162/94

IH

Saak No 241/93

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID AFRIKA

APPèLAFDELING

Insake die appèl van :

MINISTER VAN ONDERWYS EN KULTUUR Eerste Appellant

DIE UITVOERENDE DIREKTEUR : ONDERWYS, DEPARTEMENT VAN ONDERWYS EN KULTUUR, ADMINISTRASIE : VOLKSRAAD Tweede Appellant

JP SMITH NO Derde Appellant

HJR DE JONGH Vierde Appellant

teen

NJ LOUW Respondent

HOF : BOTHA, VAN HEERDEN, VIVIER, EKSTEEN en HOWIE ARR

VERHOORDATUM : 3 November 1994

LEWERINGSDATUM : 18 November 1994

UITSPRAAK

VAN HEERDEN AR :

Die respondent was as algemene assistent by 'n skoolkoshuis op Upington in diens van die Departement van Onderwys en Kultuur (Volksraad). Hy was 'n permanente werknemer en sy diensverhouding was gereguleer deur die Wet op Onderwysaangeleenthede (Volksraad) 70 van 1988.

Gedurende die tydperk 29 Julie tot 31 Augustus 1992 het die respondent hom nie vir diens by die koshuis aangemeld nie. Op 11 September het die vierde appellant (die hoof van die skool) 'n brief aan die respondent versend. Daarin is onder andere die volgende gesê :

> "Ons het nou van die skoolraad verneem dat u ontslaan is. U laaste dag van diens is 28 Julie 1992."

(Ek verwys voortaan na hierdie skrywe as die afdankingsbrief.)

Nadat vrugtelose vertoë namens die respondent deur die Staatsdiensliga aan die tweede appellant gerig was, en op 'n geleentheid ook 'n samespreking tussen die liga en die derde en vierde appellante plaasgevind het, het die respondent in Desember 1992 'n aansoek teen die appellante in die Noord Kaapse Afdeling aanhangig gemaak. (Die tweede appellant was die uitvoerende direkteur van die betrokke Onderwysdepartement en die derde appellant is

gesiteer in sy hoedanigheid as voorsitter van die betrokke skool, naamlik die Hoërskool Upington.) Die aansoek was in hoofsaak gerig op die verkryging van 'n bevel waarvolgens "die beslissing van... [die appellante]... om die dienste van... [die respondent]... te beëindig met effek van 28 Julie 1992" tersyde gestel sou word. 'n Bevel met sodanige strekking is later toegestaan. Nadat die hof a quo 'n aansoek om verlof tot appèl geweier het, is sodanige verlof deur hierdie hof toegestaan.

Die tersaaklike bewerings in die funderende verklaring kan so saamgevat word :

(1) Uit die afdankingsbrief blyk dat die respondent deur die derde appellant ontslaan is.

(2) Die rede waarom hy nie diens verrig het nie, was siekte. Omdat hy nooit aangekla was van wangedrag nie, kon hy egter nie hierdie feit onder die appellante se aandag bring alvorens hy die afdankingsbrief ontvang het nie.

(3) Ook is hy nie voor daardie datum 'n geleentheid gebied om sy "kant van die saak" te stel nie.

(4) Hy het hom op 1 September vir diens aangemeld en die volgende dag die vierde appellant gespreek. Dié se houding was "dat hy nie meer werk vir my het nie".

Ingevolge artikel 76(1)(p) van die Wet maak 'n persoon in diens by 'n departementele inrigting hom skuldig aan wangedrag indien hy sonder verlof of 'n geldige rede van sy kantoor of diens afwesig is. Artikels 77 tot 80 bevat voorskrifte aangaande 'n aanklag van, en ondersoek na, beweerde wangedrag terwyl artikel 81 bepaal dat die ondersoekbeampte na afloop van die ondersoek die aangeklaagde skuldig of onskuldig moet bevind. Indien 'n werknemer soos die respondent wel skuldig bevind word, kan die hoof van die Departement ingevolge artikel 83(1)(e) by die Minister van Onderwys en Kultuur aanbeveel dat hy ontslaan word, aan welke aanbeveling die Minister kragtens subartikel (3) gevolg kan gee.

