

KORPORATIEWE IDENTITEIT AS GRONDSLAG VAN DIE STRAFREGTELIKE AANSPEEKLIKHEID VAN REGSPERSONE (1): TEORETIESE GRONDBEGINSELS

Pieter du Toit*

Gerrit Pienaar**

1 Inleiding

Die verskillende benaderings tot die strafregtelike aanspreeklikheid van regspersone lê die spanningsveld tussen die individualisme of nominalisme aan die een kant en die realisme, aan die ander kant bloot.¹ Regspersone bestaan volgens individualistiese regspersoonsteorieë bloot uit samevoegings van individue. Volgens die individualistiese teorieë moet die gedrag en skuld van individue dus op die een of ander wyse aan die regspersoon oorgedra word alvorens dit strafregtelik aanspreeklik gestel kan word.² Vir die realiste is die bestaansreg van regspersone onafhanklik van hul samestellende individue en word dit beklee met 'n unieke (en vir sommige realiste, 'n morele) persoonlikheid.³ Foerschler⁴ skryf byvoorbeeld dat die reg die korporatiewe struktuur moet beskou as "an intentional agent in and of itself." Die idee dat regspersone direk strafregtelik aanspreeklik gestel word op grond van hul besondere identiteit of die heersende kultuur van die regspersoon is 'n ontwikkeling wat veral in die Amerikaanse regsliteratuur op die voorgrond geplaas is.

* Pieter du Toit B Iuris LLB (UOVS) LLM (UJ). Senior Lektor, Fakulteit Regte Noordwes-Universiteit. pieter.dutoit@nwu.ac.za. Hierdie bydrae is gedeeltelik gebaseer op dié skrywer se proefskrif getiteld *Die strafregtelike aanspreeklikheid van en straftoemeting aan regspersone* (LLD-proefskrif NWU 2010).

** Gerrit Pienaar B Jur et Com LLB LLD (PU vir CHO). Professor, Fakulteit Regte Noordwes-Universiteit. gerrit.pienaar@nwu.ac.za.

¹ Colvin 1995 *Crim L F* 1.

² Die twee tradisionele maniere waarop dit geskied is by wyse van middellike aanspreeklikheid en die sogenaamde identifikasieleerstuk. Sien in die verband Colvin 1995 *Crim L F* 4-16 en Farisani 2006 *Obiter* 265-266.

³ Fisse en Braithwaite 1998 *Sydney L Rev* 474-476; Lederman 2000-2001 *Buff Crim L Rev* 680-681; Soares 2003 *Journal of Business Ethics* 144; en Quaid 1998 *McGill L J* 33. Sien ook French *Collective and Corporate Responsibility* 1-13. Vir 'n gedetailleerde en kritiese bespreking van metodologiese individualisme as grondslag van korporatiewe strafregtelike aanspreeklikheid sien Fisse en Braithwaite *Corporations, Crime and Accountability* 17-58 en Colvin 1995 *Crim L F* 4-16.

⁴ Foerschler 1990 *Cal L Rev* 1302-1303.

In hierdie bydrae word die teoretiese grondbeginsels van korporatiewe identiteit of korporatiewe kultuur as grondslag van die strafregtelike aanspreeklikheid van regspersone ondersoek. In 'n opvolgende bydrae sal aandag gegee word aan die wyses waarop hierdie benadering reeds in die praktyk beslag gekry het.

2 Organisasieteorie en die reg

Die idee dat regspersone eintlik wesens in eie reg is en dat hul oor 'n eie karakter, onafhanklik van menslike individue beskik, is algemeen te vinde in die werke van filosowe, bedryfsetici, organisasieteoretici en bedryfsielkundiges.⁵ Foerschler⁶ wys daarop dat die strafregtelike aanspreeklikheidstelling van korporatiewe entiteite alleenlik doeltreffend kan wees indien dit gebaseer is op 'n behoorlike begrip van die aard van korporatiewe besluitnemingsprosesse en 'n begrip van die interne strukture van die korporatiewe entiteite. Wanneer teorieë wat verband hou met die aard van organisasies in ag geneem word, word dit duidelik dat dit feitlik onmoontlik is om korporatiewe gedrag uitsluitlik met die skuld van individue verbonde aan die organisasie in verband te bring. Korporatiewe gedrag is meestal die gevolg van veel meer as die blote samevoeging van die besluite van 'n aantal individue. Dit is eerder die gevolg van 'n ingewikkelde mosaïek van individuele keuses, vasgestelde institusionele prosedures en die struktuur eie aan die betrokke korporatiewe entiteit. Korporatiewe gedrag en beleid moet dus beoordeel word teen die agtergrond van die korporatiewe struktuur as 'n geheel. Dit beteken nie dat korporatiewe gedrag nooit met die keuses wat deur individue uitgeoefen word in verband gebring kan word nie, maar dit is nie noodwendig of uitsluitlik die geval nie.

⁵ Sien in die verband Bagraim 2001 *SA Journal of Psychology* 43; Bellingham ea *Corporate Culture Sourcebook* 1-206; Chen, Sawyers en Williams 1997 *Journal of Business Ethics* 856-858; Foerschler 1990 *Cal L Rev* 1300-1302; French *Corporate Ethics* 18-30; French 1979 *American Philosophical Quarterly* 207-215; Goodpaster *Conscience and Corporate Culture* 1-260; Helas en Morris *Values of the Enterprise Culture* 1-289; Kitson en Campbell *Ethical Organisation* 97-116; Ott *Organisational Culture Perspective* 1-198; Phillips 1995 *Business Ethics Quarterly* 555-571; Phillips 1992 *Business Ethics Quarterly* 436-454; Scott 2002 *Business Ethics Quarterly* 33-55; Silver 2005 *American Philosophical Quarterly* 279-291; en Soares 2003 *Journal of Business Ethics* 143-150. French *Collective and Corporate Responsibility* xii beskou die besigheidsetiek as die teoretiese grondslag van korporatiewe aanspreeklikheid. Baysinger 1991 *B U L Rev* 346 omskryf organisasieteorie soos volg: "Organisation theory is the subdiscipline of management theory which studies how organisational structures evolve adaptively and how these adaptations affect organisational performance."

⁶ Foerschler 1990 *Cal L Rev* 1302.

Volgens Gobert⁷ is die idee dat 'n kollektiewe entiteit met 'n bewussyn bekleed word nie vreemd aan die reg nie. As voorbeeld wys hy daarop dat die hof dikwels die bedoeling van die wetgewer moet vasstel. Dit geskied nie teenstaande die feit dat nie elke lid van die wetgewer die aanneming van die betrokke wet ondersteun het nie en daar nie noodwendig gedeelde insigte in die aard en omvang van die wetgewing onder die lede van die wetgewer bestaan nie. Net soos die bedoeling van die wetgewer vasgestel word uit 'n vertolking van die betrokke wet, net so kan die korporatiewe bewussyn vasgestel word met verwysing na die korporatiewe beleid.

Lederman⁸ verskaf waarskynlik een van die raakste beskrywings vir die grondslag van hierdie vorm van aanspreeklikheid:

The chief assumption underlying the self-identity model of corporations is that a large organisation is not only a collection of people who shape it and activate it, but also a set of attitudes and positions, which influence, constrain, and at times even define the modes of thinking and behavior of the people who populate it.

Die skuld van regspersone, in die regstegniese sin, moet dan ook gevind word in hierdie korporatiewe identiteit, beleid, karakter, kultuur of etos.⁹

Die opkoms van hierdie aanspreeklikheidsteorie kan aan 'n aantal verwikkelinge toegeskryf word. Die eerste verwikkeling hou verband met die komplekse aard van moderne regspersone. Die ingewikkelde en veelvlakkige aard van besluitnemingsprosesse van regspersone het tot 'n herbesinning gelei oor die vraag of individualistiese skuldteorieë toereikend is. Tweedens hou dit verband met die sterk opkoms van kollektiewe teorieë van regs- en sosiaalwetenskaplikes wie die klem laat val op die identiteit en die regte en verpligtinge van groepe. Voorts neig interdisiplinêre navorsing, wat byvoorbeeld ondersoek instel na die sosiale en

⁷ Gobert 1994 *Legal Studies* 408. Sien ook Phillips 1992 *Business Ethics Quarterly* 448-454.

⁸ Lederman 2000-2001 *Buff Crim L Rev* 686. Sien ook Baysinger 1991 *B U L Rev* 346-360; Macey 1991 *B U L Rev* 329-330; en Scott 2002 *Business Ethics Quarterly* 34.

⁹ Lederman 2000-2001 *Buff Crim L Rev* 686. Baysinger 1991 *B U L Rev* 360 merk in hierdie verband op: "An organisation's internal control systems can subtly shape an individual's opportunities so that organisational crimes are committed virtually out of necessity."

ekonomiese konteks waarbinne die reg funksioneer, ook om hierdie benadering te ondersteun.¹⁰

Lederman¹¹ identifiseer twee uitgangspunte waarop die eie-identiteitsmodel gebaseer is. Die eerste is dat die eie-identiteit van die regspersoon 'n invloed het op die mate waarin die regspersoon regsvoorskrifte nakom. Die identiteit van die regspersoon word vasgestel met verwysing na die beheer- en moniteringsmeganismes wat dit in plek stel, asook die daarstelling van 'n algemene etos en 'n bepaalde werksklimaat. Hierdie faktore kan enersyds die nakoming van regsvoorskrifte aanmoedig. Andersyds kan dit nalatige en selfs opsetlike regsongehoorsaamheid aanmoedig. Die tweede uitgangspunt is dat die identiteit van die regspersoon inderdaad bepaalbaar is en dat korporatiewe gedrag voorspelbaar is. Die model kan dus met die idee van selfbeheersing in verband gebring word en derhalwe ook met regs aanspreeklikheid. 'n Persoon of entiteit kan slegs aanspreeklikheid opdoen indien dit 'n keuse kan maak tussen verskillende gedragsmoontlikhede. Die entiteit moet dus ook vatbaar wees vir verandering.

