

**DIE BEGRIP "REGTE IN EIENDOM" IN ARTIKEL 28(1) VAN DIE
GRONDWET VAN DIE REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA 200 VAN 1993**

deur

HENRIËTTE ENGELBRECHT

**voorgelê ter gedeeltelike vervulling van die vereistes
vir die graad**

MAGISTER LEGUM

aan die

UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA

STUDIELEIER: PROF AJ VAN DER WALT

NOVEMBER 1995

OPSOMMING

Die eiendomsklousule soos vervat in Artikel 28(1) van die Grondwet waarborg regte in eiendom. Daar word na die tradisionele eiendomsparadigma verwys, asook die leemtes in dié konsep. Die "new property"-konsep word vervolgens in oënskou geneem. Sowel die gemenerereg as die inheemse reg word, met verwysing na die begrippe "regte" en "eiendom", behandel. Daarna volg 'n bespreking van die konsep "regte in eiendom", wat die inhoud en omvang van dié konsep aandui.

In 'n afsonderlike hoofstuk word regte in grond bespreek. Die vraag of 'n konstitusionele reg ten aansien van huisvesting bestaan, geniet ook aandag. Ten slotte word regsvergelykend te werk gegaan en na buitelandse regsbronne verwys wat moontlik in die toekoms 'n rol by die uitleg van die Grondwet kan speel. Daar word gepoog om aan te dui dat die Grondwet as geheel geïnterpreteer en toegepas behoort te word. Die korrekte interpretasie en toepassing van die Grondwet word van uiterste belang beskou ten einde aan die doel van die Grondwet te voldoen.

THE CONCEPT "RIGHTS IN PROPERTY" IN SECTION 28(1) OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA 200 OF 1993

SUMMARY

The property clause is contained in Section 28(1) of the Constitution, which guarantees rights in property. The traditional property paradigm is referred to, as well as its deficiencies. Thereupon the "new property" concept is taken account of. The common law and the customary law are dealt with, with reference to the concepts "rights" and "property". Subsequently a discussion of the concept "rights in property" follows, denoting this concept's contents and extent. Thereupon rights in land is dealt with. A constitutional right to housing is also attended to. Finally a comparative overview is given with reference to foreign case law, which may in future play a role in the interpretation of the Constitution. Attempts are made to indicate that the Constitution should be interpreted and enforced as a whole. In its correct interpretation and enforcement it is of utmost importance to have due regard to the objects of the Constitution.

Key terms:

Property clause; Rights in property; Constitutional right; "New property"; Common law; Customary law; "Rights of use"; Dephysicalisation of property; A right to housing; Excludability; Incorporals.

INHOUDSOPGAWE

Bladsy

1	Inleiding	1
2	Die inhoud van Artikel 28(1) van Wet 200 van 1993, oorsigtelik beskou ..	1
3	Eiendomsreg - die tradisionele siening	2
4	Die "new property"-konsep	3
5	Eiendomsreg as konstitusionele reg	4
6	'n Bespreking van enkele artikels van die menseregtehandves wat in verband staan met die eiendomsklousule	6
7	Die gemenerereg	8
8	Die inheemse reg	9
9	Die begrip "regte in eiendom"	12
10	"Regte in eiendom" met spesifieke verwysing na grond- of landregte ...	18
11	'n Konstitusionele reg op huisvesting?	23
12	'n Regsvergelykende oorsig	26
13	Gevolgtrekking	32
	BIBLIOGRAFIE	35
	REGISTER VAN WETGEWING	38
	REGISTER	39

1 INLEIDING

In hierdie werkstuk sal aandag geskenk word aan die inhoud en betekenis van artikel 28(1) van Wet 200 van 1993, met spesifieke verwysing na die begrip "regte in eiendom". Daar sal aan die hand van die klousule, die gemenerereg, inheemse reg en buitelandse reg gepoog word om vas te stel wat die inhoud en omvang van dié konsep is. Daar word na ander artikels van die Grondwet verwys om sodoende te beklemtoon dat die Grondwet as geheel gesien en toegepas behoort te word. 'n Nuwe siening en toepassing van eiendomsreg het na vore getree wat 'n nuwe benadering, veral met betrekking tot regte in grond, daarstel. Dié aspekte sal behandel word.

Ten slotte sal die vertolking en toepassing van die eiendomsklousule in oënskou geneem word en die oogmerke van hierdie klousule bespreek word.

2 DIE INHOUD VAN ARTIKEL 28(1) VAN WET 200 VAN 1993, OORSIGTELIK BESKOU

Artikel 28(1) bepaal as volg: "elke persoon het die reg om regte in eiendom te verkry en te hou en om in die mate waarin die aard van die regte dit vatbaar daarvoor maak, oor sodanige regte te beskik."

Aan elke persoon, ongeag ras of geslag, word 'n waarborg gegee dat hy/sy regte in eiendom kan verkry en kan hou, asook daarvoor kan beskik. "Persoon" sluit ook regs persone in, soos blyk uit Artikel 7(3) van Wet 200 van 1993, wat bepaal dat regs persone geregtig is op die regte in Hoofstuk 3 vervat, in die mate waarin die aard van die regte dit daarvoor vatbaar maak. Daar word geen spesifieke vereiste vir verkryging gestel nie en gesien teen die agtergrond van sodanige wye omskrywing, kan geïnterpreteer word dat enige vorm van verkryging, hetsy oorspronklik of afgelei, inbegrepe is.

Die reg om te verkry en te hou word sonder voorbehoud beskerm. Daarteenoor word die reg om oor eiendom te beskik gekwalifiseer. 'n Beskikkingsreg word slegs beskerm in soverre as wat die aard van die regte dit toelaat.¹

Die bepaling verleen tot 'n mate erkenning aan 'n verskeidenheid van eiendomsregte. Die begrip "regte in eiendom", wat as't ware die kern van die eiendomsklousule vorm, moet deeglik ontleed word om die inhoud en omvang van dié begrip te bepaal. 'n Volledige ondersoek in dié verband sal later in die werkstuk uiteengesit word.

3 EIENDOMSREG - DIE TRADISIONELE SIENING

Die Duitse skrywer Windscheid het verklaar dat eiendomsreg in beginsel onbeperk is, alhoewel dit beperkings kan akkommodeer. Eiendomsreg is 'n saaklike reg wat aan die eienaar die gebruik-, genot- en beskikkingsbevoegdheede verleen. Daarby ingesluit is die eienaar se vernietigingsbevoegdheid. Die ideale tipe saaklike reg is vry van beperkings en onbegrens. Beperkte saaklike regte word as onnatuurlik en tydelik beskou.² Dié negentiende eeuse eiendomsopvatting word steeds deur die moderne Suid-Afrikaanse reg aanvaar. Eiendomsreg is tradisioneel as die belangrikste reg beskou. Alle ander regte word daaraan ontleen, indien die eienaar daartoe toestem.³

Private eiendomsregte word as natuurlike en onbeperkte regte beskou wat konstitusionele beskerming behoort te geniet, aangesien sodanige regte 'n sosiale waarde, te wete individuele vryheid, verteenwoordig. Beperkings van staatsweë word

1 Van der Walt AJ "Property rights, land rights and environmental rights" in Van Wyk et al (reds) *Rights and constitutionalism. The new South African legal order* (1994) 493.

2 Van der Walt AJ "Ownership and personal freedom: subjectivism in Bernhard Windscheid's theory of ownership" (1993) *THRHR* 575 en 576.

3 Van der Walt AJ "The future of common law landownership" in Van der Walt AJ (red) *Land reform and the future of landownership in South Africa* (1991) 31.

as 'n inbreukmaking op privaat eiendomsregte beskou. Die Staat moet nie inmeng nie, behalwe in absoluut onvermydelike omstandighede.⁴

Die Suid-Afrikaanse reg, veral die privaatreg, funksioneer huidiglik nog grootliks binne die raamwerk van dié tradisionele privaatregtelike paradigma.⁵ Absolute eiendomsregte en ander regte wat op eiendom betrekking het, bestaan egter vandag nêrens meer ter wêreld nie.⁶

4 DIE "NEW PROPERTY"-KONSEP

Dié konsep is 'n onlangse ontwikkeling na aanleiding van C Reich se werk. Hy het geargumenteer dat die tradisionele siening van eiendom onvoldoende is om sosiale verhoudings wat deur die moderne staat geskep is, te akkommodeer. Die ontwikkeling van die welsynstaat het aanleiding gegee tot staatsaalmoeese in die vorm van voordele; behuising; subsidies; kontrakte en lisensies. Al hierdie voordele staan bekend as die sogenaamde "new property".⁷

Die "new property"-konsep is dus geskep om die plek van tradisionele eiendomsregte in te neem. Sodanige "nuwe regte in eiendom" sluit liggaamlike en onliggaamlike sake in. "New property" word in toenemende mate van die fisiese wêreld van sake geskei.⁸

4 Van der Walt AJ "The impact of a bill of rights on property law" (1993) *SA Publiekreg* 298.

5 Van der Walt AJ "Notes on the interpretation of the property clause in the new Constitution" (1994) *THRHR* 190.

6 Murphy J "Property rights and judicial restraint: a reply to Chaskalson" (1994) *SAJHR* 389.

7 Chaskalson M "The property clause: section 28 of the Constitution" (1994) *SAJHR* 132. Sien ook Chaskalson (1993) *SAJHR* 404 en Lewis C "The right to private property in a new political dispensation in South Africa" (1992) *SAJHR* 398 en 399.

