

REGSVINDING: DIE NEDERLANDSE EN DUITSE ERVARING

W. du Plessis
Departement Romeinse Reg en Regspluralisme
Potchefstroomse Universiteit vir CHO
POTCHEFSTROOM

Abstract

The South African judiciary prefers non-critical interpretation of the law (especially legislation). In the Netherlands and Germany there is an ongoing debate on the role of the judiciary as lawmakers. In South Africa, however, the discussion of new ways of interpretation of legislation has up till now excluded this possibility. In this article a short overview of lawmaking in general is given. Following that, lawmaking in the interpretation of legislation is discussed with reference to the role of equity, the interpretation of general terms and phrases, the filling of gaps in legislation, the modification of strict law, the role of discretionary powers and the testing of legislation. The aim of the article is to add another point of view to the present debate on law reform, of which the interpretation of statutes is, amongs other aspects, a central theme. This is especially relevant considering the role of the South African judiciary subsequent to the introduction of a Bill of Rights.

1. Inleiding

In Suid-Afrika word daar in 'n toenemende mate wetgewing oor 'n verskeidenheid terreine uitgevaardig. Individuele vryheid word nie altyd na behore in die wetgewing beskerm nie. Daar word geleidelik van 'n hoofsaaklik ongekodifiseerde regstelsel wegbeweeg na 'n samelewing "gereguleteerd" by wyse van wetgewing.

Regsvinding kan gedefinieer word as die skep van nuwe regsnorme (vrye regsvinding) of die aanpas van bestaande wetgewende maatreëls (gebonde regsvinding) deur 'n regsprekende amptenaar. In die Suid-Afrikaanse reg kom uitlegreëls wat by die interpretasie van wetgewing aangewend word voor. Dié reëls is onder andere vervat in die Interpretasie Wet 33 van 1957 en is 'n mengsel van Romeins-Hollandse en Engelse reg. As gevolg van die invloed van die Engelse reg is die Suid-Afrikaanse howe huiwerig om vrye regsvinding (vgl. 2.2 hieronder) by die interpretasie van wetgewing toe te pas. Wetgewing in Suid-Afrika word soms oormatig bewoerd ten einde te verhoed dat leemtes (*loopholes*) in die wet voorkom. Daarteenoor word regsreëls in gekodifiseerde regstelsels soos die Duitse en Nederlandse reg meer algemeen bewoerd en kan die regsprekers self die reëls na gelang van die geval interpreteer.

Verskeie stemme gaan op vir òf die daarstel van 'n nuwe òf die aanpassing van bestaande uitlegteorieë en lofwaardige werk is alreeds in hierdie verband verrig. (Vgl. byvoorbeeld Cowen, 1980:374-399; Dugard, 1981a:181-200; 1978:366-373; Du Plessis, 1979:36-85; 1981:211-217; 1986b:29-60; 1986a:257-271; Du Toit, 1977:11-21; Forsyth en Schiller, 1981:218-230; Labuschagne, 1983:422-425; 1989:205-211; Lategan, 1980:107-126; Van den Bergh, 1982; 1981:136-149.) Die vraag hoe wette geïnterpreteer moet word, verkry toenemende belang in die lig vanuit die moontlike aanvaarding van 'n menseregakte (en die daarmeegepaardgaande interpretasie van bestaande wetgewing wat 'n onbillike uitwerking het). Regsvinding as teorie vorm nie tans deel van die uitlegdebat nie, maar die rol van die regbank in 'n nuwe konstitusionele bestel sal noodwendigerwys ter sprake moet kom.

In Duitsland en Nederland is die debat oor regsvinding reeds lank aan die gang. Daar word betoog dat die regters wyer bevoegdhede verleen moet word ten einde vrye regsvinding te kan toepas. Aan die ander kant bestaan die vrees dat die toepassing van vrye regsvinding juis tot regsonsekerheid kan lei. In Duitsland is die teenstand veral gebaseer op die moontlike mag wat dit in die hande van die regters kan plaas - iets wat in grootskaalse regsonsekerheid (soos in die Weimarrepubliek) kan resulteer.

In hierdie artikel word *regsvinding* in die algemeen kortliks bespreek en die voor- en nadele uiteengesit. Daarna word die spesifieke gevalle waar vrye regsvinding ter sprake kom, bespreek - veral met verwysing na die Duitse en Nederlandse posisie. Hierdie artikel beoog nie om 'n nuwe uitlegteorie daar te stel nie maar om regsvinding (en die rol van die regter in dié verband) - met die oog op die daarstelling van nuwe uitlegteorieë - tot die uitlegdebat toe te voeg.

2. Regsvinding in die algemeen

2.1 Verantwoordelikheid van die howe

In 'n veranderende wêreld kan die reg en gevolglik ook die interpretasie van die reg nie staties bly nie. Die reg kan as 'n lewende organisme beskryf word waarvan die voortbestaan afhang van die mate waartoe dit in staat is om by veranderende omstandighede aan te pas (Jaffe, 1969:1; Cappelletti, 1989:19). Drie wesenlike vrae is of regters nuwe reg kan skep, bestaande reg kan wysig indien daar nie vir 'n spesifieke geval voorsiening gemaak word nie, en of wetgewing nietig verklaar kan word indien dit nie aan die eise van geregtigheid en billikheid voldoen nie.

Met die vergroting van staatsmag en burokrasie asook die toenemende regulering van die onderdaan, vergroot die howe se verantwoordelikheid daagliks om reg en geregtig-

heid te laat geskied. Dit lei daartoe dat die regbank voor 'n keuse gestel word: die howe kan aan die een kant bloot die tradisionele negentiende-eeuse rol as vertolker van die bestaande reg bly vervul of tot 'n "derde mag" groei wat die wetgewer en staatsadministrasie reguleer en beheer. In die eerste geval bestaan die gevaar dat vertroue in die regterlike gesag verlore kan gaan omdat die howe nie in staat is om die inwoners van 'n staat te beskerm teen misbruik deur die wetgewer en staatsadministrasie nie. Die tweede opsie is onprakties omdat die hofstruktuur tot 'n groot ongekontroleerde burokrasie kan ontwikkel waar onreg en uitbuiting voorkom (Cappelletti, 1989:20). Aangesien die tradisionele strukture nie meer aan die eise van die tyd voldoen nie, het dit daartoe gelei dat die regterlike gesag in verskillende lande uitgebrei is om wetgewing (bv. in die V.S.A.) en administratiewe handeling van staatsorgane (bv. in Frankryk en Nederland) aan toetsing te onderwerp (Cappelletti, 1989:19).

Die groei in parlementêre gesag het die verdere gevolg dat regters toenemend die ruimte gelaat word om leemtes in wetgewing te vul en onsekerhede en teenspraak daarin uit te skakel (Cappelletti, 1989:3-4). In lande waar 'n menseregte handves aangeref word, word daar meer kreatiwiteit van die regter verwag in die vertolking (en uitbouing) van dié regte (Jaffe, 1969:2; Cappelletti, 1989:3-4).

Dit moet in gedagte gehou word dat die funksie van regters van land tot land en plek tot plek kan verskil afhangende van die omstandighede, kultuur en die struktuur van die samelewing en die regbank (Cappelletti, 1989:39-52; Jaffe, 1969: 10). *Regsvinding* sou dus ook verskillend geïnterpreteer kan word.

2.2 Verskyningsvorme

In 'n regsgeding kan feitevrae (na aanleiding van die getuienis voor die hof) en regs-vrae (na aanleiding van die regsposisie) na vore kom. Indien die hof 'n oordeel moet vel oor die regsvraag, kan hy 'n uitgekristalliseerde gemenerregsreël of 'n statutêre bepaling toepas (logiese toepassing van die reg). Indien die regsposisie onseker is of die statuut nie duidelik is nie, dan moet hy regsvinding toepas (teleologiese toepassing van die reg).