Hierdie benadering verreken die feit dat die gevestigde en stabiele element van die regspersone te vinde is in hul tradisies en struktuur. Die wisseling van mense binne die organisasie bring nie wesenslike veranderings in die gedrag en prosesse van die organisasie mee nie. Individue verbonde aan organisasies pas dikwels aan ten einde die doelwitte van die organisasie te bereik, ooreenkomstig die posisie wat hulle in die organisasie beklee. Korporatiewe beleid en gevestigde gebruike lê trouens dikwels die menslike vryheid van bestuurders en werknemers aan bande.¹² Die korporatiewe identiteit bly egter stabiel. Die korporatiewe identiteit is wel vatbaar vir wysiging, maar dit vereis 'n doelbewuste en aktiewe poging.¹³

¹⁰ Lederman 2000-2001 *Buff Crim L Rev* 684-686 en Coffee 1977 *Va L Rev* 1109-1112.

¹¹ Lederman 2000-2001 *Buff Crim L Rev* 690.

¹² Lederman 2000-2001 *Buff Crim L Rev* 688. Sien ook Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1123-1127 en Friedman 1999-2000 *Harv J L & Pub Pol'y* 852.

¹³ Lederman 2000-2001 *Buff Crim L Rev* 691. Heine 1998 *St. Louis-Warsaw Transatlantic L J* 182 som die benadering soos volg op: "It is no longer a question of personification of responsibility for individual faulty decisions of managers, but rather of recognizing a type of organisational blame on the part of the entity for neglecting its duty to concern itself adequately with the balancing of risks which arise with the establishment and operation of a complex system."

Dit is belangrik dat die reg begrip moet toon vir die interne struktuur en komplekse besluitnemingsprosesse wat in die moderne regspersoon voorkom. Slegs dan kan dit ontwikkel om meer realisties met regspersone om te gaan. Voorts sal dit vir korporatiewe besluitnemers ook makliker wees om binne die grense van die reg te funksioneer indien die korporatiewe werklikheid die grondslag vorm vir die aanspreeklikheidstelling van regspersone.¹⁴

In 'n studie deur Paternoster en Simpson¹⁵ is bevind dat korporatiewe werknemers aangedui het dat hulle die pleeg van misdade ter bevordering van die belange van die korporatiewe entiteit meer geredelik sal oorweeg indien die betrokke gedrag algemene praktyk in die entiteit is en daarom deur die bestuurstrukture geduld en stilswyend goedgekeur word. Hulle het bevind dat, waar individue korporatiewe misdade pleeg, daardie individue beïnvloed word deur die konteks van hulle diens. Hulle besluite om misdade te pleeg word beïnvloed deur risiko's en voordele verbonde aan die misdaadpleging, die risiko's en voordele vir die betrokke maatskappy en die aanwesigheid of afwesigheid van maatreëls in die maatskappy om misdaad aan te moedig.¹⁶ Parker¹⁷ maak die volgende treffende opmerking in hierdie verband:

Corporate decisions are often immoral, illegal or just bad, because although many individuals are involved in making them, none feels personal responsibility for the outcome.

Schrader en Short¹⁸ beskryf organisasie-misdade dan ook soos volg:

Organisational crimes are illegal acts of commission or omission of an individual or a group of individuals in a legitimate formal organisation in accordance with the operative goals of the organisation, which have a serious physical or economic impact on employees, consumers or the general public.

¹⁴ Kriesberg 1976 *Yale L J* 1100.

¹⁵ Paternoster en Simpson 1996 *Law and Society Review* 572.

¹⁶ Paternoster en Simpson 1996 *Law and Society Review* 552. Sien ook Van Zyl 2002 *Acta Criminologica* 24 wat die belangrikheid daarvan dat etiek by mensehulpbronnebestuur geïnkorporeer moet word beklemtoon sodat werknemers deel kan word van 'n etiese instelling.

¹⁷ Parker 1999 *Journal of Law and Society* 227.

¹⁸ Schrader en Short 1978 *Social Problems* 411-412.

Hierdie definisie verreken die invloed van die korporatiewe kultuur en korporatiewe struktuur op die gedrag van individue binne die korporatiewe entiteit op sinvolle manier. Andersyds is dit egter te beperkend deurdat dit 'n sekere graad van erns verlang alvorens strafregtelike aanspreeklikheid ter sprake kan kom. Indien die gedrag deur die reg verbied word (tensy dit natuurlik onder die *de minimis non curat lex*-reël resorteer),¹⁹ behoort dit myns insiens as misdadig aangemerkt te word, ongeag die erns daarvan.

3 Aanspreeklikheidsteorieë gebaseer op korporatiewe identiteit

3.1 Inleidend

Wanneer 'n meer realistiese benadering tot die vasstelling van korporatiewe strafregtelike aanspreeklikheid ondersoek word, staan die bydraes van 'n paar individue uit. Die Amerikaanse filosoof, Peter A French, kan waarskynlik beskou word as een van die grootse baanbrekers in hierdie verband.²⁰

In Australië is die sosioloog John Braithwaite en die regsgeleerde Brent Fisse verantwoordelik vir die skepping van die teorie dat die skuld van regspersone, juis vanweë hul besondere identiteit, nie net af te lei is van hul gedrag voor en tydens die pleeg van die wederregtelike daad nie, maar ook in die versuim om korrekatief op tree nadat die misdaad reeds gepleeg is.²¹

Die idee dat die korporatiewe karakter of etos van 'n regspersoon die grondslag vir die vasstelling van korporatiewe skuld vorm, het egter besondere gedetailleerde inhoud gekry in 'n klassieke bydrae van die Amerikaanse juris Pamela Bucy.²²

¹⁹ Dit beteken dat die reg hom nie aan onbenullighede steur nie. Burchell *Criminal Law* 355 wys daarop dat wederregtelikheid streng gesproke nie deur hierdie "regverdigingsgrond" uitgeskakel word nie, maar dat die hof eintlik nie die oortreder straf nie, weens die uiters geringe aard van die oortreding. 'n Suksesvolle beroep op die *de minimis*-reël lei egter tot 'n vryspraak. Sien ook Snyman *Strafreg* 141.

²⁰ Wells 2004 *SALJ* 653.

²¹ Fisse 1982-1983 *S Cal L Rev* 1197-1213 en Fisse en Braithwaite 1988 *Sydney L Rev* 467- 513.

²² Beale 2007 *Am Crim L Rev* 1532. Bucy, 'n professor aan die Universiteit van Alabama se bydrae is in 1991 gepubliseer in die *Minnesota Law Review*. Sien Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1095-1184.

Die bydraes van elkeen van bogemelde kommentators word vervolgens bespreek.

3.2 Die interne struktuurteorie van French

3.2.1 Regspersone as morele rolspelers

Vir French²³ bied metodologiese individualisme nie 'n bevredigende grondslag vir die aanspreeklikheid van regspersone nie. Volgens French²⁴ moet besigheidsentiteite as morele rolspelers (*moral actors*) en lede van 'n morele gemeenskap (*moral community*) gesien word.²⁵ In hierdie verband omskryf hy die begrip "rolspelers" soos volg:

Actors are those entities that display a certain set of functional capacities, as they perform on the social stage.²⁶

Daar bestaan dan drie vermoëns (*capacities*) waaroor morele rolspelers beskik. Die eerste is die vermoë om doelgerig te handel. French gebruik in hierdie verband die woorde "the ability to act intentionally." Hier word egter nie na opset in 'n regstegniese sin verwys nie. Volgens French beteken dit met betrekking tot die rolspeler: "[i]t has purposes, plans, goals and interests that motivate some of its behavior".²⁷ Die tweede vermoë is die vermoë om rasonale besluite te neem. In hierdie verband moet die rolspeler in staat wees om besluite te neem wat verband hou met sy doelstellings, in die besonder die maniere waarop sy lang- en

²³ French *Collective and Corporate Responsibility* 12-13.

²⁴ French *Corporate Ethics* 10.

²⁵ Aanvanklik het French na hierdie entiteite verwys as morele persone (*moral persons*), maar het weens kritiek daarteen die term morele rolspelers (*moral actors*) begin gebruik. Sien French 1979 *American Philosophical Quarterly* 211; French *Corporate Ethics* 10; en French *Collective and Corporate Responsibility* xi en 31-47. Scott 2002 *Business Ethics Quarterly* 33-55 bespreek die verband tussen individuele en korporatiewe morele waardes. Op 40-41 wys sy dat van die belangrikste waardes individuele morele waardes wat op korporatiewe entiteite getransponeer word die volgende is: eerlike kommunikasie, respek vir eiendom, respek vir lewe, respek vir geloofsoortuigings en geregtigheid. Sien ook Friedman 1999-2000 *Harv J L & Pub Pol'y* 852 en Quaid 1998 *McGill L J* 79-80. Phillips 1995 *Business Ethics Quarterly* 556-557 voer aan dat regspersone slegs moreel verantwoordelik kan wees indien dit as 'n werklikheid aangemerkt kan word en nie bloot net die som van 'n aantal individue is nie.

²⁶ French *Corporate Ethics* 10.