8 Van der Walt AJ "The fragmentation of land rights" (1992) *SAJHR* 437. Sien ook Murphy (1993) *THRHR* 635.

Hierdie nuwe konsep poog om probleme te oorbrug deur die trefwydte van "new property" uit te brei.⁹

Daar is 'n duidelike verandering in die aard van eiendomsreg te bespeur, vanaf "thing ownership" na 'n reg om in die sosio-ekonomiese en politieke voordele te deel. Dié siening neig weg van die individu en meer na die publieke sfeer. "New property" is nie soseer die reg op eksklusiewe besit van privaat eiendom nie, maar eerder die reg om nie van publieke eiendom uitgesluit te word nie. Nuwe regte in eiendom verwys in toenemende mate na onliggaamlike sosiale voordele en word in toenemende mate aan bande gelê deur wetgewing in belang van die gemeenskap. Op dié wyse vind "erosie" van die tradisionele eiendomskonsep plaas.¹⁰

Van der Walt is egter van mening dat die "new property"-teorie nie daarin kon slaag om van die tradisionele paradigma te ontsnap nie, aangesien dit té swaar op die konseptuele raamwerk steun, sonder om die tradisionele raamwerk oorboord te gooi.¹¹

5 EIENDOMSREG AS KONSTITUSIONELE REG

Die skrywer Locke was van mening dat die reg om eiendom te besit een van die mees fundamentele regte is.¹² Ingevolge dié reg word 'n hele aantal regte aan 'n persoon verleen wat sake besit of gebruik en aan wie sake behoort. Eiendomsreg kan oor grond, persoonlike besittings, die vrugte van arbeid, immateriële goedere en welsynsvoordele strek.¹³ Hoofstuk 3 van die Grondwet bevat die eerste stel

9 Van der Walt (1992) *SAJHR* 439.

10 Van der Walt (1994) "Rights and constitutionalism" 458.

11 Van der Walt (1994) *supra* 491.

12 Van Maanen GE "Ownership as a constitutional right in South Africa" (1993) *Recht en Kritiek* 301.

13 Cachalia A et al *Fundamental rights in the new Constitution* (1994) 91 en 92.

fundamentele regte wat konstitusioneel gewaarborg word, insluitende regte in eiendom.¹⁴

Daar word aangevoer dat die ongewone formulering van Artikel 28 ten doel het om konstitusionele krag te verleen aan die interpretasie van die eiendomsbegrip, naamlik dat regte in eiendom uit 'n hele aantal regte bestaan.¹⁵ Die effek en trefkrag van die eiendomsklousule sal deur die interpretasie en aanwending daarvan deur die houe bepaal word. 'n Handves van regte se formulering sal grootliks die vertolking daarvan bepaal.¹⁶ Elke land se grondwet moet teen die agtergrond van sy eie geskiedenis, politiek en sosiale instellings geïnterpreteer word. Só ook die Suid-Afrikaanse Grondwet.¹⁷ Die vertolking van dié Grondwet is belangriker as die formulering van die eiendomsklousule self.¹⁸ Dit blyk waarskynlik te wees dat die benadering by die vertolking van die eiendomsregklousule weg sal beweeg van die oud-modiese individuele paradigma en meer na die sosiale paradigma sal neig.¹⁹ Die beskouing van eiendomsreg as eksklusief en onbeperk is uitgedien en onaanvaarbaar. 'n Beter benadering sal wees om die eiendomsklousule te baseer op die moderne persepsie van regte in eiendom wat ruimte vir 'n wye aantal regte laat.²⁰ Binne 'n gemeenskap verander omstandighede en behoeftes gedurig en daarom behoort regsinstellings dienoreenkomstig te verander.²¹

14 Van der Walt (1991) 16.

15 Cachalia (1994) 93.

16 Van der Walt (1993) *SA Publiekreg* 297.

17 Van der Walt (1993) *SA Publiekreg* 304.

18 Van der Walt (1994) *THRHR* 190.

19 Van der Walt (1994) *THRHR* 202.

20 Van der Walt (1994) "Rights and constitutionalism" 489.

21 Van der Walt (1992) *SAJHR* 448.

6 'N BESPREKING VAN ENKELE ARTIKELS VAN DIE MENSEREGTE-HANDVES WAT IN VERBAND STAAN MET DIE EIENDOMSKLOUSULE

Artikel 33(1) van Wet 200 van 1993:

Dié artikel bepaal dat regte in Hoofstuk 3 verskans, beperk kan word deur algemeen geldende reg, maar dat sodanige beperking slegs geoorloof is indien dit redelik is en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing, gebaseer op vryheid en gelykheid, en nie die wesenlike inhoud van die betrokke reg ontken nie. Artikel 33(1) bepaal verder dat, indien enige beperking van 'n reg in 'n hele aantal artikels gemeld in Artikel 33(1) (aa) en (bb) verskans, verband hou met vrye en regverdige politieke aktiwiteite, benewens die feit dat dit redelik moet wees, dit ook noodsaaklik moet wees. Die positiewe waarborg van Artikel 28(1) geles met die normatiewe beskrywing van Artikel 33(1)(b), dat 'n beperking nie die wesenlike inhoud van die betrokke reg moet ontken nie, kan gesien word as 'n waarborg, nie slegs van individuele regte in private eiendom nie, maar ook van die instelling van private eiendom as sodanig. Derhalwe sal 'n wet wat privaat regte in eiendom as instelling afskaf as onkonstitusioneel beskou kan word.²²

Ingevolge Artikel 33 word 'n vereiste gestel dat beperkings op alle regte redelik en regverdig moet wees, in 'n oop en demokratiese samelewing, gebaseer op vryheid en gelykheid. 'n Aantal beperkings op sekere regte moet daarbenewens ook noodsaaklik wees. Regte in eiendom val buite bogemelde kategorie van regte wat op hierdie wyse beskerming geniet.²³

Artikel 28(2) bepaal dat geen ontneming van enige regte in eiendom, soos gemeld in Artikel 28(1) anders as ooreenkomstig 'n wet toegelaat word nie. Ingevolge die bepaling van Artikel 33 kan alle regte vervat in Hoofstuk 3 van die Grondwet beperk

22 Murphy J "Interpreting the property clause in the Constitution Act of 1993" (1995) *SA Publikereg* 112.

23 Murphy (1995) *SA Publikereg* 122 - sien vn 42. Sien ook Van der Walt (1994) *THRHR* 184.

word indien dit redelik en regverdigbaar is. Die rede vir die insluiting van spesifieke beperkings ten aansien van sekere artikels blyk vir doeleindes van die bewyslas te wees.

Artikel 28 word nie uitdruklik in Artikel 33(1) gemeld nie, maar laasgenoemde artikel sluit alle artikels van Hoofstuk 3 in. Indien die regering kan bewys dat onteining ooreenkomstig die reg geskied het vir openbare doeleindes of dat billike vergoeding betaal is, word dit geag dat die beperking op 'n redelike en regverdigbare wyse geskied het, totdat die teenparty die teendeel kan bewys.²⁴ Indien 'n wet ingevolge Artikel 28(2) onredelike beperkings oplê, sal dit 'n ongeldige wet wees ingevolge die bepaling van Artikel 33(1).²⁵ Aangesien die Grondwet as geheel vertolk en verstaan moet word, is dié artikel 'n aanduiding dat "regte" nie as onbeperk, onbegrens en absoluut beskou moet word nie, alhoewel artikel 28(1) regte in eiendom waarborg. Artikel 33(1) is dus tot 'n groot mate op Artikel 28 van toepassing. Dit is weereens 'n aanduiding dat daar weg beweeg is vanaf die tradisionele eiendomskonsep.

Artikel 35(1) en (3) van Wet 200 van 1993:

Ingevolge Artikel 35(1)²⁶ moet 'n geregshof by die uitleg van Hoofstuk 3 die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing ten grondslag lê, naamlik vryheid en gelykheid, bevorder. Verder moet die hof die volkereg wat op die beskerming van regte van toepassing is, soos in Hoofstuk 3 verskans, in ag neem. Die hof kan ook vergelykbare hofbeslissings aangaande buitelandse reg in ag neem.

Artikel 35(3) bepaal dat die gees, strekking en oogmerke van Hoofstuk 3 behoorlik in ag geneem moet word by die uitleg van enige wet en die toepassing sowel as die ontwikkeling van die gemenerereg en gewoontereg. Soos later aangedui sal word, is die insluiting van beide die gemenerereg sowel as die inheemse reg, tesame met

24 Murphy (1995) *SA Publiekreg* 123.

25 Murphy (1995) *SA Publiekreg* 123.

26 Van der Walt (1994) *THRHR* 184.

buitelandse regsbronne waarvan daar kennis geneem kan word, 'n sinvolle en welkome byvoeging tot die konstitusie. Daar word dus erkenning verleen, nie slegs aan die toepassing van die gemene- en gewoontereg nie, maar ook die ontwikkeling daarvan.

