

**DIE STAAT AS DRAER VAN PUBLIEKE SUBJEKTIEWE
REGTE – GEDAGTES OOR DIE MINDERHEIDSBENADERING
IN DIE DUITSE REG**

1 Agtergrond

Die leerstuk aangaande subjektiewe regte as model ter ordening van die privaat-reg is welbekend in die Suid-Afrikaanse regsleer. In wese behels dit dat regs-subjek A 'n subjektiewe regs aanspraak op 'n regsobjek, O het uit hoofde waarvan O A toekom, A oor bepaalde bevoegdhede ten aansien van O beskik, maar ook uit hoofde waarvan A met alle derdes in 'n verhouding staan om sy subjektiewe regs aanspraak op O te respekteer en waarvolgens hulle van A kan vorder om nie tot hulle nadeel met O om te gaan nie. In geval van vorderings-regte is O tipies 'n *dare, facere* of *non facere*. Inherent inbegryp in die leerstuk is die onderskeid tussen regssubjekte en regsobjekte. Regssubjekte is hulle wat regsbevoegdheid het – die kompetensie om as regsobjek in die regsverkeer te figureer. Regsobjekte daarenteen is entiteite anders as regssubjekte wat oor ekonomiese waarde beskik.

In die Duitse reg word tans steeds aanvaar dat die leerstuk ook in die publiek-reg toepassing vind (ofskoon soos hieronder aangetoon word, dit blyk dat die meerderheid Duitse regsgeleerdes ontken dat die Staat draer van subjektiewe regte in sy verhouding met die individu is). In die Suid-Afrikaanse reg daarteenoor kan hoogstens gesê word dat enkele outeurs (in mindere of meerdere mate in navolging van die Duitse reg) vir die toepassing daarvan gepleit het. (Vgl oa Venter *Die publiekregtelike verhouding* (1985) 130 ev; Van Wyk *Persoonlike status in die Suid-Afrikaanse publiekreg* (LLD-proefskrif UNISA 1979) 43 ev; Rautenbach *(Die reg op bewegingsvryheid* (LLD-proefskrif UNISA 1974) 10 ev.) Daar kan sonder vrees vir teenspraak aanvaar word dat die poging effektief tot stilstand gekom het. Dit is te betreur aangesien die leerstuk inderdaad 'n raamwerk daarstel aan die hand waarvan die publiekregtelike verhouding, dit is die verhouding tussen die Staat as regsobjek beklee met owerheidsgesag en (potensieel) daarvan gebruikmakend in die verhouding enersyds, en die natuurlike of regspersoon andersyds verklaar en ontleed kan word. (Ter wille van gerief word hierin met *individu* volstaan.)

Inleidend moet verder opgemerk word dat daar hewige weerstand teen erkenning van subjektiewe regte as verklaringsmodel van die publiekregtelike verhouding bestaan. Die betoog hierin is egter dat die model by uitnemendheid geskik is om 'n beskrywing van die verhouding te verfyn. Ter illustrasie kan byvoorbeeld na die grondwetlik verskansde reg om te staak verwys word. Ofskoon dit *prima facie* blyk dat die geskil een tussen werknemer en werkgewer is, kan myns insiens nie ontken word nie dat die Staat ook 'n subjektiewe reg daarby het wanneer dit blyk dat die goeie orde of die land se ekonomie (*qua* regsobjekte) onder die arbeidsaksie ly. Indien publieke subjektiewe regte as verklaringsmodel gebruik sou word, sou daar duidelikheid aan die hand van bekende en aanvaarde regsterminologie aan sowel die posisie van die Staat as die arbeider as regs-subjekte met vorderingsregte op bepaalde regsobjekte binne die verhouding gebied kon word. Daar word gevolglik betoog dat die model se aanwendingsmoontlikhede verdere oorweging verdien.

Die fokus van hierdie bydrae val nie op die erkenning van publieke subjektiewe regte nie. Die behoefte daaraan is reeds ten oorvloede toe deur onder andere bogemelde skrywers aangetoon. Daar word eerder op die verskynsel gekonsentreer dat die heersende siening in die Duitse regsliteratuur ontken dat die Staat draer van subjektiewe regte in die publiekregtelike verhouding is. Die bespreking neem gevolglik primêr die Duitse regsteorie onder die loep.

2 Toepassing van leerstuk van publieke subjektiewe regte

In die Duitse reg word publieke subjektiewe regte as die regs aanspraak van die *onderdaan* teenoor die Staat gesien uit hoofde waarvan hy op grond van 'n regsvoorskrif van die Staat bepaalde negatiewe of positiewe prestasie kan vorder. Onderstaande definisie wat ter wille van volledigheid aangehaal word, word sonder enige teenspraak aanvaar.

“[S]ubjektives öffentliches Recht ist diejenige *rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat*, in der er auf Grund eines Rechtsgeschäftes oder eines zwingenden, zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann oder ihm gegenüber etwas tun darf” (Bühler *Die subjektiv-öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung* (1914) 224; eie kursivering).

Uit bogemelde definisie blyk dit dat

- slegs die onderdaan (*Untertan*) in die publiekregtelike verhouding met die Staat subjektiewe regs aanspraak het – die Staat beskik nie oor regsobjekte, byvoorbeeld prestasie deur die individu as objek van die Staat se subjektiewe reg nie; en
- die objek van die regs aanspraak van die onderdaan op bepaalde negatiewe (*Unterlassen*) of positiewe (*Tun*) optrede van die Staat slaan.