Regsvinding kan gebonde of vry wees. By gebonde regsvinding pas die regter die bestaande reëls van wetsuitleg toe of, in die geval van die gemenerreg, vind hy die reg objektief-histories. Die bedoeling van die wetgewer moet onder andere by die uitleg van wetgewing vasgestel word. Indien die bedoeling nie duidelik blyk nie en die wet vir meerdere interpretasies vatbaar is, kom vrye regsvinding ter sprake. Die regter moet in so 'n geval anders te werk gaan en "nuwe" reg vind. Dit kan hy doen deur elke geval afsonderlik te beslis (kasuïsties) of hy deur uitleg van die wet (*intra legem* - na

aanleiding van die wet of *praeter legem* - buite om die wet) tot 'n beslissing kom. (Vgl. in die verband Uyterhoeven, 1959:8-10, 95.)

Drie vorme van vrye regsvinding kan onderskei word (Hirsch Ballin, 1979:46-57; Lokin, 1984:40; Wiarda, 1988:1-150):

- Die regter tree bloot as interpreteerder van wetgewing op. Hy kan algemene reëls uitbrei en toepas. Hierdie vorm van regsvinding moet op objektiewe maatstawwe soos in die wetgewing omskryf, berus (Hirsch Ballin, 1979:46-47; Van den Burgh *et al.*, 1985:105). (In Nederland sou dit bestuursmatig berus op die sogenaamde algemene beginsels van behoorlike bestuur (algemeen bekend as *abbb*). Vgl. byvoorbeeld die terrein van sosiale versekering - Schreuder-Valsblom, 1989:7.)
- In ongekodifiseerde regstelsels soos die Anglo-Amerikaanse (Brittanje en die V.S.A.) en gemengde regstelsels (bv. die R.S.A.) pas die regter uitgekristalliseerde reg toe, of stel hy die regsposisie deur middel van die regshistoriese of regsvergelykende metode vas. (Vergelyk bv. Sumatie v Venter en Ander 1990 1 SA 173 (T); Bank of Lisbon v De Ornelas 1989 3 SA 580 (A); Du Plessis v Strauss 1988 2 SA 105 (A).)
- Die regter se taak as wetsvertolker: hy moet tot 'n geregverdigde of billike beslissing kom al sou dit meebring dat gelyke gevalle ongelyk behandel sou word (Abas, 1972:3; Hirsch Ballin, 1979:48). Deur die toepassing van billikeheidsbeginsels kan die regsreëls verskillend deur verskillende regters gekonkretiseer word (Hirsch Ballin, 1979:50, 57).

2.3 Kritiek teen regsvinding

Gebonde regsvinding kom algemeen by wetsuitleg voor. Die meeste kritiek word teen vrye regsvinding gelewer. (Vergelyk hieroor Cappelletti, 1989:35-39; Uyterhoeven, 1959:49-50; Devlin, 1965:4-7, 16-18; Hart, 1958:609-613; Fuller, 1958:669-671; Wiarda, 1988:145-146.)

Die grootste beswaar teen vrye regsvinding is dat dit moeilik is om die grense daarvan vas te stel. Die regters kan willekeurig optree - iets wat tot regsonsekerheid lei - aangesien hy nie net die objektiewe reg toepas nie, maar dit self ook vasstel (Wiarda, 1988:97, 99, 102). Soos hierbo aangetoon, kan 'n te wye toepassing tot "regsmisbruik" lei. Daarteenoor word aangevoer dat die regter slegs binne die prosedurele voorskrifte kan optree. In sekere lande (o.a. die R.S.A.) is hy gebonde aan vorige hofuitsprake, die objektiewe maatstawwe wat in wetgewing aangetref word en kan hy ook uit aanver-

wante regstelsels "leen". Die uitspraak moet voorts 'n redelike en billike uitwerking hê, nie alleen vir die partye nie, maar vir die gemeenskap as geheel. Dié reg wat hy "vind", moet prakties toegepas word en regsekerheid mag nie deur sy uitspraak aangetas word nie. Die maatstawwe waarvolgens die regter oordeel, moet egter steeds objektief vasstelbaar wees en moet altyd aan die eis van geregtigheid voldoen.

'n Tweede punt van kritiek wat geopper word, en by bogenoemde aansluiting vind, is dat regsinding tot kasuïstiese regspraak aanleiding kan gee. Die tersaaklike regsposisie kan dus moeilik deur leke en regspraktisyns vasgestel word. Dié beswaar verval indien die *stare decisis*-reël (navolging van vorige hofuitsprake) korrek toegepas word.

Derdens ontstaan die vraag of die reg wat die howe skep, nie terugwerkend van toepassing gemaak sal word nie, veral indien vroeër anders ten aansien van soortgelyke handeling beslis is. Indien dit die geval sou wees, word beweer dat regsekerheid in die wiele gery word. Daarteenoor word die standpunt ingeneem dat vrye regsinding *Einzelfallgerechtigkeit* ten gevolg het. Volgens laasgenoemde benadering is dit die hof se taak om in te gryp waar die reg onbillike gevolge het. Enige hof is ook gebonde aan objektiewe kriteria wat deur 'n betrokke regstelsel daargestel is.

Vierdens word die beswaar geopper dat regters nie wetgewers is nie en gevolglik nie in staat is om maatskaplike probleme op dieselfde wyse as wetgewers op te los nie. Nie al die bronne wat tot 'n wetgewende liggaam se beskikking is by die voorbereiding van wetgewing, is in 'n hofgeding ter insae nie. Die hof is nie in staat om die ekonomiese, sosiale en politieke werklikhede in ag te neem soos wat 'n wetgewer sou doen nie - sy uitspraak berus op die argumente voor die hof. Alhoewel die regter die reg interpreteer, integreer, versag en soms in bepaalde gevalle *de novo* skep, maak dit nie van die howe wetgewers nie. Die regter bly steeds aan bepaalde grense onderworpe. Sodra 'n hof as wetgewer optree, is dit nie meer 'n hof nie - dan gaan onpartydigheid en objektiwiteit verlore. (Vgl. Cappelletti, 1989: 5-8, 31; Jaffe, 1969: 7-9; Wiarda, 1988:97, 99, 102.)

Laastens meen kritici van vrye regsinding dat by die aanstelling van regters ander faktore soos politieke, ekonomiese en sosiale belange 'n rol speel. Dit word van 'n regter verwag om polities onafhanklik en onpartydig op te tree (Wiarda, 1988:97-102). Voorstaanders van vrye regsinding argumenteer dat die politieke onafhanklikheid en onpartydigheid van die regter gewaarborg word omdat hy alleen tot 'n beslissing kan kom met die medewerking van al die partye in 'n saak. Dit lei vanself daartoe dat hy 'n objektiewe oordeel moet vel oor dit wat voor hom betoog is (Wiarda, 1988:102; Van Hoecke, 1979:343-344; Scholten, 1974:123). In hierdie verband is die vraag oor die rol van die regter se eie morele insigte ook ter sake. Algemeen gestel is dit 'n debat tussen die voorstaanders van die positivisme en die natuurreg. Die positi-

viste kleeft aan die letter van die reg (*fidelity to law*) teenoor die natuurregtelike interpretasie van die reg *in toleration of the maximum individual freedom that is consistent with the integrity of society*. (Kyk in hierdie verband veral die Hart-Devlin-Fullerdebat - Hart, 1958:609-613; Devlin, 1965:4-7, 16-18; Fuller, 1958:669-671.)

