsomgewing.² In Suid-Afrika is die Wet op Rampbestuur 57 van 2002 (Disaster Management Act 57 of 2002, hierna “DMA”) gebruik om regulasies te skep en te implementeer wat ontwerp is om die verspreiding van die virus te beperk en die publiek te beskerm. Hierdie regulasies het egter nie net maatskaplike en ekonomiese gevolge gehad nie, maar ook aansienlike regsvrae geskep, veral oor die regsgeldigheid, rasionaliteit en regverdigheid daarvan, asook die gepaardgaande strafbepalings.³

Die doel van hierdie artikel is om ’n ontleding te bied van die regsgeldigheid van die strafbepalings in die COVID-19-regulasies wat deur die minister van samewerkende regering en tradisionele sake (hierna “die minister”) ingevolge die DMA uitgevaardig is. Alhoewel die COVID-19-pandemie verby is en daar reeds stappe gedoen is om individue wat skuldig bevind is aan die oortreding van COVID-19-regulasies, kwyd te skeld, bly die vraag oor die regsgeldigheid van hierdie regulasies van kardinale belang vir die toekoms.⁴ Die toekomstige belang is noodsaaklik om die grondslag en implikasies van sodanige strafbepalings deeglik te verstaan, aangesien toekomstige nasionale ramptoestande en pandemies soortgelyke maatreëls kan oplewer. Deur nou ’n regsontleding te doen, kan ons verseker dat toekomstige regulasies nie net doeltreffend is nie, maar ook binne die grense van regmatigheid en redelikheid val, sodat individue nie onregverdig met vorige veroordelings opgesaai word ná krisistye nie.

Die bespreking is veral belangrik in die lig van die verskeie hofuitsprake wat die geldigheid en grondwetlikheid van die DMA bevestig het, wat dit duidelik maak dat die DMA in sy huidige vorm hier is om te bly.⁵

1.1 Agtergrond

Die eerste COVID-19-gevalle is laat in 2019 en vroeg 2020 in Wuhan, China, gediagnoseer. Die virus het vinnig oor die wêreld versprei en die eerste geval in Suid-Afrika is op 5 Maart 2020 bevestig. Ongeveer 'n week later, weens die wêreldwye verspreiding van COVID-19-infeksies, het die Wêreldgesondheidsorganisasie (WGO) 'n pandemie verklaar.⁶

Teen 15 Maart 2020 het die aantal gevalle in Suid-Afrika tot ongeveer 40 gestyg. Op daardie dag het die hoof van die nasionale rampbestuursentrum, ná 'n beoordeling van die potensiële omvang en erns van die COVID-19 pandemie in die land, 'n kennisgewing ingevolge artikel 23(1)(b) van die DMA uitgereik wat die pandemie as 'n nasionale ramp geklassifiseer het.⁷ Die effek van hierdie klassifikasie was, ingevolge artikel 23(8), om die primêre verantwoordelikheid vir die koördinerende en bestuur van die ramp op die nasionale uitvoerende gesag te plaas.

Op dieselfde dag, ná die klassifikasie van die pandemie as 'n nasionale ramp, het die minister, nadat sy deur die president as die verantwoordelike minister ingevolge artikel 3 van die DMA aangewys is, 'n nasionale ramptoestand ingevolge artikel 27(1) van die DMA verklaar.⁸ Die nasionale ramptoestand is van tyd tot tyd verleng.

Op 18 Maart 2020 het die minister die eerste regulasies ingevolge die DMA (die aanvanklike regulasies) uitgevaardig.⁹ Die doel daarvan was om 'n verergering van die ramp te voorkom of om die gevolge daarvan te verlig, te bekamp en te minimaliseer. Met hierdie doel het die regulasies onder meer byeenkomste verbied, skole en versorgingsfasiliteite gesluit en die verkoop, voorsiening of vervoer van drank beperk.¹⁰ Regulasie 10 het ministers bemaatig om voorskrifte uit te reik terwyl regulasie 11 misdrywe geskep het, soos die misdryf om 'n byeenkoms te reël.¹¹

Die betrokke regulasies het nie net gedragsvoorskrifte ingesluit nie, maar ook strafbepalings vir die nienakoming van hierdie voorskrifte. Byvoorbeeld, persone wat versuim het om die inperkingsmaatreëls na te kom, soos om buite hul huise te wees gedurende die aanklokreëls wat deur die regulasies ingestel is, het hulself aan strafregtelike vervolging blootgestel, wat boetes of selfs gevangenisstraf kon insluit.

Die implementering van hierdie regulasies het tot die arrestasie en vervolging van 'n groot aantal mense gelei.¹² Baie van hierdie persone het strafregtelike rekords vir oortredings ontvang, wat 'n wye verskeidenheid nadelige gevolge gehad het, insluitend beperkings op werksgeleenthede, reisbeperkings en sosiale stigma. Hierdie situasie het kommer oor die redelikheid en proporsionaliteit van die strafbepalings laat ontstaan, veral in die lig van die buitengewone omstandighede van die pandemie en die nasionale ramptoestand.

Sedert die uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl in die *Esau*-saak¹³, is die maak van regulasies 'n administratiewe handeling ingevolge die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid (PAJA) en moet dit onder meer aan die vereistes van magtiging, rasionaliteit, redelikheid en proporsionaliteit voldoen.

Die vraag of die minister die magtiging of bevoegdheid ingevolge PAJA gehad het om statutêre misdrywe te skep en strafbepalings vir die oortreding van die regulasies op te lê, is betekenisvol. Dit vereis dat alle uitoefening van die handeling of bevoegdheid deur die minister 'n duidelike grondslag in die wet as die magtigende bepaling moet hê. Verder, selfs al sou daar 'n statutêre grondslag wees, moet die vraag ook gevra word of die spesifieke strafbepalings redelik en proporsioneel is in die lig van die vereistes ingevolge PAJA.

Hierdie artikel beoog om 'n regsontleding van die volgende sleutelvraagstukke te bied:

1. Het die minister binne haar magte opgetree deur strafbepalings in die COVID-19-regulasies in te sluit? Hierdie vraag sal binne die konteks van relevante regspraak en die bepalinge van die DMA, tesame met die regulasies wat ingevolge die DMA uitgevaardig is, ondersoek word.
2. Is die strafbepalings redelik en proporsioneel binne die raamwerk van PAJA en die Suid-Afrikaanse Grondwet? Hierdie vraag vereis 'n evaluering van die impak van hierdie bepalinge op individue en die samelewing as geheel.

2. Uitleg van artikels 27 en 59 van die DMA

Die DMA is ontwerp om die regering te bemagtig om doeltreffend en vinnig op te tree in gevalle van nasionale rampe, insluitend pandemies soos COVID-19.¹⁴ Die Wet verleen wye magte aan die minister om regulasies uit te vaardig wat noodsaaklik geag word om die krisis te bestuur.¹⁵ Artikels 27 en 59 van die DMA is kernbepalings wat die omvang van hierdie magte en bevoegdhede omskryf.

Artikel 59 verleen aan die minister die bevoegdheid om regulasies te maak wat nie onbestaanbaar met die Wet is nie. Die betrokke minister is die minister in die kabinet wat ingevolge artikel 3 van die DMA aangewys is om die Wet te administreer.¹⁶ In hierdie geval, ten tyde van die COVID-19-pandemie, was dit die minister van samewerkende regering en tradisionele sake (Cogta).

Artikel 59 verskaf die algemene magte van die minister om regulasies te maak en verskaf 'n meer gedetailleerde raamwerk vir die skepping van strafbepalings. Artikel 59(1) lui soos volg:

- 59 Regulasies.—(1) Die Minister kan regulasies wat nie met hierdie Wet onbestaanbaar is nie, uitvaardig—
- (a) rakende enige aangeleentheid wat—
 - (i) ingevolge 'n bepaling van hierdie Wet voorgeskryf kan of moet word; of
 - (ii) nodig is om voorgeskryf te word vir die doeltreffende uitvoering van die oogmerke van hierdie Wet;
 - (b) ...
 - (c) ...
 - (d) rakende die klassifisering, omvang en felheid van rampe.¹⁷

Artikel 59(3) omskryf verder die mag van die minister om strafbepalings in te stel:

- (3) Die Minister kan, ingevolge subartikel (1) 'n straf van gevangenskap van hoogstens ses maande of 'n boete voorskryf vir 'n oortreding of nienakoming van 'n regulasie.
- (4) 'n Regulasie uitgevaardig deur die Minister ingevolge subartikel (1) moet na die Nasionale Raad van Provinsies verwys word.¹⁸

Dit is duidelik dat die bewoording van artikel 59(3) die minister magtig om 'n statutêre misdryf vir oortreding van die regulasies te skep, wat selfs met gevangenisstraf strafbaar is. Die hele stel regulasies, insluitend enige regulasie wat voorsiening maak vir 'n strafregtelike sanksie vir oortreding, is onderhewig aan goedkeuring deur die Nasionale Raad van Provinsies ingevolge artikel 146(6) van die Grondwet.