Die vraag wat uit die definisie ontstaan is wat die status van die Staat dan wel is indien slegs die individu met subjektiefregtelike aansprake *vis-à-vis* die Staat bekleed word. Kan hy bloot as pligsubjek aangemerkt word? Daar is inderdaad stemme wat ten gunste daarvan opgaan dat die Staat oor subjektiewe regte in die publiekregtelike verhouding beskik. In hierdie bydrae word op laasgemelde argument gefokus. Ter wille van volledigheid word ook genoem dat die leerstuk ten nouste met die sogenaamde statusleer saamhang aangesien die subjektiefregtelike aansprake bepaalde statusaspekte ten gunste van die individu aktiveer. Daar word geen verdere aandag hieraan gegee nie. (Sien hieroor egter volledig o.a. Rupp *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre* (1991) 153 ev.)

Teenoor die posisie in die Duitse reg blyk dit dat onder die Suid-Afrikaanse skrywers wat hulle met die problematiek bemoei weinig twyfel daaroor bestaan dat die Staat wel draer van subjektiewe regte in die publiekregtelike verhouding is. Die konstruksie van publieke subjektiewe regte wat Venter aandien is sprekende bewys hiervan; dit is een waar Staat en “burger” met verwysing na bepaalde regsobjekte met mekaar in verhouding staan (Venter hfst 6).

3 Staat as draer van subjektiewe regte in publiekregtelike verhouding? – Siening van minderheid in Duitse regsteorie

Bogemelde definisie van publieke subjektiewe regte en die gepaardgaande implikasies daarvan is dermate in die Duitse reg ingeburger dat daar tans weinig debat daaroor gevoer word. By nadere beskouing blyk dit egter dat die ontkenning van subjektiewe regte vir die Staat geensins ongekwalifiseerd aanvaar word nie. Daar is inderdaad 'n minderheid juriste wat in dié mate wat die

leerstuk nog gedebatteer word steeds ten gunste van erkenning van publieke subjektiewe regte vir die Staat argumenteer.

In wese word daar twee redes daarvoor aangevoer dat die Staat nie draer van subjektiewe regte in die publiekregtelike verhouding kan wees nie. Die eerste is heel eenvoudig, naamlik dat publieke subjektiewe regte niks anders is nie as fundamentele regte wat grondwetlik teen staatlike inbreukmaking beskerm word. As sodanig hang die leerstuk met die sogenaamde *Schutznormlehre* saam aangesien staatlike verpligtinge jeens die individu met individuele regte teenoor die Staat in verband staan. Die subjektiewe regte-leerstuk bied die dogmatiese verklaring vir die publiekregtelike verhouding en beklemtoon die beskerming wat aan die individu gebied word – die feit dat die objektiewe reg subjektief-regtelike aansprake ten gunste van die individu jeens die Staat erken en beskerm bring met een mee dat die Staat die verpligting opgelê word om hom óf van inbreukmakende optrede jeens die subjektiewe regte van die individu te weerhou óf om uitvoering daaraan te gee. Die volgende voorvereistes word deur die *Schutznormlehre* gestel alvorens sodanige subjektiewe regte ten gunste van die individu erken word:

- objektief gesproke moet daar 'n begunstiging van die individu wees;
- sodanige begunstiging moet deur wetgewing (objektiewe reg) daargestel wees; en
- gemelde wetgewing verleen die kompetensie om die bepalings daarvan af te dwing (Epping *Grundrechte* (2012) 62).

Hiervolgens kan dit dus nie anders nie as dat slegs die individu met subjektiewe regte in die publiekregtelike verhouding beklee word.

Tweedens word die argument voorgehou dat juis die gesag waarmee die Staat beklee is dit regtens buite 'n verhouding gekenmerk deur wedersydse subjektiewe regte stel. (Sien bv Schapp *Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung* (1977) 144 ev; Rupp 147–148 se uiteensetting. Hierdie benadering word reeds in 1924 in die geskrifte van Otto Mayers aangetref.) Dit het 'n hele geslag Duitse regsgeleerdes beïnvloed en is in beduidende mate daarvoor verantwoordelik dat die debat rondom erkenning van die Staat as draer van subjektiewe regte in die verhouding effektief nie verder gevoer is nie. Daar word hieronder verdere aandag aan hierdie aspek bestee.

4 Historiese agtergrond tot huidige stand van sake

Nieteenstaande bogemelde klaarblyklik finale ontkenning van subjektiewe regte vir die Staat in die publiekregtelike verhouding word daar geargumenteer dat die huidige stand van sake nóg volkome in pas met die historiese ontwikkeling van die leerstuk is, nóg dat daar enige ontkenning van subjektiewe regte vir die Staat in die objektiewe reg te vinde is.

Vanuit historiese perspektief kan daar na werke van erkende outeurs aangaande die publiekregtelike verhouding verwys word waarin subjektiewe regte vir die Staat inderdaad erken word. Jellinek wy byvoorbeeld uitvoerig aandag aan die leerstuk en sien subjektiewe regte as 'n ordeningsmeganisme wat die verhouding tussen Staat en individu bepaal (*System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1905) 193 ev). Bühler in 6 doen aan die hand dat bepaalde bevoegdhede (*Machtsbefugnisse*) waaroor die Staat teenoor die individu beskik as subjektiewe regte aangemerkt behoort te word. Von Gerber identifiseer in 1852 inderdaad subjektiewe regte vir die koning en sy beamptes. Sodanige regte het die reg van

die koning op gehoorsaamheid aan sy bevel, om wette te verorden (*erteilen*) en sy reg om oor die staatsterritorium te heers, ingesluit (*Über öffentliche Rechte* (afdruk in Tübingen) (1852) 42 ev). Giese *Die Verfassung des Deutschen Reiches* (1905) 241 ev het dit oor 'n staatsregtelike regsverhouding gehad waar die individu in 'n verhouding met die Staat staan welke verhouding deur wedersydse regte en verpligtinge van Staat en individu gekenmerk word. Verdere voorbeelde van subjektiewe regte wat die Staat in hierdie periode toegesê is is die aanspraak op belasting (die sogenaamde *Steueranspruch*) en die bevoegdheid om te straf (*Strafanspruch*). Bauer "Subjektive öffentliche Rechte des Staates" 1986 *Deutsche Verwaltungsblatt* 208 210 kom tot die gevolgtrekking dat in hierdie periode die publiekreg nog ten volle deur 'n vervlegting van subjektiewe regte gekenmerk word – "[i]n ihnen [standpunte oor die publiekregtelike verhouding] ist noch das Bewußtsein dafür erhalten, daß die ganze Struktur des öffentlichen Rechts an allen Punkten von dem Geflechte subjektiver Rechte durchzogen ist".