3. Regsinding by wetsuitleg

3.1 Die rol van billikheid

Veral die eerste en derde vorm van vrye regsinding (die regter as interpreteerder en wetsvertolker) is in Nederland van belang. In albei gevalle moet die regter 'n middeweg vind tussen algemene regsbeginsels en die konkrete toepassing daarvan met inagneming van sekere kriteria (Abas, 1972:42; Hirsch Ballin, 1979:48). Hierdie kriteria dien bloot as hulpmiddels om die regter in staat te stel om tot 'n billike beslissing te kom. Gekonkretiseerde billikheid sou moontlik daartoe kan lei dat die reg stagneer (Abas, 1972:11,51; Van der Werf, 1982:17-22; Wiarda, 1988:28-30, 50-56, 105-108, 113-116; Hirsch Ballin, 1979:110-111; Van Hoecke, 1979:338-345; Lokin, 1984:41-50). Die regter moet dus objektiewe maatstawwe formuleer aan die hand waarvan hy tot 'n billike beslissing kan kom (Abas, 1972:12-15, 44; Van Hoecke, 1979:343-344).

Billikheidsreg soos die vroeëre Romeinse praetoriese reg word nie in Nederland aangetref nie aangesien dit in stryd met die kodifikasiebeginsel geag word. Billikheidsregspraak word egter wel aangetref (Abas, 1972:51). Die Nederlandse arbitrasiereg-spraak is 'n goeie voorbeeld hiervan (Duynstee, 1984:94-99; Van Eikema Hommes, 1971:39-40; Wiarda, 1988:34). Arbitrasie berus op die ooreenkoms tussen die partye; daarin kan bepaal word dat bykomende regsreëls deur 'n regter geskep kan word. Dit kan op dwingende reg of billikheid berus. Net soos die gewone regter is die billikheidsregter ook *iudex*, anders sou sy uitspraak slegs deel van die kontrak gevorm het. (So 'n regter het besondere mag - hy is gebonde aan die formele reg maar nie aan die materiële reg nie. Sy regspraak is dus billikheidstoepassing wat aan hom 'n groter vryheid as dié waaroor gewone regters beskik, verleen - Duynstee, 1984:98-99).

Billikheid word in verskeie vorme in die Duitse publiek- en privaatreëls aangewend. Die *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) (van 1896-08-18) maak spesifieke verwysings na billikheid in onder andere die kontrakte- sowel as die deliktereg. In die publiekreg word administratiewe handeling aan die maatstawwe van billikheid gemeet. Billikheid kom nie spesifiek in die *Grundgesetz* (GG) (van 1949-05-23) voor nie maar kan as onderliggend aan die gelykheidsbeginsel (par 3.1) beskou word. Die GG maak ook die wisselwerking tussen privaat- en die publiekreg moontlik.

Wanneer die regter 'n beslissing op grond van billikheid maak, is dit om geregtigheid te bewerkstellig (Gernhuber, 1963:206). Billikheid dien verder as beskerming vir die individu teen regs misbruik. In gelyke omstandighede is die regter steeds verplig om gelyke gevalle gelyk te behandel (Esser, 1963:37; Steindorff, 1963:64).

Volgens artikel 20.3 GG is 'n regter aan die reg en wetgewing gebonde. Reg dui op regs norme in die algemeen (Wolff, 1986:80-81) wat reg in formele sin (alle wetgewing ongeag of dit algemene of abstrakte reëlings tref soos deur die parlement verorden) en reg in materiële sin (gewoontereg (geskrewe of ongeskrewe), regterreg, algemene regs norme van die administratief- en burgerlike reg en die volkerereg) insluit (Wolff, 1986:80-82, 90-91; Brugger, 1989:2).

Die vraag of die regter toegelaat word om deur middel van vrye regs vinding reg te skep, is reeds etlike dekades in Duitsland ter sprake. Teen die 19e eeu was algemeen aanvaar dat gewoontereg in die publiekreg voorkom; die mate waarin dit toegepas was, is egter onseker. Teen 1910 het daar stemme opgegaan dat die gewoontereg - en in die besonder billikheid - by die uitleg van wetgewing in ag geneem moet word. Die regter kon egter net van billikheid gebruik maak as algemene norme (soos bv. *Treu und Glauben*) in die betrokke wetgewing gebruik is of as leemtes daarin voorkom (Forsthoff, 1973:144-146). Vandag geskied regs vinding steeds deur die aanwending van billikheid by die uitleg van *unbestimmte Rechtsbegriffe* (algemene nie-omskrewe regs begrippe), asook by die "regstel" van wetgewing in die individuele geval (versagting van wetgewing), die aanvul van leemtes in wetgewing, die uitoefening van 'n diskresie en die toetsing van wetgewing.

In die Suid-Afrikaanse reg kom billikheid by wets uitleg ter sprake by die algemene vermoede dat die wetgewer nie onregverdige of onbillike resultate beoog het nie. Hierdie vermoede is verder gekonkretiseer in vier spesifieke vermoedens (vgl. Du Plessis, 1986a:268-269; 1986b:83-97). Volgens een van dié vermoedens, naamlik dat die wetgewer nie die bestaande reg meer as wat nodig is, wil wysig nie, moet die reël (gewoonte- of wettereg) gevolg word wat die billikste en redelikste uitwerking het (Labuschagne, 1981:333-334). Du Plessis (1986b:85) stel dit soos volg: (Vgl. ook Allen, 1951:390-401.)

... equity must prevail once the "clear letter of the law" has resulted in undue hardship in the individual case, because a too-generally framed precept has not sufficiently provided for the peculiarities of the specific concrete instance.

3.2 Algemene begrippe

Waar die Nederlandse wetgewer vae norme soos die "verkeersopvatting", "eise van die maatskaplike verkeer", "opvatting van die sfeer waartoe die partye behoort" en "na omstandighede" gebruik, moet dit deur die regter gekonkretiseer word (Abas, 1972:11 46-51; Wiarda, 1988:30,54,105-106; Hirsch Ballin, 1979:110-111). In die Ontwerp Inleidende Titel tot die Nieuw Burgerlik Wetboek (NBW - wat nie deel van die finale NBW gaan uitmaak nie) bepaal klousule 5.2 dat as 'n wet nie duidelik is nie, algemene regsnorme in ag geneem en objektief vasgestel moet word deur die gebruikmaking van billikheid. Artikel 3.1.1.13 NBW bevat wel 'n aantal algemene norme. Hierdie vorm van regsvinding is aan kritiek onderhewig. Die vrees bestaan dat die konkretisering van die sogenaamde "oop" norme deur die regter tot regsonsekerheid kan lei. Die kritiek is nie geldig indien die regter ander aanknopingspunte in die wet vind om tot 'n billike beslissing te kom nie. Hy kan onder andere vorige hofuitsprake raadpleeg of soortgelyke of fiktiewe omstandighede met die gegewe feite vergelyk (Wiarda, 1988:97,56,118,132-139). Sniijders (1978:73-75, 94-95, 225) het na 'n ondersoek bevind dat die regters oor die algemeen versigtig is om regsvinding toe te pas. Argumente op grond van billikheid en redelikheid word wel in die hof geopper. (Vgl. ook Wiarda, 1988:56; Van der Werf, 1982:20-21.)

Vae norme kan verder gekonkretiseer word deur na die eise van die maatskaplike verkeer te verwys. Redelikheid en billikheid speel dan 'n rol om dié "ongeskrewe reg" te vind. Artikel 6.1.1.2 NBW bepaal dat redelikheid en billikheid by ooreenkomste beoordelingsmaatstawwe is om die bedoeling van die partye vas te stel (Abas, 1972:11; Wiarda, 1988:54). Dit laat aan die regter ruimte vir individuele beslissing (Abas, 1972:11; Scholten, 1974:123-124; Van der Werf, 1982:17).