7 DIE GEMENEREG

Eiendomsreg het 'n verhewe posisie bo ander saaklike regte ingeneem en op grond daarvan was daar vooroordeel teenoor die idee van 'n verdeling van grondregte. Dit het geïmpliseer dat alle nie-gemeenregtelike regte, byvoorbeeld inheemse reg, geïgnoreer is. Hierdie benadering het die sakereg verarm. Die apartheidswetgewing het 'n negatiewe effek op die beginsels van die gemenereg gehad. Blote afskaffing van rasgebaseerde wetgewing sal nie die verlore waardes van die gemenereg sondermeer laat herleef nie.²⁷

Sogenaamde "new patterns of land ownership", byvoorbeeld deeltiteleiendomsreg en aandeleblokskemas is produkte van vindingryke regsdenke en gee 'n aanduiding van die soepelheid van gemeenregtelike beginsels om sodanige uitbreidings te akkommodeer.²⁸ Dis egter 'n eensydige ontwikkeling wat slegs vir die behoeftes van die middel en hoër inkomstegroepe voorsiening maak. Die laer inkomstegroep en werkloses trek geen voordeel daaruit nie.²⁹

Die afskaffing van apartheidswette sal nie die Suid-Afrikaanse regsisteem suiwer nie. 'n Fundamentele paradigmatiese verskuiwing is noodsaaklik.³⁰ Dus, 'n grootskaalse hervorming van die hele regsisteem en 'n nuwe persepsie van wat regte is en hoe

27 Van der Walt (1991) 25.

28 Van der Walt (1991) 27.

29 Van der Walt (1991) 27.

30 Van der Walt (1993) *SA Publiekreg* 313.

hulle funksioneer.³¹ Van der Walt stel voor dat daar nie in die ontwikkeling van 'n funksionele sisteem van eiendomsregte, van óf die gemenereg óf die inheemse reg, sonder meer ontslae geraak moet word nie. Hy stel 'n mengsel van die twee stelsels voor en selektiewe wetgewing om die leemtes te vul.³²

In die Romeins-Hollandse reg is onliggaamlike sake, net soos liggaamlike sake, ook as "sake" beskou. Sake of eiendom veronderstel dus nie slegs liggaamlike objekte nie, maar ook onliggaamlike objekte. Dié beginsels is in die Suid-Afrikaanse sakereg opgeneem en vorm deel van ons reg.³³

8 DIE INHEEMSE REG

Ingevolge die inheemse reg word gemeenskaplike regte van gebruik en genot ten aansien van grond erken. Die Westerse idee van eiendomsreg van grond laat geen ruimte vir die erkenning van sodanige regte nie.³⁴ Hoofmanne tree in stamverband as 'n soort trustee op en oefen beheer oor stamgrond uit, terwyl die individue van die stam die reg het om voordeel te trek uit hulle arbeid. Inheemse reg beskik oor geen kategorie waarna as "sakereg" verwys kan word nie.³⁵

Individuele eiendomsreg ten aansien van grond is onbekend aan die inheemse reg. Grond behoort aan die gemeenskap of familie en individue het gemeenskaplike

31 Van der Walt "Land reform in South Africa since 1990 - an overview" (1995) *SA Publiekreg* 16.

32 Van der Walt (1991) 34.

33 Lewis (1992) *SAJHR* 397.

34 Du Plessis L & Corder H *Understanding South Africa's transitional bill of rights* (1994) 182.

35 Bennett TW & Roos JW "The 1991 Land Reform Acts and the future of African customary law" (1992) *SALJ* 447 en 448.

"gebruikregte".³⁶ Inheemse reg is eerder 'n persoonlike as 'n territoriale regsisteem, aangesien dit saamhang met persone, nie plekke nie.³⁷

Aangesien die familie grond mag gebruik en voordeel uit die opbrengs daarvan mag trek, kan dit met vruggebruik vergelyk word.³⁸ Volgens die skrywer Kerr erken die inheemse reg wel dat individue absolute regte ten aansien van bewoon- en bewerkbare stukke grond kan besit. Sodanige regte kan as eiesoortige saaklike regte beskryf word. Bennett wys egter daarop dat daar twee probleme ontstaan indien inheemsregtelike belange as saaklike regte hanteer word. Die eerste beswaar is dat, volgens die algemene opvatting, saaklike regte ten aansien van grond slegs deur middel van registrasie gevestig kan word. Registrasie is egter nie essensieel vir die vestiging van alle saaklike regte nie. 'n Serwituut moet egter geregistreer word ten einde afdwingbaar te kan wees. In die tweede plek is die beswaar wat Bennett opper dat die inheemsregtelike houer oor 'n persoonlike reg teenoor sy hoofman beskik. Só 'n houer is egter sonder remedie teenoor 'n nuwe eienaar wat die grond koop.³⁹

Die wyse waarop 'n persoon grondige gebruiksregte in 'n groep verkry as lid van die sosiale groep, is die belangrikste aspek van die inheemse reg. Sonder die status as lid van die groep is daar geen deelname aan 'n deel van die grond nie en met die status bestaan daar geen uitsluiting ten opsigte van deelname aan die stuk grond nie.⁴⁰

Daar is in die Afrika-sisteem van grondbesit gewoonlik vir grondgebruik van 'n individuele familie voorsiening gemaak en sodanige sisteem het goeie sekuriteit aan houers verskaf. Informele houerskap of besitregte is vanaf die inheemse landetiek

36 Bennett & Roos (1992) *SALJ* 448. Sien vn 3.

37 Bennett & Roos (1992) *SALJ* 454.

38 Bennett & Roos (1992) *SALJ* 468.

39 Bennett & Roos (1992) *SALJ* 468-469.

40 Van der Walt (1991) 4. Sien ook Van der Walt (1995) *SA Publiekreg* 4.

afkomstig, wat aan die plattelandse Afrikagemeenskap struktuur gegee het en ook tot 'n groot mate op die stedelike gemeenskap 'n invloed uitgeoefen het.⁴¹

Dit is 'n feit dat, soos Cross dit stel, "tenure practices exist that are stronger than law".⁴² Ekonomiese veranderings het meegebring dat mense nog stewiger aan die ou grondetiek-konsepte vasklou, alhoewel hulle 'n groter mate van vryheid behoort te geniet, indien hulle selfstandig aangaande regte in grond "kontrakteer".⁴³

In die apartheidsera was alle landelike gebiede wat vir swartes gereserveer was, gehou ingevolge óf die inheemse reg óf spesiale kategorieë van grondbesit wat deur wette en regulasies geskep is. Weinig van die gevalle van besit het op volwaardige eiendomsreg neergekom. Groot gedeeltes grond is effektief deur die staat besit en in trust gehou vir die gemeenskappe wat daarop gewoon het.⁴⁴

Die regering se beleid ten aansien van eiendomsreg moet erkenning verleen aan verskeie vorme van eiendomsreg en nuwe vorme instel wat 'n bydrae sal lewer om grondbesit te verseker en uit te brei.⁴⁵ Daar bestaan wel tekortkominge met betrekking tot die inheemse grondhouderskap, aangesien dit nie vir kommersiële gebruik vatbaar is nie en geen sekuriteit van houderskap aan groepslede bied nie. Verder frustreer dit landbou-ontwikkeling en word derhalwe beskou as uit pas met moderne behoeftes en omstandighede.⁴⁶ Daar bestaan weinig getuienis dat

41 Cross C "An alternate legality: The property rights question in relation to South African land reform" (1992) *SAJHR* 307.

42 Cross (1992) *SAJHR* 310.

43 Cross (1992) *SAJHR* 320.

44 Van der Walt (1991) 2.

45 Van der Walt (1991) 18.

46 Dlamini CRM "Landownership and customary law reform" in Van der Walt AJ (red) *Land reform and the future of landownership in South Africa* (1991) 41.

individuele besit noodsaaklik is vir produktiewe landbou in Afrika,⁴⁷ aldus Cross se siening.

Alhoewel dié kritiek in sommige gevalle geldig is, is die inheemse reg in staat om te ontwikkel, aangesien dit nie 'n statiese regsisteem is nie. Enige leemtes kan deur wetgewing aangevul word. Die inheemse reg kan dus nog 'n nuttige rol speel.⁴⁸

Soos in die geval van die gemenerereg moet die spreekwoordelike baba nie met die vuil badwater uitgegooi word nie.⁴⁹

9 DIE BEGRIP "REGTE IN EIENDOM"

Bogemelde begrip bevat in werklikheid drie komponente wat afsonderlik en in geheel ontleed sal moet word ten einde te bepaal wat die inhoud en omvang van "regte in eiendom" werklik beteken. Die eerste komponent is "regte". Welke regte is ter sprake? Ons reg erken 'n aantal regte, te wete saaklike regte; persoonlike of vorderingsregte; persoonlikheidsregte asook immaterieelgoedereregte. Die vraag ontstaan welke van dié regte deur bogemelde begrip ingesluit word. Ten tweede verdien die term "eiendom" aandag. Daar sal vasgestel moet word welke "eiendom" ter sprake is. "Eiendom" kan ook as sake beskou word. Daar sal aandag geskenk moet word aan die vraag of "eiendom" roerende, onroerende sowel as onliggaamlike sake insluit aldan nie. Ten slotte word die voorsetsel "in" gebruik. Regte "op" of "ten aansien van" dui op 'n meer beperkte uitleg, terwyl regte "in" eiendom 'n wyer begrip daarstel.