²⁷ French *Corporate Ethics* 10.

korttermyn doelstellings gerealiseer kan word. Derdens moet rolspelers in staat wees om hul doelstellings en gedragspatrone te wysig indien dit skadelik is vir hul eie belange of die belange van ander rolspelers.²⁸

3.2.2 Die CID-struktuur

Die vermoëns waaroor rolspelers beskik is nie net by mense aanwesig nie, maar ook by korporatiewe entiteite. Elke korporatiewe entiteit²⁹ beskik oor 'n interne besluitnemingstruktuur waaruit die doelgerigtheid van die korporatiewe gedrag blyk. French noem dit die *CID*-struktuur (*Corporate Internal Decision structure*). Hierdie struktuur bestaan eerstens uit 'n organisatoriese vloeikaart (*organisational flow chart*) wat die rol, verantwoordelikhede en hiërargiese plek van individue binne die korporatiewe entiteit afbeeld.³⁰

Die interne besluitnemingstruktuur bestaan voorts uit reëls waarvolgens vasgestel kan word of 'n besluit inderdaad as 'n korporatiewe besluit aangemerkt kan word, in teenstelling met die blote besluite van individue wat 'n plek in die korporatiewe hiërargie beklee. Hierdie reëls is hoofsaaklik te vinde in die verklaarde korporatiewe beleid. Die *CID*-struktuur het ten doel om die gedrag en doelwitte van onder andere verskeie mense (en selfs masjiene) saam te vat as korporatiewe gedrag en skuld.³¹ Waar korporatiewe gedrag versoenbaar is met die gevestigde korporatiewe beleid kan dit gesê word dat hierdie gedrag deur korporatiewe motiewe, korporatiewe

²⁸ French *Corporate Ethics* 12. Sien ook Soares 2003 *Journal of Business Ethics* 145. French *Collective and Corporate Responsibility* 169 brei soos volg hieroor uit: "The theory of the corporation as a moral person requires that corporations have the structural capacity to innovate and that capacity is demonstrable if a corporation is at least able to do such things as develop new products, initiate mergers, relocate plants, select new board members, acquire properties and other corporations etc."

²⁹ French 1979 *American Philosophical Quarterly* 212.

³⁰ French *Corporate Ethics* 25. French *Collective and Corporate Responsibility* 51 lig hierdie aspek soos volg toe: "[T]he chart clarifies the authority of the actual decision-maker and, of course, identifies the levels and offices to which he must report, to whom or to which he is responsible, and from whom or which he may expect the credit or blame, the reward or the punishment after the actions have occurred."

³¹ French *Corporate Ethics* 25 en French 1979 *American Philosophical Quarterly* 211-213. Op 213 van laasgenoemde werk stel French dit so: "Simply, when the corporate act is consistent with, an instantiation or implementation of established corporate policy, then it is proper to describe it as having been done for corporate reasons, as having been caused by a corporate desire coupled with a corporate belief and so, in other words, corporate intentional." Sien ook French *Collective and Corporate Responsibility* 41-47.

wense en korporatiewe oortuigings aangevuur is. Dít is dan die basis van korporatiewe skuld.³²

French³³ identifiseer dan die sogenaamde *conglomerate collectivity*. Hierdie entiteite beskik oor drie eienskappe. Eerstens het dit 'n interne struktuur of gevestigde besluitnemingsprosesse ingevolge waarvan keuses uitgeoefen kan word met betrekking tot die wyse waarop gehandel kan word. Tweedens word die gedrag van individue binne die *conglomerate activity* veel meer beperk in vergelyking met die gedrag van individue in die breër gemeenskap. Derdens vervul die lede van die entiteit 'n verskeidenheid omskrewe rolle waarvolgens daar beheer uitgeoefen word oor ander lede van die entiteit. Die voortbestaan van die entiteit is onafhanklik van die wisseling van sy lede. Die moontlikheid bestaan ook dat hierdie entiteite deur die reg met regspersoonlikheid beklee word.³⁴

French doen aan die hand dat die identifisering van unieke korporatiewe skuld die probleme met betrekking tot die aanwys van die ware individuele oortreder, wat telkens opduik by toegerekende aanspreeklikheid, uitskakel. Die wese van sy teorie is dus dat korporatiewe skuld (hier verwys French na opset en nalatigheid in die regstegniese sin) vasgestel kan word aan die hand van 'n komplekse, maar vasstelbare, mosaïek van korporatiewe besluitnemingsprosesse, beleid, oogmerke en planne. Sommige kommentators noem hierdie vorm van skuld strategiese (*strategic*) *mens rea*.³⁵ Korporatiewe entiteite word beskou as moreel verantwoordelike rolspelers in eie reg. Die teorie waarvolgens korporatiewe skuld bepaal word is, aldus French, billik en regverdig.³⁶ Korporatiewe entiteite bereik gewoonlik hul doelwitte déúr die gedrag van menslike individue. Korporatiewe doelstellings, oogmerke en belange mag egter wesenlik verskil van die van die mense deur wie dit bevorder word. Trouens dit kan selfs sonder direkte menslike

³² French *Collective and Corporate Responsibility* 44.

³³ French *Collective and Corporate Responsibility* 13.

³⁴ French *Collective and Corporate Responsibility* 13-14.

³⁵ Fisse 1982-1983 *S Cal L Rev* 1190.

³⁶ French *Corporate Ethics* 27. Sien in hierdie verband ook Silver 2005 *American Philosophical Quarterly* 291 wie verklaar: "Corporations, then, are not morally responsible because they have moral worth, but rather because of how their culture affect how human beings reason about things which do." Anders as French, plaas Silver nie korporatiewe morele verantwoordelikheid op dieselfde voet as individuele morele verantwoordelikheid nie, maar onderskei twee verskillende vorms van morele verantwoordelikheid.

tussenkoms verwesenlik word, byvoorbeeld waar rekenaars korporatiewe take verrig.³⁷

3.2.3 Die PRA-beginsel

Voortvloeiend uit die idee dat regspersone as morele rolspelers aangemerkt kan word, ontwikkel French die sogenaamde *Principle of Responsive Adjustment* (PRA-beginsel). Hiervolgens behoort 'n party wat verantwoordelik is vir die intrede van onregmatige gevolge spesifieke stappe doen ten einde te verseker dat geen herhaling daarvan plaasvind nie. Indien die betrokke rolspeler versuim om die nodige stappe in die verband te doen, kan daardie rolspeler moreel verantwoordelik gehou word vir die aanvanklike onregmatige gedrag. Die rolspeler vereenselwig hom dus in morele sin met die aanvanklike onregmatige gedrag.³⁸ Hy som dit soos volg op:

PRA should be read as saying that a person may be held morally responsible for a previous event to which that person had unintentionally, even inadvertently, contributed, if he or she subsequently intentionally acts in a way that are likely to cause repetitions of the untoward outcome.³⁹

French⁴⁰ bied dan ook hierdie beginsel aan as 'n moontlikheid ter oorkoming van die probleme wat verband hou met die toerekening van skuld aan regspersone. Daar moet gevra word of die regspersoon interne dissipline, strukturele hervorming en vergoedende remedies in plek gestel het in reaksie op die *actus reus* van die misdaad. Aangesien dit moeilik is om korporatiewe opset vas te stel met verwysing na die tydstip waarop die misdaad gepleeg is, so lui die argument, kan die skuld van die regspersoon vir die aanvanklike misdaad gebaseer word op hierdie latere versuim.

³⁷ French *Corporate Ethics* 29-30.

³⁸ French *Collective and Corporate Responsibility* 156; French 1984 *Philosophy* 498; en French 1984 *Journal of Business Ethics* 106-107.

³⁹ French 1989 *Legal Studies Forum* 119.

⁴⁰ French 1989 *Legal Studies Forum* 120.

3.2.4 Kritiek op French se teorie

Waarskynlik die vernaamste punt van kritiek wat teen die benadering van French geopper kan word, is daarin geleë dat hy korporatiewe entiteite as morele rolspelers tipeer. Hoewel French skuld aan die regs persone op grond van hulle unieke karakter toedig, poog hy steeds om dit aan individuele moraliteit te koppel. Wells⁴¹ wys daarop dat regs persone nie individue is nie. Die benadering van French om regs persone as morele entiteite te tipeer, is teenstrydig met sy argumente dat strafregtelike gedrag juis deur korporatiewe strukture aangemoedig of ontmoedig word. Die bestrawwing van wederregtelike gedrag is nie afhanklik van die morele aard van daardie gedrag nie. Fisse⁴² skryf in hierdie verband:

Indeed if one believes that offences are 'sins with legal definitions' ... then one cannot believe in corporate criminal liability; corporations lack a conscience in any real sense and hence are incapable of committing sinful offences.

Dit beteken nie dat korporatiewe misdade nie in die meeste gevalle as moreel afkeurenswaardig beskou word nie.⁴³ Alhoewel moreel afkeurenswaardige gedrag dikwels strafbaar gestel word, is dit nie 'n voorvereiste vir strafregtelike aanspreeklikheid nie.⁴⁴ Die Suid-Afrikaanse Hoogste Hof van Appèl het hierdie aspek goed verduidelik in die delikteregsaak *Van Eeden v Minister of Safety and Security*:⁴⁵

In applying the concept of the legal convictions of the community the court is not concerned with what the community regards as socially, morally, ethically or religiously right or wrong, but whether or not the community regards a particular act or form of conduct as delictually wrongful. The legal convictions of the community must further be seen as the legal convictions of the legal policy makers of the community, such as the legislature and judges.

⁴¹ Wells *Corporations and Criminal Responsibility* 94.

⁴² Fisse 1982-1983 *S Cal L Rev* 1177.

⁴³ Fisse 1982-1983 *S Cal L Rev* 1179.

⁴⁴ Quaid 1998 *McGill L J* 73-74. In hierdie verband skryf Mewett 1962 *U T L J* 214: "It is perfectly clear that, whatever our views on the connection between morals and crime might be, an immoral person (that is, one who commits immoral acts) cannot be equated with a criminal person (that is, one who commits criminal acts)."

⁴⁵ *Van Eeden v Minister of Safety and Security (Women's Legal Centre Trust as amicus curiae)* 2003 1 SA 389 (HHA) 10.

Kerlin,⁴⁶ een van French se felste kritici, wys voorts daarop dat die inlywing van 'n regs persoon deur die reg nie meebring dat die regs persoon skielik 'n morele rolspeler word nie.

Betreffende die *PRA*-beginsel blyk dit dat French telkens slegs na korporatiewe opset (*corporate intentionality*) verwys as skuldvorm wat met verwysing na hierdie beginsel vasgestel word. French onderskei nooit tussen verskillende vorme van skuld nie en dit blyk trouens, soos hierbo uiteengesit, dat hy nie op 'n regswetenskaplike manier inhoud verleen aan die begrip *corporate intentionality* nie. Dit blyk ook dat hy *mens rea* in die breë sonder meer aan opset gelykstel.⁴⁷ Vele korporatiewe misdade is tog op nalatigheid gebaseer. Hy wend geen poging aan om die wyse waarop korporatiewe nalatigheid vasgestel moet word, weer te gee nie. Dit mag moontlik daaraan te wyte wees dat French 'n filosoof is wat die fokus plaas op die morele verantwoordbaarheid van regspersone.