Kragtens artikel 59 van die DMA het die minister slegs een stel regulasies in 2010 uitgereik. Dit staan bekend as die Disaster Management Volunteer Regulations (*Staatskoerant* No. 33882). Die regulasies reguleer die aanstelling van vrywilligers by ramptoestande. Die aanhef daarvan lui soos volg:

DEPARTMENT OF COOPERATIVE GOVERNANCE The Minister for Cooperative Governance and Traditional Affairs designated under section 3 of the Disaster Management Act, 2002 (Act No. 57 of 2002), has under section 59, read with section 58, of that Act made the regulations in the Schedule as approved by the National Council of Provinces in terms of section 146(6) of the Constitution of the Republic of South Africa of 1996.

Die regulasies ingevolge artikel 59 is klaarblyklik ander regulasies as wat beoog word ingevolge artikel 27(2) van die DMA, wat die minister mag maak ná die verklaring van 'n nasionale ramptoestand. Al die regulasies of voorskrifte wat tydens die COVID-19 nasionale ramptoestand uitgereik is, is ingevolge artikel 27(2) van die Wet gedoen en het spesifiek daarmee gehandel. Die artikel 59-regulasies blyk egter meer algemeen en oorkoepelend te wees as die spesifieke regulasies kragtens 'n nasionale ramptoestand.

Die strafbepaling en sanksie ingevolge die regulasies uitgevaardig kragtens artikel 59(3) van die DMA lui soos volg:

19. Offences.—(1) A person commits an offence if that person—
(a) fails to return to the issuing authority the disaster management volunteer identity card issued to him or her in terms of regulation 6(3).
(b) or any suitable clothing or equipment issued to him or her in terms of regulation 12 or 13, when required to do so; or (b) wilfully obstructs, hinders or threatens a volunteer while performing a duty or service in terms of these regulations.
(2) A person convicted of an offence under subsection (1) is liable to a fine or to imprisonment for a period not exceeding six months or to both a fine and such imprisonment.

Regulasie 19 is duidelik belyn met die magtigende bepaling in artikel 59(3).¹⁹ Dit is duidelik uit artikel 59(3) dat die Wet gevangenisstraf en/of 'n boete by wyse van regulasie magtig vir oortreding van die Wet en dus die minister magtig om by wyse van regulasie 'n statutêre misdryf met 'n strafsanksie van selfs gevangenisstraf te skep.

So ook skep artikel 60 van die DMA duidelik 'n statutêre misdryf met 'n strafsanksie vir sekere oortredings van sekere bepalings van die Wet. Die bewoording is soos volg:

60. Misdrywe.—(1) 'n Persoon is skuldig aan 'n misdryf indien daardie persoon versuim om te voldoen aan 'n versoek wat deur die Nasionale Sentrum ingevolge artikel 18(1) of deur 'n provinsiale of plaaslike rampbestuursentrum ingevolge artikel 32(2)(a) of 46(2)(a) gerig word.
(2) 'n Persoon wat skuldig bevind word aan 'n misdryf vermeld in subartikel (1) is by skuldigbevinding strafbaar met 'n boete of gevangenisstraf van hoogstens ses maande of met beide 'n boete en sodanige gevangenisstraf.

Die verklaring van 'n nasionale ramptoestand deur die minister ingevolge artikel 27(1) van die DMA op 15 Maart 2020 in die Staatskoerant het geskied op die basis dat spesiale omstandighede bestaan het weens die omvang en erns van die wêreldwye COVID-19 pandemie, soos deur die Wêreld Gesondheidsorganisasie verklaar.²⁰ Die ramptoestand is dus ingevolge artikel 27(1)(b) van die DMA verklaar, en nie ingevolge artikel 59 nie. Die verklaring van die ramptoestand het die weg gebaan vir die minister om verdere regulasies ingevolge artikel 27(2) van die DMA te maak.

Artikel 27(4) bepaal soos volg: “(4) Regulasies ingevolge subartikel (2) uitgevaardig, kan regulasies insluit wat strawwe voorskryf vir 'n oortreding van die regulasie.” Dit is opmerklik dat artikel 27(4) as 'n magtigende bepaling vir sanksies (“strawwe”) verskil van artikel 59(3). In eersgenoemde bepaling is daar geen uitdruklike magtiging vir die oplegging van 'n sanksie van gevangenisstraf nie. Die vraag is dus of die DMA 'n ander bedoeling gehad met artikel 27(4) as met artikel 59(3), en wat met *straf* bedoel word.

In *Annandale Dairy Farms* het die hof die volgende gesê oor die woord *straf* (“penalty”): “The Shorter Oxford Dictionary definition of a ‘penalty’ is ‘a punishment imposed for breach of law, rule or contract; a loss, disability or disadvantage of some kind or other fixed by law or some offence or agreed upon in case of violation of a contract.’”²¹ Hierdie definisie is ook deur die Hooggeregshof in *Thomas v Thomas* beaam en bevestig.²²

In al die strafbepalings van die rampbestuurregulasies wat deur die minister ingevolge artikel 27(2) uitgevaardig is vir die nienakoming van sekere regulasies – soos die nienakoming van die sogenaamde aandklokkeël of inperkingsbepalings, of selfs later vir die versuim om 'n masker te dra, die verkoop van tabakprodukte, die gebruik van alkoholiese drank in die openbaar, of die oortreding van sekere regulasies – lui die regulasies telkens soos volg:

For the duration of the national disaster” of “For the purposes of this Chapter, any person who fails to comply with or contravenes a provision of regulations ... of these Regulations commits an offence and is, on conviction, liable to a fine or to imprisonment for a period not exceeding six months or to both such fine and imprisonment.”²³

Die regulasies verwys herhaaldelik na gevangenisstraf van 'n maksimum van ses maande, 'n boete, of beide.

Inaggenome die beginsels van wetsuitleg, verskil die bewoording in artikel 27(4) in soverre dit die mag verleen om ook “strawwe” vir oortreding van die regulasies tydens 'n nasionale ramptoestand voor te skryf, van die bewoording in artikel 59(3). In artikel 27(4) word die minister nie soos in artikel 59(3) gemagtig om “'n straf van gevangenskap van hoogstens ses maande of 'n boete voorskryf vir 'n oortreding ...”

Gegewe die verskil in die bewoording van die twee magtigende bepalinge, is dit aanduidend dat die wetgewer iets anders bedoel het met die magtiging om 'n sanksie in artikel 27(4) voor te skryf vergeleke met artikel 59(3). Daar kan egter aanvaar word dat sanksies ingevolge artikel 27(4) vir nienakoming voorgeskryf kon word om die regulering en bestuur van die ramptoestand doeltreffend te maak.

Die verskil in taal tussen artikel 27(4) en artikel 59(3) dui op 'n verskil in die omvang en aard van die magte wat aan die minister verleen word, sowel as 'n verskil in bedoeling.²⁴ Artikel 27(4) noem bloot dat die minister strafbepalings (“penalties”) kan voorskryf, terwyl artikel 59(3) spesifiek meld dat die minister gevangenisstraf van tot ses maande of 'n boete kan voorskryf.

Hierdie verskil kan geïnterpreteer word as 'n aanduiding dat artikel 27(4) bedoel is om voorsiening te maak vir minder streng strawwe, moontlik in die vorm van administratiewe boetes, terwyl artikel 59(3) duidelik die magtiging vir 'n statutêre misdryf, insluitend gevangenisstraf, insluit. Hierdie interpretasie word ondersteun deur die feit dat artikel 59(3) spesifiseer dat die strafbepalings wat ingevolge hierdie artikel gemaak word, onderhewig is aan die goedkeuring van die Nasionale Raad van Provinsies ingevolge artikel 146(6) van die Grondwet. Hierdie bykomende vlak van statutêre kontrole is nie in artikel 27(4) teenwoordig nie, wat verder dui op 'n verskil in die beoogde strengheid en effek van die strafbepalings en 'n verskil in bedoeling in die Wet. Ook moet in gedagte gehou word dat 'n ramptoestand normaalweg as 'n tydelike gebeurtenis in die vooruitsig gestel word en die wetgewer juis kon bedoel het dat daar nie permanente strafregtelike gevolge vir oortreders moet wees nie.²⁵

Daarbenewens is regulasies ingevolge artikel 27(2) nie, soos in die geval van regulasies ingevolge artikel 59(3), onderhewig aan goedkeuring deur die Nasionale Raad van Provinsies ingevolge artikel 146(6) van die Grondwet nie.

Die DMA het dus iets anders bedoel met “strawwe” of sanksies in artikel 27(4) vergeleke met artikel 59(3). Aangesien “strawwe” ook beperkend geïnterpreteer moet word, sou dit slegs geringe misdrywe of selfs administratiewe boetes skep waarvoor slegs 'n boete voorgeskryf kon word, soos in die geval van sekere verkeersoortredings. Die voorgeskrewe boetes kon *in quantum* verskil na gelang van relatiewe erns van die oortreding. Indien slegs 'n boete bepaal is, kon 'n vredesbeampte dan, soos in die geval van Bylae 3-misdrywe (geringe misdrywe) ingevolge die Strafproseswet, 'n afkoopboete by wyse van kennisgewing ingevolge artikel 341 van die Strafproseswet (SPW) uitreik.²⁶ Dit sou beteken dat persone nie gearresteer sou kon word en hul vingerafdrukke geneem hoef te word nie, en dat die persoon verdere vervolging kon vermy deur die boete te betaal.

