

***DIE INVLOED VAN DIE GRONDWET  
OP DIE BEWYSLAS IN DIE LASTERREG***

deur

**CORNELIA MARITHA VAN HEERDEN**

voorgelê ter gedeeltelike vervulling van die vereistes vir  
die graad

**MAGISTER LEGUM**

aan die

**UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA**

**STUDIELEIER: PROF RA KELBRICK**

**NOVEMBER 1996**

## INHOUDSOPGAWE

<b>1.</b>	<b>HOOFSTUK 1: TOEPASSING VAN DIE GRONDWET OP DIE PRIVAATREG</b>	<b>BLADSY</b>
1.1	INLEIDING	1
1.2	DIE RELEVANSIE VAN DIE HORIZONTALER WERKING VAN DIE GRONDWET	1
<b>2.</b>	<b>HOOFSTUK 2: ALGEMENE BEGINSELS WAT BEWYS-PLIGTIGHEID BEHEERS</b>	
2.1	INLEIDING	5
2.2	DIE BEWYSLAS VERSUS DIE WEERLEGGINGSLAS	5
2.3	DIE AKSIEGRONDKRITERIUM.	8
2.4	DIE INVLOED VAN 'N WEERLEGBARE REGSVERMOEDE OP BEWYSPLIGTIGHEID	9
2.5	DIE INVLOED VAN DIE BESTAAN VAN 'N REGVERDIGINGSGROND OP BEWYSPLIGTIGHEID	11
2.6	'N VOORGESTELDE PROBLEEMOPLOSSING	12
2.7	BEWYSPLIGTIGHEID IN 'N KONSTITUSIONELE BEDELING	13
2.8	DIE TWEEFASE-BENADERING ONDER DIE SOEKLIK	15
2.9	GEVOLGTREKKING	16
<b>3.</b>	<b>HOOFSTUK 3: BEWYSPLIGTIGHEID BY LASTERSAKE</b>	
3.1	INLEIDING	18
3.2	BEWYSPLIGTIGHEID IN LASTERSAKE VOOR INWERKINGTREDING VAN WET 200 VAN 1993	19
3.3	BEWYSPLIGTIGHEID IN LASTERSAKE NA INWERKINGTREDING VAN WET 200 VAN 1993	22
3.4	GEVOLGTREKKING	32
<b>4.</b>	<b>'N REGSVERGELYKENDE OORSIG OOR DIE BEWYSLAS IN LASTERSAKE</b>	
4.1	INLEIDING	34
4.2	DIE VERENIGDE STATE VAN AMERIKA	34
4.3	KANADA	35
4.4	DUITSLAND	36
4.5	AUSTRALIË	38
4.6	SLOT	38
<b>5.</b>	<b>ADDENDUM: BIBLIOGRAFIE:</b>	
A.	BOEKVERWYSINGS	40
B.	LYS VAN ARTIKELS	42
C.	SAKELYS	44
D.	VERKORTE SAKELYS	48
E.	WETGEWING	49

## OPSOMMING

Die siviele lasterreg word gekenmerk deur verdeeldheid aangaande bewyspligtigheid. 'n Unieke situasie doen hom voor: weerlegbare regsvermoedens van onregmatigheid en *animus iniuriandi* word opgevolg deur verskeie regsverdigingsgronde. Bykomend hiertoe stel die Grondwet die vereiste van konstitusionele regverdiging vir beperkings op fundamentele regte.

'n Oorsig oor die regspraak in sowel die voorgrondwetlike - as na-grondwetlike bedeling, dui op 'n versuim deur die houe om behoorlik aandag te skenk aan die bewyspligtigheidsgevolge van die regverskynsels wat hulself in die lasterreg voordoën.

In hierdie verhandeling word bewyspligtigheid in lastersake krities ondersoek om vas te stel of dit die reg korrek weerspieël en om 'n werkbare bewyslasformule vir lasteraksies in 'n konstitusionele litigasie te vind. Daar word voorgestel dat die probleem opgelos word deur 'n tweefase-benadering: Die eiser moet in die eerste fase die omvang van sy reg bewys en dat daarop inbreuk gemaak is. In die tweede fase moet die verweerder sy regsverdigingsgronde bewys, asook dat dit konstitusioneel regverdigbaar is.

## SUMMARY

The civil law of defamation is marked by discord regarding *onus* of proof. A unique situation evidences itself: rebuttable presumptions of law concerning unlawfulness and *animus iniuriandi* are followed by various grounds of justification. In addition thereto the Constitution sets the requirement of constitutional justification for limitations on fundamental rights.

An overview of case law in the pre-constitutional as well as the post-constitutional dispensation, indicates a failure by the courts to pay proper attention to the evidentiary consequences of the legal phenomena found in the law of defamation.

In this dissertation *onus* of proof in defamation cases is critically examined to ascertain whether it reflects the law correctly and to find a workable "*onus* of proof" -formula for defamation cases in a constitutional dispensation. It is suggested that the problem be solved by a two stage approach: in the first phase, the plaintiff must prove the extent of his right and the encroachment thereof. In the second phase the defendant must prove his grounds of justification and show that they are constitutionally justifiable.

-----

### KEY WORDS:

*Onus* of proof; defamation; unlawfulness; *animus iniuriandi*; grounds of justification; evidentiary consequences; Constitution; constitutionally justifiable; two stage approach; limitations on fundamental rights.

## HOOFSTUK EEN : TOEPASSING VAN DIE GRONDWET OP DIE PRIVAATREG

### 1.1 INLEIDING

Suid-Afrika staan in die kinderskoene van 'n nuwe grondwetlike bedeling onder 'n handves van menseregte en moet leef in ooreenstemming met die *grundnorm* van oopheid en gelykheid wat 'n demokratiese samelewing onderlê. Die impak wat hierdie nuwe bestel alreeds op die Suid-Afrikaanse regstelsel het, is verreikend en daar kan verwag word dat die regstelsel in die toekoms nog verskeie uitdagings die hoof sal moet bied. Privaatregtelike litigasie gaan nie onaangeraak deur hierdie hele proses nie, soos wat blyk uit die verdeelde uitsprake op die gebied van die siviele lasterreg. Die doel van hierdie verhandeling is om bewyspligtigheid in siviele lastersake krities te ondersoek om vas te stel of dit die reg korrek weerspieël en om lig te werp op 'n werkbare bewyslasformule vir lasteraksies in 'n konstitusionele bedeling.

Eerstens sal bepaal word of die Grondwet enige invloed het op die privaatrek *per se*, en dus ook die siviele lasterreg. Daarna sal die algemene beginsels van bewyspligtigheid ondersoek word voordat daar afgestem word op 'n bespreking van bewyspligtigheid in die lasterreg. Ten slotte sal vergelykbare reg oorsigtelik beskou word in 'n poging om 'n oplossing te vind vir die bewyspligtigheidproblematiek in die lasterreg.

### 1.2 DIE RELEVANSIE VAN DIE HORIZONTALER WERKING VAN DIE GRONDWET

Die konstitusionele hof het gedurende Mei 1996 in *Du Plessis v De Klerk* beslis dat die Tussentydse Grondwet 200 van 1993, nie direkte horisontale werking het nie.<sup>1</sup> Die meerderheidsuitspraak deur regter Kentridge, was onder andere daardeur gemotiveer dat, indien die opstellers van die Grondwet bedoel het dat dit ook direkte horisontale werking moes hê, hulle gulde geleentheid gehad het om dit uitdruklik te bepaal. Regter Kentridge beslis dat afwesigheid van 'n verwysing na die gebondenheid van die regbank aan hoofstuk 3 (die handves van menseregte) van Wet 200 van 1993 nie 'n oorsig was nie, maar die bedoeling teen direkte horisontale werking ondersteun. Dat hierdie uitspraak egter nie die

---

<sup>1</sup> 1996 5 BCLR 658 (CC).

laaste woorde is wat gespreek is oor horisontale werking van die Suid-Afrikaanse Grondwet nie, blyk uit die volgende *dictum* van regter Mahomed:

“The differences in the theoretical approaches favoured by Kriegler J and Kentridge AJ therefore seems to me to involve no substantial practical consequences, particularly if regard is had to the fact that whatever may be said about the meaning of the interim Constitution might in the future be of historical importance only, because the interim Constitution will already have been overtaken by a new Constitutional text with quite different formulations impacting on the problem.”<sup>2</sup>

en dié van regter Madala in dieselfde saak:

“The very incisive and analytical judgment of Kentridge AJ might put to rest, for the time being at least, and in respect of this case only, the much debated and raging controversy around whether or not Chapter 3 of the Constitution has horizontal application.”<sup>3</sup>

Die belang van die vertikale/horisontale debat ten einde die impak van die Grondwet op die Suid-Afrikaanse regstelsel vas te stel, word myns insiens onnodig beklemtoon. Ek meen, in aansluiting by regter Cameron in *Holomisa v Argus Newspapers Ltd* dat die gewig wat aan gemelde debat geheg word, misplaas is.<sup>4</sup> Daar is genoegsame aanduiding in die Grondwet dat die aanwending van die handves van menseregte nie beperk is tot gevalle waar die staat 'n party is nie. Die doel van die menseregthandves in die Grondwet is om 'n nuwe orde daar te stel; 'n orde wat by noodwendige implikasie sal bestaan nie alleen tussen staat en burger nie, maar ook tussen burger en burger.

Daar is by die opstel van die Grondwet ooreengekom dat hoofstuk 3 slegs vertikale werking sou hê, maar na analogie van die “*mittelbare Drittwirking*” in die Duitse Grondwet is voorsiening gemaak vir die deursyfering van Grondwetlike waardes na horisontale en dus privaatregtelike, verhoudings.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Op p 698B-C.

<sup>3</sup> Op p 727F-F.

<sup>4</sup> 1996 2 SA 588 (W), op p 596E-597D.

<sup>5</sup> Du Plessis, L : “A background to drafting the chapter on fundamental rights.” De Villiers, B (Red): *Birth of a Constitution* Juta (Kaapstad); 1994 p89, asook Du Plessis, L: “Enkele Gedagtes oor die Historiese Interpretasie van Hoofstuk 3 van die Oorganggrondwet: *De Klerk v Du Plessis* 1994 6 BCLR 124 (T) (1995 2 SA 40(CC)).” *THRHR* 1995

In die Tussentydse Grondwet vind hierdie indirekte horisontale werking neerslag in artikel 35(3):

“By die uitleg van enige wet en die toepassing en ontwikkeling van die gemenerereg en gewoonterereg, neem 'n hof die gees, strekking en oogmerke van hierdie hoofstuk behoorlik in ag.”

Artikel 8(1) van die Finale Grondwet maak, anders as artikel 7(4) van die Tussentydse Grondwet, die handves van regte uitdruklik ook op die regsprekende gesag van toepassing.

Artikels 8(2) en 8(3) van die Finale Grondwet maak dit onnodig om tyd te mors deur die aanwendingsradius van die Grondwet bloot op vertikale vlak te probeer regverdig:

a8(2)”n Bepaling van die Handves van Regte bind natuurlike en regspersone indien en in die mate waarin dit toegepas kan word, met inagneming van die aard van die reg en enige plig deur die reg opgelê.”

a8(3) “By die toepassing van die bepalings van die Handves van Regte op natuurlike en regspersone ingevolge subartikel 2 —

(a) moet 'n hof, ten einde gevolg te gee aan 'n reg in die handves, die gemenerereg toepas, of waar nodig, ontwikkel in die mate waarin wetgewing nie aan daardie reg gevolg gee nie, en

(b) kan die hof die reëls van die gemenerereg ontwikkel om die reg te beperk, mits die beperking in ooreenstemming met artikel 36(1) [die nuwe beperkingsbepaling] is.”

Artikel 39(2) van die Finale Grondwet stel die opdrag vervat in artikel 35(3) van die Tussentydse Grondwet nog sterker deur te bepaal dat elke hof, tribunaal of forum by die uitleg van enige wetgewing en by die ontwikkeling van die gemenerereg of gewoonterereg die gees, strekking en oogmerke van die handves van regte **moet** bevorder.

In die lig van hierdie opdragte meen ek dat elke hof, in die tydvak waarin die Tussentydse Grondwet aanwending vind sowel as na inwerkingstreding van die Finale Grondwet, konstitusioneel verplig is en sal wees om die grondwetlike waardes in ag te neem, ongeag

---

(58) p 504 en Van der Vyver, JD: “The private sphere in constitutional litigation.” *THRHR* 1994 (57) p 378. Sien ook verder Van der Vyver, JD: Constitutional Free Speech and the Law of Defamation.” *SALJ* 1995 p572.

die vertikale/horisontale debat. Waar 'n hof nou belas is met 'n plig om regte in ag te neem waarop hy vroeër nie in 'n grondwetlike konteks verplig was om ag te slaan nie, is verandering, op welke skaal ookal, te verwag en sal hervorming ook in daardie privaatregtelike gevalle waar die behoefte homself manifesteer, onvermydelik wees.

Die siviele prosesreg is gemeoid met die prosedure by litigasie tussen privaatpersone en dien dus ter implementering van die privaatrete. Gevolglik kan die siviele prosesreg nie geïsoleerd staan van enige grondwetlike invloed op sodanige litigasie nie.

Bewyspligtigheid vervul 'n belangrike rol in siviele gedingvoering deurdat dit bepaal watter party suksesvol is in 'n saak.<sup>6</sup> Die siviele lasterreg is oor 'n lank tydperk gekenmerk deur verdeelde uitsprake oor bewyspligtigheid.<sup>7</sup> Dit is dus nodig om die ontwikkeling van bewyspligtigheid in lastersake te ondersoek en, teen die agtergrond van die Grondwet, 'n werkbare oplossing te vind. As basis van hierdie ondersoek, is insae in die algemene beginsels van bewyspligtigheid onontbeerlik vir 'n kritiese ontleding van die bewyspligtigheidproblematiek in die lasterreg.

---

<sup>6</sup> Sien hoofstuk 2.

<sup>7</sup> Sien hoofstuk 3.



## HOOFSTUK 2 : ALGEMENE BEGINSELS WAT BEWYSPLIGTIGHEID BEHEERS

### 2.1 INLEIDING

Voordat daar spesifiek afgestem kan word op 'n bespreking van die bewyslasposisie in die lasterreg, is dit nodig om duidelikheid te kry oor die algemene beginsels wat bewyspligtigheid beheers. Daar word vervolgens gekonsentreer op die toeligting van begrippe wat relevant is vir doeleindes van hierdie verhandeling.