Algemene regsbegrippe (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) wat in die Duitse reg voorkom, is onder die andere algemene belang, *sum cuique tribuere*, billikheid en die afweeg van belange (Forsthoff, 1973:70-71). In beginsel kan 'n regter nie reg skep nie maar moet hy algemene reëlings aan die hand van billikheid (*Treu und Glauben*) konkretiseer deur die interpretasie en toepassing van wetgewing. (Vgl. Eckardt, 1964:71; Gernhuber, 1963:214; Kirchhoff, 1986:2276; Sandler, 1987:3240; Wolff, 1986:91-92; Lünstedt, 1963:40. Esser (1963:38) is van mening dat begrippe soos *Treu und Glauben* onderliggend aan die proses van regspreking is en dat dit toegepas moet word selfs al sou daar nie sprake van algemene begrippe wees nie. Vergelyk ook Steindorff, 1963:64.) Die regter sal dus in elke geval self die grense van die algemene begrippe moet vasstel. Billikheid dien as die begrensingsmaatstaf (Gowa, 1933:26; Mussgnug, 1964:96; Papier, 1987:239). Volgens Auert (1960:20) behoort algemene begrippe wyer toegepas te word namate die wetgewer toenemend inbreuk op individuele vryhede maak. Die howe kan deur interpretasie van hierdie begrippe die individu beskerm.

Algemene begrippe kan ook aangewend word om die reg by veranderde omstandighede aan te pas (Praun, 1933:7-8; Lambrecht, 1981:287; Esser, 1963:23-24).

Billikheid of *Treu und Glauben* word ook soms as *unbestimmte Rechtsbegriffe* omskryf (Soell, 1973:163,178). Die vrees bestaan dat te wye aanwending van hierdie begrippe tot regsonsekerheid kan lei. Die wetgewing self en die konstitusie moet aangewend word om te bepaal wat die inhoud van die begrippe is. As dit blyk dat 'n wet sodanig is dat dit nie met die voorskrifte van geregtigheid ooreenstem nie, mag bo-positiewe norme soos *Treu und Glauben* in ag geneem word. (Esser, 1963:24; Lünstedt, 1963:135-139; Waltner, 1968:344; Karl, 1966:112-117, 161, 169; Kothe, 1988:287; Lambrecht, 1981:700. In die geval van tegniese aangeleenthede soos byvoorbeeld omgewingsbeskerming kan die gebruik van algemene begrippe daartoe lei dat dié reg altyd by veranderde omstandighede aangepas kan word - Forsthoff, 1973:163.) Hierdie nie-omskrewe regsbegrippe mag nie willekeurig uitgelê word nie. Die reg kan aangepas word maar die wesenlike aard van die betrokke wet mag nie gewysig word nie. Billikheid vind aanwending wanneer die gebruikmaking van hierdie begrippe die posisie van die individu kan verbeter (Skupin, 1937:1-2, 31-33; Lintsmayer 1963:126; Kirchhoff, 1986:2279; Papier, 1987:239; Sandler, 1987:3240; Kriele, 1984:230).

In die Suid-Afrikaanse reg poog die hof om die bedoeling van die wetgewer vas te stel. (Vgl. Du Plessis, 1986b:34; Labuschagne, 1982:402-405; Cowen, 1980:374-399.) 'n Regsprekende amptenaar mag egter nie willekeurig optree nie en is steeds aan die uitlegreëls gebonde. Soos reeds hierbo vermeld, word Suid-Afrikaanse wetgewing so duidelik en volledig moontlik bewoort ten einde leemtes in die wetgewing te vermy. Algemene begrippe word sover moontlik vermy. Indien sodanige begrippe wel voor kom, bly die finale toets steeds voldoening aan die eis van geregtigheid. (Kyk ook Du Plessis, 1979:83-84 ten aansien van die natuurregbenadering.)

3.3 Leemtes

Indien 'n Nederlandse wet swyg of dubbelsinnig is, moet die algemene reëls van redelikheid en billikheid toegepas word. Dit kan daartoe lei dat dieselfde wet verskillend geïnterpreteer word. Indien die regter nie aanknopingspunte in die wet vind nie, word dié reëls beperkend toegepas. Die regter is immers nie 'n leek nie en moet 'n gegewe feitestel steeds aan verskillende regsbeginsels toets (Lokin, 1984:41-50, Van der Werf, 1982:14).

Waar wetgewing soms onduidelik is of nie vir alle gevalle voorsiening maak nie, moet die Duitse regter in so 'n geval die leemte deur middel van interpretasie aanvul. By dié uitleg is hy egter aan die reëls van *Treu und Glauben* gebonde (3.2 hierbo). Hy kan

egter nie *contra legem* optree of die rol van die wetgewer oorneem nie (Esser, 1963:31; Esser-Schmidt, 1976:22-24; Knaut, 1937:10-11; Praun, 1933:9-11; Lünstedt, 1963:41; Skupin, 1937:3; Soell, 1973:150-209.)

Indien daar 'n leemte in die Suid-Afrikaanse wetgewing aangetref word, kan die hof die leemte net aanvul as die fout ooglopend is, die bedoeling van die wetsartikel duidelik is en dit die artikel meer verstaanbaar en toeganklik maak. (Vgl. in die algemeen t.a.v. leemtes in die Suid-Afrikaanse reg Devenish, 1989:502-515; Du Plessis, 1981:216; 1986:149-151; Labuschagne, 1985a:55-60; 1985b:365-368.) Leemtes word meestal gevul deur na analoë situasies te verwys. Uitleg moet steeds binne die grense van die materiële gemenereg geskied. Du Plessis (1979:63) stel dit dat die

hof as wetsuitlegger geregtigheidshalwe gedurig daarop bedag (moet) wees om die leemtes in 'n wet so aan te vul dat ongeregtigheids-elemente ten minste getemper (verkiëlik getem of hokgeslaan) word.

As gevolg van die Engelse invloed is die howe nie baie geneë om leemtes wat nie op bogenoemde wyse opgelos kan word nie, aan te vul nie (Devenish, 1989:504-505; Allen, 1951:472-473; Du Plessis, 1986b:2-3).

3.4 Versagting van streng reg

Billikheid word soms in die Nederlandse reg aangewend om die wettereg aan te vul of te korrigeer. Indien 'n wet letterknegtig uitgelê sou word, kan dit tot onbillike resultate en regsonsekerheid lei. Benadrukking van billikheid lei eerder tot regsekerheid as regsonsekerheid (Van Hoecke, 1979:338-344; Abas, 1972:51).

Gedurende die Weimarrepubliek het die howe gereeld van begrippe soos *geregtigheid*, *billikheid* en die *natuurreg* gebruik gemaak indien wetgewing nie 'n oplossing gebied het nie. Regsekerheid en geregtigheid is ongelukkig nie altyd deur hierdie interpretasie bevorder nie. Dié begrippe word ook in die na-oorlogse tyd gebruik maar in dié verband word na die algemene gelykheidsbeginsel verwys (Robbers, 1980:17,21; Katz 1987:299; Lindtsmayer, 1963:3; artikel 3.1 GG - 3.1 hierbo).