Die respondent het op 'n hele aantal gronde aangevoer dat die vereistes van die betrokke artikels nie nagekom was nie voordat hy die afdankingsbrief ontvang het. Soos hieronder blyk, het die appellante egter geensins op wangedrag soos uiteengesit in artikel 76 (1)(p) gesteun nie.

Artikel 72 is egter ook van toepassing op wat 'n vorm van wangedrag kan wees, te wete afwesigheid van diens sonder die nodige toestemming vir 'n tydperk van meer as 30 opeenvolgende dae. Die tersaaklike gedeeltes van die artikel word later deur my aangehaal. Tans hoef ek slegs te meld dat volgens die funderende verklaring die artikel nie van toepassing was nie omdat die respondent nie in die afdankingsbrief, en ook nie voorheen nie, "beskuldig was dat ek vir 'n tydperk van meer as 30 opeenvolgende dae van diens afwesig was nie".

Die vernaamste bestrydende verklaring is gemaak deur ene Vosloo, die hoof personeelbeampte in diens van die Kaaplandse Onderwysdepartement in die Departement van Onderwys en Kultuur, Administrasie : Volksraad. In sy verklaring, gelees saam met verklarings wat daarby aangeheg was, is onder andere die volgende gesê :

(a) Die respondent was vanaf 29 Julie tot 1 September van sy diens afwesig sonder die toestemming van "die onderwyshoof", synde die vierde appellant.

(b) Op 26 Augustus het die vierde appellant 'n skrywe aan die

sekretaris van die skoolraad gerig. Daarin is aanbeveel dat die respondent ontslaan word.

(c) Op 9 September het die skoolraad aan die vierde appellant geskryf dat aangesien die respondent sonder toestemming van sy werk weggebly het, hy ingevolge artikel 16(1)(a) van die Staatsdienswet 111 van 1984 geag was weens wangedrag ontslaan te gewees het. Die verwysing was foutief omdat die toepaslike bepalings vervat is in artikel 72 van die Onderwyswet wat bykans dieselfde bewoording as 'n paragraaf van artikel 16(1) van die Staatsdienswet het.

(d) Die afdankingsbrief was nie die gevolg van 'n besluit nie, maar wel van 'n resultaat wat van regsweë weens die gedrag van die respondent en die bepalings van voornoemde artikel 72 ingetree het.

In die verklarings kom ook bewerings voor wat, indien juis, twyfel skep of die respondent gedurende die tersaaklike periode wel siek was. Dit is egter onnodig om daaroor uit te brei.

Die aansoek het gedien voor Basson R sonder dat 'n repliserende verklaring ingehandig was. Ten einde sy uitspraak te begryp, moet ek op

hierdie stadium artikel 72 aanhaal. Sover tersake, lui dit soos volg :

> "(1) 'n Persoon in 'n permanente hoedanigheid in diens by 'n departementele inrigting en wat -
>
> (a) sonder die toestemming van die Onderwyshoof vir 'n tydperk van meer as 30 opeenvolgende dae van sy diens afwesig is ....
>
> word, tensy die Minister anders gelas, geag weens wangedrag ontslaan te wees ....
>
> (2) Indien 'n persoon wat ingevolge paragraaf (a)... van subartikel (1) geag word ontslaan te wees hom te eniger tyd vir diens aanmeld, kan die Minister, ondanks andersluidende bepalings van hierdie Wet, hom in sy vorige of 'n ander pos herstel op die voorwaardes wat die Minister bepaal, en in so 'n geval word die tydperk van sy afwesigheid van diens geag afwesigheid met vakansieverlof sonder besoldiging te wees of verlof op sodanige ander voorwaardes as wat die Minister bepaal."