Daar moet bygevoeg word dat die kriminele rekord-sentrum op vingerafdrukke funksioneer, hetsy fisies of digitaal, en 'n persoon kan nie 'n vorige veroordeling in die SAPD-register hê nie, tensy hul vingerafdrukke geneem is.²⁷ Wanneer 'n persoon in 'n hof aan 'n oortreding skuldig bevind word, word vingerafdrukke geneem selfs al lê die hof 'n boete op. Dit is juis een van die voordele van 'n afkoopboete ingevolge artikel 341 van die SPW of selfs 'n skriftelike kennisgewing ingevolge artikel 56 van die SPW, wat 'n vredesbeampte die bevoegdheid gee om 'n skulderkenningsboete vas te stel.

Daar kan dus aangevoer dat die wyse waarop sanksies in die regulasies ingevolge artikel 27(2) van die DMA neergelê is, daarop dui dat die minister haar magte oorskry het. Die minister sou ook nie kon aanvoer dat omdat sy die bevoegdheid ingevolge artikel 59(3) het, sy die strafbepalings ingevolge laasgenoemde artikel kon uitvaardig nie. Die minister het die regulasies ingevolge artikel 27(2) uitdruklik uitgevaardig. Die huidige stand van sake rakende of 'n administratiewe besluitnemer verkeerdelik op 'n bemagtigende bepaling steun in plaas van op 'n ander korrekte bemagtigende bepaling, is dat die geldigheid van so 'n besluit afhang van of die besluitnemer doelbewus of per ongeluk op die verkeerde bemagtigende bepaling gesteun het.²⁸ As dit per ongeluk was, is die optrede nie ongeldig nie. Indien die besluitnemer doelbewus op die verkeerde bepaling staatgemaak het, is die optrede om hierdie rede alleen ongeldig.²⁹

3. Relevante regspraak en gesag

3.1 *Oppergesag van die reg*

Die oppergesag van die reg verwys na fundamentele beginsels wat die bevoegdhede van openbare ampsdraers beperk sodat hulle binne die perke van wettige gesag optree.³⁰ Die begrip *oppergesag van die reg* beskryf ook die kern van sy eie betekenis: dit is die reg wat regeer.³¹ In Engels verwys dit na die beginsel van die “rule of law”. In ’n eng sin vereis die oppergesag van die reg dat wette algemeen toepaslik, voorspelbaar en duidelik moet wees.³² Die regering moet wetgewing openbaar maak sodat burgers en inwoners weet wat toelaatbaar is en wat nie. Klassieke opvattinge van die oppergesag van die reg, soos Dicey dit verwoord, fokus op die prosedurele toelaatbaarheid van regeringsoptrede wanneer wetgewing uitgevaardig word, maar dit ignoreer die inhoud van die wette.³³ Oor die algemeen vereis die oppergesag van die reg dat geen regering in stryd met die Grondwet en die reg mag optree nie.

Die klassieke konsep van die oppergesag van die reg is egter deur regspraak al in Suid-Afrika uitgebrei.³⁴ Die funksionariese van die regering, soos ministers en staatsamptenare, is aanspreeklik vir hul besluitneming buite die reg. Die oppergesag van die reg behels dat die staat se kernmandaat is om die inherente vryheid van die publiek te beskerm. Die tweede been is dat die staat nie arbitrêr mag optree nie, maar rationeel en redelik, en slegs ingevolge die reg.³⁵

Artikel 1(c) van die Grondwet verskans die oppergesag van die Grondwet en die heerskappy van die reg. Dus is die oppergesag van die reg nou verbind aan die konsep van grondwetlikheid. *Grondwetlikheid* is die meer algemene begrip, wat beide die oppergesag van die reg en die geskrewe Grondwet insluit. Die oppergesag van die reg bestaan slegs in die openbare of staatsreg-paradigma, en slegs in omstandighede waar die reg “gemaak” word – deur wetgewing, regulasies, of geregtelike uitsprake. Trouens, die kontinentale ekwivalent van die oppergesag van die reg, naamlik die “Rechtsstaat” of “grondwetlike staat”, impliseer dit in die begrip self.³⁶

Die konsep van die oppergesag van die reg en grondwetlikheid is nou verweef met gemagtigde optrede, veral binne die raamwerk van die administratiefreg soos begrond in artikel 33(1) van die Grondwet en verder ingevolge PAJA, aangesien beide beginsels daarop gemik is om die uitoefening van mag binne wettige perke te hou en arbitrêre optrede te verhoed.

Ongemagtigde administratiewe handeling verwys na handeling wat buite die wetlike bevoegdhede van ’n staatsorgaan val. Dit beteken dat wanneer ’n staatsorgaan sonder die nodige wettige magtiging optree, daardie optrede onwettig, ongeldig en ongrondwetlik is. Die verbod op ongemagtigde optrede dien as ’n beskerming teen magmisbruik deur te verseker dat alle openbare magte slegs binne die grense van hul wettige bevoegdhede uitgeoefen word. Die regmatigheidsbeginsel is nie beperk tot administratiefreg en administratiewe handeling nie, maar ook van toepassing op wetgewende en uitvoerende handeling, waar daarna verwys word as die “legaliteitsbeginsel”. Wanneer ’n ongemagtigde administratiewe handeling plaasvind, moet dit aangespreek word op grond van die bepalinge van PAJA, nie direk op die regmatigheidsbeginsel nie.³⁷

Die oppergesag van die reg vereis dat alle handeling van staatsorgane binne die raamwerk van die reg moet val. Dit behels dat wetgewers, uitvoerende owerhede en administratiewe liggame hul magte slegs mag uitoefen soos deur die reg toegelaat. Die beginsel van die oppergesag van die reg verseker dus ’n duidelike en voorspelbare regstelsel waarin regsekerheid en die beskerming van regte gewaarborg word.

Wanneer 'n owerheid buite sy magte optree, oortree dit die beginsels van die oppergesag van die reg, omdat dit die reg oorskry. Die howe as wag hond oor die legaliteitsbeginsel speel 'n kritieke rol om te verseker dat sulke ongemagtigde optrede geïdentifiseer en gestop word, om die integriteit van die regstelsel en die beskerming van regte te handhaaf. In kort, die oppergesag van die reg en die verbod op ongemagtigde optrede werk saam om te verseker dat alle staatsoptrede binne die grense van die reg geskied.

In krisistye geld die oppergesag van die reg net soos in normale tye.³⁸ Tydens krisisse, soos die COVID-19-pandemie, is die beginsel van die oppergesag van die reg van kardinale belang om te verseker dat alle regeringsoptrede binne die perke van die reg bly en dat grondwetlike regte nie arbitrêr geskend word nie.³⁹ Die oppergesag van die reg beteken dat niemand, met inbegrip van die regering, bo die reg verhewe is nie. Dit verseker dat krisisbestuursmaatreëls, hoe dringend ook al, steeds aan grondwetlike vereistes voldoen.⁴⁰ Hierdie beginsel is noodsaaklik om te voorkom dat die staat sy mag in tye van nood of paniek misbruik en nadeel aan die regstaat berokken.

Suid-Afrikaanse regspraak tydens die COVID-19-pandemie illustreer die belangrikheid van hierdie beginsel. Hofuitsprake in sake soos *Skole-Ondersteuningsentrum, Esau* en *De Beer* bevestig dat, selfs in noodtoestande, die regering se COVID-19-besluite rasioneel moet wees en nie van die regs- en grondwetlike voorskrifte mag afwyk nie.⁴¹ Hierdie uitsprake beklemtoon ook dat enige beperkings op regte en vryhede, hoe nodig ook al, steeds regverdig en proporsioneel moet wees.⁴² Dit beklemtoon die belangrikheid van regsekerheid en die beskerming van individuele regte, selfs in krisistye.

In die konteks van hierdie artikel is dit belangrik om te beklemtoon dat die COVID-19-regulasies en die gepaardgaande strafbepalings getoets moet word aan die beginsels van die oppergesag van die reg en regsgeldige administratiewe handeling, soos spesifiek in PAJA beliggaam. Dit beteken dat enige regulasies wat deur die minister uitgevaardig word, binne die perke van die reg moet val en nie die magte wat daardeur verleen word, mag oorskry nie.

3.2 Regspraak oor *ultra vires*-regulasies

Vóór die Grondwet en PAJA het die *ultra vires*-leerstuk in die gemenereg gegeld. In *Rex v Magano and Madumo* 1924 TPD 129 het 'n volbank van die Transvaalse Provinsiale Afdeling te make gehad met sekere "orders" of regulasies wat ingevolge 'n wet *ultra vires* was, gepubliseer is. Die "orders" het self die sanksie van 'n boete geskep in die geval van nie-nakoming daarvan, maar die wet self het nie sodanige sanksie geskep nie.⁴³

Regter Curlewis 134–5 verklaar soos volg:

Now the conferring of the power to make orders and regulations for the better working and maintenance of the law contemplates orders and regulations which may be regarded as providing the machinery for carrying into effect the provisions of the law, but not orders and regulations which amount in effect to a substantive law.⁴⁴

Wat hier geïmpliseer word, is dat statutêre oortredings deel van die substantiewe reg is en dus substantief deur die wetgewer geskep moet word.