Artikel 28(1) se formulering van "regte in eiendom" is uniek, aangesien dit in geen van die bekende eiendomsklousules aangetref word nie. Hierdie waarborgsklousule

47 Cross (1992) *SAJHR* 305.

48 Dlamini (1991) 42 en 43.

49 Sien ook vn 25 hierbo.

verseker 'n wye interpretasie van die term "regte in eiendom".⁵⁰ Dié waarborg is in teenstelling met die waarborge van die Amerikaanse en Duitse reg, waarna hieronder verwys sal word. Ingevolge die Amerikaanse klousule word "property" en ingevolge die Duitse klousule eiendomsreg gewaarborg.⁵¹

Alhoewel die term "regte in eiendom" heel verstaanbaar is, beskik dit nie oor 'n duidelik, positiewe inhoud wat beskerm kan word soos in die geval van die Duitse reg nie.⁵² "Regte in eiendom" blyk 'n aanvaarbare kollektiewe term te wees vir alle saaklike en persoonlike regte met betrekking tot eiendom.⁵³ Wye konstitusionele beskerming sal aan sodanige regte verleen word, asook aan onliggaamlike eiendom en belange, byvoorbeeld aandele en arbeidsregte, en ook aan intellektuele eiendom.⁵⁴

Die kwalifikasie gemeld in Artikel 28(1), naamlik dat oor regte beskik kan word "in die mate waarin die aard van die regte dit vatbaar daarvoor maak", verwys moontlik na stamgrond en maak dus voorsiening daarvoor dat sodanige grond nie verkoop mag word nie.⁵⁵ Murphy is van mening dat "certain rights derived from personal servitudes, liens and pledges by their nature can not be "disposed" of without their extinction".⁵⁶

50 Van der Walt (1994) "Rights and constitutionalism" 493.

51 Van der Walt (1994) *THRHR* 191.

52 Van der Walt (1994) *THRHR* 194.

53 Van der Walt (1993) *SA Publikereg* 304. Sien ook Murphy (1995) *SA Publikereg* 113.

54 Van der Walt (1994) *SA Publikereg* 315. Sien ook Chaskalson (1994) *SAJHR* 132.

55 Van der Walt (1991) 15.

56 Murphy (1995) *SA Publikereg* 112 vn 11.

Artikel 28(1) waarborg aan elke individu die reg in eiendom. Dit skep egter geen positiewe regte vir persone wat oor geen eiendom beskik nie. Slegs diegene wat oor die materiële bronne beskik om eiendom te besit en daarvoor te beskik, geniet beskerming ingevolge dié klousule.⁵⁷

Murphy verwys na die skrywer Lewis wat na aanleiding van haar aanvaarding van Thomas C Grey se definisie van eiendom tot die volgende gevolgtrekking gekom het, naamlik dat eiendom 'n relatiewe konsep is waarvan die fisiese, wetlike en morele uitsluitbaarheid van tyd-tot-tyd en gemeenskap-tot-gemeenskap verskil. Daar bestaan geen morele regte in eiendom nie. Dit is van belang veral in die geval van beperkte gebruiksware wat vir toekomstige geslagte bewaar moet bly. Die begrip "eiendom" het 'n baie wyer aanwendingsveld as wat tradisioneel erken is. Eiendom is nooit absoluut privaat nie; alle eiendom besit 'n "public-law character".⁵⁸ MacPherson is van mening dat eiendomsreg nooit gesien moet word as 'n reg om andere uit te sluit nie, maar eerder as die reg om nie uitgesluit te word nie.⁵⁹ Lewis is van mening dat: "The criterion of excludability on physical, legal and moral grounds is extremely attractive because of its flexibility and adaptability: it allows for many different conceptions of the concept of property."⁶⁰ Verder voer sy aan dat die toets van uitsluiting ook prakties is, aangesien dit voorsiening maak vir oorwegings van moraliteit, wat voorheen in die Suid-Afrikaanse sisteem heeltemal afwesig was.⁶¹

Eiendomsreg is gewoonlik in konstitusionele en menseregterlike konteks nie tot liggaamlike sake beperk nie. 'n Ongekwalfiseerde reg met betrekking tot eiendom in 'n handves van regte bied konstitusionele beskerming ten aansien van 'n onbepaalde aantal liggaamlike en onliggaamlike sake. Dit kan onder andere die volgende insluit:

57 Chaskalson (1994) *SAJHR* 133.

58 Murphy (1993) *THRHR* 629 en 630. Sien ook Lewis (1992) *SAJHR* 391.

59 Lewis (1992) *SAJHR* 408.

60 Lewis (1992) *SAJHR* 408.

61 Lewis (1992) *SAJHR* 408.

werkkrag; die reg om aksie te neem; deelname aan 'n sosiale versekeringskema en die deel in welsynsvoordele,⁶² asook die reg om te eis op grond van 'n persoon se belange in 'n pensioenfonds.⁶³ Verder is "new property" in die vorm van lisensies en werkverskaffing ook by "regte in eiendom" ingesluit.⁶⁴

Sommige skrywers, onder andere Chaskalson, is gekant teen 'n waarborgsklausule in gevolge waarvan bestaande eiendomsregte konstitusionele beskerming sal geniet. Volgens Chaskalson sal dit konstitusionele sekuriteit aan eienaars bied en sodoende in die weg van 'n regverdigte verdeling van rykdom staan.⁶⁵

Regte "op" of "ten aansien van" eiendom is tradisioneel met eiendomsreg ten aansien van liggaamlike sake geassosieer. Konstitusionele beskerming is die laaste paar jaar uitgebrei om 'n groter veld te dek.

"Regte in eiendom" is 'n term wat veel verder as liggaamlike sake strek. Enige een van die vele regte wat die reg aan 'n eienaar of besitter verleen, kan by dié term ingesluit word. Selfs onliggaamlike sake word deur ons reg as eiendom beskou en is derhalwe by dié begrip inbegrepe. Onliggaamlike sake, soos kontraktuele regte, regseise en klandisiewaarde word as eiendom erken wat op konstitusionele beskerming aanspraak kan maak.⁶⁶ Die frase "regte in eiendom te verkry", kan vertolk word om verwagtinge of vooruitsigte op regte in eiendom in te sluit.⁶⁷

62 Murphy J "Property rights in the new Constitution: an analytical framework for constitutional review" (1993) *THRHR* 628.

63 Du Plessis & Corder (1994) 182.

64 Murphy (1995) *SA Publiekreg* 114.

65 Chaskalson M "The problem with property: thoughts on the constitutional protection of property in the United States and the Commonwealth" (1993) *SAJHR* 389.

66 Chaskalson (1994) *SAJHR* 132.

67 Murphy (1995) *SA Publiekreg* 113.

Belange wat as "new property" erken is sluit die volgende in, naamlik, staatswerk-
verskaffing; 'n bestuurderslisensie; toelating tot 'n staatsuniversiteit; hoërskool-
opleiding; mediese voordele; werkloosheidsvoordele; toegang tot openbare dienste
en "a prisoner's good time credits". Al bogemelde "new property" geniet tans
konstitusionele beskerming in verskeie lande en sal in alle waarskynlikheid ook binne
die trefwydte van Artikel 28 val.⁶⁸

"Regte in eiendom" dui aan dat regte wat beskerm word uitgebrei word om 'n hele
aantal regte, ook dié van okkupeerders en houters, in te sluit. Die term "eiendom" is
wel nie formeel omskryf nie, maar sluit duidelik roerende sowel as onroerende
eiendom in.⁶⁹ 'n Soortgelyke siening word deur Cachalia en ander skrywers
ondersteun.⁷⁰

Die formulering van die eiendomsklousule as "regte in eiendom" stel 'n nog wyer
beskerming van eiendomsregte daar as wat in die Verenigde State van Amerika deur
middel van die "new property"-teorie bereik is.⁷¹

'n Wye interpretasie van die eiendomsklousule verseker dus dat 'n wye verskeidenheid
regte in eiendom beskerming sal geniet.⁷²

Die tendens om 'n steeds groter aantal regte by die konstitusionele waarborg van
regte in eiendom in te sluit, is 'n aanduiding van die kontemporêre vertolking van die
eiendomskonsep. Dis nie meer op "thing-ownership" gebaseer nie, maar wel op die
sosiale en ekonomiese voordele wat die plek van die "thing-ownership" in die moderne

68 Chaskalson (1994) *SAJHR* 133.

69 Basson D *South Africa's interim constitution* (1995) 44.

70 Cachalia et al (1994) 92 en 93.

71 Van der Walt (1994) "Rights and constitutionalism" 493.

72 Van der Walt (1994) *THRHR* 193.

welsynstaat ingeneem het. Daar word dus erkenning verleen aan die proses van "dephysicalisation" van eiendomsreg.⁷³

Individuele regte en belange moet erken en beskerm word, maar dit moet binne die raamwerk van 'n nuwe en sosiaal meer verantwoordelike eiendomsetiek geskied. Ten einde ruimte vir sodanige groei te skep, sal 'n verskeidenheid van regte in eiendom erken en geakkommodeer moet word. Elke reg in eiendom word noodwendig deur verpligtinge en verantwoordelikhede beperk. Dis die noodwendige resultaat van "inwoning" binne 'n sosiale struktuur.⁷⁴

Die eiendomsklousule behoort beskerming van regte in eiendom te verskaf binne 'n teoretiese en konseptuele raamwerk, wat individuele sowel as gemeenskapsbelange sal insluit. Om regte in eiendom as 'n eksklusiewe reg te beskou wat die individu teen die gemeenskap beskerm, is 'n uitgediende beskouing. 'n Meer aanvaarbare en nuwer beskouing is om regte in eiendom as 'n "wide range of rights that derive their very definition and existence from their context" te beskou.⁷⁵

Uit bogemeide bespreking blyk dit duidelik dat saaklike regte, persoonlike regte sowel as immaterieelgoedereregte by die term "regte" inbegrepe is. Roerende, onroerende en onliggaamlike sake blyk by "eiendom" ingesluit te wees.⁷⁶

73 Van der Walt (1993) *SA Publiekreg* 299.

74 Van der Walt (1993) *SA Publiekreg* 316.

75 Van der Walt AJ "Comparative notes on the constitutional protection of property rights" (1993) *Recht en Kritiek* 295.