Basson R het bevind dat die audi alteram partem reël (die audi reël) van toepassing is op 'n "besluit" wat ingevolge artikel 72 geneem word. Dit is moeilik om sy bevindings op te som en ek is dus aangewese op 'n redelike lang aanhaling uit sy uitspraak om sy beredenering weer te gee. Nadat hy bevind het dat dit in geskil was of die respondent sonder die nodige toestemming vir die voorgeskrewe tydperk van diens afwesig was, het hy vervolg :

> "Ek kan my nie voorstel omdat daar 'n ag-bepaling is die blote woord van die onderwysdepartment aanvaar kan word en dat die persoon net later

van sy reg op hersiening of van die opsie in subartikel 2 gebruik moet maak nie. Ek meen dat hy reg uit die begin uit, voordat die ag-bepaling in werking tree, 'n geleentheid moet hê om ook eers sy kant van die saak te stel. Ek kan nie sien hoe dit kan uitgesluit word nie. Dit is vir my totaal en al onlogies om dit uit te sluit en dit sou ook baie onregverdig wees dat 'n persoon eers ontslaan moet word en dan maar later na 'n hof toe moet gaan om regstelling te kry of van Artikel 72(2) gebruik te maak.

Daar is gewag gemaak daarvan dat die applikant nie in sy stukke op Artikel 72 gesteun het nie. Ek kan nie daarmee saamstem nie. Dit word uitdruklik gesê dat Artikel 72 nie in sy geval van toepassing is nie, omdat hy nie daarvan beskuldig is nie. Dit is so daar is nooit aan die applikant uitgewys dat as hy 30 dae afwesig is, dan sal dit geag word dat hy sonder verlof afwesig was en dat hy dan weens wangedrag ontslaan kan word nie. Daar word wel gesê dat die normale voorskrifte van natuurlike geregtigheid nie nagekom is nie en dit kan maar net slaan daarop dat hy nie die geleentheid gegee is om ook sy saak te stel nie.

Die feit bly staan egter dat in hierdie geval dit duidelik is dat die applikant nie 'n geleentheid gegun is om vertoë te rig voordat Artikel 72 toegepas is nie. Met ander woorde dat hy ook sy kant van die saak kon stel en die Minister bv. kon beslis of gelas dat die outomatiese ontslag, of die geagte wangedrag nie in sy geval van toepassing moet wees nie. Die Minister moet in die eerste instansie 'n diskresie daar uitoefen, in die sin, dat hy kan beslis dat die applikant nie geag word weens wangedrag ontslaan te wees nie en daar moet ook seker gemaak word dat die feite waarop die beslissing geneem word, korrek is. Ek kan net nie sien dat dit anders kan wees as dat die applikant in daardie geval 'n geleentheid moet kry om sy saak te stel nie."

Indien ek bostaande passasies reg begryp, was Basson R van mening dat die respondent 'n geleentheid moes gehad het om vertoë te rig alvorens die appellante hulle op die beskouingsbepaling ("deeming provision") van Artikel 72(1) kon beroep. Om die volgende redes kan ek nie saamstem nie.

Die frase "*tensy die Minister anders gelas*" *in artikel* 72(1) *is nie* heeltemal duidelik nie. In besonder word nie in soveel woorde uitgestippel of die lasgewing reeds voor verstryking van die tydperk van 30 dae gemaak kan word nie. Soos egter sal blyk, is die antwoord nie vir huidige doeleindes van belang nie.

Die beskouingsbepaling tree in werking indien 'n persoon soos die respondent (i) sonder die toestemming van "die Onderwyshoof" (ii) vir 'n tydperk van meer as 30 opeenvolgende dae van sy diens afwesig is. Of hierdie vereistes bevredig is, is objektief vasstelbaar. Indien 'n persoon sou aanvoer dat hy byvoorbeeld wel die nodige toestemming gehad het, en dit betwis word, is die feitelike dispuut deur 'n hof beregbaar. Daar is dan geen sprake van 'n hersiening van 'n administratiewe besluit nie. Trouens, die al of nie inwerkingtreding van die beskouingsbepaling is nie van enige besluit afhanklik

nie. Daar is dus geen ruimte nie vir 'n beroep op die audi reël wat in sy klassieke formulering van toepassing is wanneer 'n administratiewe - en diskresionêre - beslissing die regte, voorregte of vryheid van 'n persoon nadelig kan raak.