### 2.2 DIE BEWYSLAS VERSUS DIE WEERLEGGINGSLAS

As vertrekpunt is dit belangrik om tussen die bewyslas en die weerleggingslas te onderskei. Schmidt omskryf die bewyslas ("Burden of proof") as volg:

"Die bewyslas bepaal watter party die onderspit sal delf indien onvoldoende gronde aan die hof voorgelê word vir 'n bevinding aangaande 'n feitelike geskilpunt".<sup>8</sup>

Tapper praat van hierdie las as die "legal burden of proof" oftewel "burden of proof simpliciter" en definieer dit so:

"The legal burden of proof is the obligation of a party to meet the requirement of a rule of law that a fact in issue be proved [or disproved] either by a preponderance of the evidence or beyond reasonable doubt as the case may be."<sup>9</sup>

Teenoor hierdie egte bewyslas, staan die weerleggingslas ("burden to adduce evidence") wat volgens Schmidt gerig is op hoe die partye met hul bewyslewering vorder en aandui in wie se guns die skaal in enige stadium van die gedingvoering gekantel is.<sup>10</sup> Dit word aan die

<sup>8</sup> Schmidt, CWH: *Bewysreg*; Derde uitgawe: Butterworths (Durban); 1989. p23. Sien ook Hoffman & Zeffert: *The Law of Evidence*, Vierde Uitgawe; Butterworths (Durban); 1988 hoofstuk 20 p495. Sien ook *Klaassen v Benjamin* 1940 AD 85 op 85-88 en *Frenkel v Ohlsson's Cape Breweries Ltd* 1909 TPD 961 op 962.

<sup>9</sup> Tapper, C: *Cross on Evidence*; Sewende uitgawe: Butterworths (London). 1996 p117. Erasmus, HJ 1994: *Superior Court Practice*; Eerste uitgawe; Juta (Kaapstad); p291. Erasmus verwys na die bewys- en weerleggingslas as bewyslas in primêre en sekondêre sin respktiewelik. Eersgenoemde word bepaal deur die substantiewe reg en laasgenoemde deur die pleitstukke.

<sup>10</sup> Schmidt, Op. cit. p24.

hand gedoen dat die volgende defenisie 'n korrekte weergawe is van die omvang van die weerleggingslas:

"The evidential burden is the obligation to show, if called upon to do so, that there is sufficient evidence to raise an issue as to the existence or non-existence of a fact in issue, due regard being had to the standard of proof demanded of the party under such obligation".<sup>11</sup>

Die bewyslas skuif nie, maar die weerleggingslas verskuif wel van die een party na die ander. Die bewyslas is bepaalbaar sodra die geskilpunte geformuleer is en getuienis wat daarna aangevoer word, kan geen uitwerking op sy ligging hê nie.<sup>12</sup> Die *locus classicus* ten aansien van bewyspligtigheid in die Suid-Afrikaanse siviele prosesreg is *Pillay v Krishna*, waarin waarnemende appélregter Davis hom as volg oor die verskil tussen die bewyslas en die weerleggingslas uitgespreek het:<sup>13</sup>

"But I must make three further observations. The first is that, in my opinion, the only correct use of the word '*onus*' is that which I believe to be its true and original sense namely, the duty which is cast on the particular litigant, in order to be successful, of finally satisfying the Court that he is entitled to succeed on his claim or defence, as the case may be, and not in the sense merely of his duty to adduce evidence to combat a *prima facie* case made by his opponent. The second is that where there are several and distinct issues, for instance a claim and a special defence, then there are several and distinct burdens of proof, which have nothing to do with each other, save of course that the second will not arise until the first has been discharged. The third point is that the *onus*, in the sense in which I used the word, *can never shift from the party upon whom it originally rested*. It may have been completely discharged once and for all, not by any evidence which he has led, but by some admission made by his opponent on the pleadings [or even during the course of the case] so that he cannot have been asked to do anything more in regard thereto; but the *onus* which then rests upon his opponent is not one which has been transferred to him: it is an entirely different *onus* namely the *onus* of establishing any special defence which he may have. Any

<sup>11</sup> Tapper, op. cit. p113. Sien ook Buzzard, JH *et al*: Phipson on Evidence; Dertiende Uitgawe, Sweet & Maxwell (London) 1982 op p47.

<sup>12</sup> Schmidt, op. cit. p25. Sien ook *Tregea v Godart* 1939 AD op p16,33.

<sup>13</sup> 1946 AD 946 op p952. Sien ook *South Cape Corporation (Pty) Ltd v Engineering Management Services (Pty) Ltd* 1977 3 SA 534 (A). Peter Murphy verduidelik die verskil tussen die bewyslas en weerleggingslas prakties aan die hand van 'n diagram. Sien Murphy, P: *A Practical Approach to Evidence*; Tweede uitgawe, Financial Training Publications Ltd (London) 1985 op p89, 90.

confusion that there may be, has arisen as I think, because the word *onus* has often been used in one and the same judgement in different senses, as meaning:

- a) the full *onus* which lies initially on one of the parties to prove *his* case;
- b) the quite different full *onus* which lies on the other party to prove *his* case on a quite different issue; and
- c) the duty on both parties in turn to combat by evidence any *prima facie* case so far made by his opponent. This duty alone, unlike a true *onus*, shifts or is transferred."

Die volgorde waarin die partye hul getuienis moet aanbied, word by die aanvang van gedingvoering bepaal met verwysing na die bewyslas en na enige weerleggingslas wat reeds in die stadium by wyse van erkenning of vermoedens op 'n gedingparty geplaas word. Dit kom daarop neer dat die bewyslasdraer met gedingvoering moet begin tensy sy teenstander ten opsigte van al die geskilpunte met 'n weerleggingslas opgesaal is.<sup>14</sup>

Die standaard vir bewyspligtigheid in siviele aangeleenthede is "oorwig van waarskynlikhede" wat as volg deur Lord Denning omskryf word:

"It must carry a reasonable degree of probability but not so high as is requested in a criminal case. If the evidence is such that the tribunal can say 'we think it is more probable than not', the burden is discharged, but if the probabilities are equal it is not."<sup>15</sup>

Ten einde suksesvol te wees in 'n siviele-saak, moet 'n party hom dus op 'n oorwig van waarskynlikhede van sy bewyslas kwyt. Die ligging van die bewyslas is egter problematies en verdien nadere toeligting.

<sup>14</sup> Schmidt, op. cit. p30. Let egter daarop dat die blote feit dat 'n party aanvaar dat hy 'n plig het om te begin met die lei van getuienis, nie aanvaarding van die bewyslas impliseer nie. Van Winsen, L, *et al: Herbstein and Van Winsen: The Civil Practice of the Superior Courts in South Africa*, Derde uitgawe; Juta (Kaapstad) 1979 op p451. Sien ook *Mobil Oil Southern Africa (Pty) Ltd v Mechin* 1965 2 SA 706 (A) en *HA Millard & Son (Pty) Ltd v Enzenhofer* 1968 1 SA 330 (T).

<sup>15</sup> *Miller v Minister of Pensions* (1947) 2 All ER 372 op p374. Sien ook *Govan v Skidmore* 1952 1 SA 732 (N) op p734C en Kiralfy, A: *The Burden of Proof*; Eerste uitgawe, Professional Books Ltd (London) 1987 op p89.

## 2.3 DIE AKSIEGRONDKRITERIUM

Ten einde bewyspligtigheid te bepaal, maak die howe gebruik van Romeinsregtelike reëls, wat as volg geformuleer word:

*"Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit"*.<sup>16</sup>

Bogemelde posisie word getemper deur die stelreël:

*"Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat"*<sup>17</sup>

Schmidt meen na aanleiding van die tweede stelreël dat die posisie nie is dat die eiser altyd met die bewyslas opgesaal word nie, maar dat die party wat beweer (eiser of verweerder) en nie die party wat ontken nie, bewys sal moet lewer. Dit is dan vandag ook die kernreël.<sup>18</sup>

Schmidt dui egter aan dat die kernreël nie altyd bevredigende resultate bied nie en meen dat bepaling van bewyspligtigheid ooreenkomstig die sogenaamde "aksiegrondkriterium" die mees geskikte oplossing bied. Daarvolgens moet die verweerder enige verweer wat nie net 'n ontkenning van die eiser se aksiegrond is nie, beweer en bewys. So 'n spesiale verweer is dan 'n verweer wat nie die eiser se aksiegrond raak nie, maar daaromheen funksioneer. Sodanige verweer word gewoonlik geopper by wyse van erkenning met teenwerping. Dit behels 'n erkenning van die feit wat die eiser se aksiegrond uitmaak gepaard met die teenwerping van ander feite wat sy aanspraak ontsenu. Sodanige erkenning kan ook geopper word by wyse van 'n ontkenning van die aksiegrond tesame met die teenwerping van 'n spesiale verweer.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Schmidt, op. cit. p31: "Hy wat eis verkry as 'n noodsaaklikheid altyd die plig om te bewys". (My vertaling).

<sup>17</sup> Schmidt, op. cit. p31: "Hy verkry die bewyslas wie beweer, nie hy wie ontken nie" (My vertaling). Sien ook Keane, A: *The Modern Law of Evidence*; Eerste uitgawe, Professional books Ltd (London) 1985 op p50.

<sup>18</sup> Ibid. Sien ook die *Mobil Oil*-saak *supra* op p711: "Together with these two rules must be read the following principle, namely: *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur nam reus in exceptione actor est* D44.1.1). This principle is stated thus by Davis, AJA, in *Pillay v Krishna*: 'Where the person against whom the claim is made, is not content with a mere denial of that claim, but sets up a special defence; then he is regarded, *quoad* that defence, as being the claimant; for this defence to be upheld he must satisfy the court that he is entitled to succeed on it'".

<sup>19</sup> Schmidt, op. cit. p34. Vir kritiek teen die aksiegrondkriterium, sien Schmidt op p40 en 41.

## 2.4 DIE INVLOED VAN 'N WEERLEGBARE REGSVERMOEDE OP DIE BEWYSPLIGTIGHEID

Aangesien daar by sivilregtelike laster gewerk word met twee weerlegbare regsvermoedens wat aan die eiser beskikbaar is asook verskeie regverdigingsgronde wat aan die verweerder beskikbaar is, is dit noodsaaklik om te ondersoek welke effek sodanige vermoedens en regverdigingsgronde op die bewyslas het.<sup>20</sup> Tapper definieer 'n weerlegbare regsvermoede as volg:

“A rebuttable presumption of law is a conclusion that a fact (“the presumed fact”) exists which must be drawn, in the absence of further evidence, if another fact (“the basic fact”) is proved or admitted”<sup>21</sup>

Schmidt dui aan dat regsvermoedens die hof noop om aannames te maak en *prima facie* bewys voorsien van dit wat aangeneem word.<sup>22</sup> Volgens hom is 'n vermoede 'n middel waarmee bewys voorsien word; dit is nie 'n faktor wat bepaal wie moet verloor as bewys nie voorsien word nie.<sup>23</sup> Hy meld dan ook dat wat die regsvermoede betref die neiging van die regspraak eerder is om te aanvaar dat 'n volle bewyslas rus op die persoon wat sodanige vermoede wil weerlê.<sup>24</sup> Die vraag ontstaan vervolgens of hierdie neiging korrek is.

Oosthuizen, daarenteen, meen dat die enigste effek wat 'n regsvermoede het, is om op die party teen wie dit geld, 'n plig te plaas om getuienis aan te voer. Sodra daar getuienis ter weerlegging van die vermoede aangevoer word, verdwyn die vermoede asof dit nooit

<sup>20</sup> Feitelike vermoedens is nie hier ter sprake nie. Sien Kotze, DJL : “Die Effek van Vermoedens op die Bewyslas by Laster.” *De Jure* 1981: p160-164, waar hy aandui dat die vermoedens by sivilregtelike laster, regsvermoedens is.

<sup>21</sup> Tapper, op. cit. p127.

<sup>22</sup> Schmidt, op. cit. p41.

<sup>23</sup> Schmidt, op. cit. p42.

<sup>24</sup> Schmidt, op. cit. p44. Sien ook sy besprekings op p44 van *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 op 315; *Kunz v Swart* 1924 AD 618 op 651; *Cranfield v Hoey* 1932 CPD 265. Schmidt meld op p43 dat die probleem met betrekking tot die effek van 'n weerlegbare regsvermoede op die bewyslas al in twee doktrale proefskrifte ondersoek is met die gevolgtrekking dat sodanige vermoede in beginsel slegs die weerleggingslas verplaas en nie die ligging van die bewyslas raak nie. Die howe het egter nog nie hieroor standpunt ingeneem nie, maar meld hy, wanneer die regspraak nagegaan word, blyk dit dat feitelike vermoedens die weerleggingslas affekteer, maar nie die bewyslas nie. Hy meen regspraak dui aan dat regsvermoedens gewoonlik die bewyslas raak.

bestaan het nie. Die basiese feite waaruit die vermoede ontstaan het, neem dan hul gewone plek as feitemateriaal saam met die ander getuienis in.<sup>25</sup>

Hy vra voorts of 'n vermoede nie maar slegs 'n prosesregtelike meganisme of hulpmiddel is wat volgens die beginsels van beleid en billikheid ontstaan om in bepaalde gevalle die *actor* (bewyslasdraer) van sy plig te onthef om getuienis ten opsigte van 'n materiële feit van sy eis of sy spesiale verweer aan te bied nie?<sup>26</sup> Indien die *actor* gevolglik onthef word van die plig om getuienis aan te bied met betrekking tot 'n bepaalde materiële feit, word hy daardeur in werklikheid onthef om ten opsigte van daardie feit *prima facie* bewys te verskaf.