'n Vanselfsprekende uitvloeiing van hierdie benadering is dat die publiekregtelike verhouding as 'n regsverhouding gesien is wat deur wedersydse regte en verpligtinge van die Staat en die individu gekenmerk word. Die benadering het uiteraard tot voordeel dat dit 'n regsteoretiese basis bied waarop die verhouding geskoei en uitgebou kan word; subjektiewe regte en subjektiewe verpligtinge vir Staat en individu is logiese ontwikkelinge wat in die verhouding ingebou en ontwikkel moet word (Richter "Das subjektive öffentliche Recht" 1925 *Archiv öffentliches Recht* 1 ev).

Latere regsontwikkeling uit hoofde waarvan die Staat regtens as draer van owerheidsgesag in direkte konfrontasie met sy onderdane gesien is en op sterkte waarvan 'n definitiewe onderskeid tussen die publiek- en die privaatrek getref is het 'n wesenlike invloed op beskouinge oor die publiekregtelike verhouding gehad. Dit het toenemend tot beskouings bygedra ingevolge waarvan subjektiewe regte die Staat ontsê is. Dit is veral ontwikkelinge in die administratiefreg wat hiertoe bygedra het aangesien die leerstuk nou eerder 'n regstegniese betekenis aangeneem het. Die individu word nou regtens in staat gestel om subjektiefregtelike aansprake op negatiewe of positiewe staatsoptrede voortvloeiend uit die administratiefregtelike verhouding te vestig. In dié verband is die bydrae van Otto Meyers van belang. Hy argumenteer in wese dat sekere aansprake deur die Staat jeens die individu (byvoorbeeld die individu se verpligting om belasting te betaal) inderdaad op subjektiewe regte vir die Staat kan dui. Die aard van die owerheidsgesag van die Staat bring egter mee dat die leerstuk aangaande subjektiewe regte nie in die publiekregtelike domein toegepas kan word nie. Die rede daarvoor is te vinde in die feit dat die aard van die gesag van die Staat wesenlik niks anders is nie as uitvloeisels van 'n "oerreg" op gehoorsaamheid. Daarteenoor is 'n subjektiewe reg fundamenteel iets anders – dit is 'n kompetensiesfeer wat deur die objektiewe reg 'n persoon/entiteit toegesê word wat gestalte gee aan wat die persoon/entiteit van nature is en kan. Waar die Staat eenvoudig dus steeds oor die kompetensies voortvloeiend uit die "oerreg" beskik knoop daar geen regswerking aan die siening dat sodanige regte inderdaad subjektiewe regte is nie (Schapp 155 ev). Meyers kom derhalwe tot die gevolgtrekking dat subjektiewe regte per definisie op "iets" dui wat beperk is. In die geval van die Staat skemer die onderliggende onbeperkte (*dahinterstehende Unbegrenzte*) egter altyd deur en dit verander niks daaraan dat die individu hom op een of ander vorm van 'n reg kan beroep nie. Meer volledig sit Meyers dit soos volg uiteen:

“[V]on Rechten des Staates ist ungemein viel die Rede. Die Lehrbücher wimmeln davon. Das ist die Art, wie sie die Machtfülle dieses Rechtssubjektes zum Ausdruck bringen wollen. Allein ein richtiges Verständnis *der rechtlichen Allmacht des Staates* wird in ihr eher ein Hindernis sehen für solche Aufzählung in Scheidemünze. Das subjektive Recht ist immer etwas begrenztes; beim Staat aber schlägt das *dahinterstehende Unbegrenzte* immer durch. Das wird nicht anders dadurch, daß man seiner Einzelercheinung den Namen eines Rechtes beilegt” (*Deutsches Verwaltungsrecht* (1924) Band I 104) (eie kursivering).

Soos hierbo vermeld was hierdie uiteensetting van Mayers instrumenteel om die debat rondom erkenning van subjektiewe regte vir die Staat negatief jeens erkenning daarvan te stem. Die *rechtliche Allmacht* van die Staat (“oerreg” op gehoorsaamheid) en die feit dat dit as ’n *unbegrenzte* entiteit voorgehou word, het enige verdere ontwikkeling van die debat aangaande erkenning van subjektiewe regte vir die Staat in die kiem gesmoor. Onder regte en verpligtinge word alleen maar regte en verpligtinge van die individu teenoor die Staat verstaan en goed ontwikkelde leerstellings en verklarings rondom die konstruksie van subjektiewe regte ook vir die Staat het daarmee verlore gegaan.