In casu is die respondent in die afdankingsbrief in kennis gestel dat hy ontslaan was. Dit was nie die uitvloeisel van 'n diskresionêre besluit nie, maar slegs 'n mededeling van 'n gevolg wat volgens die appellante se beskouing van regsweë ingetree het.

Daardie beskouing was inderdaad juis. Anders as wat Basson R bevind het, was dit nie in geskil dat die respondent vir meer as 30 opeenvolgende dae van diens afwesig was nie, en dat hy nie die nodige toestemming gehad het nie. In hierdie hof was dit trouens gemene saak. Die dispuut of die respondent weens siekte nie kon werk nie, is dus ontersaaklik.

In die verbygaan moet ek meld dat dit onnodig is om te beslis of die beskouingsbepaling in werking tree as 'n werknemer nie in staat is om te werk en om die nodige toestemming te verkry nie - byvoorbeeld as hy vir die voorgeskrewe tydperk bewusteloos was of onregmatiglik gevange gehou was.

(Vergelyk Mkhwanazi v Minister of Agriculture and Forestry, Kwazulu 1990(4) SA 763 (D) 768 - 9.) Ek sê dit weens die gebrek aan 'n suggestie dat die respondent nie fisies in staat was om "die Onderwyshoof" om die nodige toestemming te nader nie.

Die resultaat is dat die beskouingsbepaling reeds voor die versending van die afdankingsbrief in werking getree het en dat die respondent dus uit sy diens ontslaan was. Kortom was daar net nie 'n besluit wat tersyde gestel kon word nie. (Vergelyk Yanta and Others v Minister of Education and Culture, Kwazulu, and Another 1992 (3) SA 54(N).)

Die respondent se advokaat het egter aangevoer dat die beskouingsbepaling nie in werking kan tree voordat die Minister ingevolge artikel 72(1) besluit of hy al of nie "anders" gelas nie. Die betoog is sonder pit. Dit is naamlik heel duidelik dat in die afwesigheid van 'n lasgewing - aangenome dat dit gedurende die betrokke tydperk gemaak kan word - die ontslag sonder meer by verstryking daarvan intree. Indien die Minister daarna anders gelas, word daardie gevolg opgehef. As die respondent dit reg het, sou die onhoudbare resultaat wees dat die betrokke persoon na verstryking van die

tydperk op sy salaris geregtig sou bly totdat die Minister besluit om nie anders te gelas nie, en dit ook indien die Minister sy besluit agterweë hou omdat hy nie weet of die persoon gedros het of om 'n ander rede van sy diens afwesig was nie.

In die onderhawige geval het die respondent hom op 1 September 1992 vir diens aangemeld. Die bepalings van artikel 72(2) het dus op sy geval van toepassing geword. Hy kon gevolglik in sy vorige of in 'n ander pos herstel word. In die stukke, en blykbaar ook in die hof a quo, is aanvaar dat hierdie bevoegdheid die Minister toegekom het. In hierdie hof was die advokate dit egter eens dat vanweë die bepalings van artikel 97, en bepaaldelik subartikel 2(a) en (a A ii), die verwysings in artikel 72 na die Minister in die onderhawige geval uitgelê moet word as verwysings na die bestuursliggaam van die Hoërskool Upington. Aangesien dit vir die uitslag van hierdie appèl geen verskil maak of die aanvaarding in die hof a quo dan wel bogenoemde gesamentlike standpunt juis is nie, is dit nie vir my nodig om 'n mening daaroor uit te spreek nie.

Uit die stukke blyk nie met enige mate van sekerheid of hetsy die

Minister hetsy die bestuursliggaam ooit besluit het om al of nie die bevoegdheid verleen deur artikel 72(2) - en, indien apart van toepassing, artikel 72(1) - uit te oefen nie. Daar was dus nie sprake van 'n besluit kragtens artikel 72 wat tersyde gestel kon word nie.