Volgens Oosthuizen beteken die plig om 'n vermoede te weerlê dus nie slegs om getuienis, hoe gering die bewyskrag daarvan ookal is, aan te voer nie, maar om genoegsame getuienis aan te voer om *prima facie* bewys die hoof te bied, **dit wil sê dit impliseer 'n weerleggingslas.**<sup>27</sup> Oosthuizen meen daar is regtens geen regverdiging vir die standpunt dat vermoedens die bewyslas behoort te affekteer nie: om aan 'n vermoede 'n effek te gee dat dit 'n bewyslas tot gevolg het vir die party teen wie dit geld, beteken om 'n kunsmatige bykomende reël tot die basiese drie reëls van die bewyslas toe te voeg.<sup>28</sup> Hy bied die volgende oplossing vir hierdie probleem. "Wat wel verskuif is nie die bewyslas of weerleggingslas nie, maar wel die plig om getuienis aan te bied. Laasgenoemde plig rus, soos reeds gesê, op beide die *actor* en *reus*".<sup>29</sup>

Daar kan myns insiens nie akkoord gegaan word met die standpunt dat 'n weerlegbare regsvermoede 'n bewyslas tot gevolg het vir die party wat dit die hoof moet bied nie. Soos reeds aangedui word 'n regsvermoede geag *prima facie* bewys te voorsien van dit wat vermoed word. Die logiese plig wat volg wanneer daar *prima facie* bewys voorgelê word, is

<sup>25</sup> Oosthuizen, P: *Die bewyslas en die weerleggingslas in die Suid-Afrikaanse Reg*. Pretoria: Universiteit van Pretoria (LLD-proefskrif) 1980 op p53.

<sup>26</sup> Oosthuizen, op. cit. p82. Oosthuizen dui op p313 aan dat daar ook in die Engelse reg nog aansienlike onsekerheid bestaan omtrent die effek van weerlegbare regsvermoedens.

<sup>27</sup> Oosthuizen, op. cit. p324. Sien ook *Stocks & Stocks (Pty) Ltd v TJ Daly & Sons (Pty) Ltd* 1979 3 SA 754 (A) waarin die hof by implikasie die bestaan van 'n weerlegbare regsvermoede erken en beslis dat sodanige vermoede 'n weerleggingslas skep.

<sup>28</sup> Oosthuizen, op. cit. p326. Die basiese drie reëls is die reëls soos weergegee in die *Mobil Oil*-saak *supra*.

<sup>29</sup> Op. cit. p193. Kotze (*supra*, n21) steun Oosthuizen en verwelkom dit dat die hof in *May v Udwin* 1989 1 SA 1 (A) dit onomwonde gestel het dat die tersaaklike regsvermoedens slegs 'n weerleggingslas vir die verweerder laat ontstaan en die bewyslas om die hof aan die einde van die saak op 'n oorwig van waarskynlikhede te oortuig, wat al die elemente betref, steeds op die eiser laat rus.

om sodanige bewys te weêrlê deur aanvoering van genoegsame getuienis, wat dus impliseer dat die voorlegging van *prima facie* bewys altyd 'n weerleggingslas op die teenparty plaas. Om 'n kunsmatige situasie te wil skep waarvolgens *prima facie* bewys getemper word deur 'n volle bewyslas op die teenparty te plaas, is nie slegs juridies onsuiver nie maar ook onhoudbaar in die sin dat dit die implementering van die regsvermoede totaal onnodig maak. Waarom nog die moeite doen om byvoorbeeld gebruik te maak van 'n vermoede van onregmatigheid om *prima facie* bewys van onregmatigheid daar te stel as die teenparty in elk geval belas is met 'n volle bewyslas om te bewys dat sy optrede nie onregmatig was nie?<sup>30</sup> So 'n siening misken die nut van 'n regsvermoede as hulpmiddel by bewyspligtigheid en kan nie ondersteun word nie.

## 2.5 DIE INVLOED VAN DIE BESTAAN VAN 'N REGVERDIGINGSGROND OP BEWYSPLIGTIGHEID

Regverdigingsgronde is verweere wat ten doel het om onregmatigheid uit te sluit. Ten aansien van regverdigingsgronde het daar lank onsekerheid oor die bewysposisie geheers.<sup>31</sup> Die probleem is egter opgeklaar in *Mabaso v Felix* waar op grond van beleidsoorwegings beslis is dat 'n verweerder 'n volle bewyslas het om 'n verweer van noodweer te bewys:<sup>32</sup>

"But in civil law.....considerations of policy, practice and fairness inter partes may require that the defendant should bear the overall *onus* of averring and proving an excuse or justification for his otherwise wrongful conduct."<sup>33</sup>

'n Verdere rede waarom die hof in die die *Mabaso*-saak die verweerder met 'n volle bewyslas opsaal word as volg deur appélregter Wessels verwoord:

<sup>30</sup> Daar kan eerder weggedoen word met die regsvermoede en 'n volle bewyslas kan op die verweerder geplaas word om afwesigheid van onregmatigheid te bewys.

<sup>31</sup> Vergelyk Schmidt op. cit. p39 waar hy verwys na *Hiltonian Society v Crofton* 1952 3 SA 130 (A), *Wessels v Pretorius NO* 1974 3 SA 299 (NK).

<sup>32</sup> 1981 3 SA 865 (A).

<sup>33</sup> Op p872B. Sien in hierdie verband ook *Sayed v Potgieter* 1979 3 SA 354 (A) en *During NO v Boesak* 1990 3 SA 661 (A).

".....usually the circumstances so excusing or justifying his wrongdoing are peculiarly within his own and not the plaintiff's knowledge".<sup>34</sup>

In die *Mabaso*-saak het die hof gekyk na die feite wat deur beide partye gepleit is en bevind dat die verweerder se verweer dat hy in noodweer gehandel het, nie neerkom op 'n ontkenning van enige iets wat die eiser beweer het nie. Dit is 'n selfstandige positiewe bewering (erkenning met teenwerping) wat 'n volle bewyslas op die verweerder plaas.<sup>35</sup>

## 2.6 'N VOORGESTELDE PROBLEEMOPLOSSING

Die vraag wat vervolgens gestel kan word is hoe daar te werk gegaan moet word met die bewysposisie in 'n geval waar die gemenerereg 'n weerlegbare regsvermoede van onregmatigheid skep en ook voorsiening maak vir verweere in die aard van regverdigingsgronde (wat gepleit word by wyse van erkennings met teenwerpings). Soos reeds aangedui, stel 'n weerlegbare regsvermoede *prima facie* bewys van 'n veronderstelde feit daar en is 'n verweerder wat sodanige regsvermoede moet weerlê slegs met 'n weerleggingslas opgesaal. Wat die situasie egter aansienlik bemoeilik is die standpunt in die *Mabaso*-saak dat 'n verweerder wat 'n regverdigingsgrond opper, opgesaal is met 'n volle bewyslas om te bewys waarom sy gewraakte handeling nie onregmatig is nie. Waar 'n regverdigingsgrond voorafgegaan word deur 'n regsvermoede, moet daar 'n versoening plaasvind tussen die bewyspligtigheidsgevolge van beide regsverskynsels.

Ek wil poog om hierdie dilemma uit die weg te ruim deur die volgende aan die hand te doen: Die die *Mabaso*-uitspraak het suiwer gehandel met 'n aangeleentheid waar die verweerder beweer het dat hy die eiser in noodweer geskiet het en dat sy handeling dus nie onregmatig was nie. Hierdie verweer het hy nie geopper ter afwering van 'n weerlegbare regvermoede dat hy wel onregmatig opgetree het nie.<sup>36</sup> Dit is dan ook op hierdie basis dat die bewyslasposisie in die die *Mabaso*-saak onderskei moet word van die geval waar die reg

<sup>34</sup> Op p873E.

<sup>35</sup> Op p875G-H.

<sup>36</sup> Die feite van die *Mabaso*-saak was kortliks dat die appellant 'n bedrag skadevergoeding van die respondent geëis het weens beserings wat hy opgedoen het toe die respondent hom in die bene geskiet het. Die respondent het erken dat hy die appellant geskiet het, maar het beweer dat hy in noodweer gehandel het. Die kwelvraag wat die hof moes beantwoord was watter effek die opwerp van regverdigingsgrond op bewyspligtigheid het.



voorsiening maak vir 'n vermoede van onregmatigheid wat weêrlê kan word deur sekere regverdigingsgronde wat ook deur daardie reg aan die verweerder beskikbaar gestel word.<sup>37</sup>

Om in laasgenoemde geval daarop aan te dring dat die benadering in die *Mabaso*-saak gevolg moet word om 'n volle bewyslas op 'n verweerder wat hom ter weerlegging van die vermoede van onregmatigheid op 'n regverdigingsgrond beroep, te plaas, is myns insiens, kunsmatig. Die vermoede self verskaf reeds *prima facie* bewys van onregmatigheid en wanneer daar *prima facie* bewys van 'n aangeleentheid gelewer word deur een party, kan die ander party sodanige bewys afweer by wyse van 'n weerleggingslas. Om van 'n party te verwag om *prima facie* bewys teen te veg deur homself van 'n volle bewyslas te kwyt, is juridies onsuiver en swaai die skale van geregtigheid ongeregverdig in die guns van die party wat op die vermoede mag steun. Nie alleen word daar namens hom *prima facie* bewys voorsien nie, maar sy posisie word verder versterk deurdat 'n volle bewyslas op die teenparty geplaas word.

Daar word dus aan die hand gedoen dat die korrekte benadering ten aansien van 'n probleem soos die onderhawige is dat 'n verweerder slegs met 'n weerleggingslas opgesaal is om die regverdigingsgrond aan te toon en die vermoede te weêrlê. Dieselfde oorwegings van beleid en billikheid wat in die *Mabaso*-saak tersake is, kom, myns insiens, ook hier ter sprake: Dit is billik dat in 'n geval waar 'n eiser se bewyspligtigheid verlig word deur bystand vanaf 'n weerlegbare regsvermoede, die verweerder se posisie nie onnodig verswaar moet word deur oplegging van 'n volle bewyslas vir bestaan van 'n regverdigingsgrond wat geopper word ten einde daardie vermoede te weêrlê nie.

## 2.7 BEWYSPLIGTIGHEID IN 'N KONSTITUSIONELE BEDELING

Die problematiek rondom die bewyslas hou egter nie hier op nie. Die bewyslasposisie soos hierbo uiteengesit verteenwoordig die beginsels soos wat dit in ons reg uitgekristalliseer het in 'n tydvak toe 'n handves van menseregte nog geen realiteit was nie. Ten einde perspektief op die bewyslasposisie te verkry is dit dus nodig om bewyspligtigheid in 'n

---

<sup>37</sup> Hierdie posisie doen hom voor in die Suid-Afrikaanse lasterreg en sal in hoofstuk 3 bespreek word.

konstitusionele bedeling, gekenmerk deur 'n handves van menseregte, te ondersoek. In hierdie verband maak T.W. Beckerling die volgende opmerking:

“Alhoewel die beregting van handvesgeskille gewoonlik binne die raamwerk van 'n teenpartystelsel sal ontstaan en plaasvind, moet daarteen gewaak word dat meganismes en reëls wat in die stelsel ingeburger is nie onnadenkend en met moontlike onvoorsiene en nadelige gevolge in die proses van beregting van handvesgeskille ingevoer word nie.<sup>38</sup>

Wat handvesgeskille betref, moet daar na die Grondwet self gekyk word om te bepaal in welke mate bewyspligtigheid beïnvloed word.<sup>39</sup> Die Grondwet is egter neutraal ten aansien van die bewyslas deurdat dit geen uitdruklike bepalings bevat oor die ligging van 'n bewyslas of weerleggingslas in bepaalde gevalle nie. Daar word aan die hand gedoen dat bewyspligtigheid van handvesgeskille ooreenkomstig die toetssteen wat die Grondwet voorsien, naamlik die beperkingsbepaling, bepaal word.

Artikel 33(1) van die Tussentydse Grondwet stel die beperkingsbepaling as volg (met verwysing na hoofstuk 3 wat oor handvesregte handel):

“a 33(1) “Die regte in hierdie hoofstuk verskans, kan beperk word deur algemeen geldende reg, met dien verstande dat so 'n beperking -

- a) slegs geoorloof is in die mate waarin dit -
  - (i) redelik is; en
  - (ii) regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid; en
- b) nie die wesenlike inhoud van die betrokke reg ontken nie, en met dien verstande voorts dat enige beperking van -

<sup>38</sup> Beckerling, TW: “Die Plek van bewys- of weerleggingslas in geskille rakende handvesregte - 'n teoretiese beskouing.” *TSAR* 1996 2 p302. Beckerling doen aan die hand dat daar grondige redes bestaan waarom daar nie met 'n bewys- of weerleggingslas gewerk moet word by die beregting van handvesgeskille waar Grondwetlik relevante feite bepaal moet word nie. Volgens hom hoef die inhoud van 'n handvesreg of die verhouding waarin dit staan tot ander handvesregte nie logieserwys bepaal te word met behulp van 'n bewyslas of weerleggingslas nie.

<sup>39</sup> Sien *S v Zuma and Others* 1995 4 BCLR 401 (CC) op 421E: “.....S 33(1) itself sets out the criteria which we are to apply.....”. Aangesien die beskikbare regspraak handel met die beperkingsbepaling in die Tussentydse Grondwet 200 van 1993 en artikel 36(1), synde die beperkingsbepaling in die Finale Grondwet nog nie voor ons howe gedien het nie, word daar volstaan met verwysings na artikel 33(1) van Wet 200 van 1993. Daar word aan die hand gedoen dat die invloed van die beperkingsklousule in die Finale Grondwet soortgelyk sal wees aan die invloed van die beperkingsklousule in die Tussentydse Grondwet. Die enigste voorbehoud is dat die kriteria in die twee klousules nie identies is nie.

- (aa) 'n reg in artikel 10, 11, 12, 14(1), 21, 25 of 30(1)(d) of (e) of (2) verskans; of
- (bb) 'n reg in artikel 15, 16, 17, 18, 23 of 24 verskans, in soverre so 'n reg verband hou met vrye en regverdige politieke aktiwiteite, benewens die vereiste dat dit redelik moet wees soos vereis in paragraaf (a)(i), ook noodsaaklik moet wees."

## 2.8 DIE TWEEFASE - BENADERING ONDER DIE SOEKLIIG.

J.R. De Ville huldig die mening dat Suid-Afrikaanse howe Kanadese regspraak in ag kan neem aangesien die Suid-Afrikaanse beperkingsklousule deels gebaseer is op artikel 1 van die Canadian Charter of Rights and Freedoms:

"The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society"<sup>40</sup>

Die Kanadese *locus classicus* op die gebied van konstitusionele bewyspligtigheid, *Regina v Oakes*, is al verskeie kere deur ons howe aangehaal om lig te werp op die bewyslasposisie by handvesgeskille.<sup>41</sup> Ooreenkomstig die *Oakes*-saak word 'n tweeledige-benadering (die sogenaamde "two-pronged test") by inbreukmaking op handvesregte gevolg. In terme daarvan moet die persoon wat steun op inbreukmaking dit bewys. Indien hy die nodige bewys lewer, moet van die persoon wat aanvoer dat die beperking geregverdig is dit in terme van die beperkingsbepaling bewys. Wat laasgenoemde bewyslas betref, bepaal die hof as volg in die *Oakes*-saak:<sup>42</sup>

"First the measures [die beperkende maatreëls] adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair as little as possible the right or freedom in question.....Third, there must be a proportionality between the effect of the measures which are responsible for

<sup>40</sup> Sien in hierdie verband De Ville, JR: Interpretation of the general limitation clause in the chapter on fundamental rights; *SA Publiekreg* 1994 op p287.