Bogenoemde kritiek doen egter geensins afbreuk aan die belangrike bydrae wat French lewer ten einde 'n realistiese regsraamwerk, gebaseer op die unieke korporatiewe struktuur, daar te stel nie.

3.3 Fisse en Braithwaite se model van terugwerkende skuld

3.3.1 Die aard van regspersone

Ook Fisse en Braithwaite⁴⁸ beskou organisasies nie as blote samevoegings van individue nie, maar eerder as stelsels. Net soos French, is hulle van mening dat

⁴⁶ Kerlin 1997 *Journal of Business Ethics* 1434 waar hy skryf: "The enterprise does not reflect, weigh alternatives, worry about outcomes, feel guilt or shame, all of the features of human persons as moral agents. It is a wholly legal being, invisible, intangible and existing only in contemplation of law."

⁴⁷ French 1989 *Legal Studies Forum* 120 en French 1984 *Journal of Business Ethics* 107.

⁴⁸ Fisse en Braithwaite 1988 *Sydney L Rev* 479. Die presiese wyse waarop die kultuur saamgestel word, word soos volg beskryf deur Fisse en Braithwaite: "[O]rganisations consist of sets of expectations about how different kinds of problems should be resolved. These expectations are a residue of the individual expectations of many past and present members of the organisation. But they are also a product of the interplay among individuals' expectations which distinguish shared meanings from individuals' views. The interaction between individual and shared expectations, on the one hand, and the organisation's environment, on the other constantly reproduces shared expectations. In other words, an organisation has a culture which is transmitted from one generation of organisational role incumbents to the next."

individualisme geensins 'n bevredigende verduideliking vir korporatiewe gedrag en skuld bied nie.⁴⁹ Elke organisasie beskik oor sy eie kultuur. Die gedrag van individue dra slegs gedeeltelik by tot hierdie kultuur. Die personeelsamestelling van die organisasie kan in die geheel verander, maar dit bring nie noodwendig 'n korporatiewe kultuurverandering mee nie. Vir Fisse en Braithwaite⁵⁰ reduseer die individualistiese benadering tot korporatiewe aanspreeklikheid korporatiewe skuld tot individuele blaamwaardigheid wat in kontras staan met ware korporatiewe aanspreeklikheid.

Op die individualistiese benadering dat regspersone nie skuld kan vorm nie opper hulle die volgende teenvraag: Hoe kan 'n regspersoon dan verwytd word? Hulle gee toe dat regspersone nie oor serebrale verstandsvermoë beskik nie, maar doen aan die hand dat regspersone oor hulle eie besondere vorm van skuld beskik. Díe skuld is te vinde in die korporatiewe beleid.⁵¹

3.3.2 Terugwerkende skuld

Fisse⁵² wys egter daarop dat dit baie moeilik kan wees om skuld te bewys indien hierdie korporatiewe aanspreeklikheidsmodel gebruik word. Korporatiewe beleid sal immers feitlik nooit uitdruklik voorsiening maak vir die pleeg van misdade nie. Daarom moet daar weggedoen word met die uitsluitlike aanwending van die gelyktydigheidsbeginsel met betrekking tot skuld. Hierdie beginsel vereis dat die pleeg van die misdaad slegs met skuld tydens die pleging daarvan gepaard moet gaan.⁵³

⁴⁹ Fisse en Braithwaite *Corporations, Crime and Accountability* 57-58.

⁵⁰ Fisse en Braithwaite 1988 *Sydney L Rev* 481.

⁵¹ Fisse en Braithwaite 1988 *Sydney L Rev* 481.

⁵² Fisse en French (reds) *Corrigible Corporations and Unruly Law* 188.

⁵³ Sien in die verband *S v Masilela* 1968 2 SA 558 (A) 574. Snyman *Strafreg* 150 skryf in die verband: "Indien die wederregtelike handeling op een tydstep verrig word sonder enige skuld, en die skuld weer op 'n latere tydstep aanwesig is sonder dat daar tegelykertyd 'n wederregtelike handeling is, word geen misdaad gepleeg nie, en dieselfde geld indien daar by die eerste geleentheid skuld sonder 'n wederregtelike handeling was en by die tweede geleentheid 'n wederregtelike handeling sonder skuld."

Ten einde hierdie probleem te oorkom, stel Fisse en Braithwaite⁵⁴ voor dat daar met terugwerkende korporatiewe skuld (*reactive corporate fault*) gewerk behoort te word ten einde die strafregtelike aanspreeklikheid van regspersone te bepaal. Hierdie teorie is veral deur Fisse ontwikkel.⁵⁵ Wat interessant is, is dat Fisse die benadering van Amerikaanse howe met betrekking tot die strafoplegging van regspersone tot 'n aanspreeklikheidsteorie omvorm. Hiervolgens word korporatiewe skuld nie net vasgestel op die stadium waarop die wederregtelike handeling gepleeg word nie. Skuld moet ook vasgestel word met verwysing na die optrede van die regspersoon in reaksie op die wederregtelike gedrag van individue verbonde aan die regspersoon.⁵⁶

Terugwerkende korporatiewe skuld word deur Fisse⁵⁷ omskryf as die skuld van 'n korporatiewe entiteit wat geleë is in die versuim om bevredigende voorkomende of herstellende maatreëls in plek te stel in reaksie op die pleeg van 'n misdad deur werknemers wat ter bevordering van die belange van die regspersoon handel. Hy onderskei dan tussen misdade van ernstige en misdade van minder ernstige terugwerkende versuim. Ernstige misdade van terugwerkende versuim vereis die bewys van strategiese *mens rea*. Strategiese *mens rea* behels 'n korporatiewe beleid (hetsy uitdruklik of by implikasie) wat die doelbewuste of roekelose versuim om voorkomende of herstellende stappe te doen, voorstaan. Minder ernstige misdade van korporatiewe versuim sal weer bewys verg dat die korporatiewe entiteit versuim het om 'n spesifieke terugwerkende plig wat deur die reg voorgeskryf word na te kom. Die korporatiewe entiteit kan egter in laasgenoemde geval aanspreeklikheid ontwyk indien dit kan aantoon dat dit wel die nodige sorgsaamheid aan die dag gelê het (die sogenaamde *due diligence defence*). Die maksimum

⁵⁴ Fisse en Braithwaite 1988 *Sydney L Rev* 504-507.

⁵⁵ Sien in die verband Fisse 1982-1983 *S Cal L Rev* 1201-1213.

⁵⁶ Fisse 1982-1983 *S Cal L Rev* 1195 en Fisse en Braithwaite *Corporations, Crime and Accountability* 46-48.

⁵⁷ Fisse 1982-1983 *S Cal L Rev* 1202. Clarkson 1998 <http://webjcli.ncl.ac.uk> onder die opskrif "Reactive Corporate Fault" som die idee van terugwerkende korporatiewe skuld soos volg op: "Where it is established that the actus reus of an offence has been committed by or on behalf of a company, a court should be empowered to order the company to conduct its own investigation to ascertain who was responsible and then take appropriate disciplinary measures against such persons and corrective steps to ensure the wrongdoing does not occur. If the company takes appropriate measures, no criminal liability will be imposed." Sien ook Fisse 1990 *Crim L F* 251-258.

vonnis wat vir 'n bepaalde misdaad opgelê kan word behoort as maatstaf te dien om te onderskei tussen ernstige en minder ernstige vorme van korporatiewe versuim.⁵⁸

Die reaktiewe skuldbeginsel kan toegepas word op bestaande misdade deurdat 'n algemene plig op regspersone geplaas word om bepaalde voorkomende of herstellende stappe te doen. Volgens hierdie benadering hoef die skuld- en die gedragselemente nie gelyktydig teenwoordig te wees nie. Volgens Fisse is dit moeilik te begrepe waarom proaktiewe skuld, met ander woorde skuld wat teenwoordig is voor die pleeg van 'n gewraakte handeling, verreken kan word, maar terugwerkende skuld uitgesluit moet word.⁵⁹ Die moontlikheid bestaan voorts dat 'n algemene misdaad van reaktiewe versuim geskep kan word weens die versuim van die regspersoon om voorkomende en herstellende stappe te doen nadat die misdaad gepleeg is. Hierdie aanspreeklikheid sal gebaseer wees op 'n algemene regsplig om sodanige stappe te doen. Hierbenewens kan die plig om voorkomend en herstellend op te tree ná die pleeg van die aanvanklike wederregtelike handeling ook vir besondere situasies in wetgewing vasgelê word.⁶⁰

Fisse⁶¹ stel 'n besonder ingewikkelde skema voor wat as basis vir hierdie vorm van aanspreeklikheid moet dien. Eerstens moet daar 'n geleentheid wees vir die regspersoon om herstellende stappe te doen. Dit beteken dat verteenwoordigers van die regspersoon 'n misdaad moes pleeg en 'n voldoeningskennisgewing moes ontvang waarin die reaktiewe verpligting uiteengesit word. Hierdie kennisgewing moet uitgereik word deur 'n hof of 'n ander administratiewe orgaan. Die tweede been van die struktuur het te make met die moontlike bevel wat in die voldoeningsbevel vervat kan word. Hierdie bevel is:

- (i) die daarstelling van 'n doeltreffende program van interne dissiplinêre aksie teen oortreders;
- (ii) die aanpassing van die korporatiewe beleid en operasionele prosedures wat, indien dit in plek gestel word, waarskynlik toekomstige oortredings sal uitskakel;

⁵⁸ Fisse 1982-1983 *S Cal L Rev* 1203.

⁵⁹ Fisse 1982-1983 *S Cal L Rev* 1204.