Die advokaat vir die respondent het ons egter verwys na, en gesteun op, 'n ongerapporteerde beslissing van die algemene afdeling van die Transkeise Hooggeregshof in Mbude v The Minister of Justice and Others (1710/90). In hierdie saak was ter sprake artikel 15(8) van die Transkeise Public Service Act 43 van 1978 wat, vir sover ter sake, soos volg gelui het :

> "An officer ... who absents himself from his official duties without permission of his head of department, office or institution for a period exceeding one calendar month, shall be deemed to have been discharged from the Public Service for misconduct with effect from the date immediately succeeding his last day of attendance at his place of duty...; Provided that... if such officer reports for duty at any time after the expiry of the said period the [Public Service] Commission may, notwithstanding anything to the contrary contained in this Act or any other law, recommend that, subject to the Minister's approval, he be reinstated in the public service..."

Die applikant in Mbude was 'n beampte in diens van die Transkeise

Departement van Justisie wat gedurende die tydperk 9 Augustus tot 21 Desember 1989 sonder die verlof waaroor artikel 15(8) dit het van sy ampspligte weggebly het. Op laasgenoemde datum het hy weer vir diens aangemeld. Op 27 Desember het hy 'n skrywe van die Transkeise Direkteur-generaal, Departement van Justisie ontvang. Dit was gedateer 14 Desember en hy is daarin verwittig dat die Minister van Justisie "[had] approved that you be discharged from the Public Service on account of misconduct in terms of s 15(8) of the Public Service Act" vanweë sy wegbly van sy ampspligte vir 'n tydperk van meer as 30 dae.

Daarna het die applikant mosieverrigtinge aanhangig gemaak teen die Minister van Justisie as eerste respondent, die Direkteur-generaal as tweede respondent, die "Public Service Commission" ("die Kommissie") as derde respondent, en die Regering van die Republiek van Transkei as vierde respondent. Die tersaaklike regshulp deur hom aangevra was 'n bevel waarvolgens "the decision of the respondents" om hom uit sy pos te ontslaan tersyde gestel sou word. Die aansoek is blykbaar slegs deur die Direkteur-generaal bestry en dit op 'n grond wat nie tans ter sake is nie. Na verhoor

daarvan het Beck CJ die volgende substantiewe bevele verleen :

"1. The decision taken in December 1991 to dismiss the applicant from the position held by him prior to 9 August is set aside.

2. The third respondent is directed, after affording the applicant an opportunity of being heard, to consider, in the exercise of the discretion conferred on it by the second proviso to section 15(8) of Act 43 of 1978, what recommendation -- if any -- to make with regard to the possible reinstatement of the applicant."

Die uitspraak bevat nie 'n motivering vir die verlening van die eerste bevel nie en in die lig van Beck CJ se bevinding dat die beskouingsbepaling se inwerkingtreding nie van die neem van 'n besluit afhanklik is nie, is die bewilliging van die bevel met eerbied nie maklik te begryp nie; veral nie omdat die brief van 14 Desember 1989 geskryf is alvorens die applikant hom weer vir diens aangemeld het. Dit mag egter wees dat weens die verwysing in die brief na 'n besluit van die Minister, Beck CJ dit vertolk het as 'n voorbarige beslissing om nie in die toekoms, dit wil sê na moontlike heraanmelding vir diens, die applikant tegemoet te kom nie. In ons geval is daar egter nie sprake van 'n besluit met sodanige strekking nie.

Wat die fundering van die tweede bevel betref, het Beck CJ die volgende

gesê (op p 4 van die getikte uitspraak) :

> "... the discretionary power given to the Public Service Commission and thereafter to the Minister, in terms of the second proviso to the section, to reinstate such a discharged officer, although given in permissive language, is in my view a power to the exercise of which it is the duty of the Public Service Commission to address its mind when an officer who has been absent without permission for more than a month reports for duty... Unless an opportunity is afforded to an officer who has been automatically discharged, as it were, to explain why he was absent from duty without permission for more than a month, grave injustices might result."