<sup>41</sup> 1986 26 DLR 200. Die tweefase benadering is onder andere toegepas in *Qozeleni v Minister of Law and Order* 1994 3 SA 625 (OK), asook die bekende *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (CC).

<sup>42</sup> Op p214.

limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of sufficient importance”.

In navolging van die *Oakes*-beslissing is die volgende *dictum* van die hof in die *Qozoleni*-saak insiggewend:

“The person alleging an infringement of a fundamental right would initially bear the *onus* of proving such an infringement but, having done so, the *onus* of proving the justification for such an infringement in terms of s33 would be on a person or entity relying on such justification. From the case law it is also quite clear that the latter *onus* is not merely one of rebuttal (“weerleggingslas”) but a fully-fledged *onus*”.<sup>43</sup>

## 2.9 GEVOLGTREKKING:

Daar kan, myns insiens, van die standpunt uitgegaan word dat die beperkingsbepaling ’n statutêre regverdigingsgrond skep waarop ’n party hom sal kan beroep indien sy inbreukmaking op ’n handvesreg voldoen aan al die vereistes wat die beperkingsbepaling stel. Vir alle praktiese doeleindes is so ’n party dan in die posisie van ’n persoon wat ’n regverdigingsgrond opper en is dit korrek om van hom te vereis om die volle bewyslas te dra. Die probleem bly egter steeds of dit korrek is om so ’n persoon met ’n volle bewyslas op te saal waar daar gewerk word met regsvermoedens asook regverdigingsgronde, benewens die regverdiging wat deur die beperkingsbepaling voorsien word?

Wat behoort die posisie, gesien in die lig van die konstitusionele “two-pronged test”, te wees waar ’n weerlegbare regsvermoede van onregmatigheid by ’n handvesreg regtens getemper kan word deur ’n gemeenregtelike regverdigingsgrond? Is dit korrek om die aanname te maak dat die persoon wat wil steun op die inbreukmaking op sy reg hom in die eerste fase van die ondersoek slegs daarop hoef toe te spits om die bestaan en omvang van sy reg en inbreukmaking daarop (met behulp van ’n regsvermoede wat *prima facie* bewys van onregmatigheid verskaf) te bewys?

---

<sup>43</sup> Op p640I. Sien ook Henderson, A 1995: “Who, how and how much?” *De Rebus* Oktober 1995 op p641. Henderson meen dat die uitspraak in die *Qozoleni*-saak in ooreenstemming is met bestaande beginsels betreffende die bewyslas waar ’n inbreukmaking op ’n vryheid beweer word en die volle bewyslas op die verweerder geplaas word wanneer hy ’n regverdigingsgrond opper.

Tydens watter moment in hierdie tweefase-benadering verkry die teenparty die geleentheid om sy regverdigingsgrond van argumentsonthalwe, privilegie te opper? Hoe kwyt hy homself van die bewys dat sy inbreukmaking op eersgenoemde party se reg konstitusioneel was? Dit lei vervolgens tot die vraag of daar 'n verskil bestaan tussen gemeenregtelike regverdigbaarheid en konstitusionele regverdigbaarheid?

Daar word aan die hand gedoen dat sodanige verskil wel bestaan. Gemeenregtelike regverdigbaarheid, op byvoorbeeld die gebied van die lasterreg, is gebaseer op die beskikbaarheid van gemeenregtelike verwere soos waarheid en openbare belang, billike kommentaar en privilegie.<sup>44</sup> Konstitusionele regverdiging hang egter af van voldoening aan die kriteria van die beperkingsbepaling. Wat 'n party, wie steun op 'n beperking van 'n handvesreg, myns insiens, ten volle moet bewys, is nie slegs gemeenregtelike regverdigbaarheid nie, maar ook konstitusionele regverdigbaarheid.

Dat hierdie twee begrippe grootliks kan oorvleuel is te verstane as gekyk word na die geekte verband tussen redelikheid en regmatigheid. Die aard van die tradisionele regverdigingsgronde is voorts ook sodanig dat dit behoort te voldoen aan die kriteria dat dit regverdigbaar moet wees in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid; dat dit nie die wesenlike inhoud van die reg moet ontken nie, en ook noodsaaklik moet wees.

Daar word dus aan die hand gedoen dat die nuwe konstitusionele bedeling waaronder die Suid-Afrikaanse regstelsel funksioneer tot gevolg het dat selfs waar 'n weerlegbare regsvermoede 'n regverdigingsgrond voorafgaan, die party wat hom wil beroep op die konstitusionele bestaanbaarheid van daardie regverdigingsgrond, 'n volle bewyslas sal dra om ten eerste sy regverdigingsgrond te bewys en tweedens te bewys dat dit voldoen aan die kriteria van die beperkingsbepaling.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Hiermee word nie te kenne gegee dat sodanige verwere 'n *numerus clausus* van regverdigingsgronde daarstel nie.

<sup>45</sup> Dit word ook aan die hand gedoen dat die konstitusionele opdrag om die gees, strekking en oogmerke van die Grondwet in ag te neem soos vervat in artikel 39(2) van die Finale Grondwet, 'n invloed op die bewyslas by lastersake mag hê. Sodanige opdrag mag die howe moontlik aanspoor om heroorweging te skenk aan begrippe soos "billikheid", "redelikheid" en "*boni mores*". Hierdie begrippe mag moontlik verskillende betekenisse hê in 'n nuwe demokratiese bestel soos deur die Grondwet beoog, in vergeleke met die vorige ondemokratiese bedeling. Vanweë die beperkte omvang

## HOOFSTUK 3 : DIE BEWYSPLIGTIGHEIDSPOSISIE BY LASTERSAKE<sup>46</sup>

### 3.1 INLEIDING

By lastersake word daar gewerk met twee belange wat dikwels bots, naamlik die reg op goeie naam en die reg op vryheid van spraak:

“It is the policy of the law on the one hand to protect the right of full and free discussion of matters of public interest, and on the other hand to protect the right which every person has to maintenance of his reputation.<sup>47</sup>”

Die doel van die lasterreg is om 'n werkbare balans tussen hierdie regte te vind wanneer dit bots:

“The law of defamation has to find a workable balance between various rights and interests. The most obvious rights that must be counterbalanced with reputation is the right of free speech.<sup>48</sup>”

Beide regte word nou grondwetlik beskerm.<sup>49</sup> Vir doeleindes van hierdie bespreking word, na analogie van die Duitse reg, aanvaar dat die reg op waardigheid ook die reg op goeie naam omvat.<sup>50</sup>

---

van hierdie verhandeling en die diepgaande ondersoek wat sodanige beleidsverandering sal verg, word daar volstaan deur hierdie oorwegings bloot te opper.

<sup>46</sup> Vanweë die omvang van die verhandeling word daar nie ingegaan op die posisie van die pers as verweerder in siviele lasteraangeleenthede nie. Daar word dus volstaan deur te vermeld dat die posisie tans is dat die pers streng aanspreklik is vir laster soos beslis in *Pakendorf v De Flamingh* 1982 3 SA (A) en bevestig in *Neethling v Du Preez*, *Neethling v The Weekly Mail* 1994 1 SA 708 (A). Die gevolg is dat skuld nie 'n vereiste is nie en die vermoede van *animus iniuriandi* nie ter sprake kom nie. Hierdie siening is onlangs weer bevestig in die ongerapporteerde appélhofbeslissing *Hix Networking Technologies CC v System Publishers (Pty) Ltd, Hendlers (Pty) Ltd* (saaknommer 222/95).

<sup>47</sup> *Hertzog v Ward* 1912 AD 62 op 70.

<sup>48</sup> Burchell, JM: *The Law of Defamation in South Africa*; Eerste uitgawe; Juta (Kaapstad); 1985 op p25.

<sup>49</sup> Artikel 10 van Wet 200 van 1993 beskerm menswaardigheid:

“a10: “Elke persoon het die reg op respek vir en beskerming van sy of haar persoon”

en

artikel 15 beskerm vryheid van uitdrukking (waarby inbegrepe is vryheid van spraak):

a 15(1): “Elke persoon het die reg op vryheid van spraak en uitdrukking, waarby inbegrepe is vryheid van die pers en ander media, en die vryheid van artistieke kreatiwiteit en wetenskaplike navorsing”.

Hierdie regte word in die Finale Grondwet beskerm in artikels 10 en 16 wat as volg lui:

Aangesien die lasterreg nie statutêr gereël word nie, sal die regspraak vervolgens ondersoek word om te bepaal of die stand van bewyspligtigheid by lastersake enigsins aanduidend is van die werkbare balans wat getref moet word waar die reg op goeie naam en die reg op vryheid van spraak bots.

### 3.2 BEWYSPLIGTIGHEID IN LASTERSAKE VOOR INWERKINGTREDING VAN WET 200 VAN 1993

Wat die bewyslasposisie in lastersake betref was die posisie in vroeëre beslissings dat 'n eiser moes bewys het dat daar publikasie geskied het van 'n lasterlike bewering en dat die publikasie na hom verwys het. Sodra sodanige publikasie bewys was, het twee regsvermoedens ontstaan, naamlik 'n vermoede van onregmatigheid en 'n vermoede van *animus iniuriandi* (opset om te belaster). Die verweerder was dan opgesaal met 'n volle bewyslas om gemelde vermoedens die hoof te bied op 'n oorwig van waarskynlikhede.<sup>51</sup> In hierdie opsig kon hy onder andere steun op die verweere van waarheid en openbare belang, billike kommentaar en privilegie om die vermoede van onregmatigheid te weerlê.<sup>52</sup> Ten weerlegging van *animus iniuriandi* kon hy onder andere afwesigheid van kennis van onregmatigheid, afwesigheid van *animus iniuriandi*, dwaling of woede (*rixa*) aanvoer.<sup>53</sup> Indien die vermoede van onregmatigheid weerlê is, was dit uiteraard nie nodig om met die vermoede van opset om te belaster te handel nie.

---

a 10: "Elkeen het ingebore waardigheid en is daarop geregtig dat daardie waardigheid gerespekteer en beskerm word."

a 16(1): "Elkeen het die reg op vryheid van uitdrukking, waarby inbegrepe is -

- a) die vryheid van die pers en ander media;
- b) die vryheid om inligting en idees te ontvang en oor te dra.

<sup>50</sup> Hierdie standpunt word deur Neethling en Potgieter ondersteun: Neethling & Potgieter, "Laster: Die Bewyslas, Media privilegie en die Invloed van die Grondwet." *THRHR* 1994 (57) p513 op p518. Regter McLaren kritiseer bogemelde standpunt in *Potgieter v Kilian* 1995 11 BCLR 1498 (N) op 1529D - 1530F. Daar kan, met respek, nie saamgestem word deur die kritiek met die geleerde regter in die afwesigheid van behoorlike motivering vir sodanige kritiek nie: "Ek dink nie 'n mens kan op grond van die vreemde Duitse reg artikel 10 so vertolk dat dit ook die reg op goeie naam insluit nie". (Op 1529G).

<sup>51</sup> Sien *Joubert v Venter* 1985 1 654 (A) vir 'n bespreking van die volgende sake rakende die tradisionele posisie: *Tromp v McDonald* 1920 AD 1, *Mclean v Murray* 1923 AD 406, *De Waal v Ziervogel* 1938 AD 112, *Young v Kemsley* 1940 AD 258, *Basner v Trigger* 1946 AD 83, *Nydoos en Andere v Vengtas* 1965 1 SA 1 (A), *Benson v Robinson & Co (Pty) Ltd and Another* 1967 1 SA 420 (A). Sien ook Neethling, *et al: Neethling's Law of Personality*, Derde Uitgawe; Butterworths (Durban) 1996 hoofstuk 5 op p139.

<sup>52</sup> Burchell, op. cit. p206.

<sup>53</sup> Burchell, op. cit. p283, 284.

Hierdie stand van sake is egter drasties verander in *Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie v O'Malley*.<sup>54</sup> Regter Rumpff sê in dié saak die volgende ten aansien van bewyspligtigheid:

“Die vermoede van opset om te belaster....., plaas 'n weerleggingslas op die verweerder, wat die vermoede kan weêrlê deur getuienis voor te lê dat hy nie so 'n opset gehad het nie. 'n Blote ontkenning van die opset om te belaster sou onvoldoende gewees het om 'n eiser in staat te stel om te weet watter feite die verweerder aan die hof gaan voorlê, en daarom sal die verweerder in sy pleit of nadere, besonderhede die feite moet stel op grond waarvan hy beweer dat hy nie opset gehad het om te belaster nie”.<sup>55</sup>

Die bewyspligtigheidsposisie soos uiteengesit in die *O'Malley*-saak het vervolgens vir 'n tydperk van ongeveer sewentien jaar daaropvolgend gegeld en is in verskeie uitsprake bevestig.<sup>56</sup> Gedurende 1994 lewer die appélhof egter 'n beslissing in *Neethling v Du Preez, Neethling v The Weekly Mail* waarin die bewyslasposisie drasties omgekeer word na 'n posisie soortgelyk aan die wat voor die *O'Malley*-saak geheers het.<sup>57</sup> Regter Hoexter verklaar dat hoofregter Rumpff se verwysing na die weerleggingslas in die *O'Malley*-saak slegs gemaak is ten opsigte van die vermoede van *animus iniuriandi* en nie ook ten opsigte van die vermoede van onregmatigheid nie.<sup>58</sup> Ten aansien van die bewyslas beslis hy as volg:

“Apart from the fact that in principle all three defences should be governed by the same *onus*, there are in the case of the defence of truth in the public benefit cogent policy considerations for burdening the defendant with the full *onus* of proof”.<sup>59</sup>

Die motivering vir sy standpunt stel hy so:

<sup>54</sup> 1977 3 SA 394 (A).