Vanuit regsteoretiese perspektief het hierdie ontwikkeling tot ’n verarming in denke oor die publiekregtelike verhouding gelei aangesien die alles-oorheersende gesag van die Staat en nie ’n behoorlik gedefinieerde regsverhouding nie, voortaan die grondslag daarvan sou bepaal. Bauer verduidelik byvoorbeeld dat die aanvaarding van die verhouding as ’n gesagsverhouding tot ’n spesifieke begrip van die leerstuk gelei het aangesien van die vertrekpunt uitgegaan is dat die wil van die Staat die (gesamentlike) wil van enige individue oorheers; die individu is gevolglik wesenlik in elke opsig aan die wil van die Staat onderworpe en is eintlik bloot die draer van pligte. Dit is ondenkbaar dat die individu regtens oorspronklik oor enige regte jeens die Staat kan beskik – die Staat is primêr en die reg sekondêr. Die Staat bepaal die regsorde en duld geen ander oorsprong as regsbron ter fundering van regte vir staatsonderdane nie. Publieke subjektiewe regte was dus slegs denkbaar wanneer, en in soverre hulle deur die staat “geduld”, “verleen” of “erken” sou word. Gevolglik word daar van publieke subjektiewe regte van *onderdane* gepraat. Bauer beskryf die posisie soos volg:

“[D]ieses allgemeine Gewaltverhältnis führte zu einem spezifischen Verständnis des subjektiven öffentlichen Rechts. Da der Wille des als Persönlichkeit gedachten Staates dem Willen sämtlicher Individuen gegenüber als herrschend dastand, waren die Individuen grundsätzlich dem Willen des Staates in jeder Beziehung durchaus unterworfen und lediglich Subjekte von Pflichten; irgendwelche Rechte lassen sich aus ihrer Eigenschaft als Glieder des Staatsverbandes in keinerlei Weise ableiten; subjektive Rechte, die den Untertanen aus eigener Machtvollkommenheit dem Staate gegenüber zuständen, sind deshalb undenkbar, *weil der Staat das Primäre, das Recht das Sekundäre ist, folglich der Staat über der Rechtsordnung steht und keine andere, etwas aus der Mitte der Staatsangehörigen hervorgehende Rechtsquelle neben sich dulde. Subjektive öffentliche Rechte waren demnach nur dann denkbar, wenn und soweit sie vom Staat “gewährt”, “verliehen”, “anerkannt” usw wurden, ganz treffend sprach man den auch häufig von den subjektiven öffentlichen Rechten der Untertanen*” (211; eie kursivering).

Dit is opvallend dat die status van die draers van subjektiewe regte as dié van onderdane tipeer word. En dit kom as geen verrassing nie dat Bühler en so ook vele skrywers na hom hierdie betiteling aanwend om die draer van subjektiewe regte te identifiseer. In wese is dit tans steeds die posisie, behalwe dat die term “onderdaan” soms met meer politieke korrekte begrippe soos *Bürger* of *Zivilperson* vervang word (Wolff en Bachof *Verwaltungsrecht* (1974) 299). Wat egter

onveranderd bly voortbestaan is die ontkenning van subjektiewe regte vir die Staat en die sogenaamde *Schutznormlehre* wat inherent aan die ontkenning van subjektiewe regte vir die Staat is.

Na die inwerkingtrede van die Grondwet (*Bundesverfassung*) vind daar 'n koersaanpassing plaas en die fokus skuif nou na die fundamentele regte van die individu. Dit dra verder daartoe by dat die leerstuk van subjektiewe regte uitsluitlik na regspraak van die individu jeens die Staat verwys – vanuit grondwetlike perspektief word fundamentele regte nou as verskyningsvorm van publieke subjektiewe regte gesien en voorts word die begrip soms binne die administratiefregtelike verhouding aangewend om regte en aansprake binne die verhouding te tipeer. Bauer 213 wys egter daarop dat dat publieke subjektiewe regte en fundamentele regte nie noodwendig identies is nie aangesien dit op verskillende verskynsels (*Themen*) betrekking het. Daarmee saam het die leerstuk aangaande publieke subjektiewe regte toenemend in die administratiefregtelike verhouding beslag gekry. 'n Verdere verarming met betrekking tot subjektiewe regte vind hierdeur plaas aangesien dit in wese uit die domein van die Grondwet ontnem word.

Indien daar erns daarmee gemaak sou word om die Staat subjektiewe regte in die publiekregtelike verhouding toe te sê sou daar opnuut oor die grondliggende vertrekpunte van die leerstuk besin moet word. Dit spreek vanself dat 'n uitgangspunt dat slegs die individu op sodanige regte aanspraak het heel spoedig die dood van so 'n poging tot gevolg sal hê. Andersyds daarteenoor kan gebruik van geykte terminologie wat met die leerstuk verband hou soos kompetensies, bevoegdhede, aansprake en subjektiewe regte wel geredelik tot 'n algemeen aanvaarbare siening lei dat die Staat wel draer van subjektiewe regte is. Dit is daarom opmerklik dat daar tans toenemend stemme vir erkenning van subjektiewe regte vir die Staat opgaan. Sou in hierdie weg opgegaan word sou daar byvoorbeeld met sekerheid gesê kon word dat die aanspraak van die Staat op belasting (soos voorheen) steeds regsteoreties die elemente van 'n subjektiewe regspraak vertoon. Maar ander regte wat eweneens onder hierdie rubriek tuisgebring sal kan word sou byvoorbeeld die aanspraak van die Staat op teruggawe van bepaalde prestasie deur die individu, skadevergoedingsaansprake ten gunste van die Staat wat uit administratiefregtelike verhoudings deur die individu aan hom verskuldig is en aansprake van die Staat as werkgever (*Dienstherrn*) teen beamptes insluit. Verder bestaan daar verskeie voorbeelde van staatlike aansprake in die administratiefregtelike prosesreg en selfs ook die polisiereg wat wesenlik binne die beskrywing van subjektiewe regte sou val. Bauer 215 kom gevolglik, heeltemal tereg word aan die hand gedoen, tot die gevolgtrekking dat daar in die tansgeldende situasie talle “regte”, “bevoegdhede” en “aansprake” is wat inderwaarheid niks anders is nie as staatlike subjektiewe regte. Hy druk dit soos volg uit: “[z]ahlreiche ‘Rechte’, ‘Berechtigungen’, ‘Befugnisse’, ‘Ansprüche’ usw., mithin subjektive Rechte des Staates gibt. Entgegen der heute vorherrschenden Übung lassen sich die subjektiven öffentlichen Rechte des Staates also nicht wegdiskutieren” (eie kursivering).