76 Murphy (1995) *SA Publiekreg* 114.

10 "REGTE IN EIENDOM" MET SPESIFIEKE VERWYSING NA GROND- OF LANDREGTE

Regte in grond verdien spesiale aandag, aangesien grondgebied 'n noodsaaklike en beperkte lewensbron is.⁷⁷

Die benutting van grond kan ernstige sosiale implikasies vir die hele gemeenskap inhou. Dis die rede waarom die idee van eiendomsreg van grond, wat as die mees fundamentele grondreg beskou word, oorboord gegooi moet word. Daar moet ruimte gemaak word vir die ontwikkeling van 'n wye spektrum van grondregte vir verskillende tipes grond en grondgebruike.⁷⁸

Verskeie skrywers onderskryf bogemelde standpunt. Caldwell is van mening dat 'n nuwe konsep, weg van die tradisionele persepsie van individuele grondeiendomsreg, geskep moet word. Eiendomsregte moet met gebruiksregte vervang word wat beter omskryf en gekontroleer kan word.⁷⁹

Regte ten aansien van grond is 'n Westerse gemeenskappe onderskei van regte ten aansien van ander eiendom. Eiendomsregte is weer van gebruiksregte onderskei. Regte ten aansien van grond was nooit in die praktyk absoluut nie en in die teorie was dit selde absoluut.⁸⁰

Die feit dat grond as handelsartikel beskou en gebruik is, het die grootste misbruik daarvan tot gevolg gehad.⁸¹ Grond, in teenstelling met die mens en ander roerende

77 Van der Walt (1993) *Recht en Kritiek* 71.

78 Van der Walt (1994) "Rights and constitutionalism" 489. Sien ook Caldwell (1975) *Environmental Law Review* 419.

79 Caldwell LK "Rights of ownership or right of use? The need for a new conceptual basis for land use policy" (1975) *Environmental Law Review* 409.

80 Caldwell (1975) 410.

81 Caldwell (1975) 414.

sake wat tydelik van aard is, is die permanente bron waarop toekomstige geslagte 'n bestaan sal moet maak.⁸² Soos wat Caldwell dit stel: "Land, as such, would be no more "ownable" than air or water, but the uses of land would be the object of law and of rights, as presently is the case with water."⁸³

Tans heers daar 'n konflik tussen "the provision of the legal tenures and the persistence of the informal tenures".⁸⁴ In breë trekke bestaan daar twee tipes houerskap of besitsisteme. Aan die een kant bestaan die staats-gestruktureerde, wetlike houerskap en aan die ander kant die informele grondbesitsisteme. Eersgenoemde sisteem is in botsing met die beginsels en praktyk van die Afrika grondgebruike. Die staatsbeheerde sisteem kon nie daarin slaag om 'n positiewe bydra te lewer ten einde produktiwiteit te verhoog nie.⁸⁵ Staatsinstellings skryf grondgebruik en houerskap voor, terwyl informele grondbesit en gebruike uitdrukking gee aan ander prioriteite. Die plattelandse gemeenskap behoort in voeling met hul oogmerke en prioriteite gebring te word.⁸⁶

Ingevolge informele houerskap het die verkoop en verhuring van grond wel voorgekom, selfs in afgesonderde dele. Privaat grond is dus besit sonder dat aan wetlike vereistes of verwagtinge voldoen is. In gevalle waar geen registrasie plaasgevind het nie, geniet die sosiaal-erkende "eienaars" weinig of geen sekuriteit as houers.⁸⁷

In die meeste gevalle het swartes houers of besitters van grond geword vanweë familiebande, sonder registrasie van eiendomsreg.⁸⁸ Die inheemse grondreg is

82 Caldwell (1975) 416.

83 Caldwell (1975) 419.

84 Cross (1992) *SAJHR* 307.

85 Cross (1992) *SAJHR* 309.

86 Cross (1992) *SAJHR* 310.

87 Cross (1992) *SAJHR* 313.

88 Cross (1992) *SAJHR* 315.

volgens navorsing gebaseer op 'n stel beginsels wat 'n balans handhaaf tussen die verskaffing van grond aan die haweloses en die handhawing van bestaande grondbesit, asook die beperking op toegang en oordrag van grond. Dié grondetiek erken die regte van die eerste settelaar, maar erken ook dat die gemeenskap 'n verpligting teenoor die armes het.⁸⁹

Die vernaamste rede waarom die plattelandse gemeenskappe nie van die moderne vorme van grondregte gebruik maak nie, is uit vrees. 'n Verdere rede is die feit dat plattelandse mense nie in die posisie is en oor die vermoë beskik om na dorpe te verhuis nie.⁹⁰ Alternatiewe houer- of besitsisteme is noodsaaklik om te verseker dat hulle hul bestaande grondregte behou.⁹¹ Daar bestaan tans 'n "honger" na grond onder die plattelandse swartbevolking. Dit is belangrik dat die goedkoopste en eenvoudigste sisteem geïmplimenteer word, wat aan die minimum vereistes sal kan voldoen. Privaat eiendomsreg is 'n vorm van besit waarvoor noodwendig voorsiening gemaak sal moet word. Daar moet nie slegs na bestaande informele sisteme van houters gekyk word nie, maar ook na historiese sisteme wat deur sindikate van swart grondkopers gebruik is om hulle grond toe te wys, soos die sisteem van onverdeelde aandele.⁹²

Soos John Bruce by geleentheid opgemerk het: "This approach, "renovating" indigenous tenure, reflects the viewpoint that indigenous tenure systems are not inherently incompatible with agricultural modernization and that their defects can most effectively be handled by a certain amount of creative tinkering and fine-tuning, rather than more dramatic reforms ..."⁹³

89 Cross (1992) *SAJHR* 315.

90 Cross (1992) *SAJHR* 320.

91 Cross (1992) *SAJHR* 325.

92 Cross (1992) *SAJHR* 330 en 331.

93 Cross (1992) *SAJHR* 327 en 328.

Sachs bepleit verdeelde, regsbeskermdde belange tussen swart en wit ten aansien van dieselfde stuk grond.⁹⁴ 'n Verdere voorstel is dat daar nie soseer 'n herverdeling van grond en ander produksiemiddele moet plaasvind nie, maar eerder 'n verlening van regte in grond en produksiemiddele. Van der Merwe stel voor dat daar in die rigting van 'n samesmelting van die inheemse reg en gemeenregtelike grondreg beweeg moet word.⁹⁵

Daar moet besef word dat grond 'n openbare bron is en dat beperkings ten aansien van grondregte in openbare belang te wagte kan wees.⁹⁶ Die uitgediende eiendomsparadigma het die konsep van 'n verskeidenheid van grondregte aan bande gelê.⁹⁷ 'n Verskeidenheid van regte in grond word vereis vanweë die verskeidenheid persone en hul onderskeie behoeftes.⁹⁸

Die tradisionele beskouing van eiendomsreg sal ruimte vir 'n meer realistiese benadering met betrekking tot ander regte ten aansien van grond moet maak. Die blote feit dat sodanige regte nie volwaardige regte in eiendom daarstel nie, beteken geensins dat dit negatief benader behoort te word nie. In teendeel, 'n wyer spektrum van regte sal ontwikkel moet word, terwyl ruimte vir individuele grondeiendomsreg ook gelaat sal moet word.⁹⁹

Die koloniale grondregte-model het in Afrika misluk, nie vanweë die idee dat private eiendomsreg in wese verkeerd is nie, maar omdat eiendomsreg as absoluut beskou

94 Sachs *A Protecting human rights in a new South Africa* (1990) 116.

95 Van der Merwe D "Land tenure in South Africa: changing the face of property law" (1990) *Stellenbosch LR* 335.

96 Van der Walt (1992) *SAJHR* 438.

97 Van der Walt (1992) *SAJHR* 447.

98 Van der Walt (1992) *SAJHR* 449.

99 Van der Walt (1992) *SAJHR* 434.

is en sonder inagneming van gepaardgaande verpligtinge, uitgeoefen is.¹⁰⁰ Ingevolge die tradisionele siening is private eiendomsreg beskou as die reg om andere uit te sluit van dit wat in eiendom gehou is. Die nuwe eiendomsteorie, naamlik die reg om nie uitgesluit te word van die algemene welvaart van die gemeenskap nie, word in toenemende mate belangrik. In dié verband kan die inheemse reg nuttige voorbeelde van instellings bied wat aangepas kan word om aan moderne behoeftes te voldoen.¹⁰¹

Die hoofogmerk met 'n verdeling van regte in grond behoort te wees om aan die grootste hoeveelheid mense die grootste moontlike geleentheid te bied om toegang tot grond te verkry.¹⁰² Grond is die lewensaar van die samelewing. Daarsonder is mense sonder huisvesting. Die beskerming van grondregte moet daarop gerig wees om ook aan houers sekuriteit te verskaf.¹⁰³

'n Eiendomsklousule wat voorsiening maak vir 'n breë terminologie en wat nie slegs regte in eiendom nie, maar all grondregte insluit en beskerming daaraan verleen, blyk die beste opsie te wees.¹⁰⁴ "Regte in eiendom", met sy wye strekking, sal aan dié vereistes kan voldoen.