⁶⁰ Fisse 1982-1983 *S Cal L Rev* 1204.

⁶¹ Fisse 1982-1983 *S Cal L Rev* 1205.

- (iii) die goedmaak van enige skade aangerig by wyse van skadevergoeding, genoegdoening of reparasie; en
- (iv) die fasilitering van die gemelde vergoedingsproses deur openbare kennisgewings met betrekking tot moontlike remedies tot beskikking van die benadeeldes, bystand aan die benadeeldes en impakstudies.

Die primêre subjekte verantwoordelik vir die nakoming van die voldoeningskennisgewing is die korporatiewe entiteit wat die aanvanklike misdaad gepleeg het en lede van 'n korporatiewe bestuursplan wat verantwoordelik is vir die daarstelling en monitering van die terugwerkende voldoeningsprogram.⁶²

Hierdie idee verreken volgens Fisse en Braithwaite⁶³ onder meer die sterk afkeer van die gemeenskap waar korporatiewe entiteite versuim om op te tree nadat hulle bewus gemaak is van risiko's verbonde aan die aard van hulle bedrywighede. Voorts maak dit voorsiening vir die onvermydelike feit dat die nakoming van regsvoorskrifte in groter en medium korporatiewe entiteite normaalweg as roetine-aangeleenthede hanteer word. Die nakoming van hierdie verpligtinge word dikwels aan werknemers wat laer in die korporatiewe hiërargie lê, gedelegeer.

Hierdie model fokus dus nie soseer op die korporatiewe beleid van die regspersoon tydens die pleeg van die aanvanklike wederregtelike handeling nie, maar eerder op die stappe wat gedoen word in reaksie daarop.⁶⁴

3.3.3 *Kritiek op die benadering van Fisse en Braithwaite*

Die terugwerkende skuldbeginsel doen weg met die gelyktydigheidsbeginsel waarvolgens skuld gelyktydig met die wederregtelike handeling aanwesig moet wees.⁶⁵ Dit is aanvaarbaar om gedrag wat volg na die pleeg van die aanvanklike misdaad in ag te neem ten einde die gesindheid van die dader ten tyde van die

⁶² Fisse 1982-1983 *S Cal L Rev* 1206.

⁶³ Fisse en Braithwaite 1988 *Sydney L R* 505. Sien ook Fisse en Braithwaite *Corporations, Crime and Accountability* 48 en Fisse en French (reds) *Corrigible Corporations and Unruly Law* 205-207.

⁶⁴ Fisse en French (reds) *Corrigible Corporations and Unruly Law* 188.

⁶⁵ Snyman *Strafreg* 150 en Wilkinson 2003 *Canterbury L Rev* 171-172.

pleeg van die misdaad vas te stel. Die bewering van 'n individu dat hy hom nie aktief geassosieer het met die pleeg van 'n roof nie, kan byvoorbeeld weerlê word by bewys daarvan dat hy gedeel het in die opbrengs van die roof.⁶⁶ Dit beteken egter nie dat sy gesindheid tydens die verdeling van die opbrengs nou sommer gelykgestel word aan sy skuld tydens die rooftog nie. So 'n benadering is heeltemal onversoenbaar met die skuldleerstuk.⁶⁷

Die terugwerkende skuldteorie bring voorts mee dat die regspersoon altyd 'n tweede kans gegun word. Volgens hierdie teorie kan regspersone slegs aanspreeklik gestel word indien dit versuim om doeltreffende stappe te doen ten einde die herhaling van 'n aanvanklike oortreding te voorkom.⁶⁸ Dit kan beteken dat selfs enorme skadelike gevolge wat teweeggebring is deur die "eerste" oortreding bloot geïgnoreer word. Inaggenome die ernstige skadelike gevolge wat korporatiewe wederregtelike gedrag kan meebring is dit noodsaaklik dat die reg so spoedig moontlik ingryp ten einde 'n regspersone doeltreffend af te skrik. Fisse⁶⁹ het egter hierdie kritiek voorsien en beantwoord dit deur aan te voer dat terugwerkende skuldbenadering nie as die uitsluitlike basis vir die strafregtelike aanspreeklikheid van regspersone gepropageer word nie, maar as 'n bykomende vorm van skuld. Voorts voer hy aan dat die voldoeningskennisgewings wat hy voorstel reeds by die pleeg van die aanvanklike misdryf op die regspersoon beteken word en toepassing vind voor 'n beroep gedoen kan word op terugwerkende versuim. Hy doen voorts aan die hand dat dit hedendaags algemeen voorkom dat oortreders nie net by wyse van tradisionele strafregtelike sanksies gestraf word nie, maar dat onderhandelde skikkings en herstellende geregtigheid aangewend word om oortreders aan te moedig tot wetsgehoorsame gedrag.

Die vernaamste rede deur Fisse aangevoer vir die terugwerkende skuldbenadering is dat dit baie moeilik is om korporatiewe skuld te bewys, weens die feit dat korporatiewe beleid feitlik nooit misdadige gedrag uitdruklik sal magtig nie. Dit is egter 'n te eng siening van die wyse waarop die aanwesigheid van korporatiewe

⁶⁶ Sien *S v Petersen* 1989 3 SA 420 (A) 425E-F; *S v Majosi* 1991 2 SASV 532 (A) 538B-C; en *S v Nduli* 1993 2 SASV 501 (A) 506 I-J.

⁶⁷ Sien vn 74. Sien ook Kalima 2009 SA Merc LJ 357.

⁶⁸ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1163.

⁶⁹ Fisse 1982-1983 *S Cal L Rev* 1210.

identiteit of kultuur bepaal behoort te word. Bucy, wie se korporatiewe etos-teorie hieronder bespreek word, het oortuigend aangedui dat daar vele faktore is wat verreken behoort te word ten einde te bepaal of die korporatiewe kultuur van 'n regspersoon die pleeg van 'n misdaad aangemoedig of geduld het. Die geskrewe korporatiewe beleid is maar net een daarvan. Wanneer menslike gedrag ter sprake kom, kan 'n hof die menslike wil en wederregtelikheidsbewussyn in elk geval meestal slegs vasstel by wyse van afleiding deur die gedrag van die mens.⁷⁰ Daar bestaan geen rede waarom 'n hof nie ook die korporatiewe kultuur van 'n regspersoon kan vasstel met verwysing na byvoorbeeld gevestigde ongeskrewe praktyke en selfs die afwesigheid van geskrewe riglyne ten einde regsgehoorsaamheid te verseker nie.

3.4 Die korporatiewe etos-teorie van Bucy

3.4.1 Die aard van die korporatiewe etos-teorie

Bucy,⁷¹ 'n professor in die regte aan die Universiteit van Alabama in die VSA, het 'n klassieke bydrae gelewer met betrekking tot die daarstelling van 'n raamwerk om korporatiewe skuld vas te stel. Sy maak gebruik van die sogenaamde korporatiewe etos-teorie. Haar vertrekpunt is dat verskeie studies wat betrekking het op besigheidsentiteite daarop dui dat elke korporatiewe entiteit oor sy eie onderskeibare kultuur en karakter beskik.⁷² Volgens Bucy⁷³ is die oorsprong van die etos-konsep 'n skepping van Aristoteles en leef die inhoud van hierdie begrip voort in die moderne samelewing. Sy definieer die begrip "etos" soos volg:

Today, the term refers to the characteristic spirit or prevalent tone of sentiment of a community, institution or system.⁷⁴

Sy verwys na hierdie idee as die abstrakte en ontasbare karakter van 'n korporatiewe entiteit, maar wys daarop dat dit beoordeel word onafhanklik van die wesenlike bedrywighede van die regspersoon. Die uitgangspunt hier is dat elke

⁷⁰ Snyman *Strafreg* 188.

⁷¹ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1095 en 1123. Sien ook Beale 2007 *Am Crim L Rev* 1532.

⁷² Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1123.

⁷³ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1123.

⁷⁴ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1099. Sien ook Scott 2002 *Business Ethics Quarterly* 36 en Schudt 2000 *Business Ethics Quarterly* 712-717 waarin die skrywer menslike deugsaamhede wat deur Aristoteles verkondig is, aanpas om op korporatiewe entiteite van toepassing te wees.

korporatiewe entiteit oor 'n eie en identifiseerbare korporatiewe persoonlikheid of etos of, soos sy dit stel, *characteristic spirit* beskik. Die identiteit van die regspersoon is nie afhanklik van spesifieke individue wat die regspersoon beheer of wat werknemers van die regspersoon is nie. Die korporatiewe entiteit kan slegs aan 'n misdaad skuldig bevind word indien sy verteenwoordigers deur die korporatiewe etos van die entiteit aangemoedig is om strafregtelik te handel. Sodoende word verseker dat regspersone slegs aanspreeklik gestel word vir gedrag wat versoenbaar is met hul beleid, doelstellings en etos.⁷⁵

Bucy⁷⁶ identifiseer vier voordele verbonde aan hierdie benadering. In die eerste plek word daar 'n metode geskep by wyse waarvan korporatiewe skuld vasgestel kan word. Volgens die middellike aanspreeklikheidsbenadering, wat die heersende grondslag vir die aanspreeklikheidsstelling van regspersone in die VSA vorm, word regspersone skuldloos aanspreeklik gehou. Die grondslag vir strafregtelike aanspreeklikheid is dus wesenlik dieselfde as siviele aanspreeklikheid. Hierdie gelykstelling verminder eintlik die impak van 'n strafregtelike skuldigbevinding en die oogmerke van die strafreg. Deur 'n metode daar te stel ten einde korporatiewe skuld vas te stel, word hierdie probleem uit die weg geruim.