In 'n samestemmende maar aanvullende uitspraak sê regter Krause 141–2 die volgende:

Furthermore, a power to frame rules and regulations for certain purposes does not, unless special provision is made, include the right of the framer to punish by means of fine or imprisonment a non-observance of such rules. It is only where the Legislature itself has, in the public interest, prohibited an act in such a manner which renders it clear that the intention was to constitute an offence, without specially providing a penalty for its contravention, that the Court will have discretionary power to inflict one.⁴⁵

In *Rex v De Beer* 1930 TPD 329⁴⁶ het regter Krause⁴⁷ sy standpunt in meer besonderhede bevestig in 'n geval waar 'n regulasie wat ingevolge 'n wet uitgereik is, 'n strafbepaling geskep het, maar die wet dit nie bepaal het of so verleen het nie.

In *Kellaway*⁴⁸ ontken die skrywers dat 'n reg om 'n straf op te lê, afgelei kan word:

Where a person or body subordinate to the legislature is given the right to make rules and regulations for the better carrying out of any Act of parliament, unless the enabling Act specifically and in express words also grants the power to impose a penalty, no such power should be inferred.

In *Annandale Dairy Farms (Pty) Ltd v Dairy Board*⁴⁹ som regter Tebutt die wesenlike geskilpunt in die saak soos volg op:

Distributors of fresh milk to the public pay the purchase price of such milk supplied to them by the producers of it, not directly to the producers, but to the Dairy Board. The latter, after deducting certain amounts which I shall set out later, pays the producers. The Dairy Board also pays to the producers a quality premium. It withholds such premium, however, if a producer's milk does not comply with the required quality standards which the Board lays down. The issue for decision in this case is whether the withholding of that premium constitutes a penalty which the Dairy Board imposes and whether, if it does, it is *ultra vires* the Board's power to do so.⁵⁰

Die Melkraad was 'n statutêre liggaam wat deur die Bemarkingswet van 1968 geskep is. Dié skema het reëlins bepaal ten opsigte van geregistreerde produsente wat melk aan verspreiders lewer wat op hulle beurt melk aan die publiek verskaf. Die verspreiders betaal aan die Raad die koopprys betaalbaar aan die produsent in 'n fonds, waaruit 'n premie dan aan produsente betaal word gebaseer op die hoeveelheid melk verskaf deur die produsent. Die hof het beslis dat die weerhouding van premies aan melkprodusente weens swakker gehalte melk, 'n "penalty" of sanksie is. Wat uit die hof se gesag blyk, is dat die bevoegdheid om strafsanksies op te lê deur die oorspronklike wet gemagtig moet word, hetsy uitdruklik of by implikasie. Dit strook met die legaliteitsbeginsel.

'n Ander saak wat oorweging verg, is *Rex v Persotam*, 'n beslissing van die volbank van die Natalse Provinsiale Afdeling.⁵¹ Die saak verwys na *Magano and Madumo* en *De Beer*, maar daar is 'n gedeelte van die *dicta* in hierdie twee sake wat nie nagevolg is nie. Ons meen egter dat kritiese opmerkings deur een van die twee regters in *Persotam obiter* is, omdat regter Selke R gesê het:

The cases of *Rex v. Magano and Madumo* (1924, T.P.D. 129) and *Rex v. de Beer* (1930, T.P.D. 329), which were referred to by counsel, also seem to me to be concerned with subject matters differing in material respects from that in the present case.⁵²

Die stellings in *Magano and Madumo* en *De Beer* waarmee regter Selke nie saamgestem het nie, word soos volg aangehaal:

KRAUSE, J., in the same case at p. 141 said: “It is also a well-established principle that where an authority has power to make rules or regulations and the enabling statute does not also empower such authority to impose penalties for non-observance of such rules, then no criminal offence is committed by anyone who contravenes such regulations, whatever administrative or other disabilities may result from their non-observance. It is consequently invariably found, that when power is conferred to make rules which purport to prohibit certain acts in the public interest, the statute specifically and in express words grants power to provide certain definite punishments.” For the reasons which I have already given I am disposed to doubt the correctness of this statement, if it is intended to embody an inflexible principle of law. The learned Judge’s statement that it is “consequently invariably found that when power is conferred to make rules, etc., the statute specifically and in express words grants power to provide certain definite punishments” obviously cannot be taken literally.⁵³

In *Persotam* is die appellant skuldig bevind aan die oortreding van sekere valutabeheer-regulasies deur handel te dryf in ru-goud. Die magtigende wet vir die maak van die regulasies het soos volg bepaal:

Subsection (1) of section 9 gives the Governor-General power to

“make regulations in regard to any matter directly or indirectly relating to or affecting or having any bearing upon currency, banking or exchange”.

It is conceded by both parties that the selling or dealing in raw gold is a matter which has a bearing on currency. That being so, the Governor-General may make regulations in relation to such sales. Subsection (2) provides that “such regulations may provide that the Governor-General may apply any sanctions therein set forth which he thinks fit to impose, whether civil or criminal.”

The wording of subsection (2) suggests that under subsection (1) the Governor-General was entitled to impose sanctions.

Die hof het dus in *Persotam* op grond van die interpretasie van die tersaaklike bepalings in die wet bevind dat die wet die oplegging van strafsanksies vir die oortreding van die regulasies gemagtig het.

Die feite in *Persotam*, met verwysing na die betrokke statutêre bepalings, verskil van *Magano and Madumo* en *De Beer*. In laasgenoemde twee sake was daar geen bepalings in die wet (ook nie by implikasie nie) wat statutêre oortredings by wyse van regulasie gemagtig het nie. Dus is *Persotam* nie ’n afwykende uitspraak nie. Die twee volbankbeslissings in *Magano and Madumo* en *De Beer* bly dus gesaghebbend.

Een van twee bepalings kan dan in 'n wet geskep word. Een is dat die wet bepaal dat 'n oortreding van regulasies wat deur die bevoegde orgaan (soos 'n minister) gepromulgeer is, 'n statutêre oortreding is en ook 'n strafsanksie vir die oortreding van die regulasies in die wet neerlê. Die tweede voorbeeld is waar die wet nie self die oortreding skep nie, maar bepaal dat die gedelegerde orgaan, wat die regulasies mag maak, ook oortredings vir nienakoming en strafsanksies vir oortredings mag verorden.

Omdat bogenoemde sake voor die Grondwet van 1996 beslis is, moet die regmatigheidsbeginsel sedertdien ingevolge die Grondwet in ag geneem word. In *Fedsure Life Assurance Ltd v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council* verklaar hoofregter Langa in die Konstitusionele Hof soos volg:⁵⁴

It seems central to the conception of our constitutional order that the legislature and executive in every sphere are constrained by the principle that they may exercise no power and perform no function beyond that conferred upon them by law. At least in this sense, then, the principle of legality is implied within the terms of the interim Constitution. Whether the principle of the rule of law has greater content than the principle of legality is not necessary for us to decide here. We need merely hold that fundamental to the interim Constitution is a principle of legality.

There is of course no doubt that the common law principles of *ultra vires* remain under the new constitutional order. However, they are underpinned (and supplemented where necessary) by a constitutional principle of legality. In relation “to administrative action” the principle of legality is enshrined in section 24(a). In relation to legislation and to executive acts that do not constitute “administrative action”, the principle of legality is necessarily implicit in the Constitution. Therefore, the question whether the various local governments acted *intra vires* in this case remains a constitutional question.⁵⁵

Aanvullend tot hierdie *dicta* van die hof is ook die vereiste van *duidelikheid* in wetgewing. In *Affordable Medicines Trusts v Minister of Health*⁵⁶ par. 108, sê regter Ngcobo:

The doctrine of vagueness is one of the principles of common law that was developed by courts to regulate the exercise of public power. As pointed out previously, the exercise of public power is now regulated by the Constitution which is the supreme law. The doctrine of vagueness is founded on the rule of law, which, as pointed out earlier, is a foundational value of our constitutional democracy. It requires that laws must be written in a clear and accessible manner. What is required is reasonable certainty and not perfect lucidity. The doctrine of vagueness does not require absolute certainty of laws. The law must indicate with reasonable certainty to those who are bound by it what is required of them so that they may regulate their conduct accordingly.⁵⁷

As die bogenoemde gesag oorweeg word, blyk dit dat waar die wetgewer 'n statutêre oortreding skep vir nienakoming van die wet of gedelegerde wetgewing in die vorm van regulasies, dit duidelik moet wees. Verder moet die statutêre oortreding vir nienakoming van die wet of regulasies (gedelegerde wetgewing) óf in die oorspronklike wetgewing geskep word óf die bevoegdheid om 'n statutêre oortreding te skep moet duidelik aan die gedelegerde orgaan wat gemagtig is om regulasies te maak, verleen word. Daar moet regsekerheid hieroor wees sodat die onderdaan vooraf weet.

By die uitleg van wetgewing moet die doel en oogmerke van die wet, die konteks daarvan, en veral die konteks van die wet waarvolgens die regulasies gemaak is, in ag geneem word.⁵⁸ Dit is dus 'n oefening in wetsuitleg om te bepaal of die DMA die skepping van statutêre oortredings en sanksies by wyse van regulasies magtig.