Weens die groot sosiale rol wat grond in die gemeenskap speel, behoort grondregte op 'n ander voet as regte in roerende sake, gestel en benader te word.¹⁰⁵

Die eiendomsklousule moet gelees word teen die agtergrond van die sosio-politieke doelwitte, naamlik om aan die een kant 'n waarborg vir bestaande eiendomsregte te

100 Van der Walt (1991) 30 en 31.

101 Van der Walt (1992) *SAJHR* 449.

102 Van der Walt (1992) *SAJHR* 449.

103 Van der Walt (1992) *SAJHR* 449.

104 Van der Walt (1992) *SAJHR* 450.

105 Van der Walt (1992) *SAJHR* 446.

verskaf, en om aan die ander kant 'n betekenisvolle poging aan te wend om sommige van die ongelukkighede van die verlede uit die weg te ruim en grondregte te herverdeel.¹⁰⁶

In die apartheids-era het twee tipes grondregte gegeld, naamlik 'n "blanke" en 'n "swart" grondreg. Blankes kon volwaardige grondeienaars word, terwyl swartes en anderskleuriges die reg ontsê is as gevolg van die afdwinging van apartheids-wetgewing.¹⁰⁷

Indien elkeen die reg het op regte in eiendom en indien dié konsep wyd vertolk word, soos wat die skrywers Gray en Lewis voorstaan, sal daar geen ruimte vir konserwatiewe jurisprudence bestaan nie.¹⁰⁸

'n Totaal nuwe dimensie is aan die eiendomsregkonsep gegee deur die konstitusionele waarborg van 'n verskeidenheid van regte in eiendom vir alle persone binne die nasionale grondgebied. 'n Nuwe era het met die afkondiging van die Grondwet aangebreek. Die korrekte vertolking en toepassing sal verseker dat aan die Grondwet se doelwitte gevolg gegee sal word.

11 'N KONSTITUSIONELE REG OP HUISVESTING?

Plakkery was en is 'n kenmerk van die Suid-Afrikaanse leefwyse. In baie gevalle het plakkers grond vir geslagte lank geokkupeer en in gepaste gevalle kan daar sprake wees van 'n beperking van die eienaar se regte ten aansien van sy grond waar die okkupeerders kan bewys dat hulle ongestoorde besit vir 'n lang aaneenlopende

106 Van der Walt (1994) *THRHR* 186. Sien ook Murphy (1995) *SA Publikereg* 112.

107 Sachs (1990) 107.

108 Lewis (1992) *SAJHR* 430.

tydperk gehad het. Huurpag en "wettige plakkery" is soortgelyke vorms van grondokkupasie.¹⁰⁹

Huisvesting word as 'n basiese reg beskou waarop elke mens geregtig is.¹¹⁰ Verskeie lande se grondwette erken 'n reg op behuising of huisvesting. Dis egter moeilik om die reg op huisvesting as 'n persoonlike, oftewel vorderingsreg, te beskou wat in 'n hof afdwingbaar is.¹¹¹

Artikel 11 van die "International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights" van 1966 bepaal dat alle partye tot die verdrag erkenning sal verleen aan die reg wat elke persoon ten aansien van kos, klere en huisvesting besit.¹¹²

Volgens Budlender behoort bogemelde bepaling in 'n grondwet sodat die regering onder 'n konstitusionele verpligting geplaas word om 'n klimaat en omgewing te skep waarbinne alle mense van die land hulself kan uitleef. Baie mense is in staat om vir hulself huisvesting te verskaf indien hulle oor grond en basiese dienste beskik. Dit is dus meer gepas om van 'n "right to shelter and a home", as van 'n reg op huisvesting te praat.¹¹³

109 Van der Merwe D "Land tenure in South Africa: a brief history and some reform proposals" (1989) *TSAR* 668.

110 Van der Walt (1991) 26.

111 Budlender G "Towards a right to housing" in Van der Walt AJ (red) *Land reform and the future of landownership in South Africa* (1991) 46.

112 Budlender (1991) 49.

113 Budlender (1991) 50.

In die Verenigde Koninkryk plaas die "Housing Act" 'n aantal pligte op die plaaslike owerheid om huisvesting aan haweloses wat in sekere kategorieë val, te verskaf.¹¹⁴ Sodanige statutêre plig is nie ingevolge die grondwet op die staat geplaas nie.¹¹⁵

Enige oorweging van 'n reg op huisvesting moet met 'n afweging van regte en belange gepaard gaan. Die regte en belange van grondeienaars sal teenoor dié van huislose mense opgeweeg moet word. Grondgebied kan soos hierbo gemeld is, nie geskep of uitgebrei word nie. Dis 'n natuurlike bron waartoe almal toegang benodig ten einde oor huisvesting te beskik. Sonder toegang tot alle sosiale bronne kan burgers nie ten volle aan 'n demokratiese gemeenskap deelneem nie.¹¹⁶

Ingevolge Artikel 26(1) van Wet 200 van 1993 het elke persoon die reg om aan die ekonomiese verkeer deel te neem en om op enige plek in die nasionale grondgebied 'n lewensbestaan te voer. Sonder toegang tot grondgebied kan daar van huisvesting geen sprake wees nie, en kan geen lewensbestaan wat konstitusioneel gewaarborg word, gevoer word nie.

In die Duitse sowel as die Nederlandse reg word aan 'n "right to shelter" geen erkenning verleen nie, vanweë die hoë aansien wat die eiendomskonsep nog steeds daar geniet. Die regte van eienaars weeg altyd swaarder op teen dié van huisloses.¹¹⁷

Onlangse Suid-Afrikaanse regspraak toon wel 'n simpatieke benadering teenoor woninglose plakkers, maar dit opsigself is nie genoegsaam om die woningnood aan te spreek nie.

114 Budlender (1991) 51.

115 Van der Walt AJ "Squatting and the right to shelter" (1992) *TSAR* 52.

116 Van der Walt (1992) *TSAR* 52.

117 Van der Walt (1992) *TSAR* 52.

'n Gunstige grondwetlike en statutêre omgewing word vereis vir die instelling van 'n reg op huisvesting, asook 'n aanpassing in die styl van die regs wetenskap sowel as die regspleging.

Regsbeginsels behoort meer funksioneel en minder abstrak toegepas te word. Sodoende kan aan die behoeftes van die gemeenskap voldoen word.¹¹⁸

12 'N REGSVERGELYKENDE OORSIG

Gesien in die lig van die bepaling van Artikel 35 van die Grondwet, sal enige bespreking van die eiendomsklousule onvolledig wees indien daar geen verwysing na regsvergelykende bronne gemaak word nie.

Verskeie internasionale menseregte verdrae en konvensies verleen erkenning aan basiese menseregte. Die "Universal Declaration of Human Rights" maak voorsiening daarvoor dat elke persoon die reg het om eiendom te besit, sowel alleen as in assosiasie met andere. Dié bepaling stel 'n reg daar om nie uitgesluit te word uit die "class of property owners" nie. Dit waarborg egter geensins dat iemand noodwendig 'n eienaar sal word nie.¹¹⁹ 'n Bykans soortgelyke waarborg van eiendomsreg word in die "International Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination" aangetref.¹²⁰

Die Europese Konvensie oor menseregte waarborg aan elke persoon die "peaceful enjoyment of their possessions". 'n Interpretasie word aan die term "possessions" in die moderne internasionale reg verleen. Dit sluit onliggaamlike sake in, asook die "new property"-konsepte.¹²¹

118 Van der Walt (1992) *TSAR* 55.

119 Lewis (1992) *SAJHR* 410.

120 Van der Walt (1993) *Recht en Kritiek* 265 en 266.

121 Murphy (1993) *THRHR* 635. Sien ook Murphy (1995) *SA Publiekreg* 115.

In die saak van *Wiggins v United Kingdom* het die Europese Hof van Menseregte beslis dat "possessions" sowel roerende as onroerende sake insluit.¹²² Die Amerikaanse "Declaration of the Rights and Duties of Man", asook die Amerikaanse "Convention on Human Rights" verleen erkenning en beskerming aan eiendomsreg. Inbreukmaking op die gewaarborgde regte mag slegs geskied "for reasons of public utility or social interest".¹²³

Die Vyfde Amendement tot die Amerikaanse Constitution maak voorsiening daarvoor dat "no person shall be deprived of life, liberty or property, without due process of law". Dié klousule staan as die "due process clause" bekend. Voorts bepaal die klousule dat "nor shall private property be taken for public use without just compensation". Laasgenoemde klousule staan as die "takings"-klousule bekend, wat 'n waarborg aan eienaars teen ongeregverdigde staatsinmenging, met betrekking tot privaat eiendom, verskaf.¹²⁴

Eiendom word in dié negatiewe eiendomsklousule indirek gewaarborg.¹²⁵ Die "thing-ownership" is vervang deur 'n aantal sosiale en ekonomiese voordele wat tot gevolg gehad het dat 'n wyer vertolking aan die eiendomsklousule verleen is om ook die nuwe vorms van eiendom in te sluit.¹²⁶

Na aanleiding van Reich se publikasie, *The new property*, het die Supreme Court van die Verenigde State van Amerika die betekenis van "property" uitgebrei om 'n wyer aantal belange teen die staat te beskerm. Die sogenaamde "new property" wat ten aansien van die "due process clause" konstitusionele beskerming geniet, sluit onder

122 7456/76 DR 13 - in Cachalia (1994) 92.