Nadat hy gemeld het dat die Kommissie blykbaar nie op of na 21 Desember 1991 oorweeg het nie of dit 'n aanbeveling aangaande die applikant ingevolge artikel 16(8) aan die Minister moes maak, het Beck CJ vervolg (op p 5) :

> "...the moment the applicant reported for duty on 21 December this proviso became applicable and the third respondent became obliged to consider, after affording the applicant an opportunity of being heard, whether or not to recommend to the first respondent that the applicant be re-instated."

Dit kom voor dat die geleerde hoofregter van mening was dat toe die applikant hom weer vir diens aangemeld het, die Kommissie die inisiatief moes

geneem het ten einde te oorweeg of 'n aanbeveling aangewese was. Toegepas op ons geval sou die Minister (of die bestuursliggaam) dus na 1 September 1992 die inisiatief met die oog op 'n moontlike herindiensneming van die respondent moes geneem het. Ek het bedenkinge oor hierdie beskouing. Dit sou ietwat vreemd wees indien 'n werknemer na afwesigheid van sê, twee jaar, nadat hy gedros het weer by sy voormalige werksplek sou opdaag, die Minister bloot op grond van daardie feit verplig sou wees om 'n vorm van ondersoekprosedure van stapel te stuur. Dit kan dus wel wees dat so 'n verpligting ontstaan eers nadat die werknemer 'n toepaslike versoek gerig het, of selfs eers nadat hy gemotiveerde vertoë tot die Minister gerig het. Om redes wat sal blyk, veronderstel ek egter ten gunste van die respondent dat die Minister wel die inisiatief moes geneem het. Die probleem van die respondent bly egter steeds dat dit nie blyk dat die Minister (of die bestuursliggaam) geweier het om wel handelende op te tree nie. Die redes daarvoor is waarskynlik die wyse waarop die respondent se saak in sy aansoek ingeklee was en die aard van die regshulp deur hom aangevra. Hy het hom naamlik nie op sodanige weiering - of die neem van 'n besluit om hom nie ingevolge artikel 72(2) weer in diens te neem

nie - beroep nie. Trouens, soos reeds aangedui, was sy houding dat artikel 72 glad nie ter sprake was nie. En al wat in hierdie verband uit die bestrydende verklarings blyk, is dat Vosloo die Staatdiensliga uitgenooi het om samesprekings met die derde en vierde appellante te voer sodat hulle moontlik "die heraanstelling van die applikant sou aanbeveel vir oorweging deur die eerste respondent kragtens artikel 72 van die Wet", asook dat na die hou van sodanige samesprekings hulle nie daartoe bereid was nie. Of die aangeleentheid ooit tot die Minister se kennis gekom het, weet 'n mens nie. En indien die bestuursliggaam die bevoegdhede verleen deur artikel 72 kon uitoefen, weet 'n mens ook nie of dit nie wel besluit het dat die vertoë wat deur en namens die respondent gerig was nie heraanstelling geregverdig het nie.

Op die keper beskou, was die appellante nie geroepe om te antwoord op 'n saak wat die respondent nie self geformuleer het of op 'n versweë wyse in 'n aangevraagde bevel vergestalt het nie. Daar is dus nie ruimte vir die vervanging van die bevel van die verhoorhof deur 'n mandamus van een of ander aard nie.

Ek is bewus van die feit dat dit in Mbude 'n mandamus verleen is wat nie deur die applikant versoek was nie, en dit terwyl blykbaar nie beweer is dat die

Kommissie onwillig was om 'n aanbeveling te oorweeg nie.

Geen redes vir die verlening van die onaangevraagde bevel is egter verstrek nie.

Die appèl slaag met koste en die bevel van die hof a quo word deur die volgende vervang :

"Die aansoek word met koste afgewys."

VAN HEERDEN AR

STEM SAAM : BOTHA AR
VIVIER AR
EKSTEEN AR
HOWIE AR