Voorts, waar 'n wet gedelegeerde magte aan 'n staatsorgaan verleen om gedelegeerde wette te maak, word dit streng uitgelê.⁵⁹ Gedelegeerde wetgewing (soos regulasies) moet ook so uitgelê word dat die woorde en bepalings daarin vervat dieselfde betekenis dra as die woorde en bepalings van die wet waarvolgens die regulasies gemaak is.⁶⁰ Strafbepalings word ook streng uitgelê.⁶¹ Verder word gesê: "The penal scope of a statutory enactment creating a criminal offence should not be lightly extended beyond the plain meaning of the language."⁶²

Daar is ook 'n vermoede by uitleg ten opsigte van konsekwentheid, wat beteken dat, tensy die teendeel duidelik is, dieselfde woorde en uitdrukkings in dieselfde wet veronderstel word om 'n gelyke betekenis dra. Net so impliseer verskillende woorde en uitdrukkings 'n verskil in betekenis.

3.3 Kritiek op die COVID-19-regulasies

Die COVID-19-regulasies het wye kritiek ontlok, veral oor die strengheid van die strafbepalings.⁶³ Baie mense is gearresteer en vervolg vir oortredings van regulasies wat nie altyd duidelik of konsekwent toegepas is nie. Hierdie vervolgings het daartoe gelei dat 'n groot aantal mense kriminele rekords ontvang het, met langdurige nadelige gevolge, insluitend beperkings op werksgeleenthede en sosiale stigma.

Die dood van Collins Khosa aan die hand van die veiligheidsdienste het die publiek se aandag gevestig op kwessies van marteling, onmenslike en vernederende strawwe wat verband hou met die afdwinging van inperkingsmaatreëls. Khosa se dood het in *Khosa v Minister of Defence and Military Veterans*⁶⁴ ter sprake gekom, waar onder meer 'n verklarende bevel gegee is dat lede van die publiek steeds geregtig is op die handhawing en beskerming van hul fundamentele regte deur veiligheidsmagte tydens die inperking en die verklaarde ramptoestand.

Notwithstanding the Declaration of the State of Disaster and the Lockdown under the Disaster Management Act 57 of 2002, all persons present within the territory of the Republic are entitled to (among others), [...] the right to human dignity, the right to life, the right not to be tortured in any way, the right not to be treated or punished in a cruel, inhuman, or degrading way.

Hierdie uitspraak het die regte van persone tydens 'n ramptoestand bevestig. Met betrekking tot toelaatbare beperkings van regte, het die hof ook beslis dat "the least restrictive measures must be sought, applied and communicated to the public".⁶⁵

Die *Khosa*-saak het die misbruik van arrestasiebevoegdhede en die gebruik van geweld deur die polisie en die weermag om die inperking af te dwing, blootgelê en dit het die oplegging van noodsaaklike verantwoordingsmeganismes gelas, wat die waarborge van die Handves van Regte herbevestig het. Vrese vir magsmisbruik deur owerhede tydens die inperking was wydverspreid.⁶⁶ Die polisie het ook waterkanonne en rubberkoeëls gebruik op mense wat betrap is dat hulle die inperkingsregulasies oortree het.⁶⁷ Hierdie drastiese gevolge beklemtoon die noodsaaklikheid daarvan om te verseker dat strafbepalings in die eerste plek geldig is.

Regter Fabricius lewer in *Khosa* ook kommentaar oor die redelikheid en proporsionaliteit van die strafbepalings in die COVID-19-regulasies.⁶⁸ Hy beklemtoon dat die regulasies, hoewel bedoel om 'n ernstige gesondheidskrisis aan te spreek, nie onredelik streng moet wees en onnodige kriminele rekords vir individue moet veroorsaak nie. Hy verwys spesifiek na die langdurige negatiewe gevolge wat 'n kriminele rekord kan hê, soos die belemmering van toekomstige werksgeleenthede en die negatiewe impak op die individu se sosiale status.⁶⁹

Die regter het voorgestel dat administratiewe boetes 'n meer geskikte en proporsionele reaksie op die oortreding van die regulasies sou wees.⁷⁰ Hy wys daarop dat administratiewe boetes die doel van afskrikking en ordehandhawing kan dien sonder die ernstige en permanente gevolge wat 'n kriminele rekord meebring. Hierdie benadering sou ook meer in lyn wees met die beginsels van regverdigheid en redelikheid soos vervat in die Wet op Administratiewe Geregtigheid (PAJA).

Die gebrek aan duidelikheid en konsekwentheid in die toepassing van die regulasies het ook tot die kritiek bygedra. Baie van die regulasies is vinnig en soms chaoties geïmplementeer, wat tot verwarring en onsekerheid onder die publiek gelei het.⁷¹ Die veranderende aard van die regulasies het dit vir mense moeilik gemaak om tred te hou met wat vereis word, wat tot onbedoelde oortredings en gevolglike strawwe gelei het. Die implementering van strafbepalings wat tot gevangenisstraf kan lei, is ook gekritiseer omdat dit 'n bykomende las vir die regstelsel en gevangnisse geskep het.⁷²

4. Oorwegings van redelikheid ingevolge PAJA

In die onlangse saak van *Esau v Minister of Co-operative Governance*⁷³ het die hof beslis, in die konteks van die COVID-19-rampbestuursregulasies, dat ondergeskikte wetgewing wat deur 'n minister by wyse van regulasies gemaak is, 'n administratiewe handeling ("administrative action") ingevolge PAJA is en dus onderhewig is aan hersiening ingevolge PAJA. Die hof⁷⁴ het beklemtoon dat regulasies aan die vereistes van redelikheid, rasionaliteit en proporsionaliteit moet voldoen. Gevolglik is regulasies hersienbaar indien een of meer gronde vir hersiening ingevolge PAJA aanwesig is. Daar moet aan die vereiste van rasionaliteit en redelikheid voldoen word. Redelikheid is ook 'n vereiste vir 'n administratiewe handeling ingevolge artikel 33 van die Grondwet.

Die strafbepalings wat in die regulasies vervat is, kan dus getoets word aan die hand van die redelikeheidsvereiste in PAJA, selfs al sou bevind word dat die minister volgens 'n interpretasie van artikel 27(4) van die DMA wel binne haar statutêre bevoegdheid opgetree het toe die strafbepalings verorden is.⁷⁵

Die vereiste van redelikheid in PAJA gaan gepaard met twee ander elemente, naamlik rasionaliteit en proporsionaliteit.⁷⁶ Redelikheid is egter nie daartoe beperk nie, omdat daar ook gevalle van onredelike administratiewe besluite is wat nie noodwendig beskryf kan word as irrasioneel of disproportioneel nie. Dit kan dus ook gevalle dek waar die besluit een is wat 'n redelike besluitnemer nie sou neem nie.

Die konsep van rasionaliteit in PAJA is ook breër as in die geval van die legaliteitsbeginsel.⁷⁷ Laasgenoemde vereis bloot dat daar 'n objektiewe rasonale verband tussen die besluit en die doel waarvoor die mag verleen is, moet bestaan. In die administratiefreg vereis dit egter ook dat die besluit deur die inligting en getuienis voor administrateur en die redes daarvoor, ondersteun moet word.⁷⁸

Artikel 6(2)(f)(ii) van PAJA maak voorsiening vir hersiening op grond van irrasionele besluite en die vereistes waaraan rasonale administratiewe handeling moet voldoen.⁷⁹ Ingevolge artikel 6(2)(f)(ii) van PAJA is 'n administratiewe handeling hersienbaar indien dit nie rationeel verbind is tot die doel waarvoor dit gedoen is, die doel van die magtigende bepaling, die inligting voor die administrateur of die redes vir die handeling wat deur die administrateur verskaf is nie. Artikel 6(2)(h) van PAJA vereis verder dat administratiewe handeling redelik moet wees.⁸⁰

Onder die begrip van redelikheid is proporsionaliteit 'n vereiste wat veral *in casu* met die strafsanksies in die regulasies oorweeg moet word. Hoexter en Penfold beskryf proporsionaliteit soos volg:

Proportionality may be defined as the notion that one ought not to use a sledgehammer to crack a nut. Its purpose is to “avoid an imbalance between the adverse and beneficial effects ... of an action and to encourage the administrator to consider both the need for the action and the possible use of less drastic or oppressive means to accomplish the desired end.” Two of its essential elements, then, are balance and necessity, while a third is suitability – usually referring to the use of lawful and appropriate means to accomplish the administrator’s objective.⁸¹

Dit sluit aan by die bepaling van artikel 27(3) van die DMA, wat die uitoefening van magte beperk tot wat noodsaaklik is. Artikel 27(3) bepaal dat:

- (3) The powers referred to in subsection (2) may be exercised only to the extent that this is necessary for the purpose of—
- (a) assisting and protecting the public;
 - (b) providing relief to the public;
 - (c) protecting property;
 - (d) preventing or combating disruption; or
 - (e) dealing with the destructive and other effects of the disaster.⁸²

Artikel 27(3) stel dus die doel waarvoor die minister gemagtig word om regulasies ingevolge artikel 27(2) te mag maak. Afgesien van die doel wat omskryf word, word 'n bykomende vereiste van noodsaaklikheid gespesifiseer.