<sup>55</sup> Op p403B-C. Vergelyk ook die *Joubert*-saak *supra* waar regter Van Schalkwyk op 697B die opmerking maak dat bogemelde dictum van hoofregter Rumpff obiter was.

<sup>56</sup> *Borgin v De Villiers* 1980 3 SA 556 (A) 571, *May v Udwin* 1981 1 SA 1 (A) 10, *Marais v Richard* 1981 1 SA 1157 (A) 1166-1167, *Jasat v Paruk* 1983 4 SA 728 (N), *Zillie v Johnson* 1984 2 SA 186 (W) 194-195, *Lyman v Natal Witness Printing en Publishing Co (Pty) Ltd* 1991 4 SA 677 (N) 681-684. Vergelyk in die verband die afwykende beslissings in *Joubert v Venter supra* en *Zwiegelaar v Botha* 1989 3 SA 351 (K).

<sup>57</sup> 1994 1 SA 708 (A).

<sup>58</sup> Op p768D-F.

<sup>59</sup> Op p770C-D. Regter Hoexter verwys hier na die drie verweere van waarheid en openbare belang, billike kommentaar, privilegie wat geopper kan word as regverdigingsgronde by die vermoede van onregmatigheid.



“Since it is entirely of his own accord that the defendant elects to vilify the plaintiff, justice demands that he should do so at his own peril; and that in an action for defamation he should have to establish what he should have troubled to verify before he maligned the plaintiff. I recoil from the suggestion that it is enough for a defendant who invokes the defence of truth in the public benefit to plead and to prove, no more than: (1) that it is just as likely as not that his defamatory allegations concerning the plaintiff are true, and (2) that it is not improbable that they might be in the public benefit. For all the foregoing reasons I conclude that in our law a defendant in a defamation action is encumbered with a full *onus* in regard to the defences of truth in the public benefit and qualified privilege. Such defences can be sustained by nothing less than proof on a preponderance of probabilities.”<sup>60</sup>

Daar moet in gedagte gehou word dat al hierdie beslissings, insluitende die *Neethling*-beslissing, gemaak is in die voorgrondwetlike tydvak waarin die menseregtehandves nie gefigureer het nie. So gesien, blyk dit dat die posisie wat in die *O'Malley*-saak uitgekristalliseer het en daarna bevestig is, naamlik dat die verweerder die regsvermoedens slegs hoef te weerlê, korrek is.

In die lig van die ontleding van die invloed wat 'n voorafgaande regsvermoede op 'n daaropvolgende regverdigingsgrond verweer het, kan egter nie saamgestem word met die bewyspligtigheidsbevinding in die *Neethling*-saak nie. Die *Neethling*-saak is beslis voor inwerkingtreding van die Tussentydse Grondwet 200 van 1993. Die hof kon dus nie gebruik maak van die tweefase benadering wat saamgaan met die toepassing van die beperkingsbepaling nie. Waar die tweefase-benadering nie te berde gebring word nie, het die verweerder slegs 'n weerleggingslas om die vermoede van onregmatigheid by wyse van 'n regverdigingsgrond die hoof te bied, soos in hoofstuk 2 aangedui.

Word gekyk na die tradisionele bewyspligtigheidsposisie sedert die *O'Malley*-saak tot voor die *Neethling*-saak, dui 'n oorsig daarop dat die reg op goeie naam in die betrokke tydvak hiërargies voorrang geniet het bo die reg op vryheid van spraak, en dat hierdie posisie versterk is deur die verswarende bewyslas wat in die *Neethling*-saak op die verweerder geplaas is. In 'n bedeling waar beide regte nou vervat word in 'n menseregtehandves kan daar vervolgens gevra word in welke mate sodanige verskansing die bewyslasposisie sal

---

<sup>60</sup> Op p770G-I.

beïnvloed. Uiteraard sal sodanige invloed nou saamhang met die hiërargiese waarde wat die howe bereid sal wees om aan elk van hierdie verskanste regte te heg.<sup>61</sup> Oor 'n hiërargiese waardetoekenning bestaan daar nie eensgesindheid nie: Een gedagtestroming gaan van die standpunt uit dat die regte op gelyke voetstuk staan.<sup>62</sup> 'n Ander standpunt is dat die reg op goeie naam nie uitdruklik beskerm word nie en dus ondergeskik is aan die reg op vryheid van spraak.<sup>63</sup> Nog 'n ander mening is dat, ooreenkomstig die *Makwanyane*-uitspraak *supra*, die reg op lewe en die reg op waardigheid bo-aan die ranglys van beskermingswaardige regte staan.<sup>64</sup>

### 3.3 BEWYSPLIGTIGHEID IN LASTERSAKE NA INWERKINGTREDING VAN WET 200 VAN 1993

Word gekyk na die regspraak na inwerkingtreding van die Grondwet wat spesifiek met gemeenregtelike laster handel, is die uitsprake nie eenstemmig nie.

In *Mandela v Falati* het Regter van Schalkwyk vervolgens eers oorweeg of die Grondwet op gedinge tussen privaatpartye van toepassing is. Die geleerde regter het na 'n betreklik kort en oorsigtelike bespreking van die gemenerereg, die Grondwet en vergelykbare reg, beslis dat die Grondwet horisontale werking het.<sup>65</sup> Ter motivering voer hy aan:

“The rights especially protected under Subpara (bb) include the right of freedom of expression (S15) ‘.....in so far as such right relates to free and fair political activity’ Political activity occurs not only between the State and its organs and the citizenry, ie vertically, but also, and more especially, between citizen and citizen, which is the level at which political contests are fought. The drafters of the Constitution must therefore

<sup>61</sup> Sien in hierdie verband die mening van regter Froneman in *Gardener v Whitaker* 1995 2 SA 672 (OK) op 687 E. Vergelyk die kritiek daarop deur Neethling en Potgieter: “Aspekte van die Lasterreg in die Lig van die Grondwet: *Gardener v Whitaker* 1995 2 SA 672 (OK).” *THRHR* 1995 (58) p709, op p711 tot 714.

<sup>62</sup> *Gardener*-saak, op p691 C: “They are inherently of equal value in terms of the Constitution.” asook *Argus Printing and Publishing Co Ltd v Esselen’s Estate* 1994 2 SA 1 (A): “The right to free expression.....must yield to the individuals right, which is just as important, not to be unlawfully defamed.”

<sup>63</sup> Sien Potgieter v Kilian *supra* waar regter McLaren die standpunt inneem dat die reg op goeie naam nie as deel van die reg op waardigheid beskerm word nie

<sup>64</sup> Vergelyk die mening van Visser, PJ: “A successful Constitutional Invasion of Private Law” *THRHR* 1995 (58) p746, dat die reg op goeie naam voorrang geniet bo die reg op vryheid van spraak.

<sup>65</sup> 1995 1 SA 251 (W).

have envisaged that the rights necessary to conduct such activity could be enforced as between individuals."<sup>66</sup>

Wat bewyspligtigheid betref, maak regter Van Schalkwyk, met respek geen noemenswaardige opmerkings nie. Die *Mandela*-saak maak dus geen bydrae tot 'n beter begrip van die bewyslasdilemma by lastersake nie.

'n Saak wat egter ekstensiewe vermelding verdien, is die van *Gardener v Whittaker* waar die volgende vrae volgens regter Froneman beantwoord moes word:<sup>67</sup>

1. Of die bepalings van die Grondwet aangewend kan word in litigasie wat hangende was op die tydstip dat die Tussentydse Grondwet in werking getree het.
2. Of die bepalings van hoofstuk 3 van die Grondwet wat handel met fundamentele regte aanwending vind in litigasie tussen privaat individue of entiteite.
3. Indien wel, of en tot watter mate daardie bepalings die huidige stand van die gemenereregterlike lasterreg beïnvloed.
4. Die effek van die gevolgtrekkings bereik ten aansien van die eerste drie kwessies op die huidige aangeleentheid.<sup>68</sup> (My vertaling)

Ten einde tot die gevolgtrekking te kom dat die Grondwet horisontale werking het en op die geskil in casu toegepas kan word, handel regter Froneman omslagtelik met die onderliggende waardes en doelstellings van die Grondwet, behoorlik uitgelê met verwysing na vergelykbare reg:

"Our Constitution is also obviously primarily concerned with the protection of individual rights against State Action.....But the Constitution is also concerned that the entire legal system, including the common law and customary law, should accord with the broader values of the constitution"<sup>69</sup>

<sup>66</sup> Op p257 I-J. Sien ook in die verband die kritiek uitgespreek deur Van Dijkhorst R in *Du Plessis v De Klerk* 1995 2 SA 40 (T) op p49G: "I respectfully differ. The conclusion is a *non sequitur*. This reasoning one can apply to virtually all fundamental rights and freedoms in all bills of rights. Murders are rife and civil suits by dependants in motor collision case abound, yet no one has yet argued that S9 of the Constitution (the right to life) should be invoked against the culprit. There are adequate remedies in criminal and civil law. And not in vague terms, but developed in detail over many centuries. So too in the case of impairment of the *fama* or dignity."

<sup>67</sup> 1995 2 SA 672 (OK).

<sup>68</sup> Op p675F - H.

<sup>69</sup> Op p684D.

en

“What all this shows, in my view, is that the ‘deepest norms’ of the Constitution should determine whether the alleged breach of a fundamental right in private litigation involves explicit constitutional adjudication, or whether it could safely be left to the rule of the common law to evolve, implicitly, in harmony with the values of the Constitution. Approached in this manner, the distinction between ‘vertical’ and ‘horizontal’ application loses its significance, for the extent of State involvement will not necessarily provide an answer to the issue in question. There is no uniform and single answer to the question whether an alleged breach of a fundamental right contained in chap 3 of the Constitution can found an action between private individuals and entities, or whether it only applies between individuals and State organs. It all depends on the nature and extent of the particular right, the values that underlie it, and the context in which the alleged breach of the right occurs. Each right needs to be interpreted and applied”<sup>70</sup>

Regter Froneman maak dan vervolgens die beduidende stelling dat:

“.....in my view, all aspects of the common law, including the present state of the law of defamation should, in cases that now come before the courts, be scrutinised to decide whether they accord with the demands of the Constitution”.<sup>71</sup>

Die regter ondersteun die tweefase-benadering by konstitusionele litigasie waarvolgens die eiser (die party wat 'n inbreukmaking op sy reg beweer) die bewyslas in die eerste fase dra. Die verweerder (die persoon wat hom op regverdiging van die inbreukmaking beroep) dra dan die bewyslas gedurende die tweede fase.<sup>72</sup> Hy bespreek gemeenregtelike bewyspligtigheid by lastersake kortliks en kom tot die gevolgtrekking dat:

“It therefore appears that on the face of it the present common law of defamation may be at odds with the Constitution both as far as the substantive interests protected by it are concerned as well as the manner of their protection in a court of law”.<sup>73</sup>

Ten einde te poog om bewyspligtigheid by lastersake in pas te bring met die gees, strekking en oogmerke van die Grondwet verklaar hy:

---

<sup>70</sup> Op p685G-I.

<sup>71</sup> Op p686B.

<sup>72</sup> Op p686G-H.

<sup>73</sup> Op p686I- 687C.

"It seems eminently reasonable in practical terms.....to require that a plaintiff who seeks to rely on the precedence of one fundamental right over another should bear the *onus* of establishing such precedence. Having done so, it may then still be possible for a defendant to defeat the claim by relying on a defence justified by a rule of law of general application, but the *onus* of showing that it complies with s33 (the limitation clause) would then, in that regard, rest on the defendant"<sup>74</sup>

Prakties stel hy dan voor dat die *onus* rus op die eiser *in casu* rus om te bewys dat sy reg op goeie naam voorrang moet geniet bo die verweerder se reg op vryheid van spraak. Dit behels bewys van die volgende:

1. dat die bewering wat die verweerder gemaak het, na die eiser verwys
2. dat die bewering inbreuk maak op sy reg op reputasie
3. dat die bewering nie beskermingwaardig is as vryheid van spraak nie.<sup>75</sup>

Die eiser het volgens regter Froneman, nou die bewyslas om te bewys dat die verweerder se bewering byvoorbeeld vals is, nie in die openbare belang is nie, onbillike kommentaar is, nie geprivilegieerd is nie, ensovoorts.<sup>76</sup> Indien hierdie "aanvanklike hindernis" deur die eiser oorkom is, mag die verweerder dan steeds die eis die hoof bied deur te steun op 'n verweer wat nie gebaseer is op enige fundamentele reg nie, met die voorbehoud dat sodanige verweer voldoen aan die vereistes van die beperkingsbepaling (in casu artikel 33(1)) van die Grondwet..<sup>77</sup>

"The plaintiff now bears the *onus* of showing that the defendant's speech or statements is, for example; false; not in the public interest; not protected by privilege; unfair comment; and the like. Of course a plaintiff will not be restricted to these traditional considerations in attempting to prove his or her right to a good name or reputation deserves greater protection than the particular expression of speech by the defendant. And if this initial hurdle is cleared by the plaintiff, the defendant may still defeat the claim

---

<sup>74</sup> Op p691D-E.

<sup>75</sup> Op p691G-H.

<sup>76</sup> Op p691I: Ter motivering verklaar regter Froneman: "The first two requirements differ little, if at all, from the present law. It is the third requirement that may present some difference in approach. In the common law it was up to the defendant to prove the defences which relied upon freedom of expression as their basis. The Constitution has, in my view, changed that. The plaintiff now bears the *onus* of showing that the defendant's speech or statement is, for example, false; not in the public interest, not protected by privilege, unfair comment and the like".

<sup>77</sup> Op p691J-692A.

by relying on a defence not based on any fundamental rights, provided that such a defence complies with the provisions of s33 of the Constitution.”

Alhoewel daar akkoord gegaan kan word met die tweefase benadering wat regter Froneman toepas, is dit, met respek, moeilik om sy praktiese formulering daarvan in te sien: Hy verklaar dat die Grondwet geen hiërargie van regte skep nie, maar gaan dan nietemin voort om 'n formule vir bewyspligtigheid te skep waardeur hy agteroor leun om die reg op vryheid van spraak te akkommodeer.