123 Van der Walt (1993) *Recht en Kritiek* 266.

124 Van der Walt (1993) *Recht en Kritiek* 267; Chaskalson (1993) *SAJHR* 395 en Lewis (1992) *SAJHR* 410.

125 Van der Walt (1993) *SA Publiekreg* 298.

126 Van der Walt (1993) *Recht en Kritiek* 268.

andere, in: mediese voordele; toegang tot openbare dienste en werkloosheidsvoordele.

Die klassiek-liberale siening van eiendom behels die eksklusiewe regte van besit, gebruik en beskikking. "Besit" het ingevolge dié konsep tot inhoud die absolute reg om uit te sluit. "Gebruik" beteken enige wyse van gebruik of misbruik, solank dit nie 'n steurnis veroorsaak nie. "Beskikking" beteken dat 'n eienaar die reg het om eiendom aan andere oor te dra, dus 'n vervreemdingsbevoegdheid. Die grootste voorstander van dié klassiek-liberale eiendomskonsep is Epstein.¹²⁷ Volgens Richard Epstein is alle wetgewing wat daarop gemik is om enige van bogemelde regte te beperk, *prima facie* 'n "taking". Die konsep of idee van eiendom sluit nie die reg in om ander persone te benadeel, hul eiendom te beskadig of hulle van hul eiendom te ontnem nie. Dit sluit wel die reg in om jouself en jou eiendom teen indringers te beskerm.¹²⁸

Die Amerikaanse Supreme Court, anders as Epstein, "has not fully constitutionalized the classic liberal conception of property".¹²⁹ In die saak *Kaiser Aetna v United States*¹³⁰ is beslis dat daar sekere verwagtinge in die eiendomskonsep beliggaam is wat, indien dit belangrik genoeg geag word, nie deur die regering ingeperk kan word sonder skadeloosstelling en vergoeding nie. Die verwagtinge waarna die hof verwys is gebaseer op die reg om uit te sluit, wat as 'n fundamentele element van eiendomsreg beskou word.¹³¹

127 Radin MJ "The liberal conception of property: cross currents in the jurisprudence of takings" (1988) *Columbia Law Review* 1668.

128 Radin (1988) *CLR* 1669.

129 Radin (1988) *CLR* 1671.

130 444 U.S. 164 (1979) in Radin (1988) *CLR* 1671.

131 Radin (1988) *CLR* 1671.

In die saak *Loretto v Teleprompter Manhattan CATV Corp.*¹³² is die liberale trits, naamlik besit, gebruik en beskikking herhaal, maar die klem is op uitsluiting geplaas. Die hof het beslis dat die "power to exclude has traditionally been considered one of the most treasured strands in an owner's bundle of property rights".¹³³

Permanente fisiese okkupasie van eiendom stel dus *per se* 'n "taking" daar, aangesien dit in effek alle regte "in the liberal bundle" vernietig, aldus die *Loretto*-beslissing. In die *Loretto*-saak was die fisies okkupasie bloot 'n tipe serwituut eerder as 'n totale ontneming. Soos Radin dit stel "Loretto not only revives the old rule; it expands its scope".¹³⁴

In *Hodel v Irving*¹³⁵ is beslis dat 'n ander deel van die "liberal bundle of rights", naamlik beskikking by afsterwing, nie herroep kan word nie. Sodanige reg is analoog aan die reg om andere uit te sluit, soos alreeds deur die hof in die *Kaiser Aetna*¹³⁶-saak beslis is.

Die hof het in die *First English Evangelical Lutheran Church v County of Los Angeles*¹³⁷ beslis dat "temporary takings" geensins van permanente "takings" verskil nie. "Temporary takings" besit dus dieselfde konstitusionele status as permanente "takings".¹³⁸

132 458 U.S. 419, 435-36 (1982) in Radin (1988) *CLR* 1671.

133 *Ibid* op 435 in Radin (1988) *CLR* 1671.

134 Radin (1988) *CLR* 1672.

135 107 S. Ct. 2076 (1987) in Radin (1988) *CLR* 1673.

136 444 U.S. 164 (1979) in Radin (1988) *CLR* 1671.

137 107 S. Ct. 2378 (1987).

138 Radin (1988) *CLR* 1675.

In *Nollan v California Coastal Commission*¹³⁹ is beslis dat publieke toegang oor 'n grondeienaar se perseel nie 'n blote beperking van die eienaar se regte tot gevolg het nie, maar as 'n "taking" beskou kan word.

In teenstelling met die siening wat in laasgenoemde saak gehuldig is, het die Supreme Court tradisioneel die betekenis van "eiendom" verstaan as "the owner's parcel as a whole".¹⁴⁰ Dié standpunt is in *Penn Central Trans Co v New York City*¹⁴¹ gehuldig.

As gekyk word na die Supreme Court se onlangse beslissings is 'n stap in die rigting van konseptuele skeiding duidelik te bespeur.¹⁴² Die reg om uit te sluit word beskou as deel van die eiendoms-konsep "so fundamental that its loss must always give rise to compensation".¹⁴³

Die skrywer LS Underkuffler poog om die konflik tussen die beskerming van private eiendom en dié van die openbare belang op te los deur eiendom nie as individuele vryheid, wat teen staatsinmenging beskerm moet word, te definieer nie, maar eerder as die bemiddelende krag tussen die individu en die staat.¹⁴⁴

Statutêre beperkings op private regte in eiendom moet dus nie as tydelik of uitsonderlik beskou word nie, maar as 'n inherente en onvermydelige openbare aspek van 'n private reg. Dié private reg kan nie bestaan sonder die openbare of sosiale

139 107 S. Ct. 3141 (1987) in Radin (1988) *CLR* 1676. Sien ook Chaskalson (1993) *SAJHR* 402.

140 Radin (1988) *CLR* 1677.

141 438 U.S. 104 (1978) in Radin (1988) *CLR* 1672.

142 Radin (1988) *CLR* 1678.

143 Radin (1988) *CLR* 1684.

144 Van der Walt (1993) *Recht en Kritiek* 269.

element wat as grondslag vir die regverdiging van onteiening en die uitoefening van polisie-optrede, dien nie.¹⁴⁵

Dié konserwatiewe interpretasie van die Amerikaanse eiendomsklousule geen aanleiding daartoe dat enige inbreukmaking op privaat eiendom as 'n "taking" beskou word. Dit is hierdie siening wat lei tot vrees dat die eiendomsklousule soos die Amerikaanse voorbeeld, gebruik sal kan word om pogings te stuit "or delay efforts to promote social welfare and justice in the form of programmes aimed at socio-economic restructuring and affirmative action".¹⁴⁶

'n Verdere siening van die klassiek-liberale denkrigting is dat eiendom 'n vervangbare en verhandelbare item is wat 'n objektiewe markwaarde besit. Binne dié konsep bestaan daar geen ruimte vir sake wat as eiendom beskou word, maar nie verhandelbaar is nie. Eiendom word as handelsartikels beskou.¹⁴⁷ Daar word egter deur Radin 'n onderskeid tussen persoonlike en vervangbare regte getref.¹⁴⁸ Verder huldig Radin die standpunt dat die reg op uitsluiting verskil, afhangende van die feit of eiendom persoonlik of vervangbaar is.¹⁴⁹ Onteiening veronderstel dat die eiendom, selfs grond, vervangbaar is aangesien dit 'n markwaarde besit en derhalwe verhandelbaar is.¹⁵⁰

In die Duitse reg word 'n ander benadering as in die Amerikaanse reg aangetref. Artikel 14 van die Duitse Grondwet stel dit onomwonde dat eiendomsregte wat deur die Grondwet gewaarborg word, beperk is.¹⁵¹

145 Van der Walt (1993) *Recht en Kritiek* 269.

146 Van der Walt (1993) *Recht en Kritiek* 270.

147 Radin (1988) *CLR* 1685.

148 Radin (1988) *CLR* 1695.

149 Radin (1988) *CLR* 1667.

150 Radin (1988) *CLR* 1686.

151 Van der Walt (1993) *SA Publiekreg* 300.

"Eiendomsreg" word deur die Duitse reg gewaarborg wat in teenstelling met die Amerikaanse "eiendom" en die Suid-Afrikaanse "regte in eiendom" is. 'n Breë uitleg is deur die Duitse konstitusionele hof aan Artikel 14 verleen, wat liggaamlike sowel as onliggaamlike sake insluit.¹⁵²

Die Duitse eiendomsklousule bevat 'n positiewe of direkte programmatiese element¹⁵³ soortgelyk aan dié in die Suid-Afrikaanse reg. Die Duitse eiendomsklousule is gebaseer op die veronderstelling dat eiendomsreg inherent beperk is. Eiendomsreg word as 'n kompromie tussen die kapitalisties-ekonomiese teorie en die sosiaal-demokratiese teorie beskou.¹⁵⁴ Die Duitse konstitusionele hof het effek aan die waarborg van private eiendomsreg gegee deur 'n balans tussen die belange van die eienaar en dié van die gemeenskap te vind.¹⁵⁵

Artikel 16 van die Namibiese Grondwet maak voorsiening dat alle persone die reg het om eiendom ten aansien van roerende en onroerende sake te verkry, te besit en daarvoor te beskik, as individu of saam met andere.¹⁵⁶

13 GEVOLGTREKKING

Tradisioneel is eiendomsreg as absoluut en onbeperk beskou. Alle beperkings is gesien as uitsonderings van 'n tydelike aard. Dié siening het uitgedien en onprakties geword en moes in die moderne staat plek inruim vir die "new property"-konsep, wat 'n breër spektrum regte insluit. 'n Sogenaamde "dephysicalisation" van eiendom het plaasgevind.