Om aan die toetse van rasionaliteit, proporsionaliteit en redelikheid te voldoen, moet die strafbepaling vir oortredings teen die vereiste van noodsaaklikheid en die doelstellings in artikel 27(3) gemeet word. 'n Hersiening van die strafbepaling in die opvolgende regulasies sedert Maart 2020 tot einde 2021 vir sekere oortredings dui daarop dat almal, sonder uitsondering (soos reeds genoem), bepaling volgens die volgende ingesluit het:

[A]ny person who fails to comply with or who contravenes a provision of regulations ... of these Regulations commits an offence and is on conviction, liable to a fine or to imprisonment for a period not exceeding six months or to both such fine and imprisonment.

Die feit dat 'n sanksie van gevangenisstraf opgelê kon word, het die ruimte geskep dat mense gearresteer en voor 'n hof gebring kon word en by skuldigbevinding 'n kriminele rekord kon kry, welke rekord eers ná 10 jaar ingevolge die bepalings van die Strafproseswet uitgewis kon word.

Daar is reeds verwys na die buitengewone omstandighede wat onder 'n nasionale ramptoestand heers, insluitend die skending van verskeie fundamentele regte as gevolg van verreikende regulasies tydens die COVID-19-pandemie. Daarbenewens het regulasies kort-kort verander, wat dit selfs vir regsgeleerdes moeilik gemaak het om mee tred te hou en te bepaal welke bepalings strafregtelike misdrywe skep en welke nie.⁸³ Boonop is mense en besighede aan buitengewone omstandighede onderwerp wat deurlopend aanpassings geverg het. Baie het vandag nog nie herstel nie weens 'n verlies aan besigheid en werk.⁸⁴ Die staat se vermoë om die ekonomiese gevolge van die ramptoestand te verlig, was uiters beperk, juis vanweë die swak ekonomiese toestande wat vóór die COVID-19-pandemie geheers het.⁸⁵ Was dit in hierdie konteks redelik en proporsioneel om die uitwerking van die strafsanksies te oorweeg wat tot gevolg kan hê dat mense permanent met 'n kriminele rekord belas word vir 'n eenmalige buitengewone gebeurtenis, en die gepaardgaande nadelige gevolge? Na die skrywers se mening was dit nie.

In *Khosa* par. 25 maak regter Fabricius die volgende *obiter* opmerkings:

The abovementioned rights have been curtailed substantially and have negatively affected just about every business, every private household and every person, whilst it is trite law that when the rights are restricted or derogated from it should happen within the confines of section 36(1)(e), which provides for a less restrictive means of enquiry to achieve the stated purpose. The Disaster Management Act also creates offences and penalties, and it is apparent from newspaper reports that almost 20 000 persons on day 42 of the “lockdown” have been made criminals. The consequences thereof have perhaps not been sensibly considered, in as much as a criminal conviction impedes or even prohibits further employment opportunities. Perhaps an administrative fine that could be paid to the Solidarity Fund would have been a better option. However, these remarks are *obiter* and did not form part of the applicants’ cause of action and therefore I will say nothing further. I do think, however, that a court’s comments especially during extraordinary times can and should reflect the general views of the public. I similarly again emphasise that the applicants seek no declaration that any particular statute or regulation should be struck down as being invalid on grounds of irrationality.

Ex post facto dra die opmerkings van regter Fabricius gewig deurdat 'n mindere sanksie, soos 'n administratiewe boete as 'n “penalty” eerder rasioneel, proporsioneel en redelik sou wees vergeleke met 'n strafregtelike sanksie wat 'n statutêre misdryf vergesel.

5. Oorsese regspraak

Suid-Afrika is nie alleen gekonfronteer met die vraag oor die geldigheid van boetes wat vir oortredings van COVID-19-maatreëls uitgereik is nie. In die sake van *Beame; Els v Commissioner of Police* en *Kosciulek v Commissioner of Police*, het die howe in Nieu-Suid-Wallis, Australië gefokus op die wettigheid van boetekaartjies wat vir oortredings van COVID-19 openbare gesondheidsbevele, uitgereik is.^{86 87} Hierdie sake is belangrik omdat hulle die streng vereistes vir die korrektheid van sodanige boetekaartjies onder die Fines Act 1996 (NSW) uiteensit en dit vergelyk en onderskei kan word van die teoretiese vraag wat hier onder bespreek word.⁸⁸

5.1 *Beame; Els v Commissioner of Police & Ors [2023] NSWSC 347*

In hierdie saak is bevind dat die boetekaartjies wat aan die klaers, Beame en Els, uitgereik is, ongeldig was weens 'n gebrek aan genoegsame besonderhede in die beskrywing van die beweerde oortredings in die boetekennisgewings. Die Australiese Hooggeregshof van Nieu-Suid-Wallis het beslis dat die boetekaartjies nie aan die vereistes van artikel 20 van die Fines Act 1996 (NSW) voldoen het nie, aangesien hulle nie die spesifieke statutêre bepalings wat die oortredings omskryf, geïdentifiseer het nie. Artikel 20 lui soos volg:

A penalty notice is a notice issued under a statutory provision to the effect that—
(a) the person to whom the notice is issued has committed the penalty notice offence specified in the notice, and
(b) if the person does not wish to have the matter determined by a court, the person may pay, within the time and to the person specified in the notice, the amount for the offence specified in the notice.

Regter Yehia bevind dat die beskrywings in die boetekennisgewings te vaag was en daarom nie aan die vereistes van die wet voldoen het om die oortredings duidelik te spesifiseer nie. Gevolglik is die uitreiking van die boetes hersien en tersyde gestel.

5.2 *Kosciolek v Commissioner of Police [2024] NSWSC 15*

In hierdie saak het Angelika Kosciolek 'n boetekennisgewing ontvang vir die beweerde oortreding van 'n COVID-19 openbare gesondheidsbevel wat reis buite Sydney sonder 'n permit verbied het. Die hof het bevind dat die boetekennisgewing ongeldig was omdat die plek van die beweerde oortreding foutief beskryf is, en nie met die vereistes van die Fines Act 1996 (NSW) ooreengestem het nie. Die boetekaartjie is teruggetrek en die betaalde boete is terugbetaal. Kosciolek het egter daarop aangedring dat die hof 'n verklarende bevel maak dat die boetes ongeldig is omdat die boetekaartjie nie die statutêre bepaling genoem het wat die oortreding geskep het nie, soortgelyk aan die hof se bevel in die *Beame; Els*-uitspraak. Die hof het egter die versoek verwerp.

5.3 *Onderskeid van die Suid-Afrikaanse regulasies*

Die Australiese hofuitsprake in *Beame; Els* en *Kosciolek* kan van die kwessie van strafbepalings in die Suid-Afrikaanse COVID-19-inperkingsmaatreëls in verskeie kernaspekte, onderskei word.

Eerstens, in beide Australiese sake het die hof op artikel 20 van die Fines Act 1996 (NSW) gefokus, wat vereis dat boetekennisgewings die oortreding en plek moet spesifiseer. Die hof het bevind dat die boetekennisgewings ongeldig was omdat hulle nie voldoende inligting oor die spesifieke statutêre bepalings wat oortree is bevat het nie. Hierdie vereiste vir spesifisiteit is 'n sleutelbeginsel in die Australiese wetgewing, wat regsekerheid verseker.

Tweedens, die Australiese sake het nie die bevoegdheid van die betrokke besluitnemer wat die openbare gesondheidsbevele uitgereik het, uitgedaag nie. Die vraag was eerder of die boetekennisgewings, soos uitgereik, voldoen het aan die prosedurele vereistes van die relevante wetgewing. In teenstelling hiermee het die debat in Suid-Afrika dikwels die bevoegdheid van die minister ingesluit om strafbepalings ingevolge die DMA in te stel.

In Suid-Afrika het hofuitsprake oor dié soort sake dikwels gehandel oor of die COVID-19-regulasies redelik en proporsioneel binne die raamwerk van die Wet op Administratiewe Geregtigheid (PAJA) en die Suid-Afrikaanse Grondwet was. Die hof moes oorweeg of die minister se optrede aan die beginsels van regmatigheid, redelikheid en proporsionaliteit voldoen het. Hierdie vraagstukke was nie sentraal in die Australiese sake nie, waar die fokus eerder op prosedurele korrektheid was.

Laastens, die Australiese sake het nie gehandel oor of die skep van die strafbepalings geldig was of nie. Dus, alhoewel die Australiese hofuitsprake insig bied in die streng prosedurele vereistes vir die uitreiking van boetes, fokus hulle nie op die breër kwessie van die wettigheid en redelikheid van die strafbepalings self nie – ’n kwessie wat sentraal staan in die debat in hierdie artikel. In Suid-Afrika bly die kwessie van die geldigheid van die strafbepalings in die COVID-19-regulasies ’n kritieke aspek van die regsgeldigheid van hierdie regulasies, veral in die lig van die beginsels van die oppergesag van die reg en *ultra vires*-optrede.