In die afweging van individuele belange moet die regter *Treu und Glauben* wat sowel die privaat- as die publiekreg ten grondslag lê, in ag neem (3.2 hierbo). Wat billik in elke gegewe geval is, moet objektief vasgestel word (Praun, 1933:1-4; Knaut, 1937:16-18; Knieper, 1933:20-24; Mainka, 1963:8; Gowa, 1933:28; Skupin, 1937:2; Esser, 1963:23-26; Gernhuber, 1963:206; Roth, 1988:1233-1240; Raiser, 1963:150; Steindorff, 1963:64; Gernhuber, 1963:206-207). Die afweging van belange kan spanning tussen die *ius strictum* en materiële geregtigheid meebring. Die belange van die individu en die

beskermdede belange in die wet moet in gelyke mate afgeweeg word (Bachof, 1963:41-42; Rökin, 1989:54-59; Robbers, 1980:71-72). In dié sin tree billikheid op as "regstelling" en as *iustitia naturalis* op. Esser (1963:29,35-36) is van mening dat hierdie gedagte se oorsprong in die kanonieke reg geleë is en verder deur Hugo de Groot ontwikkel is: *aequum est id ipsum quo lex corrigitur*; dit vorm sins insiens die grondslag vir die Duitse billikeidsgedagte (*Treu und Glauben*) (soos vervat in par 242 BGB).

3.5 Diskresionêre bevoegdheid

Wanneer 'n Nederlandse wet die regter 'n diskresie verleen, moet daar altyd die een of ander vorm van belange-afweging plaasvind (Wiarda, 1988:51-52, 63-64). Kritiek hierteen is dat die regter 'n te wye diskresie verkry. Die regter se diskresie-uitoefening word egter deur die toepassing van redelikheid en billikheid beperk en hy moet objektiewe kriteria (bestaanbaar met die geldende reg) in ag geneem (Boukema, 1980:76-96; Jaffe, 1969:37-38).

Waar die Duitse regter 'n diskresie deur wetgewing verleen word, is hy verplig om 'n billike oordeel te vel. (Vgl. Karl, 1966:90-93. In die Switserse Burgerlike Wetboek (artikel 4) moet die regter indien hy 'n diskresie verleen word of "na omstandighede" moet oordeel, dit ooreenkomstig reg en billikheid doen. Dit gee aan die regter die bevoegdheid om die reg vir individuele gevalle aan te pas. Dit is dus nie 'n algemene bevoegdheid nie; hy is verplig om alle omstandighede in ag te neem en af te weeg - Soell, 1973:161-162.) By die uitoefening van die diskresie in die geval van par 829 BGB moet die regter by die bepaling van smartegeld (*Smerzengeld*) met inagneming van alle omstandighede 'n billike bedrag genoegdoening vasstel (Esser, 1963:26-27). In elke geval van diskresie-uitoefening moet bepaal word wat die doel van die betrokke wetsbepaling is en moet die billikste oplossing daarvoor gevind word (Esser, 1963:36). Die regter is dus nie net aan die wet gebonde nie maar moet voortdurend die wet en die werklikheid teenoor mekaar in hulle samehang en wisselwerking afweeg (Kirchhof, 1986:2277).

Die Suid-Afrikaanse appèlhof het by geleentheid beslis dat regspraak by diskresie-uitoefening billikheid tussen die partye moet bewerkstellig (Ex parte Minister of Native Affairs: In re Yako v Bevi 1948 1 SA 388 (A) 400-401):

...(the judge) must of course pay principal regards to the facts of the case before him since the dominant consideration is his own reasoned view as to the best system of law to apply in order to reach a just decision between the parties.

3.6 Toetsing van wetgewing

In Nederland is wette volgens die Wet Algemene Bepalingen (artikel 11)¹: en die Grondwet (artikel 120) onskendbaar en kan dit nie op grond van onbillikheid deur die hof nietig verklaar word nie en is die hof nie bevoeg om die "innerlike waarde" van die wet te beoordeel nie. Die hof kan egter wetgewing aan buitelandse verdrae en die volkereg toets. Die ongeskrewe regsbeginsels van die volkereg kan gevolglik toepassing vind - die Grondwet skryf egter nie voor hoe dit moet gebeur nie. (Kyk artikels 93 en 94; Meuwissen, 1984:131-146, 233-234; Wiarda, 1988:65-66; Van Houten, 1989:140-141; 140-141; Dommering, 1982:76-77; Koopmans, 1980:376-377; Van der Vlies, 1984:65, 71-72; Kortmann, 1976:921-924; Brenninkmeijer, 1987:180; Waaldijk, 1985:6.) Toetsing aan die Europese Verdrag van Regte van die Mens het al tot wesenlike ontwikkeling op die gebied van die familiereg gelei (Wiarda, 1988:64-74). Billikheidsbeginsels wat in sodanige verdrae opgeneem is of andersins in die volkereg voorkom, sou daartoe kan lei dat die hierbovermelde artikel 11 van die Wet Algemene Bepalingen en artikel 120 van die Grondwet omseil word.

Volgens artikel 13² van die Wet Algemene Bepalingen mag 'n regter nie weier om reg te spreek nie. Die vraag is wat hom te doen sou staan indien 'n wet wel oor 'n bepaalde aangeleentheid swyg, onvolledig of duister is. In sulke gevalle moet hy in elk geval geregtigheid aan die hand van billikheid vind. Hy sou nie die innerlike waarde van die wet mag beoordeel nie maar steeds aan die hand van billikheid tot 'n uitspraak kom (Fockema Andreae, 1938:65-68; Lokin, 1984:12 29-32 38).

'n Onderskeid moet gemaak word tussen gedelegerde (uitgevaardig deur die gemeente/provinsies) en formele wetgewing (deur die parlement uitgevaardig). Formele wetgewing mag nie aan ongeskrewe regsbeginsels getoets word nie (vgl. Polak en Polak 1986:374-375). In 1989 het 'n beslissing van die Hoge Raad (HR 1989-04-14 NJ 1989 469) in Nederland groot belangstelling gewek. Die vraag het bestaan of die Harmonisatiewet (1988-07-07 Stb 334) aan algemene regsbeginsels getoets kan word. Volgens die feite van die saak is studente se studielenings opgeskort. Die studente beweer dat by hulle inskrywing die verwagting geskep is dat hulle vir die duur van hulle studie (ongeag hoe lank) lenings sou ontvang. Die Hoge Raad het *obiter* verklaar dat die Harmonisatiewet nie 'n billike uitwerking het nie en dat die ongeskrewe beginsels van

¹1892-05-15 Stb 28: "De Rechter moet volgens de Wet recht spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der Wet beoordelen".

²A 13 bepaal soos volg: "De Rechter die weigert recht te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet kan uit hoofde van rechtsweigerings vervolgd worden."

behoorlike bestuur (soos sorgvuldigheid en belange-afweging) geskend is. Die hof kon egter nie hierdie toets aanwend nie aangesien die Harmonisatiewet formele wetgewing is en nie aan algemene beginsels getoets mag word nie. (Vgl. ook Brussee en Voss, 1990:80-85; Hirsch Ballin 1989:578-592; Anon, 1988:1031-1032; HR 1986-05-26 NJ 1987 251; HR 1978-04-12 NJ 1979 533 (bevind dat abbb onder fundamentele regsbegin-sels val); Waaldijk, 1985:2; Van Wijk en Konijnbelt, 1988:71.)

Volgens Polak en Polak (1986:383) kan uit 'n ander Hoge Raad-beslissing (HR 1962-10-03 NJ 1962 58) afgelei word dat die hof steeds die reg by veranderende omstandig-hede moet aanpas, aangesien die wetgewer nie daaglikse veranderinge in ag kan neem nie. Dit kan tot 'n presedentesistiem lei waarvolgens die hof nie net van saak tot saak beslis nie maar ook algemene reëls vir daaropvolgende sake neerlê.

Wetgewing kan dus nie op grond van hulle innerlike waarde aan billikeidsbeginsels getoets word nie - die Nederlandse Grondwet maak ook nie sodanige toetsing moont-lik nie. Die reg kan egter deur die toepassing van redelikheid en billikheid aangepas en verder ontplooi word (Fockema Andreae, 1938:95-96).