Die tweede voordeel is daarin geleë dat die verskille in uiteenlopende regspersone behoorlik verreken word. Die bestaande grondslae vir korporatiewe strafregtelike aanspreeklikheid is hoofsaaklik daarin geleë dat die gedrag van individuele verteenwoordigers van die regspersoon die regspersoon toegereken word. Die besondere omstandighede wat in 'n korporatiewe entiteit heers, word egter nie in hierdie proses in ag geneem nie. Geen twee regspersone het dieselfde etos nie en daarom kan die reg nie alle regspersone op dieselfde manier hanteer nie.⁷⁷

Derdens word verantwoordelike korporatiewe bestuur aangemoedig. Korporatiewe entiteite wat hulle werknemers toerus en aanmoedig om regsgehoorsaam te wees,

⁷⁵ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1099. Sien ook Friedman 1999-2000 *Harv J L and Pub Pol'y* 847.

⁷⁶ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1099.

⁷⁷ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1100.

word volgens hierdie teorie immers nie aan strafregtelike aanspreeklikheid blootgestel nie.⁷⁸

Laastens doen Bucy aan die hand dat die korporatiewe etos maklik vasstelbaar en bewysbaar is. Ten einde die korporatiewe etos vas te stel en ten einde te bepaal of die korporatiewe etos die strafregtelike gedrag aangemoedig het, behoort die volgende aspekte verreken te word: die korporatiewe hiërargie, die beleid en doelstellings van die regspersoon, die wyse waarop die regspersoon wandade wat in die verlede gepleeg is hanteer het, die stappe wat die regspersoon doen om werknemers op te voed en aan te moedig om wetsgehoorsaam te wees en die vergoedingskema van die regspersoon. Hierdie faktore kan in die algemeen maklik vasgestel word tydens die strafregtelike ondersoekfase.⁷⁹ Hierdie faktore word vervolgens van nader beskou.

3.4.2 *Die vasstelling van die korporatiewe etos*

Die eerste faktor wat volgens Bucy verreken moet word ten einde te bepaal of daar 'n korporatiewe etos bestaan wat die pleeg van die misdryf aangemoedig het, is die korporatiewe hiërargie. In hierdie verband behoort die rol van die direksie eerstens ondersoek te word. Daar behoort gevra te word of die direksie of 'n lid daarvan stappe doen om toe te sien dat die regspersoon die reg gehoorsaam. Voorts moet vasgestel word of die direksie of die betrokke lid van die direksie oor genoegsame hulpbronne beskik ten einde hierdie oorsieningstaak doeltreffend uit te voer. Daarbenewens moet ook die bestuurstrukture wat in plek geplaas is ondersoek word ten einde vas te stel tot watter mate nie-voldoening aan regsvoorskrifte geduld word.⁸⁰

'n Volgende belangrike faktor wat in ag geneem moet word by die bepaling van die korporatiewe etos is die doelstellings van die korporatiewe entiteit. In hierdie verband moet daar bepaal word of die doelstellings wat die regspersoon vir 'n bepaalde afdeling of individu daarstel nie so onrealisties hoog is dat dit misdadige

⁷⁸ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1100-1101.

⁷⁹ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1101.

⁸⁰ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1129-1131. Sien ook Lederman 2000-2001 *Buff Crim L Rev* 694-695.

gedrag aanmoedig nie. Die winsoogmerk van die regspersoon kan byvoorbeeld meebring dat onredelike druk op werknemers en bestuurders geplaas word om te presteer en sodanige individue kan in die versoeking gestel word om regsvoorskrifte te ignoreer.⁸¹ Waar regspersone ekonomies swak presteer, mag daar groot druk van die korporatiewe bestuur op werknemers geplaas word om die winste van die entiteit te verbeter. Dit mag hierdie werknemers aanmoedig om misdade ter bevordering van die belange van die regspersoon te pleeg.⁸²

Daar behoort verder vasgestel te word in watter mate 'n regspersoon sy werknemers opvoed met betrekking tot regsvoorskrifte wat betrekking het op die besondere sfeer waarin werknemers hulle bevind. In hierdie verband sal die ondersoek daarop gerig wees om te bepaal of werknemers op 'n verstaanbare manier ingelig word van enige regsvoorskrifte en wysigings aan beroepspesifieke regsvoorskrifte. Daar kan voorts byvoorbeeld bepaal word hoe gereeld vergaderings gehou word ten einde te verseker dat daar voldoen word aan regsvoorskrifte. Aandag kan ook geskenk word aan die vraag of daar spesifieke opleidingsprogramme bestaan met betrekking tot etiek en regsvoorskrifte wat verband hou met die regulering van die aktiwiteite van die betrokke regspersoon. Die afwesigheid van sodanige opleidingsprogramme dui op 'n korporatiewe identiteit wat wederregtelike gedrag aanmoedig.⁸³

Die volgende belangrike faktor wat in ag geneem behoort te word by die vasstelling van die korporatiewe etos, is die vraag of daar 'n voldoende korporatiewe moniteringstelsel in plek is ten einde te verseker dat regsvoorskrifte nagekom word. Bucy wys op drie aspekte wat in hierdie verband kan geniet. Ten eerste moet daar vasgestel word of daar 'n interne oudit gedoen word om gebreke met betrekking tot nie-voldoening aan regsvoorskrifte te identifiseer. Hierdie stelsel moet nie net in plek

⁸¹ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1133-1134.

⁸² Alexander en Cohen 1996 *Managerial and Decision Economics* 421. Sien ook Paternoster en Simpson 1996 *Law and Society Review* 572 wie in 'n studie bevind het dat werknemers aangetoon het dat hulle waarskynlik makliker misdaad in die loop van hul diens sal pleeg indien hulle glo dat dit tot besparings vir die maatskappy sal lei of die winsgewendheid of reputasie van die maatskappy daardeur verhoog sal word.

⁸³ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1134-1135. Volgens Van Zyl 2002 *Acta Criminologica* 21-22 behoort 'n maatskappy 'n etiese gedragskode op te stel wat die insette van personeel op elke vlak van die korporatiewe hiërargie verreken. Van Zyl 2002 *Acta Criminologica* 22-23 lê veral klem op vaardigheidsopleiding met betrekking tot etiese aspekte. Dit sluit onder andere in die hantering van etiese probleemgevalle waarin werknemers hulle moontlik kan bevind en die weergee van riglyne vir etiese besluitneming in hierdie aangeleenthede met verwysing na die korporatiewe gedragskode.

wees nie, maar dit moet ook doeltreffend wees.⁸⁴ Tweedens moet die vraag gevra word of die korporatiewe beleid werknemers aanmoedig om probleme wat verband hou met etiese kwessies en die voldoening aan regsvoorskrifte met die bestuur van die korporatiewe entiteit te bespreek. Indien die kommunikasiekanale nie oop en doeltreffend is nie, moet die redes daarvoor ook ondersoek word.⁸⁵ Derdens moet ondersoek ingestel word of werknemers jaarliks 'n verklaring maak waarin hulle aandui dat hulle vertrouwd is met die betrokke regulatoriese voorskrifte en bewus is dat nie-voldoening daaraan tot hul ontslag kan lei.⁸⁶ Laastens moet daar gevra word of die korporatiewe entiteit oor 'n arbiter beskik wat klagtes en probleme van werknemers kan hanteer met betrekking tot die nakoming van regsvoorskrifte. Die doeltreffendheid van die arbiter om probleme aan te spreek, asook sy vermoë om werknemers wat probleme onder sy aandag bring te beskerm, moet ook ondersoek word. Voorts is dit verkieslik dat hierdie arbiter nie deel van die korporatiewe hiërargie vorm nie.⁸⁷

Die misdaad waarvan die regspersoon aangekla word, is uiteraard ook 'n belangrike oorweging. In hierdie verband moet antwoorde gevind word op vrae soos watter persoon strafregtelik gehandel het, en watter beamptes die gedrag maar roekeloos verdra het. Die deurslaggewende vraag is egter steeds of die regspersoon die wederregtelike gedrag aangemoedig het.⁸⁸

Een van die belangrike aanduidings van die korporatiewe etos is die reaksie van die regspersoon op enige versuim in die verlede om regsvoorskrifte na te kom. Is skuldige werknemers aan dissiplinêre stappe onderwerp of bevorder? Watter stappe

⁸⁴ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1136. Sien ook Huff 1996 *Col L Rev* 1263-1266.

⁸⁵ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1137. Van Zyl 2002 *Acta Criminologica* 22 doen vanuit 'n ondernemingsbestuursoogpunt aan die hand dat daar gereelde kommunikasiesessies in maatskappye gereël moet word ten einde sinvolle samewerking tussen en inligting van personeel op alle vlakke van die korporatiewe hiërargie te verkry. Die inligting wat op hierdie wyse bekom word kan die senior bestuur van die entiteit in staat stel om 'n etiese kode voor te berei.

⁸⁶ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1137. Sien ook Van Zyl 2002 *Acta Criminologica* 22 wat aanbeveel dat die gedragskode nie net versprei word nie, maar dat werknemers ook skriftelik moet aandui dat hulle dit gelees en verstaan het. Die etiese reëls kan ook deel vorm van die diensbeskrywing van werknemers.

⁸⁷ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1137.