5.4 Ander sake

COVID-19-maatreëls en inperkings die aandag van hofe regoor die wêreld geniet. Die Hooggeregshof van Wisconsin, in die Verenigde State van Amerika, het ’n belangrike *obiter* opmerking oor die handhawing van grondwetlike regte tydens noodtoestande gemaak in ’n saak wat verband hou met COVID-19-maatreëls. Die hof het verklaar:

[T]here is no pandemic exception [...] to the fundamental liberties the Constitution safeguards. Indeed, individual rights secured by the Constitution do not disappear during a public health crisis. These individual rights, including the protections in the Bill of Rights ... are always in force and restrain government action.⁸⁹

In ander jurisdiksies is daar ook beslis dat die oppergesag van die reg die optrede van die uitvoerende gesag dissipleneer, selfs tydens ’n rampstoestand.⁹⁰ In die Nieu-Seelandse saak *Borrowdale v Director General of Health*, wat gehandel het oor die beperking van regte teenoor die beskerming teen die COVID-19-pandemie, het die hof beslis dat selfs in tye van nood, en selfs wanneer die meriete van die regering se reaksie nie wyd betwis word nie, die oppergesag van die reg saak maak.⁹¹ Eweneens, in die Britse saak (*FC*) *v Secretary of State for the Home Department* per Lord Hoffman het die hof beslis dat die regering natuurlik die plig het om die lewens en eiendom van sy burgers te beskerm. Dit is egter ’n plig wat die regering te alle tye het en verplig is om na te kom sonder om grondwetlike vryhede te vernietig.⁹²

6. Gevolgtrekking

Die COVID-19-pandemie het wêreldwyd ’n toets vir die oppergesag van die reg geword, veral in die konteks van die implementering van inperkingsmaatreëls en die gevolglike strafbepalings. In Suid-Afrika het hierdie maatreëls, uitgevaardig onder die DMA, vroe laat ontstaan oor die wettigheid en regverdigheid van die opgelegde strawwe. Die kritieke kwessie wat oorweeg is, is of die minister binne haar magte opgetree het om sodanige strafbepalings te skep, en of hierdie bepalinge aan die vereistes van redelikheid, rasionaliteit en proporsionaliteit voldoen het.

Dit is duidelik uit die ontleding en bespreking in hierdie artikel dat die uitvaardiging en skep van misdrywe in die COVID-19-regulasies nie geldig was nie.

Eerstens het die minister duidelik buite haar magte opgetree deur strafbepalings in die regulasies in te sluit sonder die nodige wettige magtiging wat deur die DMA vereis word. Dit blyk uit die teks van die DMA self, wat nie spesifiek voorsiening maak vir die skep van strafbepalings deur die minister sonder die vereiste goedkeuring en magtiging nie. Verder is dit deur die regspraak bevestig, wat beklemtoon dat enige gedelegeerde wetgewing streng binne die perke van die oorspronklike wet moet bly en dat enige strafbepalings duidelik en ondubbelsinnig deur die wet self gemagtig moet word.

Tweedens het die minister se optrede nie aan die vereistes van redelikheid en proporsionaliteit soos vereis deur die grondwetlike en administratiefregtelike regsbeginnels, voldoen nie. Dit is van kardinale belang dat enige strafbepalings nie net regmatig moet wees nie, maar ook regverdig en gepas in die konteks van die gespesifiseerde doelwitte van die wet.

Alhoewel die COVID-19-regulasies nie meer van krag is nie, bly dit van kardinale belang vir enige toekomstige ramptoestandregulasies, veral waar strafmaatreëls ingestel word om nakoming af te dwing. Dit is noodsaaklik dat enige regulasies wat tydens 'n nasionale noodtoestand uitgevaardig word nie net doeltreffend is nie, maar ook binne die wettige en grondwetlike perke bly om te verseker dat individuele regte beskerm word en dat regsekerheid heers. Hierdie beginnels sal verseker dat toekomstige maatreëls, ongeag die aard van die noodtoestand, aan die oppergesag van die reg voldoen, grondwetlike regte beskerm en binne die raamwerk van regmatige administratiewe handelinge geskied.

Bibliografie

Asmal, Z. en C. Rooney. 2021. The impact of COVID-19 on industries without smokestacks in South Africa. *Africa Growth Initiative at Brookings – AGI Working Paper No. 32*.

BusinessTech. 2021. Over 400,000 people have been arrested for breaking South Africa's Covid-19 rules. 8 April. <https://businesstech.co.za/news/lifestyle/481707/over-400000-people-have-been-arrested-for-breaking-south-africas-covid-19-rules> (4 Junie 2024 geraadpleeg).

Courtis, C. 2011. Rationality, reasonableness, proportionality: testing the use of standards of scrutiny in the Constitutional review of legislation. *Constitutional Court Review*, 4(1):31–50.

Dicey, A.V. 1959. *Introduction to the study of the law of the constitution*. Londen: Macmillan Press Ltd.

Dube, F. 2023. The rule of law in a state of disaster: evaluating standards for the promulgation, administration and enforcement of emergency regulations in South Africa. *Hague Journal on the Rule of Law*, 15(1):143–59.

Eloff, D. 2021. The rationality test in lockdown litigation in South Africa. *African Human Rights Law Journal*, 21(2):1167–71.

Faull, A. 2020. State abuses could match the threat of COVID-19 itself. *ISS Today*. Institute for Security Studies. 2 April. <https://issafrica.org/iss-today/state-abuses-could-match-the-threat-of-covid-19-itself> (14 Desember 2024 geraadpleeg).

Hoexter, C. en G. Penfold. 2021. *Administrative law in South Africa*. 3de uitgawe. Kaapstad: Juta en Kie.

—. 2024. The remaking of South African administrative law. *Journal of African Law*, 68(2):215–30.

Kellaway, E.A. 1995. *Principles of legal interpretation: statutes, contracts and wills*. Durban: Lexis Nexis.

Krüger, R. 2010. The South African Constitutional Court and the rule of law: the Masethla judgment, a cause for concern? *Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 13(3):468–92.

Malan, K. 2012. The rule of law versus decisionism in the South African constitutional discourse. *De Jure Law Journal*, 45(2):272–305.

Muntingh, L., J. Mangwanda, K. Petersen en J. Redpath. 2021. Criminal justice, human rights and COVID-19 – a comparative study of measures taken in five African countries. *Africa Criminal Justice Reform*. <https://dullahomarinate.org.za/acjr/acjr-publications/combined-covid-19-report-13-10-2021-final.pdf>.

Singh, A. en S. Tembo. 2022. Constitutionalism and public health emergencies: COVID-19 regulations in South Africa and the constitutional and human rights slippery slope. *Obiter*, 43(1):152–4.

Steyn L.C. 1981. *Die uitleg van wette*. 5de uitgawe. Kaapstad: Juta en Kie.

Van Staden, M. 2020. Constitutional rights and their limitations: a critical appraisal of the COVID-19 Lockdown in South Africa. *African Human Rights Law Journal*, 20(2):484–511.

—. 2024. Rule of law: the universal unwritten constitution. FMF Special Paper. 20 February. Free Market Foundation.

Zarifi, S en K. Powers. 2020. Human rights in the time of COVID-19: Front and centre. International Commission of Jurists. 6 April. <https://www.icj.org/human-rights-in-the-time-of-covid-19-front-and-centre> (4 Junie 2024 geraadpleeg).

Eindnotas

¹ Die amptelike naam van die virus, soos gegee deur die Internasionale Komitee oor Taksonomie van Virusse, is SARS-CoV-2.

² Zarifi en Powers (2020).

³ Singh en Tembo (2022).

⁴ Die Wysigingswet op Geregtelike Aangeleenthede 15 van 2023 het die kriminele rekords van Suid-Afrikaners wat skuldig bevind is aan oortredings van COVID-19 inperkingsregulasies, kwytgeskeld.

⁵ *Democratic Alliance v Minister of Co-Operative Governance and Traditional Affairs* (700/2022) [2024] ZASCA 65.

⁶ *Esau v Minister of Co-Operative Governance and Traditional Affairs* (611/2020) [2021] ZASCA 9; [2021] 2 All SA 357 (SCA); 2021 3 SA 593 (HHA) par. 18.

⁷ Goewermentskennisgewing (GK) 312, in *Staatskoerant* 43096 van 15 Maart 2020.

⁸ Goewermentskennisgewing (GK) 313, in *Staatskoerant* 43096 van 15 Maart 2020.

⁹ Goewermentskennisgewing (GK) 318, in *Staatskoerant* 43107 van 18 Maart 2020.

¹⁰ Regulasies 3, 6 en 8 van die nasionale ramptoestandregulasies.

¹¹ Regs. 10 en 11 van die nasionale ramptoestandregulasies.

¹² BusinessTech (2021). Over 400,000 people have been arrested for breaking South Africa's Covid-19 rules.

¹³ Sien *Esau*.

¹⁴ Aanhef tot die DMA.

¹⁵ Dube (2023:143–59).

¹⁶ Art. 3 van die DMA.

¹⁷ Art. 59(1) van die DMA.

¹⁸ Art. 59(3) van die DMA.

¹⁹ Reg. 19 van die nasionale ramptoestandregulasies.

²⁰ Goewermentskennisgewing (GK) 313, in *Staatskoerant* 43096 van 15 Maart 2020.