'n Duitse regter kan nie self 'n wet op grond van onbillikheid ongeldig verklaar nie. Indien hy van mening is dat 'n wet nie met die GG ooreenstem nie of dat die toepas-sing daarvan onreg tot gevolg sal hê, word die aangeleentheid kragtens artikel 100 GG na die Bundesverfassungsgericht (konstitusionele hof) verwys (Lünstedt, 1963:41; Wobst, 1967:13). Indien hy nie tot so 'n gevolgtrekking kan kom nie maar tog vind dat die werking van die wet onbillike resultate kan meebring, kan hy met behulp van regs-vinding tot 'n ander beslissing kom - sy bevinding moet egter steeds in ooreenstemming met die gees van die betrokke wet wees (Lünstedt, 1963:41,139).

Duitse wetgewing mag nie terugwerkend van aard wees nie aangesien dit nie van die burger verwag kan word om gelyktydig van verskillende reëlins bewus te wees nie, dit onbillike resultate kan bewerkstellig en die Vertrauensschutz (die vertrouwe tussen burger en staat) kan skend. Indien 'n wet terugwerkend van aard gemaak word, kan die individu hom dus nie meer op die geldende reg verlaat nie en bestaan daar nie meer regsekerheid nie (Katz, 1987:86-88; Götz, 1976:423-452; Badura, 1988:135; Kothe, 1988:288; Robbers, 1988:484-485; Robbers, 1980:64, 107-137).

Kragtens artikel 34(3) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 110 van 1983 mag 'n regter nie 'n ondersoek doen of uitspraak maak oor die geldigheid van parlamentswette nie behalwe ten aansien van die vraag of aan alle formele vereistes

voldoen is. Die Suid-Afrikaanse regters is nie geneë om as regshervormers op te tree nie (Labuschagne, 1985:57). In *S v Adams* (1979 4 SA 793 (T) 801A) het die hof dit soos volg gestel:

An Act of Parliament creates law but not necessarily equity. As a Judge in a Court of law I am obliged to give effect to the provisions of a Act of Parliament. Speaking for myself and if I were sitting as a court of equity, I would have come to the assistance of the appellant. Unfortunately, and on an intellectually honest approach, I am compelled to conclude that the appeal must fail.

In 'n onlangse hooggeregshofsaak oor die uitleg van sekere bepalings van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982 (Anon, 1990:2) het die regter in sy uitspraak vermeld dat die hof nie wette maak nie maar dit net uitleë. Die staat het betoog dat al sou 'n wet absurditeite tot gevolg hê (bv. dat kragtens vermelde wet 'n verbanne persoon se uitlatings oor die weer tydens 'n Sondagskoolpieknik nie in 'n koerant aangehaal mag word nie) dit nie die funksie van die hof is om sy uitspraak daarop te baseer nie.

4. Samevatting

Daar kan 'n onderskeid tussen gebonde en vrye regsvinding gemaak word. Vrye regsvinding word op verskillende vlakke gekritiseer. Daar word beweer dat

- dit moeilik is om die grense van vrye regsvinding vas te stel en dat willekeurige optrede van regters tot regsonsekerheid kan lei,
- dit tot kasuïstiese regspraak aanleiding gee,
- die houe nuwe regsreëls terugwerkend van toepassing sal maak en dat dié reëls onbillike gevolge kan hê,
- die houe nie wetgewers is nie, en dat
- regters op grond van politieke, ekonomiese of sosiale faktore aangestel sal word.

Die voorstanders van vrye regsvinding wys egter daarop dat

- die regter steeds gebonde is aan vorige hofuitsprake en die objektiewe maatstawwe wat in wetgewing en die gemenereg aangetref word,
- die korrekte toepassing van *stare decisis* kasuïstiese regspraak beperk,
- die vrye regsvinding *Einzelfallgerechtigkeit* bewerkstellig,
- die regter nie werklik as wetgewer optree nie maar dat hy die reg interpreteer, versag en in bepaalde gevalle *de novo* reg skep binne bepaalde beperkte grense, en

- 'n regter nie tot 'n beslissing kan kom sonder die medewerking van al die partye in 'n saak nie.

Vrye regsinding kom op verskeie terreine van wetsuitleg ter sprake. Billikheid speel in Duitsland en Nederland 'n rol by wetsuitleg indien dit spesifiek in wetgewing as beoordelingskriteria gestel word. Wanneer die hof billikheidsoorwegings toepas, moet dit steeds binne die grense (soos hierbo vermeld) toegepas word. In die Suid-Afrikaanse reg is een van die wetsuitlegvermoedens dat die wetgewer nie onregverdige of onbillike resultate beoog het nie.

Vrye regsinding kom voorts ter sprake by

- die uitleg van algemene begrippe,
- die aanvulling van leemtes in wetgewing,
- die versagting van streng reg,
- die uitoefening van diskresionêre bevoegdhede en
- die toetsing van wetgewing aan die beginsels van billikheid.

Die Nederlandse en Duitse regters is oor die algemeen versigtig om vrye regsinding toe te pas. Wanneer algemene begrippe gekonkretiseer moet word, dien billikheid as begrensingsmaatstaf. Aan die ander kant is billikheid self 'n *unbestimter Rechtsbegriff*. Die vrees bestaan dat 'n te wye aanwending van dié begrip tot regsonsekerheid kan lei en daarom word die inhoud van algemene begrippe bepaal deur dit in die lig van die wetgewing as geheel en die betrokke konstitusie te vul - die wet word aangepas maar die wesensard van die wet word nie gewysig nie. In die Suid-Afrikaanse reg is die regter aan wetsuitlegreëls gebonde. Anders as in Nederland en Duitsland bewoerd die wetgewer wette so duidelik en volledig as moontlik en poog om algemene begrippe te vermy.

Leemtes in wetgewing word in sowel die Nederlandse as die Duitse reg deur interpretasie gevul deur gebruikmaking van redelikheid en billikheid. In die Suid-Afrikaanse reg kan die regter slegs 'n leemte in 'n wetsartikel vul as daar 'n ooglopende fout en die bedoeling van dié artikel duidelik is. Dit moet steeds binne die grense van die bestaande materiële reg geskied. Ook weens Engelsregtelike beïnvloeding is die Suid-Afrikaanse howe oor die algemeen nie geneë om sodanige leemtes te vul nie.

Billikheid word soms in die Nederlandse en Duitse reg aangewend om die wettereg aan te vul of te korrigeer indien die letterknegtige uitleg daarvan tot onbillikheid sou lei. Wat in elke geval billik is, moet objektief vasgestel word. In die Suid-Afrikaanse reg is die letterlike betekenis van wetgewing die primêre uitgangspunt.

Waar 'n diskresiebevoegdheid deur wetgewing verleen word, moet in al drie die regstelsels belange-afweging plaasvind ten einde die gewenste eindresultaat van 'n beslissing wat billikheid tussen die partye bewerkstellig, te bereik.

In nie een van die drie regstelsels kan eerstevlak (parlementêre) wetgewing op grond van onbillikheid ongeldig verklaar word nie - die "innerlike waarde" van die wet kan in beginsel nie getoets word nie. Wetgewing in Nederland kan wel aan die beginsels vervat in die *Europese Verdrag van Regte van die Mens* getoets word. In Duitsland is die konstitusionele hof bevoeg om te toets of wetgewing in ooreenstemming met die GG is al dan nie. Deur middel van vrye regsvinding kan die Nederlandse en Duitse regters egter steeds wetgewing so interpreteer dat dit billike resultate bewerkstellig. Die Suid-Afrikaanse regters is nie geneë om as regshervormers op te tree nie.