⁸⁸ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1138. Paternoster en Simpson 1996 *Law and Society Review* 572 het bevind dat korporatiewe werknemers aangedui het dat hulle makliker misdade ter bevordering van korporatiewe belange sal pleeg indien daartoe aangemoedig deur senior bestuurslede.

het die regspersoon gedoen om 'n herhaling van hierdie gebeure te voorkom? Is daar gepoog om die probleem reg te stel of is die onregmatige gedrag verbloem? Indien die regspersoon ter goeder trou stappe doen om onregmatige gedrag aan te spreek en die herhaling daarvan te voorkom behoort dit aanduidend te wees dat die korporatiewe etos van so 'n aard is dat die regspersoon nie strafregtelik aanspreeklik gestel behoort te word nie.⁸⁹

Nog 'n faktor wat in ag geneem behoort te word, is die vraag of die regspersoon wederregtelike of regsgehoorsame gedrag op die een of ander wyse beloon. Hiervolgens sal die beloning van 'n afdelingsbestuurder wie se afdeling 'n goeie wins toon ten koste van werknemersveiligheid aanduidend kan wees van 'n korporatiewe etos wat wederregtelike gedrag aanmoedig.⁹⁰ Empiriese studies dui daarop dat werknemers die pleeg van misdaad meer geredelik in die korporatiewe konteks sal oorweeg indien hulle loopbane daardeur bevorder staan te word.⁹¹

'n Laaste faktor wat volgens Bucy in ag geneem behoort te word, het te make tot watter mate die regspersoon sy amptenare skadeloos stel vir enige onregmatige gedrag. Skadeloosstelling kan aanduidend wees daarvan dat die regspersoon wederregtelike gedrag kondoneer.⁹²

Volgens Bucy word daar nie heeltemal weggedoen met die middellike aanspreeklikheidsbenadering nie en is die korporatiewe etos-teorie eerder 'n streng toepassing daarvan. Indien die korporatiewe etos die verteenwoordiger aanmoedig het om die misdaad te pleeg, word die gedrag van die verteenwoordiger geag binne die omvang van sy diens aan die regspersoon gepleeg te gewees het. Die korporatiewe etos-aanspreeklikheidsbeginsel verwys dus nie pertinent na die vereiste dat 'n verteenwoordiger binne die omvang van sy diens aan die korporatiewe entiteit moet optree nie. Hierdie vereiste word by implikasie ingesluit by die blote toepassing van die korporatiewe etos-teorie.⁹³

⁸⁹ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1138-1139.

⁹⁰ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1139.

⁹¹ Paternoster en Simpson 1996 *Law and Society Review* 573.

⁹² Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1140.

⁹³ Bucy 1990-1991 *Minn L Rev* 1148-1149.

3.4.3 *Kommentaar op Bucy se teorie*

Bucy het duidelik voortgebou op die idees van French, Fisse en Braithwaite. Haar korporatiewe etos-idee is dus nie nuut nie. Sy verleen egter gedetailleerde inhoud aan die manier waarop daar vasgestel kan word of die korporatiewe etos of korporatiewe kultuur bygedra het tot die pleeg van 'n misdaad. Die faktore wat sy in hierdie verband uitstip is prakties en loënspraak die vrese van veral Fisse dat die korporatiewe kultuur uiters moeilik vasstelbaar is. Dit is duidelik dat hierdie kultuur uit 'n veeltal aanwysers in die struktuur van die regspersoon afleibaar is. Kritici wys daarop dat hierdie benadering 'n geweldige las op die owerhede plaas wat die beweerde misdaad ondersoek, aangesien dit onder meer toegang tot korporatiewe rekords, interne memorandums en die samewerking van korporatiewe werknemers vereis.⁹⁴ Myns insiens is hierdie tipiese struikelblokke wat in elk geval daagliks deur die owerhede oorkom moet word in die ondersoek van byvoorbeeld 'n bedrogsaak. Die bevoegdhede wat deur die strafprosesreg verleen word moet eenvoudig aangewend word in die ondersoek van die aangeleentheid.

Moore⁹⁵ voer aan dat hierdie benadering egter besonder geskik is vir die vasstelling van die blaamwaardigheid van regspersone vir vonnisdoeleindes.

Bucy se artikel is gepubliseer kort voordat die *Organisational Sentencing Guidelines* van die Federale *Sentencing Commission* van die Verenigde State in werking getree het.⁹⁶ Hierdie riglyne moedig korporatiewe entiteite aan om doeltreffende voldoeningsprogramme in plek te stel wat sterk herinner aan Bucy se benadering. Die bestaan van so 'n program dien dan ook as strafversagende faktor. Hier word volstaan met enkele kenmerke van 'n doeltreffende voldoeningsprogram. Daar moet standarde en prosedures in plek wees ten einde misdadige gedrag te identifiseer en te voorkom, die bestuur van die organisasie moet hul op hoogte stel van die inhoud en werking van die voldoeningsprogram, die voldoeningsprogram moet op 'n gereelde en praktiese manier aan werknemers oorgedra word, indien

⁹⁴ Moore 1992 *Arizona L Rev* 778.

⁹⁵ Moore 1992 *Arizona L Rev* 779.

⁹⁶ Murphy 2001-2002 *Iowa L Rev* 711 vn 63. Hierdie artikel verskaf ook 'n toeganklike en bondige oorsig oor die ontstaan en funksionering van die *Federal Sentencing Guidelines*. Sien ook Wellner 2005 *Cardozo L Rev* 497-528.

misdaadpleging ontdek is, moet die organisasie moet alle redelike stappe doen ten einde soortgelyke gedrag te voorkom.⁹⁷

4 Gevolgtrekking

Dit is noodsaaklik dat die aard en struktuur van moderne organisasies verreken moet word ten einde 'n realistiese grondslag vir veral korporatiewe skuld daar te stel. Indien die reg hom laat lei deur navorsing op die gebied van die organisasieteorie, word dit duidelik dat regspersone veel meer is as die samevoeging van die wil en gedrag van hul samestellende individue. Elke regspersoon beskik oor sy eie unieke identiteit, kultuur of etos. Hierdie identiteit kan vasgestel word met verwysing na die interne struktuur van die regspersoon. Hierdie kultuur is 'n standvastige kenmerk van die betrokke regspersoon, ongeag die wisseling van sy lede en dit rig juis die gedrag van sy lede wanneer hulle optree ter bevordering van die doelstellings van die regspersoon. 'n Groot aantal faktore kan die identiteit van regspersone beïnvloed. Dit sluit onder meer in geskrewe en ongeskrewe beleidsriglyne, gevestigde praktyke, die bewusmaking van werknemers van hul verantwoordelikhede met inagneming van die raamwerk wat deur die reg vir die betrokke aktiwiteite geskep word, die doelstellings van die regspersoon, die aanwesigheid van moniteringstelsels en die vraag of die regspersoon wederregtelike gedrag van sy lede beloon of veroordeel. Korporatiewe besluite word ook nie geneem deur 'n bepaalde individu wat namens die regspersoon dink nie. Dit is heel dikwels die gevolg van ingewikkelde en veelvlakkige onderhandelinge en toegewings, waarin die mag waaroor sommige individue beskik hulle in staat stel om 'n groter rol as ander te speel.

Die uitdaging tot die ontwikkeling van 'n realistiese korporatiewe aanspreeklikheidsteorie is deur verskeie moderne filosowe en regsgeleerdes aanvaar. Die samebindende faktor van hierdie teorieë is dat die skuld van regspersone uniek is en gevind word daarin dat die wederregtelike gedrag aangemoedig of verdra is deur 'n korporatiewe identiteit of kultuur soos te vinde in die interne struktuur van die regspersoon.

⁹⁷ US Sentencing Commission *Federal Sentencing Guidelines* §8B1.2.

Bibliografie

Alexander en Cohen 1996 *Managerial and Decision Economics*

Alexander CR en Cohen MA "New Evidence on the Origins of Corporate Crime" 1996 *Managerial and Decision Economics* 421-435

Bagraim 2001 *SA Journal of Psychology*

Bagraim JJ "Organisational psychology and workplace control: the instrumentality of corporate culture" 2001 *SA Journal of Psychology* 43-49

Baysinger 1991 *B U L Rev*

Baysinger BD "Organisation theory and the criminal liability of organisations" 1991 *B U L Rev* 341-376

Beale 2007 *Am Crim L Rev*

Beale SS "Is Corporate Criminal Liability Unique?" 2007 *Am Crim L Rev* 1503-1536

Bellingham ea *Corporate Culture Sourcebook*

Bellingham R ea *The Corporate Culture Sourcebook* (Human Resource Development Press Amherst 1990)

Bucy 1990-1991 *Minn L Rev*

Bucy PH "Corporate Ethos: A standard for imposing corporate criminal liability" 1990-1991 *Minnesota Law Review* 1095-1184

Burchell *Criminal Law*

Burchell J *Principles of Criminal Law* 3de bygewerkte uitg (Juta Lansdowne 2005)

Chen, Sawyers en Williams 1997 *Journal of Business Ethics*

Chen AYS, Sawyers RB en Williams PF "Reinforcing ethical decision making through corporate culture" 1997 *Journal of Business Ethics* 855-865

Coffee 1977 *Va L Rev*

Coffee JC "Beyond the shut-eyed sentry: Toward a theoretical view of corporate misconduct and an effective legal response" 1977 *Va L Rev* 1099-1278

Colvin 1995 *Crim L F*

Colvin E "Corporate Personality and Criminal Liability" 1995 *Crim L F* 1-44

Farisani 2006 *Obiter*

Farisani D "The regulation of corporate criminal liability in South Africa: A Close Look (Part 1)" 2006 *Obiter* 263-276

Fisse 1982-1983 *S Cal L Rev*

Fisse B "Reconstructing corporate criminal law: Deterrence, retribution, fault, and sanctions" 1982-1983 *S Cal L Rev* 1141-1246

Fisse 1990 *Crim L F*

Fisse B "Sentencing options against corporations" 1990 *Crim L F* 211-258

Fisse en Braithwaite 1988 *Sydney L Rev*

Fisse B en Braithwaite J "The allocation of responsibility for corporate crime: Individualism, collectivism and accountability" 1988 *Sydney L Rev* 467-513

Fisse en Braithwaite *Corporations, Crime and Accountability*

Fisse B en Braithwaite J *Corporations, Crime and Accountability* (Cambridge University Press Cambridge 1993)

Fisse en French (reds) *Corrigible Corporations and Unruly Law*

Fisse B en French PA (reds) *Corrigible Corporations and Unruly Law* (Trinity University Press San Antonio 1986)

Foerschler 1990 *Cal L Rev*

Foerschler A "Corporate Criminal Intent: Toward a Better Understanding of Corporate Misconduct" 1990 *Cal L Rev* 1287-1311

French 1979 *American Philosophical Quarterly*

French PA "The Corporation as Moral Person" 1979 *American Philosophical Quarterly* 207-215

French 1984 *Journal of Business Ethics*

French PA "The Principle of Responsive Adjustment in Corporate Moral Responsibility" 1984 *Journal of Business Ethics* 101-111