152 Van der Walt (1993) *Recht en Kritiek* 271.

153 Van der Walt (1994) *THRHR* 185.

154 Van der Walt (1993) *SA Publiekreg* 301. Sien ook Van der Walt (1994) *THRHR* 186.

155 Van der Walt (1993) *SA Publiekreg* 302.

156 Cachalia (1994) 93. Sien ook Van der Walt (1994) "Rights and constitutionalism" 475.

Suiwer Romeins-Hollandse regsbeginsels is nie in die apartheidsera toegepas nie. Die gemenerereg met sy soepel struktuur sal in die toekoms egter nuttig aangewend kan word. Só ook die inheemse reg waaruit, veral met betrekking tot gebruiksregte in grond, met vrug geput sal kan word. 'n Verskeidenheid van regte in grond sal erken moet word om aan die oogmerke van die grondwet te voldoen. 'n Nuwe eiendoms-konsep het navore getree, naamlik 'n verdeling van regte in eiendom, veral regte in grond, asook 'n erkenning van die reg om nie uitgesluit te word nie.

"Regte" verwys na saaklike, persoonlike en immaterieelgoedereregte, terwyl "eiendom" na roerende, onroerende, liggaamlike en onliggaamlike sake verwys. Die Suid-Afrikaanse term "regte in eiendom" strek verder en het dus 'n wyer toepassingsgebied as die Amerikaanse "property" en die Duitse eiendomsreg. Regte word egter nie sonder beperkings gewaarborg nie, soos blyk uit Artikel 33 se bepalings.

Artikel 28(1) se wye uitleg het ten doel om aan alle inwoners binne die nasionale grondgebied regte in eiendom te waarborg, sodat hulle 'n lewensbestaan kan voer, derhalwe sonder uitsluiting van noodsaaklike lewensmiddele soos grondgebied en behuising. Alle lede van die gemeenskap word op gelyke voet geplaas.

Daar word nog steeds erkenning aan privaat regte in eiendom verleen, maar die klem val op 'n erkenning en toepassing van die idee van 'n verdeling van regte, veral regte in grond.

Die afkondiging van die Grondwet het 'n vrugbare teelaarde geskep vir die toepassing en ontwikkeling van die gemenerereg asook die inheemse reg. Buitelandse regsbronne, veral Amerikaanse bronne, sal na verwagting 'n invloed uitoefen wanneer die howe die Grondwet toepas.

Nog belangriker as die formulering van Artikel 28(1) sal die interpretasie en toepassing daarvan deur die howe wees. Die korrekte vertolking en toepassing van Artikel 28, sowel as die Grondwet in geheel, sal verseker dat aan die verwagtinge voldoen sal word, wat met die afkondiging van die Grondwet in die vooruitsig gestel is, naamlik 'n

demokratiese samelewing, vryheid en gelykheid, insluitende gelyke regte in eiendom vir alle inwoners van die Republiek.

BIBLIOGRAFIE

- Basson D** *South Africa's interim Constitution* (1995) Juta & Co
- Budlender G** "Towards a right to housing" in Van der Walt AJ (red) *The future of common law landownership* (1991) Juta & Co 45-52
- Bennett TW & Roos JW** "The 1991 Land Reform Acts and the future of African customary law" (1992) *SALJ* 447-471
- Cachalia et al** *Fundamental rights in die new Constitution* (1994) Juta & Co
- Caldwell LK** "Right of ownership or rights of use? The need for a new conceptual basis for land use policy" (1975) *Environmental Law Review* 409-425
- Chaskalson M** "The problem with property: thoughts on the constitutional protection of property in the United States and the Commonwealth" (1993) *SAJHR* 388-411
- Chaskalson M** "The property clause: section 28 of the Constitution" (1994) *SAJHR* 131-139
- Cross C** "An alternative legality: The property rights question in relation to South African land reform" (1992) *SAJHR* 305-331

- Dlamini CRM** "Landownership and customary law reform" in Van der Walt AJ (red) *The future of common law landownership* (1991) Juta 37-44
- Du Plessis L & Corder H** *Understanding South Africa's transitional bill of rights* (1994) Juta & Co
- Lewis C** "The right to private property in a new political dispensation in South Africa" (1992) *SAJHR* 389-430
- Murphy J** "Property rights in the new Constitution: an analytical framework for constitutional review" (1993) *THRHR* 623-644
- Murphy J** "Property rights and judicial restraint: a reply to Chaskalson" (1994) *SAJHR* 385-398
- Murphy J** "Interpreting the property clause in the Constitution Act of 1993" (1995) *SA Publiekreg* 107-130.
- Radin MJ** "The liberal conception of property: cross currents in the jurisprudence of takings" (1988) *Columbia Law Review* 1667-1696
- Sachs A** *Protecting human rights in a new South Africa* (1990) Oxford University Press 104-138
- Van der Merwe D** "Land tenure in South Africa: a brief history and some reform proposals" (1989) *TSAR* 663-692

- Van der Merwe D** "Land tenure in South Africa: changing the face of property law" (1990) *Stellenbosch Law Review* 321-335
- Van der Walt AJ** "Comparative notes on the constitutional protection of property rights" (1995) *Recht en Kritiek* 263-297
- Van der Walt AJ** "Notes on the interpretation of the property clause in the new Constitution" (1994) *THRHR* 181-203
- Van der Walt AJ** "Ownership and personal freedom: subjectivism in Bernhard Windscheid's theory of ownership" (1993) *THRHR* 569-587
- Van der Walt AJ** "Property rights, land rights and environmental rights" in Van Wyk et al (eds) *Rights and constitutionalism. The new South African legal order* (1994) 458-493
- Van der Walt AJ** "Squatting and the right to shelter" (1992) *TSAR* 40-55
- Van der Walt AJ** "The fragmentation of land rights" (1992) *SAJHR* 431-450
- Van der Walt AJ** "The future of common law landownership" in Van der Walt AJ (red) *Land reform and the future of landownership in South Africa* (1991) Juta & Co
- Van der Walt AJ** "The impact of a bill of rights on property law" (1993) *SA Publiekreg* 296-319

Van der Walt AJ

"Land reform in South Africa since 1990: an overview" (1995) *SA Publiekreg* 1-30

Van Maanen GE

"Ownership as a constitutional right in South Africa" (1993) *Recht en Kritiek* 298-319

REGISTER VAN WETGEWING

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993

INDEKS

Apartheids-

era 11, 23, 33

wetgewing 8

Beperking(s) 2, 6, 7, 20, 21, 23, 30, 32-33

Besit 4, 10, 11, 14, 19, 20, 23, 24, 26, 28, 29, 31, 32

Beskik(king) 1, 2, 9, 10, 13, 14, 20, 24, 25, 28-29, 32

"Dephysicalisation" 17, 32

Duitse

grondwet 31

reg 13, 31, 32

Eiendom 1-7, 9, 12-18, 21-23, 26-34

Eiendoms-

klousule 1, 2, 5, 6, 16, 17, 22, 26, 27, 31, 32

konsep 4, 7, 16, 25, 28, 30, 33

reg 1, 2, 4, 5, 8, 9, 11, 13-15, 17-22, 26-28, 32, 33

teorie 22

Gebruiksregte 10, 18, 33

Gemenereg 1, 7-9, 12, 33

Grond 1, 4, 8-11, 13, 15, 18-24, 31, 33

-eienaar(s) 23, 25, 30

-gebied 18, 23, 25, 33

-gebruik 10, 19

Grondwet 1, 4-7, 23-26, 31-33, 38

Houerskap 10, 11, 19

Huisvesting 22-26

Inheemse reg 1, 7-12, 21, 22, 33

Interpretasie 5, 12, 16, 26, 31, 33

Konstitusionele beskerming 2, 13-16, 27

Menseregte 6, 26, 27

Namibiese grondwet 32

Nederlandse reg 25

"New property" 3, 4, 15, 16, 26, 27, 32

Onliggaamlike sake 3, 9, 12, 14, 15, 17, 26, 32, 33

Onroerende sake 27, 32

Paradigma 3-5

Persoonlike reg 10

Plakkery 23, 24

Privaat eiendom 4, 27, 31

"Regte in eiendom" 1, 2, 12, 13, 15, 16, 18, 22, 32, 33

Roerende sake 19, 22

Saaklike reg 2

"Taking" 28-31

"Thing ownership" 4

Tradisioneel 2, 14, 15, 30, 32

Uitleg 7, 12, 32, 33

Verdeling van regte 22, 33

Verenigde State van Amerika 16, 27

Verkry 1, 2, 10, 15, 22, 32

Vertolking 1, 5, 16, 23, 27, 33

Waarborg(e) 1, 6, 7, 12, 13, 14, 16, 22, 23, 26, 27, 32, 33