Inderdaad is dit die derde vereiste in die eerste fase wat 'n verandering in benadering daarstel. Wat op Regter Froneman se eie weergawe in die eerste fase van die benadering vereis word, is 'n ondersoek van die aard en omvang van die reg en of daarop inbreuk gemaak is.<sup>78</sup> Die afleiding kan dus gemaak word dat die party op wie se reg inbreuk gemaak is, op hierdie stadium nie hoef te bewys dat die inbreukmaking nie beskermingswaardig is onder die reg waaruit die inbreukmaking voortspruit nie. Sodanige plig is by uitstek 'n plig wat rus op die skouers van die party wat hom daarop beroep dat die inbreukmaking geregverdig is.<sup>79</sup> Van hierdie taak kan sodanige party hom, myns insiens kwyd, deur in die tweede fase hom te beroep op een van die tradisionele regverdigingsgronde wat in die lasterreg aan hom beskikbaar is. Dit is dan juis in hierdie fase wat die betrokke regverdigingsgrond ook bewys moet word konstitusioneel regverdigbaar te wees ooreenkomstig die kriteria van die beperkingsbepaling, ten einde die party wat hom op 'n beperking (inbreukmaking) van 'n fundamentele reg beroep in staat te stel om hom van sodanige bewysplig te kwyd.

Dat regter Froneman se benadering, met respek, nie totaal korrek kan wees nie, blyk uit die effek van die toepassing daarvan. Tydens die eerste fase moet die eiser bewys dat die bewering wat die verweerder gemaak het, na hom verwys. Gestel hy slaag daarin, moet hy dan bewys dat die bewering inbreuk maak op sy reg op reputasie. Daarvan kan hy hom kwyd deur te bewys dat die bewering lasterlik is. Op hierdie punt het hy hom dan ook gekwyd van die eertydse gemeneregtelike bewyslas, naamlik dat hy publikasie moet bewys

---

<sup>78</sup> Op p686G.

<sup>79</sup> Ibid.

van 'n bewering wat prima facie lasterlik is asook dat die gewraakte bewering na hom verwys.

Om nou van hom te verwag om bykomend te bewys dat die bewering nie beskerming waardig is nie, sal hy moet bewys dat die verweerder nie regtens kan steun op 'n regverdigingsgrond nie. Kennis aangaande die inhoud en omvang van sodanige regverdigingsgrond kan beskou word as 'n aangeleentheid wat "peculiarly" binne die kennis van die verweerder val.<sup>80</sup>

Sodoende word 'n bewyslas op die eiser geplaas wat, die benadering by konstitusionele litigasie opsygeskuif, ook nie op gronde van billikheid en redelikheid van die eiser verwag kan word nie. Sodanige bewyslas negeer die werking van die regsvermoede van onregmatigheid en maak dit oorbodig waar die eiser in elk geval 'n volle bewyslas het om onregmatigheid te bewys.

Gestel egter die eiser slaag daarin om te bewys dat die inbreukmaking nie beskerming waardig is nie as gevolg daarvan dat dit mank gaan aan die vereistes van die betrokke regverdigingsgrond, dan myns insiens, *cadit quaestio*.<sup>81</sup> Die tweede fase van die tweefase benadering kom dan in effek nie ter sprake nie, aangesien die verweerder nie eens by die eerste kriterium, naamlik redelikheid, verby behoort te kom nie, gesien in die lig van die geykte verband tussen redelikheid en regmatigheid. Dit is voorts ook te betwyfel of dit enigsins moontlik sal wees vir 'n verweerder om te bewys dat 'n onregmatige inbreukmaking regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid, en dat dit nie die wesenlike inhoud van die reg op goeie naam ontken nie, asook dat dit noodsaaklik is. As daar aan een van die kriteria nie voldoen word nie, kan die verweerder nie regverdiging van die beperking bewys nie.

Regter Froneman se formule vir bewyspligtigheid maak dit dus in effek onmoontlik vir 'n persoon wat hom op 'n regverdiging vir 'n inbreukmaking wil beroep waar die eiser reeds in

---

<sup>80</sup> Hierdie situasie kan tot die absurde gevolg lei dat daar van die eiser verwag word om afwesigheid van elke regverdigingsgrond waarop die verweerder hom moontlik kan beroep, te bewys. Aangesien daar nie 'n *numerus clausus* regverdigingsgronde by laster is nie, sal hierdie taak uiters moeilik haalbaar wees.

<sup>81</sup> Waar 'n eiser in 'n lastersaak die derde been van sy bewyslas bewys, is die gevolg daarvan dat sodanige inbreukmaking onregmatig is.

die eerste fase bewys het dat die inbreukmaking nie beskermingswaardig is onder die reg op vryheid van spraak nie, om hoegenaamd in die tweede fase regverdiging daarvoor te bewys. Alhoewel daar nie aangevoer word dat die gemeenregtelike regverdigingsgronde 'n *numerus clausus* daarstel nie, is dit nie in te sien waarna regter Froneman verwys wanneer hy verklaar dat indien die eiser hierdie "aanvanklike hindernis" oorkom het "defendant may still defeat the claim by relying on a defence not based on any fundamental right, provided that such a defence complies with s33 of the Constitution" nie.<sup>82</sup>

In *Potgieter v Kilian* ondersoek Regter McLaren onder andere die volgende relevante vraagstukke:<sup>83</sup>

1. Wat is die uitwerking, indien enige, van die bepalings van die Tussentydse Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 200 van 1993, op die geskilpunt tussen die partye?<sup>84</sup>
2. Is die bepalings van artikels 10 en 15(1) van die Grondwet van toepassing op die geskil tussen die tweede applikant en die respondent?<sup>85</sup>
3. Indien die antwoord op die voormelde vraag bevestigend is, is artikel 10 van die Grondwet van toepassing op die tweede applikant se vordering?<sup>86</sup>

Hy bespreek dan verskeie Suid-Afrikaanse sake, insluitend die *Mandela-* en *Gardener-*sake supra, en verwys ook na verskeie grondwetartikels wat volgens hom 'n patroon daarstel wat lig werp op die aanwendingsgebied van hoofstuk 3. Sy slotsom is uiteindelik dat hoofstuk 3 slegs vertikaal van toepassing is. Alhoewel hierdie bevinding die vraag na die toepaslikheid van artikel 10 op die tweede applikant (appellant) se vordering oorbodig maak, ondersoek hy gemelde vraag nietemin.

Hy kritiseer die uitspraak van regter Froneman in die *Gardener*-saak, nie alleen omdat daar na sy mening foutiewelik horisontale werking aan die Grondwet toegedig is nie, maar ook

---

<sup>82</sup> TW Beckerling maak die stelling op p313 dat die bewyslas wat regter Froneman op die eiser plaas vatbaar is vir 'n vertolking dat daar 'n vermoede is dat die (lasterlike) publikasie *prima facie* regmatig is (of anders gestel, uit hoofde van die bepalings van artikel 15 van die Grondwet beskermingswaardig is, tensy die teendeel bewys word).

<sup>83</sup> 1995 11 BCLR 1698 (N).

<sup>84</sup> Op p1504B.

<sup>85</sup> Op p1512I-J.

<sup>86</sup> Ibid.



omdat daar volgens hom verkeerdlik beslis is dat die reg op waardigheid in artikel 10 van die Tussentydse Grondwet die reg op goeie naam insluit.<sup>87</sup> Wat die uitwerking van die Grondwet op die lasterreg betref, gee regter McLaren toe dat die vraag nie werklik ontstaan nie omdat hoofstuk 3 nie horisontale werking het nie en omdat artikel 10 nie 'n persoon se *fama* beskerm nie. Hy verwys in hierdie verband weer na die *Gardener*-saak *supra* en meen dat dit op 'n verkeerde uitgangspunt berus, naamlik dat die lasterreg in stryd is met die Grondwet.<sup>88</sup> Hy ondersteun die bewyslasreëling in die *Neethling*-saak wat presies pas

“in die raamwerk soos geformuleer in *Mabaso v Felix*....<sup>89</sup>”

Volgens hom het die respondent nog altyd (in haar privaatregtelike verhouding met ander landsburgers) 'n reg op vryheid van spraak gehad, begrens deur, onder meer, die lasterreg, en artikel 15(1) is nie die oorsprong van daardie reg nie.<sup>90</sup> Hy meen dit maak nie sin dat die bevestiging van die bestaan van die reg in artikel 15(1) tot gevolg het dat die bewyslasreëling wat voorheen gegeld het nou strydig is met die Grondwet wanneer die reg in artikel 15(1) bots met die reg op goeie naam nie. Sy standpunte baseer hy uitsluitlik op die mening van Neethling en Potgieter oor die invloed van die Grondwet op die bewyslas in lastersake.<sup>91</sup> Waar artikel 10 nie van toepassing is nie meld hulle dat die moontlike implikasie van sodanige benadering is:

“dat die volle bewyslas weer op die eiser geplaas kan word om die Hof te oortuig waarom sy reg op die goeie naam nie deur die verskanste reg op vryheid van spraak ingeperk moet word nie; anders gestel, dat daar hoogstens 'n weerleggingslas op die verweerder geplaas word om sy regverdigingsgrond te bewys”.<sup>92</sup>

Indien artikel 10 wel van toepassing is, is die posisie as volg:

<sup>87</sup> Vir 'n volledige oorsig oor sodanige kritiek sien op p1528B tot 1531C. Soos reeds voorheen vermeld kan daar, met respek, nie met hierdie standpunt akkoord gegaan word nie. Sien ook Visser, PJ: “Horisontaliteit van Fundamentele Regte afgewys; *Potgieter v Kilian* 1995 11 BCLR 1498 (N).” *THRHR* 1996 (59) p510.

<sup>88</sup> Op p1532G - 1533C.

<sup>89</sup> Op p1532G.

<sup>90</sup> Die mening word ook gehuldig deur Regter van Dijkhorst in die *De Klerk*-saak *supra*.

<sup>91</sup> Neethling en Potgieter: “Die Bewyslas, Media-privilegie en die Invloed van die nuwe Grondwet: *Neethling v Du Prees*, *Neethling v The Weekly Mail* 1994 1 SA 708 (A)”: *THRHR* 1994 (57) p513 op 517. Sien die kritiek op voormelde artikel deur Botha H: “Privatism, Authoritarianism and the Constitution: The Case of Neethling and Potgieter” *THRHR* 1995 (58) p496.

<sup>92</sup> Op. cit. p518.

"Dit bring logiese mee dat die een nie op onredelike wyse bo die ander gehandhaaf moet word nie. Vryheid van spraak behoort dus veel minder (moontlike) inperking van die reg op die goeie naam tot gevolg te hê as ingevolge die eerste benadering.....So gesien, behoort 'n uitspraak soos die *Neethling*-beslissing onder die nuwe Grondwetlike bedeling nie veel anders daar uit te sien nie. Dit word gestaaf deur die feit dat die hof wat sowel die bewyslas as die kwessie van media-privilegie betref, deeglik kennis van buitelandse hofbeslissings geneem het..... Op grond hiervan kan betoog word dat die Hof uiteraard die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid ten grondslae lê.....in ag geneem het".<sup>93</sup>

Dit is te betreur dat regter McLaren nie diepgaande ondersoek ingestel het na die bewyspligtigheidsposisie soos deur regter Froneman in die *Gardener*-saak geformuleer nie. Verder moet in gedagte gehou word dat die bewyslasposisie soos dit in die *Neethling*-saak herstruktureer is, geskied het in 'n tydvak waarin die howe nie onder die verpligting gestaan het om die beperkingsbepalings of die gees, strekking en oogmerke van Wet 200 van 1993 in ag te neem nie. Onder die nuwe bedeling moet die verweerder, indien hy dan belas word met 'n volle bewyslas, nie bloot die bestaan van die regverdigingsgronde bewys nie, maar ook dat die inbreukmaking aan die eise van die beperkingsbepaling voldoen.

In *Bogoshi v National Media Ltd* beslis regter Eloff, dat hy ten spyte van die *De Klerk*-saak, ten gunste van die eiser sal aanvaar dat die Grondwet ook op privaatregtelike verhoudings van toepassing is.<sup>94</sup> Hy meen in navolging van die *Makwanyane*-saak dat die reg op goeie naam belangriker is as die reg op vryheid van spraak. Ten slotte dui hy aan dat hy die *Neethling*-beslissing ondersteun en stem hy nie saam met regter Froneman dat die gemenerereg vryheid van spraak gereleger het na tweede posisie nie. Die geleerde regter weier dus om die *Gardener*-beslissing te volg. Ook hier kan dit betreur word dat daar so oorsigtelik omgegaan word met 'n kwessie so belangrik soos die bewyslas en bied hierdie uitspraak geen perspektiewe rakende oplossing van die probleem nie.

*De Klerk v Du Plessis* het in die Transvaalse Provinsiale afdeling gediën kort na inwerkingtreding van Wet 200 van 1993.<sup>95</sup> Die hof het bevind dat die Tussentydse Grondwet

<sup>93</sup> Ibid.

<sup>94</sup> 1996 3 SA 78 (W).

<sup>95</sup> 1995 2 SA 40 (T).

nie horisontale werking het nie. Gevolglik het die hof nie die kwessie van bewyspligtigheid by siviele lastersake aangeraak nie. Hierdie standpunt is bevestig toe die *De Klerk*-saak soos reeds vermeld, in Mei 1996, voor die konstitusionele hof gediën het. Ook die konstitusionele hof het geen uitlatings gemaak oor bewyspligtigheid nie.

Die bewyspligtigheidskwessie is egter opgehaal deur regter Cameron in *Holomisa v Argus Newspapers Ltd.*<sup>96</sup> Regter Cameron onderskei tussen vryheid van spraak in die gewone sfeer en vryheid van spraak in die politieke sfeer. Hy beslis dat die klem wat die Grondwet op vryheid van spraak plaas in die konteks van vrye en regverdige politieke aktiwiteit, vereis dat groter beskerming verleen moet word aan diegene wat (valse) lasterlike bewerings in sodanige veld maak:

“...the structure of the South African Constitution seems to me to indicate that the plaintiff, who seeks to inhibit speech in the area of free and fair political activity, should bear the *onus* of proving that the defendant has forfeited entitlement to constitutional protection”.<sup>97</sup>

Regter Cameron ondersteun die tweefase-benadering van regter Froneman in die *Gardener*-saak. Uiteraard behoort kritiek wat teen die *Gardener*-beslissing geopper is, ook op die *Holomisa*-saak van toepassing te wees. Die nut van die *Holomisa*-saak vir bewyspligtigheid dat dit steun bied vir die tweefase benadering by beregting van handvesgeskil soos uiteengesit in die *Gardener*-saak.