Aanvullend tot bogemelde anekdotiese identifisering van individuele subjektiewe regte vir die Staat word ook daarop gewys dat bepaalde regsverhoudings tipies van subjektiewe regte vir die Staat getuig. Geykte verhoudinge waarna in hierdie verband verwys word sluit onder andere die administratiefregtelike verhouding, die regsverhouding van staatsamptenare en

individue (*Beamtenrechtsverhältnis*) en die sogenaamde polisie-regsverhouding in. Daar kan weinig twyfel daaroor bestaan dat hierdie verhoudings deur wedersydse regte en verpligtinge vir Staat en individu gekenmerk word. As die regte wat uit hierdie verhoudings vloei nie subjektiewe regte vir die Staat meebring nie, vra Bauer watter soort regte dit dan vir die Staat sou wees.

Soos hierbo aangedui is die benadering tans dat die owerheidsgesag waarmee die Staat beklee is die publiekregtelike verhouding onderlê. Hieruit volg noodwendig dat die verlening van subjektiewe regte alleen maar op die voordeel van die individu gerig is. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie uiteensetting nie *sito sito* aanvaar kan word nie daar dit slegs bepaalde dimensies van die publiekregtelike verhouding vergestalt en voorts 'n rigiede onderskeid tussen die publiek en die privaatreg voorop stel. By besinning oor die vraag na die Staat as draer van subjektiewe regte in die verhouding moet daar gevolglik nuut oor die verhouding gedink word. Uiteraard is die waardebepalings in 'n handves van regte van deurslaggewende belang.

Met die inwerkingtrede van 'n handves van regte waarvan die waardigheid van die individu die primêre waardebepalende norm is, (soos dit in Duitsland en Suid-Afrika die geval is) is dit regtens nie houdbaar dat die publiekregtelike verhouding deur die owerheidsgesag van die Staat tipeer word nie (sien bv Schapp 151). Die erkenning van fundamentele (mense-) regte wat uit die menslike vryheid en persoonlikheid voortspruit is tipies onskendbaar. Hierdie waardes is nie skeppings van owerheidsweë nie, maar kom die individu as selfstandige en sedelik verantwoordelike draer van regte en verpligtinge toe. Vanuit hierdie perspektief is dit onhoudbaar om die publiekregtelike verhouding slegs met verwysing na owerheidsgesag te tipeer (en die individu grondliggend onderworpe aan die gesag of mag van die Staat te stel of om hom as onderdaan aan te merk behalwe in die uitsonderingsgevalle waar hy oor subjektiewe regte beskik). Schapp dui aan dat in die plek van 'n magsverhouding 'n regsverhouding na vore tree. Hierdie verhouding word deur menswaardigheid en individuele vryheid begrond. Bauer (aw 216) verduidelik die posisie soos volg:

“[A]n die Stelle des allgemeinen Gewaltverhältnisses tritt in einem durch Menschenwürde und individuelle Freiheit konstituierten Gemeinwesen das allgemeine Rechtsverhältnis daß die Mitglieder des rechtlich Verfaßten Gemeinwesens miteinander verbindet, den einzelnen in die Rechtsgemeinschaft einbindet und die Bürger mit ihrem Staat verknüpft.”

Hierdie teoretiese uiteensetting rondom die veranderde regsposisie onderstreep die uitgangspunt dat die publiekregtelike verhouding nie deur die gesag van die Staat nie, maar as een gekenmerk deur regsbetrekkinge tussen Staat en individu tipeer behoort te word. Kenmerke van hierdie regsverhouding is wedersydse (subjektiewe) regte wat noodwendigerwys met pligte en beperkinge van die ander subjek in die verhouding in verband staan. Aanvaarding van hierdie vertrekpunt bring meteen mee dat die Staat as regsubjek betrokke in 'n regsverhouding met die individu gesien word. Die subjektiewe regte-konstruksie sou dus tipies nie slegs as verklaringsmodel in enkele, geïsoleerde gevalle dien nie, maar sou inderdaad ook wedersydse regte en verpligtinge in die verhouding identifiseer. Waar die posisie tans is dat publieke subjektiewe regte moontlik as aansprake in geïsoleerde gevalle gesien word, sal erkenning van die Staat as subjek in die verhouding die leerstuk as 'n integrerende model ter verklaring van die verhouding tussen Staat en individu vestig. Dit spreek vanself dat opnuut oor die sogenaamde *Schutznormtheorie* besin sal moet word indien in hierdie weg opgegaan sou word.

5 Relevansie van regsposisie in Duitsland vir Suid-Afrikaanse reg

Soos hierbo verduidelik het besinning oor die toepassing van die leerstuk van subjektiewe regte in die publiekregtelike verhouding in Suid-Afrika 'n stille dood gesterf. Trouens, die onderstaande uitsetting van Van der Vyver in 1985 word tans steeds sonder veel nadenke aanvaar:

“[D]ie onderskeid kan eenvoudigheidshalwe só gestel word dat die staatsowerheid as gesagsliggaam in die publiekreg optree, terwyl die privaatreë die onderlinge verhoudings tussen persone *qua* regssubjekte reël. Die publiekreg reël dus hoofsaaklik die verhouding tussen die staatsowerheid as *gesagsliggaam* en die staats-onderdane . . . In die privaatreë tree regssubjek op teenoor regssubjek, sonder dat daardie regssubjekte daarop aanspraak maak dat hulle as draers van staatlke gesag optree” (Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die regs wetenskap* (1982) 343.

In 'n latere hoofstuk word hierdie siening bevestig en word te kenne gegee dat die Staat subjek in die publiekreg is (440).