²¹ *Annandale Dairy Farms (Pty) Ltd v Dairy Board* [1987] 4 All SA 244 (K) 253.

²² *Thomas v Thomas* (15322/2010) [2012] ZAKZDHC 73.

²³ Reg. 19 van die nasionale ramptoestandregulasies.

²⁴ Een van die vermoedens by wetsuitleg is dat die wetgewer 'n verskil in betekenis veronderstel wanneer verskillende woorde en uitdrukkings gebruik word. Sien Steyn (1981:154–5).

²⁵ Art. 27(5)(a) van die DMA.

²⁶ Art. 341 van die Strafproseswet 51 van 1977.

²⁷ *Luvhengo v Minister of Police* (14445/2019) [2021] ZAGPPHC 762 par. 5.

²⁸ *Minister of Education v Harris* [2001] ZACC 25, 2001 4 SA 1297 (KH).

²⁹ *Sigcau v President of the Republic of South Africa* [2013] ZACC 18, 2013 (9) BCLR 1091 (KH) par. 27.

³⁰ Dicey (959).

³¹ Van Staden (2024).

³² Krüger (2010:476).

³³ Dube (2023:143–59).

³⁴ *Masetlha v President of the Republic of South Africa* (CCT 01/07) [2007] ZACC 20 par. 176.

³⁵ Malan (2012:272–305).

³⁶ Van Staden (2024).

³⁷ Hoexter en Penfold (2021:152).

³⁸ Eloff (2021:1179).

³⁹ Singh en Tembo (2022 160–6).

⁴⁰ Eloff (2021:1167–71).

⁴¹ *Skole-Ondersteuningsentrum NPC v Minister of Social Development* [2020] 4 All SA 285 (GP); *Esau* 9; *De Beer* 184.

⁴² Van Staden (2020:484–511).

⁴³ *Rex v Magano and Madumo* 1924 TPD 129.

⁴⁴ *Magano and Madumo* 134–5.

⁴⁵ *Magano and Madumo* 141–2.

⁴⁶ Die regter (332) verklaar soos volg: “The question, and the main question, which we have to decide is whether or not the penal sanction which was added to these regulations is or is not *ultra vires*. Now by referring to sec. 15 of the Act, it is clear that there is no penal sanction added for contravention of any of these regulations, and therefore the question is whether, if power is granted to the Governor General to make regulations, and no power is granted specifically by the

Act in express words to provide for a penalty and the penalty here threatened is not only a monetary fine but also imprisonment, the Governor General is entitled to add a penal clause for a breach of the regulations. This question was considered by the Court very fully in the case of *Rex v Magano and Madumo* 1924 TPD 129. There, the Court also had to deal with a law, namely, Law 4 of 1885, which empowered the Government to make regulations. Regulations were made and penal sanctions were added. There is nothing, as stated, in the Act under consideration which gives power to the Governor General to add a penalty for breach of any of these regulations; and in the case I have mentioned the Court came to the conclusion, that in view of the scope of the Act and the absence of any express power to impose penalties the Government had no right to add penalties, and consequently declared the regulations in that respect to be *ultra vires*. Mr. Justice CURLEWIS in that case, on page 137, says: 'The reasons which I have given in the first appeal may be taken to apply *mutatis mutandis* to this appeal, in that Order 7, in so far as it purports to make it an offence for a location resident to fail to attend a meeting convened by a chief, is not authorised by and does not fall within the scope of the enabling statute'. In the same case on pages 141 and 142, I made the following remarks, to which after further consideration I unreservedly adhere: 'The power to create new offences, in conflict with the common law, must be expressed in clear terms or must be a necessary and irresistible inference from the words of the enabling statute. Furthermore, a power to frame rules and regulations for certain purposes does not, unless special provision is made, include the right of the framer to punish by means of fine or imprisonment a non-observance of such rules.'

⁴⁷ Hy verklaar voorts (334–5): "I think it is a sound principle of law, that where a subordinate person or body is given the right to make rules and regulations for the better carrying out of any Act of Parliament, that unless the Act specifically and in express words also grants the power to impose a penalty, that no such power should be inferred. I can conceive the possibility, if there are no express words in the Act of Parliament, that by implication one might be able to infer (and that is merely a question of interpretation) a power to impose a penalty from the general scope and purpose of the enabling Act and the nature of the regulations to be framed. I have, however, not been able to find any decided case where such an implied authority has been recognised. We have, therefore, come to the conclusion for these reasons that the regulation whereby a penalty is imposed for a breach of these regulations is *ultra vires* the Governor General. That being so there is no offence with which the appellant could have been charged or convicted."

⁴⁸ Kellaway (1995:382). Hulle laat nietemin hierop volg: "Where an authority has power to make rules or regulations and the enabling statute does not also empower such authority to impose penalties for non-observance of its enactment, such rules or regulations should not be construed as constituting an offence, whatever administrative or other disabilities result from non-observance. However, where the legislature itself has prohibited an act in a manner which makes it clear that the intention was to create an offence, without specifically providing a penalty for its contravention, a court will have a discretionary power to inflict one."

⁴⁹ *Annandale Dairy Farms (Pty) Ltd v Dairy Board* 1987 2 SA 727 (K) 244.

⁵⁰ Die hof stel dit so (*ibid*) : "The Board is a creature of statute. Any power which a body such as the Board exercises must be found expressly or by implication in the enabling legislation creating it. It must therefore be found either in the Act or in the scheme. ... Nowhere in the Act or the scheme can a power be found expressly enabling the Board to penalise a producer whose milk does not conform to standards prescribed by it by withholding premium payments or declaring the forfeit. ... Whether powers not expressly conferred by statute may be implied

depends upon a proper construction of the enabling legislation. Powers will only be implied if they constitute a logical or necessary consequence of the powers expressly conferred or if they are reasonably necessary in order to exercise the powers expressly conferred or if they are ancillary or incidental thereto (see Steyn (op cit at 208 et seq); *Makoka v Germiston City Council* 1961(3) SA 573 (A) at 581 H – F; *Cape Divisional Council v Cape Western Timbers (Pty) Ltd and Another* 1976 (3) SA 714 (C) at 717B C).”

⁵¹ *Rex v Persotam* [1949] 4 All SA 206 (N).

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Fedsure Life Assurance Ltd (CCT7/98)* [1998] ZACC 17 1999 1 SA 374 (KH) parr. 58–9.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Affordable Medicines Trust v Minister of Health* 2006 3 SA 247 (KH) par. 108.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Natal Joint Municipal Pension Fund v Endumeni Municipality* 2012 4 SA 593 (HHA) par. 18.

⁵⁹ Kellaway (1995:373).

⁶⁰ Kellaway (1995:374).

⁶¹ Kellaway (1995:237).

⁶² *Ibid.*

⁶³ [2020] ZAGPPHC 147 par. 47.

⁶⁴ *Khosa* par. 46.

⁶⁵ *Khosa* par. 7.

⁶⁶ Faull (2 April 2020).

⁶⁷ Muntingh, Mangwanda, Petersen, en Redpath (2021).

⁶⁸ *Khosa* par. 25.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Van Staden (2020: 484–511).

⁷² *Ibid.*

⁷³ 2021 3 SA 593 (HHA) par. 18.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Minister of Education v Harris* 2001 4 SA 1297 (KH) parr. 17 en 18.

⁷⁶ *Courtis* (2011:31–50).

⁷⁷ *Hoexter en Penfold* (2024:226–7).

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Hoexter en Penfold* (2021:465).

⁸⁰ *Hoexter en Penfold* (2021:472).

⁸¹ *Hoexter en Penfold* (2021:471).

⁸² Art. 27(3) van die DMA.

⁸³ *Dube* (2023:143–59).

⁸⁴ *Asmal en Rooney* 2021:parr. 3–6.

⁸⁵ *Asmal en Rooney* 2021:1–2.

⁸⁶ *Beame; Els v Commissioner of Police* [2023] NSWSC 347, beskikbaar by <https://www.caselaw.nsw.gov.au/decision/18753a27c84b877d8ab9d901> (4 Junie 2024 geraadpleeg).

⁸⁷ *Kosciolek v Commissioner of Police* [2024] NSWSC 15, beskikbaar by <https://www.caselaw.nsw.gov.au/decision/18d528774d074aa6f08aae72> (4 Junie 2024 geraadpleeg).

⁸⁸ *Fines Act 1996 (NSW)* (Australië), beskikbaar by <https://legislation.nsw.gov.au/view/html/inforce/current/act-1996-099> (4 Junie 2024 geraadpleeg).

⁸⁹ *Wisconsin Legislature v Secretary-Designee Palm* 2020AP65 – OA, beskikbaar by <https://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/2020/2020ap000765-oa.html> (4 Junie 2024 geraadpleeg).

⁹⁰ *Eloff* (2021:1179).

⁹¹ *Borrowdale v Director General of Health* [2020] NZHC 2090, beskikbaar by https://www.courtsofnz.govt.nz/assets/cases/Borrowdale-v-D-G-of-Health-V_1.pdf.

⁹² *(FC) v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 [95], beskikbaar by <https://publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd071031/home-1.htm> (6 Junie 2024 geraadpleeg).