Die konstitusionele hof het na die *De Klerk*-saak weer die geleentheid gehad om die problematiese bewyslasposisie in oënskou te neem toe die *Gardener*-saak voor dié hof gediën het. Die aangeleentheid is egter terugverwys na die appélhof:

“Whether or not the altered principle of law constitutes a justifiable or desirable development of the common law.....is not a question to be addressed in this judgement.”<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> n4, *supra*.

<sup>97</sup> Op p617 B.

<sup>98</sup> 1996 6 BCLR 775 op p782I.

Sonder om 'n diepgaande ondersoek na die bewysposisie te maak, verklaar die hof egter dat die bewyslasformulering in die *Gardener*-saak vreemd is aan die doelstellings van die menseregtehandves:

“.....Notwithstanding his [Regter Froneman] findings that the fundamental rights under Chapter 3 were ‘inherently of equal value’, he held it to be ‘reasonable in practical terms’ that a plaintiff who sought to rely on the precedence of one fundamental right over another should ‘bear the *onus* of establishing the basis’ for such precedence. ....I can find nothing in chapter 3 which remotely suggest that in the balancing of competing rights it can be of any moment whether the person asserting one of these rights is a plaintiff or a defendant. Such an arbitrary and mechanical test seems to me, on any interpretation of Chapter 3, to be alien to the objects of the Chapter..<sup>99</sup>

### 3.4 GEVOLGTREKKING:

Die verdeeldheid oor die bewyslasposisie in lastersake duur voort. Die Grondwet bied geen towerformule vir die oplossing van hierdie probleem nie. Die verdeeldheid is, myns insiens, te wyte aan die versuim van ons howe om behoorlik ag te slaan op die ingewikkelde regsverskynsel wat hom in die lasterreg voordoen, naamlik dat regverdigingsgronde voorafgegaan word deur weerlegbare regsvermoedens.

Waar die howe nou in die *post*-grondwetlike bedeling gulde geleentheid het om met nuwe oë na die gemeenregtelike lasterregposisie te kyk, staar hulle hulself blind teen 'n ander kriterium: die beginsels van oopheid en gelykheid wat die grondwet onderlê. Die mate waarin verskeie regters meen daarin die voorgrondwetlike bedeling voldoen is aan die grondbeginsels van demokrasie word nou die kam waaroor bewyspligtigheid geskeer word. Hierdie aanslag veroorsaak dat regsekerheid gereduseer word tot 'n blote vergesig.

Vir doeleindes van regsekerheid is dit belangrik dat die Suid-Afrikaanse howe die noodsaaklikheid sal insien om eenstemmig standpunt in te neem. Daar moet ag geslaan word op die feit dat die werking van weerlegbare regsvermoedens, regverdigingsgronde, en konstitusionele regverdigbaarheid in die lasterreg, 'n unieke bewyspligtigheidssituasie daarstel.

---

<sup>99</sup> Op p783A-C.

Daar word voorgestel dat regsekerheid bewerkstellig kan word deur die tweefase benadering in die *Oakes*-saak toe te pas, hoewel nie op die basis soos in die *Gardener*-saak voorgestel nie. 'n Werkbare tweefase formule sien as volg daar uit: Tydens die eerste fase dra die eiser 'n volle bewyslas om die omvang van sy reg te bewys asook dat daarop inbreuk gemaak is. In die tweede fase dra die verweerder volle bewyslas om sy regverdigingsgronde te bewys asook dat dit konstitusioneel regverdigbaar is. Sodanige bewyslasformulering verleen erkenning aan die gevolge van die regsverskynsels wat hulle in die lasterreg voordoet. Daarbenewens is dit billik en verleen dit die nodige beskerming aan beide handvesregte.

## HOOFSTUK VIER : 'N REGSVERGELYKENDE OORSIG OOR DIE BEWYSLAS IN LASTERSAKE

### 4.1 INLEIDING

Die Grondwet magtig die Suid-Afrikaanse hof om vergelykbare buitelandse hofbeslissings in ag te neem by die uitleg van die bepalings van hoofstuk 3 van die Grondwet.<sup>100</sup> Daar sal vervolgens gekyk word na vergelykbare reg om te bepaal of dit enigsins 'n bydrae kan lewer tot hantering van die bewyspligheidsprobleem in die Suid-Afrikaanse siviele lasterreg.

### 4.2 DIE VERENIGDE STATE VAN AMERIKA

Vryheid van spraak geniet baie hoë aansien in die VSA en word beskerm in die Eerste Amendement (Wysiging) tot die Amerikaanse Grondwet:

"Congress shall make no law respecting an establishment or religion, or prohibiting, the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press, or of the right of the people peaceably to assemble, and to petition to the Government for a redress of grievances".<sup>101</sup>

Die *locus classicus* in Amerikaanse lasterreg is *New York Times Co v Sullivan*<sup>102</sup>. Volgens die *Sullivan*-beslissing onderskei die hof tussen openbare amptenare of figure en privaatpersone. 'n Openbare amptenaar of figuur kan slegs met 'n lasteraksie slaag indien hy hom kwyd van die bewyslas dat die verweerder met sogenaamde "actual malice" opgetree het. Die gevolg daarvan is dus dat sodanige eiser nie alleen publikasie van die gewraakte bewering moet bewys nie, maar ook dat die woorde 'of and concerning' hom gepubliseer is.<sup>103</sup> Om met sy aksie te kan slaag moet hy ook verder "actual malice" bewys deur bewys te

<sup>100</sup> Art 35(1) van Wet 200 van 1993, Art 39(1)(c) van die Finale Grondwet. Sien ook Johannesen, L: Freedom of Expression and Information in the New South African Constitution and its Compatibility with International Standards." *SAJHR* 1996 p216

<sup>101</sup> Stevens, JP: "The Freedom of Speech." *Yale Law Journal* volume 102 Januarie 1993 nommer 4 p 1293.

<sup>102</sup> 376 US 254 (1964). Dit moet saamgelees word met *Gertz v Robert Welch Inc* 418 US 323 (1974).

<sup>103</sup> *Sullivan* op. cit. p267. Vergelyk ook Robertson & Nicol: *Media Law: The rights of journalists and broadcasters*; Oyez Longman Publishing Co (London) 1984 p41 op p42.

lewer dat die bewering gemaak is met kennis van die valsheid daarvan of met “reckless disregard of whether it was true or false”.<sup>104</sup>

In die *Gertz*-saak *supra* het regter Powell die toets geformuleer van “no liability without fault” waarvolgens ’n privaatpersoon wat met ’n lasteraksie wil slaag slegs nalatigheid aan die kant van die lasteraar hoef te bewys.

Die eiesoortigheid van die Amerikaanse lasterregbewyslasposisie en die inherente probleme daaraan verbonde, maak dit nie geskik vir toepassing op die Suid-Afrikaanse lasterreg nie. Burchell laat hom as volg daaroor uit:

“The distinction between a public figure and an ordinary individual has proved very difficult for the U.S. courts to draw. There are serious problems involved in such a distinction and it is not suggested that the South African law follow the U.S. example.....”<sup>105</sup>

Regter Cameron verwerp ook toepassing van die “actual malice”-standaard vir bewyspligtigheid in die *Holomisa*-saak *supra*.<sup>106</sup> Ten eerste verklaar hy dat die *Sullivan*-beslissing verstaan moet word as synde ’n eiesoortige produk te wees van die Amerikaanse geskiedenis waar openbare figure enorme skadevergoedingbedrae van die pers geëis het en dus getemper moes word, ’n situasie wat nie gelyke vind in Suid-Afrika nie. Voorts het die *Sullivan*-saak ’n beperking geplaas op die lastereise van openbare figure teen ’n Eerste Amendement-agtergrond wat grootliks verskil van ons post-Grondwetlike begrip van vryheid van spraak, en plaas dit te veel klem op die (privaat) individu se reg op goeie naam.

### 4.3 KANADA

Brown som die bewyslas in Kanadese lasteraksies so op: Die eiser moet elke element (bewering) van sy eis bewys. Hy moet bewys dat die woorde lasterlik is in hul gewone

<sup>104</sup> Op p265 - 292.

<sup>105</sup> Op p192.

<sup>106</sup> Vir ’n volledige weergawe van regter Cameron se kritiek sien op. cit. p613D- 165D. Sien ook die mening van Van der Vyver, JR: “Constitutional Free Speech and the law of Defamation.” *SALJ* 1995 p593 op p594, dat vir doeleindes van vryheid van spraak, Amerikaanse uitsprake nie vergelykbare vreemde reg daarstel soos bedoel in artikel 35(1) van Wet 200 van 1993 nie.

betekenis of by wyse van *innuendo*. Hy moet ook bewys dat die lasterlike bewering na hom verwys en dat dit aan 'n derde party gekommunikeer is. 'n Kwalifikasie tot voormelde is dat waar die verweer hom op privilegie beroep, die eiser ook nog "actual malice" moet bewys. Die verweerder is op sy beurt weer bekleed met 'n volle bewyslas ten aansien van enige positiewe verweer wat hy opper. Aangesien lasterlike bewerings vermoed word vals te wees, moet die verweerder bewys dat sodanige bewerings waar is.<sup>107</sup>

Die Kanadese bewyslasposisie herinner sterk aan veral die eiser in Suid-Afrikaanse lasteraksies se bewysplig. Die vereiste van daadwerklike kwaadwilligheid in gevalle waar privilegie geopper word, kan moontlik tuisgebring word onder bewys van *animus iniurandi* deur 'n Suid-Afrikaanse eiser. Die vermoede dat lasterlike bewerings vals is, is egter vreemd aan ons reg. Dit is nie duidelik of die volle bewyslas wat op die verweerder rus te wyte is aan beleidsoorwegings en of dit geskied met inagneming van enige voorafgaande vermoedens nie.

Die Kanadese *Charter of Rights and Freedoms* is nie van toepassing op privaatregtelike verhoudings nie.<sup>108</sup> Ons howe maak egter, soos reeds in hoofstuk 2 vermeld, gebruik maak van die tweefase - benadering in die *Oakes*-saak om privaatregtelike handvesgeskille te bereg. In dié opsig maak Kanadese regspraak dus 'n waardevolle bydrae om meer lig te werp op die bewyspligheidsposisie by handvesgeskille.

#### 4.4 DUITSLAND

Artikel 1 van die Duitse Grondwet verklaar dat die waardigheid van die mens onaantasbaar is. Artikel 2 beklemtoon die reg van die individu tot vryheid en self-beskikking. Gesamentlik vorm hierdie twee regte die persoonlikheidsreg. Soos reeds in hoofstuk 3 aangedui, omvat die Duitse reg op menswaardigheid ook die reg op goeie naam.<sup>109</sup>

<sup>107</sup> Brown, CR: *The Law of Defamation*; volume II; Carswell (Toronto) 1987 op p1123, 1124. Sien ook Porter & Potts: *Canadian Libel Practice*; Eerste uitgawe; Butterworths (Toronto) p41,42.

<sup>108</sup> *Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580 et al v Dolphin Delivery Ltd* (1987) 33 DLR (4th) 174.

<sup>109</sup> Thwaite en Brehm, "German Privacy and Defamation Law"; *European Intellectual Property Review* . 1994 op p337.



Die Duitse reg erken inbreukmaking op privaatheid en laster as twee aparte regs-kategorieë. Vryheid van uitdrukking en vryheid van die pers word erken in artikel 5(1) van die Duitse Grondwet.<sup>110</sup> Wat die bewyslas betref is dit 'n feitevraag of daar inbreuk gemaak is op 'n persoon se reputasie. 'n Eiser sal dus moet bewys dat die verweerder 'n bewering omtrent hom gemaak het wat sy persoonlike, morele of sosiale waarde geheel of gedeeltelik ontken deur die toevoegings van negatiewe kwaliteite.<sup>111</sup>

Ter afwering van aanspreeklikheid, kan die verweerder dan een van die volgende verweere bewys: waarheid (wat 'n absolute verweer is) artikel 193 van die SGB (strafwetboek, wat ook in siviele gedinge geld) waarvolgens erken word dat tydsdruk en gebrek aan bronne die pers sonder genoegsame materiaal laat om die waarheid van 'n bewering te staaf voor die gepubliseer word; *Freiraum* wat dui op die bevoegdheid om binne die ruimte van die familie of eng vriendekring sekere uitlatings te maak; openbare rekords; die verweer dat die belasterde persoon dood is en toestemming.<sup>112</sup>

Wat die vorm waarin hierdie bewyspligtigheid gegiet word betref, volg die Duitse reg by die ondersoek na die regverdigbaarheid, al dan nie, van 'n beperking op 'n Grondwetlike reg 'n proporsionaliteitstoets. Sodanige proporsionaliteitstoets is ook vervat in die *Oakes*-beslissing en het drie belangrike komponente:

- (i) Die maatreëls wat genoem word moet versigtig ontwerp word om die gevraagde doel te bereik. Die maatreëls moet nie arbitrêr of onregverdig of gebaseer op irrasionele oorwegings wees nie, maar moet rasideel verband hou met die doelstelling.
- (ii) Die metode moet so min as moontlik inbreuk maak op die betrokke reg of vryheid.
- (iii) Daar moet 'n proporsionaliteit wees tussen die effek van die maatreëls wat verantwoordelik is vir beperking van die konstitusionele reg of vryheid en die doel wat geïdentifiseer is as van genoegsame belang. Hoe meer ernstig die skadelike gevolge van 'n maatreël is, hoe belangriker moet die doelstelling wees.<sup>113</sup> (My vertaling)

<sup>110</sup> Op. cit. p339.

<sup>111</sup> Ibid.

<sup>112</sup> Ibid..

<sup>113</sup> Soos uiteengesit in *Matinkinca v Council of State, Ciskei* 1994 BCLR 17 (Ck)). Sien ook Blaauw-Wolf, L en J: "A Comparison between German and South African Limitation Provisions." *SALJ* 1994 p267.

Die ontwikkeling van die proporsionaliteitstoets in die Duitse reg bied insig in die omvang van die bewyspligtigheid van 'n verweerder wat hom wil beroep op regverdiging vir 'n beperking van 'n fundamentele reg. Die verskeidenheid verweere wat aan 'n verweerder in die Duitse reg beskikbaar is kan ook dien ter verligting van die verweerder se bewysplig. Aangesien die Suid-Afrikaanse "lasterverweere" nie 'n *numerus clausus* daarstel nie, kan die bestaande groep verweere na analogie van die Duitse verweere uitgebrei word.