French 1989 *Legal Studies Forum*

French PA "Enforced Corporate Responsive Adjustment" 1989 *Legal Studies Forum* 115-133

French 1984 *Philosophy*

French PA "A Principle of Responsive Adjustment" 1984 *Philosophy* 491-503

French *Collective and Corporate Responsibility*

French PA *Collective and Corporate Responsibility* (Columbia University Press New York 1984)

French *Corporate Ethics*

French PA *Corporate Ethics* (Harcourt Brace and Co Fort Worth 1995)

Friedman 1999-2000 *Harv J L & Pub Pol'y*

Friedman L "In defence of corporate criminal liability" 1999-2000 *Harv J L & Pub Pol'y* 833-858

Gobert 1994 *Legal Studies*

Gobert J "Corporate criminality: four models of fault" 1994 *Legal Studies* 393-411

Goodpaster *Conscience and Corporate Culture*

Goodpaster KE *Conscience and Corporate Culture* (Blackwell Publishing Malden 2007)

Heine 1998 *St Louis-Warsaw Transatlantic L J*

Heine G "New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans learn from the American Experience - or Vice Versa?" 1998 *St Louis-Warsaw Transatlantic L J* 173-191

Helas en Morris *Values of the Enterprise Culture*

Helas P en Morris P *The Values of the Enterprise Culture* (Routledge London 1992)

Huff 1996 *Col L Rev*

Huff KB "The role of corporate compliance programs in determining corporate criminal liability: a suggested approach" 1996 *Col L Rev* 1252-1298

Kalima 2009 *SA Merc LJ*

Kalima J "Corporate Criminal Liability in Environmental Protection: Options for Malawi" 2009 *SA Merc LJ* 344-363

Kerlin 1997 *Journal of Business Ethics*

Kerlin MJ "Peter French, Corporate Ethics and the Wizard of Oz" 1997 *Journal of Business Ethics* 221-228

Kitson en Campbell *Ethical Organisation*

Kitson A en Campbell R *The Ethical Organisation* (Macmillan Business Press London 1996)

Kriesberg 1976 *Yale L J*

Kriesberg SM "Decisionmaking Models and the Control of Corporate Crime" 1976 *Yale L J* 1091-1129

Lederman 2000-2001 *Buff Crim L Rev*

Lederman E "Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity" 2000-2001 *Buff Crim L Rev* 641-708

Macey 1991 *B U L Rev*

Macey JR "Agency theory and the criminal liability of organisations" 1991 *B U L Rev* 315-340

Mewett 1962 *U T L J*

Mewett AW "Morality and the Criminal Law" 1962 *U T L J* 213-228

Moore 1992 *Arizona L Rev*

Moore J "Corporate culpability under the Federal Sentencing Guidelines" 1992 *Arizona L Rev* 743-797

Murphy 2001-2002 *Iowa L Rev*

Murphey DE "The Federal Sentencing Guidelines for Organisations: A Decade of Promoting Compliance and Etihics" 2001-2002 *Iowa L Rev* 697-719

Ott *Organisational Culture Perspective*

Ott JS *The Organisational Culture Perspective* (Brooks/Cole Publishing Co Pacific Grove 1989)

Parker 1999 *Journal of Law and Society*

Parker C "Compliance Professionalism and Regulatory Community: The Australian Trade Practices Regime" 1999 *Journal of Law and Society* 215-239

Paternoster en Simpson 1996 *Law and Society Review*

Paternoster R en Simpson S "Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime" 1996 *Law and Society Review* 549-581

Phillips 1995 *Business Ethics Quarterly*

Phillips MJ "Corporate moral responsibility: When it might matter" 1995 *Business Ethics Quarterly* 555-576

Phillips 1992 *Business Ethics Quarterly*

Phillips MJ "Corporate Moral Personhood and Three Conceptions of the Corporation" 1992 *Business Ethics Quarterly* 435-459

Quaid 1998 *McGill L J*

Quaid JA "The Assessment of Corporate Criminal Liability on the Basis of Corporate Identity: An Analysis" 1998 *McGill L J* 67-114

Schrager en Short 1978 *Social Problems*

Schrager LS en Short JF "Toward a Sociology of Organisational Crime" 1978 *Social Problems* 407-419

Schudt 2000 *Business Ethics Quarterly*

Schudt K "Taming the corporate monster: An Aristotelian approach to corporate virtue" 2000 *Business Ethics Quarterly* 711-723

Scott 2002 *Business Ethics Quarterly*

Scott ED "Organisational Moral Values" 2002 *Business Ethics Quarterly* 33-55

Silver 2005 *American Philosophical Quarterly*

Silver D "A Strawsonian Defence of Corporate Moral Responsibility" 2005 *American Philosophical Quarterly* 279-293

Snyman *Strafreg*

Snyman CR *Strafreg* 5de uitg (LexisNexis Butterworths Durban 2006)

Soares 2003 *Journal of Business Ethics*

Soares C "Corporate v Individual Moral Responsibility" 2003 *Journal of Business Ethics* 143-150

Van Zyl 2002 *Acta Criminologica*

Van Zyl E "Role of the human resource management function in the development and implementation of an ethical corporate culture" 2002 *Acta Criminologica* 19-25

Wellner 2005 *Cardozo L Rev*

Wellner PA "Effective Compliance Program sand Corporate Criminal Prosecutions" 2005 *Cardozo L Rev* 497-528

Wells *Corporations and Criminal Responsibility*

Wells C *Corporations and Criminal Responsibility* 2de uitg (Oxford University Press New York 2001)

Wells 2004 *SALJ*

Wells C "Corporate manslaughter: Why does reform matter?" 2004 *SALJ* 648-664

Wilkinson 2003 *Canterbury L Rev*

Wilkinson M "Corporate criminal liability - The move towards recognizing genuine corporate fault" 2003 *Canterbury L Rev* 142-178

Register van hofsake

S v Majosi 1991 2 SASV 532 (A)

S v Masilela 1968 2 SA 558 (A)

S v Nduli 1993 2 SASV 501 (A)

S v Petersen 1989 3 SA 420 (A)

Van Eeden v Minister of Safety and Security (Women's Legal Centre Trust as amicus curiae) 2003 1 SA 389 (HHA)

Register van staatspublikasie (VSA)

US Sentencing Commission *Federal Sentencing Guidelines*

US Sentencing Commission 2007 *Federal Sentencing Guidelines Manual and Appendices* 478-531

Register van internetbronne

Clarkson 1998 <http://webjcli.ncl.ac.uk>

Clarkson CMV 1998 Corporate culpability

<http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue2/clarkson2.html> [datum van gebruik 21 Mei 2009]

Lys van afkortings

Am Crim L Rev	American Criminal Law Review
Arizona L Rev	Arizona Law Review
B U L Rev	Boston University Law Review
Buff Crim L Rev	Buffalo Criminal Law Review
Cal L Rev	California Law Review
Canterbury L Rev	Canterbury Law Review
Cardozo L Rev	Cardozo Law Review
Col L Rev	Columbia Law Review
Crim L F	Criminal Law Forum
Harv J L & Pub Pol'y	Harvard Journal of Law and Public Policy
Iowa L Rev	Iowa Law Review
McGill L J	McGill Law Journal
Minn L Rev	Minnesota Law Review
SA Journal of Psychology	South African Journal of Psychology

SALJ	South African Law Journal
SA Merc LJ	South African Mercantile Law Journal
S Cal L Rev	Southern California Law Review
St Louis-Warsaw Transatlantic L J	Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal
Sydney L Rev	Sydney Law Review
U T L J	University of Toronto Law Journal
Va L Rev	Virginia Law Review
Yale L J	Yale Law Journal

**CORPORATE IDENTITY AS FOUNDATION OF THE CRIMINAL LIABILITY OF
LEGAL PERSONS (1): THEORETICAL PRINCIPLES**

Pieter du Toit*

Gerrit Pienaar**

SUMMARY

The different models for the criminal liability of juristic persons reveal a tension between individualist and realistic approaches. For individualists a corporation is the product of a union of individuals. This means that a juristic person can only be held criminally responsible if the conduct and fault of an individual involved in the entity are attributed to the juristic person. For realists a corporate entity has an existence independent of its individual members. The juristic person is blameworthy because its corporate identity or corporate ethos encouraged the criminal conduct. A study of organisational theory reveals that corporate crime may not necessarily be traced to the fault of specific individuals. Corporate criminality often is the result of complex decisions on different levels of the corporate hierarchy and furthermore is encouraged by the manner in which the organisation is structured. Prominent scholars such as the American philosopher Peter A French and the Australian Brent Fisse rejected an individualist approach and attempted to develop models of corporate fault based on the corporate identity idea. The failure of a corporation to take preventative or corrective measures in reaction to corporate criminal conduct is regarded as the basis for corporate fault by these authors. French calls this the "principle of responsive adjustment" whilst Fisse names it the concept of "reactive fault." A more sophisticated model (the "corporate ethos" model), which is also more reconcilable with the basic notions of criminal law, was developed by the American legal scholar Pamela Bucy.

* Pieter du Toit, B Iuris LLB (UOVS) LLM (UJ). Senior Lektor, Fakulteit Regte Noordwes-Universiteit. pieter.dutoit@nwu.ac.za. Hierdie by1drae is gedeeltelik gebaseer op dié skrywer se proefskrif getiteld Die strafregtelike aanspreeklikheid van en straftoemeting aan regsperone (LLD-proefskrif NWU 2010).

** Gerrit Pienaar, B Jur et Com LLB LLD (PU vir CHO). Professor, Fakulteit Regte Noordwes-Universiteit. gerrit.pienaar@nwu.ac.za.

A corporation will be held criminally responsible if its corporate ethos has encouraged the criminal conduct. The corporate ethos can be established with reference to numerous factors such as the corporate hierarchy, corporate goals, the existing monitoring and compliance systems and the question whether employees are rewarded or indemnified for inappropriate behavior.

KEYWORDS

Criminal liability; doctrine of identification; vicarious liability; juristic persons; organisational theory; corporate identity; corporate culture