Regters word dus nie toegelaat om self reg te skep nie. Vrye regsvinding word nie sonder meer toegelaat nie maar deur die aanwending van billikheid word die hof in staat gestel om die reg by veranderende omstandighede aan te pas, individuele geregtigheid te laat geskied en die individu teen regsmisbruik te beskerm. Hierdie regsvinding kan nie lukraak geskied nie. Die regters moet altyd die oogmerk van die wet en alle omringende omstandighede in ag neem om tot 'n billike beslissing te kom (Karl, 1966:174-175; Kothe, 1988:286). Geregtigheid self stel ook grense daar (Robbers, 1980:74; Overrath, 1985:9-11; Sommer, 1984:438-440; Raacke, 1985:391-394; Kriele, 1984:226-233; Rùthers, 1988:268-282). Karl (1966:207) is van mening dat die regter ten spyte van sy gebondenheid aan wetgewing steeds *lispender ars boni et aequi* ("interpreteerder" van die kuns van wat goed en billik is) is.

In 'n nuwe regsbedeling in Suid-Afrika sal die taak van die regter vergroot. Nie alleen sal wetgewing in die lig van 'n menseregteakte beoordeel moet word nie, maar sal hy kreatief reg moet "vind". Regters sal nie meer agter die passiewe siening van hul taak as klakkelose interpreteerders van wetgewing kan skuil nie maar sal aktief as regsvormers en -hervormers moet optree.

5. BIBLIOGRAFIE

- ABAS, P. 1972. *Beperkende werking van die goede trouw*. Devcner : Kluwer.
ALLEN, C.K. 1951. *Law in the making*. Oxford : Clarendon Press.
AUERT, M. 1960. *Die Generalklausel im öffentliche Recht*. Köln : Rechtswissenschaftliche Dissertationen.

- ANON. 1988. Toetsing van formele wet aan statuut. *NJB*, 1031-1032.
- ANON. 1990. Dán is dié wet absurd. *Vrije Weekblad*: 2, Nov. 30
- BACHOF, O. 1963. *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*. Tübingen : J.C.B. Mohr.
- BADURA, F. 1988. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlyn : Walter de Gruyter.
- BOUKEMA, H.J.M. 1980. *Judging*. Zwolle : Tjeenk Willink.
- BRENNINKMEIJER, A.F.M. 1987. De toegang tot de rechter. Zwolle : Tjeenk Willink.
- BRUGGER, W. 1989. Gesetz, Recht, Gerechtigkeit - Teil 1. *Juristen Zeitung*, 2.
- BRUSSEE, R. & VOSS, R.G.K. 1990. Toetsing van wetgeving door de burgerlijke rechter. *Tijdschrift voor Openbaar Bestuur*, 16(4):80-85.
- CAPPELLETTI, M. 1989. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford : Clarendon Press.
- COWEN, D.V. 1980. The interpretation of statutes and the concept of 'the intention of the legislation'. *THRHR*, 374-399.
- DEVENISH, G.E. 1989. Extensive interpretation : some anomalies in South African approach. *THRHR*, 502-515.
- DEVLIN, P. 1965. *The enforcement of morals*. Oxford : University Press.
- DOMMERING, E.J. 1982. *Algemene beginselen in burgerlijk recht*. Deventer : Kluwer.
- DUGARD, J. 1978. *Human rights and the South African legal order*. Princetown : University Press
- DUGARD, J. 1981a. The judicial process, positivism and civil liberty. *SALJ*, 181-200.
- DUGARD, J. 1981b. The judicial process and positivism: a reply. *SALJ*, 373-387.
- DU PLESSIS, L.M. 1979. Die teoretiese grondslag van wetsuitleg. (Fakulteitslesings. PU vir CHO. p. 36-85).
- DU PLESSIS, L.M. 1981. Tentative reflections on the systematization of the rules and presumptions of statutory interpretation. *SALJ*, 211-217.
- DU PLESSIS, L.M. 1986a. Is alles net taal en woorde? *SAPR*, 256-271.
- DU PLESSIS, L.M. 1986b. The interpretation of statutes. Durban : Butterworths.
- DU TOIT, D.C. 1977. The dimension of futurity in the law : Towards a renewal of the theory of interpretation. *TRW*, 11-21.
- DUYNSTEE, J.A.T.J.M. 1984. Naar regt en billijkheid (*In* Goed en trouw. Zwolle : Tjeenk Willink p. 89-100).
- ECKHARDT, W.D. 1964. *Die Verfassungskonforme Gesetzesauslegung*. Berlin : Dunckel & Humblot.
- ESSER, J. 1963. *Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im Modernen Privatrecht*. Tübingen : J.C.B. Mohr.
- ESSER, J. & SCHMIDT, E. 1976. *Skuldrecht: Allgemeines Teil*. Heidelberg : C.F. Müller Juristischer Verlag.
- FOCKEMA, ANDREA E.J.P. 1938. De metode van interpretatie van het BW van 1838 tot heden. (*In* Scholten, P. & Meijers, E.M., red. *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*. Zwolle : Tjeenk Willink p. 65-69.)
- FORSTHOFF, E. 1973. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts Band 1*. München : Beck.
- FORSYTH, C. & SCHILLER, J. 1981. The judicial process, positivism and civil liberty II. *SALJ*, 218-230.
- FULLER, L.L. 1958. Positivism and fidelity to law - a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, (71):630-672. Feb.
- GERNHÜBER, J. 1963. *Die Billigkeit und ihr Preis*. Tübingen : J.C.B. Mohr.
- GÖTZ, V. 1976. *Bundesverfassungsgesetz und Vertrauensschutz* (*In* Stark C, red. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Tübingen : J.C.B. Mohr p. 421-452.)
- GOWA, F. 1933. *Die Rechtsnorm von Treu und Glauben in Verwaltungsrecht*. Hamburg : Hamburgischen Universität.
- HART, H.L.A. 1958. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, (71):593-629. Feb.