#### 4.5 AUSTRALIË

Regter Cameron steun in die *Holomisa*-saak *supra* tot 'n groot mate op die beslissing van die Australiese Hooggeregshof in *Theophanous v Herald & Weekly Times Ltd*.<sup>114</sup>

"We do not consider that the plaintiff should bear the *onus* of proving that the publication is not protected. In our view, it is for the defendant to establish that the publication falls within the constitutional protection. That approach accords with the approach that the Courts have taken in the past to proof of matters of justification and excuse and we are not persuaded that the constitutional character of justification should make any difference to the *onus* of proof. Whether the defendant has acted reasonably will involve consideration of any inquiry made by the defendant before publishing; that is a matter peculiarly within the knowledge of the defendant".<sup>115</sup>

Daar kan saamgestem word met die Australiese hof se mening dat die eiser nie die bewyslas moet dra om te wys dat die publikasie beskerm is nie. Die verweerder moet verplig wees om te bewys dat die publikasie beskerming in terme van die beperkingsbepaling waardig is. In die verband moet hy dus aantoon dat die verweer wat hy opper, synde dit 'n erkende regverdigingsgrond al dan nie, nie alleen aan die vereistes vir die besondere verweer nie, maar ook aan die vereistes van die beperkingsbepaling voldoen.

#### 4.6 SLOT

Die probleem ten aansien van die bewyspligtigheid in die Suid-Afrikaanse lasterreg is eiesoortig en kan nie opgelos word deur bloot 'n "vergelykbare" bewyslasmodel daarop af te

<sup>114</sup> (1994) 124 ALR 1 HC.

<sup>115</sup> Sien *Holomisa*, op. p612D-F.

stempel nie. Wat nodig is om 'n werkbare formule daar te stel is 'n verandering van benadering deur ons howe: veranderlike faktore soos billikheid en die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid ten grondslag lê, is nie al wat in ag geneem moet word nie. Die gemenereg moet toegepas en ontwikkel word met inagneming van die uniekheid van die probleem deurdat behoorlike aandag ook in die proses gegee moet word aan die aanwesigheid en effek van weerlegbare regsvermoedens en gemeenregtelike regverdigingsgronde. Dit is eers wanneer sodanige aspekte in ag geem is dat 'n hof sinvol oor die bewyslasposisie kan besin en die vraag kan afvra of die vermoedens in die lasterreg en die verwarring wat dit by bewyspligtigheid meebring enigsins nog bestaansreg het in die huidige konstitusionele bedeling.

Of die *Gardener*-saak wel voor die appélhof sal dien, is nie seker nie. Daar kan slegs gehoop word dat die appélhof, indien dit die geleentheid kry om bewyspligtigheid by lastersake aan te spreek, 'n daadwerklike poging sal aanwend om die bestaande verwarring finaal uit die weg te ruim.

---

## BIBLIOGRAFIE

### A. BOEKVERWYSINGS

1. Buzzard, HJ et al: *Phipson on Evidence*; Dertiende Uitgawe, Sweet & Maxwell. (London) 1982.
2. Brown, RE: *The Law of Defamation in Canada*; Tweede Uitgawe, Carswell. (Toronto) 1994.
3. Burchell, JM: *The Law of Defamation in South Africa*; Eerste Uitgawe, Juta. (Kaapstad) 1985.
4. Du Plessis, L: "A background to drafting the chapter on fundamental rights". De Villiers, B (Red): *Birth of a Constitution*; Eerste uitgawe, Juta (Kaapstad) 1994; p89.
5. Erasmus, HJ: *Superior Court Practice*, Eerste Uitgawe, Juta. (Kaapstad) 1994.
6. Hoffman & Zeffert: *The Law of Evidence*, Vierde Uitgawe, Butterworths. (Durban) 1988
7. Keane, A: *The Modern Law of Evidence*; Eerste Uitgawe; Professional Books Ltd (London) 1985.
8. Kiralfy, A: *The Burden of Proof*, Eerste Uitgawe; Professional Books Ltd (London) 1987.
9. Murphy, P: "A Practical Approach to Evidence" Tweede Uitgawe; Financial Training Publications Ltd (London); 1985.

10. Neethling, *et al*: *Neethling's Law of Personality*, Derde Uitgawe, Butterworths. (Durban) 1996.
11. Oosthuizen, P: *Die bewyslas en die weerleggingslas in die Suid-Afrikaanse Reg*. Pretoria: Universiteit van Pretoria (LLD-proefskrif). 1980.
12. Porter & Potts: *Canadian Libel Practice*; Eerste Uitgawe, Butterworths (Toronto) 1986.
13. Robertson & Nicol: *Media Law: The Rights of Journalists and Broadcasters*; Eerste Uitgawe, Oyez Longman (London) 1984.
14. Rosini, NJ 1991: *The Practical Guide to Libel Law*; Eerste Uitgawe, Praeger (New York) 1991.
15. Schmidt, CWH: *Bewysreg*; Derde Uitgawe, Butterworths (Durban) 1989.
16. Tapper C,: *Cross on Evidence*, Sewende Uitgawe, Butterworths (London) 1996.
17. Van Winsen, L et al: *Herbstein and Van Winsen: The Civil Practice of the Superior Courts in South Africa*; Derde Uitgawe: Juta (Kaapstad) 1979.
18. Van Wyk et al: *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order*, Eerste Uitgawe, Juta (Kaapstad) 1994.

## B ARTIKELS UIT REGSTYDSKRIFTE

1. Botha, H: "Privatism, Authoritarianism and the Constitution: The Case of Neethling and Potgieter"; THRHR 1995 (58) p496.
2. Blaauw-Wolf, L en J: "A Comparison Between German and South African Limitation Provisions": SALJ 1994 p267.
3. Carpenter, G: "The "Constitutional Attack on Private Law": Are the fears well founded?"; THRHR 1996 (59) 126.
4. De Ville, J: "Interpretation of the general limitation clause in the chapter on fundamental rights"; SA Publikereg 1994 p287.
5. Du Plessis, L: "Enkele Gedagtes oor die Historiese Interpretasie van Hoofstuk 3 van die Oorgangsgrondwet: *De Klerk v Du Plessis* 1994 6 BCLR 124 (T) (1995 2 SA 40 CC)"; THRHR 1995 (58) p504
6. Henderson, A: "Who, how and how much?"; De Rebus Oktober 1995 p641.
7. Johannessen, L: "Freedom of Expression and Information in the New South African Constitution and its Compatibility with International Standards"; SAJHR 1996 p216.
8. Kotzé, DJL: "Die Effek van Vermoedens op die Bewyslas by Laster"; De Jure 1981 p160.
9. Kotzé, DJL: "*Kennel Union of South Africa v Park* 1981 SA 714 (C); Bewysreg - Vermoedens by laster - ligging van die Bewyslas"; De Jure 1981 p177.
10. Marcus, G: "Freedom of Expression under the Constitution." SAJHR 1994 p140.

11. Neethling & Potgieter: "Openbare Belang as Selfstandige Verweer by laster? *lyman v Natal Witness Printing & Publishing Co (Pty) Ltd* 1991 4 SA 677 (N); THRHR 1993 (56) p323
12. Neethling & Potgieter: Aspekte van Privilegie as verweer by Laster; *Herselman v Botha* 1994 1 SA 28 (A); *Couldridge v Eskom* 1994 1 SA 91 (SOK). THRHR 1994 (57) p329.
13. Neethling & Potgieter: Aspekte van die Lasterreg in die Lig van die Grondwet; *Gardener v Whitaker*, THRHR 1995 (58) p709.
14. Van der Vyver, JD: "The private sphere in constitutional litigation." THRHR 1994 (57) p378.
15. Van der Vyver, JD: "Constitutional Free Speech and the Law of Defamation." SALJ 1995 p572.
16. Visser, PJ: A successful constitutional invasion of private law: *Gardener v Whitaker* 1995 2 SA 672 (E); THRHR 1995 (58) p745.
17. Visser, PJ: "Horisontaliteit van Fundamentele Regte afgewys, *Potgieter v Kilian* 1995 11 BCLR 1498 (N)." THRHR 1996 (59) p510.
18. Weaver & Bennet: "New York Times Co v Sullivan: The 'Actual Malice'-standard and editorial decision-making." Media Law and Practice, 1993 volume 4 nommer 1 p1.
19. Woolman, S: "Defamation, Application and The Interim Constitution": An unqualified and Direct Analysis of *Holomisa v Argus Newspaper Ltd*, SALJ 1996 p428.

**C SAKELYS**

1. *Argus Printing & Publishing Co Ltd v Esselen's Estate* 1994 2 SA 1 (A).
2. *Basner v Trigger* 1946 AD 43.
3. *Benson v Robinson & Co (Pty) Ltd* 1967, SA 420 (A).
4. *Borgin v De Villiers* 1980 3 SA 556 (A).
5. *De Klerk v Du Plessis* 1995 2 SA 40 (T).
6. *De Klerk v Du Plessis* 1996 5 BCLR 658 (C).
7. *De Waal v Ziervogel* 1937 AD 112.
8. *During NO v Boesak* 1990 3 SA 681 (A).
9. *Frenkel v Ohlsson's Cape Breweries Ltd* 1909 AD 957.
10. *Gardener v Whitaker* 1995 2 SA 672 (OK).
11. *Gardener v Whitaker* 1996 6 BCLR 77.
12. *Gertz v Robert Welch Inc* 418 US 323 (1974).
13. *H.A. Millard & Son (Pty) Ltd v Enzenhofer* 1968 1 SA 330 (T).
14. *Hilsonian Society v Crofton* 1952 3 SA 130 (A).



15. *Hix Networking Technologies CC v System Publishers (Pty) Ltd, Hendlers (Pty) Ltd - Ongerapporteerde Appélhofbeslissing* gelewer op 15 September 1996, saaknommer 222/95.
16. *Holomisa v Argus Newspapers Ltd* 1996 2 SA 288 (W).
17. *Iyman v Natal Witness Printing & Publishing Co (Pty) Ltd* 1991 3 SA 677 (N).
18. *Jasat v Paruk* 1983 4 SA 728 (N).
19. *Joubert v Venter* 1985 1 SA 654 A.
20. *Klaassen v Benjamin* 1940 AD 40.
21. *Mabaso v Felix* 1981 3 SA 865 (A).
22. *Kauesa v Minister of Home Affairs* 1994 3 BCLR 1 (NmH)
23. *Mandela v Falati* 1995 1 SA 251 (W).
24. *Marais v Richard* 1981 1 SA 1157 (A).
25. *May v Udwin* 1981 1 SA 1 (A).
26. *McLean v Murray* 1923 AD 406.
27. *Miller v Minister of Pensions* 1947 2 All ER 372.
28. *Mobil Oil Southern Africa (Pty) Ltd v Mechin* 1965 2 SA 706 (A).
29. *Neethling v Du Preez, Neethling v The Weekly Mail* 1994 1 SA 708 (A). (Die Neethling-saak)

30. *New York Times Co v Sullivan* 376 US 254 (1964).
31. *Ntenteri v Chairman, Ciskei Council of State* 1993 4 SA 546 (Ck).
32. *Nydoo v Vengtas* 1965 1 SA 1 (A).
33. *Pakendorf v De Flamingh* 1982 3 SA (A).
34. *Pillay v Khrishna* 1946 AD 946.
35. *Potgieter v Kilian* 1995 11 BCLR 1498 (N).
36. *Qozeleni v Minister of Law and Order* 1994 3 SA 625 (OK).
37. *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (CC).
38. *S v Zuma* 1995 2 SA 642 (CC).
39. *Sayed v Potgieter* 1979 3 SA 354 (A).
40. *South Cape Corporation v Engineering Management Services (Pty) Ltd* 1977 3 SA 534 (A).
41. *Stocks & Stocks (Pty) Ltd v T.J. Daly & Sons (Pty) Ltd* 1979 (3) SA.
42. *Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie v O'Malley* 1977 3 SA 394 (A).
43. *Tregea v Godart* 1939 AD 16
44. *Tromp v McDonald* 1920 AD 1.

45. *Wessels v Pretorius* 1974 3 SA 299 (NK).
46. *Young v Kemsley* 1940 AD 258.
47. *Zillie v Johnson* 1984 2 SA 186 (W).

#### D. VERKORTE SAKELYS

1. Die *De Klerk*-saak *De Klerk v Du Plessis* 1995 2 SA 40 (T)
2. Die *De Klerk*-saak *De Klerk v Du Plessis* 1996 5 BCLR 658 C  
(Word onderskei in konteks)
3. Die *Gardener*-saak *Gardener v Whitaker* 1995 2 SA 672 (OK)
4. Die *Gardener*-saak *Gardener v Whitaker* 1996 6 BCLR 72  
(Word onderskei in konteks)
5. Die *Gertz*-saak *Gertz v Robert Welch Inc* 418 US 323 (1974)
6. Die *Holomisa*-saak *Holomisa v Argus Newspapers Ltd* 1996 2 SA 288 (W)
7. Die *Joubert*-saak *Joubert v Venter* 1985 1 SA 654 (A)
8. Die *Mabaso*-saak *Mabaso v Felix* 1981 3 SA 865 (A)
9. Die *Mandela*-saak *Mandela v Falati* 1995 1 SA 251 (W)
10. Die *Mobil Oil*-saak *Mobil Oil Southern Africa (Pty) Ltd v Mechin* 1965 2 SA  
706 (A)
11. Die *Neethling*-saak *Neethling v Du Preez, Neethling v The Weekly Mail*  
1994 1 SA 708 (A)
12. Die *Potgieter*-saak *Potgieter v Kilian* 1995 11 BCLR 1498 (N)
13. Die *Makwanyane*-saak *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (CC)
14. Die *O'Malley*-saak *Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie v O'Malley* 1977 3  
SA 394 (A)
15. Die *Sullivan*-saak *New York Times Co v Sullivan* 376 US 254 (1964)

**E. WETGEWING**

1. Die Tussentydse Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 200 van 1993.
2. Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika; 1996 Wetsontwerp soos gewysig op 11 Oktober 1996, gesertifiseer deur die Konstitusionele Hof op 4 Desember 1996, en goedgekeur deur die Staatspresident op 10 Desember 1996. (Daar word in die verhandeling van die term "Finale Grondwet" gebruik gemaak).