Bogemelde uiteensetting strook met die benadering in die Duitse reg soos hierbo uiteengesit en handhaaf duidelik dieselfde streng onderskeid wat tussen die publiek- en privaatreë in daardie regstelsel getref word. Gevolglik kom dit as geen verrassing nie dat die Staat enersyds nie as draer van subjektiewe regte in die publiekregtelike verhouding beskou word nie (ten spyte daarvan dat hy wel as subjek in die publiekreg aangemerkt word) en voorts dat dit juis die element van owerheidsgesag is wat die rede vir die ontkenning daarvan is dat die Staat draer van subjektiewe regte is. Die noodwendige gevolg van hierdie uiteensetting is dat die individu steeds as onderdaan in die verhouding gesien word. Daar word aanvaar dat hierdie benadering moontlik voor die huidige grondwetlike bedeling 'n mate van oorreding kon gehad het maar dit behoort sterk in die huidige bedeling bevraagteken te word; dit is eenvoudig uit pas met die onderliggende vertrekpunte aan die grondwetlike bestel wat “[d]ie regte van alle mense in ons land” verskans en die “[d]emokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid” bevestig (a 7 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996) om 'n regssubjek as draer van grondwetlik verskansde regte as staats-onderdaan te tipeer. Die publiekregtelike verhouding is inderdaad 'n regsverhouding tussen regssubjekte en geen gesagsverhouding nie soos die omskrywing klaarblyklik te kenne gee.

Dit blyk dat die vraag wat homself na aanleiding van die uiteensetting voordoen eintlik daarop gerig is om te bepaal of die kompartemente onderskeid wat tussen die privaatreë en die publiekreg getref word om daarvolgens te bepaal of die Staat as draer van subjektiewe regte in die publiekregtelike verhouding kan optree tans nog houdbaar is. Daar word aan die hand gedoen dat bepaalde kernbegrippe onder die loep geneem word ten einde daaroor te besin. Die eerste konsep wat homself voordoen is “regssubjektiwiteit” waarvan 'n eenvoudige omskrywing lui dat dit die “eienskap van subjek-te-wees in die regsverkeer” (is). Dit behels dus onder andere die kompetensie om subjektiewe regte te verwerf en na verwerwing draer daarvan te wees. Hiervolgens kan met reg gevra word hoe 'n verduideliking van wie 'n regssubjek (as draer van subjektiewe regte) is kan verskil afhangend of in die privaatreë of publiekreg gewerk word – met ander woorde, hoe 'n entiteit 'n subjek in die privaatreëtelike, maar nie in die publiekregtelike verhouding nie, kan wees; of ietwat anders gestel, hoe die kompetensie soos hierbo uiteengesit kan wissel afhangend of die privaatreë of publiekregtelike verhouding beskryf word. Regssubjektiwiteit is immers, anders as status, 'n ongekwalifiseerde gegewe; 'n entiteit is 'n regssubjek of 'n regsobjek en dit maak

eenvoudig geen sin om te sê dat die Staat subjek in die publiekreg en, waar toepaslik, in privaatregtelike verhoudings is nie, maar nie in die publiekregtelike verhouding nie.

Dit is derhalwe moeilik om te verstaan wat Van Zyl en Van der Vyver te kenne gee met hulle verduideliking dat wanneer dit oor publiekregtelike optrede en funksies van die Staat handel, staatsgesag as bykomstige element tot die integrale deel van die Staat en staatsowerheid se regs persoonlikheid ter sprake kom. Dit sou trouens 'n geldige vraag wees om te vra wat die Staat se status dan sou wees indien dit nie 'n regs subjek in die publiekregtelike verhouding is nie – hoe kan die Staat as subjek in die publiekreg aangemerkt word, maar nie in die publiekregtelike verhouding nie? Daar word algemeen in die publiekreg aanvaar dat die Staat wel 'n regs subjek is, maar by vergestaltung van die vertrekpunt word ontken dat hy die kompetensie het om draer van subjektiewe regte in die publiekregtelike verhouding te wees.

Deelname aan die regsverkeer word deur 'n regs subjek se kompetensies bepaal terwyl sy of haar status deur die omvang van sodanige kompetensies bepaal word. Hierdie begrippe het in 'n Suid-Afrikaanse konteks histories binne die privaatrek beslag gekry. Die begrip “kompetensies” word tipies aangewend om die juridiese vermoë om as regs subjek in die regsverkeer op te tree aan te dui. Die tradisionele uiteensetting van die aard van kompetensies as regs-, handelings- en verskyningsbevoegdheid behoef geen omvattende verdere toeligting nie. Daar kan met Van der Vyver se uiteensetting volstaan word dat regsbevoegdheid die kompetensie behels om onder andere ander kompetensies en subjektiewe regte te verwerf en na verwerwing draer daarvan te wees. Handelingsbevoegdheid handel oor die juridiese vermoë om regshandelinge (handelinge waaraan die reg dieselfde gevolg verbind as wat die handelende party daarmee gewil het) aan te gaan.

- Op die keper beskou kan dit gevolglik kwalik anders as om owerheidsgesag as die handelingsbevoegdheid van die Staat aan te merk. 'n Uiteensetting van owerheidsgesag as synde die som van 'n Staat se kompetensies uit hoofde waarvan hy, handelende deur sy organe, voorskriftelik teenoor ander regs-subjekte kan optree word algemeen aanvaar. Die mate waarin dit uitgeoefen mag word kan beperk word en word onder andere deur grondwetlike voorskrifte, wetgewing en internasionale konvensies bepaal. Owerheidsgesag is dus geen onbegrensde begrip nie, maar kan op soortgelyke wyse as die konsep in privaatregtelike sin regtens beperk word. Hierdeur word bevestig dat die publiekregtelike verhouding ongeag die element van voorskriftelikheid, 'n regsverhouding is waarbinne sowel die Staat as die individu met subjektiewe regte bekleed is.
- Daar kan op soortgelyke wyse aangaande regsbevoegdheid geargumenteer word. Soos owerheidsgesag as die handelingsbevoegdheid van die Staat beskou kan word, word aan die hand gedoen dat Staatsoewereiniteit in wese niks anders is nie as staatlike regsbevoegdheid waaruit die Staat se kompetensie vloei om draer van regs subjektiwiteit te wees en om aan die regsverkeer deel te neem.