Regsvinding: die Nederlandse en Duitse ervaring

- HIRSCH BALLIN, E.M.H. 1979. Publiekrecht en beleid. Alphen aan de Rijn : Samsom.
- HIRSCH BALLIN, E.M.H. 1989. De Harmonisatiewet: onschendbaarheid van de wet en onschendbaarheid van het rechtszekerheidsbeginsel. *Ars Aequi*, 578-592.
- JAFFE, L.L. 1969. English and American judges as lawmakers. Oxford : Clarendon Press.
- KARL, G. 1966. Die Grenzen zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung. Kiel : Fakultät der Christian-Albrechts-Universität.
- KATZ, A. 1987. Staatsrecht. Heidelberg : C.F. Müller Juristische Verlag.
- KIRCHHOFF, P. 1986. Richterliche Rechtsfindung, gebunden an 'Gesetz und Recht'. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2276-2279.
- KOEKOFK, A.K., KONIJNBELT, W. & CRUJNS, F.C.L.M. 1982. Grondrechten. Nijmegen : Ars Aequi Libri.
- KNAUT, W. 1937. Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Düsseldorf : G.H. Nolte.
- KNIEPER, W. 1933. Treu und Glauben in Verwaltungsrecht. Dortmund : Buchbewerke.
- KOOPMANS, T. 1980. De Europese Gemeenschappen en het Nederlands staatsbestel. *RM Themis*, 362-377.
- KORTMANN, C.A.J.M. 1976. Algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten. *Nederlands Juristen Blad*, 921-924.
- KOTHE, P. 1988. Vorlage, Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter. Die öffentliche Verwaltung, 287.
- KRIELE, M. 1984. Gesetztreue und Gerechtigkeit in der richterlichen Rechtsfindung. *Deutsche Richter Zeitung*, 226-233.
- LABUSCHAGNE, J.M.T. 1981. Die uitleggingsvermoede teen wysiging van die bestaande reg. *De Jure*, 333-335.
- LABUSCHAGNE, J.M.T. 1982. Die dinamiese aard van die wetgewingsproses en wetsuitleg. *THRHR*, 402-405.
- LABUSCHAGNE, J.M.T. 1983. Regsdinamika: Opmerkinge oor die aard van die wetgewingsproses. *THRHR*, 422-435.
- LABUSCHAGNE, J.M.T. 1985a. Die leemtebegrip by wetsuitleg. *TSAR*, 55-61.
- LABUSCHAGNE, J.M.T. 1985b. Ons gemene reg en wetsuitleg. *De Jure*, 364-369.
- LABUSCHAGNE, J.M.T. 1989. Regsnormvorming: riglyne vir 'n nuwe benadering tot die tradisionele reëls en wetsuitleg. *SAPR*, 205-212.
- LAMBRECHT, C. 1981. Generalklauseln und technischer Fortschritt. *Die öffentliche Verwaltung*, 700.
- LATEGAN, B.C. 1980. Die uitleg van wetgewing in hermeneutiese perspektief. *TSAR*, 107-126.
- LINTSMAYER, E. 1963. Das Naturrecht in der deutsche Rechtsprechung. München : Ludwig Maximilians Universität.
- LOKIN, J.H.A. 1984. Lex semper loquitur. *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*. 1:1-50.
- LÜNSTEDT, C.W. 1963. Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Heidelberg : Fakultät der Ruprecht-Karl-Universität.
- MAINKA, J. 1963. Vertrauensschutz im öffentliche Recht. Bonn : Ludwig Röhrscheid Verlag.
- MEUWISSEN, P.H.M. 1984. Grondrechten. Utrecht : Het Spectrum.
- MUSSGNUG, R. 1964. Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften. Heidelberg : Carl Winter.
- OVERRATH, H-P. 1985. Gesetztreue und Gerechtigkeit in der richterlichen Rechtsfindung. *Deutsche Richter Zeitung*, 9-11.
- PAPIER, H.J. 1987. Verwaltungsverantwortung und Gerichtliche Kontrolle. (In Blümel, W., Merlen, D. & Quaritsch, H. red. *Verwaltung im Rechtsstaat*. Köln : Carl Heymanns. p.235-255.)
- POLAK, J.M. & POLAK M.V. 1986. Faux pas au pas de deux? Recent Developments in the relationship between the legislature and the judiciary in the Netherlands. *Netherlands International Law Review*, 371-411.

- PRAUN, T. 1933. *Treu und Glauben in der Verwaltungsrechtsprechung*. Düren : Max Donneleursthi.
- RAACKE, G. 1985. Zur Bedeutung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung. *Deutsche Richter Zeitung*, 391-394.
- RAISER, L. 1963. *Rechtsschutz und Institutionsschutz im Privatrecht* Tübingen : J.C.B. Mohr.
- ROBBERS, G. 1988. Rückwirkende Rechtsprechungsänderung. *Juristen Zeitung*, 484-485.
- ROBBERS, G. 1980. Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Baden-Baden : Nomos.
- RÖKIN, H. 1989. Gesetzesgehorsam statt Gesetzakzeptanz. *Die öffentliche Verwaltung*, 54-59.
- ROTH, H. 1988. Richterliche Prognoseentscheidung, Rechtskraftwirkung und materielle Gerechtigkeit im Fall nach par 323 ZPO. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1233-1240.
- RÜTHERS, B. 1988. Richterrecht - rechtswidrig oder notwendig - Resensonsbehandlung. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 268-282. Jun.
- SCHOLTEN, P. 1974. *Asser's Algemene deel*. Zwolle : Tjeenk Willink.
- SCHREUDER-VALSBLOM, M. 1989. De noordwand van het gelijkheidsbeginsel. *Bestuurswetenschappen*, 43(1):7-20.
- SENDER, H. 1987. Richterrecht - rechtsteoretisch und rechtspraktisch. *Neue Juristische Wochenschrift*, 3240.
- SKUPIN, O. 1937. *Der Billigkeitsgedanke in Verwaltungsrecht*. Seestadt Rostock : Gustav Neuman.
- SNIJERS, H.J. 1978. *Rechtsvinding door die burgerlijke rechter*. Deventer : Kluwer.
- SOELL, H. 1973. *Das Ermessen der Eingriffsverwaltung*. Heidelberg : Carl Winter.
- SOMMER, E. 1984. Gesetz und Recht. *Deutsche Richter Zeitung*, 438-440.
- STEINDORFF, E. 1963. *Die Guten Sitten als Freiheitschränkung*. Tübingen : J.C.B. Mohr.
- UYTERHOEVEN, H. 1959. *Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung*. Bern : Verlag Stampfli & Cie.
- VAN EIKEMA HOMMES, H.J. 1971. De rol van de billijkheid in de rechtspraak. (In Faber, S., Fortman, W.F. & Schrage, E.J.H. red. *Uit het recht*. Deventer : Kluwer. p. 39-40.)
- VAN HOECKE, M. 1979. *De interpretatievryheid van de rechter*. Antwerpen : Kluwer.
- VAN HOUTEN, M.I.P. 1989. In principe gelijkheid. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 140-150.
- VAN DEN BERGH, N.J.C. 1982. Die betekenis van strukturele hermeneutiek vir die uitleg van wette. Bloemfontein (Proefskrif LL.D, UOVS).
- VAN DEN BERGH, N.J.C. 1981. Die gebruikswaarde van bepaalde strukturelanalitiese metodes vir wetsuitleg. *TSAR*, 136-149.
- VAN DEN BURGH, F.H., CARTIGNY, G.J.M., & OVERKLEEF-VERBURG, G. 1985. *Rechtsbescherming tegen de overheid*. Nijmegen : Ars Aequi Libri.
- VAN DER VLIES, I.C. 1984. *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*. Deventer : Kluwer.
- VAN DER WERF, H.G. 1982. *Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht*. Arnhem : Gouda Quint.
- VAN WIJK, H.D. & KONIJNBELT, W. 1988. *Hoofdstukken van administratief recht*. Culemborg : Lemma.
- WAALDIJK, C. 1985. *Wetgevingswijzer met de teksten van de officiële aanwijzingen inzake regelgeving*. Lelystad : Koninklijke Vermande.
- WALTNER, G. 1968. *Die gerechtlche Überprüfbarkeit*. München : Dissertationsdruck.
- WIARDA, G.J.A. 1988. *Drie typen rechtsvinding*. Zwolle : Tjeenk Willink.
- WOLFF, W. 1986. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Baden-Baden : Nomos Verlag.
- WOBST, H. 1967. *Verfassungswidrige Gesetze und Normenkontrolle*. Universität Würzburg : Julius Maximilians.

Regsvinding: die Nederlandse en Duitse ervaring

WETGEWING

Nederland

Grondwet 1983-02-17 Stb 70
Harmonisatiewet 1988-07-07 Stb 334
Nieuw Burgerlijk Wetboek (soos ingevoer)
Wet Algemene Bepalingen 1892-05-15 Stb 28

Duitsland

Bürgerliches Gesetzbuch van 1896-08-18 BGBl III 400-402.
Grundgesetz van 1949-05-23 BGBl S I

Suid-Afrika

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 110 van 1983
Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982

HOFSAKE

Nederland

HR 1962-10-03 NJ 1962 58
HR 1978-04-12 NJ 1979 533
HR 1986-05-26 NJ 1987 251
HR 1989-04-14 NJ 1989 469

Suid-Afrika

Bank of Lisbon v De Ornelas 1989 3 SA 580 (A)
Du Plessis v Strauss 1989 1988 2 SA 105 (A)
Ex parte Minister of Native Affairs: In re Yako v Beyi 1948 1 SA 388 (A)
S v Adams 1979 4 SA 793 (T)
Sumatie v Venter en Wessels 1990 1 SA 173 (T)