In die Duitse reg word owerheidsgesag as *Macht*, *Kompetenz*, *Rechtsmacht*, *Befugnis* of *rechtliches Können* aangedui. Onderliggend aan al hierdie begrippe is deelname (wel op bepaalde wyse) aan die regsverkeer. Die uiteensetting van Alexy, 'n moderne Duitse kommentator, dat dit oor die juridiese vermoë handel

om regtens verandering teweeg te bring word gangbaar as korrek aanvaar (*Theorie der Grundrechte* (1985) 211). In wese blyk dit dat Van der Vyver se uiteensetting van handelingsbevoegdheid as kompetensie (in die privaatrek) met dié van Alexy (in die publiekrek) ooreenstem – albei uiteensettings handel oor die juridiese vermoë om as regs subjek in die regsverkeer deur die verrigting van regshandeling op te tree. Teen hierdie agtergrond kan tot die gevolgtrekking geraak word dat juis die kompetensiebegrip as oorbrugging tussen die privaatrek en publiekrek dien en dat die rigiede onderskeid daartussen wat ontkenning van subjektiewe regte vir die Staat in die publiekregtelike verhouding tot gevolg het, uit pas met moderne ontwikkeling is. Daar word aan die hand gedoen dat die uitoefening van owerheids gesag nie werklik afdoende rede bied om te ontken dat die Staat as regs subjek in die publiekregtelike verhouding optree nie; die uitoefening van owerheids gesag is niks anders nie as deelname as subjek aan die regsverkeer.

Erkenning van die Staat as draer van subjektiewe regte in die publiekregtelike verhouding en dat hy op eiesoortige wyse draer van kompetensies en subjektiewe regte is, kan voordelig vir die verklaring van die verhouding wees. Terwyl dit gestalte aan 'n benadering gee dat die verhouding inderdaad 'n regsverhouding is kan identifisering van (subjektiewe) regte en verpligtinge vir die Staat tot groter regsekerheid lei. Die konsep van subjektiewe regte word algemeen in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar en toegepas en dien tipies as ordeningsformule om die belange van regs subjekte te harmonieer. Daar word aan die hand gedoen dat publieke subjektiewe regte dieselfde ordeningsfunksie in die publiekrek kan vervul as wat die leerstuk privaatrek doen. Die regsverkeer bestaan uit verhoudinge – die regsorde moet hierdie gegewe weerspieël en behoort nie toe te laat dat óf die individu óf die Staat “[m]it seinen Ansprüchen nach allen Richtungen” of bloot as ongeïdentifiseerde onderdeel van die regsorde gesien word nie. Die erkenning van die leerstuk van subjektiewe regte om die verhouding tussen Staat en individu te reël sou volgens Henke beteken dat nóg die soewereine individu in 'n outonome sfeer van grondwetlik verskansde regte, nóg die soewereine Staat as draer van ongebreidelde owerheids gesag alleen bepalend in die verhouding staan. Intendeel sal die verhouding regtens bestemd wees. Hy druk dit soos volg uit:

“[n]icht das souveräne Individuum mit seinem durch die Grundrechte abgesteckten Autonomiekreis, und nicht der souveräne Staat als “Herrschaftsordnung” oder die Gesellschaft als “Funktionssystem”, sondern das Verhältnis zwischen dem Staat – den Ämtern und Behörden und in ihnen tätigen Personen – einerseits und dem Bürger andererseits aller Rechtssystematik im Verwaltungsrecht zugrunde gelegt wird, und zwar als durch die Gesetze bestimmtes Rechtsverhältnis” (Henke ‘Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts’ 1980 *Die Öffentliche Verwaltung* 623).

6 Slot

Daar word aan die hand gedoen dat dit tyd geword het dat opnuut oor die toepassing van subjektiewe regte as ordeningsmeganisme in die publiekregtelike verhouding gedink word. Daar moet egter teen 'n rigiede handhawing van 'n streng onderskeid tussen die privaatrek en publiekrek gewaak word sodat sowel Staatlike as individuele (subjektiewe) regte in die verhouding erken word. Dit maak eenvoudig nie sin om die regte van die individu in die publiekregtelike verhouding as subjektiewe regte aan te merk, maar nie dié van die Staat nie – die plig van die individu in die verhouding word (ietwat minder tegnies) as 'n reg

van die Staat aangemerkt, maar dit is nie 'n subjektiewe reg nie (ten spyte daarvan dat dit die wesenskenmerke van 'n subjektiewe reg vertoon). Dit grens eenvoudig aan die absurde.

Dit blyk dat die ontkenning van subjektiewe regte vir die Staat in die verhouding in die siening rondom die aard van owerheidsgesag geleë is. Daar word egter aan die hand gedoen dat die kommentaar dat sodanige siening een-dimensioneel na die verhouding kyk en daarby slegs na bepaalde aspekte daarvan, korrek is. Daar kan myns insiens nie ontken word nie dat die Staat inderdaad as draer van subjektiewe regte in die publiekregtelike verhouding aangemerkt word en wel ook aan die erkenning van subjektiewe regte behoefte het. Dit blyk dat die leerstuk van subjektiewe regte 'n ordeningsfunksie het en dit is jammer dat die publiekregtelike verhouding hierdie voordeel ontbeer as gevolg van die huidige benadering onder Duitse (en Suid-Afrikaanse) regsgeleerdes.

Daar word aan die hand gedoen dat daar nie langer geargumenteer kan word dat die owerheidsgesag waarmee die Staat bekleed is ongebreidelde mag is uit hoofde waarvan dit sonder voorbehoud geregtig is om gehoorsaamheid aan verpligtinge en eise daaruit voortspruitend te vereis nie. Die Staat is aan regsvoorskrifte gebonde en wanneer hy van die individu positiewe of negatiewe optrede vereis, mag dit slegs ingevolge geldende regsvoorskrifte wees. Die onderstaande uiteensetting sit myns insiens die behoefte korrek uiteen:

“Freilich darf man nicht mehr meinen: “Daß die Verwaltung, im Besitze hoheitlicher Gewalt, dem einzelnen Pflichten auferlegen darf, daß sie ‘berechtigt’ ist, die Erfüllung dieser Pflichten zu erzwingen, ist eine selbstverständliche Konsequenz der öffentlichen Gewalt, die einer weiteren Erläuterung nicht bedarf. ... Vielmehr muß man es Ernst nehmen, daß der Staat als der Rechtsordnung unterworfen vorgestellt wird ... was nicht bedeutet, daß die Verwaltung nur aufgrund gesetzlicher “Ermächtigung” überhaupt tätig werden darf, sondern daß sie wie jeder Bürger, nur im Gegensatz zu ihm stets an das öffentliche Interesse gebunden, frei handeln kann, aber wie er immer dann einen rechtlich – gesetzlich oder vertraglich – begründeten Anspruch braucht, wenn sie von einem Bürger ein Tun oder Erlassen rechtlich, d.h. mit Zwangsandrohung verlangt” (Henke 12; eie kursivering).

Uiteraard word nie betwis dat daar grondliggende verskille tussen die privaat- en die publiekreg bestaan nie.

- Anders as in die privaatregtelike verhouding bekleed die owerheid nie die status van 'n *ongebonde/vry entiteit* nie, maar is steeds onderworpe aan die beperkinge en verantwoordelikhede wat met die betrokke amp wat in die verhouding betrokke is gepaard gaan.
- Die totstandkoming van so 'n verhouding in die publiekreg is ook verskillend van dié in die privaatreg. Dit kom naamlik stapsgewys tot verwesenliking.
 - In die eerste plek roep wetgewing (die objektiewe reg) tipies die moontlikheid van wedersydse aansprake van owerheid en individu algemeen en abstrak in die lewe. Die skep van 'n belastingplig, die uitvoering van *polizeilicher Anordnungen*, die sluiting van 'n bedryf en die oordrag van grond enersyds en die betaling van sosiale voorsiening, die teruggawe van onregmatig ontnemde eiendom ensovoorts andersyds, is voorbeelde van situasies wat so per wetgewing gereël word. Die tipiese formaat waarin sodanige aansprake geskep word is statutêre veroorlowings vir die Staat (*Ermächtigung*) en verpligtinge vir die individu. Die wedersydse regte en verpligtinge wat uit hierdie bepalings vloei, stem *mutatis mutandis* ooreen

met regte en verpligtinge in die privaatregtelike subjektiewe regsverhouding.

- Op die tweede vlak is die praktiese vergestaltung van die geskepte subjektiewe reg ter sprake. Hier handel dit naamlik oor die bevoegdheid wat aan die owerheid verleen word om eensydig (*in Form eines Verwaltungsakts*) sy aanspraak teen die individu te bepaal. Inderdaad verskil dit van die wyse van totstandkoming van privaatregtelike verbintenisse aangesien dit selfs eensydig en teen die wil van die individu gedoen kan word. Hierby aansluitend kan dit self 'n hofuitspraak in sy guns met middele afdwing waarvoor administratiefregtelik voorsiening gemaak word. Anders as in die privaatreë waar die afdwinging deur middel van *Bitten, Locken, Drohen und dergleichen* geskied, is daar wel 'n element van voorskriftelikheid in die publiekregtelike verhouding.

JA ROBINSON

Noordwes-Universiteit

**THE OVERLAP BETWEEN THE CONSUMER PROTECTION ACT
68 OF 2008 AND THE NATIONAL CREDIT ACT 34 OF 2005:
A COMPARISON WITH AUSTRALIAN LAW**

1 Introduction

The Consumer Protection Act 68 of 2008 (CPA), was published in the *Government Gazette* on 29 April 2009 (see Schedule 2 to the CPA; and see Stassen July 2009 *De Rebus* 42–44 for a concise overview of the commencement dates of application of the sections of the CPA) and came into full operation on 1 April 2011 (General Notice 917 in *GG* 33851 of 23 September 2010).

The CPA replaced the fragmented and outdated South African body of consumer law contained in several pieces of legislation (the Business Names Act 27 of 1960, the Price Control Act 25 of 1964, the Sale and Service Matters Act 25 of 1964, the Trade Practices Act 76 of 1976 and the Consumer Affairs (Unfair Business Practices) Act 71 of 1988). The CPA serves as a comprehensive source of consumer law and, together with the National Credit Act 34 of 2005 (NCA), forms a South African body of consumer law (see also Woker 2010 *Obiter* 217–231 for a discussion of the reasons why the Department of Trade and Industry deemed it necessary to introduce consumer protection legislation).

Generally, the CPA does not apply to credit agreements falling within the ambit of the National Credit Act (see s 5(2)(d) of the CPA for the exclusion of credit agreements under the NCA from the ambit of the CPA). The aim of this note is to discuss the exclusion of credit agreements under the NCA from the ambit of the CPA and issues related to it, and, secondly, to discuss aspects related to the overlap between the CPA and NCA. Lastly, the Australian position on the overlap between credit and consumer law is discussed briefly, with specific reference to the concepts “linked credit providers” and “non-linked